

Jorge Egas Peña
Director

Derecho Societario

Revista n.º 17

**Los Pactos entre Accionistas y la Votación Sindicada.
Alcances y Limitaciones**

El Contrato de Distribución

Nombramiento y Remoción de los Interventores

El Arbitraje de Emergencia

**Las Medidas Cautelares Constitucionales Suspensivas
contra los Accionistas**

**Dictámenes sobre las Sociedades por Acciones
Simplificadas**

**El Deber de debida Diligencia de los Administradores de
Compañías Anónimas**

Miscelanea: Gerentes

Índice de la Revista de la AEDS (1 a la 17)



Derecho Societario

Revista No. 17

Dr. Emilio Romero Parducci
Fundador

Derecho Societario

Revista No. 17

Jorge Egas Peña
Director

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





EDINO
2022

© REVISTA DE DERECHO SOCIETARIO #17

© DR. JORGE EGAS PEÑA
DIRECTOR

ISBN 978-9978-21-111-3

Primera Edición: ENERO 2022

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

Presentación: Hacia un Nuevo Derecho Societario	1
Los Pactos entre Accionistas y la Votación Sindicada. Alcances y Limitaciones Dr. Roberto González Torr�.....	3
El Contrato de Distribución Dr. Andrés Ortíz Herbener	23
Nombramiento y Remoción de los Interventores Dr. Roberto Salgado Valdez	39
El Arbitraje de Emergencia Dra. Ana María Larrea.....	71
Las Medidas Cautelares Constitucionales Suspensivas contra los Accionistas Dr. Ignacio Vidal Maspons.....	93
Dictámenes sobre las Sociedades por Acciones Simplificadas Dr. Roberto Salgado Váldez	101
El Deber de debida diligencia de los Administradores de Compañías Anónimas Dr. �scar Del Brutto Andrade.....	157
Miscelánea: Gerentes Dr. �scar Del Brutto Andrade.....	169
�ndice de la Revista de la AEDS (1 a la 17) Actualizado por la Abg. Susana Ortega Delgado Estudio Jurídico Egas Peña.....	173

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

PRESENTACIÓN

HACIA UN NUEVO DERECHO SOCIETARIO

En nuestro medio se ha planteado la necesidad de modernizar nuestro Derecho Societario, como consecuencia del acceso a nuevas corrientes del mismo, que atendiendo a los requerimientos de países más desarrollados han modificado sus respectivas legislaciones.

Tal aspiración no es necesariamente equivocada, siempre que al hacerlo se consulte responsablemente la realidad nacional y se adopten cambios que sean positivos para su desarrollo económico y social; y, no la simple novelería de adoptar instituciones o soluciones por el hecho de provenir de países más desarrollados.

No admite discusión que nuestra legislación societaria amerita una revisión, pero para ello deben preceder algunos pasos previos, como lo son una inmediata codificación de la actual Ley de Compañías por parte del órgano de control, como lo reconoce la misma Superintendencia de Compañías; una revisión de las doctrinas por ella expedidas, a través del tiempo; y, una prelación de las funciones que debe cumplir el órgano de control como facilitador del desarrollo empresarial del país, incluida su mayor participación en el mercado de valores, incentivando la apertura

de las sociedades anónimas con sus acciones al público; y, no convertirse en instrumento de otras organizaciones del Estado para el cumplimiento de obligaciones que no le son propias.

La labor de vigilancia y control de las sociedades anónimas no debe contraerse a las exigencias formales actuales, sino a garantizar que las sociedades controladas se desenvuelvan de manera eficiente para la seguridad del mercado en que ellas operan.

Es cierto que el momento actual pareciera adverso a tales propósitos, pero nunca mejor para adoptar un cambio profundo que cuando se atraviesa una situación de crisis como la actual.

DR. JORGE EGAS PEÑA
Director

LOS PACTOS ENTRE ACCIONISTAS Y LA VOTACIÓN SINDICADA: ALCANCES Y LIMITACIONES

Dr. Roberto González Torré

I ASPECTOS GENERALES

La sindicación de acciones, como contenido de un acuerdo o pacto entre accionistas es un tema que siempre ha generado debate entre la doctrina y profesionales.

Considero que es una herramienta que permite ordenar anticipadamente el resultado de decisiones societarias que deben adoptarse, bien en asambleas o juntas generales, evitando un voto disgregado cuando por variadas circunstancias lícitas que lo justifican fuese necesario contar con dicho acuerdo con miras a asegurar una dirección y continuidad en la conducción de la empresa, preservando los intereses generales de la compañía.

Las tendencias a favor y en contra, así como la evolución de los criterios jurisprudenciales han variado con los tiempos en las distintas legislaciones. Existen países que no la regulan sin prohibirlas, otras que mantienen restricciones y prohibiciones, así como aquellas que expresamente permiten la sindicación.

En este ensayo desarrollo mi apreciación relacionada con la validez de estos acuerdos, conclusión que se apoya en la propias previsiones de la ley ecuatoriana como un efecto claro de sus últimas reformas y en particular la que determinó la Ley s/n, publicada en el R.O. 347-3S, del 10 de diciembre de 2020 denominada “Ley de Modernización a la Ley de Compañías”.

1.1 LO QUE DISPONE LA LEY

A la luz de las actuales disposiciones de la Ley de Compañías (LC), los pactos entre accionistas gozan de reconocimiento jurídico expreso y por tanto son válidos y eficaces.

Al efecto, el Art. 1 de la LC actualmente vigente dispone:

“Art. 1.- (Sustituido por la Disp. Reformatoria Primera de la Ley s/n, R.O. 151-S, 28-II-2020; y por el Art. 1 de la Ley s/n, R.O. 347-3S, 10-XII-2020).- 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.

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.

La Ley también reconoce a las sociedades por acciones simplificadas, que podrán constituirse mediante contrato o acto unilateral.”

Como bien distinguía el Dr. Fabricio Dávila Lazo en su ensayo preparado para la Academia de Derecho Societario en

febrero de 2017, una cosa son los pactos lícitos que permite la Ley incluir dentro de los estatutos, tal como ocurre con la reserva de remuneraciones o ventajas a favor de fundadores y promotores de una sociedad anónima, conforme a lo previsto en el Art. 203 de la LC; así como, por ejemplo, la posibilidad de que los socios de compañías limitadas incluyan dentro de la escritura de constitución pactos lícitos y condiciones que los socios juzguen convenientes, con base al No.9 del Art. 139 de la LC. Pero cosa distinta son los acuerdos o pactos de socios que están por fuera del contrato social y de los estatutos, los que tienen fuente convencional pura, de carácter obligacional regidos por los principios generales del derecho común de las obligaciones y de los contratos.

Los pactos entre accionistas, como todo acuerdo de voluntades, debe reunir los elementos de validez propios de todo acto jurídico conforme al Art. 1461 del Código Civil: capacidad, consentimiento, causa y objeto lícitos; y, no existiendo mayores solemnidades para su otorgamiento, cabe perfectamente otorgarlo por instrumento privado.

En la actualidad el análisis de la validez de los pactos y su contenido, se simplifica a partir de la modernización de la LC que en su Art. 191 reformado dispone:

“Art. 191.- (Reformado por el num. 2 del Art. 6 de la Ley s/n, R.O. 150-2S, 29-XII-2017; y Sustituido por el Art. 31 de la Ley s/n R.O. 347-3S, 10-XII-2020).- El derecho de negociar las acciones libremente no admite limitaciones en el estatuto social.

Serán válidos los pactos entre accionistas que establezcan condiciones para la negociación de acciones, o que se

celebren para cualquier otro asunto lícito. Los acuerdos de accionistas de las sociedades anónimas se regirán, en lo que no contravenga a esta sección, por lo previsto para los acuerdos de accionistas de las sociedades por acciones simplificadas.” (lo acentuado y subrayado es nuestro).

1.2 CONSIDERACIONES DERIVADAS DE LA LEY DE COMPAÑIAS

La disposición citada, en concordancia con lo previsto en el Art. 1561 del Código Civil que recoge el principio de la autonomía de la voluntad privada a tal punto que todo acuerdo es ley para las partes, consolida la fortaleza de la validez y exigencia de los pactos entre accionistas en la legislación ecuatoriana, que permite inicialmente extraer los siguientes puntos básicos:

- a) La limitación para negociar de acciones no puede incluirse en el estatuto.
- b) Las condiciones para para negociar acciones y por tanto limitaciones relativas a su enajenación sí caben dentro de pactos de accionistas.
- c) Los pactos de accionistas pueden contemplar cualquier asunto lícito, que no contraríe disposiciones de ley relativas a la sociedad anónima.
- d) En lo que no se contravenga las disposiciones legales contempladas para la compañía anónima, se estará a lo previsto para los acuerdos de accionistas de las sociedades por acciones simplificadas (SAS).

- e) Toda doctrina de la Superintendencia de Compañías opuesta a las disposiciones legales indicadas, carece de valor jurídico actual, en aplicación del principio de jerarquía normativa que rige en la República.
- f) La transferencia de acciones de sociedades anónimas puede someterse a restricciones y condiciones de negociación en los pactos de accionistas, pero no en el estatuto social, salvo en el caso de las SAS donde es permitido. Cabe por tanto, la posibilidad de convenirse en los pactos de accionistas restricciones para las enajenaciones de acciones, así como sujetarlas a condiciones y procedimientos como la preferencia entre otros accionistas (*“right of first refusal”*).
- g) Pueden convenirse aspectos relativos al ejercicio del derecho a voto, como por ejemplo votar sindicadamente en determinados aspectos del giro del negocio o para ciertas situaciones, al ser una convención válida.
- h) Los pactos o acuerdos de accionistas tendrán un plazo máximo de 10 años, sujeto a prorroga por período adicional de contarse con la voluntad unánime de la totalidad de los accionistas.

1.3 POSIBLE CRITERIO CONTRARIO

Sin embargo de lo dicho, no faltará el criterio que sostenga que el Art. 191 de la LC llama a aplicar lo previsto en la SAS,

como contenido de los pactos de accionistas exclusivamente en lo que no contravenga a lo previsto para la compañía anónima.¹

Consecuencia de lo anterior no faltará la opinión de que el voto sindicado no cabe en las compañías anónimas, más allá de que el voto sea un derecho fundamental del accionista del que no se lo puede privar, porque según la parte pertinente del Art. 210 de la LC *“es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas que tengan derecho a votar”*.

Sin embargo vale recordar que esa disposición del Art. 210 de la LC ha existido siempre y por tanto en épocas donde hablar

1 Disposición prevista para las SAS: “Art. (...) **Acuerdos de accionistas.**- (Agregado por la Disp. Reformatoria Octava de la Ley s/n, R.O. 151-S, 28-II-2020).- Los acuerdos de accionistas sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas o para aumentar el capital social, las restricciones para transferirlas, **el ejercicio del derecho de voto**, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto lícito, deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. Caso contrario, a pesar de su validez inter partes, dichos acuerdos devendrán inoponibles para la sociedad por acciones simplificada.

Los acuerdos de accionistas no podrán tener un plazo superior a diez (10) años, prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por períodos que no superen el mismo espacio de tiempo.

Los accionistas suscriptores del acuerdo deberán indicar, en el momento de depositarlo, la persona que habrá de representarlos para recibir información o para suministrarla cuando ésta fuere solicitada. La compañía podrá requerir por escrito al representante aclaraciones sobre cualquiera de las cláusulas del acuerdo, en cuyo caso la respuesta deberá suministrarse, también por escrito, dentro de los cinco (5) días comunes siguientes al recibo de la solicitud.

El presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado.

En las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover, ante el Juez de lo Civil del domicilio social de la sociedad por acciones simplificada, la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.”

de pactos de accionistas casi que era proscrito, además cuando no existía la previsión legal de éstos siquiera.

Considero que con base a las disposiciones vigentes, si bien el Art. 210 de la LC determina en su texto que convenir restricciones a la libertad de voto es nulo, hoy con la clara distinción de convenciones aplicables a estatutos y aquellas propias de los pactos de accionista; debería entenderse que no cabría convenirla en el estatuto, pero resultaría perfectamente válida su inclusión en los pactos de accionistas que expresamente existen en la ley y que responden a la autonomía de la voluntad y libertad contractual.

Mi opinión precedente la destaca con claridad el autor argentino Jorge Roberto Madariaga, quien al analizar disposiciones de varios países, se refiere al Código de Comercio de Honduras que contiene idéntica prohibición a la prevista en el Art. 210 de nuestra LC al indicar en su Art. 155: *“Es nula toda cláusula estatutaria que restrinja la libertad de voto de los accionistas.”* Dice Madariaga: *“la ratio de la norma no es la fulminación de nulidad de los sindicatos (salvo que tal restricción a la libertad de voto sea introducida estatutariamente), y por ende se concluye que para la legislación positiva hondureña esos pactos son lícitos en términos generales, aunque naturalmente con algunas limitaciones propias de dicha figura.”*²

Por ello considero válida la sindicación de acciones que se fundan en el ejercicio propio de derechos personales de los accionistas; de conformidad con el Código Civil en concordancia

2 Madariaga, Jorge Roberto: “La Sindicación de Acciones”; Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1981; pag. 65.

con el Art. 191 de la LC.³ Pensar en que convenirlo desembocaría en nulidad por objeto ilícito, no cabría además por la razón adicional que expongo enseguida.

El No. 4 del Art. 207 de la LC si bien reconoce que el derecho a voto es de aquellos derechos fundamentales del accionista de los cuales no se le puede privar, permite claramente que éste pueda renunciar al mismo en los términos del Art. 11 del Código Civil. En tal virtud, cómo no va a poder el accionista convenir una sindicación; quien puede lo más puede lo menos atento su propio interés individual remarcado, precisamente por el indicado Art 11 al que invoca la propia LC.⁴

Por otra parte, convenir libremente votaciones con otros accionistas en sí no constituye una restricción del voto, sino una convención derivada de su calidad de accionista pactada sobre la base de libertad contractual, la misma que permite convenir aspectos relacionados con sus derechos e incluso renunciar algunos de ellos.⁵

3 Por lo expuesto no comparto que hoy pueda resultar aplicable la afirmación contenida en la Doctrina 145 de que *“la sindicalización de acciones se encuentra prohibida en el Ecuador porque el inciso segundo del artículo 223 (actual 210) de la Ley de Compañías establece que es nulo el convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas que tengan derecho a votar. Igualmente, el inciso final del artículo 234 (actual 221) de la Ley ibídem dispone que también serán nulos, salvo los casos que la Ley determine, los acuerdos o cláusulas que supriman derechos conferidos por ella a cada accionista”*.

4 En igual sentido opinó el Dr. César Drouet Candel en su ensayo titulado: *“El voto y sus posibilidades de ejercicio”*, publicado en la Revista de Derecho Societario No. 7; Editorial Edino; Guayaquil; 2003, páginas 188-189 y 204-208.

5 **“Art. 207.-** (Reformado por el Art. 15 de la Ley s/n, R.O. 591, 15-V-2009).- Salvo lo dispuesto en el artículo innumerado que le sigue al Art. 221 de esta Ley, son derechos fundamentales del accionista, de los cuales no se le puede privar:

4.- (Reformado por el Art. 118 de la Ley s/n, R.O. 249-S, 20-V-2014).- Intervenir

Agrego además que convenir una sindicación, mientras no lesione el derecho de minorías, no adolecerá de la nulidad prevista en el Art. 221 de la LC.

En sentido contrario, en las SAS cabe la inclusión en el estatuto de diversas formas de ejercicio del derecho a voto, en donde si bien por regla general cada accionista dispondrá de un voto, se contempla la disposición en contrario prevista en el estatuto social, al igual que ocurre respecto de la inclusión de restricciones para la enajenación de acciones.⁶

Quienes han propugnado visiones contrarias a la sindicación del voto, lo han hecho apoyado en argumentos como los siguientes:

- Contraría el principio de la necesaria formación de la voluntad en la asamblea o junta de accionistas. Así lo sostenía Vivante: “*Estos convenios son ilegítimos para el*

en las juntas generales y votar cuando sus acciones le concedan el derecho a voto, según los estatutos.

*El Registro Mercantil, previo a inscribir la escritura de constitución de una compañía, verificará que se especifique la forma de ejercer este derecho. La Superintendencia de Compañías y Valores, de oficio o a petición de parte, podrá controlar que este particular conste tanto en el contrato de constitución, como en las reformas que se hagan a los estatutos, en ejercicio de sus facultades de control ex post de las compañías constituidas. **El accionista puede renunciar a su derecho a votar, en los términos del artículo 11 del Código Civil.***

6 “Art. (...) **Voto y diversas series de acciones.**- (Agregado por la Disp. Reformatoria Octava de la Ley s/n, R.O. 151-S, 28-II-2020).-Salvo disposición en contrario del estatuto social, cada accionista dispondrá de un voto por cada acción que posea o represente.

El estatuto social podrá contemplar distintas series de acciones. De haberse estipulado la existencia de diversas series de acciones, en el estatuto se expresarán los derechos de votación que le correspondan a cada una de las mismas, con indicación expresa sobre la atribución de voto singular o múltiple, si a ello hubiere lugar”.

*accionista que debe concurrir con su voto libre a formar la voluntad de la asamblea, a constituir el ordenamiento de las sociedades anónimas y de las asambleas... Un pacto que tienda a formar artificialmente una mayoría o a poner a un socio bajo el dominio de otro, violaría esos preceptos.*⁷

Criterio antiguo y superado por el fundamento propio del acuerdo entre accionistas que es *inter partes* de fuente obligacional que en nada afecta el desenvolvimiento de la compañía, ni tampoco sustituye a la asamblea o junta general.

- El voto debe ser emitido libremente. Sus propugnadores han considerado el voto como un derecho y deber con óptica colectiva sometido el interés social; toda vez que además el sindicato de acciones se pone en ventaja en perjuicio de los socios no sindicados.

Se trata de otro enfoque organicista que choca con la visión moderna de orden contractual individual que es la dominante y en el caso ecuatoriano, expresamente recogida en su legislación societaria.

El voto es un derecho individual de índole subjetivo del cual el accionista puede perfectamente disponer, respetando la ley y que normalmente utilizado en provecho propio y de la propia compañía no tendría por qué estar proscrito.

Su ejercicio conviniendo sindicación no es una restricción en sí, sino la combinación de aspectos orientados hacia una votación común, sobre la base de sin número razones lícitas que así lo pueden justificar.

⁷ Cesar Vivante citado por Maradiaga, José Roberto en su obra “La Sindicación de Acciones”; Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1981; pags. 118,119.

1.4 OPINION PERSONAL: VALIDEZ DE LA SINDICACION EN PACTOS DE ACCIONISTAS

Por todas las razones anotadas y conforme a lo expuesto, considero que en las compañías anónimas, tanto las restricciones y condiciones para enajenar acciones, así como las convenciones relacionadas con la sindicación de acciones, son perfectamente válidas dentro de un pacto entre accionistas.⁸

Dicho esto, entremos en materia para entender los alcances de la sindicación de votos como uno de los contenidos válidos dentro de un pacto o acuerdo entre accionistas.

II LA VOTACION SINDICADA COMO CONTENIDO DE LOS PACTOS DE ACCIONISTAS

2.1 ORIGENES

La mayoría de autores coinciden en que el origen del pacto de socios se encuentra en el derecho anglosajón, pero de forma específica los acuerdos de votación son conocidos en Estados Unidos como “*pooling agreement*”, existiendo también los “*voting trust*” a través de un trustee que recibe las acciones para ser quien vote.

8 Ya la Doctrina 65 referente al “Derecho a la libre negociación de las acciones” había dispuesto: “ 3. Por consiguiente, este derecho no puede ser objeto de renuncia preestablecida en el contrato social, ni puede permitirse que en el mismo resulte de cualquier manera limitado su ejercicio; pero, cualquier accionista está en libertad de enunciar al mismo mediante un pacto separado.” Claramente distingue una convención que no cabría en estatuto, pero sí en pacto parasocial, distinción fundamental que hemos resaltado en este ensayo.

En estos acuerdos, que no forman parte del estatuto, se conviene cómo votar en determinadas reuniones de una asamblea o junta o ante determinadas circunstancias, siendo más comunes en compañías anónimas cerradas (*"closely held corporation"*).

Como menciona el profesor Francisco Reyes Villamizar, uno de los precedentes más famosos relacionados con estos acuerdos es de Ringling Bros-Barnum & Bailey Combined Shows Inc. v. Ringling, donde dos de tres accionistas de aquella sociedad acordaron ejercer conjuntamente su derecho de voto en las sesiones de asambleas por un plazo de diez años. Luego de disputas entre esas partes, lo relevante del caso es que la Corte Suprema del Estado de Delaware se pronunció a favor de la validez de esta clase de acuerdos.⁹

2.2 DEFINICIÓN

Son muchos los autores que han definido los acuerdos de votación sindicada, me permito destacar los siguientes:

Halperín: *"Son convenios que tienen por objeto vincular ocasional o duraderamente a determinados accionistas entre sí, para seguir en la sociedad una conducta determinada, más corrientemente, impedir la enajenación de acciones e imponer el voto en las asambleas en determinado sentido"*.¹⁰

9 Reyes Villamizar, Francisco: "Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción Comparada"; Editorial Legis; Tercera edición; Bogotá, 2206. Pags.222, 223.

10 Halperín, Issac: "Manual de Sociedades Anónimas"; Editorial Depalma; Buenos Aires; 1963, pag.250.

Ascarelli: *“Mediante estas convenciones que constituyen contratos plurilaterales, los accionistas se obligan recíprocamente a votar en un mismo sentido, o se obligan a entregar todas las acciones propias a un gerente de confianza común con mandato irrevocable, para que este lleve a cabo la actuación que se acuerda por la mayoría de los accionistas sindicados”*.¹¹

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España en la Sentencia 296/2016 del 5 de mayo definió al pacto de sindicación de acciones como un *“acuerdo extrasocietario o parasocial generalmente no oponible a la sociedad (art. 7.1 LSA, actual art. 29.1 LSC), pero de eficacia vinculante para quienes lo suscriben. Por este acuerdo los sindicados se comprometen, entre sí o frente a terceros, a votar en junta general en un determinado sentido, decidido por la mayoría del sindicato y mediante el ejercicio del voto por sí mismos o a través de un representante, también elegido por el sindicato. En suma, se trata de un contrato asociativo que tiene como finalidad poder influir en las decisiones que se adopten en el seno de la junta general de la sociedad emisora.”*

Personalmente considero que los acuerdos de votación sindicada o sindicato de votos, son convenciones parasociales con elementos atípicos que tienen su propio contenido y caracterización, combinando la manera de ejercitar la votación; pudiendo contener desde la votación conjunta en determinados aspectos del giro de la compañía, en decisiones en que no exista unanimidad, cuando así se requiera con otros socios, o incluso

11 Ascarelli, Tulio: *“Sociedades y Asociaciones Comerciales”*; Buenos Aires; 1947, pag. 174

para configurar un voto duro frente a otros accionistas sindicados o no, siempre que ello no configure abuso del derecho de voto.¹²

El hecho de que el acuerdo o pacto de sindicación, puede tener alguna complejidad cuando pasa a ser plurilateral, concibiendo normas organizativas, formas para tomar las decisiones del sindicato de acciones, no lo convierte ni en sociedad irregular, joint venture, sociedad ni figura similar; no dejar de ser un acuerdo atípico parasocial que busca pretensiones lícitas a ejercitarse mediante el voto común en una compañía.

2.3 PRINCIPALES SINDICACIONES DE ACCIONES

A) En función del control o participación en la votación de compañía.-

2.3.1 Sindicación de Mando.- _A través de la unificación de la voluntad de los integrantes del pacto se busca contar con una influencia perdurable en la marcha de la compañía, todo con base

12 El abuso del derecho de voto está previsto en la Ley de Compañías en las disposiciones aplicables a las Sociedades por Acciones Simplificadas, así: “Art. (...) **Abuso del derecho de voto.-** (Agregado por la Disp. Reformatoria Octava de la Ley s/n, R.O. 151-S, 28-II-2020).- Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas, o de obtener, para sí o para un tercero, una ventaja injustificada.

Quien abusare de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio de que el juez competente pueda declarar la nulidad de la determinación adoptada.

La acción de indemnización de daños y perjuicios, así como la de nulidad de la resolución adoptada por un abuso del derecho de voto, podrá ejercerse cuando se comprobare un abuso de mayoría, de minoría o de paridad”.

a una conducta homogénea que se plasma en la votación en las asambleas o juntas.

Suelen darse cuando existen planes de desarrollo de negocios o inversiones de largo plazo, pero también pueden presentarse con el objeto de superar crisis o ante dificultades financieras.

Y volvemos a recordar los elementos de validez de los pactos en donde la causa lícita que lo justifica, debe trascender para jamás constituirse en un instrumento de abuso del derecho de voto en desmedro dañoso de minorías o de la propia compañía; lo que desnaturalizaría su esencia.

2.3.2 Sindicación de defensa.- Cuando accionistas minoritarios se unen de forma planificada y organizada en un pacto frente a la mayoría, con miras tener mayor poder frente al grupo de control.

B) En función de controlar la invariabilidad de las acciones sindicadas.

2.3.3 Sindicación de bloqueo.- Se busca limitar o restringir por convención la libre transferencia de las acciones sindicadas así como las que se emitan en el futuro para los mismos accionistas, siendo un complemento para las sindicaciones de voto. Asegurando que los accionistas no se desprendan libremente de las acciones, se aseguran las convenciones relativas a las direcciones del voto.

C) En función de la modalidad de ejercer el derecho de voto.

2.3.4 Sindicación con simple compromiso de voto.- El pacto se limita a votar en las asambleas o juntas en el sentido previamente acordado.

El incumplimiento en el voto es inoponible para la compañía, porque la regla a seguirse en estos casos es que la sindicación sea entre las partes exclusivamente.

Suele presentarse el riesgo que no se cumpla lo acordado al momento de votar, pero dependerá convenirlo en función del pacto específico concebido por las partes, en donde como forma de tener una caución ante el incumplimiento se pudiera convenir, por ejemplo, una cláusula penal.

2.3.5 Sindicación a través de fideicomiso mercantil o encargo fiduciario.- Como respuesta la búsqueda de mayor seguridad en el cumplimiento de la votación en la forma acordada en el pacto de sindicación, las partes entregan sus acciones a un fiduciario para que sea éste quien ejerza el derecho de voto de las acciones sindicadas.

Como en el fideicomiso mercantil existe transferencia de dominio de las acciones conformando un patrimonio autónomo del cual el fiduciario es su representante legal, éste vota como tal en las juntas generales. Los aspectos ligados con los beneficios y efectos tributarios relacionados tanto con el patrimonio autónomo y con sus beneficiarios, obviamente son aspectos a considerarse de optarse por este instrumento.

Si la votación se da a través de un encargo fiduciario, por disposición de ley el vínculo jurídico con los sindicados es el de

un mandato irrevocable al que le resulta aplicable la comisión mercantil, por el cual el fiduciario en representación de los accionistas sindicados, sería la persona que ejercite el derecho de voto de las acciones sindicadas, con base las instrucciones existentes para el efecto. Detalle a observarse en ese caso, lo relativo a la representación convencional previstas en el Reglamento sobre juntas generales.

2.4 ¿OPONIBILIDAD O INOPONIBILIDAD?

Como se ha indicado, los acuerdos o pactos de accionistas en las compañías anónimas se rigen, en lo que no se oponga sus disposiciones, conforme a lo previsto para el efecto para las sociedades por acciones simplificadas.

Al efecto, contempla la disposición pertinente que “los acuerdos de accionistas sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas o para aumentar el capital social, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto lícito, deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. Caso contrario, a pesar de su validez inter partes, dichos acuerdos devendrán inoponibles para la sociedad por acciones simplificada.”

La ley otorga flexibilidad a las partes para decidir si vinculan con lo pactado a la compañía o si mantienen los efectos exclusivamente entre ellas. La respuesta en el caso de sindicación de acciones, como regla general, es que el pacto sea entre los

accionistas exclusivamente, ya que no es de interés -por regla general- vincular con el pacto a la compañía.

Me inclino por esa tesis general, pero la respuesta en la práctica dependerá de cada caso en particular y la decisión de depósito debe ser muy meditada con miras a no complicar a la administración de la compañía con previsiones normalmente orientadas a situaciones particulares de los accionistas otorgantes del pacto, por más beneficio que el mismo pueda determinar para la propia compañía en su ejecución en el tiempo.¹³

III CONCLUSIONES

- La sindicación de acciones como contenido de acuerdos o pactos de accionistas, es permitida para las sociedades por acciones simplicadas y conforme a lo desarrollado en este ensayo, considero que también para las compañías anónimas.+
- Como convención tiene una esencia parasocial, fundada en la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual.
- Existen varias formas para el ejercicio de la sindicación de acciones, las que serán válidas siempre que la causa

13 A criterio de Norberto Benseñor solo quedan obligados a cumplir el pacto quienes son parte de él, por lo tanto a la sociedad no le incumbe verificar si el mismo se cumple o no. Es inoponible para la sociedad de la que participan los otorgantes del acuerdo y sólo vincula a los sindicados. “La Sindicación de Acciones” por Norberto R. Benseñor; Revista del Notariado; Buenos Aires; pag. 58 y 64.

y objeto que las determinen, sean lícitas y su ejecución no implique un abuso de derecho de voto tal como expresamente lo recoge la LC para las sociedades por acciones simplificadas.

- Las sindicaciones más comunes son las de voto atadas a las de bloqueo.
- Por regla general el convenio genera efecto relativos exclusivamente entre los accionistas otorgantes del pacto, salvo depósito en la compañía.
- El plazo de duración de la sindicación; el contenido respecto de las situaciones o circunstancias del voto homogéneo; el funcionarimiento operativo del acuerdo; aspectos relacionados con posibles restricciones a la transmisibilidad de las acciones; causales de terminación; efectos en caso de fallecimiento del accionista; cláusulas penales, así como mecanismos para dirimir controversias, son los principales aspectos a tomar en cuenta en esta clase de acuerdos.

Guayaquil, Noviembre 12 de 2021

Dr. Roberto González Torre

EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN O “CONCESIÓN” MERCANTIL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

Dr. Andrés Ortiz Herbener

I.- ANTECEDENTES

Luego de más de cien años de espera, a través de su publicación en el ROS No. 497 de 29 de mayo de 2019, finalmente vio la luz el nuevo Código de Comercio ecuatoriano, cuya última codificación databa del año 1960 (ROS No. 1202, de 20 de agosto de 1960).

Partiendo de esta codificación de 1960 es necesario hacer hincapie que la figura jurídica de la distribución o concesión mercantil como lo denomina nuestro actual Código, jamás fue regulada en nuestro país, algo que no debe extrañar ya que en España por ejemplo, el contrato de concesión continúa siendo una figura atípica carente de regulación legal que defina su régimen jurídico, es decir que su contenido obligacional, forma y extinción vienen definidos por la autonomía de la voluntad de las partes y por los límites establecidos por la jurisprudencia.

En términos generales, la concesión se ha configurado doctrinal y jurisprudencialmente como un contrato en virtud del

cual un empresario se obliga a vender mercancías o productos de otro empresario en su propio nombre y por su propia cuenta, asumiendo los riesgos de su actividad comercial, pero utilizando –junto a su propio nombre comercial– los signos distintivos del fabricante y con sujeción a las instrucciones dadas por éste y a un conjunto de compromisos tendentes a garantizar una gestión adecuada y eficaz en el desarrollo de la labor de venta, en beneficio de ambos contratantes. En este sentido, si bien el concesionario tiene independencia de negocio respecto del concedente, el contrato genera un cierto grado de integración de la empresa del concesionario en la organización de aquél. Así, la jurisprudencia española ha destacado que, en virtud del contrato de concesión, un comerciante social o individual, el concesionario, *pone su empresa de distribución al servicio de un fabricante y su supervisión*.¹

Nuestro legislador, siguiendo esta tendencia ha establecido en el Art. 524 del C.Com., lo siguiente:

“Art. 524.- Contrato de distribución es aquel por el cual una parte, llamada concedente o principal, confiere a otra, llamada concesionario o distribuidor, la posibilidad de vender los productos que fabrica o que, a su vez, distribuye con capacidad de delegar la distribución a terceros, en un territorio determinado; así como de prestar servicios, o una combinación de ambos de manera continuada o estable, actuando como empresario o comerciante independiente y asumiendo el riesgo y ventura de tales operaciones”.

1 MENDIETA, JAVIER e IGLESIAS CASAIS J.M., Los contratos de distribución (1). El contrato de concesión. Tomo IV Contrato de Prestación de Servicios y Realización de obras (I). p 717. Thomson Reuters Aranzadi. 2014.

II.- INTRODUCCIÓN

La distribución comercial significa una superación de la intermediación tradicional mediante la aplicación por los operadores económicos de las técnicas de la comercialización asociada o integrada, horizontal o verticalmente, en los mercados ascendentes (adquisición) o descendentes (reventa) con el objeto de controlar la oferta o la demanda en aras de la adecuación de la producción al consumo intermedio y final o viceversa. Siguiendo este pensamiento podemos atrevernos a decir que el derecho de distribución regula las relaciones entre el fabricante, importadores o proveedores con los distribuidores mayoristas o minoristas para la comercialización de sus productos o servicios.

Domínguez García² denomina a la distribución vertical descendente directa, cuando la realiza el fabricante en el seno de su organización empresarial a través de personal dependiente, filiales o sucursales (distribución directa mediante órganos propios) o de empresarios auxiliares en particular agentes comerciales (distribución directa mediante órganos extraños)³. Cuando lo hace mediante la colaboración de terceros revendedores independientes integrados en redes de comercialización del producto o servicio, como los concesionarios, comerciantes o distribuidores autorizados y franquiciados, hablamos en

2 Domínguez García, M.A.: “Los contratos de distribución: Agencia Mercantil y Concesión Comercial”, en: Contratos Internacionales, Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara, Tecnos, 1997.

