

Jorge Egas Peña
Director

Derecho Societario

Revista n.º 18

¿A dónde va la Superintendencia de Compañías?

Comentarios al Nuevo Proyecto de Reformas a la Ley de Compañías

Comunicación de la Federación Ecuatoriana de Notarios al Presidente de la República

Comunicación de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario al Presidente de la Asamblea Nacional

Comentarios al Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas

De los "Derechos Fundamentales" y de los "Derechos Generales" del Accionista de una compañía anónima

Convenio de Confidencialidad como requisito para el acceso a la información por parte de socios o accionistas

El Derecho de Suscripción Preferente no puede sujetarse a condición ni modalidad alguna

Actuaciones de una Administradora Fiduciaria en un Fideicomiso de Administración de Acciones

**La Compraventa para la toma del Control de una Sociedad
Misceláneas**

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



Derecho Societario

Revista No. 18

Dr. Emilio Romero Parducci
Fundador

Derecho Societario

Revista No. 18

Jorge Egas Peña
Director

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





- © REVISTA DE DERECHO SOCIETARIO #18
© DR. JORGE EGAS PEÑA
DIRECTOR

ISBN 978-9978-21-114-4

Primera Edición: ENERO 2023

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	DR. 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:	
¿A dónde va la Superintendencia de Compañías?	
<i>Dr. Jorge Egas Peña</i>	1
Comentarios al Nuevo Proyecto de Reformas a la Ley de Compañías	
<i>Dr. Roberto Salgado Valdez</i>	9
Comunicación de la Federación Ecuatoriana de Notarios al Presidente de la República	
<i>Dr. Homero López Obando</i>	23
Comunicación de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario al Presidente de la Asamblea Nacional	
<i>Dr. Ricardo Noboa Bejarano</i>	37
Comentarios al Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas	
<i>Dr. César Coronel Jones</i>	
<i>Dr. Roberto González Torré</i>	65
De los "Derechos Fundamentales" y de los "Derechos Generales" del Accionista de una compañía anónima	
<i>Dr. Emilio Romero Parducci</i>	79
Convenio de Confidencialidad como requisito para el acceso a la información por parte de socios o accionistas	
<i>Dr. Rafael Brigante Guerra</i>	89
El Derecho de Suscripción Preferente no puede sujetarse a condición ni modalidad alguna	
<i>Dr. Roberto Salgado Valdez</i>	115

Actuaciones de una Administradora Fiduciaria en un Fideicomiso de Administración de Acciones <i>Dra. Elvira Malo Cordero</i>	145
Presentación del Libro "La Compraventa para la toma del Control de una Sociedad." <i>Dr. Carlos Pareja Cordero</i>	209
Misceláneas:	
<i>Abg. Eduardo Carmigniani Valencia</i>	215
<i>Dr. Óscar del Brutto A.</i>	223
Índice de la Revista de la AEDS (1 a la 17) Actualizado por la Abg. Susana Ortega Delgado Estudio Jurídico Egas Peña.....	225

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

PRESENTACIÓN

A DÓNDE VA LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS

Dr. Jorge Egas Peña

La Superintendencia de Compañías, creada hace seis décadas aproximadamente, llenó una sentida necesidad en el sector societario ecuatoriano, no sólo por el moderado control que ejerció de sus actividades a fin de que se encuadre el mismo en un marco legal mínimo que garantizara los intereses de sus accionistas, del público que con ellas negociaba y de la sociedad en general, especialmente del Estado cuya presencia había estado virtualmente ausente en la marcha de sus actividades, pues los jueces civiles que entonces las controlaban, poco o nada hicieron al respecto.

Con el transcurso del tiempo se fue perfeccionando y actualizando el marco jurídico de las sociedades, a través de múltiples reformas legales; así como también, incrementando los mecanismos de control de los entes sujetos a su vigilancia.

Sin embargo, en los últimos tiempos se nota un desaforado afán de modificación del marco legal que rige a las sociedades comerciales del Ecuador, manifestado a través de la expedición

de precipitadas reformas que ponen de manifiesto el desmedido propósito de incrementar los controles sin aparente beneficio para los usuarios; en que no ocultando la intención de copiar las regulaciones de países con realidades económicas sociales más desarrolladas y en vana afirmación de aparentar que con las mismas colocan al Ecuador a la vanguardia de los países más modernos del continente.

Entre tales reformas podemos mencionar:

- a) La tendencia de absorber el control de otras sociedades además de las inicialmente sometidas a la Superintendencia de Compañías;
- b) La expansión de las facultades del Registro de Sociedades, con la intención de sustituir al Registro Mercantil;
- c) La pretensión de crear regulaciones compulsivas con la institucionalización del Gobierno Corporativo;
- d) La creación de Tribunales de Arbitraje dentro de la Superintendencia de Compañías; y,
- e) La sustitución de la naturaleza jurídica contractual de las sociedades anónimas.

Analicemos lo dicho:

- a) Mediante el simple enunciado anterior podemos observar la constante institucional de crecer absorbiendo competencias y control, no siempre desempeñados con efectividad.

Así, la razón de ser inicial de la Superintendencia de Compañías fue el control de las sociedades anónimas, sinónimo de la gran empresa, dejando liberada del mismo a la mediana y pequeña empresas, para la que se destinó, además, las compañías limitadas, cuyo control terminó, también, en ser absorbido por la Superintendencia de Compañías; a la misma que, posteriormente le fueron sometidas las compañías de seguros, tradicionalmente sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Bancos, por considerarlas asimiladas a los negocios financieros y actualmente las Sociedades Anónimas Simplificadas, supuestamente creadas para los pequeños emprendimientos; y, anteriormente, las Bolsas de Valores, esas sí vinculadas con la función principal de las sociedades anónimas cual siempre ha sido el alcanzar su apertura al público mediante la colocación de acciones entre el mayor número de titulares a fin de lograr la democratización de capitales y la atomización del riesgo, logros que, sin embargo, poco le ha interesado desarrollar a la Superintendencia de Compañías.

- b) De la misma manera, se creó dentro de la Superintendencia de Compañías el Registro de Sociedades, al principio con fines simplemente estadísticos y hoy con la pretensión de sustituir las funciones del Registro Mercantil, que posee competencias tradicionalmente fijadas por la Ley de Registro y que se ha desenvuelto con la eficacia y rapidez que normalmente no posee la Superintendencia de Compañías.
- c) Otro tanto podemos sostener con respecto a la regulación propuesta sobre el llamado Gobierno Corporativo,

volviéndolo obligatorio para todas las sociedades anónimas, cuando en la regulación existente se aplica solamente a las sociedades financieras sujetas al control de la Superintendencia de Bancos; y, en cuanto al resto de sociedades susceptible de su adopción cuando lo decidieren sus socios, pues en su gran mayoría las sociedades anónimas ecuatorianas poseen muy pocos accionistas, que no justifican la existencia del gobierno corporativo.

En otras palabras, las propuestas referidas tienen un manifiesto sometimiento a la legislación societaria colombiana, cuya realidad económica es distinta a la nuestra por ser más desarrollada poseyendo sociedades anónimas abiertas con muchos accionistas; cuando en el Ecuador el mayor número de compañías anónimas no pasan del número mínimo de accionistas previsto en la ley; y, lo que es peor, las existentes se están convirtiendo en S.A.S. para eludir los controles legales vigentes.

- d) Igual cosa podemos sostener contra la actual intención de crear Tribunales de Arbitraje dentro de la Superintendencia de Compañías, a cuyo efecto se ha presentado en la Asamblea Nacional un Proyecto de Ley sobre Reglas de Procedimiento para la Resolución de Controversias Societarias, desatendiendo las existentes sobre Arbitraje y Mediación establecidas en la ley con que funcionan los Tribunales en las Cámaras de la Producción y que poseen un reconocido prestigio por la solvencia de sus integrantes, la imparcialidad de sus actuaciones y la calidad de sus dictámenes.

En el fondo genera inquietud la creación de Tribunales de Arbitraje Especiales constituidos por árbitros designados por el Órgano de Control, que a todas luces carecerían de la imparcialidad necesaria para resolver conflictos por el origen de sus nombramientos, que en no pocas ocasiones tendrán que resolver asuntos generados en el propio órgano de control, en cuya etapa administrativa deben agotar su conocimiento y resolución.

- e) En cuanto a la intención de sustituir la concepción tradicional de contrato de las sociedades anónimas, por la de un acto unilateral o bilateral, en lo posible carente de las solemnidades actualmente existentes, nos parece otra novelería recurrente de otros proyectos que ya fueron rechazados por la Asamblea Nacional; y, que con el ánimo de facilitar la creación de empresas y eliminar las llamadas formalidades intrascendentes, que sin embargo proporcionan seguridad y credulidad a quienes se relacionan con las referidas sociedades.

Creemos que es necesario abandonar el prurito de copiar legislaciones extranjeras con el propósito de mantenernos a la vanguardia de la regulación societaria iberoamericana, como se enfatiza en el referido proyecto de ley; y, limitarnos a adoptar reformas aptas para el actual estado de nuestra realidad económica y social, asumiendo modificaciones capaces de desarrollar adecuadamente el mercado de valores, que permitan la real apertura de las sociedades anónimas, con los beneficios económicos que ello conlleva.

Albergamos la confianza de que durante la gestión que al respecto pueda desarrollar el actual titular de la Superintendencia

de Compañías, amplio conocedor del mercado de valores y sus beneficios, se pueda orientar positivamente la consecución de tales propósitos, sin dejarse sorprender por la oferta inalcanzable de que con las reformas copiadas de la legislación colombiana nos vamos a colocar a la vanguardia del Derecho Societario o como también se sostiene en la Exposición de Motivos del Proyecto Inicial de reformas a la Ley de Compañías para el Fomento del Comercio Corporativo en las Sociedades, en que se ofrece que a través de las mismas *“La Ley de Compañías se situaría a la vanguardia en la región en materia de responsabilidad de los administradores”* y posteriormente *“el proyecto de Ley de Gobierno Corporativo busca continuar modernizando el régimen societario ecuatoriano, estableciendo a través de varias reformas planteadas un moderno marco de control y dirección de las sociedades mercantiles ecuatorianas, en beneficio de la dinamización del sector empresarial en su conjunto”*.

Por tal vía difícilmente se puede repensar la función del Derecho Societario y promover las inversiones y la prometida innovación del marco empresarial ecuatoriano.

El proyecto anterior presentado por la Asambleísta Wilma Andrade Muñoz (ID) ha sido modificado ante la reacción que generó su posible aprobación con el de Creación de Tribunales de Arbitraje Societarios, por cuya razón se decidió incorporarlo con otras pretensiones de reformas contenidas actualmente en el llamado “Proyecto de Ley reformativa a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo” enviado a la Presidencia de la Asamblea Nacional para Segundo Debate, el 02 de septiembre de 2022, por el Presidente de la Comisión

Especializada Permanente de Desarrollo Económico, Productivo y Microempresa, señor Daniel Noboa Azin.

En este Proyecto se incluye una gran variedad de temas societarios; y, entre ellos, el denominado Proyecto de Ley sobre Reglas de Procedimiento para la Resolución de Controversias Societarias, en el que eliminando la pretensión de crear los Tribunales (Delegaturas) de Arbitraje Societario, se incluye una farragosa regulación de los Procedimientos que debe observar el arbitraje societario, sometido ahora, a los Tribunales de Conciliación y Arbitraje que funcionan en las Cámaras de la Producción.

Consecuente con todo lo dicho, ahora nos vemos abocados a receptar una nueva reforma casi integral de la Ley de Compañías (aproximadamente la tercera parte de su actual articulado), supuestamente emanada de la fusión de distintas iniciativas, pero en el fondo de una sola matriz, que para sorpresa nuestra persigue los mismos propósitos y fundamentos, como idénticos objetivos a los que sirvieron a la expedición de la Ley de Modernización de la Ley de Compañías (2020) y que se nos presenta ahora una Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo, en que para nada aparece la participación de la Superintendencia de Compañías; y, que sin embargo, ya se encuentra aprobada por la Asamblea Nacional y sometida a la aprobación del Ejecutivo, que esperamos, antes de ponerle el ejecútase, asuma la responsabilidad de efectuar un mesurado análisis de sus lineamientos y consecuencias.

COMENTARIOS AL NUEVO PROYECTO DE REFORMAS A LA LEY DE COMPAÑÍAS

Dr. Roberto Salgado Valdez

1.- El nuevo Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el fomento del Gobierno Corporativo

En términos generales encuentro que las disposiciones reformatorias son sumamente amplias y excesivas y que corresponden, en gran medida, a normas que bien pueden constar en Reglamentos y no necesariamente en la Ley que más bien debe ser declarativa de lo fundamental y de lo esencial.

2.- Incorporación innecesaria de Buen Gobierno Corporativo

En gran parte se incorporan normas relativas al Buen gobierno corporativo que si bien es cierto pueden ser interesantes, complican excesivamente la buena administración de las compañías imponiendo sanciones y establecimientos de responsabilidad solidaria a socios, accionistas y administradores, de modo que resultará difícil que con esos elementos quienes pretendan ser socios constituyan compañías y harán que pensar a muchos el aceptar ser administradores.

Hay que tomar en consideración que las normas de Buen gobierno corporativo, a nivel mundial, se fundamentan en la existencia de una auténtica compañía anónima, esto es con muchos accionistas, con grandes capitales, con relaciones bursátiles, con aspectos de relación internacional, etc., de modo que amerita ese Buen gobierno corporativo pero no es lo mismo con respecto a la inmensa mayoría de compañías anónimas que existen en el Ecuador, que prácticamente son empresas familiares, las cuales se verán inmersas en esta nueva normativa que, debiendo ser facultativa, es elevada a la categoría de Ley, lo que complicará su manejo interno, su desarrollo y hasta el fomento de graves consecuencias y desavenencias en aspectos familiares (Art. 69 del Proyecto).

3.- Incorporación de normas confusas sobre Grupos Empresariales y Holdings

Es importante relieves que en el Ecuador en realidad no existe, salvo poquísimos casos, una auténtica compañía anónima y, aún así, con un capital absolutamente concentrado, en muchos casos a nivel familiar, de modo que suponer que se crearán grupos empresariales —sobre todo por la serie de requisitos, circunstancias, casos y ejercicio de acciones judiciales y nulidades, sumamente confusas, en las actuaciones de los administradores que se incluyen en el Proyecto— significará simplemente que se tratará de letra muerta porque nadie va a pretender introducirse en un sistema que le va a causar problemas y dificultades, obteniendo un resultado contrario al que se pretende.

En el tema de compañías holding o tenedora de acciones y los grupos empresariales la normativa y terminología utilizadas son

de muy difícil comprensión, por no decir inentendibles y causará, sin duda, evidentes problemas (Art. 133 del Proyecto).

4.- El Levantamiento del velo societario

Con respecto a este tema cabe señalar que más allá de lo que dice la reforma resulta incomprensible e ilegal que en el artículo 10 del Proyecto se establezca que tal levantamiento del velo societario pueda realizarse cuando una compañía se encuentre cancelada por la obvia razón de que si lo está ya no tiene personalidad jurídica y no hay nada que levantar.

5.- Inconvenientes reformas a las S.A.S.

Es importante también relieves que desde hace dos años se introdujo en la legislación ecuatoriana a las Sociedades por Acciones Simplificadas que, por pequeñas que sean, en su mayoría son sociedades de capital con libre negociabilidad de acciones, salvo pactos estatutarios o parasociales que los condicionen. El destacar por ley que estas compañías han constituido un verdadero éxito en el Ecuador, como se dice en los considerandos del Proyecto, no me parece acertado ya que pienso que el éxito no está en el número de ellas que se constituya sino en su permanencia en el mercado y su injerencia positiva en el mismo, de modo que habrá que pasar algunos años para poder medir la realidad de su presencia.

La verdad es que, en mi criterio, esas compañías se constituyen simplemente porque no tienen ningún costo y los fundadores, en el peor de los casos, como nada les ha costado simplemente las abandonan y la Superintendencia tendrá que disolverlas de oficio,

como normalmente ha sucedido con las otras compañías a través de los años, como tú bien conoces. De modo que autorizarles que participen en el mercado de valores me parece sumamente arriesgado para la garantía de los inversionistas y no se observa un motivo trascendente como para que no tengan la obligación de formar un fondo de reserva legal (Art. 99 del Proyecto) (Tan necesario para los contingentes) o que se puedan adelantar utilidades (Art. 99 de Proyecto), lo que constituyen posiciones peligrosas para la estabilidad de estas compañías y, sobre todo, estableciéndose la posibilidad de que las otras especies de compañías se transformen en S.A.S., a fin de repartirse los fondos de reserva legales y poder adoptar el sistema de adelanto de utilidades; es decir, estos supuestos beneficios ya no serán aplicables solo a las S.A.S. sino a todas aquellas otras especies de compañías que se transformen en S.A.S., debilitando los patrimonios y estabilidad de las compañías que es justamente lo que siempre se ha tratado de precautelar en beneficio de terceros y de los propios socios o accionistas. No parece admisible tampoco que estas sociedades puedan otorgar préstamos ni ayudas financieras para adquisición de sus propias acciones (Art. 99 del Proyecto).

Adicionalmente no es procedente lo que señala el artículo 102 del Proyecto en el sentido de que las S.A.S. se regirán jerárquicamente, en primer lugar, por las disposiciones contenidas en su estatuto social y únicamente cuando no resulten contradictorias con esos estatutos, por las normas legales que rigen a la Sociedad Anónima y luego por las disposiciones generales que rigen a las sociedades mercantiles previstas en la Ley. No es procedente por cuanto, entonces, en los estatutos puede establecerse cualquier cosa, aún cuando esté en contra de las normas de orden público establecidas en la Ley de Compañías

y en otras leyes, rompiendo el ordenamiento jurídico previsto para las sociedades. ¿Quién establece cuándo resulten contradictorias con las cláusulas estatutarias?. Esta reforma, que es de fondo, no debe admitirse porque va a traer verdaderos problemas de interpretación tanto en el propio órgano de control como ante los Jueces y Árbitros. En consecuencia, debe objetarse esta reforma.

6.- Compañías con un solo socio o accionista

Con respecto a las compañías de un solo socio es un tema que creo que ya no debe discutirse desde el momento en que ya la propia Ley permitió tal constitución y subsistencia tratándose de las S.A.S., de modo que si tal posibilidad se quiere extender a las otras especies de compañías, aunque sea rompiendo los principios de la lógica y del Derecho Civil, no creo que sea un tema que deba seguir discutiéndose.

7.- Inconvenientes constituciones y actos posteriores por documento privado

En cuanto a que todas las compañías puedan establecerse y realizar posteriores reformas de estatutos, alternativamente, por escritura pública o por documento privado, creo que tal alternabilidad en la práctica no existe ya que resulta más que obvio que se lo hará por instrumento privado, lo cual dada la naturaleza de las S.A.S., excepcionalmente podía admitirse (Disposición General Tercera). No me parece acertado tal permisión con respecto a las otras especies de compañías que requieren de mayor seguridad jurídica. Cabe recordar que Ecuador no es Suiza ni Estados Unidos sino que es un país extremadamente complicado en los momentos actuales en los que se lava el dinero

y se realizan operaciones de narcotráfico, de manera que facilitar la constitución y actos posteriores de todas las compañías por instrumento privado, no parece acertado. Si se revisan últimos comentarios que se están realizando en nuestra vecina Colombia se observará que ya existe gran preocupación con respecto a la constitución de las S.A.S., aún cuando en ese país si bien su constitución se realiza por instrumento privado, requiere, al menos, de un reconocimiento notarial de firmas, particular que no existe en nuestra legislación.

Si bien con las S.A.S. ya se ha creado una verdadera incertidumbre jurídica, se ha plasmado una inseguridad jurídica que no solo tiene que ser analizada desde este punto de vista, que es importante, sino desde el punto de vista económico ya que los emolumentos que se pagan a los Notarios y Registradores por la constitución de compañías en cierta proporción importante deben ser enviados al Consejo de la Judicatura, el mismo que, a su vez, los entrega a la Cuenta Única del Tesoro Nacional. Como todos estos actos societarios en la práctica se realizarán por instrumento privado pues los actuales recursos que recibe esa Cuenta Única se verán disminuidos, en momentos en los cuales, el Presupuesto General del Estado requiere, al contrario, nuevas fuentes de financiamiento y no que se disminuyan sus ingresos.

Lo mismo cabe decir con respecto a las cesiones de participaciones sociales cuando en la reforma de 1971 justamente se modificó la posibilidad de que se lo haga por instrumento privado exigiéndose que se lo haga por escritura pública para evitar la serie de fraudes e inconvenientes que se presentaron en ese entonces a más de que jurídicamente por encontrarse los derechos de socios incorporados en el contrato constitutivo, la cesión de

esos derechos debe hacerse de acuerdo a la solemnidad de ese contrato constitutivo, lo que no ocurre tratándose de las acciones de las compañías anónimas ya que éstas se emiten y constituyen títulos independientes en los que se incorporan los derechos y la calidad de socios (Art. 21 del Proyecto).

8.- Incorporación inconstitucional de reformas a Leyes Orgánicas

Otro punto que me parece importante desde el punto de vista de trascendencia constitucional es que, al menos yo, considero que el Proyecto de Ley, en algunos aspectos, adolece gravemente de inconstitucionalidad, sin cumplir con el respeto a la jerarquía de normas establecida en el artículo 425 de la Constitución, a través de estas reformas a la Ley de Compañías, que es una Ley con categoría de ordinaria, cuando tácitamente se realizan reformas al Código Orgánico General de Procesos, a la Ley Notarial, a la Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos, a la Ley de Registro, al Código de Comercio, a la Ley de Arbitraje y Mediación, al Código Civil, a la Ley Orgánica de Contratación Pública, a la Ley de Seguridad Social. En este sentido cabe señalar que el referido artículo constitucional establece que los Jueces y autoridades administrativas y servidores públicos, en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, lo deben resolver mediante la aplicación de la norma jerárquica superior, de modo que, en mi modesto criterio, deberían aplicar las normas que consten en los referidos Códigos y Leyes y no las reformas que constan en el Proyecto y, en el mejor de los casos, no cabe duda que en los procesos judiciales que se instauren se establezcan las correspondientes nulidades al respecto, lo que creará un verdadero caos judicial con respecto a la aplicación de las normas constantes

en las reformas. Si yo fuera Juez o autoridad administrativa aplicaría, sin duda, las normas constantes en los Códigos y Leyes Orgánicas especiales por sobre las establecidas en estas reformas, porque así lo establece con toda claridad el artículo 425 de la Constitución.

En base a lo señalado anteriormente todas las normas de carácter procesal, adjetivo y aquellas referidas a reglas de procedimiento para resolución de controversias societarias (Arts. 61, 62) resultan jerárquicamente improcedentes y, lo que es más, desde el punto de vista práctico, constituyen un despropósito incluirlas en una Ley sustantiva y no en las adjetivas que corresponderían, sin perjuicio de que, como todos sabemos, si los actuales Jueces de lo Civil tienen un excesivo número de causas de tramitación, sin contar con el conocimiento suficiente, incrementar tal cantidad de trabajo, como se desprende las reformas, no resulta oportuno y, sobre todo, porque no habrá eficacia jurídica en sus decisiones, si se toma en consideración que la materia mercantil y societaria, que son muy especiales y técnicas, no son de su conocimiento, aparte de que ni siquiera son Jueces Mercantiles que, de haberlos como Jueces independientes, entonces podría caber que estos procedimientos sean de su conocimiento tanto por la cantidad de trabajo cuanto por la materia. Esto es muy importante tomar en consideración porque en el Proyecto de Reformas inclusive se está legitimando, casi en todos los casos, que basta ostentar la calidad de socio o accionista, por más mínimo que sea su proporcionalidad en el capital social, para efectos de la iniciación de juicios de responsabilidad en contra de los administradores. Con seguridad proliferarán estos juicios, hasta con afanes de pura molestia, y realmente no sé si los administradores estén conscientes de aceptar o no funciones

administrativas si se encuentran sujetos a estos procedimientos que afectan su propio patrimonio personal (Arts. 67, 68, 69, 76 del Proyecto).

9.- Supresión de responsabilidad solidaria de administradores en temas tributarios, laborales y de seguridad social

Otro punto esencial es que tanto el Código del Trabajo como el Código Tributario y la Ley de Régimen Tributario Interno y la Ley General del IESS establecen solidaridad ilimitada de los administradores con respecto a los derechos de los sujetos activos, lo cual si bien es cierto merece una discusión más profunda, al menos ha servido para que los administradores procuren cumplir con todos estos aspectos ante los sujetos activos. Al suprimirse esta obligación (Art. 65 del Proyecto), los administradores ya no se preocuparán de cumplir con estas obligaciones, lo cual considero puede ser muy perjudicial para los intereses del Estado y de los trabajadores. Dudo de que este tema les haya sido consultado pero, si se aprueba esta reforma, con seguridad vendrán los correspondientes reclamos que, al menos yo, los consideraría fundamentados.

10.- Inconveniente Mediación y Arbitraje especiales con normas excepcionales

En cuanto al tema del arbitraje y la mediación, siempre fui de la idea de que bajo esos procedimientos alternativos podrían solucionarse los conflictos societarios en general, aspecto que siempre existió en nuestra legislación pero siempre que se lo haga voluntariamente, mediante cláusulas compromisorias, y siempre y cuando la materia a tratarse fuere transigible. Para eso está

justamente la Ley de Arbitraje y Mediación que contiene las normas de procedimiento. En consecuencia, no tiene ningún sentido, pero ninguno, que exclusivamente para aspectos societarios se incorporen normas especiales porque no son necesarias y más bien confunden la aplicación de la Ley. Se está rompiendo, de esta manera, el sistema jurisdiccional, ya que, entonces, también deberían incluirse normas especiales para casos tributarios, laborales, etc. Nuestro sistema y nuestra Constitución no permiten esta desintegración orgánica de los sistemas de administración de justicia, ni en lo judicial, ni en lo arbitral.

Cabe aclarar que no es acertado que asuntos de responsabilidad de administradores puedan ir a arbitraje o mediación, ya que se trata de asuntos no transigibles; sin embargo, así se lo hace constar en las reformas (Arts. 462 al 514 del Proyecto).

Adicionalmente cabe señalar que no parece acertado que por vía de mediación puedan solucionarse las controversias que se susciten con respecto a responsabilidades de administradores, a exclusión de socios y a develamiento de la personalidad jurídica de la compañía en conflictos entre socios, porque se trata de temas no transigibles, al menos los dos últimos.

Así mismo, no resulta procedente que en el artículo 134 del Proyecto se establezcan reglas de procedimiento para la resolución de controversias societarias, que no solo distorsionan las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos y la Ley de Arbitraje y Mediación constituyendo reglas de excepción y que nada tienen que hacer en una ley ordinaria y sustantiva como es la Ley de Compañías.

11.- Inconveniente control ex-post en actos societarios que requieren Resolución aprobatoria previa

No parece nada prudente que se establezca que el control de la Superintendencia de Compañías, con respecto a los actos que requieren resolución aprobatoria previa, como lo son los de las compañías de mercado de valores, transformación, fusión, escisión, etc. se realicen con posterioridad (ex-post) a la inscripción del acto en el Registro Mercantil o de Sociedades, según el caso, más aún si se toma en consideración que si por cualquier motivo, esos actos no se hubieren realizado de conformidad con la Ley, el Superintendente tiene la obligación de dejarlos sin efecto, retrotrayendo las cosas al estado anterior, lo que causará, sin duda, ingentes perjuicios, no solo a la compañía, a sus accionistas o socios, sino a sus acreedores y terceros en general. Me parece una decisión absolutamente peligrosa y desacertada que afecta la seguridad jurídica de los actos con graves consecuencias.

12.- Inconveniente exención de responsabilidad de administradores

No resulta aceptable, bajo ningún punto de vista, que en el estatuto de la compañía se establezca que los administradores no tendrán responsabilidad por su gestión, porque resultará obvio que los accionistas mayoritarios adoptarán una decisión en ese sentido, más aún si son ellos quienes designarán a los administradores. Los administradores deben responder por todos sus actos sin que se les pueda exonerar previamente de sus responsabilidades.

13.- Confusión en acciones judiciales de impugnación y apelación

En la reforma se hace mención a las acciones de impugnación, apelación y nulidad. Con respecto a la acción de nulidad la misma se encuentra claramente señalada en el Código Civil, pero, al parecer, y sin definirlas, en las reformas se indica que las de impugnación y apelación son distintas cuando, en la realidad, siempre fue el mismo caso. Lo que debió es, al menos, unificarse esta acción en una sola, es decir, en acción de impugnación y, si de apelación se trata, crearse como nueva acción independiente, como por ejemplo se lo hace con respecto a la resolución de exclusión de un socio.

No parece acertado que cualquier accionista por el hecho de serlo pueda impugnar los acuerdos sociales por la serie de inconvenientes que puede causar al libre desarrollo y operatividad de las compañías que puedan estar sujetas hasta a un chantaje y a molestias permanentes por parte de cualquier socio.

14.- Inconveniente permisión para transformación de personas jurídicas en compañías mercantiles

No parece lógica ni conveniente la posibilidad establecida en el proyecto en el sentido de que cualquier persona jurídica de cualquier naturaleza, pueda transformarse en una Sociedad por Acciones Simplificadas, desnaturalizando las actividades civiles para convertirlas en mercantiles y rompiendo totalmente el esquema jurídico ecuatoriano con respecto a las personas jurídicas. Esta situación va a traer, sin duda, verdaderos problemas en la práctica que este momento no se vislumbran (Arts. 96 y 109 de Proyecto).

En fin, estas observaciones son las que surgen muy brevemente de una lectura mu rápida del amplísimo proyecto y como se observa, los resultados son preocupantes. Si es que se realiza un estudio pormenorizado, profundo, con un tiempo suficiente para entender las innovaciones, con seguridad se encontrarán otros inconvenientes adicionales, quien sabe de mayor proporción, que encierren verdaderas dificultades para el ejercicio del derecho societario.

Por lo expuesto, por responsabilidad con el país y con el sector societario, este proyecto debería ser vetado, aunque sea parcialmente, por el Presidente de la República. No hacerlo sería afectar la tranquilidad con la que actualmente operan las compañías y fomentar una serie de inconvenientes dentro de ellas.

Lo responsable y prudente es extraer del proyecto los aspectos positivos, que sí existen en él, y crear un nuevo proyecto en el que fundamentalmente debe intervenir la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros debiendo obtenerse criterios de los principales abogados y más técnicos del país con respecto a sus criterios, como ocurre, por ejemplo, con los miembros de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. Una vez que se cuente con todos estos elementos se podrá responsablemente contener un documento que contenga una propuesta apropiada y adecuada a los requerimientos actuales en beneficio del sector societario, tomando en consideración su situación actual dentro de la normativa legal vigente en el Ecuador y no introduciendo elementos ajenos a dicha normativa y a la realidad ecuatoriana.

COMUNICACIÓN DE LA FEDERACIÓN ECUATORIANA DE NOTARIOS AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Quito, 6 de enero de 2023
Oficio No. FEN-001-2023

Señor
Guillermo Lasso Mendoza
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR
En su despacho.-

**Asunto: Veto Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de
Compañías**

Dr. Homero López Obando en mi calidad de Presidente y, como tal, representante legal de la **Federación Ecuatoriana de Notarios**, ante usted respetuosamente me dirijo y expongo lo siguiente:

1. En primer lugar, señor Presidente, permitanos extenderle nuestro saludo afectuoso y fraterno a nombre y representación de la Federación Ecuatoriana de Notarios (FEN). Cuente con nosotros para encaminar cualquier proyecto en beneficio del país.
2. Al mismo tiempo, le deseamos éxito en el cumplimiento de sus delicadas funciones en la reconstrucción de un país que se ha visto afectado por varios inconvenientes en los últimos años, tanto de orden político como económico. Estamos seguros de que bajo su dirección el país irá por el rumbo correcto.
3. El motivo de esta misiva, señor Presidente, es exponerle a usted varias reflexiones jurídicas que creemos importantes en relación con la **Disposición General Tercera del Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo**, recientemente aprobado por la Asamblea Nacional, que prevé lo siguiente:

"DISPOSICIÓN GENERAL TERCERA. - A partir de la vigencia de esta Ley, las compañías de responsabilidad limitada, las sociedades anónimas y las compañías de economía mixta se podrán constituir, de manera alternativa, a través de

escritura pública o mediante documento privado que no se sujetará a ninguna diligencia notarial. Del mismo modo, todo acto societario posterior a la constitución de las mencionadas sociedades mercantiles podrá instrumentarse en documento privado, sin sujetarse a ninguna diligencia notarial. La escritura pública celebrada o el documento privado otorgado deberán ser inscritos en los registros correspondientes.

Cuando los activos aportados comprendan bienes cuya transferencia requiera de escritura pública, la constitución de las compañías señaladas en el inciso precedente o las reformas estatutarias posteriores, deberán observar dicha solemnidad.

Toda mención realizada en la Ley de Compañías y demás normativa aplicable a la solemnidad de escritura pública para la constitución o los actos societarios posteriores de las compañías de responsabilidad limitada, de las sociedades anónimas y de las compañías de economía mixta, también se entenderá referida a los documentos privados que dichas compañías otorgaren, con fundamento en esta Disposición General.

Este artículo no tendrá aplicación para las compañías que realicen actividades relacionadas con operaciones financieras, de mercado de valores o de seguros." (el énfasis me pertenece)

4. En nuestro criterio, esta disposición debería ser objeto del veto presidencial por las razones que se exponen a continuación.

5. Este Proyecto de Ley fue enviado por la Asamblea Nacional para el correspondiente veto presidencial mediante oficio No. PAN-SEJV-2023-001 de 3 de enero de 2023.

i. **La Disposición General Tercera en la forma en la que está redactada es ambigua y confunde la naturaleza de las distintas sociedades mercantiles**

6. Durante mucho tiempo, el legislador ha estimado necesario que los contratos observen determinadas formalidades para su

formación. Se trata generalmente de negocios a los que se atribuye especial importancia social o económica y que históricamente han sido ritualizados por el derecho para llamar la atención sobre su trascendencia o tutelar con más fuerza los intereses involucrados, como sucede con la constitución de las compañías tradicionales¹ y la celebración de ciertos actos societarios posteriores².

7. La Disposición General Tercera del Proyecto de Ley busca eliminar el requisito de que las compañías de responsabilidad limitada, las sociedades anónimas y las compañías de economía mixta sean constituidas a través de escritura pública.

8. Adicionalmente, se pretende eliminar que los actos posteriores a la constitución de dichas compañías (cesión de derechos, reforma de estatuto, entre otras) sean realizados por escritura pública, salvo ciertos casos puntuales.

9. Un primer error en el que se incurre en esta disposición es asimilar a las compañías de responsabilidad limitada³, las sociedades

¹ Se conoce como compañías tradicionales a los tipos societarios reconocidos por la Ley de Compañías antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, siendo los tipos más representativos la sociedad anónima, la compañía de responsabilidad limitada y la compañía de economía mixta.

² De las compañías mencionadas, los actos societarios comunes que requieren ser celebrados mediante escritura pública son: reforma de estatuto, aumento de capital, transformación, fusión y escisión de la compañía, la disolución anticipada y voluntaria y, la convalidación.

³ **Compañía de responsabilidad limitada.** En este tipo de compañía se puede tener como finalidad la realización de toda clase de actos civiles, de comercio o mercantiles, aunque sus integrantes por el hecho de constituirla no adquieren la calidad de comerciantes, se exceptúan las operaciones de bancos, seguros, capitalización y ahorro. **a) Se constituye por escritura pública.** **b) Se puede contraer entre tres o más personas, que únicamente responden por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales.** **c) En este tipo de compañía el capital está representado por participaciones que son transferibles por acto entre vivos, en beneficio de otro u otros socios de la compañía o de terceros, siempre y cuando se obtenga el consentimiento unánime del capital social.** **d) La transferencia de las participaciones requiere el consentimiento unánime del capital social y que la sesión se haga por escritura pública.** **e) El mínimo de socios para constituirse es de 2 y un máximo de 15.** **f) Por las obligaciones sociales los socios responden hasta por el monto individual de sus aportes. (responsabilidad limitada).** **g) El mínimo de capital social para constituirla actualmente es de USD \$ 400,00.** **h) Al constituirse la compañía, el capital estará íntegramente suscrito y pagado por lo menos en el cincuenta por ciento de cada participación. (Apertura de cuenta de integración de capital como mínimo USD \$ 200,00).** **i) El capital no podrá estar representado por títulos negociables, a cada socio se entrega un certificado de aportación, en el que constará necesariamente su carácter de no negociable.** **j) Cada participación (pagada en su totalidad o no) dará al socio derecho a un voto; k) Las participaciones no son susceptibles**

anónimas⁴ y las compañías de economía mixta⁵ como si fuesen de la misma naturaleza. Las sociedades anónimas y las compañías de responsabilidad limitada tienen connotaciones diferentes, no solo en cuanto a temas societarios, sino inclusive en aspectos notariales.

10. Por ejemplo, la cesión de acciones de las compañías anónimas no se realiza a través de una escritura pública. Son sociedades de capital que se busca una dinámica en cuanto a la transferencia de sus acciones. En cambio, las compañías de responsabilidad limitada al ser

de embargo; l) La escritura pública de formación será aprobada por la Superintendencia de Compañías; m) Están sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Compañías. La vigilancia y control puede ser total o parcial.

⁴ **Compañía Anónima.** La sociedad anónima se enfoca con intensidad en el capital ya que se caracteriza por ser una sociedad comercial. a) Se constituye igualmente por escritura pública. b) Es una sociedad cuyo capital dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones, esta se administra por mandatarios amovibles, sean socios o no. c) La compañía anónima, requiere un mínimo de 2 accionistas y el máximo es ilimitado. Puede funcionar o subsistir con un mínimo de dos accionistas. d) Por las obligaciones sociales los accionistas responden únicamente por el monto de sus acciones. e) El capital está dividido en acciones, las que están representadas por títulos absoluta y libremente negociables. f) La compañía tendrá un capital suscrito mínimo de US \$ 800 dólares y pagado en su cuarta parte, por lo menos. g) Están sujetas al control total o parcial de la Superintendencia de Compañías. h) El capital mínimo para iniciar una compañía anónima en el Ecuador es de US \$ 800 dólares, capital que se divide en acciones ordinarias y nominativas de un valor no especificado por la ley; sin embargo, el valor de cada acción dependerá libremente de la voluntad y decisión de quienes forman la compañía, las mismas que podrán ser pagadas por lo menos en un 25% del valor de cada una de ellas al momento de la constitución, y el saldo insoluto se cancelará en el plazo de dos años. i) En la compañía anónima las acciones que son nominativas pueden transferirse fácilmente por la transferencia del título mediante una comunicación firmada por cedente y cesionario, esta transferencia deberá registrarse en el libro de acciones y accionistas de la sociedad y luego comunicarse a la Superintendencia de Compañías. j) En cuanto al número de fundadores de una compañía, la ley ecuatoriana exige que sean dos los fundadores como mínimo. En tal virtud, una compañía extranjera puede perfectamente constituirse como fundadora de una compañía anónima en Ecuador teniendo como segundo fundador a una persona jurídica ecuatoriana.

⁵ **Compañía de Economía Mixta.** Su denominación proviene de su naturaleza y conformación: parte del capital accionario es de propiedad pública y la otra parte es privada. a) En el Ecuador, el estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades u organismos del sector público pueden participar conjuntamente con el capital privado en la gestión social de esta compañía. b) Esta facultad de los organismos del sector público debe estar relacionada con las empresas dedicadas al desarrollo y fomento de la agricultura y de las industrias que sean convenientes para la economía nacional y a la satisfacción de las necesidades de orden colectivo, a la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los servicios ya establecidos. c) El capital de esta compañía, puede ser en dinero o bienes como equipos, instrumentos agrícolas o industriales, bienes muebles e inmuebles, efectos públicos y negociables, así como también mediante la concesión de prestación de un servicio público por un periodo determinado. d) Son aplicables a esta compañía las disposiciones relativas a la compañía anónima. e) Igualmente se constituye por escritura pública.

sociedades de personas si se requiere de escritura pública para efectuar una cesión de participaciones.

