

Derecho Societario

Revista n.º 19

**DR. EMILIO ROMERO PARDUCCI
FUNDADOR**

**DR. JORGE EGAS PEÑA
DIRECTOR**

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

DERECHO SOCIETARIO

REVISTA No. 19

**DR. EMILIO ROMERO PARDUCCI
FUNDADOR**

**DERECHO SOCIETARIO
REVISTA No. 19**

**Dr. Jorge Egas Peña
DIRECTOR**

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

**MIEMBROS DEL DIRECTORIO
PERÍODO 2.023 – 2.025**

**ACADEMIA ECUATORIANA DE
DERECHO SOCIETARIO**

PRESIDENTE	Dr. Aquiles Mario Rigail Santistevan
VICEPRESIDENTE	Dr. Antonio Emilio Romero Parducci
TESORERA	Dra. María Elvira Malo Cordero
PROCURADOR	Dr. Dr. Rafael Américo Brigante Guerra
SECRETARIO	Ab. Miguel Reinaldo Martínez Dávalos
VOCALES PRINCIPALES	Primer Vocal Dr. Juan Alfredo Trujillo Bustamante Segundo Vocal Dr. Roberto Salgado Valdez

VOCALES SUPLENTES

Primer Vocal

Dr. Roberto Gabriel
González Torre

Segundo Vocal

Dr. Andrés Emilio Ortiz
Herbener

ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

MIEMBROS 2023

Ab. Luis Esteban
Amador Rendón

Dr. Xavier Antonio
Amador Rendón

Dr. Fernando Alfredo
Aspiazu Seminario

Dr. Rafael Américo
Brigante Guerra

Dr. Luis Alberto
Cabezas Parrales

Ab. Roberto Abad
Caizahuano Villacrés

Ab. José Eduardo
Carmigniani Valencia

Dr. César Irwin
Coronel Jones

Ab. Fabricio Stefano
Dávila Lazo

Ab. César Ignacio
Drouet Candel

Dr. Jorge Augusto
Egas Peña

Dr. Juan Eduardo
Falconí Puig

Dr. Rómulo
Alejandro Gallegos
Vallejo

Dr. Galo Enrique
García Feraud

Dr. Roberto Gabriel
González Torre

Ab. Alexandra María
Iza de Díaz

Dra. María Elvira
Malo Cordero

Ab. Miguel Reinaldo
Martínez Dávalos

Dr. Ricardo Juan
Noboa Bejarano

Dr. Gustavo Xavier
Ortega Trujillo

Dr. Andrés Emilio
Ortíz Herbener

Dr. Nicolás Vicente
Parducci Sciacaluga

Dr. Aquiles Mario
Rigail Santistevan

Dr. Antonio Emilio
Romero Parducci

Dr. Oswaldo Rodrigo
Santos Dávila

Dr. Roberto Salgado
Valdez

Dr. Juan Alfredo
Trujillo Bustamante

Dr. Ignacio Vidal
Maspons

INDICE REVISTA #19

ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

Presentación: iSAS! Y se constituye una compañía.

Homenaje a la Memoria del Dr. Francisco J. Salgado

1. Acuerdos Parasociales en las Compañías Anónimas y S.A.S. según la Ley de Compañías
Dr. Ignacio Vidal Maspons

2. Introducción a la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba y la llamada "Facilidad Probatoria en la Ley Ecuatoriana"
Dr. Carlos Cortaza Vinueza

3. Régimen Legal de las Cuentas Auxiliares de Utilidades.
Dr. Roberto Salgado Valdez

4. Acciones para superar la opresión de los Accionistas en la Ley de Compañías
Abg. Jéssica Paola Gaona Reyes

5. ¿El Concurso Preventivo de Acreedores en la Legislación Ecuatoriana es facultativa o un mandato legal obligatorio?
Dr. Gustavo Ortega Trujillo
Abg. Alessandro Diaz Ruiz

6. El Convenio de Confidencialidad como requisito para el acceso a la información por parte de Socios y Accionistas.- Segunda Parte.

Dr. Rafael Brigante Guerra

7. El Status de Accionista

Dr. Jorge Egas Peña

MISCELANEAS:

- a) Reglamentos sobre designación de representantes legales de las compañías sujetas al control de la Superintendencia de Compañías.
- b) Consideraciones en relación con la Resolución #SCVS-INC-DNCDN-2023-0019
- c) Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2023-0008
- d) Derogatoria de algunas Doctrinas consideradas obsoletas por la Superintendencia de Compañías.
- e) Algunos comentarios periodísticos sobre asuntos societarios.

PRESENTACIÓN: ¡SAS! Y SE CONSTITUYE UNA COMPAÑÍA

Dr. Jorge Egas Peña

Las sociedades mercantiles surgieron como consecuencias de las necesidades comerciales y no de la creación o invención del gabinete de un jurista.

La unión de capitales o esfuerzos para emprender en actividades o negocios que requerían del concurso de dos o más personas fue su leit motiv.

Así, la sociedad anónima surgió en los Países Bajos, resultado de la necesidad de aglutinar ingentes capitales para realizar los largos viajes a países de otros continentes a fin de intercambiar las mercaderías producidas por ellos con las raras y codiciadas especias de aquellos.

Los recibos de los aportes de los nuevos socios constituyeron las acciones de las compañías en que participaban y que, con posterioridad, serían las que garantizaban el pago de las ganancias o utilidades arrojadas por la aventura emprendida.

El rey autorizaba el emprendimiento mediante una especie de concesión (octroi). Los recibos o acciones eran

documentos que acreditaban la titularidad del crédito y que podían transferirse libremente en la bolsa también surgida en ese país.

Otro tanto se produjo con las compañías en comandita, surgidas en Alemania, por parte de industriales capitalistas que perseguían asegurarse la provisión de ciertos productos, generalmente agrícolas, entregándoles a los proveedores, a cambio, una cierta participación en las utilidades de la compañía, con responsabilidad limitada, sin correr los riesgos de los otros accionistas, que se reservaban el derecho de la administración del negocio.

Sin embargo, al igual que en el caso de las compañías de responsabilidad limitada también hubo especies sociales surgidas de la imaginación de ciertos juristas, a través de las cuales se pretendió crear imitaciones de la sociedad anónima para satisfacer necesidades de pequeños negocios, entre pocos socios o accionistas, con la responsabilidad limitada que poseían en las sociedades anónimas.

Otro tanto es el caso de las S.A.S. o Sociedades por Acciones Simplificadas, remedos de sociedades anónimas en que uno o más personas con responsabilidad limitada, de manera solemne o no, crean una persona jurídica y de la manera más veloz (SAS), por lo que mejor debieron llamarse Sociedades Anónimas Simplificadas.

Al igual que las compañías de responsabilidad limitada (CRL) han tenido una favorable acogida, principalmente por liberación de las solemnidades, los trámites y los costos a que están sujetas las compañías anónimas, pero sin gozar de la solvencia que conlleva negociar generalmente con éstas.

El tiempo nos permitirá conocer si las S.A.S. se afianzan en el mercado y terminan por desplazar a las sociedades anónimas o si sólo se quedan para pequeñas empresas familiares, como fue el destino de las Compañías de Responsabilidad Limitada.

Su papel ha sido ponderado por algunos que consideran que su introducción ha puesto al Derecho Societario Ecuatoriano a la vanguardia de sus semejantes de América; y, otros que le restan importancia por considerar que se trata de una figura jurídica que pretende sustituir uno de los instrumentos jurídicos económicos más importantes del mundo moderno y contemporáneo.

El entusiasmo con que se expresan sobre ellas los noveles juristas que la patrocinan, al punto de haber llegado a sostener que *"las S.A.S. son uno de los más vanguardistas procesos de cambios societarios que se ha implementado en el Ecuador, según el gran @PaulNoboav"*. Lo dicho estará sujeto a la prueba de conocer si este nuevo instrumento jurídico podrá cumplir la función desempeñada por la

sociedad anónima a través del tiempo o llenar los vacíos que la misma no ha logrado alcanzar en nuestro país.

HOMENAJE A LA MEMORIA DEL DR. FRANCISCO J. SALGADO

Conocimos al Dr. Francisco J. Salgado allá por el año 1968, en que fue designado Superintendente de Compañías y le correspondió asumir la dirección de este importante órgano de control de las sociedades anónimas en el Ecuador, que había sido creado apenas tres años antes y contaba con una entusiasta acogida de algunos profesionales y la impugnación de otros renuentes a toda forma de control societario.

La tinsa gestión del primer titular de dicho organismo, contribuyó decididamente al afianzamiento de la institución; y, el próximo paso de la misma fue la actualización de la legislación societaria, labor que asumió el Dr. Francisco Salgado con entusiasmo, tino y dedicación, preparando la primera gran reforma a la Ley de Compañías, orientando este valioso instrumento de la economía nacional hacia la apertura del capital y la democratización de la titularidad de las acciones mediante la creación de las Bolsas de Valores, como el mecanismo idóneo para la consecución de tales propósitos, lo cual se desarrolló con éxito en Quito y Guayaquil, pero que desgraciadamente no persistió en su empeño y posteriormente se estancó para convertirse en un medio de intermediación de papeles públicos y cuando más

obligaciones de unas pocas compañías, pero con una casi total ausencia de transacciones de acciones de compañías, como lo concibiera el Dr. Francisco Salgado, impidiendo de esa manera que las sociedades anónimas se convirtieran en mecanismo de aglutinación de capitales, atomización del riesgo y la democratización de la propiedad de las acciones.

El Dr. Francisco J. Salgado fue un prominente jurisconsulto, cuya vida profesional se destacó en la labor docente, habiendo ejercido la cátedra universitaria en materias civiles y comerciales y ejercido el rectorado de la Universidad Central del Ecuador, así como también en el desempeño de la función pública, en que se destacó como Ministro de Estado, Legislador, Juez de la Corte Suprema de Justicia y otras importantes funciones de orden público.

Desde el punto de vista académico fue autor de importantes obras como Las Instituciones del Derecho Civil y El Contrato Individual del Trabajo en la Legislación Ecuatoriana, obras de obligada consulta para los juristas ecuatorianos.

Gracias al empeño de su hijo el Dr. Roberto Salgado Valdez acaba de publicarse el "Curso de Derecho Civil Aplicado al Derecho Societario", obra en que se contienen los fundamentos del Derecho Societario, emanado del Derecho Comercial y tomado, en sus instituciones fundamentales del Derecho Civil.

La Revista de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario rinde homenaje a la memoria de tan preclaro jurista, que contribuyó de manera trascendental al desarrollo de esta tan importante rama del Derecho.



ACUERDOS PARASOCIALES EN LAS COMPAÑÍAS ANONIMAS Y S.A.S. SEGÚN LA LEY DE COMPAÑÍAS

DR. IGNACIO VIDAL MASPONS

Acuerdos parasociales.- Concepto.- La doctrina cataloga con este nombre, u otros semejantes o equivalentes, a los acuerdos a los que llegan los accionistas sobre diversos temas relacionados con el manejo de determinada compañía, entre ellos o con terceros, y que no están incluidos en los estatutos sociales; son acuerdos exclusivamente privados, que pretenden resolver o prever diversas y eventuales situaciones que en el transcurso de la operación económica de la compañía de la cual son accionistas, -o tienen fuertes intereses económicos-, puedan surgir entre los firmantes, los que pueden englobar a la mayoría o a una minoría importante o a la totalidad de los accionistas, de una o varias compañías de las que sean partícipes o accionistas comunes, con la finalidad de regular, entre los firmantes, diversos aspectos relativos a, por ejemplo, como votar en las juntas generales sobre los diversos temas que pueden ser sometidos a su resolución, como por ejemplo los pagos en los aumentos de capital, o la elección de miembros del directorio o la del representante legal; o temas relativos a las políticas o líneas generales del negocio o temas sobre cómo realizar, entre ellos, o frente a terceros, la compra o la venta de acciones fijando fórmulas de fijación del precio y condiciones a

cumplir, entre muchas otras posibilidades. Estos acuerdos, según nuestra legislación, no son totalmente aceptados como veremos, limitando el legítimo derecho de propiedad de los accionistas a disponer de lo suyo sin perjuicio de terceros.

Estos acuerdos parasociales o acuerdo entre socios han recibido diversas denominaciones dependiendo de la ley del país bajo la cual se han dado, e igualmente se pueden referir a muy diversas concordancias de voluntades que generalmente reflejan el interés de los accionistas de determinada compañía en mantener unidad de criterio en cuanto a las relaciones entre ellos y, o, en relación al manejo en general de la compañía, lo cual en esencia no hace más que reflejar el "*animus societatis*" que impulsa a los accionistas a poner en práctica efectiva esta concordancia de voluntades.

Se los conoce en inglés como "Shareholder's agreement" o "Gentlemen's agreement", y en español como "Acuerdo de accionistas", o "Acuerdo de caballeros", o "Convenio de sindicación de acciones" o "Acuerdos parasociales" o cualquier otro nombre que refleje la idea y concepto que los intervinientes quieran darle.

Esta misma multiplicidad de contratos o acuerdos que existen en la práctica en el desarrollo de la actividad empresarial ha determinado el deseo doctrinal de elaborar criterios homogéneos para su conceptualización y denominación de los cuales nos referiremos a los principales siendo los de más uso en la vida práctica.

La española Aránzazu Pérez Morales,¹ indica que el nombre "parasocial" fue acuñado por el italiano Giorgio Oppo en 1942 en una monografía dedicada específicamente al tema y ella los define como *"aquellos contratos en los que intervienen todos o algunos de los socios de una sociedad, formalizados, bien en el momento de su constitución, bien a lo largo de la vida de la misma, por medio de los cuales aquellos completan o modifican el régimen legal o estatutario previsto para la sociedad, comprometiéndose a actuar de un modo predeterminado"*. Nosotros seguiremos la denominación de "parasocial" por ser la más aceptada en doctrina en habla española.

El argentino Guillermo Cabanellas de las Cuevas² a su vez los define como: *"Son contratos destinados a regular aspectos determinados de la sociedad o de las relaciones de los socios con esta o en el contexto de ésta, sin formar parte del contrato social. Se trata de convenciones que no integran el contrato social sea porque no son adoptadas mediante los mecanismos necesarios particularmente por no ser convenidas por todos los socios al formarse la sociedad, o por no ser adoptadas conforme a los mecanismos requeridos para la modificación del contrato social -como en el caso en que los socios adoptan una decisión en forma unánime, sin constituirse en asamblea- o, por último, por incluir reglas que, aunque referidas a la sociedad, no son susceptibles de*

¹ "Los sindicatos de voto para la junta general de sociedad anónima", pág. 257.

² "Derecho societario", parte general, Tomo V, pág. 435.

integrar el contrato social, como en el caso en que los socios acuerdan de qué forma obtendrán la financiación necesaria para efectuar las integraciones comprometidas en el contrato social”, y más adelante, citando al autor Mascheroni³ indica que éste señala que “se llama ‘sindicato de acciones’, en general a todo convenio, pacto o asociación destinado a reglamentar, fuera de la sociedad anónima, el ejercicio de los derechos emergentes de la tenencia de acciones en dicha sociedad y en especial el del voto, ya fuere mediante el mandato condicionado a terceros o la obligación del obligacionista de ejercerlo en determinado sentido”.

El chileno Enrique Barros Bourie⁴ expresa: “En ejercicio del poder de disposición que les confiere la propiedad, los accionistas mayoritarios tienen libertad para vender acciones que otorgan control sobre la sociedad. En consecuencia, salvo que la venta sea en infracción de un contrato de opción o de promesa, la enajenación es un acto potestativo que no puede dar lugar a responsabilidad civil”; líneas más adelante escribe: “Cuando dos o más personas deciden participar en conjunto, existe la posibilidad de convenir ‘ab initio’ pactos de accionistas, que regulen entre las partes los efectos de la venta de acciones de control a terceros (conviniendo, por ejemplo, cláusulas de ‘tag along’ que dan al minoritario una opción de venta si el mayoritario vende su participación, con un efecto análogo al perseguido por las reglas que establecen

³ “Derecho societario”, parte general, Tomo V, pág. 436.

⁴ “Tratado de responsabilidad extracontractual”, pág. 205

el deber de hacer una OPA⁵ en las sociedades abiertas. A falta de pactos de este tipo, cuya infracción da lugar a responsabilidad contractual, los accionistas minoritarios en una sociedad anónima cerrada carecen de acción para obligar al (accionista) controlador a negociar en conjunto la venta de sus propias acciones y las de los demás accionistas”.

El español Jorge Miquel Rodríguez⁶ los define como: *“Acuerdos realizados entre socios (algunos o todos), celebrados fuera de los estatutos, y por tanto establecidos al margen de la sociedad, y de su vida registral, que se dirigen a regular, de manera muy variada, una serie de relaciones entre los socios derivadas de su pertenencia a la sociedad”.*

Y los también españoles⁷ David Pérez Millán y Javier Martín Fernández indican: *“Los pactos parasociales pueden generar obligaciones jurídicamente exigibles y calificarse, por tanto, como contratos. En este sentido, hace tiempo que no se discute su validez con carácter general, teniendo en cuenta tanto el principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratos como la consideración de semejantes acuerdos en cada vez más normas de nuestro ordenamiento”,* y más adelante agregan: *“No resulta tan evidente, sin embargo, cuáles son precisamente los límites a que vienen sometidos dichos pactos. Obviamente, en cuanto que contratos, los pactos parasociales se ven afectados por los distintos*

⁵ “OPA”, por “Oferta Pública de Adquisición” de acciones, en el mercado de valores.

⁶ “La Sociedad Conjunta” Editorial Civitas, 1998, pág. 306

⁷ “Contratos” Tomo VI, Editorial Aranzadi, 2014, pág. 147

regímenes de ineficacia que en general conoce el Derecho Civil. Pero para valorar la validez y eficacia del acuerdo debe tomarse también en consideración la dependencia funcional del pacto parasocial respecto del contrato de sociedad en el que está llamado a influir. Debido a esta conexión, determinadas vicisitudes de la relación jurídico-societaria se proyectan sobre las relaciones derivadas del pacto parasocial, y las normas societarias pueden repercutir en el pacto parasocial”

Tales acuerdos se fundamentan en el derecho de propiedad que tienen los accionistas sobre un determinado capital de una o varias compañías anónimas, y en el ejercicio pleno de tal derecho de disposición (incluido en el concepto de propiedad), el derecho intrínseco que tienen a disponer y a administrar legítimamente de sus propios bienes⁸, pero este derecho de propiedad en algunos casos puede tener conflictos de interés o estar en contraposición de otros derechos de otros accionistas, por lo que se hace necesario regularlos o limitarlos.

Los límites de tales acuerdos parasociales están, pues, fijados, por las disposiciones legales que impidan ejercer un abusivo uso del derecho de propiedad o que viole normas de derecho aplicables al contrato de sociedad; dependen de que

⁸ Código Civil, art. 599.- “El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social.- La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad”

quien lo suscribe mantenga la condición de accionista de la compañía y de la existencia misma de la sociedad, sin que tengan la calidad de accesorios respecto de un contrato principal, pues dependen de la autonomía de la voluntad de quien los suscribe en su calidad de accionista de una compañía existente, así como, por ejemplo, un contrato de compraventa depende de la calidad de dueño de la cosa vendida.

Introducción de los acuerdos parasociales a la

legislación.- Este derecho de propiedad que tiene el accionista de poder disponer y negociar libremente sus acciones ha sido inconstitucionalmente limitado especialmente en nuestra legislación para la especie de la sociedad anónima por mal entenderlo el legislador.

En efecto, en la expedición de la primera Ley de Compañías (1964) el artículo 188 textualmente rezaba: *"El derecho de negociar las acciones libremente no admite limitación. Con todo, el contrato social podrá disponer que, en caso de enajenación, se las ofrezca primeramente a los demás socios. Si el contrato social no contiene reglamentación para la oferta, se tendrá por no escrita tal disposición"*; y el artículo 203 indicaba: *"No se puede privar al accionista de los derechos fundamentales a su calidad de tal. - Son derechos fundamentales inherentes a la calidad de accionista los consignados en la ley y en el contrato social y que no dependan de los acuerdos de la junta general u otro organismo de la compañía. - Son derechos fundamentales de*

los accionistas, reconocidos por esta ley: ...6º Negociar libremente sus acciones, salvo lo establecido en el artículo 188 de esta ley”.

La doctrina 141 de la Superintendencia de Compañías⁹, equivocadamente limitó el derecho del accionista a “*negociar libremente sus acciones*” estableciendo que: “*El convenio privado por el cual se estipula que el accionista de una compañía necesita del consentimiento de otro accionista para enajenar sus acciones, es absolutamente nulo y por lo tanto carece de todo valor legal*” . Esta específica doctrina 141¹⁰, fue declarada por la Superintendencia como “*no amparada en la ley*”, con lo cual la propia Superintendencia tomó la iniciativa para la válida entrada de los acuerdos parasociales. El columnista del diario El Universo y prestigioso abogado Hernán Pérez Loose¹¹ comentó al respecto, compartiendo plenamente la expresada opinión: “*El argumento de la Superintendencia es acertado. La hoy derogada doctrina 141 contradecía el principio de la libre negociabilidad de las acciones por parte de sus propietarios, principio que está recogido en la propia Ley de Compañías como uno de los derechos esenciales de todo accionista. La prohibición a cualquier limitación a la libre negociabilidad de las acciones debió entenderse siempre como una prohibición para que ella conste en el contrato social -salvo que tenga origen en una*

⁹ “Doctrinas Jurídico-Societarias”, pág. 172.

¹⁰ Resolución SCVS-INC-DNCD-16-08, R.O. 867 de 21 de octubre de 2016.

¹¹ Artículo “Acuerdos de Accionistas” Revista “Comercio” noviembre 2016, pág. 18

norma legal- mas no como dirigida a los accionistas. Estos últimos, una vez que las acciones se incorporan a su patrimonio, son libres de acordar con terceros el uso o destino de los derechos que le son implícitos a ellas. Tales derechos solo interesan a los accionistas, y su renuncia, por consiguiente, únicamente solo afecta a ellos y no perjudica a terceros”.

Lo que no dijo el entonces artículo 188, -y que debería haberlo dicho-, es que “salvo acuerdo entre los accionistas propietarios no se admite ninguna limitación estatutaria a la libre negociabilidad y disposición de las acciones”; en otras palabras, no se admite, y por tanto está prohibido, que se indique en los estatutos, por ejemplo, que para poder negociar sus acciones el accionista deberá haber permanecido un determinado tiempo en la sociedad; o que se necesite autorización de la junta general o de algún otro organismo o de otro accionista para poder vender sus acciones; o de que necesariamente por disposición estatutaria deba venderlas a otro accionista determinado o determinable o relacionado; o de que para darlas en prenda se necesite la autorización del algún organismo de la sociedad; o alguna otra restricción similar, pues en caso de existir tal disposición en los estatutos se estaría limitando el derecho a la propiedad de dichas acciones y consecuentemente el derecho a la libre disposición de sus propias acciones, el cual es derivado del derecho de propiedad; pero de allí a prohibir que el accionista, en legítimo uso de su derecho de disposición de sus propios

bienes, pueda acordar libremente con otros accionistas con iguales derechos o con terceros, una fórmula para poner precio a sus acciones; o comprometerse a votar en determinado sentido en las juntas generales; u obligarse a vender sus acciones al mismo precio que reciba un accionista determinado o determinable, hay mucha diferencia en conceptos legales pues de constar la restricción o limitación en los estatutos eso afecta a todos los accionistas por igual, esto es a los actuales y a los futuros que ingresen a la compañía con esa restricción o limitación; pero de constar la limitación en un acuerdo privado entre dos o más accionistas, o entre todos, el futuro accionista que ingrese a la compañía ya no tiene ninguna limitación impuesta por ellos anteriormente y para regir entre ellos, y por tanto su derecho no está afectado pues tal acuerdo solo obliga "inter partes". Esa es la diferencia fundamental.

Con la posterior reforma a la Ley de Compañías efectuada a finales de 2017¹² en su artículo 191 (cuyo antecedente es el artículo 188 en la primera ley de compañías) en la sección "De la Compañía Anónima" el texto indicaba que *"El derecho de negociar libremente las acciones no admite limitaciones"* reformándose lo indicando que: *"El derecho de negociar las acciones libremente no admite limitaciones en el estatuto social.- Serán válidos los pactos entre accionistas que establezcan condiciones para la negociación de acciones. Sin*

¹² R.O.S. 150 de 29 de diciembre de 2017 "*Ley Orgánica para la reactivación de la economía, fortalecimiento de la dolarización y modernización de la gestión financiera*"

embargo, tales pactos no serán oponibles a terceros, sin perjuicio de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, y en ningún caso podrán perjudicar los derechos de los accionistas minoritarios". Esta reforma fue la que recién abrió legalmente la puerta a los acuerdos parasociales, pero en principio solo para las compañías anónimas.

Así, pues, la Superintendencia primero y el legislador después, se tardó más de cincuenta años para corregir el error de no haber entendido y fijado que es en el estatuto en donde no pueden existir limitaciones al derecho a negociar libremente las acciones, pero que el propietario de las acciones, en uso de su legítimo derecho de propiedad sobre las mismas, bien puede convenir voluntariamente imponerse a sí mismo condicionantes a la venta, sin infringir la ley, tal como ocurre, por ejemplo, en los bienes inmuebles en los cuales el propietario puede fijar voluntariamente su prohibición de enajenarlo.

Inoponibilidad de los acuerdos.- Sin embargo del indudable avance legislativo que hizo la reforma del año 2017 al artículo 191, la misma fue incompleta pues al especificar la ley en las posteriores reformas del 2020 y del 2023¹³, que

¹³ Texto actual del artículo 191.- *"El derecho de negociar las acciones libremente no admite limitaciones en el estatuto social.- Serán válidos los pactos entre accionistas que establezcan condiciones para la negociación de acciones, o que celebren para cualquier otro asunto lícito. Los acuerdos de accionistas de las sociedades anónimas se regirán, en lo que no contravenga a esta sección, por lo previsto para los acuerdos de accionistas de las sociedades por acciones simplificadas.- Por regla general, los acuerdos de accionistas que versaren sobre cualquier asunto lícito, a pesar de su validez inter-partes, serán inoponibles para terceras personas distintas de la*

tales acuerdos en lo que respecta a las sociedades anónimas *"serán inoponibles para terceras personas distintas de la compañía"*, significa, en pocas palabras, que cualquiera de los firmantes del acuerdo puede no respetarlo y el irrespeto será válido frente a terceros, pero el "perjudicado por el irrespeto" tiene el derecho a reclamar civilmente por la indemnización de los daños y perjuicios que hubiere sufrido por la actitud de quien no respetó el acuerdo válidamente firmado con la correspondiente carga de la prueba, lo cual pone la excepción a lo dispuesto el artículo 1561 del Código Civil en el sentido de que todo contrato legalmente celebrado en una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Por otro lado, el artículo 42 después del artículo 317¹⁴ establece una diferenciación para las compañías anónimas y las S.A.S., en cuanto a que, existiendo la obligación general existente para ambas especies de compañías, la de poner en

compañía. No obstante, el acuerdo devendrá oponible para un tercero cuando se demuestre que él conocía de su existencia y estipulaciones.- El incumplimiento de un acuerdo de accionistas dará lugar a la contraparte agraviada de solicitar, a su arbitrio, o el cumplimiento o la resolución del pacto, y en ambos casos, con indemnización de perjuicios".