3 **Art. 527 C. Com.** - *El contrato de distribución podrá autorizar al distribuidor para que éste comercialice los bienes y servicios objeto de la distribución, bien sea directamente o a través de su propia red de distribución, en una zona geográfica determinada*

cambio de distribución indirecta. Respecto de ésta última el fabricante puede imponer una limitación al suministro y reventa del producto, en el contexto de una comercialización exclusiva unilateral, a favor del distribuidor, o bilateral a favor de ambos contratantes.

Dentro de la clasificación de los sistemas de distribución⁴, y solamente a título de introducción para ubicarnos en el tema central que nos ocupa este trabajo, podemos decir que la **DISTRIBUCIÓN LIBRE O EXTENSIVA**⁵, presenta como principales características: la utilización por el fabricante de distribuidores independientes tanto desde el punto de vista económico como jurídico, así como la utilización de distribuidores independientes, que no se hallan propiamente incorporados a la red comercial del fabricante (comisionistas, agentes, terceros empresarios, etc.); y, en segundo lugar, la **DISTRIBUCIÓN INTEGRADA** que comprende que terceros empresarios se incorporan a la disciplina y condiciones de un canal impuesto por el fabricante, perdiendo en mayor o menor medida su propia autonomía.⁶ (Los contrato de distri-

4 Al tenor del Art. 523 del C.Com: “Los contratos comprendidos dentro del sistema de distribución de productos o servicios, consisten generalmente en la distribución o concesión, propiamente dicha, cuyas disposiciones comunes se aplican, salvo estipulación especial, a todos los contratos contemplados dentro de este título, así como también al contrato de franquicia y de permiso de uso de conocimiento o *know-how*”.

5 Ortiz Herbener, Andrés:
https://www.revistajuridicaonline.com/wpcontent/uploads/2004/01/17_Los_Contratos_De_Distribucion.pdf

6 **Art. 531.-** *Si así lo acuerdan las partes, los contratos de distribución podrán referirse, adicionalmente, a algunos de los siguientes aspectos:*

a) Si la distribución debe hacerse directamente por el distribuidor o si éste puede delegar esa facultad a terceros que actuarán bajo su responsabilidad;

b) Lo relativo a los signos distintivos y otros elementos susceptibles de protección de acuerdo con la legislación en materia de propiedad intelectual, que identifiquen el establecimiento, actividad, bienes o servicios de la red de distribución. Salvo pacto en contrario, los derechos de propiedad intelectual se entenderán de propiedad exclusiva

bución en sentido estricto: distribución selectiva, exclusiva⁷ y franquicia).

Como bien señalan Mendieta e Iglesias, las características principales del contrato de concesión son las siguientes: contrato mercantil de colaboración; normativo; de duración; e, *intuitu personae* o basado en una relación de confianza entre los contratantes.

En primer lugar, pertenece a la categoría de los contratos mercantiles de colaboración, por cuanto se celebra entre dos agentes económicos por razón de las necesidades de desarrollo o expansión comercial de uno de ellos o de mejora de la comercialización de los productos. En este sentido, el fin común de ambas partes es la mejor y más amplia comercialización de los productos del concedente.

En segundo lugar, el contrato de concesión puede configurárselo como un contrato normativo⁸, ya que en él se deberían

del principal; o,

c) Los acuerdos de exclusividad respecto de una gama de productos o servicios, o a un grupo de clientes, siempre dentro de las condiciones que establece la ley que regula el control del poder de mercado.

7 “**Art. 526.-** Los contratos de distribución exclusiva, por los cuales, un empresario se compromete a adquirir productos, bajo determinadas condiciones, a otro que le otorga una cierta exclusividad en una zona u otra consideración, y a revenderlos también bajo ciertas condiciones, así como a prestar a los compradores de estos productos asistencia una vez realizada la venta, deberán estar enmarcados en lo dispuesto en la ley que regula el control del poder de mercado”.

8 **Art. 530.-** Los contratos de distribución se celebrarán por escrito y en ellos las partes deberán indicar con claridad el alcance del ejercicio de la distribución, así como los derechos complementarios que ésta conlleve. Deberán, en este caso, señalar:

a) Identificación precisa de las partes, nombres y apellidos, documento de identificación válido y vigente, domicilio y la calidad que ostentan y con la que concurren a la firma del contrato cada interviniente, es decir, si obran por sus propios derechos o por los que representan de un tercero;

establecer las reglas que deben gobernar las relaciones entre las partes, tanto en el presente como en el futuro. En efecto, el contrato de concesión dará lugar a una posterior serie de contratos de compraventa, cuyos términos y condiciones son previamente configurados por los contratantes al definir la relación de concesión.⁹

En tercer lugar, los contratos de concesión son naturalmente contratos de duración, pues la ejecución de las prestaciones por las partes se prolonga necesariamente en el tiempo. Esto es, por oposición a los contratos en los que el interés contractual se agota con la ejecución instantánea y en un solo acto de la prestación, la concesión tiene carácter continuado y es de tracto sucesivo¹⁰,

b) Describir el contenido y características del negocio objeto de distribución comercial;
c) Duración del contrato, así como las condiciones de renovación y modificación del mismo;

d) Formas de remuneración para el proveedor y ventajas económicas para el distribuidor;

e) Causas y efectos de la extinción del contrato, incluyendo los casos y la forma en que, cualquiera o ambas partes, lo podrán dar por terminado; y,

f) Lugar de ejecución del contrato.

En caso de que falte alguno de estos requisitos, con excepción de los establecidos en los literales a) y b), se presumirá la existencia de un contrato de distribución, el cual se interpretará de acuerdo con los usos, procedimientos y costumbres que las partes hayan venido empleando en sus relaciones.

Cuando la formalización escrita no se hubiese llevado a cabo por causa imputable a una de las partes, corresponderá a ésta la carga de probar la existencia de las condiciones contractuales que se separen de lo dispuesto en este Código.

9 Art. 525 C.Com.- Los contratos de distribución podrán adoptar las características que las partes acuerden en cuanto a territorio, exclusividad, volúmenes y periodicidad en las compras entre las partes, formas de remuneración, y otras que consideraren adecuadas.

10 Art. 547 C. Com.- El contrato de distribución podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido. Si no se hubiera fijado una duración determinada, se entenderá que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido; en este caso cualquiera de las partes puede dar aviso de terminación a la otra con una anticipación de noventa días, que se contarán desde el día siguiente a la fecha de notificación y hasta el último día del plazo.

pues lleva consigo la ejecución de una pluralidad de actos singulares (que incluyen la celebración de múltiples contratos de compraventa o de suministro, en los que se amparan las remesas de productos a adquirir y suministrar durante la vigencia de la concesión y la realización reiterada de las obligaciones y actividades contractuales vinculadas al fin común de promoción de las ventas).

En cuarto lugar, el contrato de concesión se funda en una relación de confianza entre las partes¹¹. La actividad de comercialización y promoción de las ventas desarrollada por el concesionario en ejecución del contrato, empleando la marca o la imagen del concedente, sin duda puede afectar al prestigio, reputación comercial y fama de este último. Por esta razón, el contrato se celebra en contemplación de las personales condiciones del concesionario y el mantenimiento de éstas, así como de la relación de confianza entre las partes.

Hecho este breve resumen respecto de lo que se debe entender por un contrato de distribución y sus principales características¹², abordaremos a continuación lo que el actual Código de Comercio ha establecido respecto de este contrato.

11 **Art. 532 C.Com.-** *Las partes podrán introducir todos los pactos que nazcan de su voluntad, que sean afines con la naturaleza del contrato de distribución.*

12 Veintimilla Saldaña, Jaime: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiccionario/article/view/743>

III.- EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN O “CONCESIÓN” MERCANTIL EN LA LEGISLACIÓN COMERCIAL ECUATORIANA

En el título séptimo del Código de Comercio (en adelante C. Com) que se denomina: SISTEMAS DE DISTRIBUCIÓN Y OTROS CONTRATOS RELACIONADOS, encontramos el capítulo primero que hace referencia a los sistemas de distribución en general.

En este sentido, el Art. 522 del C. Com señala que los sistemas de distribución, en general, comprenden los contratos que se celebran entre fabricantes, proveedores, mayoristas o importadores, y terceros, a quienes se les encomienda la labor de comercializar en una determinada zona geográfica los productos o servicios de propiedad de los primeros.

Y a continuación indica que los contratos comprendidos dentro del sistema de distribución de productos o de servicios, consisten generalmente en la distribución o concesión, propiamente dicha, pero que también, las disposiciones comunes a estos contratos se aplican, salvo estipulación especial, a todos los contratos contemplados dentro de este título, así como también al contrato de franquicia y de permiso de uso de conocimiento o know-how, los cuales no serán materia de análisis en el presente artículo.

Adicionalmente en este capítulo se deja precisado, por una parte, que el proveedor y el distribuidor conservarán su independencia económica y autonomía jurídica (Art. 529), es decir que estamos en presencia de dos personas naturales o jurídicas plenamente diferenciadas; y, por otra que, que el proveedor está

obligado a suministrar al distribuidor la información comercial y técnica que sea precisa para promover la mejor distribución de los bienes o servicios objeto del contrato (Art. 533), así como comunicar al distribuidor los hechos que puedan afectar con carácter sustancial el desarrollo de la actividad comercial, o los niveles de abastecimiento del distribuidor, así como todo aquello afecto a los productos que sean objeto de la distribución y que pueda generar daños a los adquirentes o consumidores o incluso a terceros.

De suma importancia es lo que establece por ejemplo en el Art. 536 del C. Com, cuando se precisa que el proveedor no podrá obligar a la compra de lotes o series de suministro con productos no requeridos por el distribuidor, o a volúmenes de compra que desborden la demanda real del distribuidor o las posibilidades de oferta de éste en las condiciones en que se encuentra en un momento determinado.

Finalmente, es importante dejar consignado en este apartado que nuestro legislador ha permitido que el proveedor esté facultado para ejercer su derecho a la venta directa, salvo pacto en contrario, por lo que resulta de vital importancia dejar determinado en los respectivos contratos a suscribirse si esta venta directa estará o no permitida.

Así también, el C. Com ha señalado que el proveedor no podrá prohibir al distribuidor el acceso a la venta por internet, salvo por motivos de salud pública, seguridad de los consumidores o prohibición de orden legal, por lo que se recomienda que esta posibilidad quede claramente permitida en los respectivos contratos a suscribirse.

IV.- DE LA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Según el Art. 549 del Código de Comercio, el contrato concesión o distribución por tiempo fijo se extinguirá por el cumplimiento del término pactado o por justa causa. No obstante el legislador con mucho acierto ha señalado que si después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, el contrato continuase siendo ejecutado por ambas partes, se considerará transformado en un contrato de duración indefinida.

Ahora bien, la denuncia unilateral en los contratos de duración indeterminada o indefinida ha venido defendiéndose y aceptándose de manera frecuente en la doctrina y jurisprudencia con base en que es imposible mantener relaciones jurídicas eternas o de por vida. Al efecto el legislador ecuatoriano ha previsto en el Art. 550 que las partes de un contrato de distribución podrán dar por finalizado el contrato en cualquier momento, inclusive en los contratos por tiempo indefinido, sin observar plazo de previo aviso, cuando la otra parte hubiera incumplido de manera grave o reiterada, total o parcialmente, las obligaciones legales o contractuales, siempre que el incumplimiento no fuera subsanado a satisfacción de la parte cumplidora en el plazo establecido en el contrato.

Es más, señala que a falta de una estipulación clara respecto al plazo de subsanación o en caso de no haberlo, se entenderá que la parte que incumple tiene quince días para subsanar su incumplimiento, y si no lo hace, el contrato podrá ser declarado resuelto y la parte que ha venido cumpliendo cabalmente con sus obligaciones también tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios correspondientes.

Por otra parte, el legislador también ha dejado aclarado en el Art. 552 que cuando se dé por terminado el contrato de duración indefinida sin respetar los plazos de previo aviso pactados o legalmente establecidos (noventa días), sin que haya transcurrido un plazo razonable para hacer posible la amortización de las inversiones específicas, la parte afectada tendrá derecho a exigir una indemnización adecuada para resarcirse de tal falta de amortización, y los daños y perjuicios derivados de contratos que se hubiesen concretado hasta ese momento, incluyendo los que se encuentren en fase de negociación en tanto se perfeccionen dentro de los siguientes treinta días de haberse dado el aviso de terminación, así como el daño derivado de las relaciones laborales que deban concluirse proveniente de la terminación de ese contrato de distribución.

V.- TERMINACIÓN AD NUTUM

Las terminaciones sin causa o ad nutum son muy frecuentes en el ámbito del Derecho comercial. Por eso, bien hizo este Código de Comercio en regular este instituto que muy poco desarrollo ha tenido en la doctrina y en nuestra Jurisprudencia, a través del Art 551, que expresamente señala:

“Art. 551.- Cuando se dé por terminado el contrato de duración determinada sin justa causa antes de la finalización del plazo pactado, la parte afectada tendrá derecho a exigir una indemnización adecuada para resarcirse de todos los daños y perjuicios que acredite haber sufrido como consecuencia de esa terminación, entre los que se incluirán: lo que faltare de amortizar de las inversiones que se hubieren efectuado; y, atendidas las

circunstancias, el daño derivado de las relaciones laborales que deban concluirse proveniente de la terminación de ese rubro de distribución”.

En este artículo, como se puede apreciar, el legislador ha dicho que esta indemnización, incluirá entre otros rubros, lo que faltare de amortizar de las inversiones que en su día hubiere realizado por ejemplo el distribuidor o concesionario, y de ser el caso, las que se hubieren tenido que pagar por motivo de las terminaciones de las relaciones de trabajo que deben realizarse por la terminación abrupta y sin causa del contrato de distribución.

Ahora bien, en cuanto a qué debe considerarse como inversiones no amortizadas, el C. Com establece en el Art. 553 lo siguiente:

“Art. 553.- Se considerarán inversiones no amortizadas aquellas instruidas y realizadas con conocimiento del principal para interés de su negocio y que no puedan ser aprovechadas de modo real y efectivo para usos alternativos, que no tengan posibilidad de reventa o que sólo puedan serlo con grave pérdida para el inversor. No tendrán la consideración de inversiones indemnizables aquellas ya amortizadas o que debieran estarlo conforme a las escalas fiscales vigentes de amortización establecidas ni las inversiones genéricas propias del normal devenir empresarial del distribuidor”.

En todo caso, si las partes establecen una cláusula de terminación ad nutum, no por ello se le concede al principal (empresa concedente) carta blanca en perjuicio de los intereses del distribuidor (empresa concesionaria), ya que su objetivo es habilitarle para poner fin al contrato con facilidad, en el bien

entendido que sólo podrá hacer uso de esta facultad en la medida en que no cause un riesgo excesivo para el distribuidor.

Se refiere PAZ-ARES¹³, al **DEBER DE CONFIANZA** que obliga al principal a no denunciar el contrato antes de que haya transcurrido el plazo que razonablemente necesita el distribuidor o concesionario para amortizar las inversiones, que realizó confiado en la duración del mismo; al **DEBER DE PREAVISO**, que obliga al principal o concedente a no denunciar el contrato sin haber anunciado su propósito con una antelación prudencial a fin de que el distribuidor o concesionario pueda tomar las decisiones más convenientes a sus intereses; y al **DEBER DE COLABORAR** en la liquidación que obliga al principal a ciertas conductas activas, como por ejemplo: recompra del stock sobrante, favorecimiento de la transmisión, etc.

Sin embargo, estas conductas que deben exigirse al principal o concedente, en nuestro caso, ha de complementarse con el **DEBER DE NO EXPROPIACIÓN** (cuya excepción es la *exceptio doli*). En efecto, este deber se traduce en no utilizar la cláusula de terminación ad nutum para extraer rentas que contractualmente le pertenecen al distribuidor, o bien, utilizarla como arma de presión frente al distribuidor o concesionario para obtener modificaciones favorables del contrato, por ejemplo, una reducción en el territorio asignado en exclusiva al concesionario (esto constituye una conducta oportunista de parte del principal).

Para finalizar este estudio sobre el contrato de distribución comercial o concesión mercantil, y sus formas de terminación,

13 PAZ ARES, CÁNDIDO: La indemnización por clientela en el contrato de concesión Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque / Justino F. Duque Domínguez (hom.), Vol. 2, págs. 1287-1304.

hay que decir que en el Ecuador el legislador ha optado, salvo pacto expreso en contrario en el respectivo contrato, por no indemnizar la clientela¹⁴ que forjó el distribuidor durante su relación negocial.

Así el Art. 554 del C. Com ha dejado perfectamente claro, lo siguiente:

“Art. 554.- Salvo pacto en contrario, la terminación de los contratos de distribución no obligará al proveedor a indemnizar al distribuidor por la clientela que éste hubiera podido captar durante la relación contractual”.

Sin embargo, también ha dejado un límite o tope máximo que se puede pagar para esta clase de indemnizaciones por clientela, a saber:

“Art. 555.- La indemnización a la que se refiere el artículo anterior no podrá exceder, en ningún caso, del promedio anual de las utilidades antes de impuestos del distribuidor más el quince por ciento que corresponde a los trabajadores, atribuible a la línea o producto que se trate. El período que deberá contabilizarse es el correspondiente a los últimos cinco años, o, en caso de ser inferior, al tiempo de duración de la relación comercial, multiplicando la utilidad por el tiempo de duración de ésta”.

14 El profesor Jesús Alfaro hace un interesante análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo español del 16 de marzo de 2016 (<https://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7629663&links=&optimize=20160330&publicinterface=true>) sobre la indemnización por clientela: <https://almacendederecho.org/la-terminacion-de-los-contratos-de-distribucion>. Recuperados el 20 de noviembre de 2021

Si bien prima facie esta indemnización favorece al distribuidor local (léase ecuatoriano), en el caso que un concedente decidiera abruptamente y sin causa terminar el contrato de distribución, hay que tomar en cuenta que se trata de un artículo que eventualmente pudiera ahuyentar la inversión extranjera en el Ecuador al considerar que se trata de una indemnización onerosa o excesiva a favor del distribuidor ecuatoriano. O, en el evento que no lo llegase a ahuyentar, eventualmente pudiera provocar que el contrato no se regule bajo las normas jurídicas ni tribunales ecuatorianos, sino a través de normas y tribunales extranjeros.

En todo caso, más allá de esta personal apreciación, lo cierto es que lo que debe verse como un acierto es haber fijado de una vez y con todas sus letras, el alcance o tope máximo que pueden alcanzar este tipo de indemnizaciones por clientela, ya que el evento que por alguna circunstancia un tribunal arbitral o juez ordinario deba fijarla, está más que precisado el límite que puede alcanzar, por lo que, en ningún caso, salvo que se resuelva en contra de ley expresa, se podrán superar dichos montos.

Finalmente es importante dejar consignado en este breve artículo que la indemnización por clientela podrá ser demandada junto con la indemnización general de perjuicios que hemos dejado precisada anteriormente, y que se la podrá solicitar hasta en máximo un año contado a desde la terminación del contrato. Debiendo señalar en todo caso, que no procederá el abono de las indemnizaciones antes señaladas, cuando el principal o concedente dé por terminado el contrato por el incumplimiento grave de las obligaciones contractuales o legales de la otra parte; o cuando con el consentimiento del principal se hubiere cedido a un tercero los derechos y obligaciones de que era titular en virtud del contrato de distribución, en cuyo caso se estará a lo pactado.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, JESUS: La terminación de los contratos de distribución. Publicado el 14 de abril de 2016. Casos, Jesús Alfaro, Lecciones, Mercantil: <https://almacenederecho.org/la-terminacion-de-los-contratos-de-distribucion>. Recuperado el 25 de octubre de 2021.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A.: “Los contratos de distribución: Agencia Mercantil y Concesión Comercial”, en: Contratos Internacionales, Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara, Tecnos, 1997.

MENDIETA, JAVIER e IGLESIAS CASAIS J.M., Los contratos de distribución (1). El contrato de concesión. Tomo IV Contrato de Prestación de Servicios y Realización de obras (I). p 717. Thomson Reuters Aranzadi. 2014.

ORTIZ HERBENER, ANDRES: Los Contratos de Distribución: Terminación Ad Nutum y la correspondiente Indemnización por Clientela. Recuperado el 18 de noviembre de 2021: <https://www.revistajuridicaonline.com/2004/01/los-contratos-de-distribucion-terminacion-ad-nutum-y-la-correspondiente-indemnizacion-por-clientela/>

VEINTIMILLA SALDAÑA, JAIME: El Contrato de distribución: de la atipicidad a la formalización: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/743>.

Recuperado el 19 de noviembre de 2021.

PAZ ARES, CÁNDIDO: La indemnización por clientela en el contrato de concesión Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque / Justino F. Duque Domínguez (hom.), Vol. 2, págs. 1287-1304.

NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN DE UN INTERVENTOR

Dr. Roberto Salgado Valdez

I

BREVES COMENTARIOS SOBRE LA INTERVENCIÓN

Estuvimos presentes en la Superintendencia de Compañías cuando, bajo la iniciativa del Superintendente doctor Marco Antonio Guzmán, se dictó el Decreto Supremo No. 1353-A de 31 de diciembre de 1974 (Registro Oficial No. 720 de 13 de enero de 1975), modificado por el Decreto Supremo 328 de 29 de abril de 1975 (Registro Oficial 794 de 2 de mayo de 1975), con los que se incorporó a la Ley de Compañías al mecanismo de control denominado “**Intervención**” para que, bajo causales determinadas, a través de la designación de Interventores, se supervigile temporalmente la marcha económica de ciertas compañías. El espíritu fue que tal Intervención **dure el menor tiempo posible**, no solo por los **costos y gastos** que ello implica para la compañía sino para evitar la “**capitis diminutio**” que pesa sobre ella, en especial con respecto al sector bancario, que le imposibilita acceder a nuevos créditos. Tal intervención **debe concretarse a propiciar solamente la corrección de las irregularidades que la determinaron**.

El artículo 353 de la Ley de Compañías establece que **los Interventores serán de libre designación y remoción del Superintendente de Compañías, Valores y Seguros**. En cuanto se refiere a la designación no cabe duda de tal liberalidad. ¿Cabría tal liberalidad cuando se trate de su remoción?

Es en base a esta inquietud que, en virtud de la **remoción de un Interventor** dispuesta en un caso reciente, en especial por los hechos circundantes y que se derivan de ella, que hemos considerado de **interés general** entregar una visión académica, **esencialmente jurídica y técnica**, con respecto a los hechos evidenciados.

II

ANTECEDENTES, DESARROLLO Y ESTADO DE UNA INTERVENCIÓN

En base a una **denuncia** presentada por accionistas que representan el **50% del capital social** de la Compañía “AZ S.A.” (nombre ficticio) se la declaró en estado de Intervención, designándose un Interventor, el mismo que en ejercicio de sus funciones **realizó todas las actuaciones que correspondían, de conformidad con lo establecido en el artículo 357 de la Ley de Compañías, concretando su actuación a propiciar la corrección de las irregularidades que determinaron su designación** (24 observaciones).

Como caso para análisis de mejores entendidos, **la Superintendencia por escrito señala que no puede entregar la denuncia al Interventor (??).**

De conformidad con lo previsto en el mismo artículo 357, la representante legal presentó al Interventor los libros sociales, registros de contabilidad y otros documentos relacionados con las operaciones, es decir **atendiendo plena y totalmente todos sus requerimientos**.

Para el efecto se agotaron exactamente **5 meses 14 días**, lo cual representó para la compañía un egreso de **25.000 dólares** en lo relativo a los honorarios del Interventor y asesorías legales y contables.

El Interventor presentó **3 informes**. Debe aclararse que desde el 28 de mayo del 2021 hasta el 18 de agosto del 2021, no presentó un informe, lo que resulta obvio si se toma en cuenta que fue **durante los meses de junio y julio y parte de agosto que se realizó la revisión de la mayor parte de documentos y se atendieron y analizaron la mayor parte de observaciones a fin de que pueda considerárselas como superadas o no superadas**. Es decir, **cuando ameritaba hacerlo**, presentó su informe **el 18 de agosto del 2021**.

Es importante destacar que de acuerdo al último Informe se **superaron 19 observaciones, manteniéndose 3 no superadas y 2 en análisis**; es decir que **se superó el 80%** de las observaciones, por lo que en los próximos días, luego de los análisis correspondientes que se realizarían, se superaría el 100% de las observaciones. Este era el **“estado de intervención”**.

III

RESOLUCIÓN DE REMOCIÓN DEL INTERVENTOR

En estas circunstancias, **al día siguiente de la presentación del último Informe** se notificó la Resolución de 19 de agosto del 2021, por medio de la cual se removió al Interventor **de acuerdo a los considerandos previos establecidos para el efecto** y se designó su reemplazo.

Para el efecto en la referida Resolución se expresan dos considerandos **previos y concatenados** (el segundo y el tercero) para la adopción de tal decisión:

- a) *“Que mediante comunicación de 23 de julio de 2021, ingresada en esta entidad con trámite número ..., **solicitó el cambio del prenombrado Interventor por las razones que expone en la mencionada comunicación**”; y*
- b) *“Que mediante memorando de 17 de agosto de 2021, dirigido a este despacho, la Dirección Regional de Inspección, Control, Auditoría e Intervención en virtud del **incumplimiento del Ingeniero ... a lo previsto en el literal l) del artículo 10 del “Reglamento de intervención de las compañías nacionales ... relacionado a los informes que mensualmente deben presentar los interventores a este organismo de control, sugirió designar nuevo interventor de la compañía, para lo cual incluyó la terna de interventores certificados por esta entidad**”.*

La petición enviada por los denunciantes constituye el primer fundamento de esa Resolución **porque, de no ser así, no**

tendría ningún sentido que forme parte de los considerandos, pero el motivo que se utiliza para tal remoción es que *“en virtud del incumplimiento ... a lo previsto en el literal l) del artículo 10 del Reglamento de intervención ... relacionado a los informes que mensualmente deben presentar los interventores...”*.

Es decir, en otras palabras, el único motivo **aparente** de la remoción se fundamentó en que simplemente se lo ha solicitado *“por las razones que expone en la mencionada comunicación”* pero que **tal remoción no se realiza por este motivo sino exclusivamente por el hecho de que el Interventor no presentó mensualmente** sus últimos informes.

En palabras más concretas: La motivación para la remoción del Interventor se basó, fundamentalmente **en el hecho del pedido de los denunciantes**, pero **forzadamente**, para hacerlo, se basó **en otro hecho**, esto es en que **el Interventor no presentó mensualmente el informe**. Si esa fundamentación forzada que se aplicó era absolutamente distinta a la del pedido, cabe preguntarse sobre la razón para que tal pedido conste como considerando en la Resolución. La respuesta puede ser que se la utilizó **para dar curso a ese pedido**. Es decir, **sin la necesaria investigación, se utilizó otro hecho, para complacer dicho pedido**.

Con respecto a lo que señalamos nos permitimos destacar lo que establece la doctora Aleyda Ulloa Ulloa, en su artículo “Motivación de Resoluciones Públicas y Debido Proceso”, publicado en la Revista Judicial del Diario La Hora en su edición del 14 de agosto del 2013, en los siguientes términos: *“De ahí que los poderes públicos y sus decisiones se encuentran vinculados a las reglas de la racionalidad, dentro del marco del sentido posible del*

*tenor literal, salvaguardando tanto la **objetividad** de la ley como la **imparcialidad** de las decisiones judiciales”.*

Dentro de un **debido proceso**, garantizado en la Constitución y hasta por sentido común y **“estricta racionalidad”**, la Dirección Regional de Inspección, Control, Auditoría e Intervención, **antes** de sugerir la remoción del Interventor, **debía, en nuestro criterio, haberse comedido en solicitarle el informe pendiente.** Es más, si se revisa ese Informe de 18 de agosto del 2021, éste **se refiere inclusivamente a las labores relativas a junio y julio**, con lo que, **al ponerse al día en su envío, se habría superado lo formal** y, por ende, no habría existido necesidad de sugerir la remoción sobre todo, dada la **“situación actual de la intervención”** (por lo que se habían superado 19 de las 24 observaciones). Entonces, si esto no ocurrió, alguna razón debía existir.

Ilustrativamente la **“estricta racionalidad”** constituye una tarea esencial **“para valorar la corrección de las resoluciones de los poderes públicos acorde con el criterio de razonabilidad que permita justamente establecer la “estricta racionalidad de sus razonamientos”** conforme lo determina la propia doctora Ulloa Ulloa en el referido artículo, agregando que tal **“estricta racionalidad”** constituye una **“exigencia que persigue como objetivo que las resoluciones de los poderes públicos sean fruto de la racionalización del ejercicio del poder como reconocedor de la ley, y no como derivado de la voluntad, de la fuerza, o la arbitrariedad de sus órganos”.**

No parece admisible, por tanto, que, **sin “estricta racionalidad” ni “razonabilidad”, forzadamente, sin ningún motivo de fondo** que lo amerite, se remueva a un Interventor que ya

conocía de la materia de la Intervención, durante 6 meses, (**con apenas cinco observaciones por superarse**) para designar a un nuevo para que **vuelva recién a conocer de qué se trata el asunto**.

El artículo 10, literal l) del Reglamento de Intervención expresa como **“funciones y atribuciones”** del Interventor **-no “obligaciones”-** el *“Presentar informes **mensuales** a la Superintendencia de Compañías acerca de las actividades **cumplidas** y de las acciones **realizadas** por los administradores, a fin de superar las causales que originaron la intervención”*, lo que **bajo un concepto de “racionalidad estricta”** a la que nos hemos referido anteriormente, conlleva la situación de que el Interventor debe informar las actividades ya **“cumplidas”** y las acciones ya **“realizadas”** por los administradores, **solo cuando corresponda hacerlo**, es decir, **cuando ya se encuentren en ese estado**, de modo que **si todavía no lo están**, simplemente no hay estricta razón ni motivo para proceder a presentar una información mensual. Con estas circunstancias la Resolución por la que se removió al Interventor contuvo una **motivación que no se basó en una “racionalidad estricta”** necesaria para la toma de la decisión.

No ha escapado a nuestro criterio el hecho de que efectivamente el Interventor o Interventores son de **libre designación y remoción por parte del Superintendente**, como lo establece el **artículo 353, inciso segundo de la Ley de Compañías**, pero tenemos la seguridad de que tampoco escapará a un mayor ilustrado criterio el de que **la referida norma legal se encuentra sujeta a una norma constitucional superior**, esto es la previstas en el **artículo 76, numeral 7°, literal l)** que establece que *“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser **motivadas** y que **no habrá motivación** si en la resolución no se enuncian las*

*normas o principios jurídicos en que se funda y **no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho** y que los actos administrativos, resoluciones o fallos que **no se encuentren debidamente motivados** se considerarán nulos y que los servidores o servidoras responsables serán sancionados”.*

Por eso es que el artículo 26 del Reglamento de Intervención establece que “En cualquier caso, la decisión tomará sobre la base de los **informes previos** coincidentes -se entiende bajo “**racionalidad estricta**”- que respecto a una de estas medidas sometan a su consideración” las diferentes Intendencias y Direcciones de la Superintendencia

Con respecto a esta norma constitucional, el doctor Carlos del Pozo Larrea, en su artículo “La Motivación en Resoluciones Administrativas y Fallos Judiciales”, publicado en la misma Revista Judicial del Diario La Hora el 28 de noviembre del 2012, señala lo siguiente: “Además, del tenor literal de la última disposición legal transcrita, claramente se advierte que el legislador fue más allá, **al enfatizar con una mayor carga de responsabilidad a esta obligación**, cuando se indica que los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren “debidamente” motivados serán nulos. Por lo tanto, el verdadero y completo requerimiento es la **DEBIDA MOTIVACIÓN** (sic) y con ello, la observancia de los principios que inspiran la administración de justicia”.

Por tanto: No es suficiente que una Resolución se encuentre “**motivada**” sino “**debidamente motivada**”.

En la especie, nadie duda de que la Superintendencia de Compañías se encontraba facultada para libremente remover al Interventor **pero para el efecto, en nuestro criterio, debía**

motivar debidamente su decisión y para hacerlo debía, por supuesto, enunciar las normas o principios jurídicos en los que se fundaba pero, sobre todo, su pertinencia de aplicación con respecto a “los antecedentes de hecho” **reflejados en el “estado de la Intervención”**, pero estos antecedentes, como han quedado evidenciados, fueron dos: a) **El pedido de los denunciantes**; y, b) **El que el Interventor no había presentado mensualmente los últimos informes.**

Pero, **la motivación se fundamentó -sin “racionalidad estricta”- solo en el segundo hecho formal para dar curso al primero.** Si no fuera así, la pregunta que surge es: ¿Si la resolución de remoción se fundamentó **solo** en el segundo hecho formal, cuál fue la razón para que se haga constar también como fundamento el primer hecho? y ¿Si se hizo constar el primer hecho como considerando de la Resolución cuál era su “*pertinencia*” para efectos de la remoción, como lo exige el artículo constitucional señalado anteriormente?.