11. En otras palabras, la solemnidad de la escritura pública en cada compañía viene dada por su naturaleza propia y en función de cada acto o contrato. Este requisito es una auténtica garantía para los socios o accionistas de una compañía pues evita que a través de documentos privados se puedan perjudicar los derechos e intereses de terceros.

ii. La escritura pública no es un requisito de trámite sino una solemnidad que garantiza la legalidad del acto

12. La sociedad es, en los términos del artículo 1957 de nuestro Código Civil, *"un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo de común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan"*. Y, como en todo contrato, las partes para su perfeccionamiento deben cumplir con todos los requisitos necesarios, como es la capacidad legal para contratar, el consentimiento libre de vicios (libre de error, fuerza y dolo), el objeto lícito, la causa lícita y las formalidades requeridas por la ley para cada tipo de sociedad. Por ejemplo, la necesidad de elevar el contrato a escritura pública⁶, la aprobación de la Superintendencia de Compañías, la inscripción en el Registro Mercantil, entre otras.

13. Como se observa, el hecho de que las compañías reguladas por la Ley de Compañías, como las sociedades anónimas y las compañías de responsabilidad limitada, requieran de una escritura pública no es un requisito de conveniencia legislativa. En realidad, es una solemnidad que permite el control de las sociedades mercantiles

⁶ Compañía de responsabilidad limitada. Ley de Compañías. "Art. 136.- La escritura pública de la formación de una compañía de responsabilidad limitada será aprobada por el Superintendente de Compañías, el que ordenará la publicación, por una sola vez, de un extracto de la escritura, conferido por la Superintendencia, en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio de la compañía y dispondrá la inscripción de ella en el Registro Mercantil. (...)"

Compañía anónima. Ley de Compañías. "Art. 146.- La compañía se constituirá mediante escritura pública que, previo mandato de la Superintendencia de Compañías será inscrita en el Registro Mercantil. La compañía se tendrá como existente y con personería jurídica desde el momento de dicha inscripción. Todo pacto social que se mantenga reservado será nulo."

Compañía de economía mixta. Ley de Compañías. "Art. 311.-Son aplicables a esta compañía las disposiciones relativas a la compañía anónima en cuanto no fueren contrarias a las contenidas en esta Sección."

y evita que estas sean utilizadas con fines ajenos a los concebidos por la legislación ecuatoriana.

14. El notario público no se limita a ser una mera "transcripción" de las cláusulas del Estatuto de Constitución de la compañía. Por el contrario, verifica que las cláusulas sean acordes al ordenamiento jurídico, que el capital con el que se constituya la sociedad corresponda al mínimo exigido en la legislación local y, después de constatar la voluntad y capacidad de quienes celebran el documento, autorizar la constitución de la compañía por escritura pública.

15. La función asesora y garantista de las y los notarios ha sido resaltada por la Corte Constitucional en la **sentencia No. 832-20-JP/21 de 21 de diciembre de 2021**, al referirse a la lectura de la escritura pública como un mecanismo de intermediación que permite a los notarios verificar la capacidad y conocimiento con el que se obligan las partes, en los siguientes términos:

"145. Además, es importante que, al cumplir dichas obligaciones reforzadas en el marco de verificar la capacidad, la libertad con la que acuden las y los comparecientes y su conocimiento sobre el objeto y resultado de la escritura, de conformidad con el artículo 28 de la Ley Notarial, las notarias y los notarios realicen dichas verificaciones en un ambiente separado de la otra parte involucrada en el negocio jurídico. Lo anterior contribuye a garantizar que no exista alguna forma de coerción o presión sobre una de las partes. En los casos en los que se encuentran involucradas personas adultas mayores, dicha verificación cobra particular relevancia por cuanto estos son sujetos de atención especializada y especial protección, al ser un grupo de atención prioritaria, así como porque podrían encontrarse en situación de vulnerabilidad. Más aún cuando, de conformidad con el artículo 23 de la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, el Estado se ha comprometido a adoptar las medidas necesarias para prevenir el abuso y la enajenación ilegal de la propiedad de estas personas." (el énfasis me pertenece)

16. La capacidad y conocimiento con la que una de las partes celebra un negocio jurídico, como la constitución de una compañía, no

es un asunto menor que pueda tratarse a la ligera. El legislador no ha considerado qué sucede cuando los socios de una compañía son personas con discapacidad auditiva o visual, o si son personas de la tercera edad. **¿Cómo se protegerá a estas personas pertenecientes a un grupo vulnerable según el artículo 34 de la Constitución?**

17. Al celebrar una escritura pública en la que están involucrados personas con discapacidad auditiva o visual, o personas de la tercera edad, de conformidad con los artículos 30 y 31 de la Ley Notarial, los notarios toman distintas medidas de protección. Por ejemplo, la lectura en dos ocasiones de la escritura, una por parte del notario y otra por parte del persona designada por el otorgante del instrumento.

18. En un documento privado estas medidas de protección no existen. Al momento de suscribir este tipo de documentos no existe una verificación previa de la capacidad, voluntad o conocimiento de las partes que acuden a la celebración del mismo. No es posible saber si suscriben el mismo por coerción, amenaza o temor reverencial.

19. De hecho, tan claro es que la escritura pública es una solemnidad importante en la constitución de compañías y una garantía del derecho a la seguridad jurídica, que inclusive en la reforma no se busca eliminarla del todo -aunque en la práctica aquello si ocurriría- pues se señala que la constitución podrá realizarse "a través de escritura pública o mediante un documento privado".

20. No se puede equiparar un documento privado a una escritura pública como pretende la reforma. Un documento privado no contiene las garantías que una escritura pública si. Por ejemplo, al momento en que el notario autoriza una escritura pública verifica que las partes tengan conocimiento, capacidad, libertad y voluntad del acto o contrato que celebran, y que el objeto del acto o contrato sea lícito.

21. Aquello no ocurre con un instrumento privado. En este puede pactarse todo aquello que libremente acuerden las partes sin que exista mayor control. Y sin que se verifique la capacidad de las partes y la voluntad con la que se obligan.

22. En compañías como la sociedad limitada y sociedad anónima se requiere de un estándar de solemnidad adicional a otras compañías como las sociedades por acciones simplificadas. Cada una tiene un

rol y naturaleza distinta que no puede ser asemejada, como mal pretende el legislador con su reforma.

23. Por otro lado, una escritura pública permite una conservación auténtica del documento, **sin permitir adulteraciones o cambios al mismo**. Las escrituras públicas permanecen durante el tiempo en los protocolos de la notaria y ello permite corroborar quienes otorgaron la misma, la fecha en la que lo hicieron, si eran o no capaces para suscribir el documento, etc.

24. Esto no sucede con un documento privado, que es fácilmente modificable en cualquier momento. Un documento privado no tiene control alguno y en éste pueden existir, inclusive, estipulaciones en contra de un tercero (particulares -naturales o jurídicas- o el Estado) o en contra de lo previsto en el ordenamiento jurídico.

25. Además, las escrituras públicas garantizan una interconexión con el sistema de datos públicos de la distintas instituciones estatales (por ejemplo, SRI, DINARDAP, Registros Públicos, Superintendencias, UAFE, entre otros), lo cual permite un mayor control de las actividades societarias para evitar el abuso de la personería jurídica. Un documento privado no tiene registro en ninguna institución pública.

iii. La Disposición General Tercera pretende anular el propósito de la sociedad por acciones simplificadas

26. Un aspecto que resulta necesario señalar, señor Presidente, es que la Disposición General Tercera del Proyecto de Ley anularía por completo el propósito de la sociedad por acciones simplificadas (SAS), recientemente incorporada al sistema jurídico ecuatoriano.⁷

27. Las SAS son compañías flexibles que esencialmente se desenvuelven desde el campo privado. Esto quiere decir que su constitución se realiza mediante instrumento privado -sin la presencia

⁷ Las SAS fueron incorporadas a la legislación ecuatoriana mediante la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, publicada en Registro Oficial Suplemento 151 de 28 de Febrero del 2020, debido a los cambios experimentados en el orden económico y social por el modelo de globalización, internacionalización de las economías y apertura de los mercados, que generaron la necesidad de insertar 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.

del notario- y sus actos posteriores de igual manera. Es decir, las cesiones de acciones, reformas de estatuto, entre otros.⁸

28. Las SAS, al igual que se plantea en la reforma para las compañías anónimas, limitadas y de economía mixta que se constituyan por documento privado, no pueden dedicarse a actividades *"relacionadas con operaciones financieras, de mercado de valores o de seguros."*⁹

29. En cuanto a la aportación de activos que comprendan bienes, cuya transferencia requiera escritura pública, la constitución de la SAS debe efectuarse de igual manera e inscribirse en los registros correspondientes, en concordancia con las reglas establecidas en el Código Civil.

30. En otras palabras, el legislador busca generar una duplicidad de compañías que se dediquen a un mismo propósito y con las mismas facilidades o regulaciones. Aquello no tiene sentido. Las compañías flexibles son las SAS, las que ya se encuentran reguladas en el ordenamiento jurídico, con sus limitaciones y beneficios. No se puede pretender asimilar todos los esquemas societarios a dicho tipo de compañías.

31. Además, a título de flexibilidad, no se puede relativizar el control y solemnidades que caracteriza a las compañías de responsabilidad limitada, compañías anónimas y compañías de economía mixta.

⁸ Artículo innumerado: "Art. (...). -Constitución de la sociedad por acciones simplificada.- La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado que se inscribirá en el Registro de Sociedades de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, momento desde el cual adquiere vida jurídica."; y Artículo innumerado: "Art. (...).-Actos societarios ulteriores.-Todos los actos societarios ulteriores de las sociedades por acciones simplificadas se sujetarán a las solemnidades establecidas por Ley para su constitución.", agregados a la Ley de Compañías por la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 151 de 28 de febrero de 2020.

⁹ Artículo innumerado: "Art. (...). -Prohibiciones.-Las sociedades por acciones simplificadas no podrán realizar actividades relacionadas con operaciones financieras, de mercado de valores, seguros y otras que tengan un tratamiento especial, de acuerdo con la Ley."; y Artículo innumerado: "Art. (...). -Imposibilidad de negociar valores en el mercado público.-Las acciones que emita la sociedad por acciones simplificada no podrán inscribirse en el Catastro Público de Mercado de Valores ni ser negociadas en bolsa.", agregados a la Ley de Compañías por la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 151 de 28 de febrero de 2020.

32. La reforma que se busca con la Disposición General Tercera es inoficiosa pues la flexibilidad que se busca en el ámbito societario actualmente ya existe con las SAS. Y, además, esta reforma desconoce la naturaleza jurídica de cada tipo de sociedad, pretendiendo equipararlas unas con otras.

iv. Consideraciones finales

33. Por último, señor Presidente, al permitir que todos los actos societarios de las compañías anónimas, de responsabilidad limitada y economía mixta se realicen a través de documentos privados este control en la prevención de lavado de activos desaparece.

34. La Unidad de Análisis Financiero no puede controlar preventivamente ningún acto entre privados en los que no interviene alguna autoridad o funcionario público para el perfeccionamiento de este.

35. De hecho, este ha sido uno de los principales problemas y críticas a la SAS. Este tipo de compañías, en no pocos casos, se han convertido en mecanismos de evasión de los controles financieros. Esto puede ser ratificado en cualquier momento por el Director de la Unidad de Análisis Financiero.

36. El avalar que todos los actos societarios de las compañías anónimas, de responsabilidad limitada y economía mixta se realicen a través de documentos privados es dar pie a que se empiece a constituir compañías de manera indiscriminada para "regularizar" operaciones financieras ilícitas. Inclusive, se da paso a que el "testaferismo" tenga lugar en el país.

37. A través de un documento privado es ciertamente imposible verificar la firma de quien dice suscribir el mismo. Inclusive es imposible determinar si quien lo ha firmado, en efecto, es la persona que se hace constar su nombre o si tenía capacidad para suscribir el documento.

38. La verificación de la identidad de las personas que constituyen una compañía no es un tema menor. Recordemos, señor Presidente, que muchas veces se han utilizado a las compañías como móviles

para intentar regularizar operaciones o recursos ilícitos, e inclusive para estafar a personas.

39. Esta reforma, lejos de fomentar la inversión y seguridad jurídica en el país, la ahuyenta. Esto, pues el mensaje que está transmitiendo el legislador con esta propuesta normativa es que en el Ecuador se promueve la constitución de las denominadas compañías de papel, pues se elimina todo control preventivo en temas financieros.

40. Por otro lado, un tema que el legislador al parecer ha ignorado en la reforma, es que, por ejemplo, las compañías extranjeras para suscribir contratos con el Estado deben encontrarse debidamente domiciliadas en el Ecuador y encontrarse su representante en el país, conforme lo prevé el artículo 39 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

"Art. 39.-Personas Jurídicas que pueden ejercer la Consultoría.-Para que una empresa nacional pueda ejercer actividades de consultoría, deberá estar constituida de conformidad con la Ley de Compañías y tener en su objeto social incluida esta actividad. Las personas jurídicas extranjeras para ejercer actividades de consultoría demostrarán estar facultadas legalmente en el país de su constitución para ejercer y prestar servicios de consultoría. Para la ejecución de los contratos, dichas personas jurídicas deberán estar domiciliadas en el Ecuador de conformidad con lo previsto en la Ley de Compañías."

41. ¿Cómo se verificará aquello, si se permite que la constitución de una compañía se realice por instrumento privado? ¿Cómo se garantiza que la compañía esté domiciliada en el Ecuador?

42. Es importante recalcar, señor Presidente, que la FEN no se opone a la modernización o dinámica propia de las relaciones jurídicas. Sin embargo, relativizar el control en la constitución de compañías no es el camino ni para fomentar la inversión, ni mucho menos para mejorar el control en la prevención de lavado de activos. Esta reforma, en los términos que ha sido formulada, constituye un retroceso para el país y fomenta la inseguridad jurídica.

43. Es tan grave esta reforma, que inclusive se quiere avalar que en las compañías de economía mixta (es decir, en aquellas en las que una de las partes es el Estado o sus instituciones) se pueda constituir a través de un documento privado. **¿Qué busca el legislador con aquello? ¿Cuál es el propósito de dicha reforma? Esta reforma no precautela los intereses del Estado, sino que superpone el interés particular al interés público.**

44. Permitir que las instituciones estatales constituyan compañías con particulares a través de documentos privados es jurídicamente inviable. **¿Cómo se verificará que la autoridad que suscribe el documento tiene la capacidad o autorización para hacerlo? ¿Quién verificará que el porcentaje accionario sea el permitido por la Ley? ¿Cómo se verificará el capital mínimo o adecuado que garantice la ejecución y cumplimiento de un contrato?**

45. Esto es aún mas grave, si se tiene en consideración que el legislador pretende que los actos posteriores a la constitución de una compañía, como aumentos de capital, cesión de acciones, entre otros, también se realicen únicamente a través de instrumentos privados. Es decir, los funcionarios de turno vía instrumentos privados pueden libremente ceder o "autorizar" cesiones de acciones en compañías mixtas, aún cuando estas sean perjudiciales para el Estado.

46. Es por estos motivos, señor Presidente, que vemos inviable la reforma que se pretende incluir a través de la Disposición General Tercera del Proyecto de Ley. No es ni técnicamente apropiada, ni jurídicamente viable. Esta reforma, de ser aprobada, pondría en riesgo la seguridad jurídica en el Ecuador.

47. Para finalizar, es importante mencionar, señor Presidente, que para abordar una reforma societaria en el país, como la que se pretende hacer, que involucra varios aspectos jurídicos, es conveniente contar con el criterio jurídico y técnico de actores como: la Superintendencia de Compañías, la Unidad de Análisis Financiero, el Servicio de Rentas Internas, la Dirección Nacional de Registro y Datos Públicos, entre otros, que pueden corroborar y abonar lo antes expuesto.

48. Además, desde el ámbito de su experticia y competencia, dichas instituciones pueden coadyuvar para la construcción de una reforma societaria seria y coherente que permita garantizar la

seguridad jurídica entre particulares y entre estos con el Estado. Aquello promoverá la inversión extranjera que el gobierno nacional impulsa.

Petición

49. Por lo expuesto, solicitamos a usted, Señor Presidente, vete parcialmente el Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo, en lo referente a la Disposición General Tercera.

Con sentimientos de distinguida consideración.

Atentamente,

Dr. Homero López Obando
PRESIDENTE DE LA FEN

Guayaquil, 6 de julio de 2022

Señor

Virgilio Saquicela Espinoza

Presidente de la Asamblea Nacional

En su Despacho.-

Señor Presidente:

La Academia Ecuatoriana de Derecho Societario (AEDS), cuyo directorio presido, es una persona jurídica de derecho privado, sin fin de lucro, cuyo objetivo específico es el estudio y desarrollo del Derecho Societario, para que el mismo cumpla una finalidad conveniente en las relaciones económicas-jurídicas de las sociedades comerciales en nuestro país. Se fundó hace más de cuatro décadas y aglutina a un conjunto de jurisconsultos que se han destacado en la cátedra del Derecho Societario o en el ejercicio profesional de tal rama jurídica, así como en el desempeño de funciones administrativas relacionadas con la misma, siendo autores de libros y colaboradores de sus publicaciones especializadas.

La AEDS edita una Revista, órgano oficial de la misma, cuyos números 16 y 17 acompaño a la presente; y, ha organizado diferentes Jornadas y Congresos de Derecho Societario, incluyendo la participación de connotados tratadistas extranjeros.

A través de su existencia la AEDS ha prestado servicios de asesoría a diversas instituciones públicas y privadas, así como a

legisladores y políticos cuando han recurrido a ella para consultar proyectos o iniciativas relacionadas con su materia, las mismas que siempre ha atendido pro bono.

Con motivo de las diversas reformas a la Ley de Compañías efectuadas los últimos años, envío a Usted un análisis realizado por los doctores Emilio Romero Parducci, Jorge Egas Peña y César Drouet Candel, distinguidos miembros de esta Academia, que esperamos sirva de insumo para que la legislatura pueda efectuar las correcciones del caso frente a las distorsiones que en los últimos tiempos se han dado a consecuencia de varias de las indicadas reformas.

Quedo del señor Presidente de la Asamblea Nacional,

Muy atentamente,

Dr. Ricardo Noboa Bejarano.

COMUNICACIÓN DE LA AEDS A LA ASAMBLEA NACIONAL

Dr. Ricardo Noboa Bejarano

1.- Motivación y Antecedentes.- La Academia Ecuatoriana de Derecho Societario (AEDS), como su nombre lo indica, es una persona jurídica de derecho privado, sin fin de lucro, cuyo objetivo específico es el estudio y desarrollo del Derecho Societario, para que el mismo cumpla una finalidad conveniente en las relaciones económicas-jurídicas de las sociedades comerciales en nuestro país. Se fundó hace más de cuatro décadas y aglutina a un conjunto de jurisconsultos que se han destacado en la cátedra del Derecho Societario o en el ejercicio profesional de tal rama jurídica, como en el desempeño de funciones administrativas relacionadas con la misma, siendo autores de libros y colaboradores de sus publicaciones especializadas.

La AEDS edita una Revista, órgano oficial de la misma, y ha organizado diferentes Jornadas y Congresos de Derecho Societario, incluyendo la participación de connotados tratadistas extranjeros.

A través de su existencia la AEDS ha prestado servicios de asesoría a las Cámaras de la Producción, como a legisladores y políticos cuando han recurrido a ella para consultar proyectos o iniciativas relacionadas con su materia, las mismas que siempre

ha atendido pro bono. Inclusive, a fines del año 2002, el entonces Superintendente de Compañías, Dr. Xavier Muñoz Chávez, presentó al Congreso un proyecto de nueva Ley de Compañías, que se empezó a tramitar en el Parlamento con el No. 23-281. El Dr. Muñoz Chávez, al conocer los comentarios y sugerencias efectuados por AEDS, tuvo la sensibilidad de retirar dicho proyecto, a efectos de realizar un más profundo estudio sobre el tema. Algunos de sus miembros han ejercido la titularidad de las Superintendencia de Compañías, de Bancos, o las Intendencias Regionales de las mismas.

2.- Proliferación de Proyectos de Reformas a la Ley de Compañías.- La Ley de Compañías ha sido objeto de múltiples reformas a partir de su expedición (1964), la mayoría de las cuales fueron materia de meditados estudios que han requerido la expedición de cuatro Codificaciones de la misma.

No rechazamos la posibilidad de que en el estado actual de la economía el país demande la adopción de nuevas reformas a la referida ley, que deben determinarse, pero somos de la opinión de que ellas deben adecuarse a nuestra realidad y necesidades y no adoptar indiscriminadamente soluciones importadas de otras legislaciones, sin meditar suficientemente en sus efectos y consecuencias, puesto que solo circunstancias nacionales podrían justificar nuevas instituciones en nuestro Derecho Societario.

En el Ecuador son muy pocas las grandes empresas que poseen muchos accionistas, como acontece en otros países más desarrollados, por lo que uno de los grandes objetivos del Derecho Societario Ecuatoriano ha sido la apertura voluntaria de su capital accionario, a fin de alcanzar la captación pública de capitales para grandes emprendimientos, diversificación del riesgo y la

democratización de los capitales, lo cual sólo se puede alcanzar con políticas inductivas y no impositivas u obligatorias.

Dicho esquema de desarrollo exige la implementación de normas regulatorias adecuadas a nuestra realidad, que no necesariamente son similares o iguales a las existentes en países más avanzados que el nuestro; pero, mientras subsista la situación actual resulta extraño e inconveniente la adopción de regulaciones extrañas, propuestas con el sólo afán de colocarnos vanamente a la vanguardia de la legislación societaria internacional de membrete, no de vigencia.

Las reformas a partir de mayo del 2014, precipitadamente adoptadas, se inscriben dentro de este marco regulatorio, en que no se han meditado debidamente las consecuencias de su aplicación; olvidando que la realidad exige que se la respete, castigando a quienes la ignoran. ¡Improvisar soluciones, es desprestigiar la reforma!

De la exposición de motivos de algunas de las normas aplicables a partir del 2014, aparece que muchas de sus fuentes son propias del derecho anglosajón, cuando nuestra legislación se deriva del Derecho Comercial Español e Italiano, que no siguen parámetros semejantes.

Con fecha 19 de octubre de 2021, antes de que la última reforma cumpliera su primer año de vida, se ha presentado en la Asamblea Nacional el “Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para el Fomento del Gobierno Corporativo de las Sociedades”, cuya suerte desconocemos hasta ahora y cuyo proyecto incluimos en estas reflexiones.

Nos vamos a referir brevemente a algunos de los cambios puntuales introducidos en las reformas a la Ley de Compañías, para luego hacerlo con mayor detenimiento en otros aspectos a los cuales otorgamos mayor atención:

Sobre la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación (R.O. #151 S de 28 de febrero del 2020).

3.- Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS).- Creadas por la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, esta nueva modalidad societaria, cuya calificación jurídica más apropiada es de una pequeña sociedad anónima o más bien una Sociedad Anónima Simplificada, es una sociedad cuyo capital se divide o se integra con acciones negociables o no, formada con dos o más personas, aun cuando puede crearse por acto unilateral o subsistir indefinidamente con una sola, con responsabilidad limitada o no de los accionistas, que se administra por mandatarios amovibles o no, es una figura adoptada casi textualmente de la legislación colombiana, que se rige por un contexto legal semejante al de las sociedades anónimas, aún cuando también posee importantes variaciones con ellas.

Las SAS están supuestamente dirigidas a ser utilizadas para empresas pequeñas, aun cuando no hay impedimento a que sean utilizadas para las medianas o grandes empresas del país.

Desde su adopción (2020) se sostiene que se han constituido cerca de dieciocho mil (18.000) compañías de esta clase, aun cuando no nos ha sido posible determinar si amparan a verdaderas empresas en funcionamiento.

Su regulación legal, aparte de la existente en la ley de su adopción, se sujeta a lo que se establece en sus estatutos sociales, se rige subsidiariamente por las regulaciones propias de las sociedades anónimas, por lo que más que una especie independiente puede ser catalogada como una pequeña sociedad anónima, por cuya razón su régimen de constitución y funcionamiento se rige por reglas especiales.

En esta oportunidad no vamos a efectuar un análisis pormenorizado de las reglas que la rigen y sus incongruencias, las cuales se pueden consultar en las Revistas Societarias #16 y #17, órgano de nuestra Academia.

4.- Registro Societario.- El Registro Societario existe desde hace muchos años en la Superintendencia de Compañías, por ella mismo diseñado y mantenido con fines exclusivamente estadísticos; sin embargo, en las recientes reformas se le otorgó funciones generadoras de derechos al establecer que los actos constitutivos de las SAS así como sus modificaciones deberán inscribirse en dicho Registro, antes que en el Registro Mercantil del cantón del domicilio de la compañía, con lo cual creemos que se habría desnaturalizado la existencia de la Ley de Registro.

5.- Las Sociedades de un solo socio.- La expresión "sociedad" conlleva la reunión de dos o más personas, por lo que no se concibe la existencia de sociedades de un solo socio. Sin embargo, el proyecto original de la SAS lo contempló desde sus inicios y luego lo aceptó solamente durante la existencia de la sociedad.

Una sociedad de un solo socio es un engendro jurídico; y, si acaso lo que persigue es limitar la responsabilidad del único socio

debió aceptarse que la sociedad en tales circunstancias se convierta o transforme en una empresa individual de responsabilidad limitada, que está prevista en nuestra legislación para el efecto.

Y con respecto al proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para el Fomento del Gobierno Corporativo en las Sociedades.

6.- Como se indicó en su momento, el 19 de octubre de 2021, es decir, antes de que la última “reforma” a la Ley de Compañías cumpliera su primer año de vida, se presentó en la Asamblea Nacional el **Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para el Fomento del Gobierno Corporativo de las Sociedades**, con un total de 84 artículos, que al parecer aún no ha empezado a conocerse en dicha Asamblea.

En línea con lo expresado, como aún no se han debatido a nivel nacional apropiadamente muchos de los temas más importantes de las reformas de la “Ley de Modernización a la Ley de Compañías”, la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario solicita a la Asamblea Nacional, de la manera más comedida, que se abstenga de conocer ese nuevo Proyecto de Ley Reformatoria mientras se estén tratando en la misma los pedidos formulados en esta comunicación.

Sobre la Ley de Modernización a la Ley de Compañías (R.O. No. 347 S del 10 de diciembre del 2020).

7.- **Derechos de las Minorías.**- Es justo que los derechos de las minorías sean materia de protección, y la Ley de Compañías así lo contempla en diferentes pasajes de su texto, pero el legislador

siempre se cuidó de que las minorías no pudieran abusar de tales derechos en contra de los intereses de la sociedad; y, por ello, los derechos de las minorías en las “sociedades de capital” siempre fueron menores que las que ellas poseen en las “sociedades de personas”.

Otorgarles al titular de una sola acción el derecho a solicitar cualquier documento o información de la compañía, o el de iniciar la “acción de responsabilidad” contra la administración de las compañías, puede ser muy riesgoso para la estabilidad económica y legal de una compañía, cuando no recurso a utilizarse por la competencia de la misma, para desestabilizarla.

El Art. 13 de la entonces recién nacida Ley de Compañías del año 1964, decía lo siguiente:

“Art. 13. En ninguna compañía se puede negar a los socios el derecho de examinar los libros, correspondencia y demás documentos que comprueben el estado de la administración social”. Para una mejor apreciación de lo transcrito se aclara que ese Art. 13 se encontraba en la Sección I de la referida ley, bajo el título de DISPOSICIONES GENERALES.

Catorce meses después fueron suficientes para que quienes entonces se habían comprometido con el éxito de la primera Ley de Compañías cayeran en la cuenta de que la extrema libertad dada por aquel Art. 13 a *todos los socios* de todas las Compañías mercantiles (especialmente a los de las “anónimas”, “en comandita por acciones” y “de economía mixta”) había sido un error garrafal, y fue por eso que en la primera gran reforma de la Ley de Compañías, ocurrida el 23 de abril de 1965, se corrigió esa

peligrosísima equivocación, con la **condigna** modificación de aquel Art. 13, que entonces pasó a decir lo siguiente:

“Art. 13. Los socios podrán examinar los libros y documentos de las compañías relativos a la administración social; pero, los accionistas de las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, solo tendrán derecho a que se les confiera copia certificada de los balances generales, del estado de la cuenta de pérdidas y ganancias, de las memorias o informes de los administradores y de los comisarios, y de las actas de las Juntas Generales; asimismo podrán solicitar la lista de los accionistas e informes acerca de los asuntos tratados o a tratarse en dichas juntas”.

Sobra decir que los abogados y muchos empresarios de entonces aplaudieron *las excepciones* creadas en esa reforma legal, porque ellos conocían muy bien que, en las “*compañías con acciones*” no puede operar la democracia total, so pena de arriesgar el negocio respectivo, por motivos tan diversos que van desde el *espionaje empresarial* hasta los tan conocidos *conflictos entre mayorías y minorías*.

Con el tiempo ese Art. 13 -ya corregido- pasó a ser el Art. 15 de la Ley de Compañías (LC), dentro de la misma Sección I y con el mismo texto, con el que fue reformado en abril de 1965.

Lamentablemente, más de medio siglo después, la “Ley de Modernización a la Ley de Compañías” nos regresó al pasado, es decir, al año 1964 y hasta con mayores perjuicios.

Lo antedicho se confirma con el primer inciso del actual Art. 15 LC (antes Art. 13), cuyo texto dizque ya “modernizado” dice así: **“Los socios o accionistas (y, por tanto, uno cualquiera de ellos) podrán examinar todos los libros y documentos de la compañía relativos a la administración social. En especial tendrán derecho a que se les confiera copia certificada de los estados financieros, de las memorias o informes de los administradores, así como de los informes de los comisarios y auditores, cuando fueran del caso, y de las actas de juntas generales; también podrán solicitar la lista de socios o accionistas e informes acerca de los asuntos tratados o por tratarse en dichas juntas”**.

(Obsérvese, por favor, que esta reforma suprimió *las excepciones* que se impusieron el 23 de abril de 1965 y que estaban amparadas en aquella oración que empezaba diciendo: **“pero, los accionistas de las compañías anónimas, en comandita por acciones, y de economía mixta solo tendrán derecho a que se les confiera...”**).

Claro que con tantas “libertades” concedidas tan impropia e injustificadamente a todos los “accionistas”, la reforma se vio obligada a “exigir” a dichos “accionistas” que se porten bien y que guarden el *“debido sigilo”* respecto de la información a la que hubieran tenido acceso.

Lo más notable de lo antedicho es la confirmación de que la *“modernización”* del Art. 15 (antes Art. 13) nos ha regresado al pasado, en más de cincuenta años.

8.- El penúltimo nuevo inciso y el inciso final del Art. 25 LC permiten que en cualquier tiempo *el Superintendente*,

podrá exigir, de oficio o a petición de los socios o accionistas de la compañía (y, por tanto, de uno cualquiera de ellos), la presentación de los estados financieros y de cualquier documentación contable que fuere necesaria para determinar la actual situación financiera de una compañía sujeta a su vigilancia. Y el último inciso del mismo artículo establece que "Los socios o accionistas (y, por tanto, uno cualquiera de ellos, aunque solo tuviere una acción o participación) tendrán el derecho de solicitar al organismo de control, en cualquier tiempo, el libre y oportuno acceso a la información financiera y demás documentos de la compañía. Para tales efectos, se procederá de acuerdo con el inciso anterior".

9.- Se reforma, ampliándolo, el "derecho de las minorías".

En los tres incisos finales del Art. 235 se les concede a las minorías la facultad de incluir puntos adicionales en el orden del día de una convocatoria, lo que sin duda será una fuente inagotable de problemas y conflictos innecesarios, especialmente alrededor de los nuevos plazos que podrían o tendrían que determinarse y los innumerables temas cuyo tratamiento podría imponerse a la Junta General de Accionistas.

10.- Otra vez, en un errado afán de robustecer a las minorías, se agregan dos nuevos incisos al Art. 272 mediante los cuales cualquier minoría de accionistas que represente por lo menos el cinco por ciento (5%) del respectivo capital social, pueda, sin Junta General de Accionistas de por medio, ejercer, directa y exitosamente, contra cualquier administrador de la Compañía la llamada "acción social de responsabilidad", cuando ella se fundamente o se pretenda fundamentar en cualquier supuesta infracción -no tipificada- al sacrosanto "deber de lealtad".

Lo más grave del caso es que, para activar esa acción judicial, la reforma permitió que el o los accionistas que deban proponerla se conviertan -como por arte de magia- en representantes legales ad hoc de la Compañía (cosa que se advierte fácilmente con una buena lectura del inciso final del actual Art. 272).

11.- Existe una indiscriminada exigencia de aportar declaraciones bajo juramento.

(a) Así, tratándose de Compañías de Responsabilidad Limitada, el antepenúltimo inciso del literal h) del Art. 115 de la Ley de Compañías dice:

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

(b) En el numeral 11 del Art. 137 de la Ley de Compañías, se dice que en la **escritura de constitución** de Compañías de Responsabilidad Limitada, los comparecientes deberán dejar constancia de:

*“La **declaración, bajo juramento de los comparecientes**, de la veracidad y autenticidad de la información proporcionada y de la documentación de soporte presentada durante el proceso de constitución de la*

compañía de responsabilidad limitada. También deberá incluirse una declaración jurada que acredite que los fondos, valores y aportes utilizados para la constitución de la compañía de responsabilidad limitada provienen de actividades lícitas”.

(c) Igualmente, para la constitución de la Compañía Anónima, en el numeral 14 del Art. 150 de la Ley de Compañías también se repite dos veces la misma obsesión con aquella “declaración juramentada”.

(d) Con respecto a los aumentos de capital de las Compañías Anónimas, a continuación del numeral 4 del Art. 183 de la Ley de Compañías se dice:

“Al momento de instrumentarse un aumento de capital, deberá incluirse una cláusula que contenga la declaración bajo juramento del representante legal, de la veracidad y autenticidad de la información proporcionada y de la documentación de soporte que sustenta el aumento de capital. También deberá incluirse una declaración jurada del representante legal que acredite la correcta integración del capital social y que los fondos, valores y aportes utilizados para el aumento de capital provengan de actividades lícitas”.

Adviértase, que en el texto precedente (dedicado exclusivamente al aumento de capital) se incluyó que el representante legal también acredite bajo juramento “la correcta integración del capital social” (y no solo del “aumento” sino de todo el capital), es decir, la integración del capital antes del aumento; lo cual de alguna forma podría resultar repetitivo por la “declaración

juramentada” ya rendida en la constitución de la Compañía, según el numeral 14 del **Art. 150** de la Ley de Compañías... o en un anterior aumento de capital... de hace cincuenta años o más.

(e) La referida obsesión con las “declaraciones juradas” o “juramentadas” parece que empezó con la expedición de la ley que creó las “**Sociedades por Acciones Simplificadas**” (S.A.S.) en febrero de 2020, y la “Ley de Modernización a la Ley de Compañías”, de diciembre de 2020, aprovechó la ocasión para **complementar** el numeral 12 del actual **Art. 317.8¹** de la Ley de Compañías, en los siguientes términos:

“12. **La declaración bajo juramento** de los comparecientes, de la veracidad y autenticidad de la información proporcionada y de la documentación de soporte presentada durante el proceso de **constitución** de la sociedad por acciones simplificada. **También** deberá incluirse una **declaración jurada** que acredite que los fondos, valores y aportes utilizados para la constitución de la sociedad provienen de actividades lícitas”. (El **complemento** agregado al texto anterior de este numeral 12 lo constituye la segunda parte del párrafo transcrito que comienza con la palabra “También”).

Es oportuno recordar que la práctica del juramento con que pretendía robustecerse o caucionarse el cumplimiento de una obligación contraída, fue propia del Derecho Romano, para darle

¹ En realidad, no existe oficialmente el **Art. 317.8** de la Ley de Compañías, que corresponde a un artículo sin numeración que en su momento fue denominado “Contenido del documento constitutivo”, y que ahora lo podemos identificar con esa numeración no oficial gracias al excelente servicio de la Corporación de Estudios y Publicaciones y al especial ingenio de sus editores.

a los compromisos surgidos, un carácter sagrado, puesto que el contratante que lo prestaba declaraba someterse a la venganza de Dios en caso de incumplimiento. Esta práctica fue recogida en el Derecho Español y asumida por el Derecho Canónico. Por el año de 1851 el Derecho Español decidió su expulsión definitiva del derecho, incluyendo una norma que establecía que "No se admitirá juramento en los contratos, y si se lo hiciera, se tendrá por no puesto". La justificación de la norma referida fue simplificar la contratación impidiendo incluir solemnidades religiosas, procurando la libertad de los contratantes de someterse a un acuerdo nulo y pidiendo la profanación del juramento que pudiera aplicarse a contratos simulados, fraudulentos o arrancados por la violencia y la mala fe. Una norma igual fue incluida en el Código del Uruguay. El propio Bello, en el proyecto de 1853, en su Art. 1625 expresaba "Se prohíbe el juramento en los contratos. Si se introdujere en ellos, no se tomará en consideración para la pena que recaiga sobre el escribano o funcionario que lo atestigüe en la respectiva escritura"². Al parecer la reforma "modernizadora" nos quiere retrotraer a 1851 y violentar el criterio de Bello, recogido en su proyecto de 1853.

12.- En los Arts. 262 y 262.1 LC se pretende consignar nuevos *deberes de los administradores*, disponiendo que deban actuar con **debida diligencia y lealtad. Exigencia totalmente innecesaria.**

El Art. 291 de la primera Ley de Compañías de febrero de 1964 decía lo siguiente: **"El administrador desempeñará su gestión con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente"**.

² Volumen V de las Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado de Don Luis Claro Solar, Editorial Jurídica de Chile, año 1979, añadiendo que la práctica del juramento ha desaparecido de la legislación positiva.

Más de cincuenta años después de aquella fecha, en noviembre de 2020, el Art. 262 de nuestra Ley de Compañías seguía diciendo exactamente lo mismo.

Para **reemplazar** la disposición corta, sobria y completa del Art. 291 de nuestra primera Ley de Compañías, crearon en la reciente Ley de Modernización a la Ley de Compañías los citados *deberes* de **“debida diligencia”** y de **“lealtad”** a los que hacen referencia expresa las **“NORMAS ECUATORIANAS PARA EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO”** que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros ya había *dictado y aprobado* mediante Resolución SCVS-INC-DNCDN-2020-0013, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 1076 del **25 de septiembre de 2020** (antes de la “ley modernizadora”).

O sea, que, cuando se expidió la Ley de Modernización a la Ley de Compañías (10 de diciembre del 2020) por la que se crearon los *nuevos* **“Deberes” de Debida Diligencia y de Lealtad**, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros **ya conocía muy bien** de aquellos dos “nuevos deberes” (25 de septiembre de 2020) incluidos en los Arts. 262 y 262.1, cuyo texto es el siguiente:

“Art. 262.- Deber de debida diligencia³: 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

3 Obsérvese que este artículo, totalmente reformado, ahora lleva un título propio (“Deber de debida diligencia”), no obstante que los más de cuatrocientos artículos de la Ley de Compañías no llevan títulos. Dicho lo cual, por otra parte, adviértase que algunos artículos reformados por la “ley modernizadora” ya ostentan títulos propios, gracias a ella, como los artículos 183.1, 183.2, 183.3, 199.2, 199.3 y 238.1.

del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. Para tales efectos, los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección de la compañía.

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

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

Esta norma innecesaria fue el pretexto para crear de inmediato -como en efecto así se hizo bajo el número 262.1⁴- un nuevo artículo en la ley que le diera vida a un nuevo “deber” de los administradores de las Compañías Anónimas, con el atractivo nombre de “deber de lealtad”. Con esta nueva creación, se acabó debilitando más aún la institución jurídica de la “Administración” de las Compañías Anónimas, como ya se demostrará.