¹⁴ Art. 42 después del 317, primer inciso.- *Acuerdos de accionistas.- Los acuerdos de accionistas sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas o para aumentar el capital, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto lícito, deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas de la compañía donde funcione la administración de la sociedad. Caso contrario, a pesar de su validez Inter partes, dichos acuerdos devendrán inoponibles para la sociedad por acciones simplificada.*

conocimiento de la compañía para que la misma compañía forzosamente lo acate, en el caso de las S.A.S. es inoponible, pero en el caso de las compañías anónimas no se indica tal inoponibilidad.

No encuentro razón para tal diferenciación que obliga, en el caso de las compañías anónimas, a iniciar por parte del perjudicado acciones legales directamente a la compañía y en el caso de las S.A.S. a iniciarlas contra las partes que violaron el acuerdo, tratándose en cualquiera de los dos casos del mismo acto, pero en distinta especie de compañía, lo que no debería ser causa de una distinción de esa naturaleza dado también el carácter de anónima de la compañía.

En este sentido lo óptimo hubiera sido que el legislador obligue al representante legal de la compañía, sea ésta anónima o S.A.S., a la inscripción de la vigencia del acuerdo en el propio libro de Acciones y Accionistas de la compañía, que por así disponerlo la ley lo debe tener bajo su cuidado, así tal cual se registran las prendas y otros gravámenes que recaigan sobre las acciones y no solamente la entrega de una copia del respectivo acuerdo a una indeterminada persona que eventualmente se encuentre en las oficinas donde funciona la administración de la sociedad.

También hay que analizar, bajo la luz del derecho constitucional, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 66.16 de la vigente Constitución que habla del derecho a la "*Libertad de contratación*", ya que no se afectan derechos de terceros, en concordancia con el art. 66.26 que consagra el

"Derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas".

Por otro lado, al final del artículo 146 de la Ley de Compañías consta la frase *"Todo pacto social que se mantenga reservado será nulo"* con lo cual en este punto cabe la pregunta sobre si un pacto entre accionistas constituye un "pacto social".

Conceptualmente mantengo que no, pues el "pacto social" se refiere a los "estatutos" de la compañía, los cuales rigen para todos los accionistas, en los cuales no pueden existir cláusulas ocultas tal como lo refiere el propio artículo al hablar de la "constitución" de la compañía, y la misma idea se expresa además en los artículos 136 cuando habla del "pacto social" al hablar de la constitución de la compañía limitada y en el artículo 419-B que habla el caso de los estatutos de la compañía extranjera.

La interpretación en sentido contrario, esto es que un acuerdo parasocial constituye un "pacto social" llevaría una contradicción jurídica al admitirse la legalidad de la existencia de los pactos o acuerdos parasociales entre accionistas, pero no admitirse la "confidencialidad" de los mismos, que es harina de otro costal, "confidencialidad" que en cuestiones de negocios es necesario mantener, siempre bajo la premisa de respetar los derechos de terceros.

Pero aún quedan rezagos en la Ley de Compañías en el sentido de no aceptar los acuerdos parasociales, pues el texto

del último inciso del artículo 189 ubicado bajo la sección "De las compañías anónimas" reza: *"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"*, lo que hace necesario que el legislador elimine la frase "o contractual" en tal artículo a fin de dar sindéresis y coherencia a la ley por cuanto precisamente los acuerdos parasociales constituyen efectivamente contratos que contienen obligaciones entre los accionistas, los que se rigen por el Código Civil¹⁵ en cuanto al cumplimiento de las mismas, razón por la cual el propio accionista puede voluntariamente limitar su derecho a negociar sus propias acciones con lo cual no se viola ninguna norma de derecho mientras no constituya un abuso del derecho ni afecte el derecho de terceros¹⁶ (teoría de la autonomía de la voluntad).

Así pues actualmente la legislación admite que la limitación que sobre su derecho de libre disposición tiene un accionista

¹⁵ Art. 1454.- *"Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas"*

¹⁶ Ejemplo de afectación de derechos de terceros sería la práctica ilegal del acuerdo denominado "Tunneling" en inglés, mediante el cual se saca provecho personal desviando activos de la compañía (a través de un túnel) para futuros negocios de los accionistas firmantes; o del llamado en inglés "Golden parachute" que conlleva el pago, por cuenta de la compañía, de excesivas compensaciones previendo la salida del funcionario accionista o el pago al momento de la salida del mismo. Tales ejemplos, para citar pocos, conllevan un perjuicio a los intereses de la compañía y obviamente de los accionistas minoritarios en favor de los mayoritarios.

sobre sus propias acciones mediante un acuerdo o convenio llegado con otro accionista o con un tercero sobre la venta de sus acciones, como lo será, por ejemplo, el compromiso que asume si otro accionista vende sus acciones a otro accionista o a un tercero, el de también él vender sus acciones al mismo otro accionista o a un tercero; o como también que el accionista se comprometa a no dar en prenda sus acciones a favor de terceros, son todos acuerdos perfectamente legítimos. El fundamento en derecho es el mismo: el derecho de propiedad y dentro de él, el derecho inherente de libre disposición de sus propios bienes mientras no se afecten derechos de terceros, aunque todavía existen varias incongruencias que deben ser corregidas.

Principales grupos de acuerdos.- Según las normas del "Buen Gobierno Corporativo", clasifica estos pactos parasociales o acuerdos de accionistas en tres grupos:

El primer grupo que los llama "*Pactos de relación*" que "*son los que regulan principalmente la voluntad de los accionistas frente a sus relaciones directas, sin intervención de la sociedad*". En este grupo están, por ejemplo, los que conceden derechos de adquisición o venta conjunta.

El segundo grupo que los llama "*Pactos de atribución*" que "*son los que se suscriben con el fin de proporcionar ventajas a la propia sociedad*". En este grupo están, por ejemplo, los pactos que contemplen préstamos de los accionistas a la compañía en condiciones ventajosas.

El tercer grupo que los llama "*Pactos de organización*" que "*son los que se dirigen al régimen de toma de decisiones y formas de organización de la sociedad ya sea sobre la forma de designar administradores, requisitos, alternabilidad, políticas, plan de negocios, órgano de administración, facultad de un accionista para solicitar la liquidación en caso de cumplirse condiciones especiales, etc.*" En este grupo están, por ejemplo, los pactos de "sindicación de acciones".

Dentro de los tres grupos anteriores, los acuerdos parasociales más usados por los accionistas que generalmente confieren derechos y crean obligaciones entre ellos, sin importar su clasificación anterior son:

a) Derecho de preferencia.- No hay que confundirlo con el derecho de preferencia para la suscripción de las nuevas acciones o nuevas participaciones a emitirse en los casos de aumentos de capital a los que se refiere la Ley de Compañías en sus artículos 110 y 114 literal e) para las compañías limitadas; 181 y 207 N° 6 para las anónimas y artículo vigésimo tercero, agregado a continuación del art. 317 para las S.A.S. El derecho de preferencia al que nos referimos está relacionado con el derecho a la libre negociabilidad de las acciones en las compañías anónimas y en las S.A.S.

Tal derecho es conocido en inglés como el "*Right of first refusal*"¹⁷, que bien pudiera traducirse en su concepto como el derecho de aceptar o rechazar, en primer lugar frente a terceros, la oferta de compra o venta de un bien por parte de

¹⁷ Literalmente "derecho de primer rechazo". Libre traducción.

un tercero, conocido en español por la doctrina como el "derecho de tanteo", "de preferencia", o "de prioridad" lo que comúnmente se pacta en caso de venta del inmueble dado en arrendamiento, en cuyo caso el propietario del inmueble tiene la obligación de hacer conocer en virtud de lo convenido previamente, al actual arrendatario o a un tercero, su deseo de vender el inmueble, y tal persona quien tiene la preferencia, tiene el primer derecho de rechazar la compra de ese bien. El derecho de rehusar en primer lugar la oferta hecha, recibe el nombre en español de "Derecho de retracto", y en inglés *"Right of first refusal"*.

b) El "Tag along" y el "Drag along". - Son acuerdos en los cuales se establecen o pactan entre los accionistas el establecimiento de reglas claras respecto a la participación en la toma de decisiones, definiendo sus derechos, sus responsabilidades y los compromisos que tienen para reducir los riesgos relativos a la afectación de su patrimonio en ocasión de una eventual venta de acciones a favor de un tercero o de otro accionista comprador.

El primero tiene su traducción del inglés como el *"ir con otra persona o personas sin haber sido invitada a unirse"* se lo conoce en español como "derecho de acompañamiento" o "derecho de co-venta"; es una forma de acuerdo parasocial que permite a los accionistas minoritarios -si es que así lo deciden- a obtener los mismos términos y condiciones de venta a un tercero o a otro accionista comprador, con aquel acuerdo logrado con el mismo tercero o accionista comprador

por la venta de sus propias acciones que pertenecen al grupo mayoritario. En teoría el grupo o accionista minoritario se beneficia por cuanto eventualmente lograría mejores beneficios que si negociara individualmente.

El "Drag Along" (del verbo inglés "to drag", arrastrar) también conocido en español como "derecho de arrastre", el cual, al contrario del anterior, facilita a los accionistas mayoritarios la negociación de sus acciones al comprador que quiere adquirir el control total de la compañía.

Consiste en la obligación de vender al comprador, -asumida a través del acuerdo y por parte de los accionistas minoritarios-, la totalidad de sus acciones al mismo precio y condiciones que venden los accionistas mayoritarios. *"Este mecanismo permite exigir a los socios y/o accionistas minoritarios la enajenación de su participación accionaria en la sociedad, cuando los compradores tengan como propósito la adquisición de la totalidad de las acciones en circulación con el fin de tener el control total de la sociedad. Dicho mecanismo asegura que la venta de acciones se realice en las condiciones pactadas y de manera adicional otorga al socio y/o accionista minoritario la igualdad de condiciones que las que ostenta el socio y/o accionista mayoritario. Por lo anterior, se observa que el "drag along" más que un derecho para los socios y/o accionistas minoritarios, es un beneficio para los socios y/o accionistas mayoritarios. En cambio, el "tag along" si es considerado un derecho pleno de los socios y/o accionistas minoritarios, toda vez que este mecanismo les permite*

adherirse a la enajenación de su participación, como un derecho y no como obligación a hacerlo, por lo que el "tag along" puede ser tomado en cuenta como derecho y un beneficio que pueden obtener las minorías¹⁸

Ambos derechos son catalogados como de "co-venta" los cuales tienen además en común la obligación de dar a conocer a la otra parte las condiciones de venta de las acciones al tercero o al accionista interesado en la compra, a un plazo fijo acordado y predeterminado previamente para poder ejercitar la opción dentro del plazo; en el primer caso se concede al accionista minoritario el derecho a participar en la venta de las acciones al mismo precio y condiciones que pactó el accionista mayoritario y dentro de un determinado plazo; la decisión de vender o no la toma el accionista minoritario, ya que no hay obligación de vender; en el segundo caso, el accionista minoritario contrae una obligación de venta (obligación de hacer) al comprador al mismo precio y condiciones que haya pactado el accionista mayoritario e igualmente dentro de un plazo previamente pactado. La decisión de ejecutar o no el contrato recae en este caso en el accionista mayoritario, con quien el accionista minoritario ha asumido la obligación de vender al accionista comprador. El incumplimiento del contrato, en cualquiera de los dos casos dará lugar a la acción de responsabilidad civil ante la autoridad competente que las partes hayan acordado.

¹⁸ Tomado de una opinión de la compañía de auditores "Deloitte"

c) El "Par y paso". - Acuerdo que fija la obligación que asumen los accionistas de aumentar voluntariamente el capital de la compañía de manera de mantener en la compañía la misma proporción accionarial, el cual está contemplado en el artículo 217 de la Ley de Compañías, pero sujeto, según disposición legal¹⁹, a la condición de constar expresamente en los estatutos y si no consta debe ser aprobada por resolución unánime de todos los accionistas de la compañía.

Tal como está redactado el artículo referido, éste constriñe la autonomía de la voluntad y pudiera pensarse que inclusive es inconstitucional pues impide la libre contratación y la libre disposición de los bienes, derechos reconocidos constitucionalmente, sin que cause ningún daño a terceros, pues el accionista es libre de disponer de lo suyo y de obligarse en la disposición de sus propios bienes. Siguiendo el razonamiento de este artículo, la prohibición voluntaria de enajenar bienes estaría prohibida constituyendo un hecho ilícito, que no lo es.

d) La sindicación de acciones. - El argentino Carlos A. Molina Sandoval²⁰ los refiere así: *"Los acuerdos de sindicación de acciones suponen, estrictamente, un mecanismo para la adopción de decisiones de los integrantes del sindicato, en forma previa a la asamblea en la que se ejercerá el derecho de voto. Esta decisión someterá a los socios integrantes del sindicato. La sindicación, en consecuencia, podrá*

¹⁹ Art. 217.- *"Ningún accionista podrá ser obligado a aumentar su aporte, salvo disposición en contrario de los estatutos"*

²⁰ "Sindicación de acciones", pág. 20

estructurarse de diversos modos, sea mediante un representante (síndico) que ejerza el voto (por poder u otra forma legitimante) sea mediante un compromiso de voto.- Pero en estos casos el sentido del voto se determinará previamente por el sindicato, independientemente del modus operandi empleado para ejecutar la decisión parasocietaria”.

La ya citada autora Aránzazu Pérez Morales²¹ al respecto de este tipo de acuerdos dice que *“entendemos por sindicación de acciones, la afectación, ligazón o unión de las mismas, dando origen a un sindicato de acciones. Dentro del amplio fenómeno de la sindicación de acciones, deben quedar incluidas, según nuestra opinión, tanto la sindicación de voto, como la sindicación de bloqueo. La primera de ellas implica la afectación de acciones con la finalidad de ejercitar una influencia estable en la agrupación voluntaria de personas de la que son miembros los titulares de aquellas mediante el ejercicio unificado del derecho de voto. Por su parte, la segunda de ellas conduce, en principio, a la unión de acciones con la finalidad de limitar o condicionar la transmisión de las mismas, aun cuando, destacaremos al profundizar en el análisis de los sindicatos de bloqueo, estos últimos suelen ser constituidos habitualmente con la finalidad de asegurar la disciplina establecida por medio de sindicatos de voto”, y líneas más adelante indica: “Los sindicatos de voto se caracterizan por el deseo de sus miembros de influir de una*

²¹ “Los sindicatos de voto para la junta general de la sociedad anónima”, pág. 47

manera estable y permanente en la vida de la agrupación voluntaria de personas sobre la que aquellos actúan, no circunscrita a una única y concreta adopción de acuerdos sociales”.

Estos acuerdos de “sindicación de acciones” tienen generalmente por objeto principal el control de la sociedad a través de la votación en las juntas generales. En otras palabras, en los acuerdos parasociales de “sindicación de acciones” las resoluciones tomadas en junta general, conforme a los requisitos legales y estatutarios, son perfectamente válidas, aunque uno o varios de los accionistas votantes en dicha junta haya violado el cumplimiento del acuerdo de sindicación frente a los otros accionistas, también parte contractual, quedando expuesto, quien haya incumplido el acuerdo, a las eventuales sanciones civiles de indemnización de daños y perjuicios previstas en el mismo para lo cual habrá que analizar si se infringieron normas específicas de la Ley de Compañías, del Código de Comercio o del Código Civil, las cuales conforme al primer artículo de la Ley de Compañías son normas por las cuales se rige el contrato de compañía.

El art. 210²² acepta la validez de estos acuerdos siempre que se cumpla el proceso establecido en la ley para tales efectos,

²² Art. 210, 3° inciso.- *“Los acuerdos de accionistas que limiten, condiciones, modifiquen o restrinjan el ejercicio del derecho de votación de los accionistas tendrán plena validez, y serán oponibles ante la compañía y terceros cuando se cumpliera el proceso establecido en esta ley para tales efectos”*

esto es las del artículo cuadragésimo segundo posterior al 317, que dispone se ponga en conocimiento de la compañía el respectivo acuerdo, conforme lo refiere el segundo inciso del artículo 191.

Naturaleza.- En cuanto a la naturaleza de estos acuerdos parasociales, el ecuatoriano Fabricio Dávila Lazo²³ escribió: *"Los pactos de socios son de naturaleza contractual en los que se acuerdan realizar determinadas prestaciones de dar, hacer y no hacer. Por ser contractuales, estarán regidos por los principios del derecho común de las obligaciones y de los contratos. Rige prioritariamente el principio de libertad contractual, por lo que no es obligatorio elevarlos a escritura pública"*. Obviamente se basó para dar el concepto en lo preceptuado en el artículo 1459 del Código Civil²⁴ el cual contrato o acuerdo se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes.

Por tal razón es que se señalaba en el año 2017 en el segundo inciso del art. 191 de la Ley de Compañías, anterior a la reforma del 2020, que los acuerdos parasociales *"no serán oponibles a terceros"*, afectando su quebrantamiento o incumplimiento únicamente a los firmantes del mismo, quienes responderían de sus propios actos ante los otros

²³ "Los pactos de socios: su validez y enforcement en el Derecho ecuatoriano"

²⁴ Art. 1459.- *"El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil, y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento"*

contratantes, sin que la compañía emisora de las acciones asuma ninguna responsabilidad civil, salvo que se trate de acciones de tesorería, responsabilidad en cuyo caso la compañía la asume en virtud de ser propietaria de dichas acciones y de haber comprometido su voluntad expresada a través de una junta general, responsabilidad asumida en razón de lo dispuesto en el artículo 1461 del Código Civil que indica como uno de los requisitos para obligarse por un acto o declaración de voluntad es el haber consentido en dicho acto o declaración y que tal declaración no sufra de algunos de los vicios del consentimiento que son el error, la fuerza o el dolo. Por otro lado, los ya citados autores españoles David Pérez Millán y Javier Martín Fernández²⁵ al hacer referencia a la naturaleza de esos acuerdos indican: *"Tradicionalmente, el límite genérico a la validez de los pactos parasociales se sitúa en la vulneración de normas imperativas, la desnaturalización de los elementos configuradores del tipo social o la violación de los principios ordenadores del sistema societario. En una línea aparentemente distinta, se sostiene que la validez de los pactos parasociales no ha de enjuiciarse conforme a la imperatividad del derecho de sociedades, sino conforme a la imperatividad general del derecho de las obligaciones, lo que significaría que los pactos no dejan de ser válidos por contravenir normas del tipo societario, sino solamente cuando atentan contra valores sustantivos del entero sistema. En realidad, no es fácil aportar una fórmula con la que valorar*

²⁵ "Contratos" Tomo VI, Editorial Aranzadi, 2014, pág. 150

cualquier pacto parasocial, sino que, más bien, habrá de considerarse el contenido del acuerdo en concreto y las normas o los principios con que contrasta. La solución, además, se encuentra probablemente condicionada por el papel que se reconozca a los preceptos imperativos en el derecho de sociedades y, a un nivel aún más general, por la concepción misma que se defienda de dicha disciplina.- De todos modos, parece que habría que distinguir entre las normas imperativas con las que entra en conflicto el pacto parasocial y tener en cuenta asimismo las partes del pacto parasocial en relación con las del contrato social. Puede afirmarse con seguridad que no es válido el pacto parasocial que vulnera una norma societaria imperativa cuyo fundamento responda a la protección de terceros. De ahí que sea nulo, por ejemplo, el sindicato de voto por el que determinados socios de una sociedad de capital acuerden no disolverla ni adoptar cualquiera de las demás medidas que permiten eliminar la causa de disolución en caso de pérdidas cualificadas. También habría de considerarse ineficaz el pacto por el que se permite a un socio ejercer de cualquier manera su derecho al voto cuando hay una prohibición legal que lo impida o razones de interés social que determinen la improcedencia del voto conforme a lo pactado. En definitiva, cabe concluir que el pacto parasocial será ineficaz cuando mediante el mismo pretenda alcanzarse un acuerdo social nulo o anulable" para concluir, líneas más adelante, que: "En definitiva, cabe concluir que el pacto parasocial será ineficaz

cuando mediante el mismo pretenda alcanzarse un acuerdo social nulo o anulable” tesis con la cual comparto opinión.

La obligatoriedad de hacer referencia expresa en el dorso de las acciones involucradas en alguna restricción a la negociación, la ley (art. 27 agregado después del art. 317, último inciso) la pone como exigencia para evitar desconocimiento por parte de quien desea adquirir las acciones para saber que no existen restricciones; ello es un tema de seguridad jurídica, aunque es discutible la validez de la exigencia de que deba constar al dorso de cada acción de propiedad de los accionistas involucrados en el acuerdo parasocial la existencia de un acuerdo parasocial, pues no por ello se exime de responsabilidad al accionista que viole el convenio, siendo más técnico la anotación en el Libro de Acciones y Accionistas como ya se ha comentado.

INTRODUCCIÓN DE LA TEORÍA DE LA "CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA", O LLAMADA "FACILIDAD PROBATORIA", EN LA LEY ECUATORIANA

Carlos Cortaza Vinueza²⁶

El objetivo de este trabajo es explicar someramente el origen de las mencionada institución y sus efectos en la distribución de la carga probatoria entre las partes en litigio, tomando en cuenta que por ahora constituye un procedimiento creado de manera aislada en la Ley de Compañías, que deja más dudas que respuestas de su eventual uso en procesos judiciales y cuyo único antecedente es la admisión de la inversión de la carga de la prueba en supuestos determinados por el Legislador como excepciones a las reglas generales de la práctica probatoria; con ilustración de un poco de doctrina extranjera y derecho comparado.

El *non liquet* (no claro), contenido en los artículos 11, numeral 3, de la Constitución de la República; 23, inciso final, y 28, inciso segundo, del Código Orgánico de la Función Judicial, establece un principio de inexcusabilidad por parte de los administradores de justicia, donde ni la insuficiencia probatoria ni la ausencia de ley son

²⁶ Abogado, ccortaza@lex.ec

impedimentos para que el juez cumpla su obligación de resolver el litigio puesto en su conocimiento.

La consecuencia directa de este precepto sobre quienes acuden al sistema judicial para la resolución de conflictos es el deber del *onus probandi* o la carga de la prueba, para demostrar la certeza material de los hechos que fundamentan las pretensiones de las partes, los cuales van a ser valorados conforme a las exigencias del umbral de suficiencia probatoria prescrito en la ley y a la obligatoriedad de su acreditación según a las reglas del Código Civil²⁷ y del Código Orgánico General de Procesos²⁸, que básicamente giran alrededor de que cada parte tiene que probar lo que alega, con sus excepciones.

La importancia de la adecuada observancia de las cargas procesales —como la de afirmación²⁹ o la probatoria en este caso— es la realización del esquema de Larenz³⁰

²⁷ Por ejemplo los Arts. 1475, 1484, 1563 y 1715.

²⁸ Art. 169.

²⁹ “La distinción entre afirmar y probar no es obvia. No puede decirse que esté en la ‘naturaleza’ de las cosas, pues distingue categorías institucionales. Éstas sólo tienen sentido dentro de la comunicación institucionalizada en el proceso judicial.” Thomas Vogt Geisse, *La diferencia entre afirmar y probar en el proceso civil*, Referencias necesarias a la Justicia Chilena, Tomo I, p. 255.

³⁰ “Yo llamo a esta figura lógica el ‘silogismo de determinación de la consecuencia jurídica’. En él, la premisa mayor constituye una norma jurídica completa y la premisa menor la subordinación de un hecho concreto

llamado "silogismo de determinación de la consecuencia jurídica", para obtener un pronunciamiento judicial debidamente razonado:

$S \rightarrow C$ (supuesto de hecho y consecuencia jurídica)

$H = S$ (hecho concreto igual a supuesto de hecho)

$H \rightarrow C$ (la consecuencia jurídica cabe para el hecho concreto)

De esta manera la consecuencia de la falta de prueba del hecho concreto perjudica o beneficia a las partes procesales dependiendo del cumplimiento del deber de la "carga objetiva"³¹ que hayan hecho, el cual va a provocar un fallo donde se acepte la reclamación o se la desestime.

Adicionalmente no hay que olvidar que toda la práctica probatoria está protegida por los derechos fundamentales a la seguridad jurídica, defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva, como garantías de una correcta administración de justicia; principios que no

como un 'caso' bajo el supuesto de hecho de la norma jurídica. La conclusión afirma que, para este hecho, vale la consecuencia jurídica mencionada en la norma jurídica." Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, pp. 265-266, Ariel Derecho.

³¹ Jordi Nieva Fenoll, *Derecho Procesal II, Proceso Civil*, p. 202, Tirant lo Blanch.

solamente rigen sobre la interpretación y aplicación³² de las normas procesales, sino sobre la creación misma de la norma que debe estar conteste³³.

Por esta razón, para hacer efectiva la garantía de igualdad de las partes en un proceso judicial, la ley establece excepciones al antedicho principio de que cada parte debe probar su argumento, tanto el que demanda como el que se excepciona, tal como sucede con los supuestos de traslado de la carga de la prueba; por ejemplo, en materia de alimentos y actividades contaminantes al medioambiente, donde el mismo demandado debe producir la prueba de su defensa —aunque sea negativa—, sin que sea suficiente una simple oposición a los cargos, como lo dispone el artículo 169 del Código General de Procesos, especialmente en su penúltimo inciso, donde dice que “también serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley.”

Esta permisión legal, con estatus de ley orgánica, más las indicadas garantías jurisdiccionales, sirvieron de base a la reforma realizada a la Ley de Compañías mediante la expedición de la LEY REFORMATORIA A LA LEY DE

³² Art. 426 de la Constitución de la República del Ecuador y Arts. 4, 5 y 6 del Código Orgánico de la Función Judicial.

³³ Art. 84 de la Constitución de la República del Ecuador.

COMPAÑÍAS PARA LA OPTIMIZACIÓN E IMPULSO EMPRESARIAL Y PARA EL FOMENTO DEL GOBIERNO CORPORATIVO³⁴ en cuyos considerandos expresa:

"Que es necesario armonizar las disposiciones de la Ley de Compañías con el artículo 75 de la actual Constitución de la República del Ecuador que consagra la garantía a la tutela judicial efectiva, para evitar que los socios se queden en indefensión al existir requisitos mínimos de procedibilidad para entablar acciones procesales societarias;

Que la Organización de Estados Americanos, a través de Resolución No. AG/RES. 2906 (XLVII-O/17) aprobada el 20 de junio de 2017, resolvió invitar a sus Estados miembro a acoger la Ley Modelo sobre Reglas de Procedimiento para la Resolución de Controversias en las Sociedades por Acciones Simplificadas, para mejorar el régimen procesal aplicable sobre los conflictos societarios..."