En consecuencia, en nuestro criterio, se realizó una **utilización forzada** con respecto a la cual el doctor Carlos del Pozo Larrea, en su artículo ya mencionado, manifiesta: “*A riesgo de sonar reiterativo o exageradamente insistente, es preciso recalcar que la autoridad de que se trate, está **obligada a consignar esta explicación** de un modo recto, directo, **imparcial**, honesto y sin forzamientos, porque eso es lo debido y lo mínimo que toda persona cuyos derechos e intereses se encuentran sujetos a la decisión de un tercero, espera y confía*” continuando con señalar que se lo haga en términos justos, por lo que “*es indispensable que **gocen de independencia**, que estén **alejados de cualquier forma de subordinación, imposición o presión** provengan éstas de donde provengan*”.

IV

ANÁLISIS DEL PEDIDO DE REMOCIÓN DEL INTERVENTOR

Resulta, en consecuencia, imprescindible analizar la razón por la cual el pedido de remoción de 23 de julio del 2021 aparece como considerando de la Resolución porque dicho pedido, sin la menor duda, constituyó el **auténtico “antecedente de hecho”**; **es decir el verdadero y real fundamento para la decisión de remoción del Interventor.**

Si se hubiere investigado, **como correspondía**, se hubiera observado que en la comunicación que contiene el pedido se realiza una serie de **infundadas aseveraciones generales directas en contra del manejo de la intervención**, dirigidas posiblemente a que no se permita la superación de las 5 últimas observaciones que se encontraban pendientes por despechar. A esas aseveraciones, **técnica y jurídicamente**, damos respuesta, en los siguientes términos:

- a) Se dice en el pedido que el Interventor se ha **autofijado un honorario** tomando como referencia el sueldo del Gerente General el mismo que fue observado por la Intendencia por *“ilegal e ilegítimo”*. Para el efecto se fundamenta en que *“sin ningún escrúpulo”* el Interventor, *“sin ningún sustento legal”*, con *“total desconocimiento de la norma”* *“convalida”* una observación emitida por el órgano de control, que fue *“verificada”* al haber sido uno de los hechos denunciados.

Señala que el Interventor, en una reunión que mantuvo con ellos, manifestó que ese sueldo se encontraba sustentado en la “costumbre” y se lo califica como “*alcahuete de la administradora*”.

No son acertadas las aseveraciones por cuanto no es el Interventor quien se autofijó su honorario y, además, en ningún momento, como se lo dice en la petición, el sueldo del Gerente General fue observado por la Intendencia “*por ilegal e ilegítimo*”. (Revisada la Resolución de Intervención se observa que lo único que se señala es que, **al momento de la inspección previa**, “*No fueron proporcionadas las actas de junta general con su expediente completo incluyendo grabaciones magnetofónicas, mediante las cuales se designó y se fijaron los honorarios de la gerente general de la compañía*”). ¿En qué parte de esta observación se señala -como se dice en la petición- que la Intendencia ha observado “*por ilegal e ilegítimo*” el sueldo de Gerente General?. La respuesta es: En ninguna parte; de modo que **tal calificación y pronunciamiento no existen y no son verdaderos**.

La fijación de la remuneración del Interventor corresponde exclusivamente a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, de conformidad con lo establecido en los artículos 13 y 14 del Reglamento de Intervención, Institución que, para el efecto, debe **tomar en consideración, entre otros aspectos, la remuneración que viene recibiendo el Gerente General**, de modo que eran infundadas las siguientes aseveraciones de los denunciantes en el sentido de que “*sin ningún escrúpulo el Interventor, sin ningún sustento legal, con total desconocimiento de la norma “convalida” una observación emitida por el órgano de control, que fue verificada al haber sido uno de los hechos denunciados*” cuando, en realidad, lo único que se evidencia es que

se desconoce el sustento de la norma reglamentaria, de modo que no resulta acertado sostener que el Interventor esté “*convalidando*” una observación que, además, nunca fue emitida por el órgano de control y que, como se ha demostrado, en ningún momento ha sido calificada por dicha Institución como “*ilegal e ilegítima*”. En cuanto se refiere a este tema, el señor Interventor lo dilucidó y superó en su último Informe.

Por lo tanto, esta aseveración carece de sustento por lo que, además, no ameritaba, en modo alguno, **bajo ningún concepto**, utilizar inadecuados términos en contra del Interventor señalando que ha actuado “*sin ningún escrúpulo*” o como “*alcahuete de la administradora*”.

- b) Se dice de **manera muy general** en el pedido de manera muy general que “*en todos los informes presentados por el Interventor*” éste no se encuentra cumpliendo con sus funciones ni con el Reglamento de Intervención y al contrario, con un “*abusivo proceder*” y con sus “*contradictorios informes*” está llevando a la empresa a una situación crítica en la que se encontraría incurriendo en las causales de disolución establecidas en el artículo 377 de la Ley de Compañías, en específico las causales 2, 4 y 6, que las transcribe.

Es decir, **sin ninguna especificación, sin ningún documento, sin ningún análisis específico (que debió ser investigado previamente)**, en el pedido se llega a la conclusión de que el Interventor “*está llevando a la compañía a una situación crítica*”, por lo que dicha empresa estaría incurriendo en las causales de disolución que se menciona.

Si la Dirección Regional de Inspección, Control, Auditoría e Intervención, hubiera realizado el análisis que le correspondía hubiera llegado a la **conclusión obvia** de que **en ningún momento** -y peor aún si en la petición no se menciona ningún hecho, documento ni análisis que justifique y confiera veracidad a sus afirmaciones- la administración ha inobservado o contravenido la Ley, reglamentos, o resoluciones y demás normativa, o los estatutos de la sociedad.

- c) Se dice en el pedido **de forma general** -sin ninguna especificación- que como se podrá verificar de los informes de control “*el Interventor no está cumpliendo con las atribuciones y funciones determinadas en los literal a, b, c y m del Reglamento de Intervención*”, los mismos que se los transcribe, aclarando que con respecto al literal m) se había solicitado en meses atrás que convoque de manera urgente a una **junta general extraordinaria para conocer el estado de intervención** pero que el día de la junta, **pese a haber estado presente el cien por ciento del capital social** “*con una pantómima (sic) barata protagonizada por la gerente y sus asesores (sic) se valieron de un oficio en el que se le negó la comparecencia de un delegado del Intendente a la junta a la hija y accionista de la gerente, quien de manera intencional y de forma dolosa y beneficiándose de su propio dolo no adjuntó la convocatoria a su petición al organismo de control*” y que “*a esta junta este seudo Interventor además de una hora tarde (sic), y ser testigo de estas argucias, no dijo nada, para que la junta continúe, ni ha hecho el mínimo intento de que todos los accionistas se reúnan*”.

Con respecto a la referida junta general extraordinaria, para conocer la verdad, simplemente basta revisar los términos de la comunicación enviada por la señora Gerente General al señor Intendente de Compañías de Quito, de la que se destaca lo siguiente:

*“5.- El 25 de mayo del 2021, en atención a la petición de delegado, la Directora Regional de Actos Societarios y Disolución señaló a la accionista peticionaria que no era posible atender su petición en virtud de que a la solicitud no acompañó constancia del correo electrónico con el cual se remitió la convocatoria a junta de accionistas, **ni copia de la publicación por la prensa de dicha convocatoria**, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento sobre Juntas Generales de Socios y Accionistas dictado por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en concordancia con lo señalado en el artículo 236, inciso primero de la Ley de Compañías y artículo 6 del Estatuto Social de la Compañía.*

*2.- Si esto dijo la Directora Regional de Actos Societarios y Disolución resulta obvio que **“como no se realizó la publicación de la convocatoria por la prensa”**, la junta general convocada sin el cumplimiento de ese requisito, no tiene validez, más aún cuando así lo señala el artículo 247, numeral 2°, de la propia Ley de Compañías por lo que correspondía, para superar este inconveniente, **volver a convocar a junta general no solo mediante correo electrónico sino, adicionalmente, por la prensa.***

El día y hora para el que fue convocada esa junta general efectivamente estuvo presente el 100% del capital social, pero

ello no significa en absoluto, como bien se conoce, que por ese hecho la junta general pueda reunirse en forma universal si es que no se cumple con los requisitos establecidos en el artículo 238 de la Ley de Compañías y **esos requisitos no se cumplieron** porque quien presidía la reunión, frente al pedido de que la junta resolviera declararse como universal, lo puso, como correspondía, previamente en conocimiento de todos los accionistas y **un accionista se opuso** porque insistió en contar con un delegado de la Superintendencia de Compañías. Entonces surge la siguiente pregunta: ¿Cómo podía reunirse la junta general si la Directora Regional de Actos Societarios de la Superintendencia de Compañías, por oficio, señalaba que la convocatoria a junta general carecía de validez por no haberse realizado adicionalmente por la prensa porque así lo establecían los estatutos, por una parte, y por otra, si frente al pedido de que aprovechándose que se encontraba presente el 100% del capital social los asistentes se conformaran en junta general universal, un accionista se opuso a ello?. La respuesta obvia es: **No podía válidamente reunirse la junta general** y lo que correspondía, en consecuencia, era proceder a que se realice una nueva convocatoria. Pero surge una pregunta: **¿Y en esta situación qué tiene que ver el Interventor?.** La respuesta es que nada tiene que ver y si nada tenía que ver, nada tenía que decir para que la junta continúe, ni tenía que hacer el mínimo intento para que todos los accionistas se reúnan, como se afirmó.

Por lo tanto **todas** las aseveraciones constantes en la petición de remoción carecen de sustento. **No hay una sola con el mínimo sustento.**

V

ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL MEMORANDO DE LA DIRECTORA REGIONAL DE INSPECCIÓN, CONTROL, AUDITORÍA E INTERVENCIÓN (E). ACTUACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

Solo para comprobar todos los asertos mencionados anteriormente debemos referirnos a este memorando dirigido al señor Intendente de Compañías de Quito por parte de la Directora Regional de Inspección, Control, Auditoría e Intervención (E), que contiene el pedido de designar un nuevo Interventor.

Este memorando se fundamenta en lo siguiente: a) La remoción se da, **sin duda**, atendiendo **el mero pedido de remoción**, el mismo que “*entre otros aspectos*” se fundamenta en forma **absolutamente general** que las funciones de intervención no han sido ejecutadas conforme lo establece el Reglamento de Intervención; b) El Interventor no remitió el informe **mensual** pendiente; y, c) La Ley de Compañías señala que los interventores son **de libre designación y remoción del Superintendente de Compañías**. Brevemente nos referiremos a cada uno de estos aspectos:

- a) **Con respecto al primer asunto** cabe señalar que la Directora Regional de Inspección (E) no consideró, en ningún momento, analizar y comprobar los hechos mencionados en la petición. Lo que se hizo es tomar en consideración esos “**meros comentarios generales**” según los cuales, “*entre otros aspectos*”, las funciones de intervención no habrían sido ejecutadas conforme lo establece el Reglamento de Intervención; es decir esa mera

frase sí tuvo sentido cuando, en cambio, lo que más sentido tenía eran los **“puntuales aspectos”**, que debía habérselos comprobado, proferidos contra su Interventor, pero ellos **no fueron investigados previamente como debía hacérselo para pedir o no el cambio del Interventor.**

- b) Con respecto al segundo asunto** cabe señalar que **la petición no se refiere, en absoluto, ni lo menciona, al literal l) del artículo 10 del Reglamento**, que se refiere a la entrega **mensual** de los informes, pero, cabe aclararse, no como una “obligación” sino como una **“atribución”** que debe ejercerse **cuando el caso lo amerite**, como sucede normalmente y **en este caso**, en nuestro criterio, el “estado de la Intervención” **no lo ameritaba.**

En nuestro criterio, debió **solicitarse al Interventor que enviara el informe**, antes de tomar cualquier decisión. Se trata de un criterio nuestro que encierra una profundidad de pensamiento: Si así se actuaba ya no se hubiera contado con este elemento para atender el pedido de su remoción.

- c) Con respecto al tercer asunto**, efectivamente nadie discute que de acuerdo al artículo 353 de la Ley de Compañías y al artículo 16 del Reglamento de Intervención, los Interventores son de libre nombramiento y remoción por parte del Superintendente de Compañías o de su delegado. ¿Ello significará que a su simple gusto y sabor un Superintendente o su delegado puede cambiar a un Interventor?. La respuesta, en nuestro criterio, es absolutamente negativa: Los Interventores son de libre remoción del Superintendente o su delegado pero, para

hacerlo, **dichas autoridades se encuentran sometidas a una norma superior prevista en el artículo 76, numeral 7°, literal l) de la Constitución**, en el sentido de que pueden hacerlo bajo una “**estricta racionalidad**” que conlleva una **debida motivación**. Esto no se discute en el Derecho Administrativo. El Superintendente o su delegado no requieren simplemente de una “motivación” sino que requieren de una “**debida motivación**”.

Contando con todos estos elementos cabe complementarlos señalando que la autoridad nominadora, **antes de tomar cualquier resolución** para remover al Interventor, **debía, además, previamente realizar la correspondiente investigación** y cerciorarse si todos los hechos manifestados en el pedido lo ameritaban, **constatando si eran reales y verdaderos** (como ocurre, tratándose de la remoción de Liquidadores prevista en el artículo 391 de la Ley de Compañías) para, **solo en base a esa investigación y comprobación, tomar una decisión fundamentada y debidamente motivada** -como lo exige la Constitución- para lo cual, además, **previamente, debía correr traslado a dicho Interventor** con el contenido del pedido a fin de que haga uso de su derecho de legítima defensa, **y esperar su contestación antes de tomar la decisión de remoción**. Efectivamente sí se lo corrió traslado y **la respuesta fue entregada por el Interventor, pero sin esperar dicha respuesta, se lo removió** (respuesta que, además, **coincide plenamente con los razonamientos que expresamos en este artículo**).

Es por ello que, con todos los antecedentes señalados anteriormente, consideramos ciertamente que se ha resquebrajado la institucionalidad del alto órgano de control en circunstancias en las que si el artículo 353 de la Ley de Compañías determina

que es el Superintendente de Compañías quien designa al Interventor, resulta que, en forma preocupante, además la autoridad nominadora ha actuado con una inaceptable falta de respaldo y solidaridad **en favor de su Interventor**. Actuación muy preocupante. Ni siquiera hubo una comunicación dirigida a los peticionarios rechazando, **como correspondía**, la serie de comentarios desatinados con los que se referían a **su** Interventor, que es lo menos que debía haberse hecho, sin comprenderse la razón por la que no se realizó la correspondiente **investigación previa**, para lo cual bien podía haberse **enviado a un Inspector** para que revisara esas aseveraciones y para que, en informe debidamente sustentado, se evidenciara si el Interventor estaría actuando o no de conformidad con la Ley y con el Reglamento, de modo que se pudiera pedirse su remoción o, al contrario, que permanezca en sus funciones. Esta deficiencia, que aparece de bulto en todo lo actuado, es **contundente**.

VI

PRETENSIÓN DE INICIAR EL PROCESO DESDE EL PRINCIPIO

De suponerse era, entonces, que el proceso de Intervención continuaría tomando en consideración -como se debía- el “**estado de la Intervención**”, esto es para solventar las últimas observaciones. Pero no fue así:

El nuevo Interventor, **en base a las instrucciones que se impartieron desde la Dirección Regional de Inspección, Control, Auditoría e Intervención**, según lo informó, hizo llegar un cronograma con respecto a **todas** (24) las observaciones

constantes en la Resolución de Intervención (cuando 19 ya habían sido superadas), solicitando que se coloque las fechas en que se entregarían **nuevamente** documentos (**los cuales ya habían sido entregados a requerimiento del anterior Interventor**) y otros adicionales, para volver a **“iniciar”** (?) el proceso, es decir **desde cero** (?), sin tomar en consideración el arduo trabajo que se había realizado en los últimos **seis meses** y el **egreso de 25.000 dólares**, a lo que se le contestó que el artículo 26 del Reglamento de Intervención expresaba que bien el Superintendente de Compañías o su delegado puede ordenar la sustitución de uno o más Interventores lo hace *“sin perjuicio de que continúe el estado de intervención que se hubiere dispuesto”*, de modo que no podía modificarse el referido “estado”, esto es que no era admisible que se reinicie desde cero el procedimiento sino que, como es obvio y racional, debía **continuar** con el proceso *“en el estado de intervención que se hubiere dispuesto”* (es decir, con 19 observaciones superadas). **“Continuar”** significa: *“seguir”* y no **“Iniciar”** que significa *“comenzar”* o *“dar principio a algo”*, según el Diccionario de la Lengua Española

El reiniciar desde cero el proceso de intervención **no atenta solo contra la razón, sino que supone mayores egresos de los que ya se habían realizado** afectando, en mayor modo, la **iliquidez por la que la compañía atravesaba producida por el proceso de Intervención**. Ello significaba absurdamente que cada vez que se designe un nuevo Interventor deba reiniciarse desde cero el proceso sin tomar en consideración el tiempo ya utilizado y el egreso económico ya realizado más los adicionales inconvenientes que conlleva tal situación. Por eso tanto la Ley de Compañías como el Reglamento de Intervención siempre tratan al respecto sobre el **“estado de la intervención”** y utiliza el término

“continúe” en el sentido de que el proceso debe continuar por parte del nuevo Interventor, **en este caso, solo con respecto a las 5 puntuales observaciones pendientes.**

VII

ACTUACIONES POSTERIORES DE LA SUPERINTENDENCIA

Lo que ocurrió después fue más negativo: Por oficio de 4 de noviembre del 2021 (**sin que extrañamente lo suscriba siquiera la Directora Encargada**), a través de un **analista**, se notificó a la compañía intervenida insistiendo en varias observaciones **que ya estaban superadas y agregando otras adicionales que ni siquiera eran materia de la Intervención**, en clara **transgresión a lo dispuesto en el artículo 357 de la Ley de Compañías.**

Del referido oficio, tomaremos solo las observaciones más relevantes, **que ya habían sido superadas** por el anterior Interventor, sobre las que se insiste:

- a) Que de acuerdo con el literal b) del artículo 2 del Reglamento de *“Funcionamiento de las compañías que realizan actividad inmobiliaria”*, la compañía debió contar con la **aprobación de la junta general con respecto al Presupuesto de un proyecto de construcción de una plaza comercial** (que se encuentra en ejecución), porque el objeto social de la compañía es *“la administración de bienes inmuebles”* y que según el CIIU L 6810.01, tal objeto corresponde a una *“Actividad Inmobiliaria”* por lo que, de acuerdo al *“Ámbito de aplicación”* resulta

aplicable dicho Reglamento. (Exigencia **absolutamente inconstitucional** que **carece de eficacia jurídica** de acuerdo a lo señalado en los artículos 424 y 82 de la Constitución, que **imponen a las autoridades públicas sujetarse a las normas constitucionales**. No puede por **Reglamento** conferirse al órgano junta general, una atribución o exigencia no prevista en la **Ley**).

Efectivamente la compañía se dedica exclusivamente a la **administración** de inmuebles y se encuentra realizando además una construcción de una plaza comercial **en un predio de su propiedad**, con el propósito de que se concesionen locales, **lo que nada tiene que ver con el referido Reglamento** ya que éste establece en su **principal considerando** que están sujetas al mismo las compañías *“dedicadas a la construcción de viviendas y otras edificaciones y promoción inmobiliaria”* **cuando “para el desarrollo y ejecución de proyectos inmobiliarios reciban dinero de clientes de forma anticipada a la entrega de los inmuebles”**, de modo que en su artículo 1 (“Ámbito de aplicación”) señala que sus disposiciones *“serán de cumplimiento obligatorio para las compañías cuyo objeto social contemple la actividad inmobiliaria en cualquiera de sus fases”* pero que *“para el desarrollo y ejecución de los proyectos inmobiliarios que ofrecen al público reciban dinero de sus clientes en forma anticipada a la entrega de las viviendas y edificaciones”*, aclarando, además, que *“no se entenderá por proyecto inmobiliario la construcción de una unidad habitacional por cuenta del propietario del terreno”*. En consecuencia, en el presente caso, la compañía **no se dedica** a la construcción de

viviendas ni edificios y **no ha recibido ni recibirá dinero anticipado de ningún cliente** (por lo que **no existe ni existirán siquiera las promesas de venta** a las que se refiere el artículo 2 y siguientes artículos 3 y 5) y **no se encuentra realizando un proyecto inmobiliario en los términos señalados por el Reglamento**. Por lo señalado la compañía no se encuentra inmersa en el “Ámbito de aplicación” del Reglamento y, por ende, **no se encuentra obligada a que el presupuesto de construcción sea aprobado por la junta general de accionistas**, como prevé el literal b) del artículo 2 del referido Reglamento. Sin embargo de ello, para mayor seguridad, el Interventor **lo consultó a la Superintendencia** y ésta contestó, a través del mismo especialista, literalmente lo siguiente:

“En consecuencia, de no aplicarse lo estipulado en el numeral 2, literal b) del Reglamento de Funcionamiento de Compañías que realizan Actividad Inmobiliaria, previa verificación de las condiciones como tal, en base a registros contables y otros documentos de soporte, debe verificarse que no se ocasionen perjuicios a accionistas o terceros, y considerando además, que la Junta General de Accionistas el órgano supremo de la compañía, así como las facultades y atribuciones conferidas al representante legal, lo que debe ser sustentado para el análisis de superación de causales de intervención relacionadas con el proyecto Plaza Comercial...”

¿Quiso decirse que sí debe aplicarse el Reglamento o que no debe hacérselo? Lo que parece que quiso decirse es que el Interventor debía verificar las condiciones del

caso y si con ello se estableciera que no debía aplicarse el Reglamento, de todos modos debía verificar que no se ocasionen perjuicios a accionistas o terceros y debía considerar que como la junta general es el órgano supremo de la compañía debía también analizar las facultades y atribuciones conferidas al representante legal, para sustentar su criterio. **Eso es lo que hizo el Interventor:**

Verificó que **el Reglamento no era aplicable al caso ni nada tenía que ver el CIU, y que, en consecuencia, no se requería de la aprobación del presupuesto de construcción por parte de la junta general;** verificó que **no se habían ocasionado perjuicios a accionistas o terceros** y que **el representante legal había actuado de acuerdo a los estatutos**, de modo que con ese sustento concluyó que esta observación estaba SUPERADA.

El nuevo Interventor, por su parte, además, **comprobó que, según acta, la junta general sí había aprobado el presupuesto** en sesión en la que el Presidente de la junta menciona que *“para ejecutar el Proyecto ... se requiere financiamiento para lo cual es necesario realizar una hipoteca abierta a favor del Banco ...”* (la hipoteca es una obligación **accesoria**, que no puede existir sin una obligación **principal**, que constituye el crédito bancario para el proyecto). **¿Es que puede concebirse que una junta general autorice una hipoteca para afianzar un crédito para un proyecto sin que conozca y apruebe el presupuesto?. ¿Absurdo, verdad?.** Por eso en el **expediente** de esta junta **aparece incorporado el referido Presupuesto** (la Doctrina 102 de la propia

Superintendencia señala con respecto a los “Expedientes” que éstos deben formarse, entre otros documentos, con los **“que la junta general hubiere conocido”, de modo que la junta no solo conoció el presupuesto, sino que obviamente, lo aprobó y por eso autorizó la constitución de una hipoteca** lo que se confirma, además, con la **propia denuncia**, cuando los **propios denunciantes** señalan: *“La planificación y desarrollo de este Proyecto, aprobado por los accionistas de ... S.A.”* (Punto 1, página 2); *“El Presupuesto aprobado por los accionistas, en la junta general de accionistas para el proyecto fue de USD..... para lo cual se logró la aprobación de un crédito de USD..... por parte del Banco... , con una **hipoteca abierta** sobre el terreno del proyecto”* (punto 1, página 3). Lo que se dijo en la denuncia es que hubo un exceso con respecto al presupuesto aprobado, lo que se comprobó que no es verdad.

¿Entonces cómo puede afirmar la Superintendencia que no existe aprobación del presupuesto por parte de la junta general? y ¿Por qué insiste en mantener como observación una exigencia que no es aplicable por cuanto el *“Reglamento de funcionamiento de compañías que realizan actividad inmobiliaria”* se refiere a otros casos, motivo por el cual esta observación fue SUPERADA.

- b) Que no se presentó las actas de juntas generales en las que se fijó el honorario del Gerente General conforme lo establece el numeral 3° del artículo 321 de la Ley de Compañías, destacando que los mismos **“no se encuentran aprobados con la aceptación de los estados**

financieros por parte de los accionistas en junta general, conforme lo señala el ex Interventor”.

Lo que realmente dijo el ex Interventor y el motivo por el cual dio por SUPERADA esta observación fue distinta: **“Cabe mencionar que los honorarios profesionales de Gerencia General se encuentran aprobados con la aceptación de los Estados Financieros, por parte de los accionistas”.** El ex Interventor consideró superada esta observación en consideración a que, si bien es cierto la junta general no fijó la remuneración, y por tal motivo, la administradora incurrió en una **responsabilidad**, pero que **en virtud de lo señalado en el artículo 265 de la Ley de Compañías**, la misma se encuentra **extinguida** por la **“aprobación del balance y sus anexos”** y **“por aprobación de la gestión”**. Sin embargo, en el oficio de la Superintendencia **ni siquiera se menciona al artículo 265 de la Ley de Compañías** y se insiste en la observación, aplicando un artículo de la Ley de Compañías sin la debida coordinación con otro u otros como, en cambio, **si lo hizo acertadamente el ex Interventor.**

- c) Que la representante legal ha inobservado lo estipulado en el artículo 261 de la Ley de Compañías al contratar a nombre de la compañía de su representación con una **compañía relacionada** ya que **“de los descargos remitidos consta que en la comparación presentada, el precio por los bienes adquiridos con la compañía relacionada es menor al de otro proveedor remitido, por 19.5%, es decir hubo beneficios para la compañía”.**

Si, por favor, lea bien estimado lector: La Superintendencia afirma que por cuanto la gerente general ha contratado con una compañía relacionada (un simple servicio de papelería) **en menor precio** al de otro proveedor, en un 19.5%, reconociendo que *“hubo beneficios para la compañía”*, sin embargo considera que a pesar de ese beneficio **ha inobservado lo estipulado en el artículo 261 de la Ley de Compañías y no da por superada la observación**, cuando todos los que estudiamos y conocemos el derecho societario sabemos que la Doctrina 126 de la propia Superintendencia establece que *“la prohibición referida, es evidente que la misma no tiene el carácter de absoluta”* y que *“tales operaciones no constituyen infracción del artículo 261 de la Ley de Compañías si es que no hubiere un “conflicto de intereses” que perjudique a la compañía”*, de modo que por eso textualmente señala: *“... lo cual, lejos de constituir un perjuicio para las compañías correspondientes, representa un notable beneficio económico para ellas, no obstante la teórica oposición de intereses respectiva”*, que es lo que ocurrió en este caso, y fue el motivo por lo que el anterior Interventor consideró a esta observación como SUPERADA.

- d) Que la gerente general no ha dado cumplimiento al artículo 261 de la Ley de Compañías al haber contratado con su cuñado **asesoría legal** para el cobro de arriendos.

Para superar esta observación se entregó varias cotizaciones de profesionales del derecho que **establecieron honorarios de mayor valor** que los percibidos por el

abogado contratado, pero la Superintendencia dice que, **de todos modos, la Gerente General ha incumplido con el artículo 261 de la Ley de Compañías** porque la Ley que se encontraba “*vigente a la fecha*” no contemplaba excepciones como lo hace hoy, sin considerar lo que ya la propia Superintendencia estableció en la misma Doctrina 126 señalada en el literal anterior, a lo que hay que agregar que **esa misma Doctrina señala, en definitiva, que los criterios por ella expuestos requerían de normas específicas que provengan del legislador a fin de que se interprete de manera generalmente obligatoria este tema.** Y eso es precisamente lo que se hizo con respecto al artículo 261 de la Ley de Compañías cuando en las **últimas reformas de diciembre del 2020**, se estableció como **excepción**, en el literal f), “*la prestación de **servicios profesionales** y de servicios personales en relación de dependencia, **siempre que se pacten en condiciones normales de mercado y sin beneficios especiales para el administrador o sus partes relacionadas de acuerdo con este artículo***”. Es decir se ha especificado por parte del legislador algo lógico que implica que el administrador no incurre en la prohibición en ese artículo de la Ley en el caso excepcional señalado; sin embargo, la Superintendencia manifiesta que como esa norma no estaba vigente al momento de la celebración del contrato de asesoría legal, la misma no se aplica y consecuentemente se mantiene la observación, cuando lo que ha ocurrido es que el desarrollo de esa norma **justifica la contratación de conformidad a lo establecido en la misma Doctrina 126 que sí estaba vigente al momento de la contratación y que establece**

que esa prohibición ***“no impide que los administradores realicen los actos siempre que las adquisiciones de bienes u otros contratos que se celebren se encuentren dentro del giro ordinario de los negocios de la compañía y no impliquen ningún beneficio especial”***, que es exactamente el caso, ya que sin duda, el cobro de acreencias en favor de la compañía, es una actividad que se la realiza **por y dentro del giro ordinario de los negocios**, y a menor valor, **lo que constituyó un beneficio para la compañía**.

- e) Que las juntas de ..., cuyos únicos puntos del orden del día fueron **relativos a meras informaciones** sobre avance del Proyecto y un informe jurídico, no cumplen con el artículo 238 de la Ley de Compañías (**juntas universales**), por lo que debe considerarse lo establecido en las Doctrinas 78 y 144 y los artículos 215, 216 y 249 de la Ley de Compañías.

La propia Superintendencia ha determinado que esas “juntas” **no fueron universales** por lo que **no tienen validez**, aparte de que en ellas solo se entregaron **meras informaciones que no requieren de convalidación ni ratificación**, de modo que por estas razones el Interventor consideró a estas observaciones SUPERADAS, sin que se entienda la razón por la que se insiste en ellas, más aun cuando, como la Superintendencia señala, cualquier accionista, en base a los artículos indicados está en su derecho de ejercer el derecho de impugnación (aunque no se sabe para qué si se trata de meras informaciones).

- f) Que el actual Interventor ha informado que **no se ha contratado ningún financiamiento adicional**, por lo que debe remitirse estados de cuenta y mayor contable de balances al 31 de diciembre del 2020 y con corte septiembre 2020.

Resulta obvio que si el Interventor constató que **no se había realizado un financiamiento adicional**, tal hecho no puede constar en esos documentos.

A continuación, del referido oficio de la Superintendencia, tomaremos solo **las nuevas observaciones que se agregan, infringiendo lo que establece el artículo 357 de la Ley de Compañías, sin que se trate de asuntos que determinaron la Intervención:**

- a) Que la compañía *“debe indicar cuál es el alcance de la fórmula de reajuste”*, la que se haya efectuado y su aplicación, a la que se refiere **el contrato de construcción del proyecto.**

La respuesta es: **El alcance que consta en el contrato.** Pero a la Superintendencia no le compete revisar un **contrato privado y reservado**, transgrediendo lo establecido en el último inciso del artículo 440 de la Ley de Compañías, que prohíbe revisar lo referente a secretos empresariales y a lo que afecta la reserva en relación con la competencia, y lo establecido en el artículo 357 de la misma Ley y, además, **no se trata de un asunto que determinó la Intervención.**

- b) Que se ha identificado que la compañía registra **obligaciones patronales en mora** por USD. 1.760,00.

Este no es un asunto que haya motivado la Intervención pero que se debe a la iliquidez por la que atraviesa la compañía. Tal observación significa absurdamente que todas las compañías que se encuentren en esta situación deberían ser intervenidas.

- c) Que se aclare y adjunte documentos y registros contables respecto a los egresos de la compañía por **USD. 25.000** en que se dice que se ha incurrido **por motivo de la Intervención**.

Tampoco se trata de un asunto que motivó la Intervención. Por cierto, los gastos, por el momento, ya superan los **32.500 dólares**, situación que **ha causado extrema iliquidez**; es decir, **es la misma compañía que se tenía antes de la Intervención, pero con USD. 32.500 menos** y, eso más, en tiempo de pandemia.

*

Esta visión **absolutamente académica** la realizamos, animados de la mayor buena fe y en ejercicio de nuestro derecho constitucional de libre expresión, con el único propósito de identificar estos hechos que responden, sin duda, a una falta de capacitación dentro del órgano de control, que exigen una **profunda reflexión** encaminada a reestructurar urgentemente la aplicación del mecanismo de control de la “Intervención” **-en el menor tiempo y con el menor gasto posible y exclusivamente con atención a las observaciones que lo determinaron-** a fin de precautelar la necesaria **seguridad jurídica** garantizada en

la Constitución, la misma que se ha evidenciado notoriamente afectada, lastimosamente, por la actuación de ciertos funcionarios, sobre todo en una **etapa de pandemia** en la que se requiere del compromiso de todos, incluido el de los órganos de control, para precautelar el mantenimiento estable de las compañías y, sobre todo, de quienes laboran para ellas.

EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA

Ana María Larrea A¹

Resumen:

El arbitraje de emergencia sobre el que abordará este artículo, responde a una necesidad manifiesta en el proceso arbitral, que es la de obtener medidas cautelares inmediatas y urgentes, según las características del caso concreto. Tal facultad corresponde a los tribunales arbitrales, que, de acuerdo a la Ley de Arbitraje y Mediación, se integran luego de la fase propositiva y conciliatoria, que puede tomar algunos meses, con lo cual la parte afectada, o pierde la oportunidad de obtener la protección necesaria, o debe acudir a la justicia ordinaria, lo que contradice su ánimo de resolver la controversia al margen de ésta.

La incorporación del árbitro de emergencia, y su próxima recogida en los reglamentos procesales de los centros, es un avance importante hacia la eficiencia y consolidación del arbitraje, más allá de cualquier dificultad que naturalmente pueda presentarse, y que, con seguridad, será solucionada en el tiempo.