4 Codificación efectuada por la Corporación de Estudios y Publicaciones.

Por el momento, con todo lo ya dicho, veamos el contenido de ese nuevo **Art. 262.1⁵**:

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

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

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

5 Este artículo, también nuevo, ostenta igualmente un título propio.

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

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

Debe destacarse que, en este artículo, que trata del **“deber de lealtad”**, expresamente se refiere a su cumplimiento o incumplimiento **únicamente en cuestiones o situaciones particulares o específicas**, es decir, en el mundo de la singularidad, pero nada dice este artículo con respecto a los **casos generales** de la “deslealtad”.

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

Entonces, nuestros Asambleístas, que en diciembre de 2020 aprobaron la “Ley de Modernización a la Ley de Compañías”, entonces dispusieron que los Administradores de las Compañías Anónimas debían ser titulares de la virtud de la lealtad.

Todo lo dicho hasta aquí sobre el **“deber de debida diligencia”** y el **“deber de lealtad”** nos obliga a aclarar que, tratándose de

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

¿Pero qué pasa –**“en general”**- en los demás casos de deslealtad del administrador? ¿Qué pasa con esos casos “no tipificados”?

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

13.- De las reformas sobre los supuestos “actos de corrupción en el sector privado”.

El acoso contra el sector productivo nacional que aquí se ha demostrado ampliamente, se ha contagiado en otros estamentos jurídicos del país, como, por ejemplo, **nada menos que en el mundo del Derecho Penal**.

Ese contagio particular se empezó a gestar con la colaboración de las famosas **“Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo”**.

En efecto, apoyada en el número 7 de aquellas **"Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo"** (que no son legalmente obligatorias), intitulado **"MEDIDAS PARA MITIGAR⁶ LA CORRUPCIÓN EMPRESARIAL"**, la Asamblea Nacional aprobó varias reformas al **Código Orgánico Integral Penal (COIP)**, entre las que se destacó una, a continuación del Art. 320 de dicho Código (320.1), relativa a los **"Actos de corrupción en el sector privado"**, obviamente emparentados con los **"Actos de corrupción en el sector público"**, conocidos como **"cohecho"**, **"soborno"**, **"extorsión"** y **"peculado"**, en los siguientes términos:

"Art. 320.1.- Actos de corrupción en el sector privado.- El director, gerente general, administrador, ejecutivo principal, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores, auditores, abogados patrocinadores o cualquier empleado que ejerza cargos de dirección en una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidas las entidades irregulares, **que intencionalmente acepte, reciba o solicite donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, omita o cometa un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales,** será sancionada con pena privativa de libertad de cinco

6 Adviértase el penoso trasfondo de este título oficial, con el que la Superintendencia de Compañías dio por sentado que la "corrupción empresarial" es una realidad ecuatoriana que necesita mitigarse, es decir, "moderarse", "aplacarse", "disminuirse" o "suavizarse"; lo que descubre el enfermizo prejuicio que los ideólogos del caso sienten contra las "empresas privadas".

a siete años, y multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.

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

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

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

o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo.

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

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

Llegados a este punto, la “Academia Ecuatoriana de Derecho Societario” (AEDS) se permite sugerir, muy respetuosamente, que todo el texto de ese Art. 320.1 del Código Orgánico Integral Penal sea derogado.

SOBRE EL “GOBIERNO CORPORATIVO”; EL “BUEN GOBIERNO CORPORATIVO”; Y, LAS “NORMAS ECUATORIANAS PARA EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO”

14.- El Gobierno Corporativo.- El llamado “Gobierno Corporativo” no es ningún descubrimiento ni ningún invento nuevo en o del Derecho Societario, ya que solo se trata de la alusión

hecha al mundo de la gobernanza de las Compañías, en el que actúan principalmente los “administradores” de la Sociedad correspondiente.

Dicho esto, aclaremos que desde que fueron reconocidas por nuestro Código Civil de 1857 y por nuestro Código de Comercio de 1906, todas las Sociedades de Comercio o Compañías Mercantiles ecuatorianas siempre tuvieron su propio “Gobierno Corporativo”, a cargo de los correspondientes “administradores” de la Sociedad respectiva; sin que nada signifique para Ecuador no contar en su legislación con la expresión aquella de “Gobierno Corporativo” que tanto parece gustar ahora, siempre que estemos alertas a no permitir que se confunda esa expresión con el llamado “Buen Gobierno Corporativo”.

15.- El Buen Gobierno Corporativo.- La alusión al “Buen Gobierno Corporativo” y el fenómeno de los “Códigos del Buen Gobierno Corporativo” empezaron en los Estados Unidos de América, en los años setenta, por causa de los varios escándalos financieros de algunas de las más grandes Sociedades de esa época, para consolidarse en los años noventa con la ayuda del movimiento reformador denominado “*corporate governance*” (“gobierno corporativo”).

Dicho esto, hay que aclarar que ese movimiento, como todos los similares, se concretaron al cuidado del “Buen Gobierno” de las grandes Sociedades, con cientos y miles de accionistas, es decir, de esas Compañías enormes que no existen en Ecuador.

16.- Las “Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo”.- Allá por el año 2005 empezaron a gestarse en Ecuador --por vía de la eterna imitación-- lo que años después

serían las “**Normas Ecuatorianas para el Bueno Gobierno Corporativo**”, que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros “**aprobó**”, quién sabe con qué atribuciones⁷ y con ningún valor jurídico o legal.

Lo curioso es que las tales “Normas Ecuatorianas” **no son obligatorias**; no obstante lo cual fueron oficialmente “**aprobadas**” por la Superintendencia de Compañías y publicadas en el Registro Oficial.

Será por esa ambigüedad que, gracias a la “ley modernizadora”, **a partir del 10 de diciembre de 2020**, el inciso final del actual **Art. 431** de la Ley de Compañías -con evidentes intenciones- **recién** empezó a decir lo siguiente: “La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, **velará e incentivará la implementación del buen gobierno corporativo...**” (¿para darle valor jurídico a algo que nunca lo tuvo?).

¿Será por esto último que algunas “normas” de ese Buen Gobierno Corporativo ecuatoriano fueron *trasplantadas* a la Ley de Compañías (para entonces sí dizque pasar a ser obligatorias), como parecería que **ocurrió con los nuevos “deberes” de debida diligencia y de lealtad**, que ahora figuran en los Arts. 262 y 262.1? ¡Y como ocurrió también con el “**Derecho de la minoría a incluir puntos adicionales en el orden del día de una convocatoria**”, que ahora consta *trasplantado* (de esas “normas”) en los tres incisos finales del **Art. 235** de la Ley de Compañías!

Tal vez algún día se definan las oscuras situaciones como éstas, con base en el numeral 6 del Art. 132 de la Constitución y

7 Esta pregunta parece pertinente porque en el “**Considerando**” de aquella Resolución de la Superintendencia de Compañías no aparece la respuesta.

de acuerdo a lo que el primer inciso de ese artículo dice al final de su texto (con respecto a la necesidad de una ley).

Mientras tanto, terminamos esta digresión recordando que, en nuestra opinión, por lo menos, lo del *"Buen Gobierno Corporativo"* no cabría aplicarlo en Ecuador, porque aquí no existen las grandes Compañías que en otros países le dieron origen y motivo.

En el mejor de los casos algunas de las Normas de Buen Gobierno Corporativo (después de una seria revisión), solo podrían ser aplicables para empresas emisoras de valores, que si bien no tienen el carácter de las grandes compañías que en otros países le dieron origen y motivo, por su acceso directo al mercado de capitales deberían asumir mayores exigencias formales en su diario activar.

En consecuencia, la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario solicita muy respetuosamente a esa Asamblea Nacional que elimine en el Derecho Societario Ecuatoriano toda disposición legal que haga obligatorio el sometimiento de una Compañía a cualquiera de las "Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo" hasta que se haya precisado oficialmente cuáles de dichas normas podrían ser aplicables a las compañías emisoras de valores.

17.- Arbitraje Societario.- La introducción del arbitraje en asuntos societarios existentes entre accionistas, que estaba permitido en la legislación vigente, fue anunciado como una de las conquistas de vanguardia de las recientes reformas; y, ahora se aspira extenderlo para diferencias existentes entre los accionistas

y la sociedad o con sus administradores, lo cual no es negativo, pero sí lo es que se pretendan establecer Centros de Arbitrajes **dentro de la Superintendencia de Compañías** por la posibilidad de que se pierdan los beneficios de tal sistema, como son la seriedad, capacidad, independencia y agilidad que caracterizan a tal sistema de dilucidación de conflictos.

COMENTARIOS, AL REGLAMENTO DE JUNTAS GENERALES DE SOCIOS Y ACCIONISTAS

(Publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial
No. 99, 6 de Julio 2022)

Dr. Roberto González Torre
Dr. César Coronel Jones

I COMENTARIO INICIAL

A través de la indicada Resolución, se expide el “REGLAMENTO SOBRE JUNTAS GENERALES O ASAMBLEA GENERAL DE SOCIOS Y ACCIONISTAS DE LAS COMPAÑÍAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, ANÓNIMAS, EN COMANDITA POR ACCIONES, DE ECONOMÍA MIXTA Y SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS” (en adelante “El Reglamento”).

Antes de leer estos comentarios debe recordarse que el artículo 132, numeral sexto, de la Constitución, en su parte pertinente prevé:

*“La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:
(...)”*

6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales".

Existen ciertas disposiciones que son de cuestionable constitucionalidad por violar el principio de legalidad que creemos deben ser eliminadas o modificadas sustancialmente.

II

ANALISIS CON OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS

A continuación, resumidamente constan ciertos comentarios, observaciones y sugerencias sobre su contenido:

1) El último inciso del Art. 1 del Capítulo I relativo a las convocatorias, dispone:

"Las resoluciones adoptadas en junta general o asamblea de accionistas celebrada previa convocatoria, que no se ha efectuado de conformidad con la Ley y los estatutos, serán nulas. La acción de nulidad será ejercitada por la parte que se creyere afectada en la forma prevista en la Ley de Compañías y demás normativa procesal aplicable."

La Ley de Compañías (LC) en su Art. 247 indica en qué casos las resoluciones en las compañías anónimas son nulas.¹ De igual

1 **Art. 247.-** Las resoluciones de la junta general serán nulas:

- 1) Cuando la compañía no estuviere en capacidad para adoptarlas, dada la finalidad social estatutaria;
- 2) Cuando se las tomare con infracción de lo dispuesto en los Arts. 233, 236 y 238;
- 3) Cuando faltare el quórum legal o reglamentario;

forma existen otras referencias previstas en la LC con relación a efectos de nulidad de las juntas generales en los Arts. 119, 233, 236 y 238, así como en las disposiciones legales innumeradas correspondientes a las SAS.

Insistir en cuestiones previstas en la LC generará dudas respecto de si se pretende darle otro alcance a través del Reglamento. Por otra parte, es discutible que alguna decisión contraria a preceptos de un estatuto social pueda ser sea catalogada como nulidad, ya que ese efecto debe provenir de la Ley y no de un reglamento. Lo recomendable sería que el Reglamento no invada una esfera que por esencia deviene de las leyes, como precisamente lo es el efecto de la nulidad, así como el de la inoponibilidad al que nos referimos con relación al Art.37 del Reglamento.

Se sugiere que esa referencia sea eliminada del reglamento.

2) El Art. 5 contempla la posibilidad de que una convocatoria se publique por periódico de mayor circulación en el domicilio principal de la compañía, ya sea que circule en formato físico o digital. La LC no contempla la existencia de periódicos digitales, pero en todo caso podría pensarse complementaria y no sustitutiva de medios físicos. Entendería entonces que no se está pidiendo eliminar la referencia al medio digital.

4) Cuando tuvieren un objeto ilícito, imposible o contrario a las buenas costumbres;

5) Cuando fueren incompatibles con la naturaleza de la compañía anónima o, por su contenido, violaren disposiciones dictadas por ésta para la protección de los acreedores de la compañía y de los tenedores de partes beneficiarias; y,

6) Cuando se hubiere omitido la convocatoria a los comisarios si es que, por disposición estatutaria, se hubiere acordado su creación, excepto en los casos de los Arts. 213, inciso segundo, 238 y 238.1.

3) El Art. 11 del Reglamento se refiere a la renuncia a la convocatoria. Y de su texto se concluye que reglamentan aquello para accionistas de sociedades anónimas y de SAS.

Citamos la disposición:

“Art. 11.- Renuncia a la convocatoria.- Los accionistas podrán renunciar a su derecho a ser convocados a una reunión determinada de la junta general o asamblea de accionistas, mediante comunicación enviada al representante legal de forma física o electrónica. Aunque no hubieren sido convocados a la junta general o asamblea de accionistas, se entenderá que los accionistas que asistan a la reunión correspondiente han renunciado al derecho a ser convocados, a menos que manifiesten su inconformidad con la falta de convocatoria antes que la reunión se lleve a cabo.

Cuando la renuncia fuere expresa, los documentos que contiene la renuncia deberán adjuntarse al expediente de la correspondiente junta general o asamblea de accionistas.

El socio o accionista renunciante a la convocatoria a una junta general o asamblea de accionistas determinada, perderá el derecho de impugnar, apelar, recurrir o demandar la nulidad de las resoluciones asamblearias, que hubieren sido adoptadas”.

La Ley de Compañías solo contempla la renuncia a la convocatoria para las SAS no para los accionistas de las compañías anónimas. Recordemos que las normas de SAS no complementan las disposiciones de la sociedad anónima, sino al revés; salvo el caso del Art. 191 de la Ley de Compañías que en lo que respecta a

acuerdos de accionistas se aplicarán para las anónimas lo previsto para SAS.

Por otra parte, sancionar por vía reglamentaria con la pérdida del derecho a impugnar, apelar, recurrir o demandar nulidad de las resoluciones viola, además de principios constitucionales básicos, disposiciones legales como las previstas en la letra h) del Art. 114 y No. 7 del Art. 207 de la LC que consagra como un derecho fundamental de los socios y accionistas poder impugnar decisiones de las juntas generales y asambleas en el caso de SAS.

En resumen, la disposición reglamentaria debería limitarse solo para las SAS y eliminarse la sanción a los socios y accionistas por las razones anotadas. Entendería que, en base a lo indicado por el Dr. César Drouet, este numeral se eliminaría de la comunicación al señor Superintendente.

4) En el Art. 13 del Reglamento se incluye el derecho para socios y accionistas minoritarios que poseen por lo menos el cinco por ciento del capital social, para solicitar puntos adicionales en la convocatoria.

Ese derecho está expresamente previsto en el Art. 235 de la LC para las compañías anónimas.

Podría concluirse que es correcto haberlo incluido para las limitadas en atención a que el Art. 142 dispone que en lo no previsto para las limitadas se aplicarán las disposiciones contenidas en la Sección VI (correspondiente a la compañía anónima) en cuanto no se opongan a la naturaleza de la Compañía de responsabilidad limitada

También resulta aplicable el derecho para la SAS a más de las anónimas, por disposición del Art innumerado que establece: “(...) **Remisión.**- (Agregado por la Disp. Reformatoria Octava de la Ley s/n, R.O. 151-S, 28-II-2020).- En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá 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 presente Ley”.

Por lo tanto es una disposición acertada la que ha incluido el Reglamento.

5) El Art. 16 del Reglamento en su segundo inciso contempla lo siguiente: “En el caso de embargo de acciones, mientras estas no sean rematadas de conformidad con la Ley y cambien de propietario, el titular de las mismas mantiene los derechos fundamentales que la Ley de Compañías confiere al accionista, entre los cuales figura la de intervenir en las juntas generales o asambleas de accionistas, y votar cuando sus acciones le concedan derecho a voto, según los estatutos”.

La previsión reglamentaria precedente contraría lo que dispone el Art. 31 de la LC en lo que respecta a los derechos económicos que puede ejercerlos el acreedor, por lo que lo más recomendable es eliminarlo o en su defecto incluir lo que dispone la ley para el acreedor respecto del ejercicio del voto respecto de los derechos económicos.²

2 **Art. 31.**- Los acreedores personales de un socio o accionistas durante la existencia de una compañía, podrán:

1. Solicitar la prohibición de transferir participaciones o acciones.
2. Embargar las acciones que le correspondan, las cuales podrán ser rematadas a valor de mercado, de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

6) El Art. 22 del Reglamento busca interpretar el Art. 243 de la LC. En su primer y segundo inciso dispone:

“Alcance del artículo 243 de la Ley de Compañías.- La prohibición de votar con relación a los asuntos determinados en los tres numerales de dicha disposición legal, concierne a los miembros de los órganos administrativos y administradores que debieren responder por la información contenida en tales estados financieros, o por los actos o contratos a los que se refirieren esas deliberaciones u operaciones. Concierne también a los socios o accionistas que se hubieren desempeñado como miembros de los órganos de administración o de fiscalización, o como administradores durante el lapso con el que tengan que ver los estados financieros o los actos o contratos relativos a las deliberaciones u operaciones que se juzguen.

Lo dispuesto en este artículo, no se aplicará a los casos en que, al tiempo de la votación, la compañía tuviere un solo socio o accionista, ni en los casos en que todos los socios o accionistas de ella fueren también miembros

Los derechos económicos inherentes a la calidad de accionista, serán ejercidos por la persona en cuyo beneficio se dictó el embargo.

No son susceptibles de embargo las cuotas o participaciones que correspondan al socio de una compañía de responsabilidad limitada en el capital social.

3. Embargar las utilidades que les correspondan previa deducción de lo que el socio o accionista adeudare por sus obligaciones sociales;

Las medidas reseñadas en los numerales 1 y 2 se efectuarán con la inscripción en el libro respectivo.

Los perjudicados por el abuso de la personalidad jurídica, en los casos previstos en el Art. 17 de esta Ley, tendrán los mismos derechos que por virtud de este artículo se les confiere a los acreedores de los accionistas, con arreglo a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil.

Una vez disuelta la compañía el acreedor personal, podrá embargar la parte o cuota que corresponda al socio o accionista en la liquidación.

de los órganos de administración, de fiscalización o administradores".³

Sería más ortodoxo que el reglamento se ci a al texto del Art. 243 de la Ley de Compañías, no ampliando lo que la Ley dispone. Por lo demás, resulta adecuado el último inciso en cuanto a que las prohibiciones no se apliquen cuando al tiempo de la votación la compañía tuviere un solo socio o accionista, ni en los casos en que todos los socios o accionistas de ella fueren también miembros de los órganos de administración, de fiscalización o administradores.

7) El Art. 28 del Reglamento contempla las prohibiciones para el ejercicio de la representación convencional. Se recoge la prohibición prevista en el Art. 211 de la Ley de Compañías que dispone que no podrán ser representantes de los accionistas los administradores y los comisarios de la compañía, pero ampliándolo a *"los miembros principales de cualquier órgano administrativo. Tampoco podrán serlo los comisarios de la compañía, ni los miembros principales de los órganos de fiscalización, en caso de existir de acuerdo con el estatuto social. Tampoco podrán serlo sus suplentes cuando hubieren intervenido por los principales durante el ejercicio económico, cuyas cuentas o informes vayan a ser objeto de conocimiento y resolución de la junta general o asamblea de accionistas"*.

Sin embargo, finaliza el primer inciso indicando:

3 Art. 243.- Los miembros de los organismos administrativos y de fiscalización y los administradores no pueden votar:

- 1.- En la aprobación de los balances;
- 2.- En las deliberaciones respecto a su responsabilidad; y,
- 3.- En las operaciones en las que tengan intereses opuestos a los de la compañía.

En caso de contravenirse a esta disposición, la resolución será nula cuando sin el voto de los funcionarios precitados no se habría logrado la mayoría requerida.

“No se aplicará esta prohibición si la compañía fuere de responsabilidad limitada”.

Si bien no existe una prohibición expresa como la indicada en la LC para el caso de la compañía limitada, por la remisión del Art. 142 de la LC le resulta aplicable la prohibición, por lo que no cabe crear una dispensa por reglamento. Debería por lo tanto eliminarse la parte final del primer inciso.

Por otra parte, para las SAS uno de los artículos innumerados agregados a continuación de la sección VIII de la LC establece que la prohibición del artículo 211 de la LC no será aplicable sobre una SAS, a menos que el estatuto disponga lo contrario. Por lo tanto, mal cabe que por Reglamento se contradiga esa disposición de LC lo que amerita reforma.

8) El Art. 34 del Reglamento que se refiere a la proclamación de resultados, en su último inciso se dispone: *“Para resolver los asuntos de competencia de la junta general o asamblea de accionistas no habrá voto dirimente”.*

Pensamos que ello debe ser eliminado, puesto que bien puede ocurrir que por acuerdos entre accionistas se den casos de voto dirimente, así como por la existencia de distintas clases de acciones en la SAS que confieran precisamente determinados derechos en el voto de una compañía. Recordemos, que en las SAS el estatuto social podrá contemplar distintas series de acciones con indicación expresa sobre la atribución de voto singular o múltiple, incluso voto calificado para ciertas decisiones, dependiendo lo que la autonomía de la voluntad determine.

9) El Art. 36 incluye una disposición relativa a secretos empresariales que creemos est  de más incluirla en un Reglamento.

10) El Art. 37 del Reglamento ha traído sin número de quejas de distintos sectores. La disposición establece:

“Art. 37.- Casos de inoponibilidad de resoluciones de junta general o asamblea de accionistas.- Cuando la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros determine que una o más resoluciones de las juntas generales o asamblea de accionistas son violatorias de la Ley de Compañías u otra normativa jurídica o estatutaria relevante, en ejercicio de sus atribuciones de control y vigilancia, puede hacer conocer a la compañía respectiva que la o las mismas le son inoponibles, en razón de que han sido tomadas con infracción de norma expresa; con la finalidad de que las omisiones, incumplimientos o violaciones sean subsanados, salvo el caso de que la normativa aplicable contemple para tal circunstancia, el efecto de nulidad absoluta; sin perjuicio de cualquier resolución posteriormente dictada por órgano o funcionario judicial competente, ante acción de parte interesada o perjudicada”.

La legislación ecuatoriana, por Ley establece casos en que se incluye el efecto de inoponibilidad. Así tenemos entre ellos:

- Inoponibilidad para terceros de las escrituras privadas entre contratantes para alterar lo pactado en escritura pública. (Art. 1724 del Código Civil).⁴

⁴ Código Civil:

Art. 1724.- Las escrituras privadas hechas por los contratantes, para alterar lo pactado en escritura pública, no surtirán efecto contra terceros.

- Inoponibilidad de ciertos actos jurídicos otorgados antes de la apertura de un concurso (Art. 26 Ley de Concurso Preventivo).⁵
- Inoponibilidad de modificación y revocación de poder general por falta de anotación en el Registro Mercantil (Art. 57 Código de Comercio).
- Inoponibilidad a los cesionarios de una factura irrevocablemente aceptada, las excepciones personales que hubieren podido oponerse a los endosatarios de las mismas. (Art. 201 Código de Comercio).
- Inoponibilidad de la personalidad jurídica que sólo puede declararse por Juez competente mediante acción judicial (Art. 17 LC).

Tampoco lo surtirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero.

5 Ley de Concurso Preventivo:

Art. 26.- Actos jurídicos inoponibles.- Son inoponibles frente a los acreedores, sin perjuicio de la nulidad que pudiera afectar los siguientes actos jurídicos que se hubieren celebrado dentro de los ciento ochenta días anteriores a la fecha de presentación de la solicitud del concurso:

- a) Todo acto que implique la transferencia de dominio o constitución de derechos reales, incluyendo cualquier tipo de fideicomiso mercantil, celebrados entre la compañía y sus administradores, comisarios, representantes o los cónyuges o parientes de éstos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
- b) Los actos señalados en el literal precedente celebrados por la compañía con sus socios o accionistas, o sus cónyuges o parientes de éstos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
- c) La constitución de garantías, cauciones, hipotecas, fianzas o fideicomisos mercantiles por deudas a favor de terceros, o propios por obligaciones originalmente no caucionadas;
- d) El pago por deudas no vencidas ni exigibles;
- e) Las daciones en pago o fideicomisos mercantiles de bienes necesarios para la actividad de la empresa; y,
- f) Los actos dispositivos a título gratuito.

Más allá de lo anterior creemos que por respeto a la seguridad jurídica, a la reserva de ley y al principio de legalidad previsto en el Art. 226 de la Constitución, debe eliminarse el Art. 37 o entendiendo la preocupación que tiene la SCVS reeditarlo completamente en función de las atribuciones que tiene el organismo de control conforme el Art. 432 y siguientes de la LC.

11) En cuanto a lo referente a las Juntas Generales y Asambleas no presenciales contempladas en el Art. 45 deben eliminarse. Aquello de crear una nueva especie de junta donde el representante legal pueda proponer a los socios o accionistas, la adopción de acuerdos directamente, instando a que emitan su voto sobre los puntos que formen parte del orden del día, a fin de evitar la instalación de la sesión formal, no tiene base legal. El art. 238.1 de la LC admite la posibilidad de juntas no presenciales, razón por la que debería eliminarse este comentario.

III

CONCLUSIONES

- Por lo expuesto, pensamos que el Reglamento en muchas disposiciones busca ponerse en concordancia con la LC, sobre todo a partir de las reformas derivadas de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías del 10 Diciembre de 2020.
- El Reglamento contiene disposiciones que en unos casos exceden las competencias propias de la SCVS; y, en otros, se incluyen innovaciones reglamentarias contrarias a la LC.

- Por lo anterior precisa determinadas reformas, tal cual se ha indicado.
- Finalmente sería recomendable que como el Reglamento busca regir tanto para sociedades limitadas, anónimas y SAS, la SCVS debería derogar los Arts. 17 al 34 del Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.) expedido por Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2020-0015

Guayaquil, Julio 31 de 2022

Dr. Roberto González Torre

Dr. César Coronel Jones

DE LOS “DERECHOS FUNDAMENTALES” Y DE LOS “DERECHOS GENERALES” DEL ACCIONISTA DE UNA COMPAÑÍA ANÓNIMA

Dr. Emilio Romero Parducci

DE LOS “DERECHOS FUNDAMENTALES” DEL ACCIONISTA DE UNA COMPAÑÍA ANÓNIMA

En el año 1964, la “primera Ley de Compañías”, en su Art. 174, ya trataba de los **“derechos fundamentales” del accionista**, en los cinco numerales que entonces ese artículo tenía.

El año siguiente, en el Registro Oficial del 23 de abril de 1965 se publicó la *primera gran reforma* de esa Ley de Compañías, en la que se aumentaron aquellos **“derechos fundamentales” del accionista**, y pasaron a ser contenidos en ocho numerales en el Art. 203 de aquella Ley.

Para destacar la **importancia** de aquellos “derechos fundamentales”, se agrega que, al final del susodicho nuevo Art. 203, la misma ley siguió conservando la advertencia de que, de aquellos derechos especiales, **al accionista “no se le puede privar”**.

Actualmente, es el Art. 207 de la Ley de Compañías el que contiene, en sus ocho numerales, los referidos **“derechos fundamentales”**, según se lee a continuación:

“Art. 207.- 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:

1. La calidad de socio;
2. Participar en los beneficios sociales, debiendo observarse igualdad de tratamiento para los accionistas de la misma clase;
3. Participar, en las mismas condiciones establecidas en el numeral anterior, en la distribución del acervo social, en caso de liquidación de la compañía;
4. Intervenir 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, Valores y Seguros, 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.

5. Integrar los órganos de administración o de fiscalización de la compañía si fueren elegidos en la forma prescrita por la ley y los estatutos;

6. Gozar de preferencia para la suscripción de acciones en el caso de aumento de capital;

7. Impugnar las resoluciones de la junta general y demás organismos de la compañía en los casos y en la forma establecida en los Arts. 215 y 216.

No podrá ejercer este derecho el accionista que estuviere en mora en el pago de sus aportes; y,

8. Negociar libremente sus acciones". (Las negrillas no son del original).

A propósito de los principios jurídicos contenidos en ese Art. 207, conviene destacar que los referidos **"derechos fundamentales del accionista"** constaron desde el principio en la primera Ley de Compañías en los artículos 174 y 203 de la misma.

Con todo lo antedicho se infiere, obviamente, que además de esos **"derechos fundamentales"**, también deben existir, como en efecto existen, los que podríamos llamar los **"derechos generales"** del accionista, que, siendo tales, eso sí, **no tendrían las características especiales que tienen los "derechos fundamentales"** mencionados ahora en el Art. 207 de la Ley de Compañías.

DE LOS "DERECHOS GENERALES" DEL ACCIONISTA DE UNA COMPAÑÍA ANÓNIMA

Y es en ese mundo donde encontramos los **"derechos generales"** del accionista, que se hallan contemplados, por ejemplo, en los siguientes artículos de la vigente Ley de Compañías.

Como es de suponerse, los referidos “derechos generales” de los accionistas se hallan regados en la Ley de Compañías, como se demuestra a continuación con los siguientes ejemplos:

Art. 15 (derecho a examinar los libros y documentos de la compañía relativos a la administración social);

Art. 25 (derecho a solicitar información financiera y demás documentos de la Compañía);

Art. 181 (derecho preferente para suscribir acciones en casos de aumentos de capital);

Art. 183.2 (derecho a que se les atribuya las acciones en estricta prorrata a su participación en el capital social);

Art. 206 (derecho a exigir el resarcimiento de daños y perjuicios);

Art. 209 (derecho de crédito para el cobro de los dividendos que les correspondan);

Art. 213 (derecho a pedir la convocatoria a una Junta General de Accionistas para tratar los asuntos que indiquen en su petición);

Art. 214 (derecho a denunciar los hechos que estime irregulares en la administración);

Art. 215 (derecho a impugnar los acuerdos de las juntas generales o de los organismos de administración adoptados fuera de la ley o del estatuto social);

Art. 221 (derecho a que sus créditos contra la Compañía no sean afectados por acuerdos de la junta general);

Art. 235 (**derecho** a solicitar la inclusión de asuntos en el orden del día de una Junta General ya convocada);

Art. 248 (**derecho** a obtener de la Junta General los informes relacionados con los puntos en discusión);

Art. 297 (**derecho** a que se les asignen las acciones que correspondan, en casos de capitalización de utilidades acumuladas de ejercicios anteriores y del propio ejercicio); y,

Art. 299 (**derecho** a participar con otros accionistas para solicitar a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros que designe un perito para la comprobación de la verdad del balance y demás documentos presentados por el administrador).

UN CASO PARTICULAR SOBRE UN "DERECHO GENERAL" DEL ACCIONISTA

Dicho todo esto, conviene tener presente, entonces, que hay casos previstos en la ley, en los que, mientras un accionista cualquiera **no puede ser privado de ninguno de los "derechos fundamentales"** referidos en los ocho numerales del Art. 207 de la Ley de Compañías, sí puede estar impedido, según la ley, de ejercer cualquiera de los otros derechos, es decir, de los **"derechos generales"** antes referidos, como ocurriría, por ejemplo, en los casos que podrían producirse por lo dispuesto en el numeral 1 del Art. 163 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, que, con respecto a los **"asambleístas"**, dice:

"Art. 163.- Prohibiciones a las y los asambleístas.-
Las y los asambleístas ejercerán una función pública

al servicio del país, actuarán con sentido nacional, serán responsables políticamente ante la sociedad de sus acciones u omisiones en el cumplimiento de sus deberes y atribuciones, y estarán obligados a rendir cuentas a sus mandantes. **Las asambleístas y los asambleístas no podrán:**

1. Desempeñar ninguna otra función pública o privada, ni dedicarse a sus actividades profesionales si son incompatibles con su cargo, excepto la docencia universitaria siempre que su horario lo permita”.

Y, por si acaso hubiere alguna duda con respecto a la *interpretación* de la norma antedicha, vale recordar que el numeral segundo del Art. 18 del Código Civil, en el Parágrafo 4o. del Título Preliminar, al tratar de la “**interpretación de la ley**”, dispone que “**Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras**”; con lo que, por ejemplo, aquello de “**no podrán desempeñar ninguna otra función privada**”, mencionado en el numeral primero de ese Art. 163, se entiende perfectamente al comprobar que la primera acepción que da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española sobre la palabra “**función**” es “**Capacidad de actuar propia de los seres vivos y de sus órganos**”.

Como fácilmente se comprenderá, la prohibición supradicha (sobre ejercer **funciones públicas o privadas**) implicaría que cualquier “**asambleísta**”, que sea accionista de una compañía anónima, por ejemplo, no podría ejercer, para beneficio propio, el derecho que concede el Art. 447 de la Ley de Compañías de **solicitar a la Superintendencia de Compañías que nombre un “delegado”** para que concurra a determinada Junta General de

Accionistas, porque ese derecho no es un "**derecho fundamental**" del *catálogo* referido en el Art. 207 de la Ley de Compañías, sino un simple "**derecho general**", que el "asambleísta" --por ser tal-- no puede ejercer, según la prohibición legal referida.

A propósito, con relación al supradicho *catálogo*, que nació en la primera Ley de Compañías de 1964, y que fue aumentado en el año 1965, es muy importante tener presente que cuando en el año 1971 se creó en la misma Ley de Compañías el entonces **nuevo derecho** de los accionistas a pedir a la Superintendencia de Compañías la concurrencia **de un delegado** para que asista a la Junta General de Accionistas, ese nuevo derecho no se lo incluyó en el *catálogo* de los "derechos fundamentales" del accionista, que ya existía, sino que pasó a ser un simple "derecho general" más de los accionistas, según el Art. 447 de la citada Ley.

Ergo, si el legislador ecuatoriano hubiera querido que ese **nuevo derecho** pase a ser un "derecho fundamental" más de los accionistas, simplemente lo hubiera incluido en el Art. 207, como un numeral más del mismo.

Por lo expresado hasta aquí, bien puede decirse que, grosso modo, al redactar el numeral 1 del Art. 163 de la vigente Ley Orgánica de la Función Legislativa, la clara intención del legislador fue la de que los "asambleístas" estén dedicados exclusiva y plenamente a los deberes propios de sus funciones, por lo menos durante las tradicionales cuarenta horas semanales mencionadas en el Art. 113 de esa misma Ley.

Y si además de lo expresado anteriormente se recuerda que el numeral 1 del citado Art. 163 dice que "las y los asambleístas no

podrán desempeñar ninguna otra función pública o privada”, resulta obvio que al legislador no le preocupó únicamente el *tiempo* dedicado al país de parte de los asambleístas, sino también el **correcto desempeño** de los mismos en todas sus demás actividades personales, como debería ser, *sin usos ni abusos del poder que ostentan*.

Y es en este punto, relacionado con semejante **prohibición**, donde las cosas podrían complicarse, porque el mundo de las “**funciones privadas**” que las personas particulares puedan desempeñar es realmente ilimitado; por lo que, para el caso que nos ocupa, la determinación de la respectiva “función prohibida” solo podría realizarse en cada caso particular del sujeto que estaría obligado a respetar la referida prohibición del citado Art. 163 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Y entonces tendríamos que enfrentarnos con todos esos casos ilimitados, entre los que destacamos los que serían más frecuentes, como el

del **simple empleado privado** de cualquier empresa, del **comerciante**, del **profesor de una escuela particular**, del **médico**, del **representante legal de una compañía de comercio**, del **accionista de una sociedad anónima**, etcétera.

Como se habrá advertido, he escogido a propósito los dos últimos casos, es decir, el del **representante legal de una compañía de comercio** y el del **simple accionista de una compañía anónima**, para destacar que en el primer caso, el del “representante legal”, creo que **no hay duda alguna** de que la

referida prohibición tendría pleno vigor, en razón de lo dispuesto entre los Arts. 251 al 273 de la Ley de Compañías, aclarándose, claro está, que las prohibiciones referidas en esos artículos son las prohibiciones generales para todos los administradores de la sociedad anónima, aparte de las "prohibiciones" específicas que para ellos --por otra parte-- establece el numeral 1 del Art. 163 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, anteriormente referido.

En cuanto al segundo caso, relativo al "accionista de una sociedad anónima", me parece que el tema no es tan simple, porque ese accionista tendría siempre --repito, "siempre"-- pleno derecho a ejercer ciertas actuaciones o actividades connaturales de su calidad de tal, como sería el caso de su participación en los beneficios sociales (dividendos) de la Compañía, **aunque no todas**. Y en esa línea, me parece que lo más sano y natural es reconocer a favor del accionista que se encuentra ostentando la calidad de "asambleísta" solamente los "***derechos fundamentales del accionista***", que se hallan enlistados en el Art. 207 de la vigente Ley de Compañías, con excepción --claro está-- del derecho descrito en el numeral 5 de ese mismo Artículo (de "integrar los órganos de administración o de fiscalización de la compañía", por lo dicho en el párrafo anterior).

Así las cosas, con todo lo antedicho, se puede decir que el "asambleísta" que también fuere "**accionista**" de una compañía anónima **no podrá solicitar a la Superintendencia de Compañías** --según el Art. 447 de la Ley de Compañías-- que designe y envíe a la Junta General de Accionistas (de la Compañía de que se trate) a un delegado suyo, no solo por la normativa general de que el "asambleísta" **no puede desempeñar ninguna otra función**

pública o privada, sino porque teóricamente sería muy fácil que ese “asambleísta”, abusando de su poder, podría estar muy tentado a presionar secretamente al correspondiente funcionario o al propio Superintendente de Compañías para que **su delegado** deje en el acta de la correspondiente Junta General alguna constancia oficial que acabe beneficiando indebidamente los intereses personales del “accionista-asambleísta”, en tal o cual tema que se debió resolver en la Junta General de Accionistas a la que dicho **delegado** acudió, según el pedido del “asambleísta- accionista”; con lo cual no se estaría cumpliendo el espíritu de la normativa general que es, como ya se dijo anteriormente, que, además de sus actividades oficiales como legislador, el “asambleísta” debe desempeñar sus actividades personales con toda normalidad, como debe ser, **sin usos ni abusos del poder que ostenta**.

Enero de 2023

EL CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD COMO REQUISITO PARA EL ACCESO A LA INFORMACIÓN POR PARTE DE SOCIOS O ACCIONISTAS

Dr. Rafael Brigante Guerra

I.- INTRODUCCIÓN

La “Ley de Modernización a la Ley de Compañías” (Tercer Suplemento del R. O. No. 347 del 10 de diciembre de 2020), introdujo una reforma al texto del artículo 15 de dicha ley, con la finalidad de introducir regulación adicional al derecho de acceso de los socios y accionistas a información y documentos de la sociedad.

La antedicha reforma presenta sin embargo algunos problemas que el presente trabajo se propone analizar, haciendo un especial enfoque al caso en que dichos problemas pueden provocar mayores situaciones de conflicto, como lo es el de una inminente reunión de la junta general de socios o de accionistas.

II.- EL TEXTO LEGAL PREVIO A LA REFORMA Y SU MODIFICACIÓN

El texto del artículo 15 de la Ley de Compañías, previo a la reforma de fines del año 2020, tenía el tenor siguiente:

Art. 15.- Los socios podrán examinar los libros y documentos de la compañía relativos a la administración social; pero los accionistas de las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, solo tendrán derecho a que se les confiera copia certificada de los balances generales, del estado de la cuenta de pérdidas y ganancias, de las memorias o informes de los administradores y comisarios, y de las actas de las juntas generales; asimismo, podrán solicitar la lista de accionistas e informes acerca de los asuntos tratados o por tratarse en dichas juntas.

Del texto, parece claro que la lógica de esta disposición se fundamenta en la inveterada distinción entre el funcionamiento de las compañías de personas y las de capitales, entendido que en las primeras, la administración le corresponde *naturalmente* a todos los socios (aunque están facultados a designar administradores), mientras que en las segundas, el socio opera como un suministrador de capital que no es administrador natural, aunque obviamente interviene con voz y voto en la designación o remoción de los mandatarios amovibles que administran: luego, esa distinción explicaría el acceso, bastante más amplio, que para este texto derogado tenían los socios de compañías cuyos capitales no estaban representados en acciones¹.