³⁴ Registro Oficial Suplemento 269 del 15 de marzo de 2023.

El precepto de la Ley Modelo Sobre Reglas de Procedimiento para la Resolución de Controversias en la Sociedades por Acciones Simplificadas con el que se quiere cumplir es el contenido en el artículo 42³⁵, que dice:

“ARTÍCULO 42. ABUSO DEL DERECHO^[36].— Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio de que el juez competente pueda declarar la nulidad de la determinación adoptada.

³⁵http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Ley_Modelo_Sobre_Sociedades_Por_Acciones_Simplificada_Situacion_Reformas_Region.pdf

³⁶ Debe entenderse en el sentido del Código Civil reformado, “Art. ... (36.1).— Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico.”

La acción de indemnización de perjuicios y la de nulidad de la determinación respectiva podrá ejercerse en los siguientes casos:

- 1) Abuso de mayoría,
- 2) Abuso de minoría, y
- 3) Abuso de paridad."

Aunque la recomendación de la Organización de Estados Americanos es solamente para las llamadas "SAS", el Legislador introdujo, con carácter general para reclamos entre "accionistas" dentro de "procesos societarios" que se ventilen en el orgánico judicial, la institución de la "carga dinámica de la prueba" en el artículo 62 de la indicada Ley, dentro del nuevo artículo 249.1, donde por primera vez se da la facultad a un Juez Civil de distribuir la carga de la prueba entre las partes, en materia de reclamos judiciales de accionistas, pero estableciendo el requisito de la llamada "mejor posición" para probar o producir prueba, a saber:

"Art. 249.1.- Carga de la prueba dinámica en procesos societarios.- Salvo disposición en contrario de esta Ley y demás normativa aplicable, cada una de las partes estará obligada a probar la existencia de los hechos aducidos en sus argumentaciones y defensas, de acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos. Sin

embargo, cuando alguna de las partes se encuentre en posición dificultosa para producir evidencia con relación a un hecho determinado, y la otra parte se encuentre en mejor posición para producirla, el Juez que conociere cualquier proceso societario, bajo solicitud de parte, podrá desplazar la carga de la prueba a la parte que tenga más posibilidad de brindar tal evidencia o esclarecer los hechos controvertidos.

Una parte de un proceso societario se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte.

El desplazamiento de la carga de la prueba previsto en este artículo deberá ser solicitado por la parte interesada en el escrito de demanda o de contestación a la misma. El desplazamiento de la carga de la prueba deberá ser debidamente informado en la primera fase de la audiencia única del procedimiento sumario.

El desplazamiento de la carga probatoria previsto en este artículo será improcedente en los casos en los que esta Ley ha impuesto la carga probatoria para demostrar o desvirtuar un hecho sobre una parte procesal en concreto.

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros también podrá aplicar este artículo en todos sus procedimientos administrativos, incluyendo las denuncias societarias que sustanciare, de conformidad con los parámetros que fijare reglamentariamente."

Pero ¿qué es esto?, ¿de dónde viene?, ¿cómo funciona?

Su origen está en la obra de Jeremías Bentham³⁷ (1748-1832) quien en su momento manifestó que "Entre dos partes adversas ¿cuál es aquella a que se debe imponer la obligación de proveer la prueba? ... La obligación de proveer la prueba debe ser, en cada caso particular, impuesta a aquella de las partes que la puede satisfacer con el menor inconveniente, es decir, la menor dilación, vejaciones y costos."

³⁷ Citado por Patricio Ignacio Carvajal, en su Editorial *Non liquet! Facilidad probatoria en el Proyecto de un nuevo Código Procesal Civil*, Revista Chilena de Derecho, vol. 39, No. 3, 2012, pp. 565-604.

El contexto general es que las partes deben esforzarse en presentar todas las pruebas de las que dispongan para sostener sus alegaciones, pero en ocasiones sucede que no las tienen o no tienen acceso a ellas y por esta razón el Código General de Procesos prevé un auxilio judicial para su obtención (Art. 159 COGEP³⁸) lo cual, aunque suena justo, no necesariamente es lo más expedito, sobre todo para acciones de prescripción corta. Pero aún inclusive, en el caso de que se pueda practicar rápidamente, con la anuencia del juez y de quien tiene la prueba, no siempre se realiza con facilidad necesaria por aspectos como la posesión o disponibilidad de la misma o por regulaciones legales que la protegen o la hacen inaccesible para terceros.

Por eso se busca dar mayor facilidad probatoria³⁹ a las partes pero a exclusiva discrecionalidad del juez —quien

³⁸ “La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código.”

³⁹ “Proc. Ponderación de la carga de la prueba llevada a cabo por el tribunal atendiendo a la disponibilidad y facilidad probatoria, que corresponde a cada una de las partes en el proceso, de forma que los obstáculos u óbices puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes, sin causa que lo justifique, no pueden repercutir en perjuicio de la contraparte.

LEC, art. 217.7. «Es doctrina del Tribunal Constitucional [...], y reflejada incluso en nuestras normas legales (Ley de Enjuiciamiento Civil, arts. 304 y 329), que cuando las fuentes de la prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (Constitución, art. 118) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos; que los tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so

actúa en su rol activo dentro del juicio⁴⁰—, conforme a criterios de necesidad, acceso, lealtad procesal y búsqueda de la verdad, pues la disposición legal va contra la regla utilitarista de que la práctica probatoria de cada parte siempre se hace para su propio beneficio y no para el de su contrincante (*onus probandi incumbit ei qui dicit*⁴¹), porque en este caso ahora el juez puede decidir lo contrario.

La “cercanía” de la prueba es un tema de proximidad y libertad de acceso, tanto jurídica como física, que se materializa a través del traslado de la obligación de probar, excepto que se trate de terceros ajenos al juicio, en cuyo caso se sigue aplicando la regla del inciso tercero del artículo 159 del Código Orgánico General de Procesos:

“Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional,

pena de causarle indefensión contraria al art. 24 de la Constitución, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses pertinentes para su defensa; y que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, no pueden repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie le es lícito beneficiarse de la propia torpeza» (STS, 1.ª, 19-IX-2013, rec. 2008/2011).” <https://dpej.rae.es/lema/facilidad-probatoria>

⁴⁰ Como el caso de la “prueba para mejor resolver” del Art. 168 del COGEP que le permite ordenar prueba “de oficio”.

⁴¹ Máxima de Paulo en el Digesto: *incumbit probatio quit dicit, non quit negat*, “incumbe la prueba al que dice, no al que niega [o, más técnicamente, al que hace *infinitio*]”.

facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código.”

La diferencia entre “auxilio” y “facilidad” está en el cumplimiento de los deberes probatorios impuestos por el juez, pues una cosa es solamente acatar la orden de entregar información y otra muy diferente la de probar un hecho, como en los traslados forzosos antes mencionados. Y aunque parezca obvio no lo es, porque la distribución de la prueba implica también la distribución del riesgo de no probar y los efectos que acarrea para los litigantes, por eso mientras en el *commun law*, donde se origina, el juez tiene la prerrogativa de hacer esta distribución en cada caso que conoce, en nombre del *fairness*⁴², en el derecho hispanoamericano se requiere del mandato normativo para proceder en consecuencia.

Así, en España, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 217, numeral 7, al referirse a la carga de la prueba, permite al juez la indicada discrecionalidad cuando ordena:

“Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad

⁴²

Justicia,

imparcialidad.

<https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/fairness>

probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.”

Entretanto, el artículo 167 del Código General de Procesos colombiano va más por la tendencia anglosajona de distribuir la carga de la prueba al disponer:

“No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar a litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentra en la contraparte, entre otras circunstancias similares.”

El texto citado, además de los antedichos criterios, incorpora los de “indefensión” e “incapacidad” (como en la nueva ley que estamos revisando), relacionados con la

tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa más que con la actividad probatoria, haciendo incapié en que la distribución puede darse hasta en "cualquier momento del proceso", lo que no sucede en el caso ecuatoriano, porque el Legislador expresamente estableció el procedimiento y la oportunidad del traslado, que a juzgar por el texto de la norma, sólo procedería a petición de parte; lo que hace frente a una de las críticas más fuertes sobre la inserción de esta institución, consistente en la posibilidad de que la distribución probatoria se haga sin permitir a las partes un adecuado derecho a la defensa.

En legislaciones como la chilena, el Código de Procedimiento Civil aún no prescribe esta modalidad, sin perjuicio de que existe una reforma en ciernes cuyo texto sí la contiene⁴³, pero lo interesante está en que a pesar de la ausencia de normas en casos aislados las Cortes de Apelaciones han fallado con cargo a la distribución probatoria con criterios de solidaridad y disponibilidad, por ejemplo en la conocida Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción del 03 de octubre de 2008, Rol 4.226-

⁴³ "Art. 284. *Carga de la prueba*. Corresponde a la parte a quien beneficie la aplicación de una norma jurídica acreditar sus supuestos fácticos. En casos calificados, el tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de qué dispongan en su poder."

2004.34⁴⁴, donde se resolvió: “El Banco demandado al contestar la demanda, no reconoció haber dado la información errónea. Sin embargo, no acompañó copia de los antecedentes que hizo llegar a la Superintendencia, lo que debió hacer, pues es evidente que toda esa información consta en sus registros. No se ve ninguna razón, para no haber puesto a disposición del tribunal una copia de la información entregada al organismo contralor. Es un principio generalmente aceptado en materia probatoria que la prueba debe aportarla quien esté en mejores condiciones de hacerlo”, sin embargo el fallo ha sido reiteradamente reprochado porque el pronunciamiento hizo la valoración sin que el ad quo haya establecido previamente los deberes probatorios de las partes, obviamente por insuficiencia de ley.

La doctrina chilena apoya la distribución probatoria, pero a base de un ejercicio argumentativo de “derrotabilidad” del artículo 1698 del Código Civil (Art. 1715 CC Ec.) según el cual “[i]ncumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”:

“La propiedad distintiva de la derrotabilidad ha sido así expuesta [...] una regla es derrotable cuando su aplicación depende no sólo de la

⁴⁴ <https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2023/02/MD51-Valoracion-probatoria-Exigencias-legales-jurisprudenciales-y-doctrinales.pdf>

ocurrencia de un evento que cae dentro de la extensión lingüística de la regla, sino de que el evento caiga dentro del propósito de la regla también.”⁴⁵

Otras críticas al sistema propuesto se apegan a las formalidades de validez procesal y al hecho de que, como regla contraepistémica, al final la inversión probatoria no fomenta el esclarecimiento de los hechos, por el riesgo de dar por acreditados aquellos cuya impugnación no se verificó con prueba, además que dejaría dudas sobre la garantía de defensa pues no es realista pensar que las partes van a

⁴⁵ Citando a Schauer, Pablo Bravo-Hurtado, *Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile*, Revista Chilena de Derecho Privado, No. 21, 2013, pp. 13-46; “En suma, el criterio de beneficio es el mejor candidato como justificación subyacente de primer orden para las reglas generales de distribución del CC, por sobre el *statu quo*, la normalidad y la excepción. Y la justificación de segundo orden del criterio del beneficio, que con él se logra que los hechos queden finalmente probados en juicio porque construye un entramado de incentivos para que la carga de la prueba quede en cada uno de los actores antagónicos que tienen mayor interés en ser diligentes con la prueba de sus hechos [...] Como se vio, una regla puede ser derrotada cuando se da un descuadre relevante entre la generalización que utiliza versus la justificación que le subyace. Ahí, la regla se derrota porque traiciona su justificación. Ese descuadre puede ser infra o supraincluyente, dependiendo de si el caso cumple la justificación, pero no cae dentro de la generalización (derrotabilidad infraincluyente) o si, cayendo dentro de la generalización, no cumple su justificación (derrotabilidad supraincluyente) [...]. Con las reglas de la carga de la prueba del CC también se pueden ver casos que les cuadran generalización con justificación, tanto infra como supraincluyente, que justifican su derrota. Encontrar jurisprudencia sobre derrotabilidad infra incluyente del artículo 1698 del CC se necesita identificar casos que cumplen con su justificación (según el beneficio) pero que no caben dentro de las dos generalizaciones que formula.” Id.

cumplir a rajatabla con el principio de lealtad procesal aun contra sus intereses.

Además de los reparos sobre seguridad jurídica y debido proceso, también hay prevenciones contra el subjetivismo con el que puede actuar un juez para decidir a cuál de las partes carga con el peso de la prueba, lo que a decir de la doctrina⁴⁶ incluso puede atentar contra la imparcialidad del fallo judicial y el derecho a la defensa, pues para algunos, habría hasta indicios de adelantamiento de criterio.

La reforma introducida, sin embargo, parece haber tomado en cuenta las críticas a esta nueva modalidad y establece los criterios para definir esta “mejor posición” y atenuar cualquier eventual subjetivismo judicial, señalando también —acertadamente— los momentos procesales en los que puede ser pedida y ordenada, para cumplir con las garantías de debido proceso y derecho a la defensa; pero la gran pregunta que dejó el Legislador sin respuesta es ¿qué pasa en el evento de que las partes no cumplan con el mandato probatorio impuesto por el juez?, ¿cuáles son los efectos de no actuar prueba que podría resultar desfavorable?, ¿qué sanción procesal se puede imponer al incumplimiento?, pues es necesario conocer qué efectos

⁴⁶ Hernán Corral Talciani, *Sobre la carga de la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil*, Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes) No. 23, 2012, pp. 113.

tendría la prueba no practicada: ¿algún tipo de presunción como las que antes conllevaba la declaratoria de "confeso"⁴⁷? Por ahora no lo sabemos, pero es posible que la adecuada judicialización de la institución vaya aclarando estas dudas con la práctica forense y las correspondientes resoluciones.

Sin embargo, para cualquier ejercicio probatorio impuesto —cuya naturaleza no especificó la ley— es necesario identificar el contenido del mandato ya que, como se indicó, hay gran diferencia entre sólo entregar documentos o cualquier tipo de información y la de probar un hecho, de allí la importancia de regular el incumplimiento, talvez en los términos sugeridos por Jordi Ferrer Beltrán⁴⁸:

"Pero, ¿qué sucedería si la parte a quien se imponga el deber en cuestión lo incumpliera? De nuevo aquí la respuesta no puede ser más que

⁴⁷ Art. 131 del Código de Procedimiento Civil derogado y reemplazado por el Código Orgánico General de Procesos: "Si la persona llamada a confesar no compareciere, no obstante la prevención de que trata el artículo 127 o si compareciendo, se negare a prestar la confesión, o no quisiere responder, o lo hiciere de modo equívoco u oscuro, resistiéndose a explicarse con claridad, la jueza o el juez podrá declararla confesa, quedando a su libre criterio, lo mismo que al de las juezas y jueces de segunda instancia, el dar a esta confesión tácita el valor de prueba, según las circunstancias que hayan rodeado el acto."

⁴⁸ Jordi Ferrer Beltrán, *La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la confusión y lo necesario*, en *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, pp. 81 y 82.

de lege ferenda, pero, en todo caso, la consecuencia debería ser aquella que es característica del incumplimiento de las obligaciones: una sanción. La sanción podría ser pecuniaria, civil o penal (p. ej., por delito de desobediencia a la autoridad judicial) o estrictamente procesal. En este último caso, en su grado máximo, podríamos pensar en la sanción de la pérdida del procedimiento, pero no ya como resultado del razonamiento probatorio en sede de valoración de la prueba, sino como sanción procesal por el incumplimiento del deber de colaboración."

El salto evolutivo de la práctica forense, una vez que la ley permite la distribución de la carga probatoria por parte del juez, debería ser que las partes puedan actuar previamente y en la misma contratación ejercer la prerrogativa de celebrar pactos sobre la prueba conforme lo permite el inciso final del artículo 1563 del Código Civil —sin contravenir el orden público—, lo que en el caso societario implicaría que desde la celebración del contrato de sociedad se pueda acordar la distribución de la carga probatoria para el caso de eventuales reclamos de accionistas, por dar un ejemplo, entre las múltiples aplicaciones que puede tener esta modalidad en nuestra sociedad moderna para los contratos y litigios en derecho privado.

La extensión de este trabajo no permite abordar otros temas que quedan inconclusos, tales como el general sobre las críticas actuales a la suficiencia de la carga probatoria y su inversión, como antecedente relevante de la sentencia y contribución al descubrimiento de la *verdad sustancial* (Taruffo, Nieva, Ferrer⁴⁹), o los específicos sobre si la reforma se puede aplicar a todos los reclamos judiciales entre accionistas, o a todos los tipos de compañías establecidos en la ley que contiene la reforma, o en todos los “procesos societarios” (que no están enumerados, ni clasificados, ni definidos en la ley de la materia)⁵⁰, o en otros órdenes diferentes a los “procesos societarios” pero que se relacionen con las disposiciones de la Ley de Compañías, pues si se sostiene en la protección de derechos fundamentales, en algún momento se deberá resolver si su aplicación es extensiva y de carácter obligatorio, por que su propia naturaleza la obligue a irradiarse⁵¹ dentro del sistema

⁴⁹ Jordi Nieva, Jordi Ferrer Beltrán, Leandro J. Gianinni, *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, pp. 45 y ss, 79 y ss.

⁵⁰ En esta parte es importante y recomendable revisar el trabajo del Doctor Jorge Egas Peña titulado “Las acciones procesales en la Ley de Compañías”, publicado en la Revista “Temas de Derecho Societario” del año 2016 p. 23 y ss, donde el autor hace una reseña sobre los casos que pueden considerarse como “procesos societarios” y ser judicializados, como el “levantamiento del velo societario”, la “exclusión de socio”, la “impugnación de acuerdos sociales”, entre otros.

⁵¹ “Como se ha expuesto más arriba, a los derechos del individuo frente al legislador pertenecen, entre otros, derechos de protección frente a los conciudadanos y a determinados contenidos del orden jurídico civil. Esto muestra que las normas iusfundamentales tienen también influencia en la

legal y procesal, pues es indudable que otro argumento implícito en la reforma es la garantía de no discriminación, que procesalmente conlleva la inversión de la carga probatoria⁵², como lo ha dicho en varias ocasiones la Corte Constitucional del Ecuador⁵³.

relación ciudadano/ciudadano. Esta influencia es especialmente clara en el caso de los derechos frente a la justicia civil. Entre los derechos frente a la justicia civil se encuentran derechos a que sus fallos no lesionen con su contenido derechos fundamentales. Esto implica un efecto, cualquiera que sea su construcción, de las normas ius fundamentales en las normas del derecho civil y, con ello, en la relación ciudadano/ciudadano [...] El Tribunal Constitucional Federal trata de dar cuenta del ‘efecto de irradiación’ de las normas iusfundamentales en la totalidad del sistema jurídico con la ayuda del concepto de orden valorativo objetivo [...] Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 507, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; “El resultado del control abstracto de constitucionalidad es el mantenimiento de un orden jurídico coherente, amparado en la supremacía de la Constitución de la República y que garanticen la vigencia del orden constitucional instituido a través de la aplicación directa del texto constitucional y su irradiación en el ordenamiento jurídico, en aras del fortalecimiento y consolidación del Estado constitucional de derecho.” Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 007-16-SIN-CC.

⁵² “Proc. Infracción o excepción del principio general según el cual la carga de probar corresponde al que afirma unos hechos o sostiene una determinada pretensión, que se admite en algunos casos en que, en virtud del principio de facilidad probatoria, se traslada la obligación de facilitar los medios de prueba a la otra parte del procedimiento por resultar para ella más fácil la acreditación.

CC, art. 1214. En el contencioso, el desplazamiento de la carga de la prueba al demandado se admite en aquellos procesos jurisdiccionales en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por motivo o por razón de discapacidad, en cuyo caso corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29-XI, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley

General de derechos de las personas con discapacidad.”
<https://dpej.rae.es/lema/inversi%C3%B3n-de-la-carga-de-la-prueba>

⁵³ “6. La inversión de la carga de la prueba es uno de los principios propios de las garantías jurisdiccionales, pero que, en caso de situaciones de posible discriminación, en nuestro criterio, puede irradiar a otros tipos de procesos, como el laboral, en este caso [...] 9. Según estas protecciones reforzadas y cuando nos enfrentamos a categorías sospechosas, no le corresponde al accionante, independientemente del tipo de proceso, probar que fue discriminado por su condición de salud, sino que opera una inversión de la carga probatoria y es el accionado, quien debe probar que no vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación.” Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 2409-17-EP/22 (voto salvado)

RÉGIMEN LEGAL SOBRE LAS CUENTAS AUXILIARES PROVENIENTES DE UTILIDADES

Dr. Roberto Salgado Valdez

1.- Derecho fundamental de los accionistas de participar en los beneficios sociales

Hemos considerado tratar sobre este tema al que se refiere el actual artículo 297 de la Ley de Compañías, por cuanto su régimen no es tan claro y requiere de algún análisis para tratar de comprenderlo de la mejor manera, sin perjuicio de que, en el futuro, es muy necesario que se lo aclare en la propia Ley.

El artículo 1957 del Código Civil establece que *"Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de **dividir entre sí los beneficios que de ello provenga**"* y, por su parte el artículo 1 de la Ley de Compañías establece que *"Las compañías se constituyen por contrato entre dos o más personas naturales o jurídicas que unen sus capitales, trabajo o conocimiento para emprender en operaciones mercantiles y **participar de sus utilidades** o por acto unilateral, por una sola persona, natural o jurídica que*

*destina aportes de capital para emprender en operaciones mercantiles de manera individual y **participar de sus utilidades***".

En absoluta coherencia con lo señalado anteriormente, el artículo 1959, inciso segundo, del propio Código Civil, establece: "***Tampoco hay sociedad sin participación de beneficios***", de modo que constituye el objeto del contrato de sociedad, es decir un requisito esencial de existencia y validez de ese contrato.

Por eso, concretamente el artículo 207, numeral segundo, de la Ley de Compañías establece **como derecho fundamental del accionista**, del cual no se le puede privar, el "***participar en los beneficios sociales debiendo observarse igualdad de tratamiento para los accionistas de la misma clase***".

La **distribución de utilidades** constituye, en definitiva, una decisión que contiene un verdadero acto de enajenación que de ellas hace la Sociedad que, al obtenerlas, las suprime de su patrimonio propio para traspasarlas al patrimonio personal de los socios; para ello el certificado provisional y las acciones dan derecho al titular o accionista a **percibir dividendos** en proporción a la parte pagada del capital social a la fecha del balance como lo señala el artículo 195 de la misma Ley de Compañías y esas

utilidades solo podrán repartirse como el resultante del **beneficio líquido y percibido** del balance anual, conforme lo define el artículo 208 de la misma Ley.

Los valores en efectivo que se asignen a los accionistas son lo que constituyen los **"dividendos"**, que solo se pagarán sobre las acciones en razón de beneficios realmente obtenidos y percibidos o de reservas expresas efectivas de libre disposición. La distribución de dividendos a los accionistas se realizará en proporción al capital que hayan desembolsado como lo define el artículo 298 de la Ley de Compañías y, **acordada por la junta general la distribución de utilidades**, los accionistas, **en ese momento**, adquieren frente a la compañía un **derecho de crédito** para el cobro de esos dividendos como lo aclara el artículo 209 de la propia Ley, por lo que pasan a constituir un **pasivo** de la compañía.

2.- Derecho de asignación de la mitad de las utilidades a todos los accionistas

El artículo 231 de la Ley de Compañías establece que la junta general debe resolver acerca de la distribución de los beneficios sociales.

La Ley de Compañías, en el artículo 297, antes de su última reforma realizada por la Ley de Modernización a la

Ley de Compañías vigente desde el 10 de diciembre del 2020, decía que, con respecto a la distribución de esos beneficios sociales si un solo accionista lo solicitaba, de los beneficios líquidos anuales **se debía asignar (en efectivo) por lo menos un cincuenta por ciento para dividendos, pero a favor de todos los accionistas**, salvo resolución unánime en contrario de la junta general, lo que significaba que ningún accionista lo solicitaba. (Este texto fue incluido por el artículo 117 del D.S. 199 de 8 de febrero de 1971).

La Superintendencia de Compañías, con respecto a este tema manifestaba que *"Basta un solo voto a favor del reparto de dividendos para que la Junta lo disponga en por lo menos el 50% de las utilidades líquidas. Los autores manifiestan que esta disposición nace de la circunstancia de que frente al interés del accionista de percibir la mayor retribución por su aporte y el interés de la sociedad de retener las utilidades para atender las necesidades de financiación de la empresa, la Ley busca el equilibrio y dispone que se reparta por lo menos el 50% de las utilidades"*.

3.- Propuesta de reforma al artículo 297 de la Ley de Compañías, incorporando las "Cuentas Auxiliares" individuales, realizada en el 2002

No considerábamos justo que cuando la junta general disponga la distribución de los beneficios sociales, un solo accionista y, más aun, hasta siendo infinitamente minoritario, tuviera derecho a exigir que el 50% de las utilidades sean asignadas (en efectivo) como dividendos no solo a él sino a todos los accionistas, aunque éstos no lo hubieren solicitado. Esto no quería decir, en modo alguno, que estábamos en contra de que, a él, pero solo a él, se le entregara esas utilidades, pero tal actitud, por individualmente justa que fuera, no podía afectar el deseo de los otros accionistas de que tal porcentaje de utilidades no se los asigne y que pueda, por ejemplo, capitalizarse, en beneficio del interés de la compañía.

Todo lo dicho nos llevó a sostener personalmente que lo conveniente era que la Ley de Compañías, mediante una reforma al artículo 297, consagrara la posibilidad de que, únicamente los accionistas que lo soliciten expresamente en la junta general, que acuerde la distribución de beneficios, sean los que tengan derecho a que se les entregue (en efectivo) el 50% de utilidades en dividendos, en cuyo caso debían abrirse en la compañía tantas "**cuentas auxiliares**" en favor de los accionistas **que no hicieran uso de ese derecho**, registrando **individualmente** el valor total que les correspondía, el mismo que podía, posteriormente, capitalizarse o requerirse su entrega. Por supuesto que a los accionistas que sí hubieran ejercido el derecho, también

debía abrírseles esas "cuentas auxiliares" por el saldo del 50% restante que no se los entregaba.

De este modo quedarían registrados los valores en esas "cuentas auxiliares" individuales, a decisión del accionista, sujetas a la posibilidad de ser capitalizadas o de posteriormente ser requeridas a la compañía si así lo hiciera expresamente. En cambio, los accionistas que hubieren retirado el 50% de sus utilidades también tendrían ese derecho, o el de capitalizarlas, con respecto al 50% restante que quedaron registrados en las correspondientes cuentas auxiliares.