1 Directora del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, árbitro del CIAC Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y Directora del Capítulo Guayaquil del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje. **Colaboró en esta publicación María Alejandra Avilés**, estudiante de derecho de la UESS.

Abstract:

The emergency arbitration on which this article will address, responds to a manifest need in the arbitration process, which is to obtain immediate and urgent precautionary measures, according to the characteristics of the specific case. Such power corresponds to the arbitration tribunals, which, according to the Arbitration and Mediation Law, are integrated after the propositional and conciliatory phase, which can take a few months, with which the affected party loses the opportunity to obtain the necessary protection, or he must go to the ordinary courts, which contradicts his intention to resolve the controversy outside of it.

The incorporation of the emergency arbitrator, and its next inclusion in the procedural regulations of arbitration centers, is an important advance towards the efficiency and consolidation of arbitration, beyond any difficulty that may naturally arise, and that will surely be solved within time and experience.

1. Introducción

En el recientemente promulgado Decreto Ejecutivo 165, se expidió el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, omisión normativa que el recién posesionado presidente Guillermo Lasso, cumplió el 18 de agosto de 2021, luego de 24 años, en un claro mensaje de respaldo a los métodos alternos para la solución de conflictos, y, particularmente al arbitraje, como valiosa herramienta de crecimiento económico y progreso.

En dicho reglamento se incorporan a la normativa ecuatoriana, principios y reglas que constituyen práctica consolidada de tribunales de arbitraje locales e internacionales, así como reglas

procesales aplicadas en distintos centros de arbitraje internacional, en especial del Reglamento actualizado de la Cámara de Comercio Internacional de París. Entre los elementos nuevos que podemos identificar, está la figura del árbitro de emergencia, que si bien es verdad se introdujo internacionalmente hace más de una década, es a lo largo de los últimos años que se ha implementado en mayor medida en el mundo del arbitraje, y que hoy en día se encuentra recogida en Ecuador, y supone un importante hito hacia la modernización y la eficiencia en la práctica del arbitraje.

Esto dada la demora inevitable que se presenta para la expedición de medidas cautelares, pues para que puedan dictarse, habría de primero conformarse el tribunal arbitral, acto que únicamente se da una vez que se ha culminado la llamada fase administrativa del arbitraje, que implica una serie de actos de carácter jurisdiccional, como lo son la calificación de la demanda y la citación, que al igual que en la justicia ordinaria, suele tomar incluso meses en llevarse a cabo. Por tanto, recién trabada la litis, y agotada la fase de conciliación intraprocesal, será posible que se conforme el tribunal y que éste pueda dictar la medida cautelar, que para este punto podría no tener sentido o eficacia alguna.

Así, tradicionalmente las “emergencias jurídicas” requerían la actuación de un juez ordinario, sin perjuicio de la existencia la cláusula arbitral, contrariando la naturaleza “autocontenida” del sistema. Debe anotarse como señala el tratadista Roque Caivano, que hace 50 años era impensable que los árbitros pudieran dictar medidas cautelares, pues éstas se consideraban una facultad jurisdiccional reservada a los jueces, en el entendido que los árbitros no ejercían jurisdicción. Este error conceptual ha sido superado con el transcurso del tiempo y la evolución de las legislaciones, para determinarse con claridad que los árbitros

sí ejercen jurisdicción, lo que no ostentan es imperio para la ejecución de las decisiones que adoptan.

Habiéndose advertido la deficiencia del esquema en ese aspecto, en el 2006 el Centro Internacional de Resolución de Disputas fue el primer centro en incluir las reglas del arbitraje de emergencia en su reglamento. Posteriormente, la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en el 2012, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, la Corte Española de Arbitraje, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, entre otros. Sin embargo, el que mayores experiencias ha tenido es el de la CCI.²

Surgen, sin embargo, interrogantes sobre su funcionamiento en cuanto a distintas particularidades del arbitraje de emergencia, y el efecto que éste tiene en el sistema judicial ecuatoriano.

2. Concepto del arbitraje de emergencia

El arbitraje de emergencia consiste en una etapa previa al arbitraje sobre el asunto principal de la controversia. Si bien en sí mismo es un procedimiento independiente y autónomo respecto al arbitraje principal, se considera una etapa que procura proporcionar protección oportuna a los derechos e intereses de una de las partes, mediante la intervención de un árbitro, que no se pronunciará sobre el fondo del conflicto, si no solo sobre la necesidad y procedencia de adoptar medidas cautelares, en una decisión que al ser previa, puede ser revocada posteriormente por el tribunal arbitral, de oficio o a petición de parte.

2 El Arbitraje de Emergencia: ¿Una figura aplicable en el sistema arbitral ecuatoriano? Revista Ecuatoriana de Arbitraje n0. 17, Escudero, Jaramillo y Parra.

El árbitro interviene de forma temporal y solo actuará para el caso en que sea designado, consiguiéndose la tutela judicial efectiva en el arbitraje, sin perjuicio que la parte pueda, si lo considera conveniente u oportuno, solicitar tal tutela a la justicia ordinaria, sin que aquello implique renuncia a la cláusula arbitral.

3. Las medidas cautelares en el Arbitraje de Emergencia

Siendo las medidas cautelares el principal objeto del rol de los árbitros de emergencia, se torna esencial comprender su concepto y, posteriormente, cómo se justifica la necesidad de esta figura de emergencia. Conocemos que las medidas cautelares son herramientas del derecho procesal que permiten proteger el objeto de un juicio, y garantizar el cumplimiento de una sentencia. Estas acciones normadas en la legislación podrán ser realizadas por el juez a lo largo de un proceso con el fin de conservar el patrimonio del deudor y así asegurarle al acreedor que la sentencia, una vez dictada, será cumplida.³

De la misma manera en que dichas medidas son necesarias en un juicio por la vía ordinaria, lo son en el arbitraje administrado, es decir, aquel que se desarrolla con sujeción a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje especializado, tipo al que se acoge la mayoría de los casos en el Ecuador.

La Ley de Arbitraje y Mediación, en el artículo 9, regula las medidas cautelares en el arbitraje, en los siguientes términos:

3 Del Brutto, O. (2021, 17 de noviembre). Medidas cautelares constitucionales. *El Universo*.

<https://www.eluniverso.com/opinion/columnistas/medidas-cautelares-constitucionales-nota/?modulo=lo-ultimo-seccion&plantilla=ampliada&seccion=Opinion&subseccion=Cartas%20al%20Director>

“Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil (actual Código Orgánico General de Procesos) o las que se consideren necesarias para cada caso para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuere declarada infundada en el laudo.

La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá solicitar la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros, siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar sobre se encuentren los bienes, o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo 2 y 3 de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.”

Las medidas cautelares, sea que se trate de las medidas contempladas en el Código Orgánico General de Procesos (secuestro, retención y prohibición de enajenar⁴), que se conocen

4 Cogep **Art. 124.-** Procedencia. Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa

como típicas o nominadas; o que se trate de medidas atípicas o innominadas, es decir, toda aquella razonablemente necesaria y adecuada a las circunstancias específicas de la controversia, siguiendo el modelo anglosajón -conocidas como *injunction*- y reconociendo la flexibilidad propia del arbitraje, son siempre dictadas por el tribunal arbitral, a quien corresponde la competencia para decidir la causa.

Es claro que la expedición de medidas cautelares se encuentra dentro del ámbito de la decisión del árbitro, y no del ius imperio, que tiene que ver con la ejecución. Ésta, por el contrario, depende de si las partes pactaron algo en la cláusula arbitral o no, y aún en este caso, del tipo de medida que se adopte, pues si ésta es de sencillo cumplimiento (inscripciones de restricciones al dominio de bienes registrables) son directamente ejecutables.

En la primera posibilidad, las partes habrían pactado expresamente en la cláusula arbitral que sería el tribunal arbitral quien dicte medidas cautelares y disponga su ejecución directamente a funcionarios de la fuerza pública, autoridades administrativas, registros, etc. En la segunda posibilidad, no se sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito. El secuestro o la retención se solicitará a la o al juzgador de primera instancia, aun cuando la causa se halle ante la corte provincial.

Cogep 126.- Prohibición de enajenar bienes inmuebles. La o el juzgador, en los casos permitidos por la ley y a solicitud de la o del acreedor, podrá prohibir la enajenación de bienes inmuebles de la o del deudor, para lo cual se notificará al respectivo registrador de la propiedad quien inscribirá la prohibición de enajenar sin cobrar derechos.

Mientras subsista la inscripción no podrán enajenarse ni hipotecarse los inmuebles cuya enajenación se ha prohibido, ni imponerse sobre ellos gravamen alguno.

Para la prohibición de enajenar bienes inmuebles, bastará que se acompañe prueba del crédito y de que la o el deudor, al realizar la enajenación, no tendría otros bienes saneados, suficientes para el pago.

habría previsto nada respecto al tema, con lo cual, ante el silencio, correspondería a los árbitros dictar las medidas que hayan sido solicitadas, siempre que las estimen pertinentes, y luego, por intermedio del juez ordinario se practicará la ejecución de dichas medidas cautelares, conforme dispone el art. 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación⁵. Este segundo escenario resulta extremadamente inconveniente, pues, sumada a la demora inicial inevitable, debe considerarse los tiempos que demandan las actuaciones de la justicia ordinaria, saturadas de trabajo, en adición a la eventual intención de revisar o modificar la medida expedida por los árbitros, por los roces que eventualmente se presentan entre los jueces convencionales y los ordinarios.

En ambos escenarios, está claro que nos enfrentamos a una demora en el proceso, que además de ser inoportuna para las partes, en especial aquella interesada en que se dicte una medida cautelar para proteger sus intereses dentro del juicio, desemboca también en lo que podríamos llamar una “injusticia generalizada”.⁶ Aquella figura resulta de un terreno jurídico que se enfrenta a un riesgo de inseguridad, en que la ley no actúa en una rapidez proporcional a la magnitud del daño grave e inminente que se busca evitar.

Cuando una parte requiere que se dicte una medida cautelar y por tanto la solicita dentro del proceso, estamos hablando de una tutela de urgencia de carácter intrínseco y puro. No se trataría por tanto de una urgencia funcional o clásica que se evalúa para prever un daño a futuro, sino de una situación urgente que puede

5 Art. 9 Ley de Arbitraje y Mediación reforma publicada en el RO del 14 de diciembre del 2006.

6 Ost, F. (2005). El tiempo del derecho. Siglo XXI. México. p.273

ser demostrada *prima facie* y que, de no ser atendida, podría irrogar un *pericullum damni* o *pericullum in mora*⁷

Lo más probable es que se produzca la frustración en el usuario, o un daño irreparable o la pérdida de la oportunidad de actuar en el momento en que lo necesita.

4. La introducción de la figura del árbitro de emergencia como respuesta

Visto que ninguno de los dos escenarios propuestos anteriormente es eficaz en poder dictar medidas cautelares, emerge una figura relativamente nueva en el mundo del arbitraje: el árbitro de emergencia, que nace en respuesta a situaciones que necesitan medidas urgentes de protección. Hoy en día, ha cobrado gran importancia en diversas instituciones internacionales y reglamentos domésticos de arbitraje alrededor del mundo.⁸

El árbitro de emergencia actúa a disposición de las sedes de arbitraje y emanará tanto seguridad como utilidad pues, a diferencia que un juez de turno, por ejemplo, existe una certeza de que permanecerá en la institución donde actuará en los casos en que se requiera dictar una medida cautelar ante una situación que por su carácter urgente no puede esperar a la constitución del tribunal arbitral.

Para la realización de este procedimiento autónomo e independiente, se habrá de nombrar un árbitro *ad hoc* cuyas facultades estarán limitadas a decretar una orden o medida cautelar, mas no

7 PEYRANO, J. W. & Eguren, M. C. (2006). Medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación legal. La Ley. p.132

8 Sumaria-Benavente, O. (2015). Arbitraje y tutela de urgencia: el arbitraje de emergencia. Advocatus. p.76

a conocer el fondo de la controversia ni a extenderse al proceso arbitral, que le corresponderá exclusivamente al tribunal arbitral una vez que se haya conformado.

Otra particularidad que hace del árbitro de emergencia útil en su función, es la rapidez con la que se habrá de designar, siendo nombrado de forma ágil, normalmente dentro de un plazo de dos días desde que la Secretaría haya recibido la petición. Esto, siempre previo a la entrega del expediente al tribunal arbitral.⁹ Dicho proceso además será ágil al ser iniciado por la mera solicitud de la parte, claro está, conforme a lo estipulado en cuanto a dicha etapa del proceso arbitral.

5. Requisitos para la expedición de medidas de emergencia

Para que sean procedentes las medidas provisionales que expida un árbitro de emergencia, existe un estándar conforme al cual, deben observarse los siguientes aspectos: i) debe ser competente *prima facie*; ii) la parte solicitante debe ser titular de un derecho o interés, *prima facie*; iii) debe justificarse urgencia en la medida; iv) Debe justificarse la existencia de un daño irreparable; v) debe tratarse de una medida proporcional.

Respecto del primer tema, el árbitro de emergencia tiene competencia para pronunciarse sobre su propia competencia, igual que el tribunal arbitral, pero de forma más flexible, pues debe advertirse una competencia *prima facie*, dado que la decisión no es definitiva. Para revisar su competencia, cabe analizar la voluntad de las partes. Si éstas se sometieron a un arbitraje administrado, incorporaron a la cláusula arbitral, bien sea expresa o tácitamente,

9 Reglamento de Arbitraje de la CCI, Apéndice V. Art. 2.

el Reglamento del Centro al que derivaron la controversia. Al respecto, el reglamento aplicable es el que se encuentre vigente al momento de surgir el conflicto, siguiendo la regla general de la vigencia de las normas procesales, contemplada en el art. 7 numeral 20 del Código Civil, que señala: *“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente”*.

Tal norma es concordante con lo que señala el mismo art 7, numeral 18 *ibídem*, conforme a la cual en todo contrato se entienden incorporadas las normas vigentes a la fecha de su celebración, *exceptuándose de esta disposición las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato*.

En consecuencia, las cláusulas del reglamento relativas al arbitraje de emergencia se entenderán incorporadas aún cuando a la fecha de celebración de la cláusula arbitral no hayan estado previstas, y las partes no las hayan tenido presente al contratar. Salvo, que éstas hayan pactado que el reglamento que rija la controversia sea el vigente a la fecha de celebrar la cláusula o convenio arbitral; o salvo que las partes expresamente hayan renunciado a la aplicación de reglas sobre arbitraje de emergencia. Todo lo cual es válido, entendiendo que el arbitraje siempre está regido por la voluntad de las partes. En consecuencia, estos supuestos producirían la incompetencia del árbitro de emergencia.

Es necesario revisar también la situación del estado y las entidades del sector público, a la luz de la Ley de Fomento Productivo, del 21 de agosto del 2018, dispuso que el estado deba

pactar cláusulas de arbitraje en contratos de inversión que superen los diez millones de dolares, con sujeción a lo siguiente:

En el caso en el que el Estado pacte arbitraje internacional en derecho, el contrato de inversión hará referencia a que toda controversia resultante de la inversión o del contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, será resuelta, a elección del reclamante, mediante arbitraje de conformidad con, entre otras, las siguientes reglas en vigor al momento de la promulgación de esta Ley: (i) Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI - Naciones Unidas administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (CPA); (ii) Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (CCI); o, (iii) Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Las reglas de arbitraje de emergencia no se aplicarán en ningún caso.

Conforme la anterior norma, a pesar de las críticas que puedan surgir en cuanto a que el estado debe mantener una situación de igualdad frente a las partes, y que el arbitraje debería desarrollarse bajo tal premisa, que es uno de los fundamentos del debido proceso, la realidad es que la reforma legal limita la aplicación de la figura del árbitro de emergencia para el estado. Sin perjuicio de lo cual, es indudable el avance que ha tenido el arbitraje de instituciones públicas, en relación a la situación anterior.

Los requisitos previstos en los acápites (ii/v) se deben analizar en función del criterio del árbitros y el objeto de protección. M Saviola¹⁰ señala que el análisis de las medidas que afectan derechos e intereses debe ser estricto y enfatizar en la certeza del riesgo, la necesidad de las medidas y su proporcionalidad. Por el

¹⁰ Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings.

contrario, si el objeto de protección es una prueba o los bienes que aseguren la obligación materia del arbitraje, los requisitos pueden ser flexibles pues el alcance de la protección no causaría gravamen a ninguna parte.

6. Objeto de las medidas que puede adoptar el árbitro de emergencia

Siguiendo los criterios internacionales que parten de la Ley Modelo Uncitral de 1985, reformada sustancialmente en el año 2006, las medidas cautelares tienen por finalidades las siguientes, conforme determina el art. 8 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación en los siguientes términos:

1. *El tribunal arbitral o los árbitros de emergencia que estén previstos en los reglamentos de los Centros de Arbitraje y Mediación, podrán dictar cualquier medida cautelar que consideren necesaria para cada caso, con el fin de:*
 - a. *Mantener o reestablecer el estatus quo en espera de que se dirima la controversia;*
 - b. *Impedir la continuación de algún daño actual, o la materialización de un daño inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral;*
 - c. *Preservar bienes que son materia del proceso, y en general los bienes del deudor o del acreedor;*
 - d. *Preservar elementos de prueba que puedan ser relevantes para resolver la controversia;*
 - e. *Garantizar el cumplimiento de las obligaciones materia del arbitraje;*

- f. *Preservar la competencia de un tribunal arbitral*
2. *Antes de que esté constituido el tribunal arbitral, la parte interesada podrá solicitar las medidas cautelares contempladas en el Código General de Procesos o cualquier otra medida cautelar que considere necesaria de las previstas en el numeral 1 de este artículo. Esta solicitud será presentada a los jueces de lo civil que habría tenido competencia para resolver la disputa de no haber convenio arbitral, sin que esto se considere como una renuncia al mismo. La solicitud seguirá el mismo proceso que el Código General de Procesos prevé para tramitar la solicitud de providencias preventivas.*

De lo anterior podemos afirmar que para que se pueda dictar una medida cautelar, debe apreciarse la apariencia de buen derecho o “bonus fumus iuris”, que es una figura propia de las actuaciones preventivas que tradicionalmente se dan sin oír a la parte contraria, para evitar que ésta evada los efectos de la medida. No obstante ello, el procedimiento contemplado en el art. 127 del Cogep, prevé que el juez convoque a audiencia en la que resolverá sobre la medida, y en la práctica, algunos jueces convocan a la parte contraria, otros no. Lo anterior requiere alguna forma de justificación del perjuicio a irrogarse o la situación a preservarse, según los supuestos del art. 8 antes citado.

El esquema de arbitraje de emergencia del Reglamento de la CCI, sí prevé la notificación a la parte contraria, al menos de la recepción de la solicitud de arbitraje de emergencia, por lo cual los reglamentos de los centros de arbitraje deberán contemplar, sea de forma clara la notificación o no notificación a la parte contraria, previo la expedición de la medida; o eventualmente la discrecionalidad del árbitro de emergencia para, según

las características del caso, valorar una actuación ex parte inicialmente, o no.

Es necesario también resaltar lo transitorio de la medida cautelar, pues ésta puede ser revisada o revocada por el tribunal que posteriormente se constituya para conocer y resolver sobre los asuntos principales en discordia, o posteriormente levantada si se constituye caución suficiente. De igual forma, previo a la integración del tribunal arbitral, la expedición de medidas se trata de una facultad concurrente entre los jueces y los árbitros. Es decir que el reglamento, siguiendo el criterio de la ley modelo de arbitraje del 2006, que adopta el régimen de concurrencia, permite a la parte solicitante escoger entre acudir a la justicia ordinaria para requerir la medida, o solicitar un árbitro de emergencia, siempre que la figura esté prevista en el reglamento del centro al que se sometió. No resulta incompatible la concurrencia, sobre todo al valorar la ejecución de la medida y la necesidad o no de intervención del poder judicial para su cumplimiento.

Algunas legislaciones diferencian entre una “orden preliminar cautelar” que se adopta “ex parte” y la medida cautelar que requiere oír a la parte contraria. En Argentina por ejemplo, es necesario oír a la parte contraria para poder dictar la medida cautelar.

7. Problemas del arbitraje de emergencia

A pesar de ya formar parte tanto de los reglamentos internacionales como nacionales y estar normada en cuanto a su procedencia, designación, procedimiento y efectos, el arbitraje de emergencia no cesa en ser una figura relativamente nueva que,

por dicha condición, trae consigo diferentes problemas tanto en su teoría como ya aplicado en la práctica.

7.1 Potencial desigualdad entre las partes en el arbitraje de emergencia

Entendemos que, en el caso de llevar un juicio por medio de un proceso arbitral, las partes han pactado que así sea previamente. Ha existido un acuerdo entre la voluntad de ambas partes. Sin embargo, cabe cuestionarnos si dicho equilibrio en cuanto a la manifestación de cada parte se mantiene al momento en que se instala el árbitro de emergencia, a petición no de ambas sino sólo de una parte.

Si bien es verdad que las obligaciones del árbitro de emergencia son de carácter temporal y limitadas al otorgamiento de la medida cautelar solicitada, eventualmente resultará difícil separar a cabalidad la expedición de la medida, de lo medular del asunto. Por lo tanto, es vital que el árbitro de emergencia se abstenga de insinuar valoraciones sobre el fondo del problema, si no únicamente calificar la necesidad de la medida para mantener el statu quo entre las partes, preservar bienes o elementos probatorios, y no calificar pretensiones no solicitadas.

Sin embargo, hay quienes sostienen que es inevitable que este árbitro *ad hoc* no realice un juzgamiento, por más mínimo, del asunto principal de la controversia. Por lo que se podría argumentar que la parte que solicitó la medida se ve en ventaja frente a la otra, creando una potencial desigualdad entre ellas. No obstante, que no se concibe dicho desequilibrio, gracias a la naturaleza de las medidas cautelares. Éstas, ya sea en un arbitraje o en cualquier otro proceso por la vía que fuera, pueden expedirse inaudita parte, por dos razones:

i) por la rapidez que las caracteriza, pues en un proceso autónomo no hay ni debe haber amplitud de debate ni complejidad probatoria; y ii) porque de existir la posibilidad de escuchar a la contraparte, se permitiría incluso un desequilibrio mas bien para la parte que solicita la medida, otorgándole tiempo al deudor para que distraiga sus bienes mientras el árbitro de emergencia otorga la medida cautelar.

7.2 ¿Los árbitros de emergencia tienen jurisdicción?

El Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 7 establece que “los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley”.¹¹ Entendemos por jurisdicción la capacidad que tiene el funcionario de justicia de resolver y hacer cumplir, facultad que conforme el ya mencionado artículo del COGEP sí se extiende al árbitro. Efectivamente tiene la fuerza de hacer cumplir las providencias que se dictan a lo largo de la sustanciación de la causa, pues el árbitro tiene la facultad de obligar a las partes a comparecer, a rendir un testimonio, conforme a lo dictado en el auto en cuestión.

Sin perjuicio de lo anterior, se puede observar ya en la práctica que la jurisdicción de los árbitros en la legislación ecuatoriana sigue siendo limitada pues, si bien es verdad que el árbitro puede resolver controversias por medio de un laudo arbitral que actúa en calidad de título de ejecución, no puede hacerlo cumplir. Debe recurrir al sistema de justicia para ejecutar la decisión.

Este escenario se puede percibir también al momento de dictar medidas cautelares, pues a pesar de que algunas pueden ser más

11 Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ] (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Asamblea Nacional. Registro Oficial, Suplemento 544. Art. 7

amigables a la facultad del árbitro al poder ser ejecutadas de forma inmediata por su naturaleza, tal como la prohibición de salida del país, existen otras en cambio que requieren de la asistencia de la fuerza pública para poder ser ejecutadas. Un embargo, un secuestro, por ejemplo, no pueden ser ejecutados por el árbitro por sí solo, sino que se ve obligado, una vez más, a recurrir a la justicia ordinaria para poder llevar a cabo una decisión.

A partir de esta idea, nace una eterna discusión acerca de la evidentemente reducida jurisdicción del tribunal arbitral, que debería poder ejecutar sus propios laudos de forma que el proceso arbitral realmente sea efectivo en favor de las partes y de la decisión dictada. No es menos cierto que lo mencionado requeriría una reforma legislativa que podría tomar años hasta ser concretada, sin embargo, cabe el análisis acerca de esta función del árbitro en el Ecuador.

7.3 Fuerza de la decisión del árbitro de emergencia

A pesar de ser un árbitro, el de emergencia no tiene la facultad de emitir un laudo arbitral, competencia exclusiva del tribunal. Por tanto, sería erróneo alegar que la decisión del árbitro de emergencia es un laudo arbitral, mas bien se limita a ser una respuesta a un pedido de urgencia. Evidentemente, no tiene carácter resolutivo ni definitivo, al ser esencialmente revisable. Al no ser un laudo, la ejecución transnacional de la medida de emergencia no está amparada bajo la Convención de Nueva York sobre la ejecución de laudos, y respecto a ello surge el problema de requerir la homologación previa o exequátur que hace más compleja tal ejecución frente a una dictada por cortes nacionales. Ese es un factor que debe analizarse con detenimiento.

Esta figura no resuelve los puntos principales de una controversia, y si se quisiese hacer una equivalencia con la justicia ordinaria, aquella decisión del árbitro de emergencia no sería una sentencia pues no tiene la fuerza de la misma, sino aquella de auto de carácter interlocutorio que resuelve sobre aspectos relacionados a las partes, en este caso el acceso a una medida cautelar, al tratarse de una providencia que admite o no admite la procedencia de una medida cautelar.

Respecto a la fuerza de la decisión del árbitro de emergencia, debe considerarse lo establecido en el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación en su Artículo 9, acerca de la modificación, suspensión o revocación de medidas cautelares. Se pone en duda la fuerza de la decisión del árbitro de emergencia al establecer en su numeral 2: *“En las mismas circunstancias, el tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar que, antes de la constitución del tribunal arbitral, haya otorgado cualquier juez o el arbitro de emergencia”*.¹²

Sin embargo, esta realidad aplica también a los árbitros de emergencia, sino a cualquier funcionario que hubiera dictado una medida cautelar, ya que por naturaleza, ésta es de carácter temporal y por tanto susceptible a ser modificada si la autoridad competente para decidir, así lo considera. Ya que no es una decisión sobre lo principal, siempre podrá ser modificada, revocada o suspendida, independientemente de quién la hubiera dictado, ya sea un árbitro de emergencia o un juez.

Por tanto, no sería acertado observar este aspecto de las medidas cautelares dictadas por un árbitro de emergencia, como una limitación en la facultad del mismo, pues es ese justamente

12 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 9. N. 9 N. 2

el objeto de su competencia, mas no conocer la causa, pues eso lo hará el tribunal arbitral, que en efecto podrá posteriormente modificar la medida cautelar dictada.

Conclusiones

El arbitraje de emergencia, debidamente regulado en los reglamentos procesales de los centros de arbitraje, constituirá un aporte efectivo para superar las dificultades de acceso a medidas preventivas. Sin embargo deberá preverse adecuadamente los principales aspectos de su actuación, para minimizar dificultades que seguramente surgirán, pero irán superándose con el tiempo, como ha sucedido en general con el arbitraje, que se ha consolidado pese a su escasa regulación normativa, sobre la base del profesionalismo y actualización de los actores.

Especial énfasis deberá prestarse en la regulación sobre la adopción ex parte o en audiencia de estas medidas, con la finalidad de conseguir su objetivo sin que a su vez se presten para abusar del derecho a mantener el statu quo.

El árbitro de emergencia debe ser y mantenerse neutral e independiente de las partes y la controversia, siendo especialmente sensible a revelar cualquier circunstancia que pueda comprometer su actuación, e incluso contemplarse la posibilidad de ser recusado.

Las medidas cautelares dictadas por un árbitro de emergencia proceden, aún cuando no hayan estado previstas en el Reglamento del Centro a la fecha en que se pactó la cláusula arbitral, por cuanto el reglamento a aplicarse, como toda norma procesal, es el vigente

a la fecha de iniciarse la controversia, salvo que las partes hayan pactado expresamente otra cosa.

El estado y las instituciones que lo conforman no pueden someterse a arbitraje de emergencia, en virtud de expresa disposición legal constante en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COIPCI), mientras dicha norma no sea reformada o derogada.

En cuanto a la ejecución de las medidas, convendrá tenderse puentes con la justicia ordinaria para difundir la innovadora figura, y así tender hacia la eficiencia. No se respeta lo que no se conoce, siendo estos mecanismos alternativos una forma de desconcentrar la administración de justicia.

LAS MEDIDAS CAUTELARES CONSTITUCIONALES SUSPENSIVAS CONTRA LOS ACCIONISTAS

Dr. Ignacio Vidal Maspons

Introducción

El concepto general de medida cautelar implica la declaración de una autoridad competente que dispone ciertas restricciones sobre la persona, bienes o derechos de ella, previstas en la Constitución o en la ley, que limitan el actuar libremente de esa persona, sus bienes o derechos. Las medidas cautelares pueden ser dispuestas contra personas naturales o jurídicas, en lo que a estas últimas les sea aplicable y son esencialmente temporales mientras no se resuelva el asunto de fondo. Proviene principalmente de tres fuentes, la Constitución, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y el Código Orgánico Integral Penal (COIP). Las medidas cautelares constitucionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Jurisdiccional,¹ *“tienen como finalidad prevenir, impedir o*

1 Art. 6.- Finalidad de las garantías.- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

interrumpir la violación de un derecho” obviamente previsto en la Constitución.

En cuanto a las normas de derecho constitucional las medidas cautelares que *“deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos”*² se disponen cuando eventualmente se pueda violar o esté en peligro la violación de algún derecho reconocido constitucionalmente, entre los cuales se cuentan los tan comentados y tan poco respetados “Derechos Humanos”, cuyo origen, en nuestra civilización occidental, cronológicamente se sitúa a raíz de la revolución francesa con la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” en 1789, los cuales posteriormente fueron reconocidos por la asamblea general de las Naciones Unidas en 1948 por la “Declaración Universal de Derechos Humanos” con lo cual la protección de los mismos cobró relevancia mundial aunque por la amplitud de su contenido y la aplicación mundial de lo aprobado, trajo graves conflictos contrapuestos causados por intereses políticos, religiosos y económicos. Tal referida declaración universal no ha pasado de ser muy lírica, la cual ha sido constante y permanentemente violada por personas y gobiernos y cuyo ejemplo palpable más reciente lo podemos situar en Afganistán.

Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho.

Salvo los casos en que esta ley dispone lo contrario, la acción de protección, el habeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el habeas data, la acción por incumplimiento, y la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, se regulan de conformidad con este capítulo.

2 Art. 26 de la LOGCCC

Dentro del ámbito regional del continente americano los “Derechos Humanos”, inspirados en las dos declaraciones citadas, y además en la “Declaración de Independencia”³ de los Estados Unidos en 1776, es decir con anterioridad a la revolución francesa, ha encontrado terreno más fértil para aplicar en los hechos, con poder coercitivo, la vigencia de los “Derechos Humanos”; y así, con la creación de la actual “Organización de Estados Americanos” (OEA) en abril de 1948, -institución que derivó de la “Unión Panamericana” creada en 1910 como precursora de la OEA-, se creó, en 1969, en la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” celebrada en San José, Costa Rica, la “Corte Interamericana de Derechos Humanos” conocida como “Pacto de San José”, mediante el cual los estados partes, entre ellos Ecuador⁴, se comprometen a respetar los derechos y libertades y a garantizar su libre y pleno ejercicio de toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, uno de cuyos derechos humanos reconocidos es a la “propiedad”, derecho igualmente reconocido en todas las declaraciones citadas anteriormente. Así, pues, el derecho a la propiedad es un derecho reconocido universalmente, sobre lo cual no queda ninguna duda, pero en nuestra región, a diferencia de otras partes, los “Derechos Humanos” si han sido, además de debidamente reconocidos, debidamente reparados en caso de violación de los mismos por quien quiera que haya procedido de esa manera, sea el Estado o un particular, luego de sujetarse al procedimiento establecido en el “Pacto de San José”.

3 “We the people of the United States of America...” (Nosotros el pueblo de los Estados Unidos de América...)

4 Ratificada por Decreto Supremo 1883 promulgado en el R.O. 452 de 27 de octubre de 1977.

Planteamiento del problema.- Nuestra Constitución en el artículo 321⁵ reconoce varios tipos de propiedad y así menciona a la “pública”, “**privada**”, “comunitaria”, “estatal”, “asociativa”, “cooperativa” y “mixta” cada una de las cuales se rige por sus propias reglas.

En cuanto a la propiedad **privada** ella está garantizada por la Constitución según el artículo 66 N° 26⁶, y que por ser privada se rige, por tanto, por las normas del derecho privado, y en el caso de estudio, por ser un derecho de un accionista privado de una compañía privada se rige por las normas de la Ley de Compañías, según el primer artículo de dicha ley.⁷

Como consecuencia de estas claras disposiciones, cualquier persona capaz actuando por sí misma o por su representante o mandante, puede invertir en la compra de acciones de cualquier compañía legalmente constituida y su derecho a conservar la propiedad de su inversión está garantizado por normas tanto de fuero interno del país como por normas internacionales de las que

5 Constitución, art. 321.-El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.

6 Constitución, art. 66: Se reconoce y garantizará a las personas: 26.- El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.

7 Ley de Compañías, Art. 1°.- “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.- 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.- La ley también reconoce a las sociedades por acciones simplificadas, que podrán constituirse mediante contrato acto unilateral”.