En todo caso, siempre fue interesante destacar que siendo como es un “híbrido” entre las sociedades de personas y las de capitales, el legislador, en este texto, incluyó al socio de la compañía de responsabilidad limitada dentro de los beneficiados con un acceso más amplio; mientras que no se ocupó de distinguir

¹ La disposición recoge las tres especies de compañías que, hasta fechas recientes, tenían todo o parte de su capital representado en acciones: anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta. A ese catálogo actualmente se le suma la sociedad por acciones simplificada.

el estatus diferenciado de los socios comanditarios en la compañía en comandita simple pues, aunque no poseen acciones, siempre ha quedado muy claro que estos socios solamente suministran capital y no son administradores naturales, estándoles más bien prohibido intervenir en la administración².

El texto actual opta por una línea diferente, considerando, al menos en apariencia³, que se debe priorizar el derecho de todo socio o accionista a estar informado sobre la marcha de la sociedad en que ha invertido, pues se ha decidido prescindir de distinciones basadas en la especie societaria, y para tal efecto se modifica el inciso único que tenía ese precepto legal, tomando como materia prima el texto de otro artículo que había sido previamente incluido en la normativa aplicable a la sociedad por acciones simplificadas al introducirse esa clase de compañía algunos meses atrás⁴. En efecto, un texto de tenor similar constaba ya incorporado a la ley en referencia a esa especie societaria, en el artículo innumerado septuagésimo quinto ("Acceso a la información societaria") de la Sección Innumerada inserta a continuación del Art. 317 de la Ley de Compañías.

Volviendo al Art. 15 de la ley, se observa que, además de la modificación al inciso primero, anteriormente único, se han insertado dos incisos adicionales, de tal forma que la disposición reformada dice lo siguiente:

2 Sobre el régimen y sistema administrativo de las compañías en comandita simple y por acciones remitimos al trabajo que el autor tiene publicado sobre dicho tema. BRIGANTE GUERRA, Rafael, "La sociedad en comandita simple y por acciones", en "Las otras clases de compañías en el Ecuador". Academia ecuatoriana de derecho societario, Ediciones Legales EDLE S. A., Quito, 2009, páginas 25 y siguientes.

3 La exposición de motivos de la ley no hace referencia específica al porqué de esta reforma.

4 Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, Suplemento del R. O. 151 del 28 de febrero de 2020.

Art. 15.- Los socios o accionistas podrán examinar todos los libros y documentos de la compañía relativos a la administración social. En especial, tendrán derecho a que se les confiera copia certificada de los estados financieros, de las memorias o informes de los administradores, así como de los informes de los comisarios y auditores, cuando fuere del caso, y de las actas de juntas generales; también podrán solicitar la lista de socios o accionistas e informes acerca de los asuntos tratados o por tratarse en dichas juntas.

Los socios o accionistas tienen el deber jurídico de guardar el debido sigilo respecto de los proyectos de propuestas, estrategias empresariales o cualquier otra información no divulgada, a la que tuvieren conocimiento mediante este mecanismo de garantía de acceso a la información. La compañía podrá, de creerlo conveniente, requerir al socio o accionista solicitante la suscripción de convenios de confidencialidad para efectos del acceso a la información respectiva.

Salvo autorización expresa de la compañía por escrito, los socios o accionistas que hubieren tenido acceso a la información descrita en el inciso precedente se abstendrán de reproducirla, utilizarla, explotarla o entregársela a terceros, bajo las responsabilidades administrativas, civiles y penales que, como derivación de dichas prácticas, pudieren concurrir.

Algo que resulta evidente del texto de esta disposición es que por virtud de ella, se puede dar un peculiar escenario, en el que una persona –socio o accionista de una sociedad– eventualmente se ve en la necesidad de “suscribir convenios de confidencialidad” para acceder a determinada información; y eso significa que, a

simple vista, la compañía titular de la información, si así lo desea (lo considera "conveniente") puede exigirle al sujeto, a quien *esta misma disposición ya le ha impuesto un deber de reserva*, que *contraiga esa misma obligación* mediante un acto jurídico voluntario, so pena de ver impedido el acceso a tal información.

Como esta disposición determina que, en ciertas circunstancias, el acceso del socio o accionista a determinada información parece estar condicionado a que suscriba estos convenios de confidencialidad a los que alude el inciso segundo, es factible –y hasta previsible– que determinadas administraciones (especialmente si existen pugnas entre bandos de socios o entre los administradores y aquellos), opten por exigir determinadas condiciones que, por ilegales o abusivas, generen una renuencia de los socios o accionistas a suscribir tales convenios, a sabiendas de que no existirá tiempo para que la disputa sea dirimida por un órgano judicial o arbitral a corto plazo, lo cual puede ser especialmente problemático si el acceso a la información se está solicitando para una reunión de junta de socios o de accionistas en fechas cercanas, al punto que, sea que la compañía o su administración lo busquen o no, el requisito del convenio se termine convirtiendo en un elemento de boicot a determinados socios o accionistas.

La posibilidad de que se produzcan situaciones de abuso en este escenario es especialmente llamativa si, como insistimos, el legislador ya le ha impuesto a los socios un deber de confidencialidad, lo que hace que a rasgos generales existan argumentos para sostener que la exigencia de estos convenios no solamente es impráctica sino que además no parece tener suficiente justificación, y que más que exigir celebración de convenios para que el socio o accionista contraiga una obligación que ya le impone la ley, hubiese sido deseable que el propio legislador deje

regulados los alcances e incluso los efectos de la violación de dicho deber de confidencialidad, de tal manera que sea la normativa la que regule tales cuestiones⁵.

En ese sentido, aunque puedan parecer exageradas estas explicaciones, no está demás tener en cuenta que en este tipo de escenario existe un evidente desequilibrio en lo que podríamos llamar la relación costo-beneficio: una de las partes de este convenio, la compañía, es la que a su solo criterio puede exigir que se lo celebre, pero a fin de cuentas, el no celebrarlo, sea porque el socio considera inaceptables sus cláusulas o por cualquier otro motivo, es algo que a la compañía *no le acarrea ninguna consecuencia*; y, al contrario, le sirve de argumento para negar acceso a información que posiblemente suscite preguntas u observaciones de los socios o accionistas; mientras que la otra parte, el socio o accionista, resulta que si no quiere suscribir el convenio, por ser inaceptable o por lo que sea, se queda sin posibilidad de acceder a información que tiene derecho a conocer, por más reserva que deba tener sobre su contenido, y recordando que a fin de cuentas ya es la ley la que le impone el deber de no divulgar la información y no el convenio a ser eventualmente suscrito.

III.- EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD DEL SOCIO O ACCIONISTA COMO OBLIGACIÓN IMPLÍCITA Y EXPLÍCITA

A pesar de que la reforma al Art. 15 de la Ley de Compañías ha detallado de manera explícita el deber de confidencialidad de los socios y accionistas de las compañías, no está demás indicar que, previo a la puesta en vigencia de la reforma, ya existía en nuestro

5 En pasajes posteriores de este trabajo se mencionarán algunos esfuerzos que ha hecho el ente de control societario por regular la situación mediante disposiciones reglamentarias expedidas hace relativamente poco tiempo.

ordenamiento normativa que, si bien de manera implícita, implica que los socios o accionistas, al ser integrantes de una sociedad y estar vinculados por una relación contractual y de negocios con los restantes socios y la propia persona jurídica, tienen la obligación de mantener reserva sobre información sensible, lo cual se desprende, principalmente, de los siguientes textos normativos:

En primer lugar, puesto que media relación contractual, debe aludirse al denominado “postulado de la buena fe”, propio de todos los contratos, en los términos que consagra el Código Civil en su Art. 1562:

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

Este precepto legal establece en términos muy amplios la necesidad de que la ejecución de las obligaciones emanadas de los contratos se verifique de una manera *leal*, acorde con la buena fe, “con intención recta y positiva”⁶. En referencia al contrato de sociedad, su celebración implica que, como efecto del contrato, todo socio está obligado a ser leal no solamente con sus consocios sino también con la sociedad.

Esta última aseveración es fácilmente comprobable, pues en el caso concreto del contrato de sociedad, se observa que el Código Civil⁷, cuya normativa es supletoria de los preceptos de la

6 OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, “Teoría general del contrato y del negocio jurídico”, 5ª edición, Editorial Temis S. A., Bogotá, 1988, páginas 331 y siguientes.

7 Ley de Compañías, Art. 1, inciso segundo.

Ley de Compañías, consagra la obligación de los socios de *velar por los intereses sociales como buen padre de familia*⁸; aspecto que aparece regulado en distintas disposiciones, destacándose muy especialmente el Art. 1997 de dicho Código, que implica que el socio debe resarcir todo perjuicio que, hasta por culpa leve, le irrogue a la sociedad, siendo obvio que dicho concepto incluye los que se provoquen por faltas al deber de manejar con diligencia la información sensible que llegue a sus manos. Adicionalmente, el Código Civil inserta varias disposiciones expresas adicionales, en las que toma una serie de recaudos encaminados a prevenir situaciones de conflicto de interés, dentro del marco de este deber de lealtad que tiene el socio para con la compañía.

De hecho, el ordenamiento ecuatoriano es prolijo en la inserción de reglas encaminadas a reforzar los deberes de fidelidad o de lealtad, ora de los socios, ora de los administradores, frente a la compañía, incluyendo –con énfasis en el caso de las sociedades de personas– prohibiciones a los socios de competir con las compañías que integran, todo lo cual se puede apreciar en los siguientes ejemplos, tomados de la normativa dedicada a distintas especies societarias, civiles y mercantiles:

- En la sociedad colectiva civil, renuncia de mala fe el socio *que lo hace por apropiarse una ganancia que debía pertenecer a la sociedad* (Art. 2015 del Código Civil).
- En la compañía comercial en nombre colectivo, el socio está impedido de *tomar interés en otra compañía que tenga el mismo fin ni hacer operaciones por su propia cuenta, ni por la de terceros, en la misma especie de comercio que*

8 MEZA BARROS, Ramón, "Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones". Editorial Jurídica de Chile. 8ª edición. Santiago. 2002, Tomo I, páginas 333 y siguientes.

hace la compañía, sin previo consentimiento de los demás socios (Ley de Compañías, Art. 54, literal b). Esta misma obligación recae en los socios administradores de las compañías en comandita simple (Ley de Compañías, Art. 64) y en comandita por acciones (Art. 307). En estos casos, la sociedad puede incluso tomar como suya la operación en los términos que señala el Art. 56.

- El Art. 82 de la Ley de Compañías prevé causales para la exclusión de los socios colectivos o comanditados, incluido el caso de incumplimiento grave de las obligaciones sociales, lo cual puede incluir situaciones de deslealtad o de infidencia. Se destaca que otras disposiciones de la Ley de Compañías hacen extensiva la posibilidad de aplicar esta causal de exclusión a socios de las compañías de responsabilidad limitada (Art. 118, literal j) y a accionistas de sociedades por acciones simplificadas (artículo innumerado sexagésimo noveno de la Sección Innumerada inserta a continuación del Art. 317 de la Ley de Compañías).
- Los administradores de la sociedad anónima, y por extensión de las otras especies societarias que se rigen por la normativa de aquellas, tienen el denominado “deber de lealtad” en los términos que describe el artículo insertado como 262.1 por la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, mismo que impone, entre otros aspectos, un deber de confidencialidad (literal b) y la de adoptar medidas para prevenir situaciones de conflicto de intereses (literal e).

Adicional a esta serie de reglas, tomadas del Código Civil y de la Ley de Compañías, debe recordarse que el ordenamiento

jurídico nacional tiene consagrada, en términos generales, la obligación de mantener la debida reserva y hacer un uso adecuado de la información no divulgada o secreto empresarial respecto de toda persona que toma conocimiento de la información en razón de su empleo, ejercicio profesional o relación de negocios, siendo bastante obvio que en ese ámbito se debe entender que está incluido el socio o accionista de una compañía.

El actual "Régimen Común sobre Propiedad Industrial" de la Comunidad Andina de Naciones (Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, R. O. 258 del 2 de febrero de 2001), consagra esta obligación en los términos que figuran de su Art. 265:

Art. 265.- Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a un secreto empresarial sobre cuya confidencialidad se le haya prevenido, deberá abstenerse de usarlo o divulgarlo, o de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que posea dicho secreto o de su usuario autorizado.

Esta última regla aparece en términos bastantes similares en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuyo Art. 27 contiene una descripción, no taxativa, de distintas prácticas desleales prohibidas, entre las cuales, el numeral 7 se ocupa de la temática de la revelación de secretos y del manejo de la información no divulgada, indicando, en relación al tema aquí en análisis, que *"toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a una información no divulgada, deberá abstenerse de usarla y de divulgarla, sin causa justificada, calificada*

por la autoridad competente, y sin consentimiento del titular, aun cuando su relación laboral, desempeño de su profesión o relación de negocios haya cesado”.

Las disposiciones legales aquí señaladas, corroborarían que las reformas efectuadas a la Ley de Compañías en febrero y en diciembre de 2020 no han servido realmente para “crear” o “instituir” un deber de confidencialidad a cargo del socio o accionista, sino en todo caso para hacerlo explícito, si se quiere, de forma que permite sostener que se trata de algo textualmente dicho por la ley. En todo caso parece claro que casos anteriores a la puesta en vigencia del texto del actual Art. 15 de la Ley de Compañías no podrían ser considerados como una situación no regulada o de laguna.

Sin perjuicio de lo anterior, se reitera, a fecha actual, la obligación de confidencialidad del socio o accionista en referencia a la información sensible de la compañía que integra ha quedado explicitada en el texto reformado del Art. 15 de la Ley de Compañías, que previamente se ha transcrito.

IV.- CASOS EN QUE ES NECESARIO CELEBRAR EL CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD. PRESUPUESTOS EN QUE SE HACE EXIGIBLE LA CELEBRACIÓN

Se ha venido insistiendo a lo largo del presente trabajo, en el problema conceptual y práctico que suscita el texto de la disposición del Art. 15 de la Ley de Compañías, cuya redacción incluso se observa que plantea algunos interrogantes que se intentará analizar en líneas posteriores. A la necesidad que tiene la compañía de preservar sus secretos empresariales, se le contrapone el elemental derecho que tiene el socio o accionista

de acceder a dicha información, no solo para el examen de la buena o mala marcha de los negocios sociales, sino también de singular importancia para poder intervenir debidamente en procesos de toma de decisiones, entendido que lo ideal es que dichas decisiones sean, justamente, *informadas*.

En ese sentido, se observa que la hipótesis normativa que esboza el Art. 15 de la Ley de Compañías regula un derecho de acceso a la información *cuyo ámbito de aplicación no es exclusivo para el caso de convocatorias a juntas generales o de otros órganos gubernativos*, aunque es innegable que ese es el escenario de mayor interés práctico, entendido que los socios o accionistas normalmente querrán informarse como antecedente de las cuestiones que se les van a someter a votación.

En ese sentido, según la disposición legal en análisis, si el socio o accionista quiere examinar información no divulgada o secretos empresariales, sea o no como antecedente de estar convocado a una junta general, la compañía podrá establecer, si lo estima conveniente, la exigencia de que para tal efecto suscriba el convenio de confidencialidad (aunque se insiste en que el socio o accionista ya está obligado a dicha confidencialidad por mandato expreso de la ley).

Y aunque se redacta el presente trabajo teniendo en mente que pueden darse las dos situaciones aquí mencionadas (esto es que medie o no medie la convocatoria a la junta), aparece claro que el caso de existir una convocatoria es el que reviste un mayor interés y el que presenta mayores probabilidades de que se suscite un conflicto pues, como es obvio, entre la convocatoria y la reunión solamente media un número preestablecido de días (relativamente corto, además), lo que significa que la eventual discusión y aceptación por ambas partes del contenido del

proyectado convenio debe lograrse dentro de ese tiempo limitado, e idealmente con una antelación razonable, para que se pueda examinar la información.

En principio, la normativa legal e infralegal sobre la convocatoria y celebración de juntas generales le garantiza al socio o accionista el derecho de empaparse de la información a ser materia de discusión y eventualmente de voto en las sesiones de los órganos de gobierno de la compañía que se convoquen; aspecto que las disposiciones de la Ley de Compañías, a fecha actual, delega a la reglamentación que para el efecto expida la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, conforme se aprecia en el texto de los Arts. 119 y 236.

Sucesivos reglamentos se han ido expidiendo para regular las reuniones de junta general de socios o de accionistas de compañías, siendo repetido en las sucesivas reglamentaciones la inclusión del requisito de indicar a los convocados el lugar o medios a través de los cuales podrán acceder a los documentos a ser discutidos en la reunión, de tal manera que los involucrados puedan tener la información suficiente para intervenir en las sesiones⁹. El actual reglamento es el que fue expedido mediante Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2022-0010, promulgada en el Segundo Suplemento del R. O. 99 del 6 de julio de 2022 (“Reglamento sobre Juntas Generales o Asamblea General de Socios y Accionistas de las Compañías de Responsabilidad Limitada, Anónimas, en Comandita por Acciones, de Economía Mixta y Sociedades por Acciones Simplificadas”, en adelante “el Reglamento” o “el Reglamento de Juntas Generales”). Este requisito de obligatoria inclusión en la convocatoria, que, como

⁹ Debe recordarse que, en casos puntuales como el que describe el Art. 248 de la Ley de Compañías, el hecho de que alguno de los accionistas considere que no se encuentra suficientemente informado, puede conllevar un diferimiento de la sesión.

ya quedó indicado, ya aparecía en reglamentos anteriores, figura expresamente mencionado en el literal f) de su artículo 3:

Art. 3.- Contenido de la convocatoria.- La convocatoria contendrá:

[...]

f) El lugar y forma en que puede obtenerse el texto completo de los documentos que serán conocidos en la junta general o asamblea de accionistas. En caso de que la junta o asamblea vaya a conocer los asuntos a los que se refiere el numeral 2 del artículo 231 de la Ley de Compañías, deberá constar la dirección precisa y exacta del local en el que se encuentran a disposición de socios o accionistas los documentos señalados en el artículo 292 de la misma ley, así como la indicación de que la exhibición de tales documentos está llevándose a cabo con quince días de anticipación a la fecha de celebración de la junta o asamblea que ha de conocerlos; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 de este reglamento;

Se observará que en su parte final se hace una referencia a que esta disposición se aplica "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4" del mismo Reglamento. Ello ocurre porque el mencionado Art. 4 ha querido complementar, la disposición anterior, indicando que el socio o accionista, propiamente, tiene derecho a *recibir* los documentos en la convocatoria, excepto si se contienen información confidencial. La redacción es como sigue:

Art. 4.- De la información relacionada con los asuntos del orden del día.- Los socios o accionistas y los comisarios (en caso de haberlos), tienen derecho a que el administrador facultado estatutariamente, les remita adjunto

al correo electrónico de notificación de la convocatoria, la información referente a los temas a tratar en la junta o asamblea, con los correspondientes justificativos de respaldo y las pertinentes propuestas; de ser el caso, con la única limitación de aquella cuya confidencialidad esté protegida por la Ley, a la cual igualmente tendrán acceso, pero en la sede social y bajo los resguardos previstos en la Ley de Compañías.

Los socios o accionistas son responsables de guardar el debido sigilo respecto de los proyectos de propuestas, estrategias empresariales o cualquier otra información no divulgada por la compañía a las que tuvieren conocimiento mediante este mecanismo de garantía de acceso a la información, y no podrán usarlos ni reproducirlos en forma alguna, bajo las responsabilidades civiles y penales a las que hubiere lugar.

La sociedad podrá requerir la suscripción de convenios de confidencialidad para efectos del acceso a la información respectiva.

No se podrá invocar que se guarde sigilo, reserva o confidencialidad por parte de los socios o accionistas con respecto de la información señalada en el primer inciso del artículo 15 de la Ley de Compañías, ni en aquellos casos en que estos deban tratar o acordar la remoción de los administradores o ejercer acción de responsabilidad en contra de los últimos; o, independientemente de cualquier actuación en junta o asamblea, donde se platee [sic] una denuncia societaria ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, conforme al reglamento respectivo.

Parece claro que la intención del reglamento, en este punto, es prevenir la posibilidad de que la administración de la compañía le ponga trabas excesivas al acceso a la información puesto que, como se observa, esta disposición, con acierto, parte de la premisa de que no toda la información a ser examinada por el socio o accionista se debe considerar como "no divulgada" o como un secreto empresarial, ni el acceso a esa información debería, en principio, verse condicionado a la suscripción de convenios de confidencialidad. Es evidente que este articulado intenta anticiparse a este tipo de discusiones, posiblemente basándose en experiencias reales.

Sea como fuere, y más allá del texto de estos artículos reglamentarios, es en este punto en que se gesta el riesgo, alto, de fricciones entre los socios o accionistas y la compañía, pues el ya referido Art. 15 de la ley indica que, ante la eventualidad de que como producto de este acceso a la información se tome conocimiento de "proyectos de propuestas, estrategias empresariales o cualquier otra información no divulgada", si la compañía lo considera "conveniente", puede "requerir al socio o accionista solicitante la suscripción de convenios de confidencialidad para efectos del acceso a la información respectiva".

La existencia de esa información reservada sin duda puede ser real, e incluso si la compañía cumple escrupulosamente con los dictados del Reglamento, pueden existir casos en que genuinamente el socio o accionista, incluso habiendo recibido la información y los documentos, necesite examinar información a la que, por ejemplo, se remiten los documentos que ha recibido, o que sea necesaria para entender de una manera más completa la situación.

Pero tampoco se pueden descartar posibles casos en que la necesidad del socio o accionista de visitar las oficinas de la compañía, para poder obtener la información que necesita, se genere por causas provocadas por la propia compañía que, por ejemplo, omite remitir información adjunta a la convocatoria, o invoca una supuesta "reserva" como argumento para retener o no mostrar la documentación, ni siquiera la que no se encuentra sujeta a secreto o reserva, como un mecanismo para estorbar el acceso a la información, poniendo al socio o accionista en la necesidad de acudir al lugar que se le indique y condicionado a la firma de un convenio de confidencialidad preparado precisamente en términos poco aceptables, todo ello para crear artificialmente un panorama de menor transparencia.

En ambas situaciones, especialmente si se trata de maniobras de la propia compañía, parece claro que el socio o accionista, se encuentra en una situación de muy clara desventaja porque, como se ha venido diciendo, *si no suscribe el convenio no le será permitido examinar la información a tiempo, pero en cambio a la compañía no le acarrea ninguna consecuencia la falta de suscripción, más allá de evitarse que un socio o accionista, quizás hostil, se quede sin ver la información.* Siendo que la compañía es la que decide unilateralmente que es necesaria la suscripción del convenio, y siendo que no tiene nada que perder en realidad a falta de acuerdo, se encuentra en una posición sumamente cómoda para imponer el contenido que le parezca, e incluso para insertar requisitos o términos inaceptables o de plano ilegales, confiando en que la otra parte no cuenta con tiempo suficiente para que el conflicto sea dirimido con antelación suficiente a que se celebre la reunión.

El Art. 15 de la Ley de Compañías ha depositado en la sociedad la decisión de requerir o no requerir la celebración de esta clase de convenios. Sobre este punto, como parte de los varios desafíos de aplicación que plantea el texto, se observan dos aspectos de interés:

- Primeramente, destacar que el texto del Art. 15 propiamente señala que esta es una decisión que le compete a "la compañía", lo cual hace, al menos debatible, que la atribución para decidir sobre la exigencia de este requisito le competa a los administradores, más aun cuando dichos administradores son quienes pueden verse tentados a obstaculizar el acceso a la información. La lectura del Art. 15, matizada de esa forma, apuntaría a que por "compañía" debemos entender que la decisión de requerirle a los socios o accionistas la celebración del convenio le debería corresponder a la junta de accionistas como órgano de expresión de la voluntad social. En todo caso la disposición no aclara esto de manera suficiente y, en la práctica, sobre todo ante la urgencia o inminencia de reuniones como la de las juntas ordinarias que conocen y resuelven sobre el ejercicio anual, es posible que no se tome este recaudo de convocar previamente a los socios o accionistas para que adopten esta decisión, caso en el cual básicamente se trata de algo que han decidido los administradores, por su propia iniciativa.
- La ley tampoco impone mayores requisitos a la compañía para adoptar esta decisión, pues lo que indica la disposición del Art. 15 es que se podrá requerir la celebración de estos convenios "de creerlo conveniente". No se dan parámetros para "calificar" esta conveniencia, más allá

de la apreciación subjetiva de la compañía (¿Los socios reunidos?, ¿Los administradores?). En todo caso, estas razones de conveniencia deberían ser invocadas por la compañía al momento de adoptar tal decisión y, se añade, es prudente y recomendable motivar la decisión, para el evento de que la misma quede sometida al escrutinio de la autoridad de control o incluso del órgano judicial.

V.- OBJETO Y ÁMBITO DEL CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD

Aunque la Ley de Compañías no da una definición de lo que entiende por “convenio de confidencialidad”, ni explica cuál es el objeto de estos convenios, resulta bastante obvio que su propósito y razón de ser es preservar el secreto empresarial de la compañía. El socio o accionista que lo suscribe, entendemos, se compromete y obliga a no divulgar ni hacer un uso ilegítimo de la información, datos o documentos a la que está accediendo.

De todas maneras, como se ha venido comentando en el presente trabajo, lo curioso en este caso es que la obligación de guardar dicha reserva, *ya se encuentra instituida por la ley*. La parte inicial del segundo inciso del Art. 15 señala en efecto que “*los socios o accionistas tienen el deber jurídico de guardar el debido sigilo respecto de los proyectos de propuestas, estrategias empresariales o cualquier otra información no divulgada, a la que tuvieren conocimiento mediante este mecanismo de garantía de acceso a la información*”; y es justamente por eso que este requisito de la firma de un convenio de confidencialidad aparece como artificioso e innecesario, a más de ser fuente de potenciales conflictos como los que se han referido en el presente trabajo.

Por lo dicho, a pesar de que la vocación de todo contrato es la de hacer nacer obligaciones, el convenio de confidencialidad en sí mismo no es necesario para “constituir” la obligación de guardar reserva –que nace de la ley– pues, caso contrario, tendríamos que afirmar, contra texto legal expreso, que esa obligación de guardar reserva recién surge a partir de, y como efecto de la suscripción de los convenios. Parece claro que ello no es cierto.

Otro aspecto a resaltar es el ámbito que se entiende abarcado por el convenio de confidencialidad, cuya función, como es obvio, no es imponer un deber de reserva respecto de toda la información a ser recibida por el socio o accionista, sino propiamente *respecto de los proyectos de propuestas, estrategias empresariales o cualquier otra información no divulgada, a la que tuvieren conocimiento.*

En ese sentido, acierta el Reglamento de Juntas Generales (Art. 4 inciso final), al expresar que *“no se podrá invocar que se guarde sigilo, reserva o confidencialidad por parte de los socios o accionistas con respecto de la información señalada en el primer inciso del artículo 15 de la Ley de Compañías”*; pues resulta un contrasentido exigir confidencialidad respecto de documentación que la compañía se encuentra obligada a divulgar. En este caso, lo señalado por el Reglamento implica, por una parte, que la compañía no puede negarse al acceso a esos documentos, o condicionarla a la suscripción del convenio, pero asimismo implica que si el socio o accionista comunica el contenido de esa documentación a terceros, no puede interpretarse esa conducta como una infracción a sus obligaciones de guardar reserva.

La puntualización anterior ha sido necesaria por cuanto, si se prosigue la lectura del Art. 4 del Reglamento, se observa que

a criterio de la entidad de control, la compañía tampoco podría invocar confidencialidad (y por ende tampoco alegar violación de la reserva, o del convenio) *“en aquellos casos en que estos deban tratar o acordar la remoción de los administradores o ejercer acción de responsabilidad en contra de los últimos; o, independientemente de cualquier actuación en junta o asamblea, donde se platee [sic] una denuncia societaria ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, conforme al reglamento respectivo”*.

Llevado este texto reglamentario a un escenario práctico, significa que, en principio, no viola su deber de confidencialidad el socio o accionista que mociona la remoción del administrador, fundado en hallazgos efectuados vía la revisión de esta información secreta; ni tampoco estaría violentando su obligación legal (o la que “asume” por el convenio), si funda una denuncia societaria en tales hallazgos.

En todo caso, una aplicación indiscriminada de estas “excepciones” puede llevar a situaciones problemáticas, porque la redacción del Art. 4, siendo como es poco clara, debió aclarar que estas situaciones no deben ser entendidas como que dan una carta blanca para divulgar los secretos de la compañía a todo nivel, sino propiamente en el contexto de estos escenarios (como fundamento de una moción, un voto o una denuncia), y sin incurrir en una divulgación indiscriminada de sus hallazgos.

VI.- ¿INUTILIDAD DEL CONVENIO?

Se ha indicado que el “efecto” del convenio no es hacer “nacer” en el socio la obligación de guardar reserva, la cual nace de la ley. Por eso en el presente trabajo se ha indicado que, en primera

instancia, la exigencia del convenio en la forma que establece la Ley de Compañías se antoja artificiosa o innecesaria.

Pero no cabe tampoco una posición radical en contra de la posibilidad de celebrar estos convenios, entendido que la decisión de la compañía obedece a antecedentes razonables y que ha sido adoptada en forma oportuna, idealmente por su órgano supremo de gobierno. Y es que parece claro que, aunque el convenio propiamente no crea la obligación del socio o el accionista de guardar la reserva, el convenio en cambio puede servir para que las partes regulen ciertos aspectos no esenciales, entre otros:

- Insertar cláusulas penales para cuantificar el perjuicio causado en caso de infracción;
- Señalar domicilio para la solución de controversias, o incluso someter las mismas a un arbitraje, o hacer extensivos los efectos de la cláusula de solución de controversias insertada en el contrato de sociedad, de haberla;
- Establecer el costo de la obtención de copias de documentos, en caso de requerirlas el socio o accionista;
- Delegar a la persona o personas autorizadas a mostrar o examinar la información, haciéndoles extensivas las obligaciones de guardar la reserva.
- Señalar un horario o un protocolo de concertación de citas para el examen de la información;
- Etc.

Es preciso insistir en que todas estas estipulaciones que hemos ejemplificado, se refieren a cuestiones *no esenciales* (propiamente diríamos que se trata de elementos *accidentales* que las partes insertan al contrato, siguiendo la terminología del Art. 1460 del Código Civil). Por eso mismo se reitera que, aunque el convenio puede servir como vehículo para instrumentar estos y otros acuerdos, el hecho cierto es que, en lo medular, esto es la institución del deber de confidencialidad o de reserva, resulta innecesaria su celebración, porque dicho deber ya existe, y ya lo tiene el socio o accionista, sea que se suscriba o no el convenio.

En cambio, debe tenerse especial cuidado en prevenir que a través del contenido del acuerdo se inserten trabas injustificadas con miras a estorbar o virtualmente impedir el ejercicio del derecho del socio a acceder a la información, especialmente si existe premura por acceder a ella por ser inminente una reunión de la junta general, o por ser determinante en la toma de eventuales decisiones. Esta reflexión es importante porque como ya se ha indicado, la compañía no tiene mayor presión o estímulo en lograr que se celebren estos convenios, lo cual le confiere un excesivo poder de decisión en lo tocante a su contenido y su texto, por lo que a la compañía le resulta relativamente fácil exigir la inclusión de cláusulas abusivas para intentar desnaturalizar los fines perseguidos por el legislador. Aunque se hace imposible incluir en este trabajo un listado completo de todas las situaciones imaginables, si podemos proporcionar algunos posibles ejemplos:

- Es abusiva la cláusula que pretende extender la reserva o confidencialidad a toda la información y documentación (en ese sentido, ya se ha visto que el propio Reglamento intenta regular esta posible conducta abusiva).

- Las que impliquen una renuncia del socio o accionista a ejercer sus derechos a presentar mociones o a fundar su voto en los hallazgos efectuados o que envuelvan cualquier condicionamiento de su voto.
- Las que impongan condiciones gravosas o excesivamente onerosas para el ejercicio del derecho de acceso a la información: cargos por valores excesivos en la obtención de copias, cobros por rubros tales como costos administrativos u otros conceptos, horarios incómodos o poco razonables para la revisión, imposición del ejercicio del acceso a información en lugares poco accesibles (entendido que la compañía, entre varias oficinas o sedes elige deliberadamente la de más difícil acceso);
- Las discriminatorias, esto es, condiciones que selectivamente se le imponen a ciertos socios y accionistas pero no a los demás.
- Las que velada o abiertamente insertan liberaciones de responsabilidad a la administración o a los ejecutivos de la compañía por las gestiones reflejadas en los documentos.
- Las que envuelvan algún tipo de renuncia a determinados derechos, como condición para acceder a la información;
- Etc.

VII.- A MANERA DE CONCLUSIÓN

Idealmente, es mediante una reforma legal que se puede replantear el esquema que presenta, hoy por hoy, el Art. 15 de la Ley de Compañías, más allá de los esfuerzos del Reglamento de Juntas

Generales para tratar de aclarar la situación, con las limitantes que suele tener la normativa infralegal en su falta de idoneidad para reformar o alterar el texto que es materia de reglamentación.

En ese sentido, y como se ha venido expresando en el presente trabajo, una eventual reforma podría, creemos que sin mayores repercusiones, eliminar el repetitivo y artificioso requisito de la suscripción de un convenio que, a fin de cuentas, solamente sirve para que el socio o accionista que lo suscriba declare que tiene una obligación que ya la propia ley ha instituido.

La eventual facultad de las partes de dotarse de reglas accidentales para el ejercicio de este derecho, no debería continuar sujeta al arbitrio de una sola de ellas, especialmente cuando la parte sobre la que recae la decisión se encuentra en una situación de clara ventaja.

Con o sin convenio, el ordenamiento jurídico proporciona herramientas a la compañía para ejercer acciones y reclamar los perjuicios que le cause cualquier falta de sus integrantes a la obligación de usar en la forma debida la información sensible que obtenga.

Guayaquil, enero de 2023

EL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE NO PUEDE SUJETARSE A CONDICIÓN O MODALIDAD ALGUNA

Dr. Roberto Salgado Valdez

I.- ANTECEDENTES

El aumento de capital social de una Compañía, en numerario, debe realizarse cuando ella requiere necesariamente de esos recursos y no puede mal utilizarse, de un modo encubierto, en perfecto **abuso del derecho**, como un mecanismo para perjudicar a accionistas **diluyendo** su participación proporcional en el capital social de la Compañía, motivo por el cual la Ley de Compañías, en el artículo 207, establece que un derecho fundamental del accionista, sea mayoritario o minoritario, **del cual no se le puede privar**, es el **derecho de preferencia**.

Así lo confirma la Doctrina número 77 emitida por la Superintendencia de Compañías:

“¿Puede sacrificarse el derecho preferente?”

La respuesta es negativa en el Derecho Ecuatoriano, porque el derecho preferente es un derecho fundamental que tiene cada accionista de una Compañía Anónima, del cual no se le puede privar (artículo 220 de la Ley de

Compañías, y porque todo acuerdo que pretenda suprimir ese derecho, a pesar de la prohibición susodicha), por más que provenga de la misma Junta General de Accionistas, en nulo y sin ningún valor, de conformidad con el inciso final del artículo 234 de la Ley de Compañías -actualmente el 221- (y de acuerdo con el artículo 9 del Código Civil en concordancia con el numeral 4° -objeto ilícito- del artículo 298 -actualmente el 256- de la antedicha Ley". A lo que nosotros agregaríamos al artículo 247, numeral 4°, que establece que las resoluciones de una Junta General son nulas cuando tuvieren un objeto ilícito, como es el caso.

No está por demás señalar, como lo establece esa Doctrina que *"Finalmente, el inciso tercero del artículo 234 -actualmente el 221- de la misma Ley de Compañías dice que "También serán nulos, salvo en los casos en que la Ley determine (otra cosa) los acuerdos o cláusulas que supriman derechos conferidos por la Ley a cada accionista".*

No está por demás señalar lo que establece la Doctrina 104 de la misma Institución del Estado:

"... ese derecho no puede ser desconocido ni aún por resolución unánime de la Junta General de Accionistas de la Compañía, a menos que la decisión haya sido adoptada con el voto conforme de la totalidad del capital pagado de la compañía ya que tal decisión entrañaría el consentimiento del propio accionista afectado por ella".

Por lo señalado, hemos considerado pertinente realizar un análisis con respecto a un caso práctico que se ha presentado y que corresponde aclararlo académicamente en beneficio de la correcta interpretación de lo que constituye el legítimo ejercicio

del derecho de preferencia en base a la celebración de un contrato de suscripción de acciones, particulares que deben ser protegidos por el órgano de control, como le exige la Ley de Compañías.

1.1. Derecho de preferencia

Aníbal Sánchez Andrés en su obra "El Derecho de Suscripción Preferente del Accionista", Editorial Cívitas S.A., Madrid 1990, en la página 74, se refiere a los presupuestos económicos del derecho de suscripción, analizando las consecuencias que produce el aumento de capital, tanto en el valor de la acción como en la posición jurídica de los accionistas, manifestando:

"Planteada la cuestión en estos términos, el reflejo más general y evidente que toda ampliación de capital produce es la pérdida de sustancia que la acción sufre tras el aumento. Se trata de un empobrecimiento más o menos intenso que en expresión ciertamente poco feliz, pero que traduce adecuadamente su significado, podríamos designar como el "aguamiento" del valor de la acción, cuyo contenido económico se diluye como consecuencia de la concurrencia sobre el patrimonio social de un número mayor de títulos.

El fenómeno ciertamente podría pasar inadvertido cuando una sociedad que ha estado autofinanciándose lleve a cabo un aumento con cargo a sus propios recursos mediante simple elevación del valor nominal de sus títulos. En este caso el mismo número de acciones concurre, en efecto, sobre un patrimonio social inalterable. En estas condiciones el valor intrínseco de la acción no varía, y, en principio, su cotización tras el aumento tampoco debe verse afectada. Más, si en lugar de aumentar el valor de las acciones se aumenta su número, las consecuencias apuntadas se

manifestarán en su expresión más pura, ya que esta multiplicación de títulos responde en realidad a un simple fraccionamiento de su valor, que viene a repartirse de este modo entre acciones viejas y nuevas. No será preciso advertir naturalmente como que por valor de la acción se entiende aquí su valor real, no su importe nominal, que en este caso no se ve alterado por el aumento. Es bien sabido, sin embargo, que junto a este valor nominal, que traduce la fracción del capital social que representa el título, la acción atribuye también una cuota en las reservas que incrementa su valor intrínseco y potencialmente su precio de mercado (intrinsic value, fair market value). Es este valor real el que se diluye y al que debe entenderse referido el proceso someramente apuntado”.

Lo que, en definitiva, Aníbal Sánchez Andrés manifiesta es práctico y real en varios aspectos; así, señala que si una Compañía realiza un aumento de capital social en el que todos los socios participan igualitariamente en proporción a las acciones que mantienen, es decir **por elevación del valor nominal de las acciones, nadie pierde su proporción** y la acción sigue manteniendo, si bien es cierto ya no su valor nominal que será superior, su nuevo valor real de cotización. Ningún socio habrá sido perjudicado ya que sigue manteniendo su misma proporción para el ejercicio de sus derechos y frente al patrimonio de la Compañía. Pero existen otros casos de aumento de capital social, en los que no se trata de elevación del valor nominal de las acciones, sino de **emisión de nuevas acciones** en los que el accionista puede sufrir desmedro en la proporción que mantiene para el ejercicio de sus derechos y frente al patrimonio de la Compañía. Es en estos casos, justamente **a fin de evitar este perjuicio**, que la ley contempla, como norma de orden público, el denominado **“Derecho de suscripción preferente”**.

Nos referimos al derecho de suscripción preferente, especialmente en los casos de que el aumento de capital social se realice en numerario.

El derecho de suscripción preferente en consecuencia es aquel por el cual el socio o accionista tiene la oportunidad privativamente de ejercerlo suscribiendo nuevas acciones en un aumento de capital social. Si ejerce totalmente su derecho no pierde su proporción frente al capital social. Puede también ejercer su derecho en forma parcial e inclusive, negociarlo mediante cesión de los denominados "Certificados de preferencia".