Es por ello que con ocasión de la elaboración del Proyecto de reformas a la Ley de Compañías, del año 2002, a fin de llevar adelante nuestra idea de establecer justicia en los términos que hemos señalado, se incluyó un artículo según el cual, cuando la junta general resuelva la distribución de utilidades, salvo resolución unánime en contrario del capital pagado concurrente el derecho de **asignación del 50% de utilidades solo debía ejecutarse en favor de los accionistas que expresamente así lo solicitaren en dicha junta general** y no en favor de todos los accionistas y que en la compañía se abrirían "**cuentas auxiliares**" individuales para registrar el valor que correspondía a los accionistas sobre las utilidades que no se hubieren asignado por falta de ejercicio

de ese derecho. Concretamente se lo hizo en el artículo 198, cuyo texto fue el siguiente:

*"Artículo 198.- De los beneficios líquidos anuales 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**, particular del que se dejará constancia en el acta respectiva, salvo resolución unánime en contrario del capital pagado concurrente a la junta. En caso de entregarse el porcentaje antes referido de utilidades a los accionistas que lo soliciten, se abrirán tantas **cuentas auxiliares** como socios tenga la compañía y **en cada una de ellas se registrará el valor que corresponda a cada accionista sobre las utilidades que no se hubieren repartido o el dividendo entregado**".*

4.- Reformas introducidas al artículo 297, en el 2020, por la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, incorporando las "cuenta auxiliares" individuales

Con los antecedentes expuestos, la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, vigente desde el 10 de diciembre del 2020, tomando en consideración, sin ninguna duda, la propuesta del 2002, introdujo algunas reformas al artículo 297 de la Ley:

"Artículo 57 (Inciso cuarto del artículo 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".*

"Artículo 57 (Inciso quinto del Artículo 297):

*"En caso de entregarse el porcentaje antes referido de utilidades a los **accionistas que lo solicitaren expresamente,** se abrirán tantas **cuentas auxiliares** como accionistas tenga la sociedad, y **en cada una de ellas se registrará el valor que corresponda a cada accionista que no hubiere hecho uso de ese derecho, registrándose el valor sobre las utilidades que no se hubieran repartido.** Estas cuentas auxiliares, podrán ser distribuidas entre sus beneficiarios en una próxima oportunidad cuando así se lo requiera de manera expresa a la sociedad."*

Estas reformas incorporaron en el artículo 297, para el caso de las Compañías Anónimas, el derecho de que si en la junta general uno o más accionistas exigieren expresamente la asignación de dividendos (en efectivo) en al menos el 50% de las utilidades, se abrirán tantas **"cuentas auxiliares"** como accionistas tenga la compañía a fin de que en cada una de ellas se registre el valor que corresponda a **aquellos que no hubieran hecho uso de ese derecho, registrándose el valor sobre las utilidades que no se les hubieren repartido** (o asignado) y que los valores constantes en esas cuentas auxiliares podrán ser entregadas a sus beneficiarios cuando así lo requieran de manera expresa a la Compañía.

De esta manera los valores registrados en las cuentas auxiliares no salen de la compañía pero se encuentran a la orden del accionista ya para capitalizarlos, ya para absorber pérdidas o ya para requerir a la compañía expresamente su entrega cuando lo considere necesario.

Lo que estas reformas hicieron fue, en definitiva, incorporar y trasladar **casi textualmente**, lo que, al respecto, se propuso en el Proyecto de reformas del año 2002, sin que, sus autores, en ningún momento, hayan realizado la menor referencia a este evidente hecho, haciendo aparecer estas innovaciones como de inspiración propia.

5.- Capitalización de las utilidades acumuladas y del propio ejercicio si se hubieren previamente enjugado pérdidas operacionales

Como el interés de la sociedad se encuentra sobre el interés personal de los accionistas, se consideró en el Proyecto de reformas del 2002, que la capitalización de utilidades solo podía proceder cuando previamente *"se hubieren enjugado todas las pérdidas"*, de manera tal que así se beneficiaba a la compañía.

Pero, aparte de lo señalado anteriormente, cabe, además, relieves que, con respecto a la capitalización de las utilidades, el artículo 184 de la Ley de Compañías establecía -y continúa estableciendo- que se requerirá unanimidad de la junta. Así lo decía por cuanto el artículo 297 indicaba, antes de la reforma del 2020, que bastaba que un accionista solicitare en la junta general que se asigne el 50% de las utilidades para necesariamente entregarlas en favor de todos los accionistas, salvo resolución unánime en contrario, lo que implicaba que, si no había ningún accionista que así lo solicitare, consecuentemente podía procederse a la capitalización de la totalidad de las utilidades pero si así lo resolvía unánimemente la junta general.

¿Pero, cuál es la situación en la actualidad luego de la vigencia de la reforma a este artículo 297, cuando

permite que solo se asignarán el 50% de las utilidades a aquellos accionistas que así expresamente lo solicitaren? Hay que considerar que debe sopesarse el interés de la sociedad sobre el de los accionistas, de modo que si se satisface la asignación de utilidades, en un 50%, en favor de los accionistas que así lo hubieren expresamente solicitado, lo justo es que los otros accionistas, que no se han beneficiado de esa asignación, puedan resolver, si lo desean, la capitalización de los valores registrados en las "cuentas auxiliares", para lo cual, con justicia, solo debería excepcionalmente, en este caso, contarse con una simple mayoría del capital pagado concurrente y no con una unanimidad como lo establece el artículo 184, a fin de evitar que aquellos accionistas que se hubieren beneficiado de la asignación del 50% de utilidades, eso más, pudieran oponerse a la capitalización de los valores constantes en las "cuentas auxiliares".

Por ello el Proyecto de reformas a la Ley de Compañías del 2002 se propuso el siguiente artículo:

"Artículo 199.- Siempre que se haya enjugado todas las pérdidas, la junta, por mayoría, podrá resolver que se capitalicen las utilidades acumuladas de ejercicios anteriores y del propio ejercicio, para lo cual los accionistas tendrán derecho a que se les asignen las acciones que correspondan, en

*proporción a las que hayan suscrito. **Para efectos de la asignación proporcional, se deducirán los valores que los accionistas hubieran recibido por utilidades de acuerdo con el artículo anterior.***

La compañía deberá entregar en efectivo las utilidades a los accionistas que hubieren preferido la entrega de dividendos”.

Tomando esta propuesta la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, en el artículo 57, también reformó, pero parcialmente, al mismo artículo 297 de la Ley, en los siguientes términos:

“Artículo 57 (Inciso sexto del Artículo 297):

“Siempre que se hubieren enjugado todas las pérdidas operacionales, la junta general de accionistas podrá resolver que se capitalicen las utilidades acumuladas de ejercicios anteriores y del propio ejercicio, para lo cual todos los accionistas tendrán derecho a que se les asignen las acciones que correspondan, en proporción a las que hayan suscrito. Para efectos de la asignación proporcional, se deducirán los valores que los

accionistas hubieren recibido por utilidades de acuerdo con los incisos anteriores”.

Al igual que lo señalado anteriormente, los autores de esta reforma tampoco, en este caso, hicieron la menor mención a que este artículo lo tomaron del Proyecto de reformas del 2002, haciéndolo aparecer como innovación de inspiración propia, pero con la diferencia, de que inexplicablemente, en nuestro criterio, suprimieron los propuestos términos *“por mayoría”*, de manera que, aparentemente para la capitalización de los valores registrados en las “cuentas auxiliares” se continuaría requiriendo de la **unanimidad del capital pagado** concurrente por así establecerlo el artículo 184 de la Ley de Compañías, es decir necesariamente incluyendo los votos de los accionistas que se beneficiaron de la asignación del 50% de las utilidades.

La reforma, en definitiva, como fue nuestra propuesta, señaló que una Compañía Anónima para aumentar el capital social a través de utilidades acumuladas e inclusive las del propio ejercicio, lo puede hacer ***“siempre que se hubieren enjugado todas las pérdidas operacionales”***.

Ahora bien, es obvio que el accionista podrá “suscribir” acciones pagándolas con el valor que mantenga

registrado en la "cuenta auxiliar" (No era necesario, entonces, especificar que *"se deducirán los valores que los accionistas hubieren recibido por utilidades"*).

Por tanto, lo principal de la reforma nos parece sumamente saludable para las finanzas y estado de las compañías porque debe primar el "interés de la sociedad" sobre el "interés de los accionistas". Pero he aquí un asunto que no se tomó en cuenta en la reforma y es que -lo repetimos- si se tratara de "capitalización de utilidades" registradas en las cuentas auxiliares, se continuaría requiriendo de unanimidad de la junta y no de simple mayoría, porque así lo exige hasta hoy el artículo 184 de la Ley de Compañías, lo cual requiere de una mayor y mejor explicación como las que señalamos en el siguiente punto.

6.- ¿Los valores registrados en las "cuentas auxiliares" constituyen "utilidades no repartidas" o "créditos" en favor de los accionistas?

Efectivamente los valores registrados en las "cuentas auxiliares" se encuentran individualmente sujetos a la orden de los accionistas, pero lo que nos debemos preguntar es si pueden capitalizarse por *"compensación de créditos"* porque, para que esto sea posible, el valor registrado en dichas cuentas debe constituir un **"crédito"** a favor del accionista, es decir un crédito que pueda ser compensado,

como bien lo indica el artículo 183.1 de la Ley de Compañías cuando dice que *"El aumento de capital **por compensación de créditos requiere necesariamente la preexistencia de créditos** en favor de los suscriptores y a cargo de la sociedad anónima, debidamente registrados en la contabilidad de la sociedad como **pasivos**".*

Por consiguiente, hay que analizar si es que esos valores registrados en "cuentas auxiliares" constituyen utilidades o pasaron a ser un "crédito" como lo establece el artículo 209 de la Ley de Compañías, cuando dice que *"acordada por la junta general la distribución de utilidades, los accionistas adquieren frente a la compañía un **derecho de crédito** para el cobro de los **dividendos** que les corresponda"*. Por tanto, para constituir un "crédito" de aquellos a los que se refiere el artículo 183.1, la junta general debe, obviamente, haber acordado la distribución de las utilidades, ya sea mediante la entrega (en efectivo) del 50%, ya sea mediante el registro en cuentas auxiliares.

Para analizar, con mayor profundidad, si esos valores registrados en las "cuentas auxiliares" constituyen un "crédito" que pueda ser capitalizado, hay que tomar en consideración que jurídicamente originalmente se originaron en "**utilidades** que se resolvió distribuir pero no entregar" pero que corresponden a los accionistas y que se mantienen en la contabilidad de la compañía individualmente en favor

de ellos, pero ya como "**créditos**" en su favor ya que cabe recordar que el artículo 209 de la Ley de Compañías establece que el derecho de "crédito" los accionistas lo adquieren con respecto a las "utilidades distribuidas", es decir a los "dividendos" y, además, a los valores que constan registrados en cuentas auxiliares que provienen de "**utilidades** registradas individualmente" como lo señala el artículo 297, inciso quinto, cuando las define con los términos "***registrándose el valor sobre las utilidades que no se hubieren repartido***".

Pues bien, si la propia Ley ha determinado que el 50% de las **utilidades que no fueron entregadas** se originaron en las **utilidades que no se entregaron**, que deben registrarse en cuentas auxiliares e individuales en favor de los accionistas que no hubieren hecho uso del derecho de solicitar que se les entregue el 50% de las mismas, **esos valores registrados pasan a constituir un crédito** y los valores pueden ser entregados a sus beneficiarios, como lo establece el propio artículo 297, al final de su inciso quinto, cuando señala que se lo puede hacer en "*una próxima oportunidad, cuando así se lo requiera de manera expresa a la sociedad*". Pero si el accionista no realiza tal requerimiento esos valores constantes en cuentas auxiliares constituyen créditos que pueden ser capitalizados bajo "*compensación de créditos*" lo

que, requiere de simple mayoría de votos, conforme lo establece el artículo 184 de la Ley de Compañías.

En consecuencia, en caso de liquidación de la compañía, los acreedores de esos valores tienen tal calidad como acreedores y no como accionistas para efectos de la oportunidad de la cancelación antes de la distribución del remanente del haber social entre todos los accionistas.

Por supuesto todos estos criterios personales emitidos en el presente artículo se encuentran sujetos a debate y aclaraciones, sobre todo por parte del organismo de control.

Acciones para superar la opresión de los accionistas mayoritarios en la Ley de Compañías

Abg. Jessica Paola Gaona Reyes

1) De las sociedades de capital cerradas, el interés social y el deber de lealtad.-

En nuestro medio, la gran mayoría de las sociedades de capital presentan características que nos permiten catalogarlas como "cerradas"⁵⁴ por cuanto suelen tener un número reducido de accionistas y, por ende, una alta concentración de propiedad accionaria, una participación de los accionistas mayoritarios en la administración de la sociedad, y ausencia de un mercado líquido para la

⁵⁴ Esta categoría corresponde a distintos tipos de sociedades, en función de la jurisdicción de que se trate. En Estados Unidos, se refiere especialmente a las sociedades de responsabilidad limitada por cuanto las anónimas son vehículos societarios de capital abierto. En los países iberoamericanos, las características tipológicas que distinguen a las sociedades anónimas de las de responsabilidad limitada no son absolutas, de ahí que los problemas que atañen a la concentración de capital en pocos accionistas son comunes a ambos tipos de compañías con salvedad de las que cotizan en bolsa - aunque también presentan abusos- (Megía López, Javier. "Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y minoría." pág. 16). En Colombia, esta categoría corresponde a las sociedades anónimas y a la posibilidad o no de que sus acciones sean negociadas o no en un mercado público de valores (Sentencia C-188-08). En nuestro país, dadas las características que presentan esta categoría, puede abarcar a las sociedades de responsabilidad limitada, anónimas y por acciones simplificadas.

negociación de sus acciones. En definitiva, son sociedades en las que no hay separación entre propiedad y control, ya que los socios que mayormente aportan el capital son los que controlan la gestión de la empresa, directa o indirectamente⁵⁵.

Los socios en las sociedades cerradas suelen participar de forma directa en el desarrollo de la actividad empresarial, ya sea como miembros del órgano de administración, como trabajadores o como prestadores de servicios, y tienen una marcada intervención en el órgano de gobierno, por su mayor interés en las decisiones sociales y su capacidad de influencia en las mismas.⁵⁶ Además, hacen de su participación en la empresa su modo de vida, obteniendo una retribución por tales conceptos adicional al pago de dividendos, convirtiéndose en algunos casos en la única forma del retorno de su inversión.

En este tipo de sociedades es común que los socios estén vinculados por relaciones familiares o personales que condicionan los intereses de la sociedad o influyen sus

⁵⁵ MEDELLÍN León, Santiago. "Abuso del derecho de voto de mayorías: lecciones para la aplicación del régimen de opresión de minoritarios en Colombia." Revista de Derecho Privado No. 56, enero-junio 2016, Universidad de Los Andes. pág. 6-8. Bogotá-Colombia. ALFARO, Jesús. InDret 4/2005. Págs. 5-6. AMAYA Prieto, Juan Pablo. "Abuso del Derecho en Materia Societaria: opresión de accionistas y política de repartición de utilidades en Colombia." Revista de Derecho Privado No. 53, enero-junio 2015. Universidad de Los Andes. Bogotá-Colombia. ISSN 1909-7794. Pág. 9.

⁵⁶ MEGÍA López, Javier. "Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y minoría." Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLVII (2014) 13-56/ISSN: 1133-3677. pág. 17.

expectativas en el negocio⁵⁷, lo cual incide en la falta de adopción de previsiones a la hora de configurar el contrato social para que los derechos y obligaciones emanados del mismo, estén acordes a las expectativas de los minoritarios (v. gr. Derechos de veto o mecanismos de terminación de la relación societaria en caso de abuso de derecho⁵⁸, derecho de separación a favor del minoritario, reserva de derechos en el consejo de administración, quórum reforzado para la modificación de la estructura de la sociedad, entre otros⁵⁹). También hay que tener presente que al ser imposible prever *a priori* todas las situaciones que puedan darse a futuro en la estructura organizativa, los socios se limitan a establecer la forma en la que la regulación de la sociedad será asumida para que pueda entrar en marcha, mediante el señalamiento de los órganos que se encargarán de tomar las decisiones y conforme a qué procedimiento se tomarán las mismas⁶⁰, quedándole los derechos previstos en la ley: participar en las ganancias de la sociedad y en el patrimonio resultante en caso de liquidación; a asistir y votar en juntas generales, impugnar acuerdos sociales, y a obtener información (Art. 207 Ley de Compañías, en adelante LC).

La inversión de capital que realizan los socios en una sociedad de capital permite no solo la concreción del

⁵⁷ TOMPSON, citado por Medellín, Santiago "Abuso..." Pág. 7; Oppression of Minority Shareholders: Protecting Minority Rights, 35 Clev. St. L. Rev. 121 (1987), <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol35/iss1/7>, 121.

⁵⁸ MURDOCK citado por Medellín, Santiago, obr. Cit. Pág. 8.

⁵⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús "Los problemas contractuales en las sociedades cerradas", InDret 4/2005, Barcelona, 2005. Pág. 12.

⁶⁰ *ibidem*.

negocio, sino que determina la participación que tendrán en el capital social y en el derecho de voto que resulte de ella. Por otro lado, a efectos de garantizar el funcionamiento de la sociedad y de resolver la forma en la que van a tomarse las decisiones por su órgano de gobierno, la ley consagra la regla de la prevalencia de la mayoría (Art. Arts. 117, 241 LC) y quienes dispongan de los votos necesarios, tendrán el poder de gobernar o controlar la sociedad⁶¹. Por tanto, los socios que ostenten la mayoría controlarán la sociedad y tendrán el poder de decisión y de mando; y, para tutelar los derechos de los socios minoritarios, el legislador les ha provisto especialmente la de fiscalización⁶² (Art. 207.5 LC).

Considerando lo anterior, en estas sociedades existe una estructura de propiedad del capital que distingue entre los socios mayoritarios que participan del control y los que no participan del mismo. Este hecho tiene una incidencia directa en la toma de decisiones del órgano de gobierno, ya que está compuesto por los sujetos titulares del interés

⁶¹ ARECHA Martín "Las minorías en la sistemática de la Ley de Sociedades", citado por RACCIATI, Hernán "El ejercicio abusivo del Derecho de Impugnación de las decisiones asamblearias (Hacia la moralización del Derecho Societario", XV Congreso Argentino de Derecho Societario: XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Tomo III, Libro Digital, 2022. pág. 277

⁶² RACCIATI, Hernán. "Tutela de las minorías o mayorización de la minoría? El "quizz" del equilibrio entre protección del socio y eficiencia de la empresa social. El deber de lealtad como regla de comportamiento para evitar los abusos en la sociedad cerrada (hacia la moralización del Derecho Societario)". XV Congreso Argentino de Derecho Societario: XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Tomo III, Libro Digital, 2022. pág. 285.

social y en la formación de la voluntad del órgano -de la sociedad- sus miembros resuelven sobre sus intereses propios susceptibles de integrar el interés social. De ahí que, la concentración de capital y la aplicación de la regla de la mayoría en la adopción de los acuerdos para la formación de voluntad del órgano de gobierno, genera conflictos entre los socios mayoritarios y minoritarios por cuanto se presume que la decisión adoptada por los socios corresponde al interés social ante la confusión de voluntad social e interés social. Sin embargo, esta presunción solo será así en la medida que la voluntad de la mayoría sea razonable en un sentido objetivo, pertenezca a la causa del contrato de sociedad, esto es, que sus intereses sean legítimos por reflejar el interés social. La opción de la mayoría, por tanto, no siempre equivale al interés social.⁶³

En este sentido, si nos atenemos a lo dispuesto en la Ley de Compañías (Arts. 1, 248, 262, 262.1, 272, décimo artículo innumerado del número 7 "Generalidades" de la Sección "Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S)" Ley de Compañías) como en el Código Civil (Arts. 1957, 1959), encontramos que existen referencias genéricas a que la actuación de los socios se hará en "interés de la compañía" o "interés social" y que otorgan especial relevancia a la finalidad que tienen los socios de participar en los beneficios de la sociedad. De lo anterior se puede inferir que el interés común de los socios coincide en abstracto con el objeto

⁶³ MEGÍA López, Javier. Op. cit. Pág. 28.

material o la utilidad pretendida por ellos para satisfacer sus expectativas en la sociedad, el cual tiene un contenido económico o patrimonial. Por tanto, el objeto del interés social es maximizar el valor económico de la empresa, y la forma de repercutir este valor al socio es a través del reparto de las ganancias por medio de la distribución de dividendos, o en el incremento de valor de su participación en la sociedad al momento de su realización.⁶⁴

Si bien los socios tienen sus propios intereses, es la causa del contrato la que refleja el interés común o social y determina, en el caso concreto, si dicho interés privado corresponde al interés social y se encuentra amparado por el Derecho, o si por el contrario corresponde a un interés ajeno a este. Es decir, si el comportamiento de los socios permite la maximización del valor de la empresa estará conforme al interés social, caso contrario es un interés extrasocial y no amparado por el Derecho, vulnerando el deber de lealtad⁶⁵.

En este orden de ideas, se destaca que el comportamiento de los socios en la sociedad debe regirse por el deber de lealtad. Este deber de lealtad frente a sus consocios le

⁶⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. "El Interés Social y los Deberes de Lealtad de los Administradores" AFDUAM 20. Madrid, 2016. Págs. 230-234. SÁNCHEZ-CALERO, Juan "Creación de Valor, Interés Social y Responsabilidad Social Corporativa." Derecho de Sociedades Anónimas cotizadas. Tomo II, Madrid, 2006. Págs. 27-31. Megía López, Javier. "Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y minoría." Anuario Jurídico y Económico Escuarialense, XLVII (2014) 13-56/ISSN: 1133-3677. Pág. 24-25

⁶⁵ MEGÍA López, Javier. Op. cit. pág. 28.

obliga a emitir su voto tomando en consideración los intereses de los otros socios, es decir, que en el ejercicio de los derechos de cada socio debe procurarse la realización del interés de la sociedad, el cual funciona además como límite que impide usar su poder de control para la obtención de beneficios sociales en detrimento de la sociedad y de sus consocios⁶⁶.

La doctrina y jurisprudencia estadounidense⁶⁷ ha desarrollado un deber fiduciario especial de lealtad que debe primar en el comportamiento de los socios en las sociedades cerradas. En los casos resueltos por las cortes⁶⁸, se han determinado distintos estándares de comportamiento de ese deber de lealtad. Inicialmente estableció que las mayorías no deben usar el control sobre la sociedad con la intención de facilitar la apertura de un mercado para sus acciones, sin hacerle extensiva la misma posibilidad a las minorías; luego, determinó que el bloque mayoritario debe contar con una oportunidad para probar la existencia de un propósito legítimo de negocio, como justificación de su conducta aparentemente oportunista; de tal manera que exista una relación de equilibrio entre el deber fiduciario de la mayoría y su derecho a definir las políticas de repartición de utilidades. Por último, se generó un tercer estándar de

⁶⁶ ÁLFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. "El interés social y los deberes de lealtad de los administradores." AFDUAM 20 (2016) Pág. 229.

⁶⁷ Anabtawi & Stout. 2008.

⁶⁸ Caso Donahue vs. Rood Electrotipe, Harry Rood, la Corte Suprema de Massachusetts, Caso de la Corte Suprema de Massachusetts de 1976 citados por AMAYA Prieto, Op. Cit. Págs. 11,12.

conducta del deber de lealtad, en el caso *Malterof Kemp & Beatly Inc* (1984) señalando que la conducta de la mayoría no debe ser considerada opresiva simplemente porque las esperanzas y deseos subjetivos del peticionario no se cumplieron, sino que se debe considerar que la opresión sólo surge cuando la conducta de la mayoría transgrede sustancialmente las expectativas que, desde un punto de vista objetivo, eran razonables dadas las circunstancias y, además, decisivas a la hora de aportar capital a la empresa. Para facilitar su aplicación, varias cortes han realizado una clasificación sobre los tipos de las expectativas razonables que un asociado puede tener al invertir en una sociedad:⁶⁹ las de carácter general, que surgen por ser accionista en una compañía (derechos políticos y económicos previstos en la ley); y las de carácter específico, como las expectativas adicionales que fueron pactadas entre las partes.

2) Del abuso del derecho de la mayoría: De la opresión.-

Cuando la mayoría busca imponer su interés privado (contrario al interés social) en detrimento de los derechos políticos y económicos de los socios minoritarios, abusa de su posición jurídica, la cual se presenta como una

⁶⁹ Corte Suprema de Carolina del Norte. Sentencia del 27 de septiembre de 1983.

manifestación de la vulneración al deber de fidelidad y de lealtad de los socios que debe presidir en todo momento su posición y conducta en la sociedad. De ahí que estos abusos "deben ser entendidos como situaciones de conflicto en las que un interés extrasocial, ordena la voluntad de la sociedad; por tanto, primando en su manifestación concreta sobre el interés social"⁷⁰. La situación de abuso de la posición jurídica de los socios mayoritarios en perjuicio de los minoritarios se ha denominado opresión de las mayorías, y la solución ofrecida por el legislador actualmente para proteger a los minoritarios se la ha nombrado como acción de opresión.

Como se ha indicado, la forma en la que se distribuye y concentra el capital en las sociedades cerradas origina una serie de problemas entre la mayoría que conforma el grupo de control y los minoritarios. La mayoría al ostentar la capacidad de gestión y administración de la sociedad, lo tiene también sobre los activos de sus consocios, lo que termina siendo un incentivo para que se apodere de todos aquellos derechos que no hubieran sido asignados individualmente a cada socio en el contrato de sociedad – cuando no hubieran decidido *ex ante* en el contrato social-, comportándose de manera oportunista durante la vida de la sociedad expropiando a la minoría⁷¹. Por lo que, a través de

⁷⁰ MEGÍA López, Javier. ob.cit. Págs. 29.

⁷¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. "Los problemas contractuales en las ...Pág. 4. "El Interés Social y los Deberes de Lealtad de los Administradores". Pág. 230.

un comportamiento ilegítimo, vulnera los derechos políticos y económicos que corresponden a los socios minoritarios, evitando el retorno de su inversión o la pérdida de la misma. Para explicar el oportunismo en el comportamiento de aquellos que cuentan con más información y tienen control en el funcionamiento del negocio, surge la teoría de la agencia. En este sentido, la probabilidad de que el bienestar económico de una de las partes, los socios minoritarios (principal) dependa de las acciones de otra parte, de la mayoría que detenta el control (agente), origina uno de los denominados problemas de agencia (los otros dos problemas están referidos a las relaciones entre socios y administrador, y sociedad y terceros), ya que al contar con información relevante respecto del negocio, el mandatario (grupo de control) podría inclinarse a actuar de manera oportunista obteniendo beneficios indebidos y expropiando los que le corresponden a su principal (los socios minoritarios).⁷²

Así las cosas, el riesgo de expropiación a sus consocios es más o menos intenso cuando los socios presentan distinto porcentaje de participación en el capital que van desde una mayoría elevada, una mayoría simple, o participación más equilibrada en la que ninguno ostenta mayoría. Cuando la participación en el capital social de los distintos socios es más equilibrada, la homogeneidad de intereses garantiza la

⁷² John Armour, Henry Hansmann y Reinier Kraakman "Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement"
ECGI Working Paper No.135, June. 2009

ausencia de conflictos ya que se requiere formar coaliciones inestables, en las que unas veces forman parte de la mayoría y en otras no, con lo que se reduce el riesgo de expropiación de unos socios a otros; pero ello no significa que se elimine el problema que se presenta en este tipo de sociedades en las que los socios aportan más capital humano que capital financiero, con lo cual la estrategia de maximizar el valor de la empresa pasará necesariamente por el impacto que tendrá la misma en el valor de los restantes activos de los socios (capital humano). El problema se agrava cuando hay un socio mayoritario y otros socios minoritarios y esta estructura es estable, el riesgo de éstos es mayor porque tiene suficiente control de la gestión social para poder apropiarse de los beneficios de la sociedad en perjuicio de los restantes socios.⁷³

Las conductas opresivas de la mayoría pretenden en síntesis relegar el interés de los socios no pertenecientes al grupo de control para obtener con exclusividad los beneficios generados por la actividad empresarial, con la finalidad última de lograr la salida de los socios oprimidos adquiriendo su participación por un precio por debajo de su valor real, causándoles un perjuicio tanto durante su permanencia en la sociedad como en el momento de la salida.⁷⁴ A su vez, las conductas opresivas traen aparejadas la obtención de los beneficios indebidos de la actividad

⁷³ ALFARO, Jesús. "Los problemas contractuales en las sociedades cerradas", *InDret* 4/2005, Barcelona, 2005. Págs. 8-9.