Ecuador forma parte, según así lo establece el art. 1º de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)⁸

Dentro de este marco de protección a los derechos humanos y entre ellos al de la propiedad, dado el supuesto caso de que entre personas sujetas al derecho privado, sean estas naturales o jurídicas, surgiera alguna discrepancia con respecto al acto o contrato derivado del cual una de ellas adquiere de la otra la propiedad de determinado número de acciones que representan un determinado porcentaje en el capital social pagado de la compañía sujeta al derecho privado y en tal supuesto caso una de las partes, en protección a sus derechos, decide acudir al juez constitucional con el fin de obtener alguna medida cautelar para *“evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos”*, como indica el art. 26 de la LOGJCC, y el juez constitucional dicta la medida, que puede dictarla, *“suspendiendo los derechos del accionista hasta tanto no se resuelva por la vía de la justicia ordinaria civil la validez o nulidad del contrato por el cual se cedieron las acciones en controversia”*, ¿se podrá aumentar el capital social de la compañía de derecho privado cuando el accionista tiene suspendidos por medida cautelar constitucional sus derechos como tal?.

Planteada la pregunta de esta manera lo primero que hay que analizar es tratar de dilucidar la extensión del “derecho de

8 LOGJCC.- Art. 1º.- “Esta ley tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional”.

propiedad” del accionista en relación a la compañía y a los demás accionistas. En otras palabras, dentro de la esfera de la compañía en el derecho privado ¿Qué derechos comprende la propiedad de las acciones? ¿Alcanza solo al valor de las propias acciones o existen otros derechos que suponen “valores apreciables en dinero” incluidos en el derecho de propiedad de las acciones? Y la respuesta, sin lugar a ninguna duda, es que el derecho a la propiedad de las acciones en una compañía de derecho privado trae consigo aparejado, incluido dentro del intrínseco valor de la propia acción, otros derechos de manera que el derecho “principal” a la propiedad de las acciones trae consigo unos derechos “accesorios” a esa propiedad como veremos.

El artículo 207 de la Ley de Compañías habla de unos *“derechos fundamentales del accionista de los cuales no se le puede privar”*, mencionando la calidad de socio, la participación en los beneficios, en la distribución del acervo social en caso de liquidación de la compañía, intervenir y votar en las juntas generales, integrar los órganos de administración, gozar de preferencia en los aumentos de capital, impugnar las resoluciones de la junta general, y negociar libremente sus acciones, con lo cual la ley. Algunos de estos derechos enunciados tienen un valor patrimonial en sí mismos, como es el caso de la participación en los beneficios, en la distribución del acervo social, el derecho de preferencia en los aumentos de capital y obviamente en el derecho a negociar libremente las acciones, de manera que si un juez constitucional “suspende” como medida cautelar, permitida por la ley, el derecho del socio, esta “suspensión” alcanza también a esos derechos que según la ley de compañías “son fundamentales y de los cuales no se lo puede privar”, de manera que mientras dure la “suspensión” de los derechos del accionista se pueden presentar

varias situaciones, a saber: si la compañía reparte utilidades tendría que repartir los beneficios o utilidades reteniendo la parte proporcional que corresponda a los derechos del accionista cuyos derechos están en suspenso, no pudiera repartirlos a ese accionista pues estaría contraviniendo una decisión judicial; si la compañía liquida, igual cosa, no pudiera adjudicarse la parte proporcional a ese accionista que tiene suspendidos su derechos y en el caso de aumentos de capital, en razón de que el derecho de preferencia se encuentra igualmente “suspendido” sin que el socio haya podido asistir a la junta general precisamente por tener suspendidos su derechos, la compañía pudiera resolver el aumento de capital dejando de lado el ejercicio de tal derecho de preferencia al socio cuyos derechos están suspendidos, y por tanto no pudo votar en tal junta ni tampoco poder ejercer su derecho de preferencia lo que sin lugar a dudas afecta su “derecho a la propiedad privada”, derecho reconocido constitucionalmente. Aquí entra en juego la redacción de la Constitución en cuanto a que el Ecuador es un “estado de derechos”, pues mientras por un lado existe el derecho de la medida cautelar de “suspensión” de derechos, cuyos efectos son provisionales, la ejecución de un aumento de capital de una compañía cuyo accionista tenga sus derechos “suspendidos” como tal accionista, por otro lado impide a ese accionista ejercer su legítimo derecho de preferencia, afectando directamente a su derecho a la propiedad, con la cual da como resultado que una “suspensión” de derechos afecta directamente a un derecho directamente reconocido en la Constitución como lo es el de la propiedad. La solución jurídica en derecho estricto en tal caso, sería que la compañía no podría efectuar tal junta de aumento de capital mientras esté vigente la suspensión de los derechos, pues, en caso de darse la junta y haberse ejercido por los otros accionistas su derecho de preferencia, una vez que la “suspensión”

haya terminado, al accionista le tocaría iniciar un juicio de nulidad del aumento de capital realizado por la compañía en razón de su vulneración a su derecho a la propiedad. Caso de estudio.

DICTÁMENES SOBRE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS (S.A.S.)

(Tomados de la obra del doctor Roberto Salgado Valdez, “Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.)”, Segunda edición, Grupo Editorial ONI, Quito, Ecuador, páginas 333 a 382, año 2021)

I.- CONSTITUCIÓN Y ESTATUTOS

1. Especie de Sociedad o Compañía

¿La S.A.S. es una “especie” de Compañía?

Para contestar esta pregunta es necesario señalar que en el mismo Registro Oficial en que se incorpora legislativamente la figura jurídica de la S.A.S., esencialmente, se sustituye el artículo 1° de la Ley de Compañías de modo que se las califica como una nueva especie de Compañía de comercio, distinta de las otras.

Es sin duda, también una “Compañía” -porque lo es, mucho más allá de que en el texto introductorio de la nueva figura se la señale como una sociedad- lo cual viene de que así se las denomina en la legislación colombiana, en la que se basó la nueva normativa con lo que se la “colombianizó” en vez de “ecuatorianizarse”.

2. No constituye nueva especie de Compañía o Sociedad

¿Por qué se sostiene que se trata de una nueva especie de compañía o de sociedad?

Nuestro criterio al respecto para dar oportuna respuesta a la inquietud, se contempla en las siguientes consideraciones:

Si una Compañía es personalista y sus socios tienen responsabilidad limitada, se trata, sin duda, de una Compañía en Nombre Colectivo; si es capitalista y sus accionistas tienen responsabilidad limitada, sin duda, es una Anónima; si es personalista y sus socios tienen responsabilidad limitada es, sin duda, una de Responsabilidad Limitada. Si a la S.A.S. se las ha definido como capitalistas y sus socios tienen responsabilidad limitada, esas características la asemejan a una Compañía Anónima, más aún cuando se aproxima ostensiblemente a ellas cuando su capital social se divide en acciones, lo cual la convierte notablemente en una Compañía Anónima; pero se admite la posibilidad de que se pueden incluir restricciones previstas para las Compañías de Responsabilidad Limitada, para la libre negociabilidad de sus acciones, o el requerirse autorización previa de la asamblea o junta para el efecto (lo que también puede ocurrir en las Anónimas de acuerdo a lo señalado en el artículo 191, inciso segundo de la Ley de Compañías, que fue reformado por el artículo 31 de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías).

En consecuencia, la S.A.S. es una Compañía o Sociedad de capitales en las que el capital social se divide en acciones (que por su esencia son libremente negociables), motivo por el cual no podemos considerarla una Compañía de Responsabilidad Limitada, ya que sin duda, el carácter de los títulos acciones -por

más que se puedan estipular restricciones para su transferencia- la asemejan con fortaleza en su esencia a una Anónima; tan es así que, inclusive, el innumerado artículo 37 señala que en lo no previsto en la Ley introductoria de las S.A.S., éstas se registrarán por las disposiciones constantes en los estatutos sociales y por las normas legales que rigen a la Sociedad Anónima. Elemento determinante al respecto es también el artículo 1 de la nueva normativa legal que las califica expresamente como “Sociedades de Capitales” como la Anónima.

En el mejor de los casos era -como lo decía ~~dice~~ el artículo 1 de la Ley de Compañías anteriormente reformado- una “modalidad societaria” híbrida o mixta de Compañía Anónima, pero no una nueva especie de compañía o sociedad. Sin embargo hasta ese disparate ya fue derogado por la Ley de Modernización a la Ley de Compañías.

En nuestro criterio, entonces, en definitiva la S.A.S. es una Compañía Anónima con variantes personalistas tomadas de la Compañía de Responsabilidad Limitada pero, en el fondo, en esencia una Sociedad Anónima y no una nueva especie de Compañía o de Sociedad, que, por cierto, también está sujeta al control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Solo basta señalar que el artículo 2 de la nueva Ley de Modernización a la Ley de Compañías, sustituyó al artículo 2 de la Ley de Compañías en el sentido de -reconociendo, junto a las otras compañías mercantiles, como nueva especie a la Sociedad por Acciones Simplificada- inicia su texto con estas palabras: “*Sin perjuicio de lo previsto en normas especiales...*” como si, aparte de lo señalado, existieran otras especies de compañías mercantiles en otras leyes especiales. Creemos que no existen.

3. Acto unilateral o contrato

¿La S.A.S. es un contrato?

En términos generales, el Código Civil, en su artículo 1454 define al Contrato o Convención como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Es importante destacar de esta definición el término “convención” que viene del verbo “convenir” que significa “*ser de un mismo parecer y dictamen. Dicho de varias personas*”.

Por su parte el artículo 1 de la Ley de Compañías, antes de la penúltima reforma del 28 de febrero del 2020, señalaba que el contrato de Compañía es aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles. La reforma introdujo a la definición los términos “*una o más personas dependiendo de la modalidad societaria utilizada*” y “*de otros beneficios sociales, colectivos o ambientales*”.

En consecuencia hay que analizar en qué cambió la definición de “Contrato de Compañía” con la introducción de estas novedades, por así llamarlas. Pero, adicionalmente, hay que señalar también que como las nuevas normas de las S.A.S. en gran medida fueron adoptadas de la Ley colombiana, ella, en su artículo 1 establece -sin calificarla como un contrato- que podrán constituirse “*por una o varias personas naturales o jurídicas*”.

Pues bien, antes de la reforma, sin duda la definición de Compañía era acertada ya que exigía la concurrencia de, al menos, dos personas. En el momento en el que se modificó esa definición de “contrato” incluyendo los términos “*una o más personas*” llegamos a la inequívoca conclusión de que en el Ecuador existe “Contrato o Convención” de Compañía aunque lo

“contratare” (consigo mismo) una persona, lo cual constituye un “contrato” con una “modalidad societaria” excepcional (?), pero, en el fondo, un contrato consigo mismo, que nace de un “acto unilateral”.

Se suponía que la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, que no constituyen un contrato, venía a llenar una necesidad empresarial para dotar de responsabilidad limitada al empresario individual, pero, obviamente, no constituye un contrato, sino un acto jurídico unilateral, como parece querer explicarse en el innumerado artículo 6 de la nueva Ley cuando dice que la S.A.S. se creará mediante “contrato” o “acto unilateral”. ¿Entonces, en qué quedamos, es un “contrato” que se celebra bajo una “modalidad societaria” (como lo señalaba el artículo 1, reformado, de la Ley de Compañías) o no lo es, sino es un “acto unilateral”, como lo señalaba el innumerado artículo 6 de la nueva Ley?. La respuesta que obtenemos de estos textos es que se trata de un “contrato” que puede también celebrarse por “acto unilateral”, lo cual contradice todos los elementos esenciales que debe contener un contrato para ser considerado como tal, según los artículos 1454 y 1460 del Código Civil.

Dicho en otras palabras con esa reforma, se introdujo en la legislación ecuatoriana el “contrato” con uno mismo, por medio de un “acto unilateral”, es decir, admitir la posibilidad -imposible- de uno ir acompañado de sí mismo, porque el término “compañía” tiene estricta relación con “acompañamiento”, o que puede ir acompañado “de nadie”, pero acompañado al fin (?), según estas nuevas definiciones legales.

Ahora bien, para evitar este absurdo qué es lo que debió hacerse. En nuestro criterio esto debió hacerse:

Mantener la definición de compañía mercantil en los términos establecidos antes de la reforma del artículo 1 de la Ley de Compañías, es decir, definir que este contrato solo puede ser celebrado entre dos o más personas, sin perjuicio de que por acto unilateral -no contrato- pueda constituirse una empresa, con responsabilidad limitada, pero con la condición de que en un plazo importante -que debió señalárselo- debía incorporar al acto unilateral, al menos una nueva persona, de modo que, por el ministerio de la ley esa empresa individual quedaba transformada en Compañía o Sociedad y si, cumplido ese plazo este hecho no ocurría, se disolvía la empresa de pleno derecho. Transformada la empresa a Compañía, al igual que las demás, ya no podía, en el futuro, volver a tener un solo integrante, so pena, si pasado el plazo de seis meses no volvía a incorporarse, al menos, un nuevo integrante, sería disuelta de pleno derecho. Esta forma es totalmente compatible como se observa, para evitar la contradicción que encierra en su texto la incorporación de la S.A.S. con respecto a la definición de Compañía que, absurdamente, se dio supuestamente para posibilitarla.

Como estaban las cosas, debemos repetir, que parecía que la S.A.S., legislativamente eran un “contrato” que podía excepcionalmente celebrarse por “acto unilateral”, aunque se contradigan todos los principios esenciales de los contratos.

Pero como la lógica jurídica en algún momento debe imponerse, y frente a lo que hemos señalado, la nueva Ley de Modernización a la Ley de Compañías, tratando de superar el entuerto, nuevamente modificó al artículo 1 de la Ley de Compañías en el siguiente sentido:

*“Artículo 1: **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. 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. La Ley también reconoce a las sociedades por acciones simplificadas, que podrán constituirse mediante **contrato o acto unilateral**".*

De esta manera, con esta reforma, se volvió a definir al de "Sociedad" como un contrato entre dos o más personas, suprimiendo el disparate de "*una o más personas dependiendo de la realidad societaria utilizada*". Sin embargo, el esfuerzo fue parcial ya que se agregó a dicho artículo lo siguiente:

"La Ley también reconoce a las Sociedades por Acciones Simplificadas que podrán constituirse mediante un contrato o acto unilateral", es decir que puede constituirse como una sola, con lo que el resultado es que una S.A.S. es una compañía unipersonal de responsabilidad limitada.

No podemos dejar de señalar, por cierto, que este nuevo concepto de compañía de un solo accionista, de acuerdo a la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, permite tal existencia también tratándose de la Compañía Anónima cuando el artículo 23 sustituye al tercer inciso del artículo 147 de la Ley de Compañías de modo que hoy dice:

"La Compañía Anónima podrá subsistir con un solo accionista"

Con ello, extrañamente no se señaló lo mismo con respecto a las Compañías de Responsabilidad Limitada, de modo que ellas siempre deberán mantenerse con al menos dos socios.

4. Denominación

¿Es adecuada la denominación de “Sociedad por Acciones Simplificada” para este nuevo tipo de sociedad?

Al respecto debemos señalar que esa denominación fue tomada de la ley colombiana y concretamente del artículo 1.

Aclarado este asunto cabe señalar que la idea para la creación de estas sociedades se encuentran claramente definida en el artículo 5, numeral 2º, de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación que expresa que constituye obligación del Estado *“Simplificar trámites para la creación, operación y cierre de empresas, en todos los niveles de gobierno”*, lo cual es complementado por el décimo sexto considerando de dicha Ley cuando dice: *“Que resulta necesario fomentar el entorno propicio para la formación de compañías y para que los emprendimientos sean formalizados, y para facilitar que emprendedores y organizaciones ya existentes encuentren un entorno propicio para crear nuevos emprendimientos”* para lo cual en el siguiente considerando también señala que se impone *“la obligación de reconocer un nuevo tipo societario que viabilice el derecho de asociación con fines económicos, sin las formalidades exigidas para la constitución de compañías de acuerdo con la ley de la materia”*.

Todo ello nos lleva a la concepción ideológica de que la intención de la creación de la SAS descansa en que su trámite de constitución sea sumamente ágil, expedito, sin que por ello se requiera de mayores formalidades como ocurre con las otras compañías. Se trata de un sistema muy rápido, “Muy SAS”. Esa fue la idea que concibieron los colombianos para denominar a estas

sociedades: Lo fonético. Para ello acoplaron una denominación adecuada y, seguramente, la que mejor demostrara la intención de que estas sociedades se constituyeran muy rápidamente como “Sociedad por Acciones Simplificada” que, en plural, son “Sociedades por Acciones Simplificadas” plural que desvirtúa su esencia ya que no son las acciones las simplificadas sino las sociedades en base a un trámite “simplificado”. Esto es muy importante que se comprenda.

Aclarados estos asuntos cabe contestar la inquietud de si esa denominación colombiana, adoptada por el Ecuador, es adecuada:

Creemos que no porque al denominarse a estas sociedades como “Sociedades por Acciones Simplificadas” no se identifica a qué especie societaria pertenece ya que, en nuestro criterio, no es una nueva especie de sociedad sino que es, en su esencia, una modalidad o variación de la sociedad anónima.

Por consiguiente, a fin de no modificar sus siglas y mantener la idea fundamental de su concepción, en nuestro criterio lo adecuado hubiera sido denominarlas “Sociedad Anónima Simplificada, S.A.S.” o “Sociedades Anónimas Simplificadas S.A.S.”. Se mantenían las siglas “S.A.S.”. No se pensó en ello.

5. Renuncia a responsabilidad limitada

¿El accionista de una S.A.S. puede renunciar a la responsabilidad limitada?

El principio y base de creación de esta nueva modalidad societaria ha sido la de dotar de responsabilidad limitada a los

accionistas, en los términos que establece la correspondiente normativa promulgada para el efecto; sin embargo, frente a la inquietud debemos decir:

El principio de responsabilidad limitada de un socio o de un accionista, en cualquier compañía mercantil, incluyendo la S.A.S., es inalienable, salvo que la Ley establezca limitaciones o tratos diferentes que, por cierto, sí existen y a los que brevemente nos referiremos a continuación.

El primer caso que encontramos al respecto, es el previsto, en cuanto a las S.A.S. se refiere, en el innumerado artículo 13 de la nueva normativa y es el caso de la sociedad irregular, es decir, cuando el acto constitutivo se hubiere celebrado o ejecutado sin que se lo hubiere inscrito en el Registro de Sociedades de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, ya que, en este caso, no se la considera como una persona jurídica autónoma con respecto a la de sus accionistas. En este caso, dichos accionistas no se encuentran cobijados por responsabilidad limitada y, por eso, no pueden personalmente sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones, pero todos ellos, y no solo -como reza la norma legal- *“los que hubieren contratado”* que, además, serán, obviamente solidaria e ilimitadamente responsables frente a terceros. Así no hubiera existido norma específica de todos modos estos son los auténticos efectos de acuerdo a lo previsto en las Disposiciones Generales de la Ley de Compañías y concretamente en el artículo 30.

El segundo caso que encontramos al respecto es el previsto en el artículo 72 innumerado que establece la desestimación de la personalidad jurídica cuando se utilice a la S.A.S. en fraude de la Ley o en perjuicio de un tercero, en el que los accionistas

o administradores que hubieren realizado o participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. No era necesario que esta disposición constare en la nueva normativa, ya que la misma ya se encontraba en la Ley de Compañías -al igual que el caso del artículo 30- como especialmente se expresa cuando dicha nueva normativa señala que *“El develamiento del velo societario se regirá por los artículos 17, 17 A, 17 B y la Disposición General Tercera de la Ley”*. Todo ello es confirmado por lo que dispone el innumerado artículo segundo de la nueva normativa.

La pregunta es ¿Por qué se hizo constar, entonces, en la nueva normativa este caso, si ya estaba previsto en la Ley de Compañías?. La única respuesta que se nos ocurre es la siguiente: Porque lo que se hizo es simplemente copiar textualmente lo que, al respecto de la desestimación de la personalidad jurídica, establece el artículo 42 de la Ley colombiana.

El tercer caso -aunque parezca increíble- es el de que los accionistas renuncien por escrito a ese derecho, como lo señala expresamente el innumerado artículo 2 de la nueva normativa, caso en el cual serán solidaria e ilimitadamente responsables por todos los actos que ejecutare la S.A.S.

¿Alguien en sus cabales, va a renunciar a este beneficio?. Entonces si se incluyó esta posibilidad en la nueva normativa legal ecuatoriana, alguna razón se habrá tenido. Nuestra respuesta al respecto, porque es la única que la lógica lo explica, es que se la incluyó en razón de que no se realizó ningún análisis al respecto. Ni siquiera la Ley colombiana contiene este absurdo.

6. Sociedad mixta o híbrida

¿La S.A.S. es una Sociedad de personas o de capital?

Cuando la importancia para integrarse en una sociedad es el conocimiento y confianza para asociarse estamos frente a una sociedad de personas y, posiblemente, con pocos socios. Por eso, por ejemplo, la Sociedad de Responsabilidad Limitada no admite más de quince socios (aunque antes admitía hasta veinticinco socios). En cambio, cuando no necesariamente se requiere la presencia de esa confianza sino la necesidad de que realicen aportes no existe limitación alguna de socios, de modo que estos pueden ser infinitos, como es el caso de las Compañía Anónima, siendo ésta, por tanto, una Compañía de capitales.

Si a estos brevísimos antecedentes los trasladamos al caso de las S.A.S. observamos que para constituir las se requiere al menos de una persona, lo cual conlleva la idea de que desde ese punto de vista, es propensa a ser más una Compañía de personas que de capitales, pero aparte de ello, al haberse introducido conjuntamente que el capital social se encuentra dividido en acciones (títulos esencialmente negociables) se acerca más a ser una sociedad de capitales (aunque con variantes personalistas), mucho más allá que puedan establecerse restricciones a la libre negociabilidad de los títulos-acción. Así lo configura la propia nueva normativa legal cuando establece en el innumerado artículo 77 que en las S.A.S. se aplican las normas legales que rigen a la Compañía Anónima, por una parte, y cuando en el primer artículo innumerado hasta se la define como “*una sociedad de capitales*”, al igual que ocurre con las compañías de Responsabilidad Limitada, conforme lo señala el artículo 97 de la Ley de Compañías.

7. Sociedad y Compañía

¿A la S.A.S. por qué se la denomina “Sociedad” y no “Compañía”?

El artículo 1957 del Código Civil indistintamente define a este contrato como “Sociedad o Compañía” mientras que en el artículo 1 de la Ley de Compañías se resolvió a denominarlo “Compañía”.

Algo doctrinariamente podríamos decir -al menos así lo hemos hecho nosotros en nuestros libros- más se utiliza el término “Sociedad” para el caso de las Sociedades Civiles legisladas en el Código Civil y más se utiliza el de “Compañía” para el caso de las mercantiles legisladas en la Ley de Compañías.

La realidad es que se usan estos términos en forma indistinta. El artículo 143 de la Ley de Compañías, por ejemplo señala: *“La compañía anónima es una sociedad ...”*, para luego concluir en que *“las sociedades o compañías civiles anónimas están sujetas a todas las reglas de las sociedades o compañías mercantiles anónimas”*, en concordancia o respuesta a lo que establece el artículo 1968 del Código Civil que establece que *“Las sociedades civiles anónimas están sujetas a las mismas reglas que las sociedades comerciales anónimas”*.

De manera que los términos “sociedad” o “compañía” se utilizan indistintamente. Se trata del mismo contrato, de modo que sus partes se denominan “socios” y no necesariamente “compañeros” que bien también lo son.

En el caso de las S.A.S. la nueva normativa las identifica como “Sociedad” en razón que como se utilizó la Ley colombiana para elaborar dichas normas, dicha Ley las denomina a todas

las compañías como “Sociedades” y así lo incluyó con respecto a las S.A.S. Además consideramos que también se utiliza el término “Sociedad” para diferenciarlas de las otras compañías mercantiles, en especial para diferenciar con claridad los casos de transformación, fusión y escisión en las que participa una S.A.S.

En definitiva el utilizar el término “Sociedad” o “Compañía”, societaria y legalmente es intrascendente. Puede utilizarse cualquiera de las dos denominaciones. No nos oponemos, en nada, que jurídicamente a las S.A.S. se las identifique como “Compañías por acciones simplificadas”, pero con ello se tergiversa su denominación, ya que pasarían a ser también “C.A.S.”, y fonéticamente ya no tienen el efecto que se ha querido darles “colombianamente”, como empresas que se constituyen muy ágilmente.

8. Prohibición de negociarse en mercado de valores

¿Por qué las acciones de las S.A.S. no pueden negociarse en el Mercado de Valores?

Siendo una Sociedad de pocas personas, los alcances y objetivos generales de las S.A.S. prácticamente se constriñen a las de una pequeña y, en algunas ocasiones, mediana empresa, de manera que, si bien requiere para estos emprendimientos, de la adquisición de créditos, no lo requiere en la magnitud de otras empresas cuyos alcances y objetivos alcanzaran grandes objetivos que, a más del financiamiento general, requieren acudir al financiamiento del público en general, lo cual lo alcanzaría a través de su intervención en el mercado de valores y muy especialmente a través de negociación de acciones en las bolsas de valores, lo

que equivale a decir que estas empresas, para el efecto, requieren cumplir con una serie de requisitos, no solo patrimoniales, no solo de garantías, sino de solvencia y transparencia que permita que inversionistas, insuflados de confianza, se dediquen a invertir sus ahorros en acciones. Ese no es el caso de las S.A.S. Permitirles negociar acciones en el mercado de valores sería un desacierto.

Por ello el innumerado artículo cuarto de la nueva normativa establece que las acciones no pueden inscribirse en el catastro público de mercado de valores ni ser negociadas en bolsa.

No está por demás señalar que así lo establece el artículo 4 de la Ley colombiana en la que también se incluye a “*demás valores*” en la prohibición.

9. Control previo de legalidad

¿La constitución de las S.A.S. debe ser aprobada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros?

Aun cuando en la nueva normativa legal se pretenda -o algo así- transmitir una idea de que, por la rapidez que supuestamente requiere su creación no existe una real aprobación de parte de la Superintendencia, eso no es así.

La verdad es que, en el fondo, sí requiere de tal aprobación -aunque no medie la expedición de una Resolución aprobatoria-, bajo un denominado sistema de “Control previo de legalidad” -que también lo tenían las otras compañías hasta mayo del 2014, aunque con respecto a ellas sí se emitía una Resolución aprobatoria- que consiste en que, por el ministerio de la Ley, el

órgano de control considera veraces y auténticos los documentos que exige la Ley para la constitución de la Sociedad, bajo exclusiva responsabilidad de los fundadores, de modo que se presumirá que las declaraciones, documentos y actuaciones son verdaderas.

Bajo esta presunción, el documento privado -o en su caso, la escritura pública de constitución, cuando así se lo requiera- será inscrita directamente por la Superintendencia en su Registro de Sociedades. Así lo establecen los innumerados artículos 6 y 7 de la nueva normativa legal.

En el caso de verificarse lo contrario por parte de la Superintendencia de Compañías, durante sus labores internas de control previo de legalidad, podrá -y deberá, en nuestro criterio- negar la inscripción -y no, como lo dice la normativa “*el trámite y resultado final*”- y el trámite será archivado, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales que pudieran existir.

10. Desestimación de presunción de veracidad

¿En el caso de que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros cancelara la inscripción de una S.A.S. en virtud de desestimarse la presunción de veracidad de la información y documentos presentados para su constitución, sin que se los subsane, al retrotraerse las cosas al estado anterior al de la inscripción, ello significa que se tendrá los mismos efectos de la nulidad?

La respuesta es que tal decisión debe hacérsela por resolución motivada de la que se desprenderá, expresa o tácitamente que sus

efectos serán iguales a los de la nulidad, aún cuando el acto no lo fuera. La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, siendo un órgano administrativo, no estaría declarando una nulidad que solo corresponde declararla a los Jueces pero tendría iguales efectos.

Lo más jurídico sería que debería ir a la liquidación sin discutirse el tema de existencia o no de nulidad ya que tiene iguales efectos.

11. Inscripción de acto constitutivo

¿Por qué la constitución y más actos societarios de las S.A.S. no se inscriben en el Registro Mercantil?

Desde hace mucho tiempo se ha venido discutiendo en el Ecuador si los actos societarios -incluyendo el de constitución de compañías- deberían inscribirse en el Registro de Sociedades que lleva la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y no en el Registro Mercantil. Nunca se llegó a un acuerdo y, peor aún, a una definición, pero en lo que sí siempre estuvimos de acuerdo entre societaristas es que tal inscripción debía realizarse en un solo Registro, es decir en el Mercantil -como ha venido ocurriendo- o en el de Sociedades que lleva la Superintendencia, pero no en ambos.

Hoy, contradiciendo esta realidad, la nueva normativa resolvió tomar el más absurdo de los caminos e introdujo, en cuanto a Sociedades y Compañías se refiere, una dualidad, de modo que todas las Compañías se inscriban en el Registro Mercantil, con excepción de las S.A.S. que se inscriben en el Registro de Sociedades

de dicha Superintendencia, rompiendo hasta el principio lógico jurídico de “*A igual razón, igual disposición*”, cuando lo que debió es aprovecharse de la ocasión para definir si tal inscripción debía realizarse solo en uno u otro Registro. En fin.

La inquietud obvia que surge, entonces, es con respecto a la razón para haber adoptado ese criterio, más aún cuando inclusive la Ley colombiana continuó estableciendo la continuidad del sistema con la inscripción en el Registro Mercantil de las Cámaras de Comercio.

La respuesta posiblemente se encuentra en que el deseo del legislador fue que el trámite para la constitución fuera muy ágil y que no se pagaran tasas o impuestos, lo cual es muy loable, pero que bien pudo mantenerse aun cuando la exigencia de la inscripción se hubiera mantenido en el Registro Mercantil.

Esperamos que en el futuro se definan estos asuntos ya que no es lógico que se cuenten con dos Registros diferentes tratándose de compañías o sociedades, lo que se evidenciará cuando deban inscribirse actos de fusión, transformación y escisión que impliquen a ambos Registros.

12. Plazo de duración

¿Por qué el plazo de duración de una S.A.S. puede ser indefinido y no en las demás compañías?

Es muy difícil conocer cuánto de vida requiere una Compañía, de modo que lo obvio es mejor que ese plazo sea indefinido y, si las circunstancias lo requieren, voluntariamente los socios pueden

disolverla, sin perjuicio de que, si así lo prefieren, establezcan un plazo determinado.

Esta realidad, lamentablemente, no fue aceptada tradicionalmente por la Superintendencia de Compañías, bajo el simplísimo argumento de que, con respecto al plazo de duración de una compañía, la Ley establecía que se haga constar “*la duración*” y que preveía como causa de disolución la de “*vencimiento del plazo de duración fijado en el contrato social*”, con lo cual concluía que la duración como plazo definido debía fijarse en el contrato. Con respecto a este asunto nosotros explicamos, (en nuestro Tratado de Derecho Empresarial y Societario, Tomo 1, Volumen 2, página 612, punto 328) que la fijación de un plazo no necesariamente implicaba que debía ser determinado, esto es, por ejemplo, en años, como normalmente se venía actuando, sino que también podía ser indeterminado, de modo que la Ley de Compañías siempre permitió el establecimiento de un plazo indeterminado. Como consecuencia de lo señalado, para cumplir con lo previsto en la Ley de Compañías bien podía fijarse como plazo de duración: “El plazo de duración es indeterminado” y se habría cumplido con las exigencias por cuanto se lo habría fijado.

Ahora bien, fijado así el plazo, la causa de disolución de la compañía sería aplicable solo en el caso de que el plazo que se hubiera fijado fuere determinado.

En comprobación de esta evidente realidad jurídica, la nueva normativa de las S.A.S. así lo entendió y admite, en el innumerado artículo 8, numeral 5°, que en el acto constitutivo debe hacerse constar: “*El plazo de duración, si éste no fuese indefinido*” -lo que de suyo tampoco impide que se ponga: “El plazo de duración

será indeterminado o indefinido”. Se aclara que en el caso de que nada se exprese, se entenderá que la sociedad se ha constituido por plazo indefinido.

En definitiva, en nuestro criterio, la nueva normativa legal de las S.A.S. no ha incluido ninguna novedad pero, acertadamente, en texto expreso ha consagrado una realidad societaria, sin haber trasladado tal expresión para que, sin discusión, se aplique también en las otras compañías, como se lo hizo posteriormente.

No está por demás señalar que este tema, en forma expresa, se contiene en el artículo 5, numeral 4º, de la Ley colombiana.

Se nos ha dado la razón cuando la nueva Ley de Modernización a la Ley de Compañías, en sus artículos 19 (que reformó al artículo 137, numeral 4º, de la Ley de Compañías) y en su artículo 24 (que reformó al artículo 150, numeral 4º, de la Ley de Compañías) permite, ya expresamente, que el plazo de duración de la Compañía de Responsabilidad Limitada y de la Anónima, respectivamente, puede ser indefinido de modo que, por ello, inclusive en el artículo 87 (que reformó al numeral 1º del artículo 360 de la Ley de Compañías), con respecto a la causa de disolución por expiración del plazo, se le agregó: *“Esta causal no tendrá aplicación si la compañía se hubiere constituido con su plazo de duración indefinido”*.

13. Objeto social

¿Por qué solamente las S.A.S. pueden realizar como objeto social cualquier actividad lícita sin que esté obligada, como las otras compañías, a enunciar claramente esas actividades?

He aquí otra distorsión que se produce en la legislación ecuatoriana en la forma que la nueva normativa legal de las S.A.S. discrimina un aspecto muy importante, como lo es el objeto social, en cuanto a ellas y las demás compañías.