1.2. Si en el estatuto no se hubiere reglamentado la emisión de acciones, la Junta General es el único órgano legitimado para establecer las bases del aumento de capital social

Si en el acto constitutivo no se hubiere reglamentado la emisión de acciones, lo hará la Junta General de Accionistas o el órgano competente (Art. 174 de la Ley de Compañías).

Así lo confirma la Doctrina número 26 (II) dictada por la Superintendencia de Compañías, cuando en el numeral 4° señala:

*"Para los efectos de futuras emisiones de acciones que hubieran de hacerse en los casos en que la compañía **augmente su capital**, la ley ha determinado como competencia de la Junta que acuerde el aumento, el señalamiento de las **bases** de la operación respectiva, puesto que las modalidades que puede revestir el aumento desde el punto de vista de la fuente de los nuevos aportes, hace necesario un régimen elástico sobre la reglamentación de las acciones a emitirse por tal motivo. Por supuesto, en el caso de que el contrato social contuviera cláusulas*

reglamentarias sobre la emisión de acciones, éstas habrán de regir el procedimiento respectivo”

En consecuencia, a falta de esas cláusulas reglamentarias, es la Junta General la única competente para acordar el aumento de capital social estableciendo las **bases** de las operaciones enunciadas (Artículo 183 de la Ley de Compañías, último inciso).

Este detalle es muy importante ya que implica la obligación de que sea el órgano societario máximo, la Junta General, el que al momento de tomar la resolución de aumentar el capital social en numerario debe establecer las **bases** del mismo, referidas a **con qué medio o medios se realiza el aumento de capital social, cuánto debe pagarse al momento de la suscripción, cuánto debe pagarse de saldo (podría resolver que se pague íntegramente), cuándo se lo debe hacer y las facultades que considere necesarias conferir a la administración para efectos de la posterior suscripción de acciones que eventualmente no fueren suscritas, una vez concluido el plazo para el ejercicio del derecho de preferencia.** Así, lo establece también, por ejemplo, el artículo 161 de la Ley de Sociedades Anónimas española:

“Cuando el aumento de capital no se suscriba íntegramente dentro del plazo fijado para la suscripción, el capital se aumentará en la cuantía de las suscripciones efectuadas solo si las condiciones de la emisión hubieran previsto expresamente esta posibilidad”.

¿Qué ocurriría en nuestro país si es que ese fuera el caso?. Al respecto hay que fijarse en las bases del aumento de capital social, con respecto a si la Junta General ha conferido o no a los administradores la facultad de colocación de ese remanente de acciones y, en caso de haberlo hecho, cuáles son los términos y

condiciones que haya establecido para el efecto. Si la Junta no hubiere expresamente conferido esta facultad a los administradores o si nada hubiese dispuesto al respecto, ellos no podrían colocar esas acciones y el aumento de capital podría efectuarse solo hasta el valor que efectivamente haya sido suscrito por los accionistas en ejercicio de su derecho de preferencia. En este caso, lo aconsejable sería que se ajustara la cifra del aumento de capital social a la efectivamente alcanzada o que una nueva Junta General resolviera con respecto al destino del remanente de acciones no suscritas.

1.3. El derecho de acrecimiento en caso de derecho de preferencia

El ejercicio del derecho de preferencia, como hemos observado, no entraña necesariamente la seguridad de que todas las acciones que provengan de un aumento de capital social sean suscritas. Si ese fuere el caso, quedarían, luego de transcurridos los treinta días para el ejercicio del derecho de preferencia, acciones que no habrían sido suscritas. ¿Qué sucede con ellas?:

Esta eventualidad puede haberse previsto en los estatutos y habría que actuar conforme a ellos. Si nada dicen los estatutos corresponde a la Junta General señalar el camino a seguirse, fijando nuevas “bases” para la ulterior suscripción.

El doctor Jorge Egas Peña considera que si se concede a los accionistas, ya por estatutos, ya por “bases” del aumento de capital social establecidas por la Junta General, la posibilidad de que esas acciones sean suscritas por los mismos accionistas, se trata, entonces, de un derecho al que denomina **“de acrecimiento”**:

“Aun cuando la Ley reconoce al derecho de preferencia a suscribir las acciones resultantes de un aumento de

capital, nada dice sobre el derecho de acrecer que también puede poseer un accionista, si el estatuto lo reconoce, para adquirir las acciones resultantes de un aumento de capital, que no fueren asumidas por otro accionista, derecho que podría pactarse en orden a impedir que las nuevas acciones pasen a manos de terceros, precautelando el interés de los accionistas originales”.

Es decir, si los estatutos no han previsto este derecho de acrecimiento en favor de los propios accionistas, ellos no pueden ejercerlo, a menos que así se lo haya establecido como base por la Junta General, la misma que puede fijarlo para los propios accionistas (e inclusive para terceros) en los términos que claramente deben constar en el acta de Junta General. Inclusive es posible que la Junta General delegue la colocación de esas acciones, dentro de las bases que señale los términos, condiciones y plazos, los mismos que deben constar expresamente establecidos en la correspondiente acta. Si no lo hiciere, ni el Directorio ni la administración en general estarían autorizados para colocar y aceptar suscripciones sobre ese remanente de acciones.

II.- ANÁLISIS ACADÉMICO DE CASO PRESENTADO EN LA PRÁCTICA

Con estos antecedentes jurídicos vamos a continuación a referirnos y a analizar un caso que se ha presentado en la práctica por la connotación que implica:

2.1. Resolución de Junta General para aumento de capital social

La Junta General Extraordinaria de accionistas de la Compañía “XYZ” S.A. resolvió un **aumento de capital social** por la suma de 2.000.000,00 de dólares, mediante la emisión de nuevas acciones.

2.2. Bases establecidas por la Junta General para el aumento de capital social

Para el efecto, como los estatutos nada establecen con respecto a una reglamentación sobre la emisión de acciones, la Junta General de accionistas resolvió aprobar la **propuesta** de aumento de capital de la Gerencia General que contenía las **bases** estipuladas para la instrumentación del mismo.

La propuesta del señor Gerente General fue adjuntada a la convocatoria a la Junta General y enviada por correo electrónico a todos los accionistas estableciendo **como propuesta, las siguientes bases:**

- *El capital suscrito y pagado de la compañía aumentaría en la suma de DOS MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$2.000.000,00).*
- *El pago debería hacerse en numerario para que tenga el efecto antes descrito.*
- *Al momento de la suscripción del aumento de capital los señores accionistas deberían cancelar el 50% del valor. El saldo debería pagarse dentro del plazo de noventa días a partir de dicha suscripción.*
- *Los accionistas tendrán derecho preferente para suscribir el aumento de capital en proporción a sus acciones pagadas, de conformidad con la Ley.*
- *Podrá imputarse al pago, por compensación de créditos, el monto de los dividendos que se decidió repartir en efectivo en anterior Junta General de Accionistas.*

Seguro de contar con el apoyo de todos ustedes, señores accionistas, en este difícil momento, aprovecho la oportunidad para reiterarles el testimonio de mi especial consideración y estima”.

Esta fue la propuesta de bases por parte del Gerente General que se envió a los accionistas y sobre la que se votó y que fueron aprobadas en la Junta General de accionistas, conforme consta de la correspondiente acta.

En ninguna parte de esta propuesta y, por supuesto, ni en el acta de Junta General, se menciona, en lo más mínimo, que la Junta General haya conocido o deliberado el adoptar otras bases ni haya establecido un reglamento para la emisión de las nuevas acciones. Sin embargo, en el Aviso para el ejercicio del derecho de preferencia publicado en la página web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, se hace constar unilateralmente lo siguiente, sin que así lo haya resuelto la Junta General:

“De existir un remanente de las nuevas acciones que no haya sido suscrito, éste será ofertado a quienes hayan suscrito nuevas acciones en proporción al monto suscrito. El Directorio de la compañía queda facultado para establecer el plazo para la suscripción y la forma de pago correspondiente a este remanente”.

2.3. La Junta General como órgano de gobierno es el único competente para resolver un aumento de capital social y para establecer todas las bases de las operaciones necesarias para ejecutarlo

Efectivamente, el artículo 231, numeral 6° de la Ley de Compañías establece que es de exclusiva competencia de la junta

El derecho de suscripción preferente no puede sujetarse a condición o modalidad alguna

general el “Acordar todas las modificaciones al contrato social”, siendo una de ellas el **aumento de capital social**. Por eso el artículo 183 de la misma Ley, en el inciso final, establece que “*La junta general que acordare el aumento de capital establecerá las bases de las operaciones que quedan enumeradas*”. Es decir, tal establecimiento **total** corresponde **únicamente** a la Junta General.

Al respecto cabe transcribir lo que al respecto nosotros hemos señalado:

“Este detalle es muy importante ya que implica la obligación de que sea el órgano societario máximo, la junta general, la que al momento de tomar la resolución de aumentar el capital social debe establecer las bases del mismo, es decir en base a qué medio o medios se realiza el aumento de capital social, cuánto debe pagarse al momento de la suscripción, cuánto debe pagarse de saldo si así lo resuelve (podría resolver que se pague íntegramente), cuándo se lo debe hacer y las facultades que considere necesarias conferir a la administración para efectos de la posterior suscripción de acciones que no fueron suscritas dentro del plazo para el ejercicio del derecho de preferencia” (Doctor Roberto Salgado Valdez, Tratado de Derecho Empresarial y Societario, Tomo II, Volumen 1, La Sociedad Anónima, página 401, PPL Impresores, 2015).

En el caso concreto del aumento de capital social de la Compañía “XYX” S.A. las **únicas bases** establecidas por la junta general fueron exclusivamente **las constantes en la propuesta del Gerente General** enviada a todos los accionistas mediante correo electrónico que se acompañó a la convocatoria y sobre las que se votó, que constan en la correspondiente Acta.

En consecuencia, éstas son las únicas “bases” que el único **órgano competente** para adoptarlas de acuerdo con la Ley, es decir la **Junta General**, estableció para los efectos de suscripción de acciones en el aumento de capital social. **No hay otras bases ni otro órgano social que legalmente pueda establecerlas.**

2.4. El derecho de preferencia en el aumento de capital social no puede privarse, de ninguna manera, a los accionistas

El artículo 207, numeral 6°, de la Ley de Compañías establece que constituye un **derecho fundamental** del accionista, del cual **no se le puede privar**, el de **gozar de preferencia** para la suscripción de acciones en el caso de aumento de capital.

Por su parte, el artículo 181 de la Ley de Compañías establece que los accionistas tendrán **derecho preferente**, en proporción a sus acciones, **para suscribir las que se emitan en cada caso de aumento de capital suscrito** y que este derecho lo ejercitarán dentro de los treinta días siguientes a la publicación del aviso del respectivo acuerdo de la Junta General en el portal de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Esencialmente, como lo hemos dicho, **el derecho de preferencia** ha sido establecido en la legislación societaria a efectos de que el socio pueda **mantener su proporción frente al patrimonio de la compañía**, manteniendo su **derecho de voto en las juntas generales y de su derecho a recibir utilidades** en igual proporción, así como para **solicitar convocatorias a juntas generales**, sin que se disminuyan estos derechos y, por eso la Ley menciona que **no se le puede privar de dicho derecho de preferencia**. Ello significa que, por su trascendencia, la **Compañía debe realizar, conceder y colaborar con todas la facilidades y actuaciones necesarias para facilitar que el accionista pueda ejercer su derecho y no ponerle cortapisas para que no pueda hacerlo por-**

que ello significaría la presencia de una **intención antisocietaria de abuso del derecho, de pretender diluir su participación**, con todos los efectos negativos que ello conlleva. Por eso la legislación moderna señala que en el derecho de preferencia también se encuentra inmerso el **derecho de no dilución de la participación** en el capital social de una compañía.

2.5. No se puede, en el Aviso para el ejercicio del derecho de preferencia, conferirse al Directorio la facultad de colocar acciones no suscritas, si así no lo resolvió la Junta General

Fue solo en el Aviso, sin que así lo haya establecido la Junta General, que se hace constar unilateralmente, que de existir un remanente de acciones no suscritas, éste será ofertado a quienes hayan suscrito nuevas acciones en proporción al monto suscrito y que el Directorio de la Compañía queda facultado para establecer el plazo para la suscripción y la forma de pago correspondiente a este remanente. Nunca hubo tal delegación por parte de la Junta General, de modo que tal supuesta facultad, a pesar de que consta en el Aviso, no fue establecida por la Junta General, por lo que el Directorio, al hacerlo, se arrogó una facultad que no le fue concedida y, por tanto, la suscripción de acciones realizada con respecto a ese remanente de acciones carece de validez.

2.6. No cabe imposición de un contrato escrito para suscripción de acciones

El artículo 165 de la Ley de Compañías señala:

“El contrato de formación de la compañía determinará la forma de emisión y suscripción de las acciones”.

La suscripción de acciones es un contrato por el que el suscriptor se compromete para con la compañía a

pagar un aporte y ser miembro de la misma, sujetándose a las normas del estatuto y reglamentos, y aquella a realizar todos los actos necesarios para la constitución definitiva de la compañía, a reconocer la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente a cada acción suscrita.

Este contrato se perfecciona por el hecho de la suscripción por parte del suscriptor, sin que pueda sujetarse a condición o modalidad que, de existir, se tendrán por no escritas”.

Los estatutos de la Compañía XYZ S.A. nada han determinado con respecto a la suscripción de las acciones.

Consecuentemente, para el ejercicio del derecho de preferencia el accionista celebra con la compañía un auténtico contrato de suscripción de acciones.

La “suscripción” es calificada por la Ley como un “contrato” que se aplica para el caso de constitución de una Compañía. Por eso menciona la frase “y aquella a realizar todos los actos necesarios para la constitución definitiva de la Compañía”. Ello no significa, en modo alguno, que este contrato previsto en la Ley no sea totalmente compatible con la posterior “suscripción de acciones” en un aumento de capital social. Lo es y, al serlo, con el “compromiso” que adquiere el suscriptor se perfecciona el contrato, debiendo proceder a cumplir la obligación que adquiere con los pagos correspondientes.

La compañía XYZ S.A., para efectos de la suscripción del aumento de capital social por parte de los accionistas, en ejercicio del derecho de preferencia, les remitió, pero a título de

imposición, un **contrato que debía celebrarse por escrito** para realizar la suscripción, sin que tal "exigencia" fuera ni siquiera determinada por la Junta General.

Para tratar de fundamentar esta forma de actuación, en **oficio** enviado a la Secretaría General de la Superintendencia de Compañías, la Compañía señaló que existía una **"oferta de contrato"**, válida en los términos del artículo 2 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos y del artículo 225 del Código de Comercio Ecuatoriano y que *"siendo éste el caso, la oferta de mi representada, realizada a través de los correos electrónicos bajo análisis, era perfectamente válida y solo requería de la aceptación del destinatario de la oferta para que se perfeccione el consentimiento y se formalice el contrato"*. Así es: Solo se requería de esa "aceptación" pero la misma no necesariamente debía realizarse en un contrato por escrito porque **no lo requiere el artículo 165 de la Ley de Compañías**.

Desde luego que, tratándose de que la suscripción es efectivamente un contrato, debe existir la notificación de una **"oferta"** pero societariamente tal **"oferta"** se encuentra contenida en la **publicación del Aviso para el ejercicio del derecho de preferencia y no en correos electrónicos**. Para eso justamente se lo publica: Para que los accionistas, asistentes a la Junta General o no asistentes a la misma, oficialmente tengan conocimiento de la resolución de la Junta General de aumentar el capital social y de las bases y condiciones establecidas para ello, **a título de "oferta"**, para que con ese conocimiento, puedan ejercer el derecho de preferencia en 30 días y decidan o no realizar la suscripción.

De modo que no tiene ningún sentido jurídico ni es acertada la opinión de la Compañía que se contiene también en el mismo **oficio** enviado por ella a la Superintendencia cuando señala:

“La aceptación del destinatario de la oferta, por su parte, debía realizarse a través de la firma de un contrato de suscripción, conforme lo prevé el artículo 165 de la Ley de Compañías. Así lo confirma el tratadista Roberto Salgado en su obra La Sociedad Anónima en la que señala que “La suscripción es calificada por la Ley como un contrato que se aplica para el caso de constitución de una compañía (...) ello no obsta a que este contrato previsto en la Ley (...) no sea totalmente compatible con la posterior suscripción de acciones en el aumento de capital social. Lo es y, al serlo, perfeccionado el mismo su compromiso, perfecciona el contrato y la emisión de las acciones ya no puede ser revocada ni modificada” (...) (La negrilla me pertenece). En el presente caso, nunca se generó aceptación de la oferta ni se suscribieron las acciones correspondientes al aumento de capital por parte de los ahora denunciantes pues, como ha sido reconocido en el informe de Inspección, los contratos de suscripción no fueron firmados por ninguno de ellos, como lo requería el referido artículo 165 de la Ley de Compañías. Conforme las reglas procesales elementales, los hechos negativos no se deben probar, por lo que no nos corresponde demostrar que los denunciantes nunca suscribieron los contratos de suscripción y, consecuentemente, no ejercieron su derecho preferente. Sin perjuicio de esto, lo que sí estamos en capacidad de presentar, son contratos de suscripción de acciones firmados por todos los otros accionistas de la compañía que sí tomaron con seriedad el proceso de aumento de capital, con lo que demostramos que el mecanismo idóneo para ejercer el derecho preferente y participar en los aumentos de capital, era la suscripción de los referidos contratos de suscripción de acciones”.

Con respecto a esta opinión y, sobre todo, a la afirmación de que *“Los contratos de suscripción no fueron firmados por ninguno de ellos, como lo requería el referido artículo 165 de la Ley de Compañías”*. Cabe señalar que, al contrario, **ese artículo no lo requiere**:

En consecuencia, cabe aclarar que el doctor Roberto Salgado (Valdez) jamás ha indicado que la suscripción debía realizarse a través de la firma de un contrato. Seguramente se trató de un malentendido por parte de la Compañía. La transcripción realizada se dice que fue tomada de la página 410 del Tratado de Derecho Empresarial y Societario, Tomo II, Volumen 1, La Sociedad Anónima, pero, al hacerlo, lamentablemente **se omitió el texto que corría a continuación y que es aplicable a este caso**:

*“Nosotros aclaramos dos asuntos: a) Consideramos que el contrato, si bien se perfecciona por el simple **“compromiso”**, requiere de su ejecución con el **“pago”**”.*

La parte omitida por la compañía es la que aclara absolutamente lo que constituye el **“contrato”** de suscripción de acciones en aumentos de capital.

Este **contrato de suscripción** -que según el artículo 1454 del Código Civil es un acto por el cual una parte **se obliga** para con otra a **dar**, hacer, o no hacer alguna cosa, es decir por el que se crean las **obligaciones recíprocas** previstas en el artículo 165 de la Ley de Compañías- se cumple con el **pago** de la obligación correspondiente lo que incluye, obviamente, la **aceptación tácita de la oferta** (En pleno ejercicio del derecho de preferencia).

El artículo 1459 del Código Civil establece que un contrato es **solemne** cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales **impuestas o establecidas por la Ley** de

manera que sin ellas no surte ningún efecto civil y es **consensual** cuando se perfecciona por el solo consentimiento. ¿El contrato de suscripción de acciones en un aumento de capital social es un contrato solemne o es un contrato consensual?

Para ser solemne, este contrato requeriría que una norma especial expresa exija el cumplimiento de ciertas formalidades y, por cierto, **el artículo 165 de la Ley de Compañías, no establece el cumplimiento de ninguna formalidad** por lo que, concretamente, **no requiere “la firma de un contrato por escrito”** como se hace aparecer que lo ha señalado el doctor Roberto Salgado Valdez en la transcripción parcial del texto que ha realizado la compañía.

El contrato de suscripción de acciones de un aumento de capital es, **sin duda, un contrato consensual** que no requiere para su validez de *“la firma de un contrato por escrito”*.

Así lo confirma el doctor Francisco Reyes Villamizar, quien trata in extenso este contrato:

“La Superintendencia de Sociedades ha enumerado las características del referido contrato, en los siguientes términos: “es consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, accesorio, por adhesión y nominado. Las partes de este negocio jurídico son la sociedad emisora y el suscriptor (accionistas o terceros) personas naturales o jurídicas” (oficio AN-39536, de 4 de octubre de 1988). Se trata, además, de un contrato de carácter bilateral que implica la existencia de vínculos jurídicos recíprocos para las partes. En palabras de Narváez, “el suscriptor se obliga a pagar un aporte a la sociedad y a someterse a los estatutos que lo rigen. A su turno, la compañía se obliga a reconocerle a aquel el status de accionista y a entregarle el título correspondiente”.

“Resulta claro, a la luz de lo expuesto, que el contrato de suscripción de acciones, luego de ser válidamente celebrado, **compromete al suscriptor a hacer el pago y a la sociedad a expedir los títulos correspondientes**. Basta que se haya **aceptado la oferta** para que quede perfeccionado el contrato respectivo. “Manifestada la aceptación de cualquier accionista, ya la emisión no puede ser revocada ni modificada por la asamblea general de accionistas porque se ha perfeccionado la suscripción, así sea parcial, de las acciones ofrecidas” (Derecho Societario, Tomo I, Editorial Temis, Colombia, Bogotá, 2002, página 288).

“Respecto de la **aceptación de la oferta**, debe tenerse en cuenta que el contrato de suscripción de acciones es **consensual** y por ello **basta para el efecto que ésta sea debidamente aceptada por el destinatario**. La Superintendencia de Sociedades ha sido explícita sobre este particular, al decir que “el aludido contrato (de suscripción de acciones) es por su propia naturaleza **consensual**, esto es, que para su perfeccionamiento **basta el acuerdo de voluntades**. Tiene su origen en la oferta (precontrato) que la sociedad emisora formula a sus accionistas, terceros o a ambos. Dicha oferta, para que sea vinculante, debe cumplir con la totalidad de los requisitos señalados por la ley para su existencia, eficacia y validez”. Concuera con lo expresado en el párrafo anterior la opinión del profesor Narváez, cuando afirma que “el contrato es **consensual** puesto que se perfecciona por el **simple consentimiento de las partes**, y concretamente cuando el destinatario de la oferta acepta dentro del límite temporal de ésta. **Se celebra sin sujeción a formalidades especiales...**”.

“Ciertamente, la ley contempla la posibilidad de que la oferta para la celebración de un negocio jurídico se

*cumpla de manera **tácita***" (Derecho Societario, Tomo I, Editorial Temis, Colombia, Bogotá, 2002, páginas 295 y 296)

Siendo un contrato **consensual** y de conformidad con el texto que se omitió con respecto a lo que decía el doctor Salgado, el contrato se perfecciona por el **"hecho de la suscripción"**, como lo dice el artículo 165 de la Ley de Compañías. Por eso el doctor Salgado Valdez señala en su publicación que *"si bien se perfecciona por el simple **compromiso**, requiere de su ejecución con el **"pago"***. Evidentemente al existir contrato surgen los **compromisos recíprocos de las partes**, surgen las **obligaciones recíprocas**, que se encuentran **consignadas en el artículo 165 de la Ley de Compañías**; esto es que el suscribiente se compromete **para con la compañía a pagar un aporte** (Pago que lo hace en cumplimiento de la obligación asumida) y **aquella a realizar los actos necesarios para ejecutar el aumento de capital social de la compañía y la emisión de las acciones a fin de entregarle el título correspondiente a cada acción suscrita** (Cumpliendo así su obligación asumida). Así, en confirmación de esta realidad jurídica, el tercer inciso de ese artículo 165 señala:

*"Este contrato -de suscripción- se perfecciona por el **hecho de la suscripción por parte del suscriptor**, sin que pueda sujetarse a condición o modalidad que, de existir, se tendrán por no escritas"*.

Es decir, concretamente en este caso, lo que ha ocurrido es que **incumpliendo lo establecido en el artículo 165 de la Ley de Compañías**, unilateralmente, una de las partes contratantes, **la Compañía**, ha pretendido imponer a la otra, el **suscriptor**, una **modalidad o condición no admitida por la Ley**: La **"firma"** de un contrato por escrito, cuando la **Ley de Compañías no lo ha sujetado a la observancia de formalidades especiales** (Lo cual

es obvio porque no se trata de un contrato "solemne" sino de un contrato "consensual"). Al hacerlo la Compañía ha pretendido hacer caso omiso a la disposición legal que establece que la **suscripción no se encuentra sujeta a condición o modalidad que, por cierto, de existir, se tendrán por no escritas**. Por consiguiente, ni siquiera la Junta General podía establecer la exigencia de suscripción por contrato escrito.

Por lo expresado los contratos denominados de "Suscripción de nuevas acciones" enviados por la Compañía exigiendo ser firmados, no pasaron de ser simples papeles que no requerían, en modo alguno, de la firma del suscriptor. En consecuencia, el **suscriptor no estaba obligado a firmarlos y podía otorgar su consentimiento tácitamente, esto es simplemente con cumplir su obligación de realizar el pago inicial dentro del término de 30 días**.

Así: Los suscriptores, dentro de los treinta días, simplemente podían enviar un cheque o realizar una transferencia bancaria a la Compañía, por el valor inicial de la suscripción, con lo cual, al mismo tiempo que estaban otorgando tácitamente su **consentimiento y compromiso**, estaban realizando efectivamente el **pago** inicial correspondiente. Por supuesto, la Compañía debía otorgar el correspondiente recibo e incorporar obligatoriamente los valores pagados a su contabilidad para los efectos de poder posteriormente ejecutar el aumento de capital social mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública para su inscripción en el Registro Mercantil. Eso es exactamente lo que ocurrió en este caso: Algunos accionistas enviaron sendos cheques, que fueron recibidos por la Compañía, suscribiendo acciones en ejercicio del derecho de preferencia, con lo cual se perfeccionaron sus derechos de suscripción, demostrando absoluta seriedad en sus procedimientos.

Si esto es jurídicamente así -como lo es-, no puede entenderse, entonces, cómo la Compañía manifiesta que la suscripción *"debía realizarse a través de la firma de un contrato"* o que *"nunca se generó aceptación de la oferta ni se suscribieron las acciones correspondientes al aumento de capital por parte de los ahora denunciante"* o que *"los contratos de suscripción no fueron firmados por ninguno de ellos"* o que *"nunca suscribieron los contratos de suscripción y, consecuentemente, no ejercieron su derecho preferente"*.

El hecho de que la Compañía mencione que *"los contratos de suscripción de acciones firmados por todos los otros accionistas de la compañía que sí tomaron con seriedad el proceso de aumento de capital, con lo que demostramos que el mecanismo idóneo para ejercer el derecho preferente y participar en el aumento de capital, en la suscripción de los referidos contratos de suscripción de acciones"* **no tiene ningún sentido jurídico y no puede ser tomado en cuenta para efectos de valoración seria de su actuación.** Qué más seriedad, en cambio, se demostró cuando dentro de los plazos previstos en la Ley para el efecto, algunos accionistas enviaron oportunamente, con cheque, los recursos suficientes realizando la suscripción.

En consecuencia, queda más que evidenciado claramente que suscribieron legalmente las acciones provenientes del aumento de capital social ejerciendo legítimamente y legalmente su ejercicio del derecho de preferencia.

Por tanto, era obligación de la Compañía proceder a contabilizar la entrega de esos valores con respecto a la suscripción de acciones porque, al no hacerlo, la contabilidad de la Compañía no reflejaría fielmente su situación financiera de conformidad con los métodos de contabilidad, en base a lo dispuesto por los artículos 289, 290 y 293 de la Ley de Compañías y ella no

podía, en modo alguno, pretender devolver esos valores a los accionistas suscriptores, **con un abuso del derecho diluyendo su participación proporcional accionaria**, afectando su derecho, **del cual no se les puede privar**, de gozar de **preferencia** para la suscripción de acciones en el caso de aumento de capital, como la Compañía lo ha pretendido hacer, como se evidencia en el oficio enviado a dichos accionistas, en el que les comunica lo siguiente:

“Como es de su conocimiento, mediante junta general extraordinaria de accionistas realizada el día..., los Accionistas de Sociedad XYZ S.A., aprobaron la realización de un aumento de capital en la empresa y aprobaron también las bases para la suscripción e implementación del mismo. Dicho aviso fue debidamente publicado e informado de conformidad con la Ley.

*Con este antecedente y en vista de que usted no suscribió, pese a múltiples requerimientos de mi representada, el aumento de capital aprobado el ..., ni tampoco cumplió con las bases aprobadas por la junta general de accionistas para la instrumentación de dicho aumento de capital, informamos a usted que el Directorio de la empresa, actuando en la más absoluta buena fe y teniendo como principal objetivo el bienestar de la compañía, decidió aplicar el **Reglamento** para la instrumentación del aumento de capital que fuera aprobado el día ... y poner a disposición de los accionistas el remanente que no ha sido suscrito hasta la presente fecha.*

Sobre cualquier dinero de su propiedad que se encuentre en la compañía sin sustento legal o contable, le rogamos nos indique los datos bancarios de la cuenta donde requiera la respectiva acreditación”.

Se hace referencia a un inexistente "Reglamento" que nunca fue discutido y peor adoptado por la Junta General, de modo que no aparece en el acta de Junta General.

Esta comunicación lamentablemente demuestra que la posición de la administración de la Compañía ha sido **negar la suscripción de acciones que se realizó en pleno ejercicio del derecho de preferencia** pretendido devolver, con un evidente perjuicio, esto más hasta sin intereses, los aportes que legítimamente se realizaron, configurándose una situación de pretenderse **diluir la participación accionarial de los legítimos suscriptores.**

Al respecto cabe señalar lo siguiente:

"Derecho para no dilución de la participación accionaria en el capital de la compañía.- El aumento de capital social de una compañía debe realizarse cuando ella requiere necesariamente de esos recursos y no puede utilizarse como un mecanismo para perjudicar a accionistas minoritarios disminuyendo su participación en el capital social de la compañía.

Decimos que se trata de un derecho ya que, en el caso de que pudiera probarse que el aumento de capital social fue hecho en ese sentido, el mismo podría ser declarado falso por la evidente simulación o colusión que implica, con las correspondientes consecuencias que ello acarrearía dentro del campo judicial". (Doctor Roberto Salgado Valdez, Tratado de Derecho Empresarial y Societario, Tomo II, Volumen 1, La Sociedad Anónima, página 393, PPL Impresores, 2015)

2.7. Si bien la Junta General podía facultar al Directorio el ejercicio de la colocación del remanente de acciones no suscritas, así debió expresamente resolverlo y hacerlo constar en el Acta señalando las bases que contengan las condiciones y plazos prefijados que debía cumplir el Directorio

La Junta General, estableciendo las correspondientes bases, podía facultar a la administración la ejecución de la posterior suscripción de acciones que no fueren suscritas dentro del plazo para el ejercicio del derecho de preferencia, para lo cual debía establecer las bases que contengan las condiciones y plazos a los que debía atenerse y cumplir el Directorio.

Lo que no puede es conferir al Directorio facultades generales para que ese órgano administrativo sea el que establezca *“el plazo para la suscripción y la forma de pago correspondiente a este remanente”*, porque, se trata de bases cuyo establecimiento corresponde privativamente al órgano de gobierno Junta General y -no el caso concreto- al no haberlo establecido de ninguna manera la Junta General, no podía el Directorio -que es órgano administrativo y no de gobierno- libre y unilateralmente establecer dichas bases. Lo que debía haberse hecho es que la propia Junta General estableciera previamente esas “bases” para ese caso específico de suscripción de ese remanente, **pero no lo hizo.**

Como la Junta General privativamente no estableció esas “bases” (Y el Directorio no tenía facultades para el efecto) aun cuando lo hubiera hecho de manera general, el Directorio no podía establecerlas. De no ser así, entonces, se llegaría a la absurda conclusión de que la Junta General podría conferir al Directorio que estableciera todas las bases para el aumento de capital social, lo que sería absolutamente ilegal.

El **único órgano competente** para establecer las “bases” (todas) para la suscripción de acciones en un aumento de capital social es la **Junta General** y dicha junta no estableció como base un plazo o forma de pago para la suscripción del remanente de las nuevas acciones que no hayan sido suscritas, de modo que el Directorio no podía unilateralmente establecer un plazo o forma de pago para la suscripción de ese remanente.

Lo que bien pudo haber resuelto la Junta General era **establecer como base un plazo** para el efecto de suscripción de ese remanente, por ejemplo, “... dentro de los siete días posteriores a la terminación del ejercicio del derecho de preferencia, quienes lo hayan suscrito puedan suscribir el remanente” y adicionalmente una **forma de pago**, por ejemplo, “la forma de pago será 50% al momento de la suscripción y 50% dentro del plazo de 90 días posterior a la suscripción”; entonces la **ejecución de esas bases** podía hacerla el Directorio porque la Junta General los había adoptado y le había la Junta General conferido esa facultad. Esto **no lo confirió la junta general** y, si no lo hizo, siendo el único organismo competente para hacerlo, **no podía, en modo alguno fijarlas el Directorio**, porque se trata de una **atribución privativa de la junta general**.

Por ello, con estos antecedentes jurídicos, cabe revisar, cuál fue la actuación del Directorio:

El Directorio, el viernes 19 de febrero del 2021, envió a los accionistas una comunicación señalando:

“En reunión realizada el día de hoy el Directorio de la compañía estableció el siguiente plazo y forma de pago para la suscripción de las nuevas acciones correspondiente a este remanente.

El derecho de suscripción preferente no puede sujetarse a condición o modalidad alguna

- **Plazo máximo para la suscripción calculado a partir de la presente fecha: Lunes 22 de febrero de 2021”.**

Por consiguiente, en razón de que **existía un remanente no suscrito**, el Directorio decidió -sin que la Junta General lo haya establecido como base- que la suscripción de las nuevas acciones comprendidas en ese remanente debía hacerse **hasta el lunes 22 de febrero del 2021**.

Llama profundamente la atención que, a más de **que no podía hacerlo**, el Directorio haya establecido un plazo extraño **desde un viernes hasta un lunes**, conociendo que entre estos días se encuentran un sábado y un domingo en los que no resulta nada fácil contar con dinero suficiente para realizar la suscripción, lo que podría identificarse como una cortapisa y **un indicio**, que de lo que se trató al tomar esta decisión fue evitar suscripciones de ciertos accionistas a fin de **diluir** su proporción en el capital social de la compañía, atentando contra la exigencia de que la Compañía debe conceder todas las facilidades para que los accionistas puedan suscribir las acciones remanentes.

Es decir, **sin que se haya establecido ninguna base por parte de la Junta General**, el Directorio unilateralmente fijó un **plazo distinto**, eso más, **de apenas 72 horas**, y una **forma de pago distinta**, para realizar la “suscripción” del remanente de acciones no suscritas.

Por consiguiente, en razón de que **existía un remanente no suscrito**, el Directorio decidió -sin que la Junta General haya establecido esa forma de pago- que la suscripción y pago de las nuevas acciones comprendidas en este remanente, **debía hacerse solo en numerario, en tres días**, y por el **valor total** al momento de la suscripción, lo que jamás fue resuelto como bases por la Junta General.

Cabe repetir hasta el cansancio que el único órgano competente para establecer las **"bases"** para la ejecución del aumento de capital social es la junta general y dicha junta estableció que la suscripción podía hacerse con el pago de un **50% del valor total** que se suscriba y el saldo a noventa días, mientras que el Directorio, **en clara contravención a lo señalado por la junta general**, estableció, sin ninguna competencia, que el pago del remanente debía realizarse íntegramente en tres días y **"por el valor total al momento de la suscripción"**.

A pesar de esta actuación del Directorio, algunos accionistas realizaron la suscripción enviando los correspondientes cheques, dentro de los tres días, sin suscribir los contratos impuestos unilateralmente por la administración, lo que implicó que por ese solo motivo dicha administración también considerara ilegalmente que, con respecto al remanente de las acciones, tampoco hubo suscripción.

De lo que se observa y se encuentra comprobado, en definitiva, se concluye que no solo el Directorio **carecía de competencia** para **"... establecer el plazo para la suscripción y la forma de pago correspondiente a este remanente"** sino que, al hacerlo, inclusive **contravino totalmente las únicas bases establecidas por la junta general** de modo que todas suscripciones, con respecto al remanente, en lo jurídico no tuvieron ninguna validez.

III.- CONCLUSIÓN

Frente a los hechos suscitados se concluye lo siguiente:

De acuerdo al artículo 354, numeral 1º, de la Ley de Compañías, estos hechos constituyen una causa más que suficiente para la intervención de la Compañía por parte del órgano de

control, en virtud que los accionistas suscriptores no solo han sufrido sino que se hallan en riesgo de sufrir un mayor y grave perjuicio por incumplimiento o violación de la Ley por parte de la Compañía, protegiendo los derechos de los legítimos suscriptores, como le exige la Ley de Compañías, a fin de que la Compañía cumpla, estrictamente con respeto a dicha Ley, tanto la suscripción en ejercicio del derecho de preferencia como con respecto al remanente de las acciones no suscritas.

*

Hemos considerado procedente publicar este Artículo con los exclusivos y necesarios propósitos de, en primer lugar, fundamentar académicamente que el derecho de suscripción preferente no puede sujetarse a condición o modalidad alguna -como es el caso de la imposición de un contrato por escrito- y, al mismo tiempo, en segundo lugar, realizar una pertinente aclaración definitiva, por haber sido aludidos en forma por demás equivocada, en el sentido de que supuestamente nosotros hemos señalado que un contrato de suscripción de acciones, para su validez, requiere celebrarse por escrito, lo cual no es así.

ACTUACIONES DE UNA ADMINISTRADORA FIDUCIARIA EN UN FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN DE ACCIONES

Dra. Elvira Malo Cordero

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es analizar el rango de acciones de una fiduciaria al administrar un fideicomiso a cuyo patrimonio autónomo se han aportado acciones.

Con el desenvolvimiento de la figura del fideicomiso como instrumento para administrar y organizar patrimonios, es absolutamente viable que las personas dentro cuyo patrimonio existan acciones en el capital de una o más compañías aporte aquellas a un fideicomiso.

En nuestra legislación, una vez que las acciones son aportadas al patrimonio autónomo de un fideicomiso, aquel al estar dotado de personalidad jurídica propia pasa a ser el nuevo accionista de la compañía y actuará como tal representado por una administradora fiduciaria.

Es un punto para considerar que al tener el fideicomiso la calidad de accionista dentro del capital de una compañía está asistido de los derechos inherentes a todo accionista. Entre estos derechos, de manera especial el ejercicio de los derechos

políticos del fideicomiso accionista puede caer en el campo de la discrecionalidad fiduciaria y prestarse a confusiones.

A diferencia de otro tipo de fideicomisos, como los inmobiliarios donde no se espera que sea la fiduciaria quien construya la obra, si pueden generarse expectativas sobre actuaciones de la fiduciaria respecto a la compañía donde el fideicomiso que administra es accionista. Qué actuaciones estaría obligada a realizar la fiduciaria y cuáles no, pueden generar dudas durante la vigencia del negocio fiduciario.

Debe diferenciarse entre las actuaciones de la fiduciaria como administradora fiduciaria, con la debida diligencia y prudencia dentro del ámbito del Código Orgánicos Monetario y Financiero ; y las actuaciones del fideicomiso accionista dentro del ámbito de la Ley de Compañías. En los temas que aquí se analizan se ha transcrito con más amplitud la legislación aplicable a mercado de valores, donde muchos temas trascendentes constan en la normativa secundaria recogido en las resoluciones de la junta sobre la materia. En lo referente a la legislación de compañía, al estar plasmada en una sola ley sobre la materia, se han utilizado la herramienta de pie de páginas, para facilitar el acceso al contenido citado.

De igual manera hay que separar el desempeño de la compañía donde el fideicomiso es accionistas, que tiene sus propios órganos de administración, de la actuación de la fiduciaria como representante legal de un fideicomiso accionista de dicha compañía.

Estas consideraciones deben tomarse en cuenta y plasmarse de manera adecuada al momento de estructurar los contratos de fideicomiso para que pueda lograrse el objeto del mismo.