⁷⁴MEGÍA López, Javier. Op. cit. Pág. 30.

empresarial por parte del grupo de control, usando para ello diferentes métodos de extracción de valor de una sociedad o de otros accionistas (*tunneling*), extrayendo de la compañía flujos de efectivo, activos o capital social, por medio de los cuales se transfiere recursos en beneficio del grupo de control y en detrimento de la minoría.

Los diferentes métodos de extracción de valor de una sociedad o de los accionistas que ha detectado la doctrina⁷⁵, son los siguientes: 1) Extracción de flujos de efectivo: Retribuciones excesivas al administrador nombrado por ellos o ejercido por alguno de los socios mayoritarios, el pago de sueldos o la contraprestación por servicios contratados por ellos; 2) Extracción de activos: El remover activos productivos a favor del controlante a un valor inferior al real, o adquirir activos sobrevalorados; 3) Extracción de capital: Capitalizaciones dirigidas a diluir la participación de los demás socios; Exclusiones forzosas de los minoritarios. Así como también existen otras conductas opresivas tendientes a limitar o impedir el ejercicio de sus derechos económicos y políticos: la privación del derecho a participar de las ganancias sociales a través de una política continuada de no reparto de dividendos, la separación del cargo de administrador o como empleado de la empresa, o la resolución del contrato que proveía servicios a la empresa; la privación ilegítima y continuada del derecho de

⁷⁵ "Law and Tunneling", The Journal of Corporation Law 37 (2011). Págs. 5-8.

información; el uso de los bienes sociales con fines personales o para realizar actividades de competencia con la sociedad; el desvío de la clientela a otra sociedad en la que no participa el socio minoritario; compraventas de activos infra o sobrevalorados entre el socio de control y la sociedad⁷⁶.

3) De las soluciones legislativas para tutelar los derechos de los minoritarios ante conductas opresivas:

3.1) De las acciones de impugnación y de responsabilidad civil, a la acción por abuso del derecho de voto:

Las conductas opresivas de la mayoría no son nuevas en nuestro medio. A pesar de ello, no se habían planteado soluciones legislativas que permitan tutelar eficazmente los derechos de los minoritarios. Los medios con los que ha contado el socio minoritario en la Ley de Compañías para reaccionar frente a la opresión de la mayoría han sido, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación (Registro Oficial Suplemento 151 de 28 de Febrero del 2020), la acción de impugnación (Arts. 114, h, 215 LC); la acción de responsabilidad civil contra los administradores (Art. 128, 272 LC), sin perjuicio de su responsabilidad penal; y, la acción de nulidad de los acuerdos de la junta general contrarios a la ley (Art. 216);

⁷⁶ MEGÍA López, Javier. Op. Cit. Pág. 30-31.

estableciéndose minorías cualificadas para deducir las acciones de impugnación y de nulidad, correspondientes al 25% del capital pagado. La crítica⁷⁷ que se ha realizado a la utilización de estas acciones obedece especialmente a la falta de especificidad frente a situaciones que se presentan habitualmente en sociedades cerradas.

Para contrarrestar el ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de los accionistas de mayoría, de minoría, y los de paridad en las sociedades por acciones simplificadas, el legislador instauró en la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación que reformó la Ley de Compañías⁷⁸, el principio general de que el interés de la compañía debe marcar el ejercicio del derecho a voto y que es abusivo cuando es practicado "con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas, o de obtener, para sí o para un tercero, una ventaja injustificada"; correspondiendo el ejercicio de

⁷⁷ Para incoar la acción de responsabilidad contra el administrador, se requería el acuerdo previo de la junta general, con lo cual, al ser la mayoría la que controla la toma de decisiones y que tiene injerencia en la administración (recordemos que en las sociedades cerradas el socio mayoritario generalmente es el administrador), resultaba improbable que resolviera favorablemente ejercer esta acción -que tiene la potencialidad de condenarlos al pago de perjuicios-, con lo que esta medida era absolutamente impráctica. Por su parte, la acción de impugnación de las decisiones sociales parecería ser una opción adecuada para tutelar los derechos de los minoritarios, pero quedaba por fuera de la impugnación las conductas opresivas de los administradores. Además, la exigencia de una minoría cualificada dificultaba cumplir con el requisito de legitimación activa para el ejercicio de esta acción, y el plazo de 30 días para deducirla se convertía en un óbice para recabar la prueba que acredite el perjuicio generado al minoritario. Estas herramientas no dejaban de ser parciales porque la minoría se veía abocada a seguir soportando el comportamiento opresivo.

⁷⁸ Publicada en el Registro Oficial Suplemento 151 de 28 de Febrero del 2020.

las acciones de nulidad y de perjuicios en caso de verificarse este supuesto de abuso.

Ahora bien, la figura del abuso del derecho se ha convertido en uno de los expedientes más relevantes de protección de los derechos de los accionistas en los regímenes societarios contemporáneos. Debido a la complejidad de las situaciones que se suscitan en el ámbito de las sociedades, el simple análisis relativo a la observancia de reglas legales o contractuales suele ser insuficiente y, en no pocas ocasiones, puede conducir a la imposibilidad de detectar el verdadero alcance de conductas contrarias a Derecho.⁷⁹ Empero esta figura no es la más adecuada⁸⁰ para atacar el

⁷⁹ REYES VILLAMIZAR, citado en la Sentencia 800-73 19 de diciembre del 2013. Superintendencia de Sociedades de Colombia.

⁸⁰ En Colombia (MEDELLÍN León, Santiago. "Abuso del Derecho de Voto de Mayoría... Págs. 9-10. REYES Villamizar, Francisco. "La Sociedad por Acciones Simplificada: Una verdadera innovación en el Derecho Societario Latinoamericano" Tercera Edición. Legis. Bogotá. 2013. págs.. 5,21. AMAYA Prieto, Juan Pablo. "Abuso del Derecho en Materia Societaria:...Pág. 4. Justificación realizada por Reyes Villamizar al proyecto de reforma al régimen societario de Ley 70 del 2015), de cuya normativa jurídica se ha inspirado el legislador ecuatoriano para esta reforma, se ha criticado esta figura por los conocidos problemas de la jurisdicción ordinaria y de los tribunales de arbitraje, cuya usual lentitud entorpece la aplicación de la teoría del abuso del derecho, por las dificultades en la apreciación de la prueba; la consideración según la cual el abuso del derecho solo da lugar a una indemnización de perjuicios, dificultad probatoria para demostrar los elementos constitutivos de una conducta abusiva. Su aplicación se limita a conductas que se manifiestan en una decisión de asamblea general de accionistas, lo que imposibilita declarar la nulidad absoluta de otras formas de opresión; la imposibilidad de liquidar la participación accionaria del socio oprimido y la consecuente sujeción de su capital al patrimonio de la sociedad y por ende a la gestión y control de la mayoría⁸⁰. Otra de las críticas era su ubicación en las disposiciones relativas a las sociedades por acciones simplificadas, y "[c]omo complemento de las reglas previstas en materia de abuso del derecho, se sugi[rió] la inclusión de un régimen

comportamiento abusivo de los accionistas mayoritarios ya que no permite identificar la totalidad de conductas que pueden constituir un perjuicio a los minoritarios u otorgarles una ventaja injustificada a aquéllos⁸¹; además porque a través de la acción de nulidad solo se puede adoptar una solución parcial al problema de la opresión al no eliminar la posibilidad de que pueda volver a suceder en el futuro⁸², ante la falta de herramientas que permitan al juez disponer el retiro del socio de una relación social conflictiva que le causa perjuicios.

Es por ello que en la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo⁸³, se regula específicamente la opresión de accionistas mayoritarios⁸⁴ y se incluyen las medidas de que dispone el juez para superar la opresión (Art. 249.2); asimismo, se hace extensiva la utilización de los artículos relativos al abuso del derecho de voto que constan en la sección de las sociedades por

adicional denominado "opresión de accionistas minoritarios" ... inspirado en la legislación británica en materia de daños injustificados (*unfair prejudice*)."

⁸¹ MEDELLÍN, León, Santiago. Op. cit. Pág. 5.

⁸² MEGÍA López, Javier. Op. cit. Pág. 37-41.

⁸³ Registro Oficial Suplemento 269 de 15 de Marzo del 2023.

⁸⁴ El texto inicialmente propuesto en el proyecto de la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo, tenía similitudes con el proyecto de ley 002 de 2017 en Colombia, especialmente en lo relativo a lo que se considera opresión de la mayoría, pero en lo referido a las medidas para superar la opresión se centraba en el derecho de reembolso y de no ser posible este, en la disolución y liquidación de la compañía (inspirado en los remedios para superar la opresión que ha desarrollado la jurisprudencia estadounidense); proyecto este último que no fue aprobado.

acciones simplificadas a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada; se instituye que es el administrador de la compañía el llamado a interponer la acción judicial respectiva, y que, en caso de que no la hubiere entablado en el plazo de un mes desde que se efectuó la solicitud, cualquier accionista -cualquiera de los que votaron en contra o los ausentes- queda habilitado para presentar la acción respectiva mediante una acción derivada (Art. 272.8).

Además, se regulan distintos tipos de acciones en contra de los administradores y de los accionistas que hayan incurrido en situaciones de conflicto de interés sin cumplir con la autorización respectiva, por incumplimiento de su deber de lealtad: acciones de responsabilidad contra un accionista (Art. 272.1), acción social de responsabilidad (Art. 272), acción individual de responsabilidad (Art. 272.7); por lo que, para que la violación de las normas que regulan el conflicto de interés sean objeto de una acción de opresión, deberá mediar una actuación abusiva del derecho por parte de los administradores o de los accionistas, ya que si su conducta se adecua a la infracción de las normas sustanciales que regulan el conflicto de interés o su deber de lealtad⁸⁵,

⁸⁵ Este deber de lealtad fue positivado en Ley de Modernización a la Ley de Compañías (Registro Oficial Suplemento 347 de 10 de Diciembre del 2020), en el artículo 262 para los administradores los cuales deberán actuar “con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe, y en el mejor interés de la compañía”; y para los accionistas con la Ley reformativa a la Ley de Compañías para la optimización e impulso empresarial y para el fomento del gobierno corporativo, referido a los casos de conflicto de interés que se han regulado en la propia ley.

corresponderá intentar la acción que específicamente el legislador ha señalado para estos casos.

Por último, merece la pena referir brevemente que la acción de nulidad para el caso de abuso del derecho de voto de la minoría y los de paridad cuenta a partir de esta reforma con una herramienta que permite al juez disponer, de comprobar el comportamiento ilegítimo, la ejecución de la resolución negada por el ejercicio abusivo de los derechos de voto, de tal manera que se lograría superar la conducta obstructiva y continuar la buena marcha de la sociedad. Se destaca que esta herramienta se centra en aquellas conductas de bloqueo en la adopción de acuerdos sociales por ser las más perjudiciales a la sociedad, pero deja fuera de tutela otras conductas de los socios (tales como solicitudes de información, impugnación de acuerdos o incluso solicitud de convocatoria a junta general) que también pueden evidenciar un abuso de su posición jurídica.

3.2) De la acción de opresión

Ante la carencia de una propia técnica jurídica de corrección, se entiende el motivo por el cual, a solo tres años de introducir la figura del abuso del derecho de voto en nuestro sistema jurídico, el legislador haya reformado la Ley de Compañías estableciendo las medidas que puede disponer el juez para superar la opresión que sufre el socio minoritario, incluida la posibilidad de reembolso del valor de su

participación en la compañía; siendo este uno de los remedios utilizados por la jurisprudencia estadounidense para superar la opresión.

En esta última reforma se observa que las acciones para combatir el abuso de la posición jurídica de los accionistas presentan diferencias en función del supuesto de hecho que debe verificarse para poder ejercerlas y de la participación de los accionistas en el capital social. De tal manera que, para incoar la acción de opresión prevista en el artículo 249.2, debe existir un conjunto de conductas de la mayoría que menoscaben los derechos de la minoría, superando así el supuesto de hecho del ejercicio abusivo del derecho de voto, como su único componente, abarcando otras conductas opresivas como las que provengan del administrador (recordemos que los administradores son piezas fundamentales para conducir la estrategia de opresión hacia los minoritarios). Mientras que la acción de nulidad por abuso del derecho de voto queda circunscrita al supuesto de hecho de conductas abusivas provenientes de los socios de minoría y de paridad (obstrucción), tendientes a causar daño a la compañía o a otros accionistas o a obtener una ventaja injustificada derivadas del ejercicio del derecho de voto (Art. 272.8). También se establece un plazo de prescripción diferente: Un año para la acción de opresión, contado desde que se aprobó la resolución opresiva en la junta general de accionistas (Art. 249.2); y, 5 años para la acción de nulidad del abuso de derecho de voto, contados

desde el día en que pudieron ejercerse (Art. 272.2). Por tanto, al ampliar el supuesto de hecho a las conductas opresivas que provengan de la mayoría, y al establecer medidas para superar la opresión, como el establecimiento del reembolso del valor de la participación del socio y su consecuente retiro, se ha buscado tutelar de mejor forma los derechos de los socios minoritarios.

De acuerdo con la reforma de reciente vigencia, la acción de opresión presenta las siguientes características:

- 1) Debe existir un comportamiento abusivo de la mayoría en detrimento de la minoría:

- 1.1. Conjunto de conductas opresivas de la mayoría.- Hay un comportamiento abusivo de la posición jurídica de la mayoría cuando los accionistas buscan imponer su interés personal, en lugar del interés social, con la finalidad de obtener un beneficio en perjuicio de la minoría u obtener una ventaja injustificada. El abuso del derecho se da, a pesar de observarse el cumplimiento de las normas sustanciales, cuando se busca un propósito que excede el deber de lealtad del socio al interés social.

En este comportamiento abusivo de su posición jurídica, la mayoría busca obtener un beneficio en detrimento o perjuicio de los derechos políticos y económicos (tanto los

consagrados en la ley como en el estatuto social) que le corresponden a los minoritarios. Para establecer si se configuró un comportamiento abusivo se debe analizar el trasfondo real de las relaciones sociales en el interior de la sociedad.

1.1.1. El o los socios oprimidos deberán probar que la mayoría, en el ejercicio del derecho de voto o con su comportamiento, abusó de su posición jurídica y vulneró el deber de lealtad (trasgrediendo el interés social); y,

1.1.2. Que ese comportamiento le causó perjuicios; siendo indispensable que el derecho haya sido ejercido con el propósito de generar esos efectos ilegítimos⁸⁶.

1.1.3. La aplicación de esta figura presupone la acreditación de un elemento volitivo, es decir, la intención de provocar un daño o de obtener una ventaja injustificada. Para ello debe acreditarse un patrón de conducta dentro del proceso que permita inferir la existencia de un ánimo premeditado de

⁸⁶ Sentencia 800-020 del 27 de febrero 2014; Sentencia 800-14 de 22 de febrero 2016, ambas de la Superintendencia de Sociedades de Colombia.

la mayoría de perjudicar a la minoría o procurarse una prerrogativa ilegítima.

1.1.3.1. Se puede partir de las actuaciones de los asociados en el interior del máximo órgano social, ya que la existencia de un conflicto intrasocietario puede tomarse como un indicio de la posible intensión lesiva detrás de la aprobación de resoluciones que afecten a los socios minoritarios. La disputa entre los socios, suele incrementar los incentivos que tienen los accionistas mayoritarios para tomar decisiones que solo busquen su propio beneficio.

1.1.3.2. Se debe examinar las condiciones bajo las cuales se aprobó la respectiva decisión, a fin de establecer si medió la intención de conseguir fines extralegales, i.e., la remoción

intempestiva del socio minoritario como miembro de la junta directiva sin que medie una causa legítima (ello porque desde esta posición le permitía tener acceso a la información sobre el negocio y ejercer algún control sobre el mismo⁸⁷) y su reemplazo por una persona vinculada a la mayoría; o que existe propósito legítimo de negocios, como puede ser el proyecto de expansión de una sociedad que motiva la retención de utilidades, que tenga su respectivo sustento financiero y que permita

⁸⁷ Para Davies, por ejemplo, 'un expediente [...] idóneo para proteger a los accionistas minoritarios consiste en asegurar que tales sujetos ocupen un escaño en la junta directiva. Ello les permitiría participar de las decisiones que se adopten en ese órgano social [...] o, a lo menos, informarse acerca de las actividades de la junta'. Ciertamente, no es extraño que un accionista minoritario exija una participación en los órganos de administración, 'con el propósito de fiscalizar en forma directa su inversión de capital, en vista de las dificultades para vender su participación en la compañía si está en desacuerdo con la gestión de los negocios sociales', citado en Sentencia 800-73 Superintendencia de Sociedades de Colombia.

conocer sobre el retorno de la inversión.

1.2. De los sujetos de la acción de opresión:

1.2.1. El o los accionistas minoritarios oprimidos son los actores de la acción de opresión. Esta acción la puede intentar cualquier socio minoritario, por lo que no hay una minoría cualificada para intentarla. Sin embargo, a efectos de disuadir el cometimiento de abusos en su ejercicio o que se convierta en un caso velado de obstrucción de la minoría, el propio legislador ha previsto la posibilidad de que el demandante rinda aval, caución u otra garantía suficiente por los daños que pudiera causar la implementación de una medida cautelar tendiente a suspender la resolución presuntamente opresiva; y, en el evento de que el proceso fuese iniciado o tramitado sin una justificación razonable, con el propósito de perseguir un fin ilegítimo o de forma abusiva, maliciosa, temeraria o con deslealtad, se lo condenará en costas y al pago de una multa que puede ascender hasta el 5%

del patrimonio de la compañía, y si este fuera negativo al pago de hasta doce salarios básicos unificados del trabajador en general.

Si bien la falta de una minoría cualificada para el ejercicio de esta acción puede ser vista como una forma de garantizar el acceso a la justicia para la protección o el restablecimiento de los derechos del oprimido, debe tenerse presente que la exigencia de rendir caución para obtener la suspensión de la resolución presuntamente opresiva, podría convertirse, en la práctica, en una barrera para ejercer eficazmente sus derechos, por los costos que ello implica tomando en consideración que los socios minoritarios generalmente tienen un patrimonio inferior al de la mayoría.

1.2.2. Los accionistas mayoritarios que hubieren actuado opresivamente son los demandados en esta acción. No obstante, en vista de que algunas de las medidas que puede disponer el juez para superar la opresión, pueden

estar dirigidas también a la compañía y al resto de accionistas (separación del socio accionante y pago del valor de sus acciones con cargo a fondo sociales y la consecuente disminución del capital), lo cual origina obligaciones no solo para la compañía como persona jurídica independiente, sino afectaciones a todos los accionistas, incluyendo los que no participaron en la opresión. Es recomendable que estos también sean demandados, y no solo cuando esta conducta provenga del abuso del derecho de voto (Art. 272.8 inciso cuarto); de esta manera se busca impedir que resulten afectadas con la sentencia personas que no fueron oídas ni vencidas en el juicio, a quienes tal sentencia les resultaría inoponible (Art. 3, segundo inciso Código Civil; Art. 97 COGEP).

- 1.3. La acción se puede intentar en sede judicial, mediante procedimiento sumario. A pesar de ello, existe la posibilidad de pactar en el estatuto social o en documento aparte, que las controversias surgidas entre socios, entre éstos y la compañía o sus administradores,

incluso por abuso del derecho, se sometan a mecanismos alternativos de resolución de controversias, esto es, mediación y arbitraje. (Arts. 137.2, 146.1)

1.4. La ley otorga al juez diferentes instrumentos para corregir la opresión sufrida por el socio minoritario, para lo cual se le confiere la potestad de elegir entre dichos instrumentos o combinarlos de la manera que mejor se adecue a las circunstancias concretas del caso. Estas medidas de reparación, son: i) Dejar sin efecto la resolución opresiva adoptada en junta general; ii) Requerir el cese de las actuaciones opresivas; iii) Ordenar el reembolso de la participación, para lo cual se aplicarán las disposiciones relativas al derecho de separación.

1.4.1. La adopción de cualquiera de las dos primeras medidas, implica superar la opresión manteniendo al socio dentro de la compañía, si es esa su pretensión, v. gr. se busca anular un aumento de capital con efecto dilutivo para el socio minoritario o su remoción como miembro del órgano de administración. Empero cuando la resolución adoptada por la junta

general es negativa, como en el caso del acuerdo para no repartir utilidades en el que medie una política sistemática de atesoramiento de los beneficios, la medida para superar la opresión (disponer el pago de utilidades), tiene una cobertura dudosa en la norma. Se observa que, a diferencia de la herramienta que específicamente se otorga al juez para superar la obstrucción (ordenar la ejecución de la resolución negada por el ejercicio abusivo de los derechos de voto de la minoría o de paridad), para el caso de la negativa de repartir utilidades la medida no es igual de clara. Vale la pena referir que este es uno de los casos que mayor dificultad presenta a la hora de resolver la opresión. La regla general es que no están sometidas a escrutinio judicial las decisiones relacionadas con el negocio que adopte el órgano de administración, por estar cobijadas bajo la regla de la discrecionalidad. Ahora bien, en las sociedades cerradas cuando los socios minoritarios no

reciben remuneración como administrador o prestador de servicios, la repartición de utilidades se vuelve en el único mecanismo disponible para recibir el retorno de su inversión, por ello se analiza si la retención de utilidades encuentra su justificación en un propósito legítimo del negocio, si el proyecto tiene una viabilidad económica que vaya a generar rentabilidad a todos los socios, si la retención tiene la intención de perjudicar a un socio minoritario o busca perseguir alguna otra finalidad extralegal⁸⁸. Cuando se demuestra que hay un propósito legítimo de negocio, en EE.UU está exenta de cualquier revisión judicial la decisión de retener utilidades, aunque algunos autores de ese país sostienen que esos proyectos deben ser objeto cercano de examen judicial en aras de determinar si se trata de inversiones rentables desde el punto de vista de los accionistas en su

⁸⁸ DK MOLL (2003), FH O'NEAL (1987), HG MANNE (1967), GABELLI & Co. Inc. v. Liggett Group Inc., citados por la Superintendencia de Sociedades de Colombia en la Sentencia 800-44 18 de julio 2014.

totalidad⁸⁹. Por su parte, la Superintendencia de Sociedades de Colombia⁹⁰, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, cuando no se ha probado la existencia de un proyecto de expansión de los negocios de la compañía que permita justificar la decisión reiterada de retener utilidades y que ha existido un comportamiento abusivo de la mayoría, ha ordenado a los accionistas demandados que aprueben la distribución de la totalidad de utilidades en junta general de accionistas, y si no cumplen con esa orden en el plazo fijado, ha dispuesto el pago de perjuicios sufridos por el socio minoritario. Por el contrario, la doctrina española⁹¹ ha señalado que

⁸⁹ AMAYA Prieto, Juan Pablo. Op. Cit. Págs. 19-20. DK MOLL (2003) citado en la Sentencia 800-44 18 de julio 2014.

⁹⁰ Sentencia 800-44 18 de julio 2014, Superintendencia de Sociedades de Colombia.

⁹¹ MEGÍA López, Javier, Op. cit, Pág. 41. FERNÁNDEZ DEL POZO L. "La aplicación de resultados en sociedades mercantiles. Madrid. Editorial Civitas, 1997, pág. 157. Un caso de excepción lo constituye la Sentencia del STS-418-2005 (Véase en <https://vlex.es/vid/limitada-junta-retencion-beneficios-18373678>) "Privar al socio minoritario sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática, ya que se declara probado que MARKESTIL, S.L. nunca ha repartido dividendos entre sus socios, se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener

por lo general el juez español no ha encontrado herramientas que le permitan imponer un criterio tras declarar la invalidez del no reparto de utilidades, ya que considera que no puede sustituir a la junta; no siendo extraño que en esta nueva junta se produzcan nuevos conflictos al repetir la conducta opresiva.⁹²

- 1.4.2. La tercera medida, referida al reembolso de la participación en el capital, es una de las soluciones al conflicto intrasocietario que permite la salida del socio minoritario para acabar con una relación que vulnera sus derechos y que le impide recuperar su inversión, ante la imposibilidad de salir a vender su acción o su participación,

el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría, en este caso dos socios hermanos, frente a la minoría."

⁹² La Ley de Compañías (Art. 297) como un mecanismo *ex ante* para garantizar a los socios recibir un porcentaje de las utilidades y evitar conductas opresivas -incluso antes de las reformas a esta ley en el 2020 y 2023-, prevé que: "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."

por carecer de un mercado en el que pueda venderlas⁹³. De esta forma, se daría por terminado el vínculo societario que afectaba al socio minoritario, evitando que, en un futuro, se vea expuesto a nuevas conductas opresivas, y se le permita recuperar su inversión en la sociedad.

- 1.4.3. El valor del reembolso debe tomar en consideración el "justo valor" de las acciones y los beneficios ilegítimos obtenidos por los mayoritarios producto de sus prácticas abusivas. Para este caso, la ley remite a las disposiciones del derecho de separación previstas en la Sección X de la misma Ley de Compañías, la cual contempla dos alternativas: 1) El pago del valor de la participación con base en el balance de la compañía más el interés máximo convencional, siendo este el valor razonable (Arts. 332, 333); y, 2) De no estar de acuerdo el socio minoritario con dicho valor, el

⁹³ Las sociedades cerradas carecen de un mercado para salir a vender sus acciones, lo cual dificulta que el socio pueda salir de una relación social opresiva. Esta particularidad también puede darse en sociedades de capital abierto de países como el nuestro, cuyo mercado secundario de acciones no es líquido. Véase <https://www.bolsadevaloresguayaquil.com/estadisticas/>

juez procede a designar a un perito para que establezca el valor de las participaciones, el cual es de obligatorio acatamiento para las partes en litigio (Art. 334). En el primer caso, el juez deberá ordenar al representante legal de la compañía elaborar el correspondiente balance dispuesto para la transformación, además de disponer la liquidación de los intereses respectivos, al máximo interés convencional de acuerdo a lo previsto en la norma. La remisión a las disposiciones del derecho de separación, coloca a la compañía como sujeto obligado al reembolso de la participación del socio oprimido (Arts. 249.2 y 334), y por ello, se prevé la posibilidad de que esta ejerza las acciones de repetición contra el accionista que hubiere actuado opresivamente para resarcir los montos erogados. Esta solución constituye una nueva causal de separación forzosa que trae consigo la correspondiente disminución de capital y la capitalización de la compañía, en

el evento de que el capital restante no permita cumplir con su objeto social -o quede en valor inferior al mínimo legal-, y en el peor escenario, su disolución y liquidación.