Siempre la legislación ecuatoriana exigió que el objeto social de todas las compañías fuera “concreto” en el sentido de especificar, del mayor modo, sus actividades que, por supuesto, siempre debían y deben ser lícitas. Así lo señala cuando exige: *“El objeto social debidamente concretado”*.

Sin embargo, la reforma a la Ley de Compañías de agosto del 2014, restringió a que el objeto social debía comprender “una sola actividad empresarial”. Otra absurdidad. Por suerte, la norma fue derogada el 23 de octubre del 2018 y hoy la Ley permite que: *“El objeto social de una compañía podrá comprender una o más actividades empresariales lícitas salvo que la Constitución o la Ley la prohíban”*.

Es decir que la legislación societaria ecuatoriana, luego de la absurdidad, retornó a la permisión, para todas las compañías, de que en el objeto social puedan constar “varias actividades empresariales”, lo que implicaba que en el caso de la nueva normativa de la S.A.S. se continuara por este camino (porque así lo establece el artículo 3 de la Ley de Compañías, que comprende a “Disposiciones Generales” aplicable a todas las compañías), pero no sucede así ya que se volvió a la absurdidad: Se estableció para las S.A.S., en el innumerado artículo 8, numeral 6º, que en el acto constitutivo debía establecerse: *“Una 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 lícita”, con el agregado de que, si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita.

La razón que entendemos por la que se puso tal absurdidad fue muy simple: Así la copiaron textualmente del artículo 5 de la ley colombiana, sin tomar en cuenta la realidad ecuatoriana.

En definitiva, con esta permisón, lo obvio será que todos los actos constitutivos de las S.A.S. nada dirán con respecto a sus actividades empresariales o, si se desea expresarlo, indicarán que la sociedad podrá realizar cualquier actividad mercantil o civil, lícita.

Esta permisibilidad va a traer verdaderos problemas en el quehacer societario-jurídico nacional y, en nuestro criterio, debe urgentemente reformarse.

14. Inaplicabilidad de artículo 30 de la Ley de Compañías

¿En el caso de que una S.A.S. de acuerdo a su objeto social pueda realizar cualquier actividad lícita, cómo se aplicaría el artículo 30, inciso tercero, de la Ley de Compañías que expresa que aquellas que hicieren negociaciones distintas a las del objeto, incurrirían en responsabilidades civiles y penales, a más de ser solidariamente responsables?

He aquí el discrimen entre sociedades.

No pueden aplicarlo a la S.A.S. y, en consecuencia, no hay responsabilidad ni civil ni penal de nadie.

15. Aporte de intangibles

¿Por qué en la S.A.S. sí se pueden aportar intangibles al capital social y no en las otras compañías?

Efectivamente el innumerado artículo 8, numeral 8º y el innumerado 22 artículo admiten que tratándose de las S.A.S. pueda pagarse con intangibles el capital que se suscriba, lo cual aparentemente constituye una novedad, pero no lo es. Lo explicamos:

La Ley de Compañías también permite que los aportes de los socios puedan realizarse en numerario o en especie muebles o especies inmuebles. El artículo 583 del Código Civil establece que los bienes consisten en cosas corporales e incorporeales. Pues bien, los intangibles se consideran bienes muebles incorporeales porque no tienen un ser real ni pueden ser percibidos por los sentidos ya que constituyen nuevos derechos.

Así entendida nuestra legislación civil, en lo societario ocurre lo mismo cuando se admite que los socios pueden pagar su suscripción con especies, comprendiendo a los muebles y a las cosas corporales que no lo son y que constituyen, entre otros, los intangibles; sin embargo de ello, en forma expresa, así se consigna en la nueva normativa de las S.A.S. debiendo, por supuesto, atribuírseles los valores correspondientes mediante avalúos.

16. Sociedad irregular

¿En el caso de que una S.A.S. se encuentre en estado de irregularidad, se aplica el artículo 29 de la Ley de Compañías?

Efectivamente el innumerado artículo 13 de la nueva normativa legal expresa que la S.A.S. será considerada como irregular cuando el acto constitutivo se hubiere celebrado o ejecutado de conformidad con lo previsto en dicha normativa, pero no se hubiere inscrito en el Registro de Sociedades de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, por lo que no se la considera como una persona jurídica.

Por su parte el artículo 29 de la Ley de Compañías, que consta en sus Disposiciones Generales -y consecuentemente se aplican al caso de la S.A.S.- expresa que en esta situación, mientras no se cumplan las formalidades legales -esto es mientras el acto constitutivo no se inscriba en el Registro de Sociedades de la Superintendencia- cualquier socio puede separarse de la sociedad notificándolo a los demás y ésta quedará “*disuelta*” desde el día que se practique esa notificación.

Pues sí, en el caso de un estado de “irregularidad” de una S.A.S. le es perfectamente aplicable lo previsto en el artículo 29 de la Ley de Compañías y, en consecuencia, respecto de terceros la sociedad se tendrá como no existente en cuanto pueda perjudicarlos, pero los “socios” no podrán alegar en su provecho la falta del cumplimiento de la formalidad de no haberse inscrito el acto de constitución en el Registro de Sociedades de la Superintendencia.

17. Capital pagado

¿Cuándo la S.A.S. se constituye, cuánto, como mínimo, debe encontrarse pagado en relación al capital suscrito?

Aunque parezca increíble la respuesta es nada o casi nada en el caso de que el pago se haya estipulado en numerario. El

innumerado artículo 15 establece que la suscripción y el pago del capital en numerario podrán hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintos a los requeridos para las sociedades anónimas, de acuerdo a como se haya pactado en el estatuto, sin que en ningún caso el plazo para el pago de las acciones pueda exceder de 24 meses. Entonces, si se pacta como obligación que el pago del numerario se realice en 24 meses, nada hay que pagar hasta entonces y la sociedad nacerá con un capital pagado en cero o, mejor dicho, sin capital pagado. Si se aplica una proporcionalidad, supuestamente podrá pactarse una mínima cantidad para la suscripción y una muy grande para el pago.

No ocurre lo mismo tratándose de los aportes en especie ya que -aunque no era necesario señalarlo por lo obvio- en el innumerado artículo 18 de las nuevas normas legales se establece que *“los aportes en especie deben integrarse en un 100% al momento de la suscripción”*.

Esto debe modificarse. No había razón para dejar tan absoluta liberalidad para el pago de la suscripción de acciones. Debía indicarse que al momento de la suscripción debía pagarse al menos un 10 o un 15% o, como ocurre en el caso de la compañía anónima, un 25%.

Si se quiere encontrar una razón con respecto a este tema, lo único que se nos ocurre es que se copió prácticamente lo que al respecto establece el artículo 9 de la ley colombiana, sin realizar el análisis que correspondía. Esto es preocupante.

18. Inexistencia de capital social mínimo

¿La S.A.S. cuentan con un capital social mínimo?

Pues la verdad es que tratándose de compañías en las que sus socios no tienen responsabilidad limitada, no se requiere que éstas cuenten con un capital mínimo exigible sino con el que naturalmente aporten dichos socios, pero tratándose de aquellos en que los socios sí cuentan con responsabilidad limitada la Ley de Compañías ha exigido un capital social mínimo, aunque en sumas hoy ridículas de USD. 800 para las anónimas y de USD. 400 para las de responsabilidad limitada.

¿A la S.A.S. también debió exigírseles un capital mínimo?. Por supuesto que sí, pero no se lo hizo, de modo que puede constituirse, al menos, con un capital social de un dólar ya que ese es el valor nominal mínimo de una acción. Así se colige de lo que la nueva normativa legal señala en el innumerado artículo décimo séptimo que expresa: “*La Sociedad por Acciones Simplificada -faltó una “s”- no tendrá un requerimiento de capital mínimo*”. He aquí otro absurdo que, por cierto, consta en la legislación colombiana.

19. Acciones

¿En qué se diferencian las acciones de una S.A.S. de las de una compañía anónima?

Como títulos representativos del capital social no existe ninguna diferencia. La única que podría encontrarse es con respecto a su libre negociabilidad (cesión) que, por cierto, incluida la forma de notificación, debe realizarse de acuerdo a lo dispuesto

para el efecto para las compañías anónimas, conforme lo señala el innumerado artículo 26 de las nuevas normas legales.

En consecuencia la diferencia estriba en que esa libre negociabilidad puede sujetarse a restricciones:

- a) Que en el estatuto se estipule la prohibición de negociar acciones o simplemente algunas de sus clases, estipulación y restricción que no puede exceder de diez años contados a partir de la emisión, plazo que puede ser prorrogado por períodos adicionales no mayores de diez años, siempre que se cuente con la voluntad unánime de los accionistas. Así lo prescribe el innumerado artículo 27 de las nuevas normas legales.

Para el efecto al dorso de los títulos deberá hacerse referencia expresa sobre esta restricción;

- b) Que en el estatuto se pacte que toda negociación de acciones o de una clase de ellas esté sujeta a autorización previa de la asamblea o a algún tipo de pacto o condición previa.

Si ninguna de estas restricciones consta en el estatuto, las acciones son libremente negociables.

Si violando lo pactado en el estatuto, las acciones se ceden, tal transferencia adolecerá de nulidad.

Todos estos temas fueron tomados, casi totalmente, de lo que al respecto establecen los artículos 13, 14 y 15 de la ley colombiana.

Como corolario podemos señalar que estos textos demuestran, una vez más, la semejanza de la S.A.S. a las compañías anónimas y que, en definitiva, en el fondo, son una mera variación de éstas y no una nueva especie de compañía o sociedad.

20. Aumento de capital social por revalorización de activos

¿Pueden los accionistas de la S.A.S. aumentar el capital social a través del superávit proveniente de la revalorización de activos?

Resulta elemental -y eso ocurre desde la promulgación de la Ley de Compañías en febrero del 1964- que uno de los medios para elevar el capital social es “*la reserva o superávit proveniente de la revalorización de activos*”, como lo señala el artículo 140, numeral 5º de la ley de Compañías en el caso de las de Responsabilidad Limitada, y el artículo 183, numeral 4º para las Anónimas.

Tratándose de la S.A.S., según el innumerado artículo 22, los accionistas pueden aumentar el capital social de la compañía mediante aportes en numerario, en especies, por compensación de créditos, por reservas o utilidades pero no se señala expresamente que lo pueden hacer por “*la reserva o superávit proveniente de la revalorización de activos*” lo que implicaría que no podría hacérselo; sin embargo, nosotros consideramos que no se puede colegir, tan literalmente, esta definición por cuanto, a pesar de la omisión -que no debió existir- de todas formas al revalorizarse activos se crea una reserva -entre el valor inicial y el revalorizado- que constituye un superávit y “*reserva*” al fin, y éstas de acuerdo con el nuevo texto legal pueden utilizarse para aumentar el capital social de modo que, en concreto, somos de la opinión de que “*la*

reserva o superávit proveniente de la revalorización de activos” puede ser utilizada como medio en la S.A.S. para aumentar el capital social, más aún cuando no tiene lógica jurídica que se realice un discrimen perjudicial en contra de estas sociedades y de sus accionistas cuando tal posibilidad existe en el caso de las otras compañías. Se imponía, en consecuencia, el aforismo: “*A igual razón, igual disposición*”.

Cabe al respecto señalar que el artículo 26 de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías que sustituyó al numeral 4º del artículo 183 de dicha Ley, aplicable a las Compañías Anónimas y que nosotros consideramos también aplicable para las S.A.S., estableció lo siguiente con respecto al aumento de capital social por reservas y/o superávits provenientes de la revalorización de activos y/o por la aplicación de las normas contables en vigencia:

“Por las reservas y/o superávits provenientes de la revalorización de activos; 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 hubieren”.

Es importante también señalar que la misma Ley de Modernización a la Ley de Compañías en el mismo artículo 26 incluyó una obligación que debe incorporarse al momento de instrumentarse un aumento de capital y que, siendo aplicable para las Compañías Anónimas, también lo consideramos para las S.A.S., y es aquella que se hizo constar a continuación del numeral 4º del artículo 183 de la Ley de Compañías, en los siguientes términos:

“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 sustente 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”.

21. Derecho de preferencia relativo

¿Cuál es la razón para que el derecho de preferencia de los accionistas de una S.A.S. al aumentar el capital social, sea relativo?

El derecho de preferencia para aumentar el capital social en las compañías en general es una garantía de que, ejerciéndolo, se evita minimizar la participación de los socios en ellas evitando ser perjudicados por la pérdida del valor individual de las acciones frente al patrimonio de la compañía.

Este derecho es absoluto tratándose de los accionistas de las compañías anónimas y se encuentra previsto en los artículos 206, numeral 6° y 181 de la Ley de Compañías.

Tratándose del mismo derecho, pero en las compañías de responsabilidad limitada, previsto en el artículo 114, literal e), de la misma Ley de Compañías, tal derecho es relativo de modo que puede ejercérselo solo si en el contrato constitutivo o en las resoluciones de la junta general no se conviniere otra cosa.

Pues bien, la mayoría de tratadistas modernos hemos coincidido en que no es justo que tratándose de estas compañías el derecho no sea absoluto, por más que éstas sean de pocas personas y hemos propendido a considerar reformar las disposiciones legales en ese sentido.

Con estos antecedentes, y si tomamos en consideración que, por un lado, las S.A.S. son en el fondo sociedades de pocas personas -por más que para efectos tributarios, al igual que las compañías de responsabilidad limitada, se las considere como sociedades de capitales- y que por otro, que en el fondo no son sino una variación o modalidad de las compañías anónimas, debe y debió prevalecer el criterio de que el derecho de preferencia de sus accionistas sea absoluto, pero no fue así: Absurdamente -y esto no lo señala la ley colombiana- se aplicó el mismo criterio que existe con respecto a las compañías de responsabilidad limitada, esto es, según el 23 artículo innumerado, que cuando el aumento de capital social se realice en numerario o por compensación de créditos, los accionistas tendrá derecho de preferencia si es que en el documento constitutivo no se conviniere lo contrario. Por consiguiente, la única diferencia con respecto a la compañía de responsabilidad limitada es que la asamblea general no puede convenir en otra cosa, pero el documento constitutivo sí puede hacérselo. Esta decisión debe reformarse por injusta, como igualmente debe hacérselo con respecto a las compañías de responsabilidad limitada.

Cabe, eso sí, destacar que -conforme siempre lo sostuvimos y así lo hicimos constar en el Tratado de Derecho Empresarial y Societario- en este caso especial de las S.A.S. ya se deja constancia implícita de que el derecho de preferencia no cabe tratándose

de aportes en especie. Lo mismo, en nuestro criterio ocurre, tratándose de las otras compañías.

Efectivamente, el innumerado artículo 23 establece que salvo disposición estatutaria o resolución de la asamblea de accionistas en contrario cuando el aumento de capital se efectuare mediante aportaciones **en numerario o por compensación de créditos**, todos los accionistas de la sociedad por acciones simplificada, con el fin de mantener su porcentaje de aportación accionarial y evitar una dilución de su participación, tendrán la posibilidad, en ejercicio de su derecho de suscripción preferente, de participar en el aumento de capital y suscribir nuevas acciones, a prorrata de las que tuvieren.

Pero, con este antecedente, cabe señalar que el artículo 25 de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías agregó como último inciso del artículo 181 el siguiente:

*“Cuando el aumento de capital se efectuare mediante **aportaciones no dinerarias**, los accionistas, con el fin de mantener su porcentaje de aportación accionarial y evitar una dilución de su participación, tendrán derecho de participar en el aumento de capital y suscribir nuevas acciones, a prorrata de las que tuvieren, mediante aportes en numerario”.*

De modo que con esta reforma para el caso de las Compañías Anónimas, que es también aplicable en nuestro criterio a las S.A.S., tal posibilidad no solo se presenta en los casos de aumentos de capital en numerario o por compensación de créditos sino también en el caso de aportaciones no dinerarias, es decir en especie.

22. Informe sobre cambio de control

¿Por qué en las S.A.S. se puede exigir en el contrato que los accionistas informen sobre el cambio de control en éstas?

La verdad es que en el Ecuador, salvo muy pocas ocasiones, tratándose del mercado de valores se ha normado, con respecto al control de los grupos societarios en las compañías; en cambio, sí se lo ha hecho en otros países, de modo que incluir dentro de la normativa legal nueva de la S.A.S. una obligación -prevista en el innumerado artículo 30, a través del estatuto, resulta un despropósito porque para su aplicación se requiere que previamente se defina lo que se entiende por “control” en una compañía.

La pregunta obvia que se impone es establecer la razón por la que se incorporó esta obligación para las compañías que fueren accionistas de una S.A.S., debido al antecedente que hemos mencionado y la única respuesta que se nos ocurre es que su incorporación se debió a que, sin mayor análisis y meditación, simplemente se la incorporó porque se la copió del artículo 16 de la Ley colombiana.

La norma ecuatoriana, al igual que la colombiana, establece que en el estatuto social podrá establecerse la obligación, a cargo de las sociedades accionistas, en el sentido de informar al representante legal de la S.A.S. acerca que cualquier operación que implique un cambio de control respecto de aquellas.

23. Cambio de control

¿Sobre qué elementos van a informar si no se ha establecido previamente en qué consiste el “cambio de control”? y ¿En qué

afecta a una S.A.S. que haya existido un “cambio de control” en una compañía accionista?

Tan grave es esta implicación que su inobservancia puede llevar a la posibilidad de que la asamblea de accionistas resuelva excluir a la compañía accionista, al pago del valor de sus acciones, lo que será un reembolso y, por supuesto, a la disminución del capital social de la S.A.S. por el mero hecho -no de que se haya producido un “cambio de control”- de que no se haya simplemente informado el “cambio de control”.

Hasta existe contradicción en cuanto al quorum decisorio previsto para resolver una exclusión de accionista ya que en el caso que analizamos, el innumerado artículo 30 establece *“la mitad más una de las acciones con derecho a voto presentes en la respectiva reunión”*, mientras que el 69 innumerado artículo establece *“las dos terceras partes del capital social con derecho a voto”*.

En definitiva esta posibilidad estatutaria debe suprimirse mientras no se establezca concretamente las bases para la consideración de “cambio de control” en una compañía.

24. Administración

¿Existe en la administración de la S.A.S. algún cambio fundamental con respecto a la administración de las compañías anónimas?

En términos generales podemos decir -lo que consideramos positivo- que la administración de la S.A.S. prácticamente es la misma que en las compañías anónimas, más aún cuando la consideramos una variante o modalidad de las mismas.

Así, en la S.A.S. se admite que puede contarse con una junta directiva o directorio, si así se lo estipula en el estatuto, como lo posibilita el innumerado artículo 43. Se prevé la necesaria designación de al menos un representante legal (el que en esto se parece más a las compañías de responsabilidad limitada). A falta de estipulación en contrario, se entenderá que podrá celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad como lo prescribe el innumerado artículo 44 que fue tomado del artículo 26 de la Ley colombiana.

La separación, remoción, reemplazo, renuncia, designación de administrador común y responsabilidad, prácticamente es igual a las que la Ley de Compañías establece para las compañías anónimas.

La única innovación que trae la nueva normativa para la S.A.S. se encuentra en el innumerado artículo 50, que establece que la junta directiva -si estuviere prevista- o el representante legal, si bien -al igual que en las anónimas y de responsabilidad limitada- no podrá negociar o contratar, por cuenta propia, directa o indirectamente con la sociedad, lo podrá hacer de acuerdo a las siguientes excepciones:

Se presume de derecho que existe negociación o contratación **indirecta** del representante legal con la sociedad por acciones simplificada cuando:

- a) La operación se realizare con el cónyuge o conviviente legalmente reconocido, o cualquier pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad; y,

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

Se **exceptúan** de estas prohibiciones los siguientes actos y contratos:

- a) La contratación de nueva sociedad entre el representante legal, a título individual, y la sociedad por acciones simplificada que éste represente;
- b) Las entregas de dinero hechas por los representantes legales a favor de las sociedades por acciones simplificadas que administren, a título de mutuo sin intereses o de simple depósito;
- c) La suscripción de acciones, en los casos de aumento de capital, sin límite alguno, así como los aportes o compensaciones que para pagar tales acciones se deban efectuar;
- d) La enajenación de acciones a favor de la sociedad por acciones simplificadas;

- e) El comodato en que la sociedad por acciones simplificada fuere la comodataria o cualquier otro acto o contrato gratuito ejecutado o celebrado en beneficio exclusivo de la sociedad por acciones simplificada;
- f) La prestación de servicios profesionales y de servicios personales en relación de dependencia, siempre que se pacten en condiciones normales de mercado y sin beneficios especiales para el representante legal o sus partes relacionadas;
- g) La celebración de contratos que sean de la actividad en que la sociedad opere, y siempre que se pacten en las condiciones normales del mercado y para la satisfacción de necesidades del representante legal; y,
- h) Los demás actos o contratos cuya celebración hubiere sido aprobada por la asamblea de accionistas, con el consentimiento unánime de la totalidad de ellos, con excepción de los actos o contratos expresamente prohibidos por la Ley.

25. Días hábiles para convocatoria

¿Cuál es la razón para que, tratándose de las convocatorias a asambleas de una S.A.S., el plazo para convocarlas incluye que los días deberán ser “hábiles” cuando tal exigencia no se prevé para las otras compañías?

Efectivamente es así: La contabilización del plazo, en este caso, contando solo con días “hábiles” se incorporó en nuestra

legislación solo para el caso de la S.A.S. lo cual, cierto es, exige una explicación.

Prácticamente, más allá de cualquier consideración, parece ser que como se tomó como base fundamental para la expedición de la nueva normativa legal a la legislación colombiana, en aquel país este cómputo se realiza contando solo con días “*hábiles*”, pero en nuestro país más que una distorsión esa exigencia se convirtió en una excepción ya que la exigencia no contaba para las otras compañías.

Efectivamente el artículo 20 de la ley colombiana así lo establece. Esa debe ser, posiblemente, la razón. No cabía, en nuestro criterio, incorporar esa excepción, a menos que así se lo hubiera hecho con respecto a todas las compañías.

Originalmente este tema fue tratado en el innumerado artículo 33 que manifestaba que las asambleas serían convocadas mediante comunicación escrita dirigida a cada accionista o por los medios previstos en el estatuto social a más de ser enviada por correo electrónico. Innovación constituyó entonces -tomando lo señalado por el artículo 19 de la Ley colombiana- que los días de antelación para la reunión eran “**hábiles**” -lo que no ocurría en la legislación ecuatoriana- y eran, al menos **cinco días** sin perjuicio de que en el estatuto pueda fijarse un plazo mayor, de acuerdo al artículo 1561 del Código Civil como lo señalaba el referido innumerado artículo 33.

Sin embargo radicalmente se dejó sin efecto esta forma de convocatoria a través del artículo 63 de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías que sustituyó al innumerado artículo 33 por el siguiente:

*“Art. (...) Convocatoria a la asamblea de accionistas.- Las asambleas de accionistas serán convocadas por correo electrónico, con **cinco días de anticipación** -ya no hábiles-, por lo menos, al fijado por la reunión, a menos que el estatuto establezca un plazo mayor. El estatuto social podrá contemplar otras formas complementarias de convocatoria”.*

26. Asambleas fuera del país

¿Tratándose de la S.A.S. puede convocarse a una asamblea de accionistas para que se reúna fuera del país?

Tratándose de las compañías que no son S.A.S. tal posibilidad no existe ni tratándose de juntas generales universales ya que éstas, a pesar de su carácter, solo pueden reunirse física o telemáticamente dentro del territorio nacional.

Pero la disposición contenida en el innumerado artículo 32 expresa que la asamblea de accionistas podrá reunirse en el domicilio principal de la sociedad “o fuera de él” sin especificar que sea dentro del territorio nacional de modo que los términos “fuera de él” permiten que las asambleas puedan reunirse fuera del país lo cual es muy grave ya que se menciona esta posibilidad “*aunque no esté presente un quorum universal*” de modo que si justamente la exigencia de una convocatoria es para que tengan los accionistas conocimiento de que se va a realizar una asamblea, lo es fundamentalmente para que puedan asistir a ella, lo que se dificulta esencialmente si el lugar de reunión que se fije es fuera del país. Aprovechándose de esta posibilidad consignada en la Ley podría ser mal utilizada justamente para que los accionistas, o ciertos accionistas, no puedan concurrir a la asamblea salvo que

lo hagan por medios telemáticos y, no contando con ellos, el que asiste o los que asistan pueden tomar las decisiones que a bien tuvieren.

Por consiguiente lo que debió incorporarse en la normativa legal de la S.A.S. es que las asambleas generales universales puedan reunirse fuera del domicilio principal pero solo dentro del territorio nacional, al igual que en las otras compañías.

Cabe preguntarse sobre la razón por la cual, sin ningún análisis, se incluyó esta magra posibilidad discriminatoria entre compañías y la única razón que se nos presenta es que se lo hizo porque simplemente, sin meditación alguna, se la tomó del artículo 19 de la ley colombiana que así lo prescribe.

Recordemos que la asamblea de accionistas también podrá instalarse, sesionar y resolver válidamente cualquier asunto de su competencia, a través de la comparecencia de uno, varios o todos los accionistas mediante videoconferencia o cualquier otro medio digital o tecnológico. En las asambleas telemáticas, fueren universales o no, se deberá verificar, fehacientemente, la presencia virtual del accionista, el mantenimiento del quórum y el procedimiento de votación de los asistentes, como lo permite el innumerado artículo 39, sustituido por el artículo 64 de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías.

Finalmente cabe señalar que el artículo 45 de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías estableció la posibilidad de que existan **juntas no presenciales** en cuanto se refiere a la Compañía Anónima al incluir a continuación del artículo 238 de la Ley de Compañías, las normas correspondientes que las consideramos también aplicables para el caso de las S.A.S.

“Art. 238.1.- Juntas No Presenciales.- El representante legal podrá proponer en la convocatoria que los accionistas adopten acuerdos directamente, con vocación de no instalación de sesión formal, instando a los accionistas a que emitan su voto sobre los puntos o asuntos contenidos en el orden del día de la convocatoria. En esa misma comunicación se expresará el plazo para que los accionistas manifiesten, por cualquier medio físico, electrónico o cualquier otro medio de comunicación a distancia que garantice debidamente su identidad, su conformidad o no a este sistema de adopción de acuerdos, y expresen el sentido de su voto, que podrá ser afirmativo o negativo, y estará acompañada de toda la documentación necesaria sobre cada asunto. El plazo referido no podrá ser superior a cinco días contados a partir de la fecha en que se realice la convocatoria”.

Por lo señalado, inclusive, tratándose de asambleas convocadas para que tengan lugar fuera del país, deberá tomarse en consideración la participación de los accionistas por vía no presencial, esto es por vía telemática o en las llamadas juntas no presenciales que, por cierto, pueden tener el carácter de universales que, a pesar de ello, por las circunstancias anotadas no tienen la obligación de que el acta sea suscrita por todos los asistentes, por obvias razones.

27. Renuncia a convocatoria a Asambleas

¿Por qué en la S.A.S. es posible renunciar a ser convocado a asambleas generales?

Una asamblea general -salvo la universal- requiere necesariamente de una convocatoria previa que señale cuándo va a realizarse

y el lugar de reunión, para que los accionistas puedan acudir y ejercer sus derechos de asistencia y voto con relación a los puntos constantes en el orden del día. Esta es la razón.

Entonces, con este antecedente, cabe preguntarse la razón por la cual en la nueva normativa legal de la S.A.S., y concretamente en el innumerado artículo 36, se estableció -sin lógica ni razón alguna- la posibilidad de que los accionistas puedan renunciar a su derecho a ser convocados a una reunión determinada, mediante comunicación escrita enviada al representante legal. Al respecto lo que debemos señalar es que no tiene ningún sentido esta renuncia ya que si el accionista no quiere asistir pues simplemente no lo hace sin tener necesidad de renunciar expresamente al ejercicio de su derecho.

Pero la nueva normativa legal va mucho más allá ya que expresa también que en el caso de que los accionistas no hubieran sido convocados -debemos entender en el caso de que no se los hubiera convocado sin ellos haber renunciado a ese derecho- de todos modos asistieren, se entenderá que han renunciado a su derecho a ser convocados a menos que manifiesten su inconformidad con la falta de convocatoria antes de que se instale la reunión. Parece, en realidad, una broma, pero no lo es.

Lo que sucede es que, otra vez -y son muchísimas- sin mayor detenimiento, análisis ni meditación, prácticamente se trasladó casi textualmente lo que al respecto expresa la ley colombiana que, por cierto, tampoco está bien ya que permite que la renuncia se realice hasta “después” que se haya realizado la asamblea, lo cual entraña un absurdo contrasentido; sin embargo eso se hizo. Este es otro tema que debe ser derogado.

28. Asambleas

¿Por qué en la S.A.S. a la reunión de los accionistas se las denomina “Asambleas” y no “Juntas” como se lo hace en las otras compañías?

Lo común tratándose de las personas jurídicas es que indistintamente las reuniones de miembros se denominan “salas” o “juntas” o “asambleas” ya que ninguna diferencia hay entre ellas. Tratándose de las personas jurídicas en general se las denomina “salas”, de acuerdo al artículo 569 del Código Civil. En cuanto a las sociedades el Código Civil no las designa de ninguna manera.

Tratándose de las compañías mercantiles reguladas por la Ley de Compañías, lo común ha sido denominarlas “juntas”.

Lo obvio, en consecuencia, es que la S.A.S. por tratarse de una sociedad sujeta a la Ley de Compañías debió continuar con llamar “juntas” a las reuniones de sus accionistas, pero no lo hizo: Las llamó “asambleas”. ¿Qué razón lógica hubo para el efecto?. Una muy sencilla pero inapropiada: La mayoría de sus textos fueron tomados de la ley colombiana y en Colombia su legislación denomina “asambleas” a estas reuniones. Ni siquiera este pequeño detalle se tomó en cuenta al momento de redactar la legislación ecuatoriana. Basta tan solo revisar los innumerados artículos 32 y 33 de la nuestra legislación y compararlos con los artículos 18 y 20 de la ley colombiana para demostrarlo.

29. Asambleas Universales

¿Por qué, tratándose de la S.A.S. las resoluciones de una asamblea general universal, la falta de suscripción del acta por

parte de todos los accionistas constituye nulidad de dicho medio probatorio y no de sus resoluciones?

Tratándose de las compañías en general el acta de junta debe ser firmada por el Presidente y Secretario de ella. No deben suscribirla los socios o accionistas excepto cuando se trate de una reunión física con carácter universal.

No cabe duda de que el acta constituye un medio probatorio de la reunión y de sus decisiones, pero tratándose de juntas generales universales, a más de ser un medio probatorio, la Ley impuso en 1971 como solemnidad el que el acta deba ser suscrita por todos los asistentes “*bajo sanción de nulidad*” (Al respecto tratamos este en el Tratado de Derecho Empresarial y Societario y en el Tomo II, Volumen 2, página 690, punto 743).

El artículo 247, numeral 2º, de la Ley de Compañías, establece que las resoluciones de la junta general son nulas cuando se las tomare con infracción de lo dispuesto, entre otros artículos, en el artículo 238 que trata sobre las juntas universales. No se refiere al artículo 246 que exige que las actas deben ser suscritas por el Presidente y el Secretario de la junta, lo que significa que si no hubiere acta o no estuviere suscrita por ambas autoridades, las resoluciones no son nulas y pueden probarse por cualquier otro medio previsto en la legislación. ¿Pero qué ocurre tratándose de la S.A.S.?

En este caso, al tratarse de asambleas universales, el innumerado artículo 41, en su inciso final, expresa que en el caso de que la asamblea general se reuniera físicamente, todos los asistentes deberán suscribir el acta bajo sanción de nulidad de dicho medio probatorio: Posiblemente lo que quiso decirse -pero

no se lo dijo- es que tratándose de asambleas generales universales con presencia física, si no se cumplió con la exigencia de contar con una acta suscrita por todos los accionistas, se la podrá probar por otros medios previstos en la Ley, lo que es algo absolutamente diferente (porque no es el mismo caso de las juntas universales en las otras compañías, en las que solo el acta ciertamente es el medio probatorio pero que la suscripción en ella por parte de todos los accionistas es impuesta como solemnidad).

Pero lo que resulta insólito es que solo tratándose de la S.A.S. se sanciona excepcionalmente con nulidad probatoria al acta de asamblea universal que no contenga las firmas de Presidente y Secretario, conforme lo señala el innumerado artículo 41 de la nueva normativa (lo que no ocurre tratándose de las otras compañías mercantiles). Todo esto denota que al incorporar estas nuevas normas no se lo hizo dentro de los principios societarios ya establecidos para las otras compañías en la correspondiente Ley creándose, en consecuencia, estas otras distorsiones que deben superarse en nuevo texto.

30. Nombramientos de representantes legales

¿En la S.A.S. los nombramientos de los representantes legales deben contenerse en el propio documento constitutivo o en un documento autónomo?

Al respecto lo que cabe aclarar es que en el innumerado artículo 9 de la nueva normativa de la S.A.S. se establece que, dentro del control previo de legalidad que realice la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, con respecto a las estipulaciones del documento constitutivo, en el sentido de que si este cumple los requisitos previstos, ordenará su inscripción en el Registro de

Sociedades junto con los nombramientos de los representantes legales, lo que da a entender que en el documento constitutivo deben designárselos pero necesariamente debe existir un documento autónomo de nombramiento que se inscribirá, junto con el acto constitutivo, en el Registro de Sociedades.