I.- CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO

El concepto básico de qué es un fideicomiso es, en los actuales momentos, bien conocido. Es una figura que juega un papel importante, que se sostiene en la legislación y normativa sobre la materia.

La estructuración e implementación de fideicomisos ha evolucionado desde el *fideicomisum hereditatis* y el *pacto fiduciae* entre vivos del Derecho Romano. Se ha nutrido con el "Statute of Uses" y "The Trust Act" del derecho inglés; y, ha sobrepasado los conceptos de propiedad fiduciaria de nuestro Código Civil establecida como una limitación al dominio sobre los bienes de una persona contenida en los actuales artículos 747 a 777.

La evolución del fideicomiso ha hecho que pase de ser sólo una limitación al dominio, bajo su concepción dentro de nuestro derecho civil, a posicionarse también como una figura con su propia personalidad jurídica, situada dentro del derecho mercantil.

Como bien describe Sergio Rodríguez-Azuero, la figura del fideicomiso o fiducia gracias a su tipificación como contrato mercantil al que se le asigna un gestor profesional, ha conseguido un tutelaje en la legislación específica de varios países. De esta manera se deja a un lado que el cumplimiento de las estipulaciones fiduciarias esté sujeto tan solo a una persona, como fue su concepción civil inicial. Esta conceptualización aún se maneja en el trust inglés donde las relaciones contractuales toman un cariz *intuitu personae* en que un trust es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes para lo cual la persona que los posee (trustee) está obliga a manejarlos en favor de un tercero (cestui que trust). Este negocio nace de un acto de voluntad expreso de la persona que crea el trust (settlor).

La figura del fideicomiso se empieza a implementar en Latinoamérica a partir de la Ley de Fideicomiso mexicana de 1926. En nuestra legislación en Ecuador el tema actualmente ha sido resuelto a través de la implementación de fideicomisos manejados por administradores especializados, ubicándose dentro de la legislación correspondiente a mercado de valores, bajo el control y supervisión de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

De esta manera, la normativa específica se encuentra en el Libro II del Código Orgánico, Monetario y Financiero, en el Capítulo III, del Título XIV en que se indica lo siguiente:

“Art. 97.- Del objeto y constitución.- Las administradoras de fondos y fideicomisos deben constituirse bajo la especie de compañías o sociedades anónimas. Su objeto social está limitado a:

- a) Administrar fondos de inversión;*
- b) Administrar negocios fiduciarios, definidos en esta Ley;*
- c) Actuar como emisores de procesos de titularización; y,*
- d) Representar fondos internacionales de inversión.*

Para ejercer la actividad de administradora de negocios fiduciarios y actuar como emisora en procesos de titularización, deberán sujetarse a las disposiciones relativas a fideicomiso mercantil y titularización que constan en esta Ley.”

Para que estas compañías administradoras de fondos y fideicomisos se establezcan y operen se necesita la autorización previa de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, conforme se establece en el último inciso del Art. 98, Capítulo III, Título XIV, Libro Segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero:

“Art. 98.- Capital mínimo y autorización de funcionamiento.- “(...).-Las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos no podrán iniciar sus actividades como administradoras de fondos y fideicomisos mientras no cuenten con la autorización de funcionamiento por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, para lo cual deben cumplir con los requisitos determinados por la Junta de Política y Regulación Financiera.”

A continuación, en el Título XV del Libro Segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero se legisla específicamente sobre el fideicomiso. En este capítulo se maneja el concepto de negocio fiduciario con esta definición:

“Art. 112.- De los negocios fiduciarios.- Negocios fiduciarios son aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del constituyente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes el fideicomiso se denominará mercantil, particular que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los que sólo existe la mera entrega de los bienes.”

Aquí se analiza únicamente al fideicomiso como accionista, ya que como un encargo fiduciario no adquiere la propiedad de los bienes, no podrá ser considerado como accionista de ninguna compañía.

II.- CONTENIDO DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL

En la legislación ecuatoriana el fideicomiso es un contrato formal, con especificaciones y un contenido concreto previsto en leyes y normativa.

En el Título XV del Libro Segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero se inicia con el artículo 109, en que se legisla sobre el contrato de fideicomiso mercantil:

“Art. 109.- Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario. El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad. Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el

constituyente en el correspondiente contrato.

El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.(...)

El contenido y formalidades del contrato de fideicomiso mercantil se encuentran legislados y regulados tanto en Título XV del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero; como en, la Sección 1ª, Capítulo I, Título XIII, Libro 2 de la Codificación de Resoluciones Monetarias, de Valores y Seguros expedidas por la Junta de Política y Regulación Financiera.

En el Título XV del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, el artículo 110 establece la formalidad de escritura pública y el periodo de vigencia; además, el artículo 120 indica un contenido básico para el contrato de fideicomiso:

Art. 110.- Naturaleza y vigencia del contrato.- (Reformado por el Art. 47 de la Ley s/n, R.O. 249-S, 20-V-2014).- *El contrato de fideicomiso mercantil deberá otorgarse mediante escritura pública.*

La transferencia de la propiedad a título de fideicomiso se efectuará conforme las disposiciones generales previstas en las leyes, atendiendo la naturaleza de los bienes.

El fideicomiso mercantil tendrá un plazo de vigencia o, podrá subsistir hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición. La duración del fideicomiso mercantil no podrá ser superior a ochenta años, salvo los siguientes casos:

- a) Si la condición resolutoria es la disolución de una persona jurídica; y,*
- b) Si los fideicomisos son constituidos con fines culturales o*

de investigación, altruistas o filantrópicos, tales como los que tengan por objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación científica o difusión de cultura, o de aliviar la situación de los interdictos, los huérfanos, los ancianos, minusválidos y personas menesterosas, podrán subsistir hasta que sea factible cumplir el propósito para el que se hubieren constituido.”

“Art. 120.- Contenido básico del contrato.- El contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios deberá contener por lo menos lo siguiente:

1.- Requisitos mínimos:

- a) La identificación del o los constituyentes y del o los beneficiarios;
- b) Una declaración juramentada del constituyente de que los dineros o bienes transferidos tienen procedencia legítima; que el contrato no adolece de causa u objeto ilícito y, que no irroga perjuicios a acreedores del constituyente o a terceros;
- c) La transferencia de los bienes en fideicomiso mercantil y la entrega o no cuando se trate de encargos fiduciarios;
- d) Los derechos y obligaciones a cargo del constituyente, de los constituyentes adherentes, en caso de haberse previsto su adhesión, del fiduciario y del beneficiario;
- e) Las remuneraciones a las que tenga derecho el fiduciario por la aceptación y desempeño de su gestión;
- f) La denominación del patrimonio autónomo que surge como efecto propio del contrato;
- g) Las causales y forma de terminación del fideicomiso mercantil;
- h) Las causales de sustitución del fiduciario y el procedimiento que se adoptará para tal efecto; e,
- i) Las condiciones generales o específicas para el manejo, entrega de los bienes, frutos, rendimientos y liquidación del fideicomiso mercantil.

2.- Además, el contrato podrá contener elementos adicionales, tales como:

a) La facultad o no y la forma por la cual el fiduciario pueda emitir certificados de participación en los derechos personales derivados del contrato de fideicomiso mercantil, los mismos que constituyen títulos valores, de conformidad con las normas de titularización que dicte la Junta de Regulación del Mercado de Valores; y,

b) La existencia o no de juntas de beneficiarios, de constituyentes o de otros cuerpos colegiados necesarios para lograr la finalidad pretendida por el constituyente, y;

c) Los demás requisitos que establezca la Junta de Política y Regulación Financiera.

3.- En los contratos no se podrán estipular cláusulas que signifiquen la imposición de condiciones inequitativas e ilegales, tales como:

a) Previsiones que disminuyan las obligaciones legales impuestas al fiduciario o acrecienten sus facultades legales en aspectos importantes para el constituyente y/o beneficiario, como aquellas que exoneren la responsabilidad de aquél o se reserve la facultad de dar por terminado el contrato anticipadamente o de apartarse de la gestión encomendada, sin que en el contrato se hayan indicado expresamente los motivos para hacerlo y se cumplan los trámites administrativos a que haya lugar;

b) Limitación de los derechos legales del constituyente o beneficiario, como el de resarcirse de los daños y perjuicios causados, ya sea por incumplimiento o por defectuoso cumplimiento de las obligaciones del fiduciario; c) La determinación de circunstancias que no se hayan destacado con caracteres visibles en la primera página del contrato al momento de su celebración, a partir de las cuales se derive, sin ser ilegal, una consecuencia en contra del constituyente o beneficiario, o que conlleve la concesión de prerrogativas a favor del fiduciario;

- d) *Previsiones con efectos desfavorables para el constituyente o beneficiario que aparezcan en forma ambigua, confusa o no evidente, y, como consecuencia, se le presenten a éste discrepancias entre los efectos esperados o previsibles del negocio y los que verdaderamente resulten del contenido del contrato;*
- e) *La posibilidad de que quien debe cumplir la gestión encomendada sea otra persona diferente al fiduciario, sustituyéndose así como obligado, salvo que por la naturaleza del contrato se imponga la necesidad de hacerlo en personas especializadas en determinadas materias; y,*
- f) *Las que conceden facultades al fiduciario para alterar unilateralmente el contenido de una o algunas cláusulas, como aquellas que permitan reajustar unilateralmente las prestaciones que correspondan a las partes contratantes."*

En la Sección 1ª, Capítulo I, Título XIII, Libro 2 de la Codificación de Resoluciones Monetarias, de Valores y Seguros se ratifica la formalidad de escritura pública para los contratos de fideicomiso, opuesto a un contrato de encargo fiduciario que puede celebrarse por instrumento privado; y, se añade elementos fundamentales para un contrato de fideicomiso.

"Art. 1.- Instrumentación del contrato.-

1. Fideicomiso mercantil.- El contrato de fideicomiso mercantil se otorga mediante la suscripción de escritura pública.

2. Encargo fiduciario.- Los contratos de encargo fiduciario podrán otorgarse por instrumento público o privado."

"Art. 4.- Elementos fundamentales de los contratos de negocios fiduciarios.- Tanto los contratos de fideicomiso mercantil como los de encargos fiduciarios, cuando corresponda, deberán estipular, además de los requisitos señalados en la Ley de Mercado de Valores, lo siguiente:

1. **Objeto y finalidad del negocio fiduciario:** se debe determinar expresamente en todos los negocios fiduciarios, la finalidad que persigue con el contrato que se celebra. Además, deberá señalarse expresamente si éste es de administración, de garantía, de inmobiliario, de inversión u otro.
2. **Instrucciones:** comprenderá las gestiones o actividades específicas que debe realizar la fiduciaria, conducentes a cumplir con la finalidad del negocio fiduciario, haciendo una enunciación clara y completa de las mismas y la forma cómo se llevarán a cabo dichas instrucciones, según el tipo de negocio fiduciario a celebrarse.
3. **Información de los intervinientes:** el contrato de negocio fiduciario debe contener la identificación, la nacionalidad, el estado civil, domicilio y la condición en que comparecen las partes.
4. **Bienes:** deben detallarse las características y las condiciones de cada uno de los bienes que el constituyente transfiere o se compromete a transferir, para el caso de fideicomiso; o a entregar, tratándose de encargo fiduciario.
5. **Obligaciones y derechos de las partes contratantes:** se determinarán las obligaciones y derechos de la fiduciaria, fideicomitente y beneficiario, así como de cualquier otra parte que pueda comparecer en la celebración del contrato. En todo caso, las limitaciones o restricciones a tales derechos y obligaciones deberán convenirse con arreglo a lo establecido en la Ley de Mercado de Valores y en este capítulo
6. **Remuneración:** se expresará claramente los valores o la forma de calcular la remuneración que percibirá la fiduciaria por su gestión, así como la forma, fuente de pago y oportunidad en que la misma será liquidada y cobrada.
7. **Transferencia de activos a la terminación del contrato de fideicomiso:** deberá señalarse la forma como

se transferirán los activos del fideicomiso que existan al momento en que ocurra cualquiera de las causales de la terminación del contrato, previstas en el mismo o en la Ley, indicando las circunstancias que resulten pertinentes para el efecto, así como, la forma como se atenderán las obligaciones generadas en el negocio, cuando a ello haya lugar.

En el contrato podrá establecerse que, cuando en la liquidación del mismo no haya sido factible la entrega de los bienes al beneficiario, éstos serán consignados judicialmente, conjuntamente con la rendición final de cuentas.

8. Órganos del negocio fiduciario: en caso de que, para la toma de decisiones, se contemplen juntas, comités u otros cuerpos colegiados deberán señalarse sus atribuciones y forma de integración. La designación de las personas que los conforman, deberá hacerse con base a lo que contemple el contrato.

Las resoluciones adoptadas por los órganos de decisión no podrán alterar, ni en todo ni en parte, el objeto o la finalidad del contrato.

Corresponde a la fiduciaria mantener el archivo de los documentos en el que consten las resoluciones adoptadas por dichos órganos.

9. Emisión de valores en procesos de titularización: el contrato de fideicomiso mercantil puede establecer la forma por la cual el fideicomiso mercantil emitirá valores en procesos de titularización, de conformidad con lo establecido en el Título XVI de la Ley de Mercado de Valores y esta codificación.

10. Gastos: deberán señalarse expresamente los gastos que estarán a cargo del negocio fiduciario, particularmente aquellos que no correspondan a la operación normal del mismo, así como aquellos que serán asumidos por una o

más de las partes que intervienen en el negocio fiduciario.

11. Rendición de cuentas: *en el contrato deben establecerse los parámetros, forma y periodicidad a los cuales debe sujetarse la rendición, siendo entendido que esta obligación comporta el deber de informar, de manera detallada y pormenorizada, al constituyente, al constituyente adherente y al beneficiario, de la gestión encomendada durante el respectivo período, justificando y demostrando con medios idóneos el cumplimiento de dicha labor, para lo cual debe indicar los sustentos que documentan la información presentada.*

En el contrato debe establecerse la periodicidad de la rendición de cuentas al constituyente y al beneficiario.

12. Reformas al contrato: *en los contratos de negocios fiduciarios debe señalarse el procedimiento para reformar el contrato señalando quiénes deben intervenir para su reforma.*

13. Exclusión de responsabilidad de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros: *en todo contrato de negocio fiduciario deberá constar la mención expresa de que este acto no implica, por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros ni de los miembros del Junta de Política y Regulación Financiera, responsabilidad alguna ni garantía sobre el cumplimiento del objetivo y finalidad del contrato.*

14. Declaración:- *En el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario debe constar la declaración expresa de la fiduciaria que es de exclusiva responsabilidad el verificar y vigilar el cumplimiento de los parámetros fijados en el artículo 30 de la subsección III, del Capítulo III del título XII de la Codificación, previo a que los recursos recibidos para la realización de un proyecto inmobiliario sean destinados a la construcción del mismo."*

En la normativa ecuatoriana también se ha enunciado una clasificación de distintas modalidades de fideicomisos. De esta manera hay fideicomisos de administración, de procesos de titularización, de garantía, de inversión, con fines comunitarios e inmobiliario, lo cual consta en los artículos 17 y 18 de la sección 4ª Capítulo I, Título XIII, Libro Segundo de la Codificación de Resoluciones Monetarias, de Valores y Seguros expedidas por la Junta de Política y Regulación Financiera:

"Art. 17.- Modalidades de los fideicomisos mercantiles.- La modalidad de los fideicomisos depende del objeto y finalidad instituidos en el contrato, los cuales no necesariamente son únicos, por lo que bien puede o no existir un negocio fiduciario con una modalidad única. Para efectos de clasificación se pueden mencionar los siguientes:

- 1. De garantía: entiéndase por fideicomiso de garantía, al contrato en virtud del cual el constituyente, que generalmente es el deudor, transfiere la propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de una o varias obligaciones claramente determinadas en el contrato.(...)*
- 2. De administración: se entiende por fideicomiso de administración, al contrato en virtud del cual se transfieren bienes muebles o inmuebles al patrimonio autónomo, para que la fiduciaria los administre y cumpla las instrucciones instituidas en el mismo. (...)*
- 3. Inmobiliario: Es el contrato en virtud del cual el constituyente o constituyentes transfieren uno o varios inmuebles y/o dinero necesario para la adquisición del terreno o para el desarrollo del proyecto inmobiliario, con la finalidad de que la fiduciaria administre dichos bienes y realice gestiones administrativas ligadas o conexas para*

el desarrollo y ejecución del proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato y en favor de los beneficiarios instituidos en el mismo.(...)

4. De inversión: *se entiende por fideicomiso de inversión el contrato en virtud del cual los constituyentes o fideicomitentes adherentes entregan al patrimonio autónomo valores o dinero para que la fiduciaria los administre o los invierta según las instrucciones establecidas en el contrato, para beneficio propio o de terceros.(...)*

5. De procesos de titularización: *son aquellos en los cuales se aportan los activos que existen o se espera que existan, con la finalidad de titularizar dichos activos.”*

Art. 18.- Disposiciones especiales sobre fideicomisos mercantiles con fines comunitarios.- *Los programas y proyectos que promuevan el desarrollo de empresas comunitarias o de autogestión, en los términos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, se podrán realizar a través de fideicomisos mercantiles con la incorporación de adherentes. (...)*”

Uno de los factores que incidido de manera importante en la popularidad del fideicomiso es su versatilidad, ya que al haber varias modalidades puede aplicarse a distintos tipos de situaciones. Se ha transcrito en este texto los contenidos legales sobre qué debe constar en un contrato de fideicomiso a fin de resaltar su importancia. Debe rescatarse el hecho de que si bien, la legislación principal y secundaria han realizado un importante esfuerzo para regular el marco de acción fiduciaria, el carácter de cada negocio presenta situaciones individuales.

III.- MODALIDADES ESPECÍFICAS DE LOS CONTRATOS DE FIDEICOMISO MERCANTIL CON APORTACIÓN DE ACCIONES

El estructurar un fideicomiso conlleva la elaboración de un contrato, que deberá reunir los elementos dispuestos por las leyes y normativa, en que la persona natural o jurídica que ostente la calidad de accionista o socio aportará todo o parte de sus acciones al patrimonio autónomo que se constituye.

De esta manera la propiedad de las acciones sería transferida al fideicomiso y para efectos del cumplimiento de la obligación de comunicación sobre la transferencia de acciones a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros contenida en el Art. 21¹ de la Ley de Compañías, se comunicaría que el Fideicomiso tiene la calidad de cesionario; y, se inscribiría como tal en el libro de acciones y accionistas de la compañía. Los derechos y obligaciones que el fideicomiso adquiera y ejerza dependerá de la manera como fue estructurado su contrato constitutivo.

Las motivaciones que existan para aportar bienes a un fideicomiso son de diversa índole, de acuerdo a la situación que se requiere solventar. Podrían darse algunos de estos casos:

- Para reforzar pactos entre accionistas.
- Otorgar una mayor representatividad a accionistas minoritarios que se agrupen.
- Lograr decisiones en juntas generales, cuando no existen

1 **Art. 21.-** Las transferencias de acciones y de participaciones de las compañías constituidas en el Ecuador, sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Compañías, serán comunicadas a ésta, con indicación de nombre y nacionalidad de cedente y cesionario, por los administradores de la compañía respectiva, dentro de los ocho días posteriores a la inscripción en los libros correspondientes.

mayorías entre los accionistas como mecanismo para superar impasses decisionales.

- Acelerar y simplificar una compraventa de acciones.
- Proteger el paquete accionario del grupo de control en un proceso de oferta pública de acciones.
- Transparentar y dar más flexibilidad a portafolios de inversión en acciones.
- Administrar patrimonios personales para temas sucesorios.
- Garantizar obligaciones de pago contraídas por el accionista original, que transfiere las acciones al fideicomiso en garantía.

Para el manejo de las situaciones propuestas, salvo el caso del fideicomiso de garantía, el fideicomiso a estructurarse es un fideicomiso de administración.

En los fideicomisos de administración los bienes, que en este caso serían las acciones, se transfieren al patrimonio autónomo para que la fiduciaria los administre y cumpla las instrucciones que se establecerán en el contrato constitutivo.

Al tipificarse distintas modalidades de fideicomiso en el artículo 17, sección 4ª Capítulo I, Título XIII, Libro Segundo de la Codificación de Resoluciones Monetarias, de Valores y Seguros se indica en el primer inciso que *“La modalidad de los fideicomisos depende del objeto y finalidad incluidos en el contrato, los cuales no necesariamente son únicos, por lo que puede o no existir un negocio fiduciario con una modalidad única.”* Esto es importante en el caso de aquellos fideicomisos de garantía al que se hubieran aportado acciones para garantizar una operación, que también conllevan el elemento de administración del bien aportado.

Siendo un fideicomiso de garantía “*el contrato en virtud del cual el constituyente, que generalmente es el deudor, transfiere la propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de una o varias obligaciones claramente determinadas en el contrato.(...)*”, conforme consta en el numeral 1, artículo 17, sección 4ª Capítulo I, Título XIII, Libro Segundo de la Codificación de Resoluciones Monetarias, de Valores y Seguros. Es necesario tener en cuenta que mientras el acreedor no pida la ejecución de la garantía y que las acciones que conforman el patrimonio autónomo se saquen a la venta o se le adjudiquen, estas permanecen en el fideicomiso. Durante todo el tiempo que las acciones conformen el patrimonio autónomo, la fiduciaria deberá administrar las mismas, bajo instrucciones que consten en el contrato.

Los motivos que llevan a recurrir a un fideicomiso como un medio eficaz para viabilizar pactos entre accionistas y toma de decisiones en la compañía es la irrevocabilidad, una de las características esenciales del fideicomiso. De esta manera las decisiones de voto, las acciones para llevar adelante el pacto las ejerce el fideicomiso, representado por la fiduciaria y se minimiza el riesgo de cambio de opinión de cada accionista minoritario.

Respecto al contenido del contrato de fideicomiso, al que se aporten acciones, considerando las disposiciones vigentes, y el contenido básico del contrato, deberá especificarse lo siguiente:

- Objeto y finalidad del negocio fiduciario.
- Su denominación peculiar
- Plazo de vigencia que no podrá ser superior a los ochenta años, salvo las dos excepciones establecidas en el Art. 110 del Título XV del Libro II del Código Orgánico Monetario

y Financiero²

- **Identificación del constituyente y beneficiarios.** En el contrato debe constar la nacionalidad, estado civil, domicilio y condición con que comparecen las partes. Aquí debe tenerse en cuenta que al asumir la calidad de accionista el patrimonio autónomo, deberá proporcionar la información sobre sus constituyentes y beneficiarios para el cumplimiento de lo establecido en el literal b), numeral 20 de la Ley de Compañías.³

2 Art. 110.- Naturaleza y vigencia del contrato.- (Reformado por el Art. 47 de la Ley s/n, R.O. 249-S, 20-V-2014).- El contrato de fideicomiso mercantil deberá otorgarse mediante escritura pública.

La transferencia de la propiedad a título de fideicomiso se efectuará conforme las disposiciones generales previstas en las leyes, atendiendo la naturaleza de los bienes.

El fideicomiso mercantil tendrá un plazo de vigencia o, podrá subsistir hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición. La duración del fideicomiso mercantil no podrá ser superior a ochenta años, salvo los siguientes casos:

- a) Si la condición resolutoria es la disolución de una persona jurídica; y,
- b) Si los fideicomisos son constituidos con fines culturales o de investigación, altruistas o filantrópicos, tales como los que tengan por objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación científica o difusión de cultura, o de aliviar la situación de los interdictos, los huérfanos, los ancianos, minusválidos y personas menesterosas, podrán subsistir hasta que sea factible cumplir el propósito para el que se hubieren constituido.

3 Art. 20.- Las compañías constituidas en el Ecuador, sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Compañías, enviarán a ésta, en el primer cuatrimestre de cada año:

- a) Copias autorizadas del juego completo de los estados financieros, preparados con base en la normativa contable y financiera vigente, así como de las memorias e informes de los administradores establecidos por la Ley y de los organismos de fiscalización, de haberse acordado su creación
- b) La nómina de los administradores, representantes legales y socios o accionistas, incluyendo tanto los propietarios legales como los beneficiarios efectivos, atendiendo a estándares internacionales de transparencia en materia tributaria y de lucha contra actividades ilícitas, conforme a las resoluciones que para el efecto emita la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. La información de los socios o accionistas extranjeros observará los requerimientos específicos previstos en la Ley.

En el caso de compañías anónimas ecuatorianas que estuvieren registradas en una o más bolsas de valores nacionales, su nómina de accionistas deberá

El constituyente será el accionista original que aporta sus acciones. El beneficiario variará dependiendo del fin que el fideicomiso persiga, pudiendo ser: a) El mismo constituyente, b) El comprador de las acciones cuando se estructure el fideicomiso para viabilizar una compraventa de acciones, c) Los herederos cuando la estructuración hay sido motivada para organizar temas sucesorios.

- Debe detallarse los bienes que se transfieren, en este caso las acciones.
- Los derechos y obligaciones de las partes.
- La remuneración de la administradora fiduciaria. Se ha asimilado las actuaciones de una fiduciaria, durante la administración de un fideicomiso, a acciones que realizaría un mandatario. Bajo ese aspecto es pertinente recalcar el carácter de remunerado que éstas actuaciones conllevan para con la fiduciaria que constan como elemento sustancial del fideicomiso mercantil, ya que el Código Civil asigna más responsabilidad al mandatario remunerado en su artículo 2033.⁴ Queda claro que la gestión de la administradora fiduciaria siempre será remunerada, por disposición expresa del artículo 132, capítulo II, título XV, Código Orgánico Monetario y Financiero⁵
- Las causales y forma de terminación del contrato. Deberá estipularse también la forma como se transferirán los activos que tenga el fideicomiso al momento de configu-

identificar a aquellos accionistas que tuvieran un porcentaje igual o superior al 10% de su capital; y,

4 Art. 2033 El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.

Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado.

5 Art. 132.- **Remuneración del fiduciario.**- La actuación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos será siempre remunerada y constará en el contrato de fideicomiso mercantil.

rarse cualquiera de las causales de terminación del contrato de fideicomiso.

- Las instrucciones impartidas a la fiduciaria.
- Órganos de administración del negocio fiduciario, en caso de que existan comités fiduciarios, junta de fideicomisos u otros cuerpos colegiados. Esta figura no siempre consta en todos los contratos de fideicomiso. Es un recurso interesante para aquellos fideicomisos de acciones que se constituyan para agrupar accionistas minoritarios de una compañía; o, lograr mecanismos de decisión en compañías sin una mayoría específica.
- Frecuencia de la rendición de cuentas, cuya periodicidad no podrá ser superior a un año.

IV.- ASPECTOS RELEVANTES DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN DE ACCIONES

Uno de los aspectos más importantes para la eficacia de un contrato de fideicomiso de administración de acciones es que se exprese de manera correcta y adecuada la finalidad de este. Sin embargo, en muchas ocasiones animados por el deseo de otorgar al fideicomiso una flexibilidad de acción que permita hacer frente a situaciones imprevistas en varios contratos de fideicomisos la cláusula de objeto es redacta de manera general, indicando que el objeto del fideicomiso es mantener la titularidad jurídica de los bienes fideicomitidos y cumplir con las instrucciones contractuales.

Por lo arriba expuesto para la efectividad de un fideicomiso debe tenerse especial cuidado en la redacción y aplicación de todas sus cláusulas, empezando con la clara determinación de los comparecientes a la celebración del contrato y su grado de participación posterior durante la vigencia del fideicomiso.

Puede darse el caso en que una vez aportadas las acciones sea el fideicomiso el que realice todas las actuaciones de accionista y ejerza todos los derechos que en esta calidad le asisten. En estos casos el campo de acción discrecional de la fiduciaria aumenta significativamente, y es aconsejable minimizar el riesgo que esto conlleva a los beneficiarios y/o constituyentes con una obligación fiduciaria de rendir cuentas de manera frecuente.

Nuestra legislación principal sobre fideicomisos, esto es el Código Orgánico Monetario y Financiero, establece como requisito mínimo del contenido básico del contrato de fideicomiso la identificación de los constituyentes y beneficiarios, en el literal a), numeral 1, artículo 120, Título XV, Libro II. No contempla, de manera expresa la posibilidad de que comparezcan más partes con calidades distintas. Este cuerpo legal también nos da una definición de constituyente y beneficiario en el mismo Título XV, Libro Segundo, ya mencionado, en los siguientes artículos

"Art. 115.- Constituyentes o fideicomitentes.- Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil.

Las instituciones del sector público que actúen en tal calidad se sujetarán al reglamento especial que para el efecto expedirá la Junta de Regulación del Mercado de Valores.

El fiduciario en cumplimiento de encargos fiduciarios o de contratos de fideicomiso mercantil, puede además transferir bienes, sea para constituir nuevos fideicomisos mercantiles para incrementar el patrimonio de otros ya existentes, administrados por él mismo o por otro fiduciario.

Para la transferencia de bienes de personas jurídicas se observarán lo que dispongan los estatutos de las mismas y las disposiciones previstas en la Ley de Compañías.

Cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios se lo denominará constituyente adherente. Cabe la adhesión en los contratos en los que se haya establecido esa posibilidad. Las entidades del sector público únicamente pueden adherirse a contratos de fideicomisos mercantiles cuyos constituyentes sean también entidades del sector público.

Para el cumplimiento de su finalidad, el patrimonio autónomo podrá obtener financiamiento de instituciones del sistema financiero, mediante la emisión de valores establecidos en esta ley, y a través de otros mecanismos que regule la Junta."

"Art. 116.- Beneficiarios.- *Serán beneficiarios de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios, las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución. Podrá designarse como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista pero se espera que exista. Podrán existir varios beneficiarios de un contrato de fideicomiso, pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos.*

A falta de estipulación, en el evento de faltar o ante la renuncia del beneficiario designado y, no existiendo beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se

tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso.”

Queda expresamente prohibida la constitución de un fideicomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas.”

La legislación secundaria, contenida en la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, dispone sobre el tema en el numeral 3, del numeral 1, del artículo 4, de la sección 1ª, del capítulo 1, del título XIII, Libro Segundo, en que considera un elemento fundamental del contrato la información de los intervinientes, sin referirse aquí de manera exclusiva a constituyentes y/o beneficiarios.

Conforme lo arriba expuesto los partícipes en un fideicomiso que tiene como objeto administrar acciones, siendo este el objeto único; o, siendo el objeto administrarlas mientras se mantiene una garantía podrían tener las siguientes calidades:

- Constituyentes, quienes aportan las acciones. Pudiendo ser constituyentes iniciales que comparecen a la constitución del fideicomiso; o, constituyentes adherentes que aportan las acciones con posterioridad. La situación de un fideicomiso con constituyentes adherentes podría darse en el caso que se quiera conformar grupos de accionistas minoritarios para votaciones y representación dentro de la compañía, en que se conforma un grupo inicial y más accionistas se van sumando con el transcurso del tiempo.
- Beneficiarios, que recibirán los beneficios que se generen en el fideicomiso. Estos beneficios variarán de acuerdo a la estructuración del fideicomiso, pudiendo ser: Las utilidades que las acciones generen, que se les adjudique

la totalidad de las acciones al finalizar el contrato; o, que se les vaya realizando transferencias parciales de acciones (en los casos de fideicomisos estructurados para temas hereditarios; o, para afianzar una compraventa de acciones, o, como parte de un proceso de oferta pública de acciones en el mercado de valores).

De igual manera que ocurre con los constituyentes los beneficiarios pueden tener la calidad de beneficiarios iniciales y comparecer al momento de constituirse el fideicomiso; o, adquirir esa calidad con posterioridad mediante una cesión de derechos.

Dependiendo de la finalidad del fideicomiso, una misma persona puede ostentar las calidades de constituyente y beneficiario.

- Al normarse en la legislación secundaria en el sentido de que es un elemento fundamental del contrato de fideicomiso la calidad en que comparecen las partes⁶, el tema no se limita a constituyentes o beneficiarios. Es así que puede incluirse en estos contratos al acreedor, con esa denominación en los contratos de garantía. También se ha introducido en algunos fideicomisos estructurados para precautelar las acciones del grupo de control den una compañía durante un proceso de oferta pública la figura del protector del fideicomiso.

6 Título XIII

FIDEICOMISO MERCANTIL Y ENCARGO FIDUCIARIO

Capítulo I

DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

Sección I

CONFORMACIÓN DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

(...)Art. 4.- **Elementos fundamentales de los contratos de negocios fiduciarios.**- Tanto los contratos de fideicomiso mercantil como los de encargos fiduciarios, cuando corresponda, deberán estipular, además de los requisitos señalados en la Ley de Mercado de Valores, lo siguiente:

3. Información de los intervinientes: el contrato de negocio fiduciario debe contener la identificación, la nacionalidad, el estado civil, domicilio y la condición en que comparecen las partes.

La Cláusula de definición de términos. Esta no es una de las cláusulas básicas o fundamentales de los contratos de fideicomisos, sin embargo, es de amplia utilización por parte de las administradoras fiduciarias al momento de estructurar los negocios. Esta cláusula aporta información sobre elementos sustanciales del contrato específico al que pertenece.

La cláusula donde se describe el bien aportado, que en este caso sería las acciones, tiene una importancia más allá de la sola descripción del bien y aquí la fiduciaria debe actuar con la debida diligencia en aspectos tanto de la valoración y registro de las acciones aportadas, como en la constatación de la existencia del bien recibido. Recordemos también que el Art. 117 del Título XV, Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero⁷ establece que se pueden comprometer bienes que no existen pero que se espera que existan. En los casos de los fideicomisos que administran acciones, este artículo debe considerarse cuando se trate de aplicar el derecho de preferencia inherente al fideicomiso como accionista de una compañía; y, cuando las acciones aportadas no se encuentren pagadas en su totalidad.

Una de las cláusulas vitales en un contrato de fideicomiso son las instrucciones que se impartan a la fiduciaria. En un principio esto está contemplado en el Código Orgánico Monetario y Financiero, dentro del contenido básico del contrato en términos escuetos en el literal i; numeral 1, artículo 120, Título XV, Libro Segundo:

“Art. 120.- Contenido básico del contrato.- El contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios deberá

7 Art. 117.- **Bienes que se espera que existan.**- Los bienes que no existen pero que se espera que existan podrán comprometerse en el contrato de fideicomiso mercantil a efectos de que cuando lleguen a existir, incrementen el patrimonio del fideicomiso mercantil.

contener por lo menos lo siguiente:

1.- *Requisitos mínimos:* (...)

i) *Las condiciones generales o específicas para el manejo, entrega de los bienes, frutos, rendimientos y liquidación del fideicomiso mercantil.* “

La Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros expedidas por la Junta de Política y Regulación Financiera, precisa más este punto en numeral 2, del numeral 1, del artículo 4, de la sección 1ª, del capítulo 1, del título XIII, del Libro Segundo, de la siguiente manera:

“Art. 4.- Elementos fundamentales de los contratos de negocios fiduciarios.- Tanto los contratos de fideicomiso mercantil como los de encargos fiduciarios, cuando corresponda, deberán estipular, además de los requisitos señalados en la Ley de Mercado de Valores, lo siguiente:(...)”

2. Instrucciones: comprenderá las gestiones o actividades específicas que debe realizar la fiduciaria, conducentes a cumplir con la finalidad del negocio fiduciario, haciendo una enunciación clara y completa de las mismas y la forma cómo se llevarán a cabo dichas instrucciones, según el tipo de negocio fiduciario a celebrarse.

Tienen también relevancia cláusulas que regulan contractualmente la actuación de la fiduciaria, como las siguientes:

- Obligaciones y derechos de constituyentes y beneficiarios. Si bien, aquí podría argüirse que esta disposición contractual se extiende para los intervinientes del fideicomiso que no son la administradora fiduciaria, ésta no puede abstraerse de ejecutar su función para que los derechos de las partes se respeten; y, a la vez, adecuar su comportamiento conforme las obligaciones que éstos tengan. De manera general los derechos de constituyentes y beneficiarios se

esbozan en los artículos 126 y 127⁸, Capítulo II, Título XV, Libro Segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero

- Órganos del fideicomiso. Es importante porque la toma de decisiones del fideicomiso, y lo que la fiduciaria debe realizar y acatar se derivan de estos órganos.
- Determinación de la persona que instruye a la fiduciaria: Estas instrucciones pueden venir de parte de un órgano colegiado, el constituyente, el beneficiario; o, el acreedor

8 Art. 126.- **Derechos del constituyente.**- Son derechos del constituyente del fideicomiso mercantil:

- a) Los que consten en el contrato;
- b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;
- c) (Reformado por la Disposición General Décima Novena de la Ley de Mercado de Valores agregada por el Art. 93 de la Ley s/n R.O. 249-S, 20-V-2014).- Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta la Junta de Regulación del Mercado de Valores, sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales; y,
- d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa leve en el desempeño de su gestión.

Art. 127.- **Derechos del beneficiario.**- Son derechos del beneficiario del fideicomiso mercantil:

- a) Los que consten en el contrato;
- b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;
- c) (Reformado por la Disposición General Décima Novena de la Ley de Mercado de Valores agregada por el Art. 93 de la Ley s/n R.O. 249-S, 20-V-2014).- Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta la Junta de Regulación del Mercado de Valores, sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales;
- d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa grave o culpa leve en el desempeño de su gestión;
- e) Impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso mercantil, dentro de los términos establecidos en la ley; y,
- f) Solicitar la sustitución del fiduciario, por las causales previstas en el contrato, así como en los casos de dolo o culpa leve en los que haya incurrido el fiduciario, conforme conste de sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos.

en el caso de los fideicomisos de garantía.

- Procedimiento para reformar el fideicomiso.
- Rendición de cuentas. En el contrato debe plasmarse la frecuencia con que ésta debe ser entregada, que no puede superar un año. A falta de estipulación expresa esta rendición será trimestral, conforme lo establece el literal c), artículo 103, Capítulo III, Título XIV del Código Orgánico Monetario y Financiero.⁹ Se recalca que mientras mayor sea la discrecionalidad fiduciaria en la administración del patrimonio autónomo, la rendición de cuentas debe ser frecuente, a fin de que los partícipes del fideicomiso estén adecuadamente informados.
- Honorarios. Esta cláusula ayuda a establecer la finalidad del fideicomiso, en el sentido que los montos a fijarse dependerán del volumen y frecuencia de gestión que la fiduciaria realice. Las administradoras fiduciarias están obligadas a mantener un tarifario por los servicios que presten, disposición que se encuentra en el numeral 11, artículo 4, subsección 1ª, sección 1ª, capítulo III, título XII, Libro Segundo de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras y de Seguros¹⁰
- Causales de terminación del contrato y procedimiento de liquidación.
- Causales para una sustitución fiduciaria.

9 Art. 103.- **De las obligaciones de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos como fiduciario.**- Sin perjuicio de los deberes y obligaciones que como administradora de fondos tiene esta sociedad, le corresponden en su calidad de fiduciario, además de las disposiciones contenidas en el contrato de fideicomiso mercantil, las siguientes: (...)

c) Rendir cuentas de su gestión, al constituyente o al beneficiario, conforme a lo que prevea el contrato y con la periodicidad establecida en el mismo y, a falta de estipulación la rendición de cuentas se la realizará en forma trimestral;

10 Art. 4.- **Contenido de la solicitud.**- A la solicitud de autorización de funcionamiento e inscripción deberá adjuntarse al menos la siguiente información: (...)

11. - Tarifario de todos aquellos servicios que sean prestados, el mismo que debe constar en sus oficinas en un sitio visible al público y publicadas en su página web.

V.- ALCANCE DE LAS ACTUACIONES DE LA FIDUCIARIA EN LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS EN QUE SE ADMINISTREN ACCIONES

En esto es importante diferenciar entre las acciones que la fiduciaria realice como administradora de un patrimonio autónomo y las acciones que realice como representante legal del fideicomiso que tiene la calidad de accionista.