1.4.4. A pesar de la configuración de este remedio escogido por el legislador, debe referirse que la solución óptima que plantea la doctrina y jurisprudencia extranjeras es la compra o venta forzosa de la participación por los socios mayoritarios para no generar un riesgo de descapitalización con la consiguiente reducción de capital social, que comprometería los recursos de la compañía y su continuidad ⁹⁴; siendo esta medida menos extrema a la de ordenar la liquidación forzosa de la compañía porque permite conservar el negocio en marcha. Sin embargo, esta solución sería óptima bajo el supuesto de que no existan otros

⁹⁴ Corte Suprema de Dakota del Norte, Sentencia del 20 de agosto de 1987 Balvik vs. Silvester, citada por Juliana Rubiano-Groot Carrillo en "La acción de opresión como un mecanismo de protección de acconistas minoritarios en Colombia" <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/48709>. MEGÍA López, Javier, Op. Cit. pág. 48, quien, a su vez, cita a Vázquez Lepinette "La protección..." y a Martínez Rosado "Causas de separación..."

socios minoritarios porque, de haberlos, los socios mayoritarios terminarían incrementando su participación en la sociedad, reforzando su posición frente a los minoritarios.

1.4.5. En todos los casos, el juez ordenará el resarcimiento por los perjuicios que el accionista minoritario oprimido hubiere sufrido.

4) Suspensión administrativa de los efectos de una decisión abusiva

Un mecanismo de control conferido a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, para evitar que se materialicen los efectos perjudiciales de una conducta contraria a las normas sustantivas, o que, en su adopción, los accionistas o los administradores incurrieron en un abuso de sus derechos de votación, por mayoría, minoría o paridad, es la suspensión de los efectos de la decisión tomada por estos órganos (Art. 216 y siguientes).

Los accionistas que no concurrieron a la reunión respectiva de la junta o del órgano administrativo o que, concurriendo o participando en la misma, dieron su voto en contra de la decisión, pueden presentar la solicitud de suspensión dentro del plazo de 10 días siguientes a la fecha de la clausura de la junta general o posteriores a la fecha en que el órgano

administrativo tomó la decisión, o dentro del término de cinco días siguientes a la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo hubiera sido adoptado por una junta con vocación de no instalación de sesión formal. Los peticionarios deberán acreditar que no participaron de la tomada de decisiones, así como también deben señalar la infracción de la norma sustantiva, o bien el concepto del abuso o del perjuicio.

Esta petición da origen a un procedimiento administrativo, conforme está regulado en los artículos 216.1 y siguientes de la Ley de Compañías. Si se declara la suspensión, la notificación efectuada impedirá que la decisión de la junta general o del órgano administrativo produzcan sus efectos. Si la resolución cuya suspensión se solicitó se ejecutó mientras transcurría el procedimiento, la notificación efectuada determinará que dicha ejecución quede sin efecto. En contra de esta resolución, en sede administrativa, cabe las impugnaciones previstas en el Código Orgánico Administrativo. En sede judicial, la resolución del Superintendente se tramitará como una acción contenciosa administrativa, de acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos.

BIBLIOGRAFÍA

1. AMAYA Prieto, Juan Pablo. "Abuso del Derecho en Materia Societaria: opresión de accionistas y política de repartición de utilidades en Colombia." *Revista de Derecho Privado* No. 53, enero-junio 2015. Universidad de Los Andes. Bogotá-Colombia. ISSN 1909-7794.
2. ARMOUR, John; HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier. "Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement". Working Paper No. 135/2009.
<http://ssrn.com/abstract=1436555>.
3. Anabtawi, Iman and Stout, Lynn A., "Fiduciary Duties for Activist Shareholders" (2008). Cornell Law Faculty Publications. Paper 718.
<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/718>
4. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús "Los problemas contractuales en las sociedades cerradas", *InDret* 4/2005, Barcelona, 2005.
5. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús "La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad "externa" de los representantes sociales", *InDret* 1/2007, Segunda Edición. Barcelona, 2007.
6. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. "El Interés Social y los Deberes de Lealtad de los Administradores" *AFDUAM* 20. Madrid, 2016.

7. ATANASOV, Vladimir; BLACK, Bernal; CICCOTELO, Conrad. "Law and Tunneling", The Journal of Corporation Law 37 (2011).
8. SÁNCHEZ-CALERO Guilarte, Juan. "Creación de Valor, Interés Social y Responsabilidad Social Corporativa" publicado en "Derecho de sociedades anónimas cotizadas". Cizur Menor 2006. T. II pp.851-913. ISBN 84-9767-424-3.
9. F. Hodge O'Neal, Oppression of Minority Shareholders: Protecting Minority Rights, 35 Clev. St. L. Rev. 121 (1987) available at <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol35/iss1/7>
10. GILSON, Ronald, GORDON, Jeffrey. "Controlling Controlling Shareholders". University of Pennsylvania. Vol.152:785.
11. MEDELLÍN León, Santiago. "Abuso del derecho de voto de mayorías: lecciones para la aplicación del régimen de opresión de minoritarios en Colombia." Revista de Derecho Privado No. 56, enero-junio 2016, Universidad de Los Andes. pág. 6-8. Bogotá-Colombia.
12. MEGÍA López, Javier. "Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y minoría." Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLVII (2014) 13-56/ISSN: 1133-3677.

13. MORGESTEIN Sánchez, Wilson Iván. "Sobre la teoría del abuso del derecho y en especial el abuso de las mayorías en el derecho societario colombiano". Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín Vol. 16, N° 31, pp. 197-214- ISSN 1692-2530 • Enero-Junio de 2017 / 220 p. Medellín, Colombia.
14. Oppression of Minority Shareholders: Protecting Minority Rights, 35 Clev. St. L. Rev. 121 (1987), <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol35/iss1/7>, 121.
15. RACCIATI, Hernán "El ejercicio abusivo del Derecho de Impugnación de las decisiones asamblearias (Hacia la moralización del Derecho Societario", XV Congreso Argentino de Derecho Societario: XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Tomo III, Libro Digital, 2022.
16. RACCIATI, Hernán. "Tutela de las minorías o mayorización de la minoría? El "quizz" del equilibrio entre protección del socio y eficiencia de la empresa social. El deber de lealtad como regla de comportamiento para evitar los abusos en la sociedad cerrada (hacia la moralización del Derecho Societario)". XV Congreso Argentino de Derecho Societario: XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Tomo III, Libro Digital, 2022. pág. 285.

17. REYES Villamizar, Francisco. "La Sociedad por Acciones Simplificada: Una verdadera innovación en el Derecho Societario Latinoamericano." Tercera Edición. Legis. Bogotá. 2013.
18. Justificación realizada por Reyes Villamizar al proyecto de reforma al régimen societario de Ley 70 del 2015.
19. RUBIANO-GROOT Carrillo, Juliana "La acción de opresión como un mecanismo de protección de accionistas minoritarios en Colombia" 201424349 2020-1
<https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/48709>

LEYES

Código Civil.

Ley de Compañías.

Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación que reformó la Ley de Compañías.

Ley Reformativa a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo.

SENTENCIAS

Sentencia del TSE STS-418-2005 (Véase en <https://vlex.es/vid/limitada-junta-retencion-beneficios-18373678>).

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-188-08.
Sentencia 800-020 del 27 de febrero 2014;
Superintendencia de Sociedades de Colombia.
Sentencia 800-14 de 22 de febrero 2016, Superintendencia
de Sociedades de Colombia.
Sentencia 800-44 18 de julio 2014, Superintendencia de
Sociedades de Colombia.
Sentencia 800-73 19 de diciembre 2013 Superintendencia
de Sociedades de Colombia.

EL CONCURSO PREVENTIVO DE ACREEDORES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA: ES FACULTATIVO O UN MANDATO LEGAL OBLIGATORIO

**DR. GUSTAVO ORTEGA TRUJILLO
ABG. ALESSANDRO DIAZ RUIZ**

El Concurso Preventivo de Acreedores es una institución jurídica regulada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que se traduce como un mecanismo de carácter cautelar cuyo objeto consiste, principalmente, en extinguir ordenadamente los pasivos de una persona natural o jurídica que se encuentra o teme encontrarse en estado de cesación de pagos respecto de sus acreedores, a través de acuerdos que regulen sus relaciones, como así también - cuando resulte posible-, conservar el negocio en marcha en defensa de la economía, el empleo y el bienestar social.

Los concursos preventivos de acreedores de las personas naturales o de las personas jurídicas diferentes que las sociedades mercantiles sujetas a la Ley de Compañías se encuentran regulados dentro del Código Orgánico General de Procesos a partir del Art. 414. Las sociedades sujetas a la Ley de Compañías se someten a lo dispuesto en la Ley de Concurso Preventivo.

I

El concepto de actividad económica o empresarial como un derecho constitucional de las personas

Dentro del Capítulo Sexto -derechos de libertad-, del Título Segundo de la Constitución de la República, el legislador constituyente ha reconocido el derecho de las personas a la realización de actividades económicas cuando al tenor del numeral décimo quinto del Art. 66 de la Constitución de la República ha establecido:

"Art. 66.- *Se reconoce y garantizará a las personas:*

(...),

15. *El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental."*

Como consecuencia de lo expuesto, la Constitución ha instaurado como un deber general del Estado ecuatoriano impulsar las actividades económicas de las personas, y así lo ha hecho cuando en el numeral quinto del Art. 277 ha expresado lo siguiente:

"Art. 277.- *Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado:*

(...),

5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley.”

Del texto constitucional citado, se verifica que el deber del Estado para efectos de garantizar el derecho constitucional de las personas a la realización de actividades económicas mantiene dos variantes que se traducen, por una parte, en la existencia de un orden jurídico que las garantice; y, por otra, el reconocimiento de instituciones políticas que fomenten, promuevan y garanticen el ejercicio de dicho derecho.

Con relación a la primera variante y respecto a las sociedades sujetas al control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, surge como una de sus herramientas, como ya lo dijimos, la Ley de Concurso Preventivo publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 422 de 21 de diciembre de 2006 que contempla el proceso concursal preventivo para tales sociedades, independientemente del estado en que se encuentren, tutelando así, para ellas, el referido derecho constitucional.

Respecto de la segunda variante, es justamente la referida Superintendencia la encargada legal de velar por el ejercicio

del derecho de las personas jurídicas -sociedades-, a realizar actividades económicas. En este sentido el Art. 213 de la Constitución, establece:

"Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las *actividades económicas*, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. (...)"

La forma en que las mencionadas sociedades ejercen el referido derecho constitucional de hacer actividad económica o empresa es a través de su objeto social el cual, de conformidad con lo establecido en el Art. 3 de la Ley de Compañías puede comprender una o varias actividades económicas siempre y cuando no resulten contrarias a la Ley, derecho que, al ostentar la categoría de constitucional, de conformidad con el numeral sexto del Art. 11 de la Constitución de la República cuenta con las características de aquellos. Es decir, el derecho constitucional de las personas a ejercer actividades económicas por su naturaleza es inalienable, irrenunciable, indivisible e interdependiente y de igual jerarquía respecto de cualquier otro derecho constitucional.

A tal punto llega este derecho a ser reconocido como tal y, por ende, como obligación del Estado garantizarlo, que la Ley de Compañías en su art. 360 numeral segundo, dispone que con relación a la desaparición o disolución de pleno derecho de una sociedad por la declaratoria de quiebra:

"Los jueces antes de expedir el respectivo auto se cerciorarán de que se haya dado cumplimiento al Art. 1 de la Ley de Concurso Preventivo";

artículo primero de la Ley de Concurso Preventivo que dispone:

"Art. 1.- Sujetos.- Las compañías constituidas en el país, sujetas a vigilancia y control por la Superintendencia de Compañías, que tengan un activo superior a diez mil quinientos quince 60/100 (10.515,60) dólares de los Estados Unidos de América o más de cien trabajadores permanentes, con un pasivo superior a cinco mil doscientos cincuenta y siete 80/100 (5.257,80) dólares de los Estados Unidos de América, no podrán ser declaradas en quiebra sino cuando previamente hayan agotado los trámites del concurso preventivo."

El art. 2 de la misma ley, establece que el Concurso Preventivo de Acreedores consiste en lo siguiente:

"Art. 2.- Objeto. - El concurso tiene por objeto la celebración de un acuerdo o concordato entre el deudor y sus acreedores, tendiente a facilitar la extinción de las obligaciones de la compañía, a regular las relaciones entre los mismos y a **conservar la empresa."**

Según la RAE., se entiende por "empresa" a la "[a]cción o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo" por lo tanto, para los efectos que atañe al ámbito de aplicación de la Ley de Concurso Preventivo, de conformidad con lo establecido en el Art. 427 de la Constitución, el término "empresa" ha de entenderse por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, es decir, en el sentido que más favorezca a la plena vigencia del derecho constitucional de las personas a ejercer actividades económicas, pues es justamente, uno de los objetivos de la institución concursal.

II

El Concurso Preventivo de Acreedores en el Ecuador: derecho y obligación

Siendo que la Constitución de la República le ha concedido al derecho de las personas a ejercer actividades de orden económico un rango constitucional, este derecho, en lo que respecta al ámbito de aplicación de la Ley de Concurso

Preventivo, se encuentra regulado a través del Art.5 de la misma, que establece:

"Art. 5.- Habilitados para solicitar el concurso. - Podrán solicitar el concurso preventivo el deudor o cualquiera de sus acreedores que demuestren al menos sumariamente el estado de cesación de pagos de la compañía deudora."

Respecto de la solicitud de la compañía deudora, esta se regula de conformidad con los artículos 6, 7 y 8 de la Ley que impone la obligación de la compañía de solicitar al ente de control el Concurso Preventivo a través de su representante legal debidamente acreditado y condiciona la oportunidad de dicha solicitud al plazo de 60 días desde que se ha verificado cualquiera de las hipótesis contempladas en el Art. 4 relativas al estado de cesación de pagos, salvo que el Superintendente de Compañías, Valores o Seguros considere necesario -visto el interés público y de los acreedores-, admitirlo fuera del término antes señalado.

Respecto a la solicitud de cualquiera de los acreedores, la ley en su art. 9 solo les exige la demostración sumaria del estado de cesación de pagos de la compañía que puede demostrarse por uno cualquiera de los hechos señalados en su art 4, sin que se requiera cumplir en este caso con los requisitos formales previstos en el artículo 8 de la misma, sino solamente una vez verificado el allanamiento a dicha solicitud por parte de la deudora.

En definitiva, los acreedores para solicitar el concurso preventivo de una sociedad deudora solo deben probar sumariamente su estado de cesación de pagos justificando:

- a) El incumplimiento por más de sesenta días de una o más obligaciones mercantiles y que representen en total el treinta por ciento o más del valor del pasivo total;
- b) Encontrarse ejecutoriados e insatisfechos uno o más autos de pago o providencias equivalentes, dictados contra el deudor, dentro de cualquier procedimiento judicial o administrativo y cuyas cuantías representen un treinta por ciento o más del valor del pasivo total;
- c) Endeudamiento por obligaciones de plazo menor de dos años y que exceda al ochenta por ciento del valor de sus activos; siempre que se demuestre que no podrá ser cubierto oportunamente;
- d) Daciones en pago de los activos necesarios para la actividad empresarial, que representen en conjunto más del veinte por ciento del activo de la empresa; y,

- e) Cuando las pérdidas alcancen el cincuenta por ciento o más del capital social y la totalidad de sus reservas.

Por su parte, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, sobre quien recae la obligación legal de regular y controlar a las sociedades mercantiles, tiene también la obligación de admitir mediante resolución debidamente motivada el trámite concursal solicitado, sea por el deudor o uno o más de sus acreedores, atendiendo principalmente al carácter de orden público de las normas concursales, como así también a la situación económica de la compañía, y es por este motivo que la disposición contenida en el Art. 5 de las Normas de Aplicación de la Ley de Concurso Preventivo respecto de la obligación de la compañía de estar al día en la presentación de estados financieros e informes de auditoría externa y pago de contribuciones, no puede constituirse en una limitación para el ejercicio o goce de este derecho reconocido por la Constitución, en beneficio de los titulares del mismo que son: la sociedad o empresa deudora o cualquiera de sus acreedores, tanto más que de conformidad con el Art. 19 de la Ley los sujetos activos de obligaciones tributarias, tasas por servicios públicos, contribuciones y demás obligaciones líquidas a favor de instituciones del sector público, podrán solicitar el concurso, concurrir a las reuniones concordatarias, deliberar y votar

en ellas y tomar decisiones, sujetándose en todo caso a la decisión concordataria.

III

El Concurso Preventivo de Acreedores en el Ecuador es un mandato

En efecto, con la finalidad de promover las actividades económicas y salvaguardar la empresa, el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha instaurado un engranaje normativo a través del cual el Estado busca garantizar el derecho constitucional de las personas a realizar actividades económicas y mantener sus empresas, y es así que, respecto de las actividades económicas realizadas por las personas jurídicas como titulares de dicho derecho, los artículos 415 y 427 del COGEP., establecen:

"Art. 415.- Concurso preventivo. *Las o los deudores, sean comerciantes o no comerciantes, podrán acogerse a concurso preventivo a fin de evitar el concurso de acreedores. La o el deudor que posea bienes suficientes para cubrir todas sus deudas o ingresos permanentes provenientes de sueldos, rentas, remesas del extranjero, pensiones locativas u otras fuentes de ingresos periódicos y prevea la imposibilidad de efectuar los pagos de las mismas en las*

fechas de sus respectivos vencimientos, podrá acudir a la o al juzgador de su domicilio solicitándole que inicie el procedimiento de concurso preventivo, a efectos de procurar un concordato con sus acreedores (...). Las compañías se sujetarán a la ley."

"Art. 427.- Junta de acreedores. (...). Las compañías sometidas al control de la Superintendencia de Compañías o a la Superintendencia de Bancos se sujetarán a las normas especiales que las rigen."

En el mismo sentido, el legislador ha sido enfático al imponer a los juzgadores la obligación de verificar que el Concurso Preventivo de Acreedores se haya llevado a cabo respecto de las compañías cuya situación económica las pone en riesgo de una quiebra, y es así como en el numeral segundo del Art. 360 de la Ley de Compañías se ordena que ante la posibilidad de desaparición o disolución de pleno derecho de una sociedad por causa de quiebra, esto no pueda darse si antes los jueces no se cercioran que se ha agotado el procedimiento concursal preventivo previsto en el art. 1 de la Ley de Concurso Preventivo antes citado.

Así, queda demostrado por el contenido de las normas citadas que el Concurso Preventivo se constituye en un

mecanismo de tutela al derecho constitucional de las personas a realizar actividades económicas y que ellas sean defendidas; y es justamente hacia donde el legislador se ha dirigido en la configuración del ordenamiento legal de los concursos preventivos para garantizar el desarrollo de las actividades económicas en cumplimiento del antes citado numeral quinto del Art. 277 de la Constitución de la República.

Cabe mencionar como soporte de lo expuesto que ya dentro de un Proceso Constitucional de Medidas Cautelares signado como No.: 09284-2018-04283 sustanciado por una compañía activa en contra de la Superintendencia de Compañías, como consecuencia de la negativa de la entidad a admitir el Concurso Preventivo de Acreedores por la falta de cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el Art. 8 de la Ley de Concurso Preventivo y Art. 5 de las Normas de Aplicación de dicha Ley, el Juez Constitucional de la Causa resolvió:

*"1.- Que de manera inmediata, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, que mediante el respectivo Acto Administrativo de admisión, **proceda a admitir al trámite la solicitud de Concurso Preventivo de la Compañía CENTRIDAGSA S.A., signada con el trámite N.- 89379-0041-180, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 11 de la Ley de Concurso Preventivo. 2.- que de manera inmediata, una vez ordenada la admisión, se***

disponga inmediatamente la implementación de todas las disposiciones contenidas en la Ley de Concurso Preventivo, en favor de CENTRIDAGSA S.A. de manera que se garantice el pleno desenvolvimiento del Concurso Preventivo de CENTRIDAGSA S.A hasta su culminación. 3.- La presente medida cautelar tendrá duración hasta Cuando el Superintendente de por terminado el trámite concursal de conformidad a lo preceptuado en el artículo 31 de la Ley de Concurso Preventivo o si aprueba el Concordato de conformidad con lo preceptuado en el artículo 32 ibidem. Las resoluciones que emita la Superintendencia de Compañía en cumplimiento a lo dispuesto en el presente auto, deberán ser notificadas a este Juzgador, a fin de proceder como en derecho corresponda."

En efecto, el ordenamiento legal ecuatoriano no da lugar a interpretación alguna respecto del derecho de las compañías a ser sometidas al Concurso Preventivo de Acreedores, como así también de la correlativa obligación de la Superintendencia de Compañía, Valores y Seguros de admitir a trámite dicho procedimiento, en todos aquellos casos en que la persona jurídica se encuentre ante la inminente posibilidad de ser declarada en quiebra.

Sobre la referida obligación del ente de control de observar el mandato legal contenido en los artículos citados en el presente apartado, el Art. 1 de las Normas de Aplicación de la Ley de Concurso Preventivo establece lo siguiente:

"Art. 1.- SUJETOS. - *Son sujetos de concurso preventivo las sociedades sometidas al control de la Superintendencia de Compañías que se encuentren en los supuestos contemplados en el Art. 1 de la Ley de Concurso Preventivo.*

No se admitirá al trámite la solicitud de concurso preventivo, cuando la compañía haya sido declarada en quiebra."

Por lo tanto, no hay lugar a dudas que el Concurso Preventivo de Acreedores tiene lugar en todos los supuestos en que la compañía no haya sido declarada en quiebra, es decir, que tanto las compañías activas, como aquellas que se encuentran en estado de inactividad deben, ante la inminencia de la quiebra, obligatoriamente sujetarse a este procedimiento; y es por ello, que el legislador reconociendo la debilidad económica de ellas y la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones inmediatas, no ha pasado por alto esta situación y desde el año 2020, con la reforma del último inciso Art. 20 de la Ley de Compañías (R. O. Suplemento

347 de diciembre 10, 2020) las exoneró del cumplimiento de los requisitos formales del Art. 20 de la Ley de Compañías, disponiendo en su último inciso:

"(...) la presentación de informes y del juego completo de estados financieros antes señalado será opcional para compañías en estado de disolución o liquidación y para las compañías que contaren con una resolución de cancelación no inscrita en el Registro Mercantil, debido a que aquellas no se consideran empresas en marcha. En el caso de que se reactiven, las compañías deberán presentar la información de todos los ejercicios anteriores que no se hubiere reportado."

Y, desde el año 2019, (R.O. Suplemento 100 de diciembre 13, 2019), las exoneró del pago de contribuciones societarias tal como lo prescribe el primer inciso del Art. 382E ibidem, que establece:

"Art. 382E.- No se generarán contribuciones societarias a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a las compañías que se encuentren en estado de disolución, a partir de la fecha de emisión de la resolución de disolución o de la resolución en la que se ordena la liquidación, en los casos de disolución de pleno derecho."

Por lo tanto, siempre que se configure el estado de cesación de pagos o la inminencia de una quiebra de una compañía, ella debe ser sometida al concurso preventivo aunque se encuentre en proceso de disolución o liquidación, ya que por el solo hecho de encontrarse en este último estado, según lo señalado en el art. 397 de la Ley de Compañías, todas sus obligaciones se consideran vencidas o exigibles. En consecuencia, si la sociedad deudora prevé que no podrá pagarlas de inmediato o, los acreedores como la deudora, temen que pueda ocurrir la insolvencia, ambos tienen el derecho para agotar el concurso preventivo de acreedores como medio para el pago ordenado de sus obligaciones y la rehabilitación de la empresa; y, sólo si esto último no fuere posible, optar por su liquidación ordenada, tal como lo contempla también el Art. 38 de la ley de Concurso Preventivo que dice:

"Art. 38.- Liquidación ordenada. - *En las deliberaciones de las que trata el artículo anterior se podrá igualmente acordar la liquidación ordenada de la empresa, según la Ley de Compañías, bajo la dirección de la Superintendencia de Compañías, respetando las reglas del artículo siguiente en tanto le sean aplicables."*

Al respecto ya existe el precedente de que a propósito de una compañía en estado de disolución, es decir,

inactiva, en el cual la solicitud de Concurso Preventivo devino de uno de sus acreedores, la Superintendencia de Compañías resolvió con apego al ordenamiento jurídico ecuatoriano, admitirlo a trámite mediante Resolución No.: SCVS-INC-DNASD-2022-00004165 de 01 de junio de 2022 adecuando sus actuaciones al mandato de la Ley, como asimismo, al interés general de todos los acreedores de la compañía, precautelando de esta forma el derecho constitucional a continuar desarrollando actividades económicas de las que esta es titular.

Otra evidencia de que las compañías en estado de disolución tienen el derecho al Concurso Preventivo de Acreedores cuando enfrenten el riesgo de una quiebra, lo encontramos en la historia de la reglamentación expedida por la misma Superintendencia de Compañías, cuando de la lectura del texto reglamentario contenido en el Art. 1 de las Normas de Aplicación de la Ley de Concurso Preventivo vigentes hasta el año 1999 notamos que erróneamente la Superintendencia consideraba que las compañías en estado de disolución no podían ser objeto de Concursos Preventivos, sin embargo, con posterioridad, al expedir las Normas de Aplicación de Ley de Concurso Preventivo actualmente vigentes (R.O. No. 170 de 15 de abril de 1999), esa limitación fue corregida y eliminada.

Todo lo manifestado halla sustento en el carácter de orden público de las normas contenidas en la Ley de Concurso Preventivo a través de las cuales la Superintendencia de Compañías logra su máximo fin, cual es, de conformidad con lo establecido en el ya citado Art. 213 de la Constitución, velar por el interés general a través de la sujeción de las actividades económicas de las entidades públicas y privadas al ordenamiento jurídico, carácter de dichas normas que, de conformidad con lo establecido en el Art. 7 de la Ley, atiende al principio de "*Oficiosidad*" que impregna el procedimiento concursal conforme se deduce de la posibilidad de que el Superintendente de Compañías o su delegado admitan a trámite el Concurso Preventivo con la sola consideración al interés público y del de los acreedores.