Cuando la sociedad se encuentre constituida los nombramientos de los representantes legales así mismo se conferirán en un documento o nombramiento que, luego del control de legalidad por parte de la Superintendencia, se inscribirán en el Registro de Sociedades conforme lo señala el innumerado artículo 45 de la nueva normativa.

31. Impuestos por transferencia de dominio de inmuebles

¿Por qué en el caso de la S.A.S. cuando se trata de impuesto por transferencia de dominio de inmuebles sí hay que pagarlos en el caso de constitución pero no en el caso de reforma de estatutos de la sociedad?

El innumerado artículo 19 de la nueva legislación dice: *“Por la naturaleza de los aportes efectuados a título de sociedad por acciones simplificada, la legislación tributaria determinará si éstos causan impuestos, contribuciones, tasas, cargas tributarias, bien sean fiscales, provinciales, municipales o especiales”*. Esta disposición legal es parte del Parágrafo 3º que trata sobre las “Reglas sobre el capital y las acciones” de modo que no se refiere exclusivamente al caso de aumento de capital social sino también al de constitución, dejando a la Ley tributaria que sea la que en forma especial determine si en las transferencias de dominio, no solo de inmuebles, sino de todos los bienes, deben pagar

imposiciones. Ahora bien, si se revisa el innumerado artículo 52, se observará, en cambio, que con respecto a los bienes inmuebles, se señala, en la parte final: *“El presente aporte a título de sociedad no causará ningún impuesto, retribución, tasa ni carga tributaria alguna, bien sea fiscal, provincial, municipal o especial. La misma disposición será aplicable sobre cualquier acto cuya ejecución fuere necesaria para la consecución de tal fin”*.

Con respecto a esta norma cabe señalar que se encuentra consignada dentro del Parágrafo 5º de la nueva Ley que se refiere a *“Reformas estatutarias y reorganización de la sociedad”* y no en el 3º que se refiere a *“Reglas sobre el capital y las acciones”* que incluye tanto a la constitución como al aumento de capital social, lo que nos lleva a pensar que esta exoneración se refiere al caso de *“reforma de estatutos”* por medio de un aumento de capital social. Pero, adicionalmente, este norma legal señala, al final, que tal disposición exonerativa se aplicará sobre cualquier acto cuya ejecución fuere necesaria para la *“consecución de tal fin”*, es decir para cualquier acto que fuere necesario para la transferencia de dominio (aporte) como ocurre también en la constitución, lo que implica que la exoneración, en nuestro criterio, se aplica también en constitución. De todos modos es muy importante que estos asuntos se aclaren.

32. Libertad para representar a accionistas en asambleas

¿Por qué tratándose de la S.A.S. no se aplica la prohibición establecida en el artículo 211 de la Ley de Compañías con respecto a la prohibición para que los administradores representen a los accionistas en asambleas generales?

Esta norma, la del 211 de la Ley de Compañías, establece para el caso de compañías anónimas -ya que no se aplica absurdamente en las de responsabilidad limitada de acuerdo al artículo 24 del Reglamento de Juntas Generales expedido por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros- que *“no podrán ser representantes de los accionistas los administradores y comisarios de la compañía”*.

De acuerdo al innumerado artículo 68 de la nueva Ley se prohíbe en la S.A.S. esta posibilidad, aunque pueda establecérsela en el estatuto social.

No existe una razón clara para que se haya incorporado esta prohibición por lo que, especulando, la única razón que podemos percibir es que tratándose de una sociedad de pocas personas, pequeña o mediana en nuestra realidad, no pudiese tener sentido una prohibición que no permita a los administradores, dado lo pequeño y cerrado del elenco accionarial, representar a accionistas en las asambleas, entendiéndose que la prohibición tiene mayor sentido solo en compañías, con gran número de accionistas, como es el caso de las anónimas. No nos convence este criterio pero, en fin, suponemos que esta pueda ser la motivación.

33. Exclusión de accionistas

¿Por qué se incluyó en la S.A.S. la posibilidad de excluir accionistas?

Posiblemente se incluyó en la normativa legal de la S.A.S. la posibilidad de exclusión de accionistas tomando en consideración que se trata de una sociedad de pocas personas, que por sus lazos

de afinidad requieren mantener una gran confianza que permita el desarrollo y subsistencia de la sociedad, de modo que todos los accionistas colaboren, de la mejor manera, en la consecución de sus fines sin afectarla por hechos personales que deterioren esa confianza entre esos accionistas y la de la sociedad frente a terceros.

Al respecto el innumerado artículo 69 de la nueva normativa expresa que la exclusión se regirá por las causales previstas en el artículo 82 de la Ley de Compañías, es decir en los siguientes casos:

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

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

Adicionalmente la misma norma legal establece que la exclusión también podrá fundamentarse en el incumplimiento de la obligación estatutaria de información del cambio de control en una sociedad accionista (a que se refiere el innumerado artículo 30).

Finalmente, como causa especial, también se establece el caso en que un accionista se ausente o sea requerido judicialmente y no vuelve ni justifica la causa de su ausencia, lo cual es un absurdo: Tal hecho se cuenta como causa de exclusión en el propio artículo 82, numeral 1º, de la Ley de Compañías, pero exclusivamente relacionado al caso en que el socio sea administrador, pero no tiene ningún sentido tratándose solo de tener la calidad de accionista.

Con respecto a la incorporación de la figura jurídica de la exclusión de accionista para el caso de la S.A.S. no podemos dejar de señalar que se ha inspirado en lo que al respecto expresan los artículos 39 y 16 de la ley colombiana.

34. Abuso del derecho de voto

¿En qué consiste el abuso del derecho de voto en la S.A.S.?

Para contestar esta inquietud previamente debemos señalar que es la primera ocasión que se introduce en la legislación societaria ecuatoriana, en forma expresa, la figura del “Abuso del derecho”, en este caso con respecto al derecho de voto. En cuanto a la legislación general cabe también señalar que esta figura se incorporó al Código Civil, al agregarse, como segundo inciso del artículo 36, lo siguiente: *“Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto*

sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente los fines del ordenamiento jurídico". Sus actos se convierten en ilícitos.

Incorporando esta figura, tratándose de la S.A.S., la nueva normativa legal, en su innumerado artículo 73, expresa que los accionistas deberán ejercer el derecho a voto en el interés de la compañía, privilegiando los intereses de ésta frente a la de sus accionistas, considerando como abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas, o de obtener, para sí o para un tercero, una ventaja injustificada.

¿De dónde sale esta concepción e incorporación al derecho societario ecuatoriano?. La respuesta obvia inmediata es: En base a lo señalado para la S.A.S en el artículo 43 de la ley colombiana.

Obviamente se trata de un tema que no se encuentra sujeto a la decisión de la asamblea de accionistas sino que debe resolverse judicialmente en un proceso en el que se pruebe el abuso del derecho a voto; por eso la referida norma legal establece que quien abusare de sus derechos de "accionista" en las decisiones adoptadas por la asamblea de accionistas, responderá por los daños que ocasionare, sin perjuicio de que el juez competente pueda declarar la nulidad de la determinación adoptada. La acción "*judicial*" de indemnización de daños y perjuicios así como la de nulidad de la resolución adoptada podrá ejercerse cuando se comprobare un abuso de mayoría, de minoría o de paridad. Esto último no se entiende por cuanto, al menos por Reglamento de Juntas Generales dictado por la Superintendencia de Compañías, en caso de empate, la resolución se considerará negativa, no pudiendo producirse una resolución afirmativa en la que haya

incidido el abuso del derecho de voto, pero así ocurre porque simplemente se copió este tema de la legislación colombiana.

II.- TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN

1. Aplicación subsidiaria de normas generales de Ley de Compañías

¿Por qué tratándose de transformación, fusión y escisión de S.A.S. le son aplicables, solo subsidiariamente, las normas generales de la Ley de Compañías?

Al respecto exactamente lo que señala el innumerado artículo 53 es que sin perjuicio de las disposiciones especiales para la S.A.S., las normas que regulan la transformación, fusión y escisión de compañías le serán aplicables, así como las disposiciones propias del derecho de separación del accionista, en lo que no fueren contrarias a dichas disposiciones especiales, lo que equivale a decir que aquellas normas se aplicarán subsidiariamente, en especial en cuanto a los requisitos correspondientes.

Con esta aclaración lo que cabe complementar es que como disposiciones especiales se encuentran el requerimiento de las dos terceras partes del capital social (no solamente del concurrente), para efectos de resolver la transformación, fusión o escisión.

En forma especial también, concomitantemente los innumerados artículos 54, 56 y 57 establecen la posibilidad de que cualquier compañía pueda transformarse en S.A.S. y viceversa, así como que una SAS puede fusionarse con otra SAS o con otra

especie de compañía o que una SAS pueda absorber a otra especie de compañía o que puedan fusionarse, por unión, una compañía de otra especie con una SAS.

En cuanto a la escisión se establece los casos en que una SAS pueda dar lugar a una o más SAS o que pueda dar lugar a una o varias compañías de otra especie, o que una compañía de otra especie pueda dar lugar a una SAS.

1. Fusión abreviada

¿Cuál es la razón por la cual la fusión abreviada puede practicarse solo en el caso de la SAS?

El innumerado artículo 58 de la nueva normativa legal establece que en aquellos casos en que una SAS detente más del 90% de las acciones de otra SAS, aquella podrá absorber a ésta mediante determinación adoptada por los representantes legales o por las juntas directivas de las sociedades participantes en el proceso, lo que implica que no se requiere de autorización de la asamblea general de ninguna de las sociedades.

La nueva normativa es muy clara en señalar que ese proceso de fusión abreviada no podrá utilizarse en los casos de fusión de una SAS y una compañía de otra especie, ni la S.A.S. accionista podrá absorber a la S.A.S. de la que es accionista.

Por cierto, el tema de fusión abreviada es tomado del artículo 33 de la ley colombiana y debemos entender que esta posibilidad se admite porque prácticamente la primera S.A.S., la absorbente, es mayoritariamente accionista de la segunda.

III.- DISOLUCIÓN

1. Caso de reducción de número de socios

¿Por qué no se consideró como causal de disolución de una SAS el caso de reducción del número de accionistas por debajo del mínimo legal establecido, como sucede en el caso de las otras compañías?

La respuesta es muy sencilla: Tratándose de la SAS la Ley no ha previsto un número mínimo de accionistas, de modo que puede ser uno. Tan es así que, hasta para constituirse una SAS se requiere tan solo de un accionista. En las compañías anónimas y de responsabilidad limitada, en cambio, el mínimo de accionistas para constituir las es de dos personas pero, tratándose de las anónimas, éstas pueden subsistir posteriormente con un accionista, lo que no ocurre tratándose de las compañías de responsabilidad limitada conforme se estableció en la reforma introducida a la Ley de Compañías por el artículo 23 de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías.

Por consiguiente al no existir esta causal de disolución en el caso de la SAS, no solo que pueden éstas constituirse con un solo accionista, permanecer indefinidamente así y, aún en el caso de que se incorpore uno o más accionistas, puede volver a quedar con uno, sin que constituya causa de disolución.

2. Pérdidas

¿En la SAS, al igual que en las otras compañías, constituye causa de disolución la de pérdidas del 60% o más del capital social y de la totalidad de las reservas?

En el caso de la SAS no es exactamente así ya que antes existía similar causal de disolución pero referida a las pérdidas “operacionales” que ascendían al 60% o más de su patrimonio, pero se la exceptuaba durante los cinco primeros ejercicios económicos, todo ello de conformidad con lo previsto en el innumerado artículo 60, numeral 7º e innumerado artículo 61 de las nuevas normas legales. Lo que sucede es que esta decisión se la tomó del artículo 34, numeral 7º, de la Ley colombiana.

Sin embargo, el artículo 65 de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías sustituyó a dicha causal por la siguiente:

“7. Producto de sus pérdidas, el resultado del patrimonio neto de la sociedad fuere negativo, siempre que dicho estado perdurare por tres ejercicios económicos consecutivos”.

3. Pérdidas

¿Es aplicable a la SAS lo previsto en el artículo 379 de la Ley de Compañías?

El referido artículo 379 de la Ley de Compañías especificaba que cuando se verifiquen pérdidas a las que se refiere el artículo 377, numeral 5º (es decir cuando existan pérdidas del 60% o más del capital social y de la totalidad de las reservas) los administradores debían convocar inmediatamente a la junta general para informarla completa y documentadamente de dicha situación, para que tome las medidas para reintegrar o limitar el fondo social al capital existente, siempre que éste baste para conseguir el objeto de la empresa. Solo si tales medidas no se adoptaren dentro del plazo establecido para el efecto por la Superintendencia, ésta dispondrá la disolución de la compañía.

Se exceptúa este hecho como causa de disolución durante sus tres primeros ejercicios económicos. En el caso de las S.A.S. es de tres años, pero con las diferencias anotadas al contestar la pregunta anterior.

Para definir si esta norma legal es aplicable a la SAS, el innumerado artículo 63 artículo de la nueva Ley establece que el procedimiento de liquidación de la SAS será el previsto en la Sección XII de la Ley de Compañías. El caso que analizamos no se refiere al “proceso de liquidación” sino a un asunto que tiene que ver con la “disolución” de modo que consideramos que el referido artículo 379 de la Ley de Compañías no sería aplicable a la SAS, lo que no quiere decir, por supuesto, que, en cambio, en atención a lo previsto en el innumerado artículo 77 de la nueva normativa legal -que establece que en lo no previsto en la Ley la SAS se regirán por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones que rigen a las sociedades mercantiles previstas en la Ley de Compañías- las SAS están obligadas a actuar en la forma prevista en el artículo 379 de la Ley de Compañías.

EL DEBER DE DEBIDA DILIGENCIA DE LOS ADMINISTRADORES DE COMPAÑÍAS ANÓNIMAS

Dr. Oscar Del Brutto

1. La debida diligencia en el Código Civil

La Ley de Compañías del Ecuador establece que los administradores¹ de las compañías anónimas tienen un deber general de actuar con debida diligencia. Esto quiere decir que, a parte de los deberes específicos que la ley les asigna y cuyo incumplimiento necesariamente supone responsabilidad, existe un deber genérico para los administradores de llevar a cabo sus actividades observado un cierto estándar de cuidado. No observar ese estándar, esto es, no obrar con debida diligencia, acarrea la responsabilidad de los administradores ante la compañía.

El deber de debida diligencia al que se refiere la Ley de Compañías es un deber especial y tiene características propias. El deber de diligencia de los administradores de compañías anónimas no es el mismo deber de diligencia al que se hayan

¹ La palabra “administradores” se refiere a todas las personas que ocupan funciones de dirección dentro de la compañía y comprende a los gerentes, miembros de directorios y agentes.

sometidas todas las personas en sus actuaciones cotidianas y que se encuentra regulado en el Código Civil.

Según la regla general del Código Civil, la culpa es “la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.”² El mismo Código añade que “[e]l que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.”³ Tal como está regulado en el Código Civil, el deber de diligencia se aprecia “en abstracto.”⁴ Esto quiere decir que, para determinar si una persona obró con diligencia, el juez debe comparar la actuación realizada con la que hubiera tenido, en las mismas circunstancias, un modelo ideal de conducta, que el Código Civil llama “buen padre de familia.”⁵ Si las actuaciones coinciden, esto es, si el buen padre de familia hubiera obrado de la misma forma en que obró la persona cuya culpa se trata de determinar, entonces se concluye que se cumplió con el deber de debida diligencia. En caso contrario, hubo culpa. Así, por ejemplo, si se discute si hubo culpa o no por parte de la persona que dejó sin seguro la puerta de una casa, el juez debe comparar esa actuación con la del buen padre de familia: si éste hubiera dejado la puerta de la casa con seguro, entonces la persona faltó al deber de debida diligencia y obró con culpa.

Hay, al menos, tres razones para concluir que no debe aplicarse el concepto de culpa del Código Civil a los administradores de compañías anónimas.

2 Código Civil del Ecuador, art. 29.

3 *Id.*

4 Enrique Barros Bourie: Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

5 *Id.*

En primer lugar, el administrador de una compañía anónima no está cuidando su propia casa o su propia familia, sino que está administrando una compañía mercantil en donde, muy probablemente, otros sean los dueños. Una característica de la estructura legal de las compañías anónimas es la distinción entre la propiedad y el control de la compañía. Mientras la propiedad de la compañía recae en los dueños de las acciones, el control de la compañía recae en administradores amovibles. Para ser administrador no se requiere ser accionista. Y esta distinción entre propiedad y control puede tener un efecto en cuanto a los incentivos. En los escenarios típicos, aquellos para los cuales está pensada la regla de diligencia del Código Civil, es el dueño de la cosa quien la administra. Esto significa que los intereses están alineados: como la suerte del administrador está ligada a la suerte de la cosa, pues es su patrimonio el que se va a beneficiar de una buena administración o a perjudicar por una mala administración, hay razones para pensar que el administrador va a realizar sus mejores esfuerzos para la correcta administración de la cosa. Pero el caso puede ser distinto en el contexto de la administración de compañías anónimas. Como bien puede ocurrir que el administrador no sea accionista de la compañía y, por lo tanto, que el control y la propiedad estén en manos distintas, pueden generarse distorsiones en cuanto a los incentivos para obrar, puede pasar que los incentivos no estén alineados.

En segundo lugar, la aproximación al riesgo tiene peculiaridades en la administración de compañías anónimas, que no se encuentran en la realización de otro tipo de actividades. Una de las notas características de las compañías anónimas es la de la limitación de la responsabilidad de los accionistas hasta el monto de sus aportes: por regla general los accionistas no responden

con su propio patrimonio de las deudas de la compañía. Esta característica legal hace que las compañías anónimas sean vehículos de inversión, en los que los accionistas inyectan recursos con afán de lucro. Precisamente por eso, es en el interés de los accionistas que los administradores contraigan ciertos riesgos calculados, que no sean, utilizando jerga económica “adversos al riesgo”. Y esto es distinto a lo que ocurre en el contexto de la administración de un buen padre de familia. El buen padre de familia debe evitar el riesgo, no asumirlo.⁶

Finalmente, una tercera razón por la que el concepto de debida diligencia del Código Civil no es adecuado en materia de administración de compañías anónimas es la materia sobre la que actúan los administradores. El modelo ideal del buen padre de familia del Código Civil se construye en base a las reglas del sentido común y de la experiencia, que están a la mano de cualquier juez o persona que deba decidir si una actuación es culpable. Pero no es eso lo que ocurre en materia de administración de compañías. Los administradores deben tomar decisiones de negocios, haciendo proyecciones y valorando la aceptación de productos y servicios. Estas decisiones son complejas y técnicas, y para determinar su razonabilidad no basta acudir a principios de sentido común.

Así, considerando que los administradores de compañías anónimas deben administrar un negocio que probablemente no sea suyo, que queremos incentivar a que asuman riesgos y que deben tomar decisiones de negocios que pueden ser técnicas y complejas, el concepto de culpa del Código Civil y el modelo abstracto del buen padre de familia no son suficientes. Hace falta

6 Francisco Reyes Villamizar: Derecho Societario, Temis, 2014.

algo distinto para valorar sus actuaciones. Y ese algo distinto es una regla especial de debida diligencia que, en el Ecuador, se encuentra recogida en el artículo 262 de la Ley de Compañías.

2. El artículo 262 de la Ley de Compañías

Por las razones antes expuestas, en nuestro Derecho la regulación del deber de diligencia de los administradores de compañías anónimas tiene matices especiales. Esto era cierto antes de las reformas a la Ley de Compañías de diciembre de 2020,⁷ y especialmente cierto con el nuevo artículo 262 de la Ley de Compañías que vino a ser íntegramente reformado a partir de esas reformas. Dicho artículo establece que:

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.

7 El artículo 262 decía: El administrador desempeñará su gestión con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente.

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.

De la lectura del artículo 262 se sigue que los administradores de las compañías anónimas están sujetos a un estándar de debida diligencia. Pero la debida diligencia tiene, aquí, un significado especial. En este contexto la debida diligencia se resume en actuar de buena fe, sin interés personal, con “información suficiente” y con “arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”. Más todavía, según el artículo 262, los administradores de compañías anónimas están protegidos por una “regla de discrecionalidad”. Tal como está configurada, esta regla de discrecionalidad supone que las actuaciones de los administradores no pueden ser cuestionadas al menos de que se pruebe que fueron ilegales, abusivas o tomadas en situación de conflicto de intereses.

Así, es claro que la debida diligencia del artículo 262 no es la misma debida diligencia del Código Civil. No hay aquí una remisión al modelo ideal de conducta del buen padre de familia ni, más generalmente, la opción para que se determine culpa haciendo una comparación con lo que hubiera hecho, en las mismas circunstancias, una persona razonable.

Sin embargo, el artículo utiliza términos cuyos contornos y límites podrían no estar del todo claros. Para empezar: ¿cuál es el punto en donde la regla de discrecionalidad ya no es una protección porque la actuación puede ser considerada abusiva? O ¿exactamente qué quiere decir contar con información suficiente y someterse a un proceso de decisión adecuado? Como la disposición es nueva, tampoco sabemos de desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios en nuestro medio que puedan servir para aclarar los contornos y límites de estos términos.

Para aclarar estos conceptos, tal vez puede servir dar una mirada al derecho americano. El derecho americano ha sido el pionero en materia societaria en los últimos años y sus conceptos e instituciones -incluidos los conceptos de regla de discrecionalidad, información suficiente y proceso de decisión adecuado- han influido en la redacción de leyes y en la práctica societaria de la mayoría de los países.⁸ Tal vez darle un vistazo al derecho americano en los puntos referentes a la regla de discrecionalidad y a las ideas de información suficiente y proceso de decisión adecuado, pueda servirnos para aclarar y darle contenido a nuestro artículo 262 de la Ley de Compañías.

3. La regla de discrecionalidad o *business judgment rule* del derecho americano

Los jueces americanos, conscientes de la necesidad de proteger a los administradores de las compañías de capital, para que sientan seguros y puedan asumir riesgos sin el peligro de que vayan a afrontar juicios de responsabilidad, idearon un mecanismo legal

8 Francisco Reyes Villamizar: Derecho Societario, Temis, 2014.

llamado el *business judgment rule*. Esta business judgment rule es lo que se traduce al español como “regla de discrecionalidad”.

Puesto que el derecho corporativo americano es, esencialmente, un derecho estatal, la *business judgment rule* tiene tantas formulaciones como estados tienen los Estados Unidos. Pero la idea central es que los jueces no están facultados para determinar la razonabilidad de una decisión de negocios tomada de buena fe por administradores independientes y desinteresados.⁹ Dicho de otra manera, la *business judgment rule* es una garantía para los administradores de que un juez no va a especular sobre la conveniencia estratégica de una decisión de negocios que hayan adoptado.

Dos casos de la jurisprudencia americana nos pueden dar una idea de cómo opera la *business judgment rule* o regla de discrecionalidad. El primero es *Shlensky v. Wrigley* y el segundo es *Francis v. United Jersey Bank. Pritchard & Baird Intermediaries Corporation*.

En *Shlensky v. Wrigley* (95 Ill. App. 2d 173, 237 N.E.2d 776, 1968), William Shlensky, el actor, era accionista minoritario de la compañía Chicago National League Ball Club (Inc.), que era propietaria del equipo de béisbol de los *Cubs* de Chicago. Los demandados eran los miembros del directorio de la compañía. Shlensky alegó que todos los equipos de la liga, con excepción de los *Cubs*, jugaban por la noche, y que eso permitían maximizar los ingresos del equipo porque garantizaba mayor concurrencia de público. Según Shlensky el Chicago National League Ball Club

9 William Allen & Reinier Kraakman: Commentaries and Cases on the Law of Business Organization, Wolters Kluwer, 2016.

sufría pérdidas enormes por no programar partidos en la noche. Debido a estas preocupaciones, Shlensky presentó una demanda contra los directores por negligencia y mala administración. Los directores se defendieron diciendo que habían adoptado la decisión de que el equipo sólo jugara durante los días porque el béisbol no era un deporte nocturno. La Corte que decidió el caso negó la demanda de Shlensky. La Corte sostuvo que los tribunales no deberían interferir en la gestión de una compañía a menos que existiera un fraude o mala fe. En el caso, el demandante no demostró fraude o conflicto de intereses en la toma de esa decisión.

En *Francis v. United Jersey Bank. Pritchard & Baird Intermediaries Corporation* (P&B) (87 N.J. 15, 432 A.2d 814 1981), en cambio, una Corte aceptó una demanda en la que se alegaba falta de diligencia del director de una compañía. P&B era un intermediario entre compañías de seguros y de reaseguros. El ex director de la compañía, Charles Pritchard, renunció y sus dos hijos controlaron el negocio. Una vez que los hijos tuvieron el control, sacaron préstamos personales de la compañía, pero nunca devolvieron los préstamos. Esta práctica de malversación de fondos continuó hasta que P&B ya no pudo cumplir con sus obligaciones y se declaró en quiebra. Durante todo el período en que los hijos controlaron P&B, Lillian, la esposa de Charles y madre de los dos hijos, ocupó el cargo de miembro del directorio. Pero, durante todo el tiempo que ocupó ese cargo, nunca participó en ningún asunto, no concurrió a las juntas de directorio, no revisó los libros contables, ni se preocupó por la situación del negocio. La Corte concluyó que Lillian había faltado a su deber de diligencia y que no estaba protegida por la *business judgment rule*. La Corte señaló que Lillian, como directora, tenía un mínimo deber de enterarse de la situación de la compañía. No tenía que conocer todos los

detalles de las operaciones diarias, pero necesitaba tener un conocimiento básico de las finanzas y las actividades importantes. Si no entendía las actividades, estaba obligada a consultar a un abogado para que le aconsejara. Por tanto, su falta de atención fue una de las causas inmediatas de los daños a la empresa y a los terceros que dependían de la empresa.

Estos dos casos nos dan una idea de la aplicación de la regla de discrecionalidad. Los administradores están blindados de cuestionamientos sobre decisiones de negocios -así sean tan malas y estrafalarias como la de programar juegos de béisbol en las noches argumentando que el béisbol es un deporte del día-, pero no pueden llegar a hasta el extremo -como el caso de la señora Lillian- de desconocer por completo la situación del negocio de la compañía que administran.

4. Información suficiente y procedimiento de decisión adecuado

El derecho americano también puede servir para aclarar los conceptos de información suficiente y procedimiento de decisión adecuado. Aquí el caso insignia es el de *In re Caremark*.

En *In re Caremark Int'l* (698 A.2d 959, Del. Ch. 1996), la demanda involucró reclamos de que los miembros de la junta directiva incumplieron su deber de debida diligencia. El caso tiene como antecedente que Caremark, una compañía dedicada al negocio de los medicamentos fue investigada por el Departamento de Justicia por presuntas violaciones por parte de los empleados de Caremark de las leyes aplicables a los proveedores de atención

médica. La compañía fue formalmente acusada de múltiples delitos y se vio obligada a celebrar varias transacciones con el Departamento de Justicia que incluían un acuerdo de declaración de culpabilidad y el pago de casi 250 millones de dólares en multas civiles y penales. Con estos antecedentes, la compañía presentó una demanda contra los miembros del directorio, argumentando que habían faltado a su deber de cuidado al no controlar a los empleados. La Corte que conoció el caso declaró sin lugar la demanda. La Corte basó su decisión en que los directores de Caremark sí tenían un programa de *compliance* con auditores internos, que tenían programas de entrenamiento a sus empleados y que publicaban un manual de buenas conductas que los empleados tenían la obligación de leer y acatar.

Así, desde *Caremark* se reconoce que los administradores deben contar con un sistema de *compliance* y de algún mecanismo que sirva para recabar información sobre el comportamiento de los empleados. Por supuesto que las características de estos mecanismos varían de compañía en compañía. Pero el punto es que el mecanismo debe existir.

Así, una forma de interpretar el requisito de información suficiente y procedimiento de decisión adecuado podría ser estableciendo la obligación de que los administradores pongan en marcha un sistema interno de *compliance*. Con todo, es una obligación que tiene que ser consecuente con la actividad de la compañía y con la complejidad de su organización.

Miscelanea:

GERENTES

Óscar del Brutto Andrade

Tomado del Diario El Universo del 30 de noviembre, 2021

Cuando pensamos en el gerente de una compañía, ponemos en nuestra cabeza la imagen de un hombre detestable, con un traje elegante, que llega a su lujosa oficina a las once de la mañana, se toma un par de *whiskies* y luego pasa el resto del día en un campo de golf mientras sus empleados trabajan para él. Pero lo cierto es que ese es Montgomery Burns de la serie *Los Simpsons* y no una persona de carne y hueso.

En el mundo real, los gerentes de las compañías –al menos de esas compañías que operan libremente en el mercado– son personas que trabajan incansablemente, viven en medio de una feroz competencia, lidian con riesgos que se presentan por todas partes, siempre están al borde de la quiebra y deben manejar niveles obscenos de estrés. Y ocurre que esas personas llevan a cabo una labor que es especialmente importante para la sociedad. De forma directa, porque son quienes dirigen el proceso de la producción de los bienes y servicios que hacen nuestra vida más agradable

y segura. Y, de forma indirecta, porque a través de ese proceso generan empleo y crean la riqueza sobre la que el Gobierno puede tributar.

Las leyes de los países civilizados protegen a los gerentes de las compañías y crean incentivos para que puedan realizar su trabajo. En Estados Unidos, por ejemplo, las leyes protegen a los gerentes a través de reglas como el velo societario –que impide que el gerente sea personalmente responsable por las deudas de la compañía–, la *business judgment rule* –que prohíbe a un juez imponer responsabilidad por las decisiones de negocios que, de buena fe, toman los gerentes–, y la posibilidad de que las compañías establezcan en sus estatutos cláusulas que limiten la responsabilidad de los gerentes frente a los accionistas y obliguen a la compañía a costear eventuales procesos judiciales que se les sigan.

Pero en el Ecuador vamos en sentido contrario. Las leyes de nuestro país parecen diseñadas sobre la premisa de que los gerentes de las compañías son enemigos a los que hay que atacar y destruir.

Hay varias disposiciones legales que imponen responsabilidad personal a los gerentes por las deudas de las compañías. El Código del Trabajo permite a un trabajador demandar al gerente por el pago de las obligaciones patronales de la compañía. Además, la *business judgment rule* solo está establecida a medias y no se permite limitar la responsabilidad del gerente. La Ley de Compañías se refiere a la aplicación de la *business judgment rule* solo si la decisión se adoptó “con información suficiente”, pero

no dice en qué consiste eso y, además, establece que son nulas las cláusulas estatutarias que limitan la responsabilidad a los gerentes.

Si queremos que se produzcan bienes y servicios, que se cree empleo y que se aumente la recaudación tributaria, tenemos que proteger a las personas que generan riqueza. Un paso en esa dirección es eliminar la responsabilidad personal, definir el requisito de información adecuada para la *business judgment rule* y permitir cláusulas estatutarias que limiten la responsabilidad de los gerentes.

ÍNDICES POR AUTOR

REVISTAS DE DERECHO SOCIETARIO ÓRGANO OFICIAL DE LA ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

Realizado por:
Abg. Susana Ortega Delgado

ALVEAR ICAZA, Pedro

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

ALVARADO, Xavier

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

ANDRADE UBIDIA, Santiago

- El levantamiento del velo en la Doctrina y la Jurisprudencia ecuatoriana. Rev. No. 10 pág. 167.

AROSEMENA ROMERO, Mauricio

- La Aplicación del Código del Buen Gobierno en las sociedades mercantiles. Rev. No. 8 pág. 131.

BRIGANTE GUERRA, Rafael

- Nuevas normas de regulación de las acciones preferidas. Rev. No. 4 pág. 115.

- Orden Público y Societario Rev. No. 5 pág. 55.
- El aporte de marcas al capital de las sociedades mercantiles y su avalúo. Rev. No. 6 pág. 77.
- Las “Entidades de Certificación de información” en la normativa ecuatoriana sobre comercio electrónico. Desempeño de esta actividad por sociedades mercantiles. Rev. No. 7 pág.73.
- Absolución de Consulta sobre el alcance del Art. 248 de la Ley de Compañías. Rev. No. 10 pág. 101.
- Apunte sobre la Ejecución de la Prenda de Acciones de Sociedades Mercantiles. Rev. No. 12 pág. 1.

CABEZAS PARRALES, Luis

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

CARMIGNIANI VALENCIA, Eduardo

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

- Arbitraje Societario (Estatutario) en Ecuador. Rev. No. 13 pág. 115.

CAIZAHUANO VILLACRES, Roberto

- Breves comentarios sobre algunas funciones del liquidador de acuerdo con la Ley 31 del 29 de junio de 1989. Rev. No. 2 pág. 18.
- Breves comentarios sobre la Ley de Concurso Preventivo y normas de procedimiento para su aplicación. Rev. No. 4 pág. 91.
- Requisitos para la Transformación de una compañía según el Art. 376 de la Ley de Compañías. Rev. No. 5 pág. 203.
- La ley de concurso preventivo: Una lamentable frustración. Rev. No. 6 pág. 27.
- Intervención Administrativa de las compañías sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías. Rev. No. 5 pág. 43.
- Reactivación de las Compañías Mercantiles o Revocatoria de la Disolución. Rev. No. 15 pág. 129.

CASSIS MARTÍNEZ, Nicolás

- Concentraciones Societarias que determinan controles. Rev. No. 14 pág. 173.
- Reformas Legales a la Disolución, Liquidación y Cancelación de las Sociedades Mercantiles. Rev. No. 16 pág. 167.

CORONEL JONES, César

- Algunos aspectos relacionados con la Reactivación de compañías de responsabilidad limitada. Rev. No. 1 pág. 60.
- Panorama de la Ley de Concurso Preventivo. Rev. No. 4 pág. 65.
- Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria del Ecuador. Rev. No. 12 pág. 113.