Al abordar el tema de las actuaciones fiduciarias, hay dos máximas que saltan a la luz en un primer momento:

- Las actuaciones de la administradora fiduciaria son de medios y no de resultados; y,
- La fiduciaria responde hasta por la culpa leve.

Las dos situaciones arriba descritas nacen del principio de confianza imbuido en el accionar fiduciario, desde su concepción inicial conforme se refleja en el artículo 112 del título XV, del Libro Segundo del Código Orgánico, Monetario y Financiero anteriormente transcrito.

Nuestra legislación ha plasmado estos enunciados en el artículo 125, Capítulo II, Título XIV, Libro Segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero:

“Art. 125.- De las obligaciones de medio y no de resultado.- No obstante las obligaciones señaladas precedentemente, así como las que se prevean en el contrato de fideicomiso mercantil y en el de encargo fiduciario, el fiduciario no garantiza con su actuación que los resultados y finalidades pretendidas por el constituyente efectivamente se cumplan.

El fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumpli-

miento de su gestión, que es de medio y no de resultado; esto es, que su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan.”

El artículo arriba transcrito se ve, a su vez, reforzado por el artículo 5, Sección 1ª., Título XII, Libro Segundo de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, en estos términos:

“Art. 5.- Responsabilidad de la fiduciaria.- La administradora de fondos y fideicomisos responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, para lo cual deberá actuar en forma diligente y profesional, procurando cumplir prioritariamente con el objeto y la finalidad, instituidos en el contrato.”

Corroborando la imposibilidad de una administradora fiduciaria de garantizar resultados, se encuentra la prohibición legislada en el literal a), numeral 2, artículo 105, capítulo 3, título XIV, libro segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero:

“Art. 105.- De las prohibiciones a las administradoras de fondos y fideicomisos. (..)

2.- Además en calidad de fiduciarios no deberán:

a) Avalar, afianzar o garantizar el pago de beneficios o rendimientos fijos en función de los bienes que administra; no obstante, conforme a la naturaleza del fideicomiso mercantil, podrán estimarse rendimientos o beneficios variables o fijos no garantizados dejando constancia siempre que las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado; (...)”

De tal manera que no podrá garantizarse ningún rendimiento a las acciones aportadas al fideicomiso. Lo que sí deberá constar en el contrato es el destino a darse a las utilidades que se recibiesen, como podría ser: Percibir las e invertir las conforme a instrucciones (en este caso el fideicomiso tendría doble modalidad ya que sería un fideicomiso de administración e inversión), acumularlas como incremento al patrimonio autónomo, entregarlas a los beneficiarios, destinarlas al pago de acreencias debidamente constatadas¹¹ en que el constituyente y/o beneficiario sean deudores.

Si bien la fiduciaria no podrá garantizar un rendimiento sobre las acciones aportadas, si debe realizar –como parte de su gestión de medios– todas y cada una de las acciones necesarias para que se cumpla con el objeto del fideicomiso.

Como administradora del patrimonio autónomo, la fiduciaria debe cumplir con la debida diligencia en varios aspectos concernientes tanto a los partícipes en el contrato de fideicomiso como a las acciones aportadas.

En el caso de los partícipes del contrato de fideicomiso la fiduciaria debe verificar su identidad, nacionalidad estado civil y domicilio. Respecto a la identidad se debe revelar los datos necesarios hasta llegar a las personas naturales, conforme el artículo 15, Capítulo I, Título IV, Libro Segundo de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Mercado de Valores y Seguros:

11 En un fideicomiso de garantía es elemento fundamental del contrato la determinación de la obligación establecido en el numeral 1, Artículo 17, Sección 4ª, Título XIII, Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros: “Art. 17.- **Modalidades de los fideicomisos mercantiles.**- 1. **De garantía:** entiéndase por fideicomiso de garantía, al contrato en virtud del cual el constituyente, que generalmente es el deudor, transfiere la propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de una o varias obligaciones claramente determinadas en el contrato.”

“Art. 15.- Nómina de accionistas.- Las personas jurídicas que se inscriban en el Catastro Público del Mercado de Valores deberán revelar al momento de su inscripción así como hasta el 30 de abril de cada año, con corte al 31 de diciembre del año inmediato anterior, en los medios que establezca la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, el domicilio o residencia y la identidad de sus accionistas, socios o miembros, según corresponda, hasta llegar a la identificación de la última persona natural.

Cuando los accionistas, socios, miembros o partícipes de las entidades mencionadas en el numeral anterior sean personas jurídicas no controladas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, deberá indicarse el domicilio o residencia y la identidad de los accionistas, socios, miembros o partícipes de éstas; y, si tales personas, son a su vez personas jurídicas, se deberá hacer lo propio, sucesivamente, hasta llegar a los datos de los que fueren personas naturales.

Esta obligación deberá efectuarse también en el caso de que los accionistas que posean acciones nominativas, socios, miembros o partícipes de una sociedad que estén domiciliados en el extranjero.

En el caso de negocios fiduciarios, las administradoras de fondos y fideicomisos deberán presentar la información que permita identificar claramente a los constituyentes, constituyentes adherentes y beneficiarios de los contratos que administren, y en el caso que sean personas jurídicas se debe aplicar las mismas reglas establecidas en los párrafos anteriores, hasta identificar a las personas naturales nacionales o extranjeras.

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros también podrá requerir, en cualquier tiempo, información que identifique a los accionistas, socios o miembros de las personas jurídicas nacionales o extranjeras que, a su vez, sean socios o accionistas de la compañía sujeta al control

de esta Superintendencia, y así sucesivamente hasta identificar a la última persona natural.

Se exceptúan de la obligatoriedad de presentar la información exigida en este artículo:

1. Las personas jurídicas, exclusivamente, respecto de aquellos accionistas, socios o miembros que tengan un porcentaje inferior al diez por ciento del capital suscrito, patrimonio o participación de beneficios en dicha persona jurídica. Sin embargo, en caso de que tales accionistas, socios o miembros presenten vínculos por propiedad, gestión y/o presunción con otros accionistas, socios o miembros de la misma persona jurídica, de acuerdo a los criterios establecidos para el efecto en la Ley de Mercado de Valores y en este cuerpo normativo, deberán revelar el domicilio o residencia y la identidad de sus accionistas, socios o miembros hasta llegar a la persona natural, sin importar el porcentaje de participación en el capital suscrito, patrimonio o participación de beneficios en dicha persona jurídica.
2. Las compañías que coticen sus acciones en bolsa de valores. Sin embargo, deberán revelar la información prevista en este artículo, respecto de los accionistas de tales compañías que no negocien sus acciones en bolsa."

Esta obligatoriedad se refuerza en el artículo 8, sección 3ª, título XIII, Libro Segundo de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Mercado de Valores y Seguros:

"Art. 8.- Información a ser presentada a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.- Para mantener la inscripción de los negocios fiduciarios, la fiduciaria deberá presentar a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en los medios que ésta establezca, la siguiente información:

1. Para los negocios fiduciarios inscritos:

b. Con periodicidad mensual, hasta el día 15 del mes inmediato posterior: (...)

2. Nómina de los constituyentes, constituyentes adherentes y beneficiarios, con indicación del número de cédula de identidad, pasaporte o RUC y domicilio.

3. Si en la información antes señalada, se encuentra una persona jurídica debe aplicarse lo establecido en el Art. 36 de la Sección I Capítulo IX Título II de este Libro. (...)

3. Para los negocios fiduciarios no inscritos: las fiduciarias deberán reportar mensualmente, por los medios que establezca para el efecto la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la información que se señala a continuación sobre los fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios no inscritos en el Catastro Público del Mercado de Valores:

b. Nómina de los constituyentes, constituyentes adherentes y beneficiarios, con indicación del número de cédula de identidad, pasaporte o RUC y domicilio.

c. Si en la información antes señalada, se encuentra una persona jurídica debe aplicarse lo establecido en el artículo 15 del Capítulo I del Título IV de esta Codificación.

Esta revelación de información hasta llegar a personas naturales que tienen las administradoras fiduciarias es también la obligación que tienen los representantes legales de compañías respecto a los accionistas, conforme lo ha establecido el literal b, artículo 20 de la Ley de Compañías.¹²

¹² **Art. 20.-** (Reformado por el Art. 6 de la Ley s/n, R.O. 347-3S, 10-XII-2020).- Las compañías constituidas en el Ecuador, sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Compañías, enviarán a ésta, en el primer cuatrimestre de cada año: (...)

b) La nómina de los administradores, representantes legales y socios o accionistas, incluyendo tanto los propietarios legales como los beneficiarios efectivos, atendiendo a estándares internacionales de transparencia en materia tributaria y de lucha contra actividades ilícitas, conforme a las resoluciones que para el efecto emita la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. La información de los socios o accionistas extranjeros observará los requerimientos

En cuanto a los bienes que se transfieren al patrimonio autónomo le corresponde también a la fiduciaria ejecutar ciertas acciones de constatación, así se establece en el artículo 5, sección 1ª, capítulo I, Título XIII, Libro Segundo de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Mercado de Valores y Seguros:

"Art. 5.- Responsabilidad de la fiduciaria.- La administradora de fondos y fideicomisos responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, para lo cual deberá actuar en forma diligente y profesional, procurando cumplir prioritariamente con el objeto y la finalidad, instituidos en el contrato.

Además de lo establecido en el contrato, es responsabilidad de la fiduciaria constatar la existencia física y el perfeccionamiento de la transferencia de dominio de los bienes aportados por el constituyente al fideicomiso mercantil, en virtud del contrato constitutivo. En el caso de bienes muebles, verificará su incorporación al patrimonio autónomo y, en el caso de bienes inmuebles, la inscripción de los contratos en el Registro de la Propiedad. (...)

En todo caso, deberán señalarse en la escritura pública las limitaciones que pesan sobre el dominio de los bienes que se incorporan al fideicomiso mercantil, debiendo constar como documento habilitante de la misma los certificados de dichos gravámenes.

(...) También deberá verificar que los bienes que han sido transferidos al patrimonio autónomo tengan relación con la finalidad que se pretende alcanzar con el negocio."

específicos previstos en la Ley.

En el caso de compañías anónimas ecuatorianas que estuvieren registradas en una o más bolsas de valores nacionales, su nómina de accionistas deberá identificar a aquellos accionistas que tuvieran un porcentaje igual o superior al 10% de su capital; (...)

De esta manera, la fiduciaria deberá firmar en representación del fideicomiso la comunicación y en calidad de cesionario la nota de cesión y la comunicación establecidas en los artículos 188 y 189 de la Ley de Compañías¹³, recibir y custodiar el título de acciones; así como cerciorarse de que el fideicomiso ha sido inscrito en el Libro de Acciones y Accionistas de la compañía; y, que los datos del fideicomiso que representa se encuentren actualizados en la compañía. Le corresponderá también, a la fiduciaria, solicitar la

13 Art. 188.- La propiedad de las acciones se transfiere mediante nota de cesión firmada por quien la transfiere o la persona o casa de valores que lo represente. La cesión deberá hacerse constar en el título correspondiente o en una hoja adherida al mismo; sin embargo, para los títulos que estuvieren entregados en custodia en un depósito centralizado de compensación y liquidación, la cesión podrá hacerse de conformidad con los mecanismos que se establezcan para tales depósitos centralizados.

Art. 189.- La transferencia del dominio de acciones no surtirá efecto contra la compañía ni contra terceros, sino desde la fecha de su inscripción en el Libro de Acciones y Accionistas.

Esta inscripción se efectuará válidamente con la sola firma del representante legal de la compañía, a la presentación y entrega de una comunicación firmada por el cedente y cesionario. A esta comunicación se deberá adjuntar el título objeto de la cesión. Dicha comunicación y el título se archivarán en la compañía. El título objeto de la cesión será anulado y, en su lugar, se emitirá un nuevo título a nombre del adquirente.

En las comunicaciones antedichas se hará constar, el correo electrónico del cesionario a efectos de que el representante legal actualice esa información.

En el caso de acciones inscritas en una bolsa de valores o inmovilizadas en el depósito centralizado de compensación y liquidación de valores, la inscripción en el libro de acciones y accionistas será efectuada por el depósito centralizado, con la sola presentación del formulario de cesión firmado por la casa de valores que actúa como agente. El depósito centralizado mantendrá los archivos y registros de las transferencias y notificará trimestralmente a la compañía, para la cual llevará el libro de acciones y accionistas, la nómina de sus accionistas. Además, a solicitud hecha por la compañía notificará en un período no mayor a tres días.

El retardo en inscribir la transferencia hecha en conformidad con los incisos anteriores, se sancionará con multa del dos por ciento sobre el valor nominal del título transferido, que el Superintendente de Compañías impondrá, a petición de parte al representante legal de la respectiva empresa.

Prohíbese establecer requisitos o formalidades para la transferencia de acciones, que no estuvieren expresamente señalados en esta Ley, y cualquier estipulación estatutaria o contractual que los establezca no tendrá valor alguno.

sanción correspondiente si hubiese demoras en el registro de la transferencia.

Además, la fiduciaria deberá registrar el valor de las acciones transferidas en las cuentas del fideicomiso, para estos efectos la valoración corresponde al constituyente, conforme el artículo 11, sección 4ª, capítulo I, Título XIII, Libro Segundo de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Mercado de Valores y Seguros:

*“Art. 11.- Valoración de los patrimonios autónomos.-
(...)”*

En el caso de bienes muebles o de inmuebles, la valoración de estos bienes transferidos al patrimonio autónomo será realizada por los constituyentes.(...)”

En cualquier circunstancia, las fiduciarias podrán verificar la valoración de los bienes transferidos al patrimonio autónomo al momento de la constitución del negocio fiduciario y en forma previa a otorgar una constancia al constituyente o al beneficiario sobre las calidades que éstos tengan en el contrato.”

Una de las principales obligaciones de la fiduciaria es rendir cuentas de su gestión y consta así en el literal c), artículo 103, capítulo III, título XIV, Libro Segundo, Código Orgánico, Monetario y Financiero.

En la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Mercado de Valores y Seguros, los parámetros de la rendición de cuentas es uno de los elementos fundamentales del contrato, y reglamenta su contenido en el artículo 16, de la sección 4ª, capítulo I, título XIII. Así como es también un derecho de los beneficiarios, reconocido expresamente en el literal c, artículo 127, capítulo II, título XV del Código Orgánico Monetario y Financiero exigirla a la fiduciaria:

“Art. 127.- Derechos del beneficiario.- Son derechos del beneficiario del fideicomiso mercantil: (...)

c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta la Junta de Regulación del Mercado de Valores, sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales;

En este aspecto, la práctica usual en los contratos de fideicomiso es establecer un periodo de objeciones para que los constituyentes y/o beneficiarios que reciben la rendición de cuentas puedan manifestar su inconformidad.

Una responsabilidad adicional de la fiduciaria es proceder a inscribir el fideicomiso en el Catastro Público de Mercado de Valores que lleva la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en caso de que se configuren las condiciones para ello establecidas en el artículo 6, sección 2ª. capítulo I, título XII, de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Mercado de Valores y Seguros:

“Art. 6.- Inscripción.- En el Catastro Público del Mercado de Valores se inscribirán los fideicomisos mercantiles que sirvan como mecanismos para realizar un proceso de titularización, los fideicomisos de inversión con adherentes, los fideicomisos mercantiles inmobiliarios; los negocios fiduciarios que directa o indirectamente tengan relación con un proyecto inmobiliario cuyo financiamiento provenga de terceros; y los negocios fiduciarios en los que participa el sector público como constituyente, constituyente adherente o beneficiario y aquellos en los que de cualquier forma se encuentren integrados en su patrimonio con recursos públicos o que se prevea en el respectivo contrato esta posibilidad.

La solicitud de inscripción deberá ser presentada por el representante legal de la Fiduciaria en un plazo de quince días contados desde la constitución del negocio fiduciario.”

Le corresponde a la administradora fiduciaria implementar mecanismos de monitoreo y minimización de riesgos, conforme consta en el artículo 30, subsección 3ª, sección 1ª, capítulo III, título XII de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Mercado de Valores y Seguros:

*“Art. 30.- **Sistemas de control interno.**- Las fiduciarias adoptarán e implementarán sistemas de control interno que contribuyan adecuadamente a administrar los riesgos asociados a cada negocio fiduciario. Para tal efecto, las fiduciarias deberán realizar el análisis del riesgo inherente a su administración, revelar el riesgo a sus clientes, y diseñar e implementar mecanismos para su monitoreo y mitigación.(...)”*

Al escribir sobre el fideicomiso mercantil contemporáneo Sergio Rodríguez-Azuero¹⁴ afirma que una reserva sobre los negocios fiduciarios es su mala utilización como mecanismo defraudatorio. En este sentido la administradora fiduciaria tiene obligaciones y prohibiciones específicas en nuestra legislación, en lo principal en la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Mercado de Valores y Seguros. Así encontramos que la fiduciaria:

:

- Es responsable de aplicar políticas internas conforme el quinto inciso del artículo 5, sección 1ª, capítulo I, título XIII, Libro Segundo de la precitada codificación:

*“Art. 5.- **Responsabilidad de la fiduciaria.**- (...)”*

14 Rodríguez-Azuero, Sergio. Revista Comillas-ICADE,

La administradora de fondos y fideicomisos deberá aplicar políticas internas tendientes a conocer a su cliente; a fin de minimizar las contingencias derivadas de mecanismos de lavado de dinero, narcotráfico y otros hechos delictivos que pudieran efectuarse a través del negocio fiduciario.(...)"

- Le está prohibido desnaturalizar el negocio fiduciario o desviarlo de su objeto, conforme el artículo 3, capítulo I, título XIII de la precitada codificación:

"Art. 3.- Estipulaciones prohibidas.- Están prohibidas las cláusulas que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original, o se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno. Tratándose de contratos de adhesión, las cláusulas ambiguas se interpretarán a favor del fideicomitente y/o beneficiario, según corresponda. Por lo demás, los contratos de adhesión deberán contemplar los requisitos que, para el efecto, señala la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y demás leyes aplicables o pertinentes."

Esta prohibición se encuentra también en el literal e, numeral 2, artículo 105, capítulo III, título XIV del Código Orgánico Monetario y Financiero:

"Art. 105.- De las prohibiciones a las administradoras de fondos y fideicomisos. (...)

2.- Además en calidad de fiduciarios no deberán:

e) Suscribir negocios fiduciarios que permitan o pueden devenir en contratos simulados, so pena del establecimiento de responsabilidades civiles, administrativas o penales a que hubiere lugar (...)

Un tema adicional para considerar es que debe existir independencia entre la administradora fiduciaria como tal y sus clientes. Por tal motivo la fiduciaria debe

separar el fideicomiso de su propio patrimonio; y, ni la administradora, ni su personal pueden intervenir en los fideicomisos que administran, por disposiciones expresas del literal b) del Artículo 103 y del literal c), numeral 2, artículo 105, capítulo III, título XIV del Código Orgánico Monetario y Financiero:

“Art. 103.- De las obligaciones de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos como fiduciario.- Sin perjuicio de los deberes y obligaciones que como administradora de fondos tiene esta sociedad, le corresponden en su calidad de fiduciario, además de las disposiciones contenidas en el contrato de fideicomiso mercantil, las siguientes: (...)

b) Mantener el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario separado de su propio patrimonio y de los demás fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios que mantenga, llevando para el efecto una contabilidad independiente para cada uno de éstos.

La contabilidad del fideicomiso mercantil y de los encargos fiduciarios deberá reflejar la finalidad pretendida por el constituyente y se sujetarán a los principios de contabilidad generalmente aceptados;

“Art. 105.- De las prohibiciones a las administradoras de fondos y fideicomisos.(...)

2.- Además en calidad de fiduciarios no deberán:

d) Constituir un fideicomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto, directa o indirectamente, así como en virtud de una cesión de derechos y en general por ningún medio que los ponga en dicha situación, a la propia fiduciaria, sus administradores, representantes legales, sus accionistas o de sus empresas vinculadas;”

La responsabilidad tributaria recae sobre el fideicomiso y subsidiariamente sobre la fiduciaria, así está establecido en el artículo 135, capítulo II, título XV del Código Orgánico Monetario y Financiero:

“Art. 135.- Responsabilidad tributaria.- El fideicomiso mercantil tendrá la calidad de agente de recepción o de percepción respecto de los impuestos que al fideicomiso le corresponde retener y percibir en los términos de la legislación tributaria vigente.

En el caso de encargos fiduciarios, el fiduciario hará la retención a nombre de quien otorgó el encargo.

Para todos los efectos consiguientes, la responsabilidad del fiduciario en relación con el fideicomiso que administra se regirá por las normas del Código Tributario. El fiduciario será responsable solidario con el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponda al fideicomiso.”

VI.- ACTUACIONES DE UN FIDEICOMISO COMO ACCIONISTA DE UNA COMPAÑÍA

Se indicó ya con anterioridad que hay un doble campo de acción para una fiduciaria cuando administra un patrimonio autónomo integrado por acciones. Por una parte, está el deber de diligente y prudente administración que se le asigna en el literal a), artículo 103, capítulo III, título XIV del Código Orgánico Monetario y Financiero¹⁵; y, por otra la calidad de accionista

¹⁵ Art. 103.- De las obligaciones de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos como fiduciario.- Sin perjuicio de los deberes y obligaciones que como administradora de fondos tiene esta sociedad, le corresponden en su calidad de fiduciario, además de las disposiciones contenidas en el contrato de fideicomiso mercantil, las siguientes:

a) Administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso

dentro de una compañía específica que tiene un fideicomiso determinado, lo cual conlleva actuaciones concretas.

Con el aporte al fideicomiso de las acciones, este pasa a ser el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo, como consta en el Artículo 119, título XV, Libro Segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero:

“Art. 119.- Titularidad legal del dominio.- El fideicomiso mercantil será el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo. El fiduciario ejercerá la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil, por lo que podrá intervenir con todos los derechos y atribuciones que le correspondan al fideicomiso mercantil como sujeto procesal, bien sea de manera activa o pasiva, ante las autoridades competentes en toda clase de procesos, trámites y actuaciones administrativas o judiciales que deban realizarse para la protección de los bienes que lo integran, así como para exigir el pago de los créditos a favor del fideicomiso y para el logro de las finalidades pretendidas por el constituyente.”

Al ser el fideicomiso accionista, recordemos los derechos fundamentales que a éstos les asisten, consignados en el artículo 207 de la Ley de Compañías:

“Art. 207.- 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:

1.- La calidad de socio;

mercantil, y los bienes administrados a través del encargo fiduciario, pudiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente;

- 2.- Participar en los beneficios sociales, debiendo observarse igualdad de tratamiento para los accionistas de la misma clase;
- 3.- Participar, en las mismas condiciones establecidas en el numeral anterior, en la distribución del acervo social, en caso de liquidación de la compañía;
- 4.- Intervenir 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
- 5.- Integrar los órganos de administración o de fiscalización de la compañía si fueren elegidos en la forma prescrita por la ley y los estatutos;
- 6.- Gozar de preferencia para la suscripción de acciones en el caso de aumento de capital;
- 7.- Impugnar las resoluciones de la junta general y demás organismos de la compañía en los casos y en la forma establecida en los Arts. 215 y 216.
No podrá ejercer este derecho el accionista que estuviere en mora en el pago de sus aportes; y,
- 8.- Negociar libremente sus acciones”.

El fideicomiso tendrá derechos económicos y políticos dentro de la compañía donde es accionista. Al estructurar el contrato de fideicomiso los derechos económicos traducidos en el derecho a percibir dividendos o utilidades presenta, a primera vista, menor grado de dificultad para ser plasmado en instrumento jurídico

contentivo del patrimonio autónomo, al dar una finalidad los mismos. Así en el contrato se indicará como proceder con las utilidades que se perciban:

- Pagar una deuda del constituyente y/o beneficiario.
- Mantener las utilidades dentro del fideicomiso, acrecentando el patrimonio autónomo.
- Invertir las utilidades en productos que el constituyente y/o beneficiario o los órganos de administración del fideicomiso instruyan. Estas inversiones también pueden realizarse bajo la discrecionalidad de la fiduciaria, bajo los lineamientos del numeral 4, artículo 17, sección 4ª, capítulo I, título XIII, Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Mercado de Valores y Seguros.¹⁶

16 Art. 17.- **Modalidades de los fideicomisos mercantiles.**- La modalidad de los fideicomisos depende del objeto y finalidad instituidos en el contrato, los cuales no necesariamente son únicos, por lo que bien puede o no existir un negocio fiduciario con una modalidad única. Para efectos de clasificación se pueden mencionar los siguientes: (...)

En el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario deben constar las normas de control interno establecidas en el artículo 30 del Capítulo III del título XII de esta Codificación.

4. De inversión: se entiende por fideicomiso de inversión el contrato en virtud del cual los constituyentes o fideicomitentes adherentes entregan al patrimonio autónomo valores o dinero para que la fiduciaria los administre o los invierta según las instrucciones establecidas en el contrato, para beneficio propio o de terceros.

En estos contratos debe estar claramente definida la política de inversión, a falta de esta estipulación, o si dicha estipulación implica la discrecionalidad del fiduciario en la decisión de inversión de los recursos, las inversiones se sujetarán a los siguientes límites:

a. La inversión en instrumentos o valores emitidos, aceptados, avalados o garantizados por una misma entidad, no podrá exceder del veinte por ciento del activo total del fideicomiso mercantil; y la inversión en instrumentos o valores emitidos, aceptados, avalados o garantizados por empresas vinculadas, no podrá exceder del treinta por ciento del patrimonio de ese fideicomiso mercantil.

b. La inversión en el conjunto de instrumentos emitidos, aceptados, avalados o garantizados por compañías o empresas vinculadas a la fiduciaria, no podrá exceder del quince por ciento del patrimonio del fideicomiso.

- Entregar las utilidades recibidas a los beneficiarios.

Un aspecto atractivo para constituir un fideicomiso en general, que se aplica también al fideicomiso de acciones es la inembargabilidad del patrimonio autónomo recogida en el artículo 121, capítulo I, título XV del Código Orgánico Monetario y Financiero.¹⁷ De esta manera la titularidad de las acciones se mantiene en el fideicomiso, sin embargo, el derecho que un beneficiario tenga a recibir utilidades podría verse afectado si sus acreedores ejercen acciones contra sus derechos fiduciarios.

El plasmar en un contrato de fideicomiso que conlleve administración de acciones la forma de ejercer los derechos políticos de un accionista presenta un nivel mayor de dificultad,

Se exceptúan de estos límites, las inversiones en valores emitidos por el Banco Central del Ecuador y el Ministerio de Finanzas.

c. En el caso de inversiones en acciones de sociedades anónimas inscritas en el Catastro Público del Mercado de Valores, el fideicomiso mercantil no podrá poseer más del quince por ciento de las acciones suscritas y pagadas por una misma sociedad; y, el conjunto de inversiones en valores emitidos o garantizados por una misma sociedad de este tipo, no podrá exceder del quince por ciento del activo total de dicha emisora.

d. Tratándose de inversiones en acciones de sociedades de capital no inscritas en el Catastro Público del Mercado de Valores, el fideicomiso mercantil no podrá poseer más del treinta por ciento de las acciones suscritas y pagadas de dicha sociedad; el conjunto de inversiones en valores emitidos o garantizados por una misma sociedad de este tipo, no podrá ser superior al treinta por ciento del activo total de dicha emisora.

Por lo demás, en todos los negocios fiduciarios de inversión con o sin fideicomitentes adherentes, se dejará constancia en tono más oscuro que en el resto del contrato, que el riesgo de pérdida de la inversión es de exclusiva responsabilidad del inversionista.

17 Art. 121.- Inembargabilidad.- Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato. En ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario. Los acreedores del constituyente o del beneficiario podrán ejercer las acciones sobre los derechos o beneficios que a estos les correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil.

ya que esto implica toma de decisiones. La fiduciaria no está administrado acciones propias, sino que lo está haciendo para terceros, como los son los constituyentes y/o beneficiaros. En el caso en que las acciones aportadas solo tengan derechos a percibir utilidades y no confieran derecho a voto, el contrato de fideicomiso se limitará a determinar el destino a dar a estas utilidades, y las acciones que la fiduciaria deba emprender en caso de incumplimiento de la compañías emisor a de las acciones.

En términos generales podemos conceptualizar los derechos políticos de los accionistas como aquellos que les permiten intervenir en las decisiones de la compañía y que bien podrían agruparse en cuatro categorías básicas:

- Asistir con voz y voto a las juntas generales.
- Derecho de información
- Derecho a impugnar decisiones sociales
- Derecho a convocar a junta.

El derecho del fideicomiso a ser convocado y concurrir a juntas generales, que se considera un derecho político que asiste a todo accionista de una compañía tiene repercusión directa sobre los derechos ecónimos de estos, ya que en este cuerpo colegiado se toman decisiones sobre el reparto de utilidades. La fiduciaria debe contar con instrucciones que le permitan votar adecuadamente en la junta para solicitar el reparto de utilidades y acordar fecha y forma de pago de las mismas, como se establece en los artículos 297 y 298 de la Ley de Compañías¹⁸. Le corresponderá también a la

¹⁸ **Art. 297 (...)**Salvo resolución unánime del capital concurrente a la junta general de accionistas, de los beneficios líquidos anuales que resultaren de cada ejercicio, luego de las deducciones que correspondieren, se deberá asignar por lo menos un cincuenta por ciento para dividendos en favor de los accionistas que así lo manifestaren expresamente en la junta general. Esta asignación se efectuará en proporción a su participación en el capital social de la sociedad.

Art. 298.- (...) - La distribución de dividendos a los accionistas se realizará en

fiduciaria iniciar las acciones por falta de pago contra la compañía emisora de las acciones. Deberá también la fiduciaria estar atenta, a menos que exista instrucción en contrario, a que se celebre la junta de accionista que decida sobre el reparto de utilidades; y, de no darse solicitarla en representación del fideicomiso accionistas, aplicando el artículo 212 de la Ley de Compañías.¹⁹

Será responsabilidad de la fiduciaria mantener su información actualizada, a fin de que sea adecuadamente convocada a la junta de accionistas; y, asistir conforme las instrucciones recibidas, que pueden incluir la renuncia a ser convocado a una junta general específica, conforme el artículo 233 de la Ley de Compañías.²⁰

proporción al capital que hayan desembolsado, según la forma como se haya decidido entregarlos dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que la Junta General acordó dicha distribución, salvo resolución unánime de la totalidad del capital social concurrente a la reunión que acuerde un plazo distinto para dicha entrega. Esta disposición se aplicará también a cualquier persona que tuviere el derecho de percibir las ganancias sociales, ya sea a título de usufructuario, acreedor pignoraticio, cesionario del derecho de crédito aludido en el artículo 209 de esta Ley, o bajo cualquier otro título.

Acordada por la junta la distribución de utilidades, los dividendos serán entregados a los accionistas en su totalidad, salvo que se hubiere acordado, por resolución unánime en contrario de la totalidad del capital social concurrente a la reunión, que el pago sea efectuado en cuotas o porcentajes.

La acción para solicitar el pago de dividendos vencidos prescribe en cinco años.

19 Art. 212.- Si dentro del plazo que fija esta Ley no hubiere conocido la junta general de accionistas el balance anual, o no hubiere deliberado sobre la distribución de utilidades, cualquier accionista podrá pedir a los administradores de la compañía o a los comisarios que convoquen a junta general para dicho objeto, y, si dicha convocatoria no tuviere lugar en el plazo de quince días, cualquier accionista podrá pedir a la Superintendencia de Compañías que convoque a la junta general, acreditando ante ella su calidad de accionista.

20 Art. 233.- (...) El accionista que compareciere telemáticamente dejará constancia de su asistencia mediante un correo electrónico dirigido al secretario de la junta; situación que deberá ser especificada en la lista de asistentes; debiéndose incorporar al respectivo expediente el indicado correo. Como respaldo de la votación de los accionistas que comparezcan a las juntas

Otros aspectos importantes que también se deciden en junta general y que inciden sobre los rendimientos económicos que las acciones aportadas puedan generar a los beneficiarios son:

- Designación de administradores, comisarios y miembros de los órganos de administración y fiscalización de las compañías y su remuneración.
- Aumentos y disminuciones de capital.
- Emisiones de obligaciones o partes beneficiarias.
- Actos jurídicos de las compañías como escisiones, fusiones y transformaciones; y hasta la liquidación de la compañías.
- Conocer y aprobar estados financieros e informes de administradores.

En cuanto al derecho de información corresponderá a la fiduciaria cerciorarse de contar con los libros y documentos relativos a la administración de la misma, como estados financieros y memorias de los administradores, como se dispone en el artículo 25 de la Ley de Compañías²¹, y los documentos sobre los puntos a tratarse en juntas generales, pudiendo pedir el diferimiento de la reunión si no ha sido debidamente informada,

a través de medios telemáticos, éstos deben remitir al secretario de la junta un correo electrónico donde se consigne la forma de votación por cada moción; sin perjuicio, que el pronunciamiento o votación del accionista sea grabada por la compañía.

Los accionistas podrán renunciar a su derecho a ser convocados a una reunión determinada de la junta general, mediante comunicación enviada al representante legal. Aunque no hubieren sido convocados a la junta general, se entenderá que los accionistas que asistan a la reunión correspondiente han renunciado al derecho a ser convocados, a menos que manifiesten su inconformidad con la falta de convocatoria antes que la reunión se lleve a cabo.

21 Art. 15.- Los socios o accionistas podrán examinar todos los libros y documentos de la compañía relativos a la administración social. En especial, tendrán derecho a que se les confiera copia certificada de los estados financieros, de las memorias o informes de los administradores, así como de los informes de los comisarios y auditores, cuando fuere del caso, y de las actas de juntas generales; también podrán solicitar la lista de socios o accionistas e informes acerca de los asuntos tratados o por tratarse en dichas juntas.

aplicando el artículo 248 de la Ley de Compañías²² Así mismo, deberá la fiduciaria como representante legal del fideicomiso, revisar la información concerniente al balance, estado de pérdidas y ganancias, anexos, memorias de administradores e informes de comisarios previo a la junta en que serán conocidos como se prevé en el artículo 292 de la Ley de Compañías²³ Esta información que sea remitida a la fiduciaria, deberá ser puesta en conocimiento de los órganos de administración del fideicomiso; o, de la parte contractual que emita las instrucciones.

El derecho a impugnar decisiones societarias, ejercido por la fiduciaria en representación del fideicomiso accionista, son acciones que tomar para proteger la integridad del patrimonio autónomo o lograr que se cumpla el objetivo para el cual se lo constituyó, que van más allá de la administración ordinaria del mismo. De ser requeridas a la fiduciaria, cabe la posibilidad que generen honorarios adicionales e instrucciones específicas. Pudiendo solicitarse la nulidad de una decisión de junta general, aplicando lo preceptuado en el artículo 247 de la Ley de Compañías.²⁴ Si el fideicomiso es un accionista minoritario

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

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

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

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

23 Art. 292.- El balance general y el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias y sus anexos, la memoria del administrador y el informe de los comisarios estarán a disposición de los accionistas, en las oficinas de la compañía, para su conocimiento y estudio por lo menos quince días antes de la fecha de reunión de la junta general que deba conocerlos.

24 Art. 247.- Las resoluciones de la junta general serán nulas:

1) Cuando la compañía no estuviere en capacidad para adoptarlas, dada la finalidad social estatutaria;

con al menos veinticinco por ciento del capital también puede ampararse en la apelación a las decisiones de mayoría establecidas en el artículo 249 de la Ley de Compañías.²⁵

El derecho político que tiene el fideicomiso accionista de convocar a junta, puede ejercerse siempre que represente al menos un quince por ciento de las acciones, conforme lo establece artículo

2) Cuando se las tomare con infracción de lo dispuesto en los Arts. 233, 236 y 238;

3) Cuando faltare el quórum legal o reglamentario;

4) Cuando tuvieren un objeto ilícito, imposible o contrario a las buenas costumbres;

5) Cuando fueren incompatibles con la naturaleza de la compañía anónima o, por su contenido, violaren disposiciones dictadas por ésta para la protección de los acreedores de la compañía y de los tenedores de partes beneficiarias; y,

6) (Sustituido por el Art. 46 de la Ley s/n R.O. 347-3S, 10-XII-2020).- Cuando se hubiere omitido la convocatoria a los comisarios si es que, por disposición estatutaria, se hubiere acordado su creación, excepto en los casos de los Arts. 213, inciso segundo, 238 y 238.1.

25 Art. 249.- (Reformado por la Disposición Reformatoria cuarta, num. 5, del Código s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009).- En toda compañía anónima una minoría que represente no menos del veinticinco por ciento del total del capital pagado podrá apelar de las decisiones de la mayoría.

Para la apelación se llenarán los siguientes requisitos:

1. Que la demanda se presente ante la jueza o el juez de lo civil del distrito del domicilio de la compañía demandada dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la clausura de la junta general;

2. Que los reclamantes no hayan concurrido a la junta general o hayan dado su voto en contra de la resolución;

3. Que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido, o el concepto de la violación o el del perjuicio; y,

4. Que los accionistas depositen los títulos o certificados de sus acciones con su demanda, los mismos que se guardarán en un casillero de seguridad de un banco.

Las acciones depositadas no se devolverán hasta la conclusión del juicio y no podrán ser objeto de transferencia, pero el juez que las reciba otorgará certificados del depósito, que serán suficientes para hacer efectivos los derechos sociales.

Los accionistas no podrán apelar de las resoluciones que establezcan la responsabilidad de los administradores o comisarios.

Las acciones concedidas en este artículo a los accionistas se sustanciarán en juicio verbal sumario.

213²⁶ de la Ley de Compañías, cuando haya sido así instruido. Puede también solicitar que se incluyan un punto a trata en el orden del día, cuando tenga esa instrucción, y represente al menos el cinco por ciento del capital social, aplicando el artículo 235 de la Ley de Compañías²⁷

26 Art. 213.- Para El o los accionistas que representen por lo menos el quince por ciento del capital social podrán pedir, por cualquier medio, sea físico o digital, y en cualquier tiempo, al administrador u órgano que estatutariamente le corresponda, la convocatoria a una junta general de accionistas para tratar de los asuntos que indiquen en su petición.

Si el administrador rehusare hacer la convocatoria o no la hiciere dentro del plazo de quince días, contados desde el recibo de la petición, podrán recurrir al Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, solicitando dicha convocatoria.

Para que la comunicación a través de un medio digital tenga validez, se deberá dejar constancia, por cualquier medio, de su transmisión y recepción, de su fecha y hora, del contenido íntegro de la petición y de las identidades del remitente y destinatario.

27 Art. 235.- Las juntas generales extraordinarias se reunirán cuando fueren convocadas para tratar los asuntos puntualizados en la convocatoria.

Los accionistas minoritarios que sean titulares de por lo menos el cinco por ciento del capital social podrán solicitar, por una sola vez, la inclusión de asuntos en el orden del día de una junta general ya convocada, para tratar los puntos que indiquen en su petición, o que se efectúen correcciones formales a convocatorias previamente realizadas. Este requerimiento deberá ser efectuado al administrador de la compañía facultado estatutariamente para efectuar las convocatorias, dentro del plazo improrrogable de 72 horas, desde que se realizó el llamamiento a junta general.:

Los asuntos solicitados e incluidos en la convocatoria o la solicitud de correcciones formales, deberán ser puestos en consideración de los demás accionistas, como si se tratase de una convocatoria primigenia, hasta 24 horas después de haber recibido la petición. Por consiguiente, la junta general originalmente convocada se instalará una vez vencido el plazo de cinco días, contado a partir del día siguiente de la circulación del requerimiento de los accionistas minoritarios solicitantes. Si el estatuto contempla un plazo mayor a los cinco días señalados en este inciso, se estará a lo dispuesto en él, de acuerdo con el artículo 1561 del Código Civil.

Si el administrador rehusare a efectuar las correcciones requeridas o a incluir los puntos solicitados en el plazo previsto en el inciso precedente sin justificación debidamente motivada, los accionistas minoritarios podrán recurrir al Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, solicitando se efectúe una convocatoria a junta general, para tratar los puntos que los accionistas minoritarios indicaren en su petición. El Superintendente analizará si la explicación del administrador carece de motivación. De así determinarlo, efectuará la convocatoria requerida por los accionistas minoritarios; caso contrario, negará la solicitud.