IV

CONCLUSION

Somos del criterio que el Concurso Preventivo de Acreedores deviene de un mandato legal que establece un derecho y una obligación -simultaneas-, tanto para el deudor como para el acreedor o acreedores, de buscar y agotar los mecanismos que eviten la quiebra de sus actividades económicas o empresas. Estos derechos son garantizados por el Estado a través de la regulación y

administración que en su nombre realiza, en el caso de sociedades mercantiles, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; y, para los demás casos, de conformidad con el COGEP., los jueces competentes y el síndico de la quiebra.

Destacamos la colaboración académica y aporte realizado para la elaboración del presente ensayo a nuestra asociada la Abg. María Alexandra Maridueña Vargas. Msc.

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

Dr. Rafael Brigante Guerra

I.- INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ ESTE ARTÍCULO?

En el mes de enero de 2023, el autor finalizó un breve trabajo que apareció publicado tiempo después⁹⁵, en que se intentó un análisis crítico del requisito de celebración de un convenio de confidencialidad por parte los socios o accionistas para el acceso a información de aquellas sociedades en que tuviesen participación de capital, con especial énfasis a los desafíos de aplicación que se presentan cuando el acceso antecede a una reunión de la junta general; todo ello a la luz del entonces vigente texto del artículo 15 de la Ley de Compañías.

El referido precepto legal ha sido, sin embargo, recientemente reformado, como parte del extenso articulado

⁹⁵ BRIGANTE GUERRA, Rafael, “El convenio de confidencialidad como requisito para el acceso a la información por parte de socios o accionistas. Breve análisis crítico”. Derecho societario No. 18, Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. Edino, Guayaquil, 2023, páginas 89 y siguientes.

de la “Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo” (Suplemento del R. O. 269 del 15 de marzo de 2023).

Las presentes líneas son, por lo tanto, un esfuerzo por actualizar lo que ya quedó expresado, confesando, claro está, que en muchas ocasiones este tipo de iniciativas pueden quedarse cortas o ser ilusorias ante la avalancha de cambios normativos que caracteriza a la época actual.

En consecuencia, el presente trabajo, sea que se lo considere una continuación o un alcance del anterior, se remitirá en repetidas ocasiones a aquel.

II.- MODIFICACIONES AL TEXTO LEGAL EN EL AÑO 2020

A riesgo de que resulte algo repetitivo para quien, se confía, revise estas líneas teniendo a mano la primera parte de este trabajo, se intentará de todas maneras hacer primero una “línea de tiempo” que permita examinar cómo fue cambiando el texto de la disposición; y, por ende, los cambios del texto que ameritan que agreguemos el presente trabajo al anterior. Sin más preámbulo, los textos son (y han quedado), como siguen:

A.- TEXTO DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY DE COMPAÑÍAS, ANTES DE LAS REFORMAS DEL 2020

Como punto de partida del análisis, se refirió el texto que tuvo el artículo 15 de la Ley de Compañías hasta antes de la puesta en vigencia de la reforma acaecida en el mes de

diciembre de 2020. El texto, brevemente comentado en la primera entrega, era el 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.

B.- EL TEXTO DE 2020

Conforme se explicó en la entrega anterior, el Art. 15 de la Ley de Compañías experimentó una modificación en su texto, conforme aparece de la "Ley de Modernización a la Ley de Compañías" (Tercer Suplemento del R. O. No. 347 del 10 de diciembre de 2020). Su tenor es el que sigue:

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.

La primera parte de este trabajo se propuso analizar la exigencia, prevista en este texto, de que se celebre un convenio de confidencialidad para permitir al socio o

accionista el acceso a la información, y los inconvenientes prácticos que propiciaba el texto legal, algunos de ellos que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros intentó remediar por vía de disposiciones reglamentarias, tratando de evitar excesos en la aplicación por parte de los particulares. En esa línea, del análisis del texto reformado se destacaron algunas ideas que, a juicio del autor del presente trabajo, se debían tener en cuenta:

a) Que a pesar de que la reforma del 2020 al artículo 15 de la Ley de Compañías ha detallado de manera explícita la existencia de un deber de confidencialidad de los socios y accionistas de las compañías, previo a la puesta en vigencia de la reforma, preexistían en nuestro ordenamiento disposiciones que implican 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 sensible⁹⁶.

b) Que, por efecto de la manera en que estaba redactada la disposición, la necesidad de suscripción de estos convenios de confidencial aparecía cuestionable, pues el mismo no servía para "hacer nacer" una obligación (la de guardar lealtad y reserva) que ya existe plasmada en la ley⁹⁷, mientras que la exigencia terminaba apareciendo como riesgosa por el potencial empleo de esta disposición por

⁹⁶ Ídem. Páginas 94 a 99.

⁹⁷ Ibídem. Páginas 107 y siguientes.

parte de las administraciones de las sociedades como una especie de traba o medio de chantaje a los socios o accionistas, para dificultar o de plano impedir la revisión de información (por ejemplo en el caso emblemático de una inminente reunión de la junta general), imponiendo en el texto de ese convenio estipulaciones abusivas o ajenas al objeto, a sabiendas de que *para la compañía no acarrearía ninguna consecuencia la no celebración del convenio*, mientras que al socio o accionista que no se prestaba a la celebración le quedaba vedado el acceso a la información al que tiene derecho⁹⁸.

c) Que estos antecedentes apuntaban a que se revise la necesidad y utilidad del convenio de confidencialidad ideado por el legislador y tal como aparecía descrito en el texto de la disposición reformada: una vez descartada su supuesta función "creadora" de la obligación de guardar reserva, perspectiva desde la cual la celebración es redundante o innecesaria;

d) Que aparecía claro que el derecho de acceso a información de la sociedad, ni siquiera por virtud del texto de ese artículo, debía entenderse referido a la documentación que por mandato de la propia ley, debe ser remitida a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, tema del que quiso ocuparse la reglamentación aplicable a las juntas generales expedida por dicha

⁹⁸ Ibídem. Página 105.

entidad⁹⁹, en disposiciones (artículo 4) que continúan vigentes.

e) Que más allá de lo innecesario que aparecía este tipo de convenio, para supuestamente “regular” aspectos que bien podía ser materia de disposiciones expresas, el mismo podía en todo caso encontrar una función que sí presenta utilidad, como lo es la de regular cuestiones accidentales (por ejemplo, dejar sentados los horarios de visita, los costos de copias, etc.), o incluso procesales, como puede ser el sometimiento a un arbitraje para el caso de desacuerdos o de incumplimiento¹⁰⁰.

Hechas estas explicaciones y remisiones preliminares, corresponde dilucidar en qué ha cambiado el panorama a raíz de la nueva reforma del texto legal.

C.- EL ARTÍCULO 15, NUEVAMENTE REFORMADO. EL TEXTO

Ya se indicó en las líneas introductorias que mediante la “Ley Reformativa a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo”, se ha vuelto a reformar el artículo 15 de la Ley de Compañías. El texto ha quedado de la siguiente manera:

Art. 15.- Los socios o accionistas tendrán derecho a que se les confiera copia certificada de los estados financieros, de las memorias o

⁹⁹ Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2022-0010, que se publicó en el Segundo Suplemento del R. O. 99 del 6 de julio de 2022.

¹⁰⁰ BRIGANTE GUERRA, Rafael. Obra citada, página 110.

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, las grabaciones de las juntas generales e informes acerca de los asuntos tratados o por tratarse en dichas juntas. El derecho de acceso a la información previsto en este inciso será ilimitado, y no podrá denegarse bajo ningún concepto.

Los socios o accionistas también podrán examinar bajo supervisión del administrador y solicitar copia certificada de cualquier otra información incluida en los libros y documentos de la compañía, relativos a la administración social. Los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de este inciso, salvo que existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extra sociales o su publicidad perjudique los intereses de la compañía. El requerimiento de información previsto en este inciso no podrá denegarse cuando la solicitud esté apoyada por socios o accionistas que representen, al menos, el cincuenta por ciento del capital social. Los estatutos podrán fijar un

porcentaje menor, siempre que sea superior al veinticinco por ciento del capital social.

En el supuesto de utilización abusiva, perjudicial o indebida de la información solicitada, el socio o accionista será responsable de los daños y perjuicios causados a la compañía.

En cualquier caso, 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. De todos modos, la falta de suscripción de un convenio de confidencialidad no será causal para negar a los socios o accionistas el acceso a la información de la compañía prevista en el primer inciso de este artículo. De igual modo, la falta de suscripción de un convenio de confidencialidad no será motivo para denegar el acceso a la información prevista en el segundo inciso de este artículo si la correspondiente petición está apoyada por el porcentaje de los socios o

accionistas señalados en el segundo inciso de este artículo, dependiendo del caso.

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.

Sin perder de vista el propósito de este trabajo, que se centra en examinar el problema del convenio de confidencialidad y los posibles escenarios prácticos, la lectura del texto de la disposición reformada, por el hecho de presentar una “estructura” algo diferente a la de las versiones anteriores, impone primeramente establecer si, entre los varios cambios que presenta, se puede hablar de una “redefinición” del derecho de acceso a la información por parte de los socios o accionistas, que en ese caso implica que esta reforma está yendo más allá de meros cambios operativos. Sin duda es tentadora esta línea de análisis, pero habrá que proceder con precaución en el análisis.

La disposición del artículo 15 de la Ley de Compañías, al menos hasta mientras estuvo vigente el texto que se insertó en 2020, presentaba una estructura clara y definida, que se mantuvo a pesar de la reforma del año 2020: el “punto de

partida conceptual" o si se prefiere la "premisa" de la disposición es que si una persona es socia o accionista de una compañía (esto es, *es parte de un contrato por el cual ha puesto bienes de valor pecuniario en común con otras, para emprender una actividad y dividirse las eventuales ganancias*), goza de un derecho, aunque no ilimitado, para informarse de lo que hace dicha sociedad. Por eso, el postulado que "presidía" la disposición es el que aparecía en la frase inicial del inciso primero, esto es que "*los socios o accionistas podrán examinar todos los libros y documentos de la compañía relativos a la administración social*". No resulta una exageración si sostenemos que el resto de la disposición existía y tenía su razón de ser en la necesidad de *desarrollar y delimitar* el ejercicio de ese derecho. El socio o accionista puede solicitar copia de documentos *porque tiene un derecho de inspección o de examen*. Correlativamente, al deberle lealtad a sus socios (principio de la buena fe contractual), *no puede hacer un uso abusivo o desleal de esta información* y en consecuencia *debe guardar reserva de los datos sensibles*, y la sociedad *tiene ciertas herramientas para cuidarse de posibles abusos* (más allá de las críticas que se le puedan hacer a las herramientas que ha concebido el legislador).

La manera en que aparece redactada y diseñada la disposición reformada es algo diferente. Para comenzar, ya no está presente esta declaración general de que existe un derecho a examinar los libros y documentos de la compañía

que presidía el artículo en sus versiones anteriores; y de la cual el derecho de obtención de copias de tales documentos se podía considerar una emanación o aplicación práctica. El inciso primero pasa primeramente a mencionar una lista de documentos de los cuales cualquier socio o accionista tiene derecho a obtener copia certificada, sobre cuyo acceso y examen – que recién en la parte final del inciso recibe la etiqueta de ser consecuencia de un “derecho de acceso” – el inciso aquí comentado refiere que *no existe limitación alguna*.

Por su parte, el inciso segundo alude a otras informaciones y documentos que los socios o accionistas *también podrán examinar*, fraseo que de alguna manera suple las deficiencias de redacción que se le pueden achacar al inciso precedente, dejando claro que tanto el derecho a “obtener copias” de los documentos mencionados en el inciso primero, como el derecho de acceso que se describe en el inciso segundo, son ambas emanaciones, aunque graduadas, de ese mismo derecho de acceso a la información que le corresponde al socio o accionista, y que este inciso manifiesta que se extiende a otras informaciones que “también” se podrán examinar, eso sí, con las limitaciones legales. Por lo dicho, más que una “redefinición” del derecho de acceso a información del que se ocupa la parte inicial de este artículo, se le puede achacar cualquier duda aparente a una redacción que, como ya se dijo es deficiente (hay otras muestras en el texto restante). Sin

embargo, como se irá estableciendo, el análisis de este texto reformado no se puede agotar en la sola crítica de que se está diciendo lo mismo usando expresiones menos afortunadas, pues el régimen de acceso a la información si presenta algunos cambios que se irán resaltando.

Los incisos que vienen después, exhiben cierto desorden en la presentación de las ideas; pues teniendo en cuenta que la disposición existe para regular el derecho de acceso a la información del que goza el socio o accionista, y el correlativo deber de confidencialidad y de uso leal de la información de la compañía a la que pudieran tener acceso, la consagración de este principio, y las eventuales responsabilidades que envuelve la inobservancia de estos deberes pudieron haber sido colocados al principio de la disposición, incluso en forma de un primer inciso introductorio. Como se ha indicado, está ausente la declaración genérica del derecho de acceso a la información, idea que está más bien sobreentendida, mientras que la referencia al deber de confidencialidad y sus consecuencias figuran en este nuevo texto, respectivamente, como incisos cuarto y tercero, aunque resulta curioso que el primero de los incisos mencionados se refiere a las consecuencias de infringir este deber jurídico, sobre el cual se pronuncia el inciso siguiente, dejando la impresión de que bien pudieron haberse expresado en el orden inverso.

Por su parte, los dos últimos incisos del texto se refieren, el penúltimo a los casos en que se puede dar la celebración del

convenio de confidencialidad y el último a un eventual uso excepcional de la información, que debe autorizar la compañía, esto último en un texto que guarda similitud con el que ya aparecía en el texto de 2020.

III.- GRADACIÓN DE LOS NIVELES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: DOCUMENTOS DE "ACCESO ILIMITADO"

En la línea de las explicaciones que previamente se han intentado, se observa que la disposición reformada intenta efectuar una *gradación* del derecho de acceso a la información, pues como ya se ha visto, el primer inciso detalla una serie de documentos que el texto legal califica como de *acceso ilimitado*, documentos sobre los cuales existe además el derecho a solicitar y obtener *copia certificada*, por parte del socio o accionista:

Los socios o accionistas 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, las grabaciones de las juntas generales e informes acerca de los asuntos tratados o por tratarse en dichas juntas. El derecho de acceso a la

información previsto en este inciso será ilimitado, y no podrá denegarse bajo ningún concepto.

Comparado con el texto anteriormente en vigencia, y, como ya se ha indicado previamente, se puede suscitar una dificultad práctica, pues ya no consta la frase inicial que consagraba, en *general*, el derecho del socio o accionista a *examinar todos los libros y documentos de la compañía relativos a la administración social*, que precedía y en gran medida explicaba el derecho, en *especial*, a solicitar copia de los documentos que, con el aditamento de “las grabaciones de las juntas generales”, mantiene el inciso primero reformado.

En un escenario práctico, se entiende que el socio o accionista, salvo que active los mecanismos que describen los textos subsiguientes del artículo, no podría simplemente comunicar a la compañía su deseo de visitar la administración y “empaparse” del ejercicio, sino solamente a pedir las copias de estos documentos. Aparentemente, el legislador ha supuesto que este sistema dota a la compañía de mejores mecanismos de proteger su información sensible.

El acceso a estos documentos es un derecho, nos dice la disposición, que tiene un carácter ilimitado, *y no podrá denegarse bajo ningún concepto*. En la primera entrega de este trabajo, publicada para comentar la reforma del año 2020, ya se había indicado el esfuerzo del ente de control por evitar que el acceso a estos documentos por parte del

socio o accionista recibiera trabas basadas en la supuesta sensibilidad de la información, cuando, paradójicamente, en gran medida se trata de documentos que la sociedad incluso tiene la obligación de hacerlos públicos o remitirlos al ente de control en aplicación de la disposición del artículo 20 de la Ley de Compañías. Justamente para prevenir estas restricciones, se ha comentado que desde antes de que se publique esta reforma, ya se había insertado un texto referente al caso de estos documentos, en el inciso final del Art. 4 del Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías (Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2022-0010, que se publicó en el Segundo Suplemento del R. O. 99 del 6 de julio de 2022):

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 una denuncia societaria ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, conforme al reglamento respectivo.

De hecho, en el escenario, de enorme interés práctico, de una sesión en ciernes de la junta general de socios o accionistas, la misma disposición reglamentaria ha impuesto el deber que tiene la administración que convoca de incluir parte de esta información en la convocatoria: el precitado artículo 4 lo indica en su inciso primero:

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.

Mientras que el artículo precedente del reglamento, en su literal f), expresa que la convocatoria debe señalar *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...* Ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4" al que ya se ha aludido.

IV.- GRADACIÓN DE LOS NIVELES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: DERECHO DE ACCESO A OTRAS INFORMACIONES Y DOCUMENTOS DISTINTAS A LAS DE "ACCESO ILIMITADO"

Aunque aparece como algo positivo que se aclare, en disposición con rango de ley, que la compañía o sus administradores no le pueden poner trabas al acceso, por parte del socio o accionista, a esta documentación descrita por el inciso primero del artículo 15, reformado, si se integran al análisis los textos reformados restantes, se puede llegar a la conclusión de que esta reforma, en todo lo demás, en muchos escenarios posibles, ha dejado a los socios o accionistas *en una situación más desfavorable de la que presentaba el texto de 2020*.

La afirmación aquí efectuada, se basa en la manera en que está redactado el artículo reformado, que en referencia a todo documento o información que esté por fuera del catálogo que proporciona el primer inciso, ha relativizado el derecho del socio o accionista a examinar la información de la compañía, estableciendo una serie de reglas y diferenciaciones que es de temer que tienen el potencial para causar conflictos y de problemas de aplicación.

Bajo el imperio del texto del año 2020, con todos los reparos que se le podían hacer, el acceso a la información por parte de socios o accionistas, incluso cuando a veces aparecía condicionado a la impráctica exigencia de suscribir un convenio de confidencialidad, no podía afirmarse que

contemplara la posibilidad de que dicho acceso *pudiese ser denegado de manera absoluta o de plano*. Las críticas a la disposición, al menos las formuladas por el autor, se centraban en el excesivo poder que recibía la compañía titular de la información, con potencial para volver ilusorio el ejercicio de este derecho del socio o accionista mediante la exigencia de que se suscriban convenios de confidencialidad de contenido no razonable o abusivo, tema que podía moderarse a través de una reforma legal, pero, se insiste, al menos la disposición legal no daba pie para que la compañía baraje la posibilidad de simplemente denegar el acceso. Este panorama, al menos a la luz del tenor literal de esta disposición reformada, ha sufrido un cambio importante.

Si se empieza a leer el texto del inciso segundo del artículo reformado tenemos que, cuando se trata de documentos o de información *que no sea la que aparece referida en el inciso primero*, también hay derecho del socio o del accionista para examinarlos (la reforma inserta ahora la exigencia de que el examen se haga *bajo supervisión del administrador*). Sin embargo (y seguimos apegados al tenor literal), esto no tendrá aplicación *salvo que existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extra sociales o su publicidad perjudique los intereses de la compañía*. La lectura del inciso, al menos llegados a este punto, se podría pensar que tiende a que esta regla se funde en parámetros de razonabilidad, pues parece que la

denegación del acceso se debe motivar en "razones objetivas".

Sin embargo, y siendo además previsible la discusión de si estas "razones objetivas" son en realidad tales y no pretextos para estorbar al solicitante, la disposición continúa regulando la situación; y es aquí donde el legislador establece una diferenciación de tratamiento que no parece tener justificación. El inciso segundo, *in fine*, señala, como ya se ha transcrito, lo siguiente:

...[E]l requerimiento de información previsto en este inciso no podrá denegarse cuando la solicitud esté apoyada por socios o accionistas que representen, al menos, el cincuenta por ciento del capital social. Los estatutos podrán fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al veinticinco por ciento del capital social.

Este texto legal suscita varias interrogantes. La primera, claro está, es que la invocación de razones, por más que se las considere "objetivas" de un riesgo ante la divulgación, cede cuando quien solicita la información lo hace "apoyado" por un porcentaje determinado del capital (que salvo disposición contraria del estatuto, es del cincuenta por ciento, y aun en esos casos mínimo del veinticinco).

Pero se presenta una cuestión adicional y es que, si el anteriormente mencionado constituye un caso en que el *pedido de acceso no podrá negarse*; se tendría que, a

contrario sensu, se puede inferir que si el pedido de información proviene de accionistas que no llegan a ese porcentaje, entonces *sí podrá ser negado*. Si un socio o accionista minoritario, por sí solo, o inclusive coaligado con otros, no alcanza el porcentaje de participación que indica el texto legal, *simplemente no podrá examinar la información* porque este texto legal faculta a la compañía a desatender la petición, a menos que la compañía, graciosamente, se lo permita a su sola voluntad y sin poder ser obligada a obrar en ese sentido.

No deja ser curioso que la disposición exija un porcentaje tan elevado como el que requiere su texto para que no pueda denegarse el acceso a la información. Incluso si se quiere equiparar conceptualmente el ejercicio de este derecho con otros tradicionalmente reconocidos a las minorías, en los que la ley impone que éstas deben representar cierta participación para poder ejercerlos, los porcentajes requeridos en esos otros casos suelen ser inferiores. Para este caso, la disposición reformada indica que este pedido de información debe provenir o ser "apoyado" al menos del *cincuenta por ciento* del capital de la sociedad, porcentaje que el estatuto podrá sustituir por otro inferior que como ya se dijo, deberá ser de, por lo menos, el veinticinco por ciento.

Por cierto, este sistema que, en principio, pareciera ser excesivamente favorable y protectorio de la compañía, frente a sus socios o accionistas puede, en la práctica, ser muy

desfavorable contra aquella, pues como se ha visto, la obligación de permitir el acceso no obedece, a fin de cuentas, a esos "parámetros objetivos", sino que termina dependiendo únicamente del porcentaje de participación de los solicitantes: la información que objetivamente no es sensible, no pasa a serlo solo porque así lo diga la administración, y contra eso el accionista o socio debe tener algún derecho; pero, a la inversa, el hecho de que quienes quieran examinar las informaciones sensibles representen el cincuenta por ciento del capital no hace que esa información deje, por arte de magia, de ser sensible.

Ante este complicado e inconveniente sistema, lo que a criterio del autor sucede es que la disposición legal ha equivocado el enfoque del problema: existe en la ley, no solamente en el articulado de la Ley de Compañías sino en el ordenamiento privado, un deber de lealtad y de guardar reserva de la información sensible. Ese deber lo tiene toda persona para las sociedades de las que es integrante, sea que participe o no con un porcentaje importante en el capital social. Es claro que el ejercicio de ese derecho no puede ser abusivo (incluyendo repetidas solicitudes que muy bien pueden esconder una mera intención de estorbar o de crear conflictos con la administración), pero se trata de un tema que, a través de una regulación eficaz de las consecuencias que importe la infracción de ese derecho, puede solucionar los inconvenientes, sin necesidad de insertar estas distinciones artificiosas.

Para complementar estas reflexiones, se hace de todas maneras necesario abordar el tema central de este trabajo; y es que esta disposición reformada mantiene, aunque con ciertos cambios, la exigencia de suscripción de convenios de confidencialidad.

Interesa especialmente analizar si estos cambios sirven de antecedente para ratificar o modificar las afirmaciones que se efectuaron en la primera entrega de este trabajo.

V.- LA EXIGENCIA DEL CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD EN EL TEXTO REFORMADO

En el texto del artículo 15 reformado de la Ley de Compañías, es el inciso quinto el que se ocupa de la eventual suscripción de los convenios de confidencialidad. De su sola lectura se aprecian algunas diferencias con el sistema del texto anterior:

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. De todos modos, la falta de suscripción de un convenio de confidencialidad no será causal para negar a los socios o accionistas el acceso a la información de la compañía prevista en el primer inciso de este artículo. De igual modo, la falta de suscripción de un convenio de confidencialidad no será motivo para denegar el acceso a la información prevista en el segundo inciso de este

artículo si la correspondiente petición está apoyada por el porcentaje de los socios o accionistas señalados en el segundo inciso de este artículo, dependiendo del caso.

Manteniendo una redacción que en esa parte se parece a la del texto del 2020, el inciso señala que la decisión de exigir los convenios de confidencialidad le compete "a la compañía" y si es que aquella lo estima "conveniente". Es llamativo que el texto reformado mantiene esa referencia a "la compañía" como la que debe calificar la conveniencia, cuando en otros pasajes, por ejemplo al referirse a la posibilidad de establecer si la información es sensible, alude en cambio a "la administración". Este aspecto refuerza una interrogante que, al menos de pasada, se abordó en la primera entrega de este trabajo, y es que no se ha explicitado en la disposición cómo se produce esta calificación de conveniencia. En este punto, y más aún cuando el texto reformado en otros pasajes ha aludido a "la administración", pero no en este, la conclusión parece ser que la "conveniencia" no es un pronunciamiento de la administración sino del órgano de gobierno que esté facultado para conformar la voluntad social, que normalmente suele ser la junta de socios o de accionistas¹⁰¹. Por cierto, esta dualidad entre el empleo de "administración" y "compañía" presenta algunos desafíos adicionales. Por ejemplo, la disposición jamás explica si el así llamado

¹⁰¹ Cfr.- BRIGANTE GUERRA, Rafael. Obra citada, página 107.

“pedido de información” con o sin el respaldo del cincuenta por ciento de socios, debe ser elevado al conocimiento de la compañía o basta con que lo reciba la administración¹⁰².

Por cierto, visto que tanto en este inciso como en el anteriormente comentado se hace referencia a pedidos “apoyados” por este porcentaje legal o estatutario, se destaca que esa redacción parece apuntar a que el pedido no necesariamente “proviene” de todos los socios o accionistas necesarios para reunir el porcentaje sino que, en función del tenor literal, da la impresión de que bastaría que lo “apoyen”, de tal manera que existiría el caso, teóricamente posible, de algún socio que no solicite el acceso a la información para sí mismo, pero que dé un respaldo a otro que sí lo quiere solicitar. Huelga decir que la disposición no aclara de qué manera o ante qué órgano de la compañía se ventila este “pedido” ni quién es responsable de computar el porcentaje de participación de los peticionarios o de quienes los apoyan.

Prosiguiendo con este análisis, sigue estando claro, aun con los cambios que conlleva la reforma, que la finalidad de este convenio no es el de “constituir” o “hacer nacer” en el socio o accionista un deber de confidencialidad que nace de la ley, y que conforme intenta explicar el inciso cuarto de esta misma disposición, existe *en todos los casos*.

Si esto ya volvía cuestionable la utilidad y necesidad de suscripción de estos convenios, resulta que si añadimos a

¹⁰² En lo personal, el autor se inclina por esta última hipótesis.

este análisis las modificaciones que la reforma ha insertado en la disposición, nos topamos con que la celebración de estos convenios no es obligatoria para acceder a documentos de acceso ilimitado (los del inciso primero) pero tampoco cuando existe el ya referido "apoyo" del porcentaje de socios previsto en la ley o el estatuto. Dicho de otra forma, en estos casos la falta de celebración no condiciona ni es motivo para negar el acceso a la información. Vale la pena volver a transcribir el pasaje pertinente:

[D]e todos modos, la falta de suscripción de un convenio de confidencialidad no será causal para negar a los socios o accionistas el acceso a la información de la compañía prevista en el primer inciso de este artículo. De igual modo, la falta de suscripción de un convenio de confidencialidad no será motivo para denegar el acceso a la información prevista en el segundo inciso de este artículo si la correspondiente petición está apoyada por el porcentaje de los socios o accionistas señalados en el segundo inciso de este artículo, dependiendo del caso.