CORTAZA VINUEZA, Carlos

- La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Una evolución necesaria para el derecho punitivo. Rev. No. 7 pág. 51.

DÁVILA LAZO, Fabricio

- Los Pactos de Socios y su Enforcement en el Derecho Ecuatoriano. Rev. No. 11 pág. 83.
- Comentarios sobre el Régimen Concursal de la Ley Humanitaria. Rev. No. 15 pág. 63.
- Los Deberes Fiduciarios de los Administradores en la Nueva Ley de Compañías. Rev. No. 16 pág. 103.

DROUET CANDEL, César

- El Voto y sus posibilidades de ejercicio en la Compañía Anónima. Rev. No.7 pág. 187.
- Requisitos que debe cumplir la Junta General de Accionistas (alegatos). Rev. No. 12 pág. 235.

- Inconveniente Inclusión de las SAS como una nueva especie de Compañía. Rev. No. 13 pág. 29
- Sociedades de Interés Público: Ilegal tratamiento que reciben las Sociedades Propietarias de Inmuebles. Rev. No. 15 pág. 45.
- Algunas reflexiones sobre las Reformas a las Sociedades Anónimas introducidas por la Ley de Modernización a la Ley de Compañías. Rev. No. 16 pág. 87.

DURINI ANDRADE, Felipe

- La vía arbitral como alternativa para la solución de conflictos societarios en las compañías anónimas. Rev. No. 10 pág. 129.

EGAS PEÑA, Jorge

- La empresa unipersonal de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 1 pág. 46.
- Las Bolsas de Comercio. Rev. No. 2 pág. 36.
- Junta Universal de Accionistas. Rev. No. 3 pág. 21.
- Comentario sobre la propuesta de sustituir la inscripción de los actos societarios que según la Ley se hacen actualmente en el Registro Mercantil por su inscripción en un Registro de Sociedades a cargo de la Superintendencia de Compañías. Rev. No. 5 pág. 55.
- El Consorcio. Rev. No. 8 pág. 103.
- Comentarios a la resolución del Superintendente de Compañías No. 07SC.Q.IJ-04 del 19 de julio de 2007 con

relación a las propiedades que no fueron consideradas en las liquidaciones de las compañías cuya cancelación en el Registro Mercantil fue ordenada de oficio por la Superintendencia de Compañías, de conformidad con al art. 495 de la Ley de Compañías. Rev. No. 9 pág. 83.

- La Exclusión del Socio en las Compañías de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 10 pág. 45.
- La Sociedad Anónima en el Ecuador. Rev. No. 11 pág. 43.
- La Escisión de las compañías. Rev. No. 12 pág. 73.
- La Fusión de las Compañías. Rev. No. 13 pág. 91 y Rev. No. 14 pág. 159.
- Sociedades por Acciones Simplificadas en el Ecuador (SAS). Rev. No. 14 pág. 35.
- El Control Societario. Rev. No. 15 pág. 23.
- Ley de Modernización de la Ley de Compañías. Rev. No. 16 pág. 1.

FALCONÍ PUIG, Juan

- La nueva Ley de Arbitraje y Mediación. Rev. No. 4 pág. 49.
- Juicios Coactivos del IESS contra Accionistas de Compañías. Rev. No. 11 pág. 273.

FRANCO ZARIE, Marena

- Las Sociedades de Garantías Recíprocas. Rev. No. 14 pág. 121.

GARCÍA FERAUD, Galo

- Crisis recurrentes y práctica societaria. Rev. No. 8 pág. 83.

GARCÍA FABRE, Eduardo

- Aproximación a la Concentración Empresarial. Rev. No. 13 pág. 133.
- Las Compañías Holding. Rev. No. 14 pág. 85.

GARCIA LLAGUNO, René

- Del Mandato de las Compañías. Rev. No. 2 pág. 55.

GAUSCH MARTORELL, Rafael

- La Doctrina de la Infracapitalización: Aproximación Conceptual a la Infracapitalización de Sociedades. Rev. No. 7 pág. 163.

GÓMEZ AMADOR, Luis

- Requisitos particulares para la constitución y funcionamiento de ciertas compañías según su objeto y para determinados tipos de aportaciones al capital social. Rev. No. 1 pág. 81.

GONZÁLEZ TORRÉ, Roberto

- La Titularización de Activos a la luz de la legislación ecuatoriana. Rev. No. 4 pág. 11.
- La Titularización de Activos en la Ley de Mercados de Valores. Rev. No. 5 pág. 17.
- Análisis sobre las Sociedades por Acciones Simplificadas en el Ecuador (SAS). Rev. No. 14 pág. 1.

- Breves Comentarios a las Prohibiciones de Imbricación para Subsidiarias y sus administradores respecto de la Compañía Matriz o Holding. Rev. No. 16 pág. 125.
- Autorregulación regulada y subordinada de las Bolsas de Valores en la Legislación Bursátil Ecuatoriana. Rev. No. 16 pág. 207.

HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel

- Generalidades sobre las garantías de las obligaciones. Rev. No. 2 pág. 73.

ICAZA PONCE, Marcelo

- Sinopsis histórica de la Ley de compañías, Rev. No. 1 pág. 9.
- Doctrina 145 de la Superintendencia de compañías y análisis de la Ley interpretativa a la Ley de Compañías. Rev. No. 4 pág. 39.
- Sinopsis Histórica de la Ley de Compañías y de normas conexas, (en colaboración con el Ab. Santiago Romero Jouvín). Rev. 9 pág. 11.

ILLINGWORTH, Roberto

- Alegato sobre el derecho de separación del accionista en los casos de fusión por absorción. Rev. No. 5 pág. 113.

LARREA ARGUDO, Ana María

- Reflexiones actuales sobre el Concurso de Acreedores en el Ecuador. Rev. No. 15 pág. 93.

MARTÍNEZ DÁVALOS, Miguel

- ¿Tiene el heredero del accionista derecho a obtener información y certificados de la Superintendencia de compañías. Rev. No. 7 pág. 151.
- Síntesis de la Evolución de la Ley de Compañías en la Legislación Nacional y su íntima relación con la Superintendencia de Compañías. Rev. No. 11 pág. 235.

MERA, Alexis

- El representante legal ¿Trabajador o mandatario? Rev. No. 5 pág. 165.

MERLO, Gonzalo

- La Capacidad para contratar Compañía Mercantil. Rev. No. 5 pág. 181.

MURRIETA, Katia

- La nueva Estructura jurídica de las compañías anónimas cía Economía mixta y de responsabilidad limitada después de las reformas introducidas por la Ley de mercados de valores. Rev. No. 2 pág. 82.

NOBOA BEJARANO, Ricardo

- Inconstitucionalidad del Art. 1º de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales y subsecuentes arbitrariedades en la aplicación del mismo. Rev. No. 15 pág. 175.

NOBOA LEÓN, Oswaldo

- Nuevo Régimen de tratamiento a los capitales y tecnologías extranjeros. Rev. No. 1 pág. 69.

ORTEGA TRUJILLO, Gustavo

- El Concurso Preventivo de Acreedores en el Ecuador. Rev. No. 13 pág. 45.
- Escenarios para el deudor en insolvencia por causa de la cuarentena. Rev. No. 14 pág. 197.
- En la Quiebra de Sociedad Mercantil ¿Quién actúa como Liquidador?. Rev. No. 15 pág. 115.

RECALDE CASTELLS, Andrés

- Consideraciones de política-jurídica sobre el ejercicio de los derechos de voto, asistencia y representación “a distancia” (incluido el voto electrónico) en las sociedades anónimas españolas. Rev. No. 10 pág. 65.

ROMERO JOUVIN, Santiago

- El balance final, para los casos de Transformación de sociedades, no debería ser siempre querido. Rev. No. 5 pág. 37.

ROMERO PARDUCCI, Emilio

- Proyecto de reformas a la Ley de compañías y leyes conexas y de creación de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada. Rev. No. 1 pág. 97.
- Los destinos de las utilidades anuales de una compañía anónima y las posibles intervenciones de las minorías antes, en y después de la correspondiente Junta General ordinaria de accionistas. Rev. No.2 pág. 200.

- El quórum decisorio en la Junta General de socios de las Compañía de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 3 pág. 145.
- Derecho de separación del accionista en los casos de fusión por absorción. Rev. No. 5 pág. 139.
- Una Ley para las Pymes: La ley de empresas unipersonales de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 5 pág. 123.
- Apuntes societarios respecto de los aumentos de capitales sociales en los bancos. Rev. No. 7 pág. 25.
- ¿Un nuevo modo de adquirir dominio en las cosas? Rev. No. 7 pág. 209.
- ¿Están los consorcios sometidos al control de la Superintendencia de Compañías? Rev. No. 5 pág. 157.
- La Transformación. Rev. 9 pág. 145.
- Puede la Superintendencia de Compañías ordenar la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de representante legal de la compañía. Rev. No. 11 pág. 145.
- Las Sociedades de Hecho. Rev. No. 15 pág. 3.
- Sobre la Modernización a la Ley de Compañías. Rev. No. 16 pág. 11.

SALAZAR BECKER, Luis

- La Administración de las Compañías Anónima y de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 2 pág. 120.

SALGADO VALDEZ, Roberto

- Las compañías Irregulares. Rev. No. 1 pág. 32.
- Comentario a la Ley de Mercado de Valores. Rev. No. 2 pág. 137.
- Intervención judicial dativa de una compañía extranjera e intervención de pretensos procuradores Judiciales. Rev. No. 3 pág. 27.
- Las empresas multinacionales andinas (EMAS). Rev. No. 5 pág. 95.
- El fideicomiso mercantil como solución a las compañías sometidas al concurso preventivo. Rev. No. 5 pág. 115.
- Sociedades Mercantiles con participación del Estado. Rev. No. 9 pág. 119.
- Sociedades Subsidiarias con Participación Mayoritaria del Estado. Rev. No. 10 pág. 13.
- El Develamiento de la Personalidad Jurídica de las Sociedades. Rev. No. 11 pág. 201.
- El Derecho de Cuota del socio y del accionista en la liquidación de compañías mercantiles. Rev. No. 12 pág. 39.
- Grave Supresión de la Responsabilidad Limitada de los Socios en Compañías. Rev. No. 13 pág. 77.
- El Consorcio Mercantil. Rev. No. 14 pág. 45.
- Nuevas Formas de Reorganización Societaria. Rev. No. 15 pág. 29.

- Breves Comentarios a la Ley de Modernización a la Ley de Compañías con referencia a las Compañías de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 16 pág. 57.
- Transformación, Fusión y Escisión de Compañías en la Ley de Modernización. Rev. No. 16 pág. 139

SANTOS DÁVALOS, Osvaldo

- Derecho Societario Ecuatoriano, ¿Quo vadis? Hacia donde va el Derecho Societario. Rev. No. 11 pág. 1.
- La implementación de las Sociedades por Acciones Simplificadas en el Ecuador (SAS). Rev. No. 13 pág. 1

TARRÉ INTRIAGO, Juan Carlos

- La prima de emisión en los aumentos de capital social de la Compañía Anónima. Rev. No. 3 pág.91.

VERGARA SOLÍS, Bolívar

- El derecho a negociar libremente las acciones y los pactos entre accionistas. Rev. No. 11 pág. 129.

VIDAL MASPONS, Ignacio

- La libertad de empresa en el Ecuador a través de los cambios constitucionales del 2018. Rev. No. 11 pág.59.
- Segunda Parte. Rev. No. 12 pág. 95

VILLAMAR R., Oswaldo

- Reformas a la ley de compañías contenidas en la ley 31 de 1989. Rev. No. 1 pág. 25.

- Fallos contradictorios del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Rev. No. 2 pág. 194.
- Lo Reglado y lo discrecional. Rev. No. 4 pág. 61.
- La quiebra de una compañía como causa de disolución. Rev. No. 3 pág. 73.
- Las acciones adquiridas por la propia compañía, ¿deben ser tomadas en cuenta para completar el quórum de instalación? Rev. No. 5 pág. 51.
- La compañía Anónima con participación de! Estado. Rev. No. 6 pág. 33.
- En la Junta General la falta de firmas de todos los asistentes ¿es motivo de nulidad del Acta o también de la Junta y sus Resoluciones? Rev. No. 7 pág. 69.

Actualizado a Noviembre de 2021.

ÍNDICES POR TEMAS

REVISTAS DE DERECHO SOCIETARIO ÓRGANO OFICIAL DE LA ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

Realizado por:
Abg. Susana Ortega Delgado

ACCIONES

- 1.- Nuevas Normas de Regulación de las Acciones Preferidas. Rev. No. 4 pág.115.
- 2.- Las Acciones adquiridas por la propia compañía, ¿Deben ser ¿ornadas en cuenta para completar el Quórum de Instalación? Rev. No. 5 pág. 51.
- 3.- El derecho a negociar libremente las acciones y los pactos entre accionistas. Rev. No. 11 pág. 129.
- 4.- Los Pactos de Socios, su validez y Enforcement en el Derecho Ecuatoriano. Rev. No. 11 pág. 83.

ACCIONISTA-DERECHOS Y OBLIGACIONES

- 1.- Apuntes sobre la suspensión de los derechos de accionistas en entidades financieras en Sanea-miento. Rev. No. 7 pág.17.
- 2.- Juicios Coactivos del IESS contra los accionistas de compañías. Rev. No. 11 pág. 273.

ACCIONISTA-DERECHO DE INFORMACIÓN

1. ¿Tiene el heredero del accionista derecho a obtener información y certificados de la Superintendencia de compañías. Rev. No. 7 pág. 151.

ACCIONISTA-DERECHO DE SEPARACIÓN

- 1.- Alegato sobre el derecho de separación del accionista en los casos de fusión por absorción. Rev. No. 5 pág.113.
- 2.- Derecho de separación del accionista en los casos de fusión por absorción. Rev. No. 5 pág.139.

ADMINISTRACIÓN

- 1.- La Aplicación del Código del Buen Gobierno en las sociedades mercantiles. Rev. No. 8 pág.131.
- 2.- La Administración de las Compañías Anónima y de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 2 pág. 120.
- 3.- El representante legal, ¿Trabajador o mandatario? Rev. No. 5 pág.165.

ALEGATOS

- 1.- Requisitos que debe cumplir la Junta General de Accionistas. Rev. No. 12 pág. 233.
- 2.- El juicio coactivo del IESS contra accionistas de Compañías. Rev. No. 12 pág. 273.

ARBITRAJE

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

- 2.- La nueva Ley de Arbitraje y Mediación. Rev. No. 4 pág. 49.
- 3.- La vía arbitral como alternativa para la solución de Conflictos Societarios en las Compañías Anónimas. Rev. No. 10 pág. 129.
- 4.- Arbitraje Societario (Estatutario) en el Ecuador. Rev. No. 13 pág. 115.
- 5.- El Arbitraje Societario. Rev. No. 16 pág. 189.

ASOCIACIÓN

- 1.- El Consorcio. Rev. No. 8 pág. 103.
- 2.- ¿Están los consorcios sometidos al control de la Superintendencia de Compañías? Rev. No. 8 pág. 157.
- 3.- El Consorcio Mercantil. Rev. No. 14 pág. 45.

CAPITAL

- 1.- La Doctrina de la Infracapitalización: Aproximación conceptual a la Infracapitalización de Sociedades. Rev. No. 7 pág. 163.
- 2.- Nuevo Régimen de Tratamiento a los Capitales y Tecnologías Extranjeras. Rev. No. 1 pág. 69.
- 3.- Apuntes societarios respecto de los aumentos de capitales sociales en los bancos. Rev. No. 7 pág. 25.
- 4.- La prima de emisión en los aumentos de capital social de la Compañía Anónima. Rev. No. 3 pág. 91.
- 5.- El aporte de marcas al capital de las sociedades mercantiles y su avalúo. Rev. No. 6 pág. 77.

COMPAÑÍA ANÓNIMA

- 1.- Efectos de la falta de una firma en el acta de una Junta General Universal de socios. Rev. No. 3 pág. 137.
- 2.- Incorporación del Acta de la Junta general a la escritura que contiene el Acto societario. Rev. No. 5 pág. 45.
- 3.- Apuntes sobre la suspensión de los derechos de accionistas en entidades financieras en Saneamiento. Rev. No. 7 pág. 17.
- 4.- El Voto y sus posibilidades de ejercicio en la Compañía Anónima. Rev. No. 7 pág. 187.
- 5.- Junta Universal de Accionistas. Rev. No. 3 pág. 21.
- 6.- Alegato sobre el derecho de separación del accionista en los casos de fusión por absorción. Rev. No. 5 pág. 113.
- 7.- ¿Tiene el heredero del accionista derecho a obtener información y certificados de la Superintendencia de compañías. Rev. No. 7 pág. 151.
- 8.- Los destinos de las utilidades anuales de una compañía anónima y las posibles intervenciones de las minorías antes, en y después de la correspondiente Junta General ordinaria de accionistas. Rev. No. 2 pág. 200.
- 9.- Las empresas multinacionales andinas JEMAS}. Rev. No. 5 pág. 95.
- 10.- La prima de emisión en los aumentos de capital social de la Compañía Anónima. Rev. No. 3 pág. 91.
- 11.- Las acciones adquiridas por la propia compañía, ¿deben ser tomadas en cuenta para completar el quórum de instalación? Rev. No. 5 pág. 51.

- 12.- La compañía Anónima con participación del Estado. Rev. No. 6 pág. 33.
- 13.- La capacidad para contratar Compañía Mercantil. Rev. No. 5 pág. 181.
- 14.- Sociedades Mercantiles con participación del Estado. Rev. No. 9 pág.119.
- 15.- Consulta sobre el Art. 248 de la Ley de Compañías. Rev. No. 10 pág. 10.
- 16.- Derecho Societario Ecuatoriano, ¿Quo vadis? ¿Hacia dónde va el Derecho Societario. Rev. No. 11 pág. 1.
- 17.- La Sociedad Anónima en el Ecuador. Rev. No. 11 pág. 43.
- 18.- Síntesis de la Evolución de la Ley de Compañías en la Legislación Nacional y su íntima relación con la Superintendencia de Compañías. Rev. No. 11 pág. 235

COMPAÑÍA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

- 1.- Mayoría para reactivar una compañía de responsabilidad limitada disuelta por su plazo, Rev. No. 2 pág. 11.
- 2.- Algunos aspectos relacionados con la Reactivación de compañías de responsabilidad limitada. Rev. No. 1 pág. 60.
- 3.- Las compañías irregulares. Rev. No. 1 pág. 32.
- 4.- El quórum decisorio en la Junta General de socios de las Compañía de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 3 pág. 145.
- 5.- Una Ley para los Pymes: La ley de empresas unipersonales de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 6 pág. 123.

- 6.- La Exclusión del Socio en las Compañías de Responsabilidad Limitadas. Rev. No. 10 pág. 45.

CONTROL SOCIETARIO

- 1.- El Control Societario en el Ecuador. Rev. No. 15 pág. 23.

CONCORDATO-QUIEBRA

- 1.- La ley de concurso preventivo: Una lamentable frustración. Rev. No. 6 pág. 27.
- 2.- Panorama de la Ley de Concurso Preventivo. Rev. No. 4 pág. 65.
- 3.- La quiebra de una compañía como causa de disolución. Rev. No. 3 pág. 73.}
- 4.- El Concurso Preventivo de Acreedores en el Ecuador. Rev. No.14 pág. 43.
- 5.- Escenarios para el deudor en Insolvencia por causa de Cuarenta. Rev. No. 14 pág. 197.
- 6.- Comentarios sobre el Régimen Concursal de la Ley Humanitaria. Rev. No. 15 pág.
- 7.- Reflexiones sobre el Concurso de Acreedores en el Ecuador. Rev. No. 15 pág.
- 8.- En la Quiebra de Sociedad Mercantil ¿Quién actúa como Liquidador?. Rev. No. 15 pág. 115.

CONSORCIOS

- 1.- El Consorcio. Rev. No. 8 pág. 103

- 2.- El Consorcio Mercantil. Rev. No. 14 pág. 45.

DERECHO DEL VOTO

- 1.- Consideraciones de Política Jurídica sobre el ejercicio del derecho de voto, asistencia y representación a distancia. Rev. No. 10 pág. 65.

DISOLUCIÓN

- 1.- Algunos aspectos relacionados con la Reactivación de compañías de responsabilidad limitada. Rev. No. 1 pág. 60.
- 2.- Mayoría para reactivar una compañía de responsabilidad limitada disuelta por su plazo. Rev. No. 2 pág. 11.
- 3.- Mayoría para reactivar una compañía de responsabilidad limitada disuelta por su plazo. Rev. No. 2 pág. 139.
- 4.- La quiebra de una compañía como causa de disolución. Rev. No. 3 pág. 73.
- 5.- Reactivación de las Compañías Mercantiles o Revocación de la Disolución. Rev. No. 15 pág. 129.
- 6.- Reformas Legales a la Disolución, Liquidación y Cancelación en la Ley de Modernización. Rev. No. 16 pág. 167.

DOCTRINAS SOCIETARIAS

- 1.- Supresión. Rev. No. 11 págs. 301 a 328.

EMPRESA

- 1.- La compañía Anónima con participación del Estado. Rev. No. 6 pág. 33.

- 2.- Las empresas multinacionales andinas (EMAS). Rev. No. 5
pág. 95.
- 3.- Una Ley para las Pymes: La ley de empresas unipersonales
de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 6 pág.123.
- 4.- La nueva Estructura jurídica de las compañías anónimas
de Economía mixta y de responsabilidad limitada después
de las reformas introducidas por la Ley de mercados de
Valores. Rev. No. 2 pág. 82.
- 5.- Proyecto de reformas a la Ley de Compañías y leyes conexas
y de creación de la empresa unipersonal de responsabilidad
limitada. Rev. No. 1 pág. 97.
- 6.- La empresa unipersonal de Responsabilidad Limitada. Rev.
No. 1 pág. 46.
- 7.- Sociedades Mercantiles con participación del Estado. Rev.
No. 9 pág. 119.
- 8.- Sociedades Subsidiarias con Participación Mayoritaria del
Estado. Rev. No. 10 pág. 13.
- 9.- La Libertad de Empresa en el Ecuador. Rev. No. 11 pág. 59.
- 10.- La Libertad de Empresa en el Ecuador a través de los
cambios institucionales. Rev. No. 12 pág. 95.
- 11.- Exclusión de Socios en las Compañías de Responsabilidad
Limitada. Rev. No. 10 pág. 45.
- 12.- Aproximación a la Concentración Empresarial. Rev. No. 13.
Pág. 133.
- 13.- Concentraciones Societarias que determinan controles.
Rev. 14. Pág. 173

HOLDING

- 1.- Las Compañías Holding. Rev. No. 14 pág. 85.

INTERVENCIÓN

- 1.- Fallos contradictorios del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Rev. No. 2 pág. 194.

IRREGULARES

- 1.- Las Compañías Irregulares. Rev. No. 1 pág. 32.

JUNTA GENERAL-ACTA

- 1.- Efectos de la falta de una firma en el acta de una Junta General Universal de socios. Rev. No. 3 pág. 137.
- 2.- Incorporación del Acta de la Junta General a la escritura que contiene el Acto societario. Rev. No. 5 pág. 45.

JUNTA GENERAL-VOTO EN JUNTA GENERAL

- 1.- El Voto y sus posibilidades de ejercicio en la Compañía Anónima. Rev. No. 7 pág.137.
- 2.- Junta Universal de Accionistas. Rev. No. 3 pág. 21.
- 3.- El quórum decisorio en la Junta General de socios de las Compañía de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 3 pág. 145.
- 4.- Las acciones adquiridas por la propia compañía, ¿deben ser tomadas en cuenta para completar el quórum de instalación? Rev. No. 5 pág. 51.
- 5.- El derecho del voto, asistencia y representación “a distancia” incluido el “voto electrónico”. Rev. No. 10 pág. 65.

LEY DE COMPAÑÍAS

- 1.- La compañía Anónima con participación del Estado. Rev. No. 6 pág. 33.
- 2.- Las empresas multinacionales andinas (EMAS). Rev. No. 5 pág. 95.
- 3.- Una Ley para las Pymes: La ley de empresas unipersonales de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 6 pág.123.
- 4.- Sinopsis histórica de la Ley de Compañías. Rev. No. 1 pág. 9.
- 5.- Doctrina 145 de la Superintendencia de Compañías y análisis de la Ley interpretativa a la Ley de Compañías. Rev. No. 4 pág. 39.
- 6.- Reformas a la ley de compañías contenidas en la ley 31 de 1989. Rev. No. 1 pág. 25.
- 7.- Proyecto de reformas a la Ley de Compañías y leyes conexas y de creación de la Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 1 pág. 97.
- 8.- Sinopsis Histórica de la Ley de Compañías y de normas conexas. Rev. No. 9 pág. 11.
- 9.- Propuesta para la mejora y modernización de la Legislación Societaria del Ecuador. Rev. No. 12 pág. 113.
- 10.- Absolución de consulta sobre el Art. 248 de la Ley de Compañías. Rev. No. 10 pág. 101.
- 11.- Ley de Modernización de la Ley de Compañías. Rev. No. 16 pág. 1.
- 12.- Sobre la Modernización a la Ley de Compañías. Rev. No. 16 pág. 11.

- 13.- Breves Comentarios a la Ley de Modernización a la Ley de Compañías con referencia a las Compañías de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 16 pág. 57.
- 14.- Algunas reflexiones sobre las Reformas a las Sociedades Anónimas introducidas por la Ley de Modernización a la Ley de Compañías. Rev. No. 16 pág. 87.
- 15.- Los Deberes Fiduciarios de los Administradores en la Nueva Ley de Compañías. Rev. No. 16 pág. 103.
- 16.- Transformación, Fusión y Escisión de Compañías en la Ley de Modernización. Rev. No. 16 pág. 139
- 17.- Reformas Legales a la Disolución, Liquidación y Cancelación de las Sociedades Mercantiles. Rev. No. 16 pág. 167.

LIQUIDACIÓN

- 1.- Breves comentarios sobre algunas funciones del liquidador de acuerdo con la Ley 31 del 29 de junio de 1989. Rev. No. 2 pág.18.
- 2.- Comentarios a la resolución del Superintendente de Compañías No. 07SC.Q.IJ-004 del 19 de julio de 2007 con relación a las propiedades que no fueron consideradas en las liquidaciones de las compañías cuya cancelación en el Registro Mercantil fue ordenada de oficio por la Superintendencia de Compañías, de conformidad con al art. 495 de la Ley de Compañías. Rev. No. 9 pág. 83.
- 3.- El procedimiento abreviado en la liquidación de las compañías. Rev. No. 11 pág. 191.
- 4.- El derecho de cuota del socio y del accionista en la liquidación de compañías mercantiles. Rev. No. 12 pág. 39.

MERCADO DE VALORES

- 1.- Las Bolsas de Comercio. Rev. No. 2 pág. 36.
- 2.- La Titularización de Activos en la Ley de Mercados de Valores. Rev. No. 5 pág.17.
- 3.- La nueva Estructura jurídica de las compañías anónimas de Economía mixta y de responsabilidad limitada después de las reformas introducidas por la Ley de mercados de Valores. Rev. No. 2 pág. 82.
- 4.- Comentario a la Ley de Mercado de Valores. Rev. No. 2 pág.137.
- 5.- La Titularización de Activos a la luz de la legislación ecuatoriana. Rev. No. 4 pág. 11.
- 6.- Autorregulación regulada y subordinada de las Bolsas de Valores en la Legislación Bursátil Ecuatoriana. Rev. No. 16 pág. 207.

OBJETO SOCIAL

- 1.- Requisitos particulares para la constitución y funcionamiento de ciertas compañías según su objeto y para determinados tipos de aportaciones al capital social. Rev. No.1 pág. 81.
- 2.- Las “Entidades de Certificación de Información” en la normativa ecuatoriana sobre comercio electrónico. Desempeño de esta actividad por sociedades mercantiles. Rev. No. 7 pág. 73.

OBLIGACIONES

- 1.- Generalidades sobre las garantías de las obligaciones. Rev. No. 2 pág. 73.

- 2.- Pactos de Socios, su validez y Enforcement en el Derecho Ecuatoriano. Rev. No. 11 pág. 129.
- 3.- El derecho de negociar libremente las acciones y los Pactos de Accionistas. Rev. No. 1 pág. 129.

PERSONALIDAD JURÍDICA

- 1.- La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Una evolución necesaria para el derecho punitivo. Rev. No. 7 pág. 51.
- 2.- Desestimación de la Personalidad jurídica por Abuso. Rev. No. 4 pág. 107.
- 3.- El Levantamiento del Velo Societario en la Doctrina y la Jurisprudencia Ecuatoriana. Rev. No. 10 pág. 167.
- 4.- El Develamiento de la Personalidad Jurídica de las Sociedades. Rev. No. 11 pág. 201.
- 5.- Inconstitucionalidad del Art. 1º de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales y subsecuentes arbitrariedades en la aplicación del mismo. Rev. No. 15 pág. 175.

PROCESAL SOCIETARIO

- 1.- Requisitos para la Transformación de una compañía según el Art. 376 de la Ley de Compañías. Rev. No. 5 pág. 203.
- 2.- Comentario sobre la propuesta de sustituir la inscripción de los actos societarios que según la Ley se hacen actualmente en el Registro Mercantil por su inscripción en un Registro de Sociedades a cargo de la Superintendencia de Compañías. Rev. No. 8 pág. 65.
- 3.- Del Mandato de las Compañías. Rev. No. 2 pág. 55.
- 4.- Derecho de separación del accionista en los casos de fusión por absorción. Rev. No. 5 pág. 139.

- 5.- Intervención judicial dativa de una compañía extranjera e intervención de pretensos procuradores judiciales. Rev. No. 3 pág. 27.
- 6.- Lo Reglado y lo Discrecional. Rev. No. 4 pág. 61.
- 7.- Fallos contradictorios del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Rev. No. 2 pág. 194.
- 8.- ¿Puede la Superintendencia de Compañías ordenar la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento del representante legal de la compañía. Rev. No. 11 pág. 145.

PROPIEDAD INTELECTUAL

- 1.- El aporte de marcas al capital de las sociedades mercantiles y su avalúo. Rev. 6 pág. 77.

REACTIVACIÓN

- 1.- Algunos aspectos relacionados con la Reactivación de compañías de responsabilidad limitada. Rev. No. 1 pág. 60.

REGISTRO SOCIETARIO

- 1.- Comentario sobre la propuesta de sustituir la inscripción de los actos societarios que según la Ley se hacen actualmente en el Registro Mercantil por su inscripción en un Registro de Sociedades a cargo de la Superintendencia de Compañías. Rev. No. 8 pág. 65.
- 2.- La aplicación de los Principios Registrales al Libro de Acciones y Accionistas. Rev. 9 pág. 91.

SOCIEDADES

- 1.- Sociedades de Garantías Recíprocas. Rev. 14 pág. 121.

- 2.- Sociedades de Hecho. Rev. 15 pág. 1.
- 3.- Sociedades de Interés Público. Rev. No. 15 pág. 45.

SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS

- 1.- La Implementación de las Sociedades por Acciones Simplificadas en el Ecuador. Rev. 13 pág. 1.
- 2.- Inconveniente Inclusión de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) como una nueva especie de compañía. Rev. No. 13 pág. 29
- 3.- Análisis sobre las Sociedades por Acciones Simplificadas en el Ecuador (SAS). Rev. No. 14 pág. 1
- 4.- Sociedades por Acciones Simplificadas en el Ecuador. Rev. No. 14 pág. 121

SOCIOS

- 1.- Grave Supresión de la Responsabilidad Limitada de los Socios en Compañías. Rev. 13 pág. 77.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS

- 1.- Resolución de la Superintendencia de Compañías que declaró insubsistentes dos aumentos de capital de la Compañía El Telégrafo C.A., publicada en el Registro Oficial No. 84 del 15 de mayo de 2007. Rev. 9 pág. 44.
- 2.- Resolución de la Superintendencia de Compañías relacionadas con las propiedades que no fueron consideradas en las liquidaciones de compañías, cuya cancelación en el Registro Mercantil fue ordenada de oficio por dicha institución. Rev. 9 pág. 77.
- 3.- ¿Puede la Superintendencia de Compañías ordenar la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil del

nombramiento del representante legal de la compañía. Rev. No. 11 pág. 145.

TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN

- 1.- Derecho de Separación del Accionista en los casos de fusión por Absorción, Rev. No. 5 pág. 139.
- 2.- Requisitos para la Transformación de una compañía según el Art. 376 de la Ley de Compañías. Rev. No. 5 pág. 203.
- 3.- El balance final, para los casos de Transformación de sociedades, no debería ser siempre requerido. Rev. No 6 pág. 37.
- 4.- ¿Un nuevo modo de adquirir dominio en las cosas? Rev. No.7 pág. 209.
- 5.- La Transformación. Rev. 9 pág.145.
- 6.- La Escisión de las Compañías. Rev. No. 12 pág. 73.
- 7.- La Fusión. Revistas No. 13 y No. 14, págs. 91 y 159 respectivamente.
- 8.- Transformación, Fusión y Escisión de Compañías en la Ley de Modernización. Rev. No. 16 pág. 139

UTILIDADES-SOCIEDADES ANÓNIMAS

- 1.- Los destinos de las utilidades anuales de una compañía anónima y las posibles intervenciones de las minorías antes, en y después de la correspondiente junta General ordinaria de accionistas. Rev. No. 2 pág. 200.

Actualizado a Noviembre de 2021.