Y también cuando no se hubiere decidido sobre el reparto de utilidades, porque no se celebró la junta general para tratarlo; o, habiéndose celebrado dicha junta no se resolvió sobre el tema.

VII. SOLUCIONES APLICADAS EN CASOS CONCRETOS

A pesar del carácter formal de un contrato de fideicomiso, que debe celebrarse por escritura pública e integrar un contenido mínimo con elementos sustanciales, existe un amplio campo de discrecionalidad de las partes al estructurar un fideicomiso que torna a estos contratos en fundamentales al momento de establecer las obligaciones y responsabilidades que la fiduciaria tiene ante sus constituyentes y/o beneficiarios y terceros.

El alcance de las actuaciones que la fiduciaria realice puede limitarse a mantener la titularidad jurídica de los bienes aportados, llevar la contabilidad, elaborar y remitir la información requerida por el Servicio de Rentas Internas y la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, notificar las rendiciones de cuentas y hechos relevantes, recibir y enviar información sin efectuar actuaciones como accionista; o, extenderse a concurrir a la junta general, votar en ella, impugnar sus decisiones. Todo esto dentro del marco de acción que se trace en el contrato constitutivo del fideicomiso, con las instrucciones impartidas conjuntamente con la delimitación de las obligaciones y derechos de las partes.

Otro aspecto que considerar para poder establecer con claridad qué actuaciones deberá realizar la administradora fiduciaria es las condiciones en que se le aportan las acciones:

- Si las acciones aportadas están pagadas en su totalidad y confieren al fideicomiso accionista el derecho a recibir

utilidades y votar en junta en su totalidad; o, de manera proporcional como lo establecen los artículos 208 y 210 de la Ley de Compañías²⁸.

- Si las acciones aportadas están libres de gravamen o pesa sobre ellas alguna prenda, que pueda incidir sobre el destino de las utilidades, de manera que aquellas vayan directamente desde la compañía al acreedor prendario sin que el fideicomiso las perciba; o, le corresponda al fideicomiso recibir las utilidades y pagar al acreedor. Al respecto la Ley de Compañías prescribe en su artículo 194²⁹ que el titular de las acciones (en este caso el fideicomiso) ejercerá los derechos de las acciones preñadas y el acreedor prendario recibirá los dividendos, a menos que se estipule lo contrario. Igual situación se aplicaría en el caso de que las acciones se hubiesen aportado libres de gravamen, pero en el transcurso del tiempo la fiduciaria hubiese recibido la instrucción de preñarlas.
- Si es que se mantiene la propiedad y usufructo de las acciones en el fideicomiso; o, si estos se dividen de manera que el fideicomiso se mantenga como nudo propietario y el usufructo recaiga sobre el constituyente y/o beneficiario. En estos casos la Ley de Compañías prevé en su artículo 180 que los derechos de accionistas los ejercerá el titular de las acciones, es decir el fideicomiso y el usufructuario

28 **Art. 208.-** La distribución de las utilidades al accionista se hará en proporción al valor pagado de las acciones. Entre los accionistas sólo podrá repartirse el resultante del beneficio líquido y percibido del balance anual. No podrá pagárseles intereses.(...)

Art. 210.- Las acciones con derecho a voto lo tendrán en proporción a su valor pagado.(...)

29 **Art. 194.-** En caso de acciones dadas en prenda corresponderá al propietario de éstas, salvo estipulación en contrario entre los contratantes, el ejercicio de los derechos de accionista. El acreedor prendario queda obligado a facilitar el ejercicio de esos derechos presentando las acciones a la compañía cuando este requisito fuese necesario para tal ejercicio.

El deudor prendario recibirá los dividendos, salvo estipulación en contrario.

recibirá los dividendos, a menos que se disponga otra cosa.³⁰

Un tema que debe tenerse en cuenta es que el fideicomiso a cuyo patrimonio autónomo se hayan aportado acciones tiene los derechos inherentes a un accionista y los ejercerá a través de la administradora fiduciaria, conforme las instrucciones contractuales. Más la administración de la compañía recae sobre su representante legal y no sobre la fiduciaria, por lo que el que el fideicomiso perciba o no dividendos no está sujeto a la actuación fiduciaria si no existe un correcto manejo empresarial.

Por supuesto que, si el fideicomiso tiene la mayoría de las acciones, la elección de los administradores de la compañía y la toma de decisiones en la misma cuando corresponda hacerlo a través de la junta general van a incidir en el éxito empresarial de la compañía, a diferencia de si solo es un accionista minoritario. Sin embargo, aquí el accionar de la fiduciaria se ve limitado o conducido por las instrucciones que reciba.

Como casos concretos, podemos analizar cinco fideicomisos que han sido estructurados y las soluciones que en cada uno se implementaron para la consecución de su objeto.

30 Art. 180.- En el caso de usufructo de acciones la calidad de accionista reside en el nudo propietario; pero el usufructuario tendrá derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período de usufructo y que se repartan dentro del mismo. El ejercicio de los demás derechos de accionista corresponde, salvo disposición contraria del contrato social, al nudo propietario.

Cuando el usufructo recayere sobre acciones no liberadas, el usufructuario que desee conservar su derecho deberá efectuar el pago de los dividendos pasivos, sin perjuicio de repetir contra el nudo propietario al término del usufructo. Si el usufructuario no cumpliera esa obligación, la compañía deberá admitir el pago hecho por el nudo propietario.

- El fideicomiso A es un fideicomiso de garantía. En este fideicomiso el constituyente aporta acciones para garantizar el pago de obligaciones que mantiene con un proveedor que será el acreedor del fideicomiso. En el caso de mora, el proveedor acreedor podrá solicitar que se vendan las acciones a un tercero o que se las adjudiquen. En el caso de realizarse la venta, de existir un excedente después del pago éste irá al constituyente que también tiene la calidad de beneficiario del remanente. Si el constituyente paga la deuda, las acciones le serán restituidas.
- El fideicomiso B es un fideicomiso de administración. Aquí un grupo familiar han aportado sus acciones: El padre es el constituyente y primer beneficiario, el hijo y su cónyuge son los constituyentes y segundos beneficiarios, y la hija es la constituyente y tercera beneficiaria. La totalidad de las acciones de la empresa familiar están en la familia y se aportan al fideicomiso, para salvaguardar la posición de este grupo de control que planea realizar una oferta pública de acciones.
- El fideicomiso C es un fideicomiso de administración. Un padre de familia posee el 60% de las acciones en una de las compañías más grande del país, y las ha aportado a este fideicomiso para fines hereditarios. El padre es el constituyente A y beneficiario principal. La cónyuge y cada uno de los tres hijos son los beneficiarios secundarios, que recibirán cada uno un 25% de las acciones como beneficio en caso de muerte o incapacidad permanente del padre o beneficiario principal.
- El fideicomiso D es un fideicomiso de administración y flujos. En este caso tres hermanos que tienen varias empresas, con diferentes porcentajes accionarios en cada una de ellas, han aportado la totalidad de sus acciones al fideicomiso. Cada aportante tiene la calidad de

constituyente y beneficiario. Por haber sido aportadas acciones de varias empresas se ha conformado una junta de fideicomiso, en que cada constituyente es miembro y además el fideicomiso cuenta con un órgano asesor para la administración de las empresas. Se espera recibir los dividendos e ir pagando los pasivos de las compañías con los mismos, aunque no es un fideicomiso de garantía.

- El fideicomiso E es un fideicomiso de administración para implementar una compraventa de acciones. Cuatro hermanos heredaron acciones de su padre en la compañía dueña del negocio familiar. Solo el hermano menor tiene interés en continuar con el negocio, por lo tanto, se acordó que compraría las acciones a sus hermanos. Para asegurar el pago, los tres hermanos vendedores transfirieron sus acciones a un fideicomiso, siendo constituyentes y beneficiarios. Se estableció un periodo de pagos de dos años. El fideicomiso tiene la instrucción de transferir las acciones al hermano menor, una vez que el pago se complete.

En cada uno de los casos expuestos, se implementaron distintas acciones para el ejercicio de los derechos de los accionistas y delimitar el campo de discrecionalidad de la administradora fiduciaria, como a continuación se indica:

- En el fideicomiso A, se optó por la figura del usufructo de acciones. De esta manera en el contrato constitutivo el accionista original aporta sus acciones y adquiere la calidad de constituyente y beneficiario del remanente. En el contrato constitutivo se le confirió al constituyente aportante de las acciones un poder general donde se establece que será esta parte contractual quien ejerza todos los derechos de accionista, concurriendo a las

juntas generales y tomando decisiones. Las utilidades son percibidas por el fideicomiso como nudo propietario y de ahí se paga al acreedor. En este caso específico el objeto del fideicomiso se cumplió en cuanto que se extinguió la deuda con el acreedor original, sin embargo, al adquirir el constituyente nuevas obligaciones de pago para con otro acreedor, se incorporó un nuevo acreedor al fideicomiso manteniéndose la figura del usufructo de acciones en los términos esbozados. Existiendo en este fideicomiso un solo aportante la rendición de cuentas se fijó con el carácter de anual.

- En el fideicomiso B se otorgó un poder al constituyente y beneficiario uno (el padre de familia) para que ejerza todos los derechos políticos en la compañía, como acudir a junta general, nombrar administradores y fijar su remuneración, decidir sobre emisión de obligaciones u oferta pública de acciones, decidir sobre el reparto de utilidades. Los derechos económicos se mantienen para cada beneficiario. El apoderado informa al fideicomiso trimestralmente y estos informes forman parte de la rendición de cuentas de la fiduciaria.
- En el fideicomiso C, previo a la constitución del fideicomiso en la compañía se establecieron prácticas de buen gobierno corporativo, bajo las cuales se eligió a los administradores de la compañía. Para la toma de decisiones en juntas generales, se emite a la fiduciaria una carta de instrucción donde se le indica como votar en junta; o, a que persona debe designarse como representante del fideicomiso para que concurra a junta, en aplicación del artículo 211 de la Ley de Compañías³¹ Se ha realizado una

³¹ **Art. 211.-** Los accionistas podrán hacerse representar en la junta general por persona extraña, mediante carta dirigida al gerente, a menos que los estatutos dispongan otra cosa. No podrán ser representantes de los accionistas los administradores y los comisarios de la compañía.

reforma al fideicomiso indicando que en caso de ausencia definitiva de uno de los beneficiarios secundarios, el patrimonio autónomo se adjudicará en partes iguales entre los restantes cuando opere la cláusula resolutive del fideicomiso.

- En el fideicomiso D, consta en el contrato que la fiduciaria no sería administradora de ninguna de las compañías cuyas acciones se aportaron y que en ausencia del administrador este sería elegido por la junta de fideicomiso, y solo con instrucción expresa por escrito del órgano de administración de fideicomiso la fiduciaria actuaría en junta. Sin embargo, por diferencia de opiniones entre los tres constituyentes y beneficiarios no se han celebrado las juntas de fideicomiso con la frecuencia necesaria; y, en ocasiones se han celebrado las juntas de fideicomiso sin que se tomen decisiones. Esto ha hecho que no se instruya a la fiduciaria como proceder y algunas compañías hayan caído en disolución. Los constituyentes aducen que la disolución de las compañías es por inadecuada gestión fiduciaria, ya que al tener el carácter de accionista único debió haber celebrado juntas generales universales para tomar las decisiones que impidan la disolución de las compañías. La fiduciaria, por su lado, aduce que su asistencia a junta general de accionistas solo puede ser precedida por una instrucción expresa por escrito de la junta de fideicomiso. Las partes están considerando someter sus diferencias a un proceso arbitral.
- En el fideicomiso E la fiduciaria otorga cartas de representación a junta general de accionistas al hermano menor para que asista a junta. El fideicomiso ha sido exitoso y está en proceso de liquidación por haber cumplido su objeto.

CONCLUSIONES

- Toda administradora fiduciaria tiene la obligación de administrar de manera prudente y diligente los patrimonios autónomos cuya gestión se le confía. Aún en los fideicomisos que no son de administración, como los de inversión y garantía, existe el elemento de correcta administración de todos y cada uno de los bienes que conforman el patrimonio fiduciario mientras se cumple el objeto para el cual fue constituido dicho negocio.
- El contrato de fideicomiso reviste solemnidades sustanciales, como la obligatoriedad de ser otorgado por escritura pública y las cláusulas que deben redactarse en cada contrato. Sin embargo, están dotados de cierta elasticidad que requiere que se estructure adecuadamente cada contrato para cada negocio, ya que será el instrumento que permita definir acciones a seguir durante la vida del fideicomiso.
- Le corresponde a la fiduciaria verificar el estado en que le son transferidas las acciones, en aspectos como: Si han sido totalmente pagadas, si sobre ellas pesa algún gravamen o limitación al dominio, qué tipo de derechos confieren a su titular, su valoración. Le corresponde también a la fiduciaria verificar que se realicen o realizar directamente los actos necesarios para perfeccionar la transferencia de dominio de las acciones al fideicomiso.
- Al constituirse cada fideicomiso la fiduciaria debe realizar la debida diligencia, sobre la identificación de los partícipes del negocio y la licitud de los bienes que se aportan.
- Las actuaciones de la fiduciaria respecto a un fideicomiso al que se han aportado acciones deben adecuarse a las normas debida diligencia regidas por la legislación de

mercado de valores; y, también a los derechos de los accionistas regidos por la Ley de Compañías.

- Debe determinarse con claridad en el contrato constitutivo del fideicomiso el destino de los recursos derivados de los derechos económicos del fideicomiso accionista.
- El ejercicio de los derechos políticos del fideicomiso accionista conlleva un mayor nivel de discrecionalidad de la fiduciaria que debe estar adecuadamente instruido en el contrato. Un inadecuado ejercicio de los derechos políticos puede menoscabar los derechos económicos.
- Los mecanismos usados para el ejercicio de los derechos políticos han sido: Establecer un usufructo de acciones, otorgar un poder a uno de los beneficiarios, dar instrucciones escritas a la fiduciaria sobre cómo proceder, que el fideicomiso sea representado en junta por uno de los beneficiarios.
- Los fideicomisos a los que se han aportado acciones han sido exitosos en el cumplimiento de su objeto en los casos de garantizar compraventa de acciones y organizar patrimonios en temas hereditarios.

BIBLIOGRAFÍA

1. BOUTIN I, GILBERTO. El fideicomiso panameño en el derecho internacional privado y la convención de La Haya (1985) relativa a la ley aplicable al Trust y su reconocimiento. Editores Asociados. Uruguay. 1990.
2. CASAS SANZ DE SANTMARÍA, EDUARDO. La fiducia. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1997.
3. PALOANTONIO, MARTÍN E. El fiduciario como accionista. Artículo en La Ley. 2005.
4. PAREJA CORDERO, CARLOS. Compraventa de acciones para la toma de control de una sociedad. Cevallos Editora Jurídica. Quito. 2022.
5. RAISBER, CLAUDIA. El accionista fiduciario y la calidad de socio. Intervención en el XI Congreso Argentino de Derecho Societario. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Mar del Plata. 2010.
6. REYES VILLOMIZAR, FRANCISO. Derecho Societario. Editorial TEMIS Obras Jurídicas. Bogotá. 2017.
7. RODRÍGUEZ-AZUERO, SERGIO. Negocios fiduciarios: Su significación en América Latina. Editorial Legis. Bogotá. 2017.
8. SALVADO VALDEZ, ROBERTO. Comentarios de derecho societario a la ley de modernización de compañías. Ediciones Legales. Quito. 2022.
9. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADE DE COLOMBIA. Oficios 220-003153 de 20 de enero de 2021 y 220-44710 de 23 de febrero de 2022. Absolución de consultas.
10. TOVAR LEÓN, SOYLA H. Los derechos inderogables del accionista en la sociedad anónima como derechos mínimos fundamentales y los derechos instrumentales. Universidad de Guadalajara. Unidad sobre estudios jurídicos. 14 de octubre de 2020.

PRESENTACIÓN DEL LIBRO:

LA COMPRAVENTA DE ACCIONES (para la toma de control de una sociedad)¹ del Dr. Carlos Pareja Cordero

El libro se divide en dos partes. La primera parte del libro contiene un mapeo conceptual con nociones preliminares indispensables para entender con grado de profundidad la materia central del libro. Con dicho fin, se presenta revisión del marco jurídico-conceptual del Contrato de Compraventa en general, con referencias a su tratamiento normativo en la legislación ecuatoriana, peruana y española; presentándonos sus elementos y rasgos típicos esenciales desde el punto de vista positivo, y de la doctrina comparada.

También en la primera parte se analizan las particularidades de la compraventa de acciones en tanto que es un acuerdo de voluntades por medio del cual se transfieren acciones -títulos representativos del capital social de una sociedad-, a cambio del precio. Se da cuenta del proceso o *iter* por el que transcurre la contratación para la compraventa de acciones, que se gesta ya desde la propia identificación de la compañía cuyas acciones se busca adquirir o cuyo control -de ser el caso- es de su interés. Esto último no es infrecuente, puesto que típicamente la compraventa de acciones se produce en contextos de adquisición de una *compañía-objetivo* y toda su actividad económico-empresarial. Las motivaciones económico-empresariales por las cuales se

1 Tomado de la presentación de libro del Dr. Carlos Pareja Cordero, Editorial Cevallos

llevan a cabo estas transacciones llevarán consigo un amplio trabajo de debida diligencia y de etapas de negociación; todo lo cual nos conduce a considerar a la compraventa de acciones como un contrato de gestación compleja.

El autor hace análisis de la acción, en tanto que es objeto de la prestación materia del contrato de compraventa de acciones. Un bien que, ciertamente, trasciende a su valor nominal como sólido reflejo del aporte de capital que le da origen, para entrañar, principalmente, un derecho de crédito complejo y de contenido dinámico sobre el patrimonio de la empresa.

En el segundo capítulo, siempre situados en la primera parte del libro, se trata la importante temática de los tratos preliminares del contrato de compraventa de acciones. Como sabemos, en esta etapa no encontramos una voluntad definitiva de las partes -interesadas en el negocio de compraventa- para llevar el contrato a su final celebración, por lo que no se generan propiamente deberes de prestación más allá de obligaciones estipuladas expresas en el contexto de las tratativas con miras a proteger la confidencialidad del procedimiento o eventuales derechos de exclusividad generados en cabeza de una o de ambas partes. Sin embargo, las declaraciones y los demás actos materiales intercambiados por las partes en dicha fase no dejan de revestir trascendencia negocial, en la medida que muchas de las declaraciones y comunicaciones generadas en un proceso de tratativas permiten clarificar las futuras condiciones del contrato en caso este se llegue a celebrar en los hechos, pero adolezca de vacíos o imprecisiones interpretativas que requieran de la intervención integradora de un tercero (juez o árbitro).

La publicación presenta un recuento ilustrativo de aquellas actuaciones materiales que conforman usualmente el *iter* de

la negociación, cuyo inicio lo marca la fase de intercambio de información, la misma que queda regulada –para protección de su confidencialidad– mediante “acuerdos de no divulgación” plenamente vinculantes para las partes. La negociación requerirá también de la subsecuente expresión formal del interés de la parte interesada en la compra de las acciones de la compañía, formalizada en la “carta de intención”, documento este de importante papel en el proceso porque fija la dirección general que la negociación deberá seguir en el caso concreto y las bases para el proceso negociador, sin que ello implique la asunción de obligaciones, ni vinculen a las partes a deberes de prestación típicos de una operación real de compraventa. Se pone atención al trascendental rol de la diligencia debida, como herramienta compleja que cumple la misión de transparentar el valor verdadero de la empresa -y sus acciones- a través de la desagregación de todos sus activos y obligaciones, incluso las más contingentes, con el objetivo de mostrar con la mayor exactitud posible qué es lo que se compra y cuál es su valor en la realidad. En esa línea se presenta con una mirada muy atenta, la estructura frecuente de los informes de una debida diligencia, refiriéndose a los típicos componentes incorporados al cuerpo del documento y su respectiva función en abono del mejor conocimiento de la compañía objeto del estudio.

A continuación, se analizan dos momentos críticos dentro del proceso de negociación: la oferta y la contraoferta. Con mucha pertinencia efectúa referencias a la *lex mercatoria* que es aplicada a dicha materia, normas e instrumentos de *soft law* que vienen a clarificar la noción actual del concepto en el contexto nacional y en la contratación internacional, sus componentes, incidencias y elementos accidentales relacionados.

El capítulo III trata la materia de la buena fe contractual, configurado en nuestro sistema jurídico como un verdadero

principio general del derecho con pleno valor preceptivo, lo que implica que la buena fe pasa del plano puramente ético, ajeno esté al alcance del derecho, a su recibimiento jurídico en forma positiva o de postulado de derecho, generando, por tanto, vinculatoriedad normativa en un conjunto de esferas de actuación de los sujetos, entre las cuales la formación y celebración del contrato configurarán indiscutiblemente escenarios de aplicación y exigibilidad. No solo ello; los deberes de protección y diligencia que dan contenido a la buena fe contractual tienen su alcance más allá de la negociación, suscripción y ejecución del contrato, pues pasan a guiar la propia labor de los terceros que participan en la resolución de conflictos derivados de aquel, erigiéndose la buena fe, entonces, como pauta de comportamiento al tiempo que principio interpretativo que da contenido del contrato antes y después de surgidas las controversias en torno a sus alcances.

La segunda parte del libro aborda con mayor especificidad la materia del contrato de compraventa de acciones, iniciando ello con un estudio pormenorizado del objeto y noción jurídica de este tipo de negocio jurídico desde la perspectiva del informe doctrinario y con la necesaria mención de aquellos datos históricos que antecedieron las nociones actuales –poco pacíficas aún– sobre la causa del contrato, categoría esta que no puede ser soslayada en la compraventa de acciones.

El objeto del contrato de compraventa recibe también un análisis de fondo. Este elemento forma parte corriente del texto contractual (cláusula de “objeto” en el derecho de vertiente romano-germánico), pero aun siendo omitido en su redacción puede ser identificado en todo contrato porque forman parte necesaria de su estructura. El objeto del contrato en general es la obligación, la que a su vez tiene como objeto la prestación de dar,

hacer o no hacer. En el contrato de compraventa dicha prestación típica está dada por la transferencia del bien llamado acción, con el pago de precio como contraprestación; sin embargo, se destaca, más allá de dicha prestación, un objeto subyacente que equipara a la causa del contrato: el móvil del contrato es la adquisición de aquella realidad económica, jurídica y empresarial materializadas en la compañía objetivo.

Especial atención merecen las declaraciones y aseveraciones, *representations and warranties* en el Derecho anglosajón del contrato, elementos de no poca importancia en la configuración de la operación contractual de compraventa, pues sientan las premisas fácticas que motivan a las partes a ingresar al negocio y a configurar en determinados sentidos los contenidos de sus obligaciones esenciales. Asimismo, la recurrencia de dichos elementos en la práctica contractual en este rubro viene a corroborar el carácter siempre incompleto de toda la toma de información que antecede a la celebración de la compraventa de acciones, y nos confirma la especial complejidad subyacente a la operación de toma de control de una compañía, dado que jamás existirá suficiente certeza previa sobre aquellos datos que llevaron al comprador a ofrecer el precio que efectivamente corresponden a la realidad económica de la empresa adquirida.

Así, pese a los debates presentes sobre el carácter obligatorio adjudicable a las declaraciones y representaciones contractuales, parece ser que estas han adquirido verdadera carta de ciudadanía en la práctica contractual de la compraventa de acciones, entre otros escenarios contractuales, otorgándosele un carácter protagónico a la par que diversas funciones prácticas relacionadas con la distribución de riesgos y la creación de confianza que viabilizan, en última instancia, la celebración

efectiva del contrato. Asimismo, compensan la asimetría en la información en la que se posicionan originalmente vendedor y comprador respecto de las características de la compañía y de su situación patrimonial a la fecha de la transacción. Y, por cierto, aquellos propósitos se operativizan con recurso a estipulaciones contractuales indemnizatorias, remedios ofrecidos al comprador que podrán activarse en el escenario en que las declaraciones del vendedor, en mayor o menor grado, se evidencien en el futuro como imprecisas, incompletas o falsas.

Luego de un consistente recuento doctrinario en torno a la definición, clasificación y efectos jurídicos de la figura de la condición en general, se focaliza la atención sobre las condiciones que deben cumplir tanto vendedor como comprador para que se lleve a cabo la "consumación" o ejecución efectiva de las obligaciones del contrato de compraventa de acciones (*transactional conditions*). Estas condiciones se relacionan con la exactitud de las declaraciones contractuales, así como con el cumplimiento de obligaciones y acuerdos durante el llamado tiempo intermedio dentro del cual ciertas conductas referentes al manejo de la compañía deben ser observadas. También encontramos en este rubro la verificación de autorizaciones gubernamentales, la ausencia de reclamaciones judiciales, arbitrales o administrativas que supongan daños potenciales para el comprador, la provisión de estados financieros durante el periodo intermedio cuando este es prolongado; entre otros. También del lado del comprador se nos ilustran las formas típicas que toman las condiciones de consumación que este deberá cumplir para recibir la transferencia de acciones, relacionadas principalmente con la realidad de sus declaraciones, y con la sustitución debida de garantías otorgadas por el vendedor a terceros a favor de los acreedores de la compañía objetivo.

Misceláneas

Reformas a arbitraje societario

Eduardo Carmigniani

Tomado del Diario El Expreso

21 de enero de 2022

Con proyecto de ley presentado el 20 de octubre de 2021, el asambleísta Daniel Noboa ha propuesto que se corrija dos torpezas, de la comisión que en la anterior legislatura presidió el exasambleísta Esteban Albornoz, en materia de arbitraje para dirimir conflictos en compañías limitadas y anónimas (ordinarias), que quedaron plasmadas en los hoy vigentes artículos 137.2 y 146.1 de la Ley de Compañías.

Las normas vigentes, de un lado, se refieren al arbitraje entre los “miembros” de la sociedad, lo que pudiera entenderse que excluye a las muy comunes disputas socios-sociedad o socios-administradores. Y de otro, impiden que tales arbitrajes sean resueltos sobre la base de la equidad.

Para lo primero la redacción propuesta en el reciente proyecto plantea que el arbitraje, p. e. en las sociedades anónimas (ordinarias), pueda versar sobre “Las diferencias que surjan entre los accionistas... entre estos y la compañía y sus administradores, o entre la compañía con las personas que la administraren [en]

relación con la existencia o funcionamiento de la sociedad anónima, incluida la impugnación de determinaciones de la junta general o el Directorio, así como el abuso del derecho”.

Lo segundo es simple. Se elimina la inconstitucional e inconveniente restricción para que el arbitraje sea en equidad.

Ambas propuestas, pausibles. Se queda corto el proyecto, sin embargo, cuando no aborda el absurdo, derivado también de la comisión Albornoz, de establecer que cuando se transfiere acciones o partes sociales (de una compañía que tiene ya en su estatuto un convenio arbitral) el adquiriente queda sujeto a este “salvo pacto expreso en contrario”. El tal pacto en contrario -por definición- solo pudiera existir con quien transfiere las acciones o participaciones, y no con la compañía, de modo que la desvinculación del convenio arbitral se produce de hecho sin reforma del estatuto, al libre albedrío del recién llegado, rompiendo el principio de que todos los socios o accionistas, por el hecho de serlo, están obligados por el estatuto. Esto hay que corregir también.

¿Hiper-reglamentar el arbitraje?

Eduardo Carmigniani

Tomado del Diario El Expreso
26 de agosto de 2022

La Comisión de Desarrollo Económico de la Asamblea tramita reformas a la Ley de Compañías con un texto de larguísimo nombre: proyecto “para la optimización, impulso empresarial y para el fomento del gobierno corporativo”. Ahí se ha añadido otro, de la asambleísta Wilma Andrade, que planteaba autorizar a la Superintendencia de Compañías a que organice un centro de arbitraje para que “delegados” nombrados por dicha entidad puedan dirimir los llamados conflictos intrasocietarios, esto es aquellos “entre los socios o accionistas; entre estos y la compañía, sus administradores, auditores o terceros; o entre la compañía con las personas que la administraren”.

El proyecto unificado -que según la versión del correo de brujas estaría por ser presentado para segundo debate- mantendría de la propuesta original de la asambleísta Andrade su naturaleza hiper-reglamentaria, con farragoso procedimiento que regiría en paralelo al de la vigente Ley de Arbitraje, en contravía de la tendencia mundial que deja a la libertad de las partes -y en subsidio al tribunal- la capacidad de organizar “su” procedimiento, según las particularidades de la disputa.

Pero el proyecto unificado también plantearía al menos dos modificaciones sustanciales al original.

Primero, la Superintendencia ya no tendría su centro de arbitraje: solo calificaría a los centros privados existentes para que estos administren los arbitrajes (lo que confirma el contrasentido de regular en detalle un procedimiento distinto, pues basta aplicar el reglamento de cada centro). Segundo, permitiría apelar los laudos ante "...tribunales conformados por profesores de las facultades de Derecho o Jurisprudencia de las Universidades nacionales o extranjeras... ..debidamente calificadas por el centro de arbitraje...". La apelación, en general, no ha calado en el mundo del arbitraje (se asume que los árbitros tienen suficiente experiencia), y es posible que los centros arbitrales no estén dispuestos a incorporarla en sus procedimientos. No huelga agregar que hay profesores y profesores... Debiera ser eliminada.

Arbitraje de emergencia (por fin)

Eduardo Carmigniani

Tomado del Diario El Expreso

7 de octubre de 2022

El Reglamento de la Ley de Arbitraje, del 18 de agosto de 2021, reconoció en su art. 8 que en los casos en que se tiene pactado arbitraje para resolver disputas, hay la posibilidad de que un árbitro “de emergencia” pueda dictar medidas cautelares antes de que se presente la demanda de arbitraje (y por ende antes de que esté constituido el tribunal arbitral que debe conocer finalmente el caso), en lugar de tener que acudir, para obtener esas medidas, ante jueces ordinarios.

Para que eso funcione, los centros de arbitraje deben incorporar la figura en sus reglamentos, y sobre su base puede pedirse no solo clásicas medidas de aseguramiento de bienes (secuestro, retención, prohibición de enajenar), sino también -como lo permite la Ley de Arbitraje (art. 9)- “las que se consideren necesarias para cada caso... para garantizar el resultado [del proceso]”, lo que incluye: “a. Mantener o reestablecer el statu 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 o, 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" (Reglamento de la Ley de Arbitraje, art. 8).

En esa línea, el pasado 1 de octubre entró en vigencia la reforma a los reglamentos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, que incorpora en sus normas la posibilidad de que un árbitro de emergencia, nombrado por la dirección de ese centro de entre su lista de árbitros, pueda dictar medidas cautelares antes de que se presente la demanda de arbitraje.

Plausible iniciativa. Su uso tiene que ser promovido, pues ratifica al arbitraje como mecanismo idóneo para resolver controversias contractuales (ya que permite hacerlo confidencialmente, evitando los impactos negativos que la difusión de la controversia puede generar en consumidores o clientes; eficientemente, por la posibilidad de diseñar un proceso flexible que se ajuste a las necesidades particulares de cada caso; y finalmente, ante expertos en temas contractuales y comerciales), con lo que, además, se evita tener que acudir a la justicia estatal, con todos los conocidos defectos de esta. Y además, ayudando a su descongestión.

¿Arbitraje cuasi-judicial?

Eduardo Carmigniani

Tomado del Diario El Expreso
Viernes, 9 de diciembre de 2022

Decía aquí, el 26 de agosto, que la Asamblea tramita reformas a la Ley de Compañías, entre las que se incluye la necia insistencia de crear un procedimiento arbitral “especial” para resolver los conflictos intrasocietarios, estos es aquellos “entre los socios o accionistas; entre estos y la compañía, sus administradores, auditores o terceros; o entre la compañía con las personas que la administraren”.

La insistencia es necia porque hoy es perfectamente posible que tales disputas sean dirimidas mediante arbitraje. No se necesita tal procedimiento “especial”, como tampoco se lo necesita para cada tipo específico de controversias, que pueden ser de la más variada índole. El paraguas general de la vigente Ley de Arbitraje cobija a todas.

Pero a más de la necesidad, la propuesta es de terror. No solo porque crearía un sistema arbitral paralelo al ya bien conocido que deriva de la Ley de Arbitraje (que en general respalda la flexibilidad del arbitraje, para adaptar cada procedimiento a las circunstancias específicas del caso), sino porque ese sistema paralelo tendría farragoso procedimiento. Veamos algunos ejemplos:

Los árbitros solo pudieran dictar medidas cautelares al inicio del procedimiento, en la llamada audiencia preliminar (art. 469); se establece cortísimos plazos para contestar una demanda (cinco días), lo que aniquila el derecho a la defensa, pues en ese lapso es casi imposible obtener, en casos complejos, pruebas técnicas que pueden ser indispensables (art. 473); obliga a que toda audiencia se realice en fecha única (arts. 476 y 477), no obstante que esa clase de actos -como lo saben bien quienes tienen experiencia en estos procedimientos- pueden durar varios días; sin explicación alguna se propone que: "Los árbitros no recibirán la declaración testimonial de más de tres testigos de cada una de las partes" (481), coartando nuevamente el derecho a la defensa; se pretende imponer, por ley aunque resulte increíble, que los argumentos orales de las partes no puedan exceder de 30 minutos (hay casos en que se requiere incluso de varios días) (art. 477). Cereza del postre es la facultad que se quiere dar a los directores de los centros arbitrales para que, asumiendo funciones de árbitros declaren, "anticipadamente", que una demanda no puede ser tramitada por existir, real o supuestamente, "cosa juzgada" sobre lo mismo (art. 470).

En fin, un (pésimo) calco del proceso judicial. El único destino de ese bodrio es el tacho de basura.

Nueva reforma

Oscar del Brutto Andrade

Tomado del Diario El Universo

24 de enero, 2023

Hace un mes la Asamblea Nacional aprobó un nuevo proyecto de ley con reformas a la Ley de Compañías. Con el proyecto se quiere cambiar desde la misma definición de compañía hasta la forma en que las compañías se disuelven, pasando por la manera en que se prueba el voto de los accionistas dentro de las juntas generales y por la forma en que los socios venden sus participaciones en compañías de responsabilidad limitada. Pero, sobre todo, el proyecto busca crear alternativas para que los accionistas de una compañía, especialmente los minoritarios, puedan ejercer sus derechos legales.

En los últimos cinco años el derecho societario de nuestro país ha experimentado importantes cambios. Primero, una reforma de ley introdujo la sociedad por acciones simplificada, que es una figura societaria que empezó a aplicarse en varios países latinoamericanos y que permite darle primacía a la voluntad de los accionistas en la configuración de sus relaciones comerciales. Luego se introdujeron reformas en la Ley de Compañías que incorporaron los deberes de diligencia y lealtad de los administradores de compañías con el objetivo de proteger los intereses de los accionistas minoritarios. Y, ahora, se busca dar

herramientas para que los accionistas y socios puedan ejercer los derechos que la ley les otorga. Como se dice en la exposición de motivos del nuevo proyecto de ley, la intención es pasar de un "derecho de libros", en donde los derechos están reconocidos por la ley, a un derecho de "enforcement", en donde los derechos que son reconocidos tienen vías para protegerse y ejecutarse.

La forma en que esto último se trata de conseguir es, primero, dando atribuciones a la Superintendencia de Compañías para que pueda, a solicitud de parte interesada, suspender la ejecución de una resolución de junta general en la que se hayan vulnerado derechos; segundo, estableciendo un procedimiento para que, si así lo disponen los accionistas, se siga un arbitraje ante árbitros especializados en materia societaria para la resolución de conflictos que puedan surgir entre ellos, o entre ellos y la compañía; y, tercero, ampliando la legitimación en las llamadas acciones derivadas para que sea más fácil que los socios o accionistas puedan representar a la compañía en procesos judiciales contra los administradores.

La intención es buena. De nada sirven leyes escritas que reconozcan si no hay vías para poner en práctica esos derechos. Los juzgados ecuatorianos, saturados de trabajo y plagados de corrupción, no son los espacios idóneos para resolver conflictos societarios, en los que se requieren jueces sofisticados y soluciones inmediatas.

Me queda la duda de si no es el momento de una solución más radical, como imponer que todos los conflictos sean resueltos por juzgadores especializados dependientes de la Superintendencia de Compañías. La propuesta sería crear cortes especializadas en materia societaria. Se podría decir que eso es una violación al principio de unidad jurisdiccional, pero los principios y las leyes deben estar al servicio de la solución de problemas y no para ser citados como dogmas de fe.

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 Registrales al Libro de Acciones y Accionistas. Rev. No. 8 pág. 91.

ALVARADO, Xavier

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

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.

DEL BRUTTO ANDRADE, Oscar

- El deber de debida diligencia de los Administradores de Compañías Anónimas. Rev. No. 17 pág. 157.
- Gerente. Rev. No. 17 pág. 169.

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.

Índice por autor

- 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.

GARCÍA 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.
- Los Pactos entre Accionistas y la Votación Sindicada. Alcances y Limitaciones. Rev. No. 17 pág. 3.

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.

Índice por autor

- 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.
- El Arbitraje de Emergencia. Rev. No. 17 pág. 71

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 cíc Economía mixta y de responsabilidad limitada después de las reformas introducidas por la Ley de mercados de valores. Rev. No. 2 pág. 82.

NOBOA 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.

ORTÍZ HERBENER, Andrés

- El Contrato de Distribución. Rev. No. 17 pág. 23

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
- Nombramiento y Remoción de los Interventores. Rev. No. 17 pág. 39
- Dictámenes sobre las Sociedades por Acciones Simplificadas. Rev. 17 pág. 101.

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
- Las Medidas Cautelares Constitucionales Suspensivas contra los Accionistas. Rev. No. 17 pág. 93.

VILLAMAR R., Oswaldo

- Reformas a la ley de compañías contenidas en la ley 31 de 1989. Rev. No. 1 pág. 25.
- Fallos contradictorios del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Rev. No. 2 pág. 194.
- Lo Reglado y lo discrecional. Rev. No. 4 pág. 61.
- La quiebra de una compañía como causa de disolución. Rev. No. 3 pág. 73.
- Las acciones adquiridas por la propia compañía, ¿deben ser tomadas en cuenta para completar el quórum de instalación? Rev. No. 5 pág. 51.
- La compañía Anónima con participación del Estado. Rev. No. 6 pág. 33.
- En la Junta General la falta de firmas de todos los asistentes ¿es motivo de nulidad del Acta o también de la Junta y sus Resoluciones? Rev. No. 7 pág. 69.

Actualizado a Enero de 2023.

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 tornadas 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.
- 5.- Los Pactos entre Accionistas y la Votación Sindicada. Alcances y Limitaciones. Rev. No. 17 pág. 3

ACCIONISTA-DERECHOS Y OBLIGACIONES

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

- 3.- Las Medidas Cautelares Constitucionales Suspensivas contra los Accionistas. Rev. 17 pág. 93

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.
- 4.- El deber de diligencia de los Administradores de Compañías Anónimas. Rev. 17 pág. 157

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.
- 6.- El Arbitraje de Emergencia. Rev. No. 17 pág. 71

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.
- 7.- Dictámenes sobre las Sociedades por Acciones Simplificadas. Rev. 17 pág. 101.

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.
- 2.- El Nombramiento y Remoción de los Interventores. Rev. No. 17 pág. 39.

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.

- 9.- Las Medidas Cautelares Constitucionales Suspensivas contra los Accionistas. Rev. 17 pág. 93

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 Enero de 2023.

**ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO
MIEMBROS DEL DIRECTORIO**

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



EDITORIAL Y LIBRERÍA

Malecón 904 y Junín

Piso 1

Teléfonos: 2301975 - 2314471

Guayaquil - Ecuador

SITIO WEB:

www.editorialedino.com.ec

info@editorialedino.com.ec

ISBN: 978-9978-21-114-4



9 789978 211144