Si se lleva estas reglas legales al plano práctico, y se las concuerda con lo que se ha explicado en los apartados anteriores, es predecible que, ante una reunión de socios o accionistas o ante algún evento importante en la marcha social, que incline a uno o algunos socios o accionistas a pedir documentos o informaciones:

PRIMER CASO.- Los documentos son de libre e ilimitado acceso, cualquier socio o accionista los puede pedir sin suscribir ningún convenio de confidencialidad, incluso en el evento de que la compañía, violando la ley, acuerde exigirlo para el acceso a estos documentos.

SEGUNDO CASO.- Los documentos son de los que describe el inciso segundo, pero el o los solicitantes tienen el "apoyo" del porcentaje calificado legal o estatutario. En esta hipótesis, la compañía *no puede negar el acceso a la información; ni puede condicionarlo a la suscripción de convenios de confidencialidad aunque haya acordado la conveniencia de los mismos.*

Si el porcentaje de socios o accionistas que contempla la norma legal o estatutaria, se ha puesto de acuerdo para respaldar el pedido, nada extraño sería que en el mismo escrito o misiva contentivo del "petitorio" ya esté insertada la "advertencia" de que los peticionarios no desean ni se encuentran obligados a suscribir ningún convenio.

Con ese antecedente, existe un TERCER CASO, en que uno o varios accionistas, sin reunir el "apoyo" del porcentaje calificado legal o estatutario, soliciten examinar la información. Hipotéticamente, aquí sí la compañía podría exigir que suscriban los convenios, pero como se ha analizado en el presente trabajo, en este punto el texto legal deja entrever o al menos se presta para una importante restricción.

La comparación entre las reglas que se insertan en los incisos segundo y quinto del artículo, se presta para especulaciones: la regla del inciso quinto, sin ser ideal, reduce y suaviza las diferencias de tratamiento entre los socios y accionistas que reúnen el porcentaje legal o estatutario para pedir el acceso a la información y los que no lo reúnen, *porque la diferencia se ciñe a que a los primeros no se les puede exigir que suscriban un convenio y a los últimos en cambio sí*. Nuevamente, si esa fuese la única diferencia de tratamiento, la cuestión sería distinta. El problema es que este sistema (y esto podría haber sido causado por cambios en el proyecto del texto), es que al haber quedado el inciso segundo con el texto con el que se lo ha publicado, se ha dado ese margen a que la compañía ya no condicione el pedido a que se suscriba un convenio, sino a que lo niegue, escudado en el tenor literal que indica que solamente cuando hay el porcentaje legal o estatutario es que no cabe negar la petición.

El texto del inciso quinto, se insiste, parecería estar redactado en un sistema en el que a ningún socio le puede ser vedado el acceso por sola voluntad de la compañía. Solamente así se podría entender (aunque la regla es criticable) que se diga que, traspuesto cierto porcentaje de participación, los peticionarios quedan dispensados de celebrar estos convenios. Sin embargo, al entrar en acción el texto del inciso segundo, esta diferenciación termina

apareciendo como innecesaria: aplicado al pie de la letra el inciso segundo, se le puede negar al minoritario el acceso.

Aun en el evento de que la compañía permita el acceso (y si se trata de minoritarios hostiles o conflictivos se sentirá tentada a no hacerlo, aprovechando la redacción legal), quedaría el margen para imponer contenidos abusivos a los convenios, para justificar (como lo permitía el texto del 2020) las trabas al solicitante al amparo del pretexto de que "no quiso celebrar el convenio".

Vistos estos tres "casos", si las apreciaciones del autor son correctas, esto conlleva que la celebración de estos convenios pasará a tener escasa aplicación o bien, en el mejor de los casos, quedará reducida a meros "protocolos de acceso" para regular, como ya se mencionó, aspectos accidentales y procesales, por lo inútil que resulta exigir contenidos densos o una regulación exhaustiva para condicionar la celebración de un acuerdo que conceptualmente no sirve para instituir responsabilidades que el eventual firmante ya tiene, ni puede ser usado como herramienta de una supuesta presión al socio o accionista en los eventos de acceso a la información en que la propia ley ha indicado que la celebración es innecesaria.

Por otro lado, quedaría el residual y preocupante caso de los socios y accionistas que no reúnen los porcentajes de participación que señala el artículo y en los cuales, se reitera, el legislador introdujo una redacción que, por decir lo menos, es problemática.

VI.- A MANERA DE UNA BREVE CONCLUSIÓN

Conceptualmente, el autor del presente trabajo considera que los reparos a la exigencia legal de celebración de esta clase de convenios, lejos de quedar desvanecidos, se ven acentuados por la reforma hecha a la disposición del artículo 15 de la Ley de Compañías.

Por el contrario, los textos incluidos por el legislador en esta reforma, ofrecen materia prima para una mayor conflictividad, pues su aplicación literal, salvo mejor criterio del lector, genera el riesgo de que, ahora sí con la ley en la mano, las administraciones de ciertas compañías se sientan en capacidad de restringir de manera total el acceso a informaciones que, a fin de cuentas, en un escenario de buena fe, pueden servir a los socios o accionistas de las compañías para tomar decisiones informadas sobre la marcha social.

Por otra parte, no está demás insistir en que estos así llamados "convenios de confidencialidad", en el contexto de la disposición analizada, no parecen ser un mecanismo necesario para prevenir las situaciones de abuso o de infracción. El propio nombre de "convenios de confidencialidad" aparece impreciso porque su función no es instituir un deber que existe *independiente de que se lo celebre*. Se destaca, en todo caso, que el legislador exhibe un apego tal vez inmerecido a esta figura, y busca la manera de mantenerlos en el texto reformado a pesar de las

críticas a la disposición y a los conflictos que se pudieron dar en la aplicación.

Finalmente, se destaca que estas conclusiones no conllevan ni una crítica a la figura contractual del convenio de confidencialidad, cuya celebración se justifica en muchas situaciones del tráfico jurídico, ni tampoco envuelve la idea de que no deben existir controles o sanciones a ser impuestas a quienes infringen el elemental deber de lealtad del que están investidos en su condición de socios o accionistas de compañías. Las críticas hechas simplemente significan que a criterio del autor la regulación ensayada en la ley no demuestra ser la más eficaz, y se presta a aplicaciones interesadas y abusivas, ya no únicamente de las compañías, sino de los mismos socios o accionistas que, reuniendo un número determinado, pueden así mismo caer en el abuso y la sinrazón.

Guayaquil, septiembre de 2023

EL STATUS DE ACCIONISTA DE UNA COMPAÑÍA ANÓNIMA

Dr. Jorge Egas Peña

El propósito de este trabajo es el de actualizar el que publicamos en el 2010, con otros miembros de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, sobre la Compañía Anónima en el Ecuador, ante las recientes reformas a la legislación societaria ecuatoriana, una década después¹⁰³.

El status de accionista o la condición de socio de una compañía anónima es el conjunto de derechos y obligaciones de sus accionistas¹⁰⁴.

Nos vamos a referir, en primer lugar, al derecho a participar en las ganancias de la compañía y en el patrimonio resultante de la liquidación de la misma, que podemos

¹⁰³ **REFORMA #1.** *Ley de Modernización a la Ley de Compañías (3er.S.RO. #347- 10/12/2020)*

REFORMA #2. *Ley Reformatoria a la Ley de Compañías, Impulso Empresarial y Gobierno Corporativo (S.RO. #269 - 15/03/2023)*

¹⁰⁴ **GUILLERMO CABANELLAS DE LAS CUEVAS.-** Derecho Societario, Parte General, Tomo5, pág. 15. "Por status debe entenderse una situación jurídica determinada por la naturaleza del vínculo que crea un complejo de deberes y derechos, atribuciones, poderes en nuestro caso del socio en la sociedad."

sostener constituyen la primera razón de su intervención en ella, sin perjuicio de reconocer la posible existencia de otras razones económicas y jurídicas para hacerlo.

La Ley de Compañías se refiere en diferentes de sus disposiciones a tales características, como las contenidas en los artículos 1, 150 #11 y 207 #2 y #3 en que se los llega a calificar como derechos fundamentales del accionista. Lo dicho, sin perjuicio de reconocer la existencia de otros importantes derechos que también poseen los accionistas de las sociedades anónimas.

Si bien el #11 el Art. 150 L.C. sostiene que la escritura de fundación de una compañía contendrá las normas del reparto de las utilidades; el Art. 207 ibidem califica como derechos fundamentales del accionista (#2) el participar en los beneficios sociales, debiendo observarse igualdad de tratamiento para los accionistas de la misma clase; el Art. 208, indica que la distribución de las utilidades al accionista se hará en proporción al valor pagado de sus acciones. Entre los accionistas sólo podrá repartirse el resultante del beneficio líquido y percibido del balance anual. No podrá pagárseles intereses, esto último no impide que una vez acordado el reparto de las utilidades, se paguen intereses por el tiempo en que efectivamente se efectúe ese desembolso; o, que en el evento de acordarse entre los accionistas dejar esas utilidades para atender necesidades de liquidez temporal de la compañía se paguen intereses a

los socios que así lo acordaren; pues, el Art. 209 sostiene que acordada por la Junta General la distribución de utilidades, los accionistas adquieren frente a la compañía un derecho de crédito para el cobro de los dividendos que les corresponden; y todo crédito comercial, por lo general genera intereses.

Otra cosa es que de existir accionistas preferidos se les pague primero a éstos, antes que a los titulares de las acciones ordinarias; o, que se acuerde a favor de aquellos una participación superior a las de los demás, siempre que se lo haya convenido en los estatutos sociales (Art. 170 LC).

Finalmente, el Art. 298 expresa *"Distribución de dividendos.- Sólo se pagarán dividendos sobre las acciones en razón de beneficios realmente obtenidos y percibidos o de reservas expresas efectivas de libre disposición. La distribución de dividendos a los accionistas se realizará en proporción al capital que hayan desembolsado, según la forma como se haya decidido entregarlos, dentro de los noventa 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.”

Por otra parte, la mencionada ley se refiere también al otro derecho fundamental del accionista de la sociedad anónima; esto es, el derecho de participación en la cuota de liquidación de la misma (Art. 207 #3).

Consecuencia del derecho anteriormente referido, una vez terminada la vida activa de la compañía y luego de cumplidas las obligaciones de la misma con terceros, se repartirá entre los accionistas el remanente del haber social, esto es lo que subsista de la operación liquidatoria (Art. 389 #13); porción mejor conocida como cuota de liquidación. El artículo 207 #3 de la Ley de Compañías también reconoce como derecho fundamental de los accionistas el de participar en las mismas condiciones establecidas para el reparto de las utilidades, en la distribución del acervo social en caso de liquidación de la compañía.

Pero además de los **DERECHOS QUE LA LEY RECONOCE COMO FUNDAMENTALES DEL ACCIONISTA**, reconoce también otros derechos que pasamos a analizar brevemente.

1) El Derecho de Voto. El Art. 207 #4 de la L.C. califica de derecho fundamental de los accionistas el de intervenir en las Juntas Generales y votar cuando sus acciones le concedan el derecho a votar, en los términos del Art. 11 del Código Civil y el Art. 210 de la L.C. sostiene que *"Las acciones con derecho a voto lo tendrán en proporción a su valor pagado. Es nulo todo convenio que restrinja estatutariamente (ref. #2) la libertad de voto de los accionistas que tengan derecho a votar"*.

Por lo tanto otro de los derechos trascendentales del accionista es el de expresar su opinión sobre los asuntos importantes de la compañía, a través del voto que puede ejercer en las sesiones de Junta General de la misma, en que se manifiesta la voluntad social, siguiendo las normas de la Ley (convocatorias a sesiones, adopción de decisiones por mayoría, impugnación de las mismas etc.).

El inciso segundo del Art. 210 LC sostenía que es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas que tengan derecho a votar. Sin embargo, el Art. 207 #4 ibidem expresaba que el accionista puede

renunciar su derecho a votar, en los términos del artículo 11 del Código Civil; esto es, porque su renuncia no está prohibida si la misma solo afecta al interés personal del renunciante.

Esta manifiesta contradicción pretendió corregirla el legislador a través de la reforma del referido Art. 210 LC (Ref. 2) por lo cual se establece que *"Los acuerdos de accionistas que limiten, condicionen, modifiquen o restrinjan el ejercicio del derecho de votación de los accionistas, tendrán plena validez y serán oponibles ante la compañía y terceros, cuando se cumpliera el proceso establecido en esta ley para tales efectos"*.

Es decir que la reforma ha aclarado que la prohibición de la renuncia al derecho a votar existe cuando es introducida en los estatutos sociales, pero puede hacérselo mediante los pactos parasociales celebrados entre accionistas.

"Art. (...) Acuerdos de accionistas. Los acuerdos de accionistas sobre el ejercicio del derecho de voto.... deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. Caso contrario, a pesar de su validez inter partes, dichos acuerdos devendrán inoponibles para la

sociedad por acciones simplificada y, por remisión expresa de la ley también para las compañías anónimas.

Los acuerdos de accionistas no podrán tener un plazo superior a diez (10) años, prorrogables por voluntad unánime de los suscriptores, por períodos que no superen el mismo espacio de tiempo. Los accionistas suscriptores del acuerdo deberán indicar, en el momento de depositarlo, la persona que habrá de representarlo para recibir la información o para suministrarla cuando ésta fuere solicitada. La compañía podrá requerir por escrito al representante aclaraciones sobre cualquiera de las cláusulas del acuerdo, en cuyo caso la respuesta deberá suministrarse, también por escrito, dentro de los cinco (5) días comunes siguientes al recibo de la solicitud.

El presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado. En las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover, ante el Juez de lo Civil del domicilio social de la sociedad por

acciones simplificada, la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos."

2) Derecho a Negociar libremente sus Acciones. El Art. 207 #8 dispone que es derecho fundamental de los accionistas negociar libremente sus acciones. La reforma al Art. 191 de la Ley de Compañías (Reforma #1) dispone "El derecho a negociar las acciones libremente no admite limitaciones en el estatuto social". *Serán válidos los pactos entre accionistas que establezcan condiciones para la negociación de acciones, o que se celebren para cualquier otro asunto lícito. Los acuerdos de accionistas de las sociedades anónimas, se regirán, en lo que no contravenga a esta sección, por lo previsto para los acuerdos de Accionistas de las Sociedades por Acciones Simplificadas*"; esto es, las reformas de los artículos #317 #28 y #317 #42.

La Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación (R.O.#151 del 28 de febrero de 2020) por la cual se creó la Sociedad por Acciones Simplificadas S.A.S. en su artículo s/n al referirse a los Acuerdos de Accionistas, al cual parece referirse la reforma del Art. 210 de la Ley de Compañías.

La remisión prevista a las regulaciones existentes para las S.A.S., en los artículos anteriores, en definitiva desconocen los principios absolutos a la libre

negociabilidad de las acciones existentes para las sociedades anónimas, al aceptar la posibilidad de que en los estatutos sociales se pueda convenir la autorización previa de la asamblea o algún tipo de pacto o condición previa al respecto.

Por otro lado, la reforma reconoce la validez de los acuerdos entre accionistas sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas o para aumentar el capital social, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del derecho a voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro objeto lícito deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas en donde funciona la administración de la sociedad. Caso contrario, a pesar de la validez interpartes dichos acuerdos devendrán inoponibles para la sociedad (Art. 312 #42).

Tal disposición conlleva el reconocimiento legal de la figura legal de la sindicación de acciones o pactos parasociales.

Otro tanto sucede con las acciones preferidas que no otorgan derecho a voto (Art. 170) aun cuando a cambio se puede pactar que tengan derechos preferentes en cuanto al pago de dividendos o en cuanto a su derecho

a percibir su cuota especial de la liquidación de la compañía.

- 3) Derecho a la Información.** Otro derecho que la ley reconoce a los accionistas, como consecuencia de la propiedad que tiene sobre sus acciones, es el derecho a **examinar todos los libros y documentos relativos a la administración de la compañía; y, la de obtener copias certificadas de los balances generales, informes de los administradores y comisario y auditores, y de las actas de las Juntas Generales; así como podrán solicitar la listas de accionistas e informes de los asuntos tratados o por tratarse en dichas juntas.**

Estos derechos han sido ampliados en la reforma al Art. 15 de la Reforma a la Ley #2, que dice:

"Art. 15.- Los socios o accionistas 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, las grabaciones de las juntas generales e informes acerca de los asuntos tratados o por tratarse en dichas juntas. El

derecho de acceso a la información previsto en este inciso será ilimitado, y no podrá denegarse bajo ningún concepto.

Los socios o accionistas también podrán examinar bajo supervisión del administrador y solicitar copia certificada de cualquier otra información incluida en los libros y documentos de la compañía, relativos a la administración social. Los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de este inciso, salvo que existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique los intereses de la compañía. El requerimiento de información previsto en este inciso no podrá denegarse cuando la solicitud esté apoyada por socios o accionistas que representen, al menos, el cincuenta por ciento del capital social. Los estatutos podrán fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al veinticinco por ciento del capital social.

En el supuesto de utilización abusiva, perjudicial o indebida de la información solicitada, el socio o accionista será responsable de los daños y perjuicios causados a la compañía.

En cualquier caso, 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 tuvieron 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. De todos modos, la falta de suscripción de un convenio de confidencialidad no será causal para negar a los socios o accionistas el acceso a la información de la compañía prevista en el primer inciso de este artículo. De igual modo, la falta de suscripción de un convenio de confidencialidad no será motivo para denegar el acceso a la información prevista en el segundo inciso de este artículo si la correspondiente petición está apoyada por el porcentaje de los socios o accionistas señalados en el segundo inciso de este artículo, dependiendo del caso.

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.”

Es necesario recalcar que el derecho anteriormente concedido a los accionistas era solo de solicitar copias certificadas de los referidos documentos y hoy se les ha ampliado al derecho a examinar todos los libros y documentos de la compañía, sin fijar un mínimo de participación accionaria para el efecto, con lo cual un accionista con una sola acción también puede solicitarlo, abriendo la posibilidad de que la competencia acceda a secretos o información reservada de la empresa

- 4) Otro de los derechos de los accionistas es el de **participar en la administración y fiscalización de la compañía**, no solo controlando a los titulares de la misma, sino también ejerciéndola, cuando fueren escogidos para el efecto (Art. 207 #5). Esto sólo es frecuente en las pequeñas empresas de carácter familiar, pues las grandes empresas generalmente acuden a administradores profesionales. Otro tanto se da en cuanto a la fiscalización de la compañía.

Una reciente reforma (Art. 354 Ref. #2) otorga a cualquier accionista de una compañía anónima el

derecho a solicitar al Órgano de Control la intervención de la misma cuando lo solicitare manifestando que ha sufrido o se halla en riesgo de sufrir grave perjuicio por incumplimiento o violación de la ley, sus reglamentos o el estatuto de la compañía, en que hubieren incurrido ésta o sus administradores.

El o los peticionarios deberán comprobar su calidad de socios o accionistas sin necesidad de poseer por lo menos el 10% del capital social como lo exigía la ley anteriormente. Creemos que esta facultad otorgada indiscriminadamente a cualquier accionista es excesiva y capaz de provocar perjuicios graves a una compañía por parte de un accionista minoritario.

La reforma también agrega que, de ser el caso, en adición a la orden de intervención de una compañía también se podrá ordenar, producto de una denuncia societaria presentada por cualquier socio o accionista, la cancelación de un acto societario realizado en infracción de la ley, sus reglamentos o el estatuto de la compañía.

Complemento de este derecho es el de pedir la convocatoria a sesiones de Junta General para tratar los asuntos que se indiquen en su petición, siempre que representen por lo menos el 25% del capital social, requisito que en las últimas reformas se ha rebajado al 10% del capital social, dentro de la nueva tendencia de

mejorar el derecho de las minorías, no siempre acertado por el legislador (Reforma Art. 213 L.C.). No sería necesario la representación del capital antes referido, cuando la convocatoria se solicitare por omisión de la administración en efectuar la misma para conocer el balance anual o no se hubiere deliberado para efectuar sobre la distribución de las utilidades sociales (Art. 212).

Si el administrador o el organismo directivo rehusare a hacer la convocatoria o no la hiciere en el plazo de quince días contados desde el recibo de la petición, el accionista petionario podrá ocurrir al Superintendente de Compañías solicitando dicha convocatoria (Art. 212).

Los abusos o excesos de la mayoría han determinado a la legislación de muchos países a buscar fórmulas que respetando el derecho de las mayorías a imponer sus decisiones proteja a las minorías contra el abuso de ese derecho, pues las minorías suelen estar en la más completa desigualdad e indefensión.

- 5) Este derecho también se extiende a la **facultad de impugnar las resoluciones de la Junta General** y demás organismos de la compañía en los casos y en la forma establecida en los artículos 215 y 216 de la Ley de Compañías

La acción de impugnación y/o nulidad de los acuerdos sociales era contemplada de manera muy breve por la

Ley anterior a las recientes reformas, por lo que en éstas se ha introducido una regulación más detallada de las mismas, según los Arts. 215 y 216 de Reforma #2, cuyo tenor es el siguiente:

"Art. 215.- *Cualquier accionista, según las normas de esta Ley y dentro de los plazos que establece, podrá impugnar los acuerdos de las juntas generales o de los organismos de administración que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la compañía. El derecho de impugnación de las resoluciones de los órganos sociales se ejercitará conforme a lo dispuesto en el artículo 249 de esta Ley.*

La acción de impugnación de los acuerdos o resoluciones a que se refiere el inciso anterior deberá ejercitarse en el plazo de un año a partir de la fecha del acuerdo o resolución, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción prescribirá en cinco años. El plazo de caducidad se computará desde la fecha de adopción del acuerdo si hubiera sido adoptado en junta general o en reunión del Directorio u otro órgano colegiado de administración, y desde la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo hubiera sido adoptado por una junta con vocación de no instalación de sesión formal.

La acción de impugnación de una resolución de junta general o de un organismo de administración no suspenderá la ejecución ni el cumplimiento de lo que en la resolución impugnada se hubiere acordado.

Si la impugnación es aceptada, el Juez ordenará que la resolución impugnada quede sin efecto y fijará, cuando correspondiere, la indemnización por los daños y perjuicios irrogados a la compañía y al accionista impugnante. Los accionistas o administradores que votaron favorablemente para la adopción de la resolución impugnada, responderán ilimitada y solidariamente de las consecuencias de las mismas.

No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Esta nueva sustitución debe ser aprobada con sujeción al procedimiento y quórum previsto en esta Ley para la aprobación de las distintas resoluciones sociales. Si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar después de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto. Este inciso tendrá aplicación sin perjuicio del derecho del impugnante a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los

daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor.

Para la impugnación de los acuerdos sociales están legitimados los accionistas que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo. Para la impugnación de los acuerdos que sean contrarios al orden público, estará legitimado cualquier accionista, aunque hubiera adquirido esa condición después del acuerdo.

Art. 215.1.- *No procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos:*

- a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, sus reglamentos de aplicación, el estatuto social o los reglamentos de la junta general o del consejo de administración, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante;*

- b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la compañía en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación;*
- c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano; o,*
- d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.*

Art. 216.- *Si a petición de cualquier accionista, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros llegare a establecer que la junta general de accionistas o que un organismo de administración de una compañía, ha adoptado una o más decisiones en contravención a esta Ley, sus reglamentos de aplicación o al estatuto social de la compañía o que, en su adopción, los accionistas o administradores incurrieron en un abuso de sus derechos de votación*

por mayoría, minoría o paridad , el Superintendente deberá emitir una resolución motivada en la que dispondrá la suspensión de todos los efectos de la decisión comprendida en uno o más de esos casos. La suspensión podrá ser ordenada siempre que dicha resolución no se hubiere ejecutado al momento de la recepción de la petición.

Art. 216.1.- *La solicitud al Superintendente de Compañías, Valores y Seguros por parte de uno o más accionistas deberá realizarse dentro del término de diez días siguientes a la fecha de la clausura de la junta general o posteriores a la fecha en que el órgano administrativo tomó la decisión, o dentro del término de cinco días siguientes a la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo hubiera sido adoptado por una junta con vocación de no instalación de sesión formal. En la petición se demostrará, por cualquier medio probatorio, físico o digital, que el o los reclamantes no concurrieron a la reunión respectiva de la junta o del órgano administrativo o que, concurriendo o participando en la misma, dieron su voto en contra de la decisión, sin perjuicio de señalar la infracción de la cláusula del estatuto social, del precepto legal o reglamentario que corresponda, o bien el concepto del abuso o del perjuicio.*

Art. 216.2.- Dentro del término de tres días siguientes a la fecha de presentación de la petición, la Superintendencia determinará si la misma cumple con todos los requisitos que estableciere reglamentariamente, y decidirá sobre su admisibilidad o no. Si la Superintendencia considera que la petición cumple con todos los requisitos establecidos para tal efecto, la petición será admitida. Si en cambio, la petición no cumple con los requisitos determinados reglamentariamente por la Superintendencia, la autoridad societaria, previo a la admisión a trámite de la petición, ordenará al peticionario que aclare, complete o realice las rectificaciones que fueren necesarias. Las aclaraciones o correcciones apropiadas deberán ser realizadas dentro del término de tres días contado desde la notificación del requerimiento de la Superintendencia. Si el peticionario no efectúa las correcciones solicitadas, la Superintendencia ordenará el archivo de la petición y la devolución de los documentos adjuntos a ella, sin necesidad de dejar copias.

Art. 216.3.- La petición será admitida mediante decisión de la Superintendencia. La notificación de la petición a la compañía se efectuará dentro del término de cinco días contado después de la admisión de la petición.

Art. 216.4.- *Una vez recibida la notificación, la compañía tendrá el término de cinco días adicionales para presentar su contestación. La compañía podrá allanarse a la pretensión del peticionario o responder a las argumentaciones y reclamaciones incluidas en la solicitud de suspensión, pudiendo utilizar cualquier medio probatorio, físico o digital, para justificar sus respuestas.*

Art. 216.5.- *La Superintendencia deberá notificar las conclusiones y observaciones preliminares a las partes, dentro del término de los diez días posteriores a la fecha de recepción de la contestación a la petición de suspensión. Cuando la compañía no hubiere presentado contestación alguna o la hubiere presentado de manera extemporánea, el término para notificar las conclusiones y observaciones preliminares a las partes se contará desde el día siguiente del fenecimiento del término previsto en el artículo precedente.*

Las partes tendrán el término común de tres días contado desde su respectiva notificación, a fin de que puedan formular sus descargos u observaciones y presenten los documentos que adicionalmente se precisaren para el esclarecimiento de los hechos. El término concedido es el momento procesal oportuno para la presentación de descargos u observaciones,

por lo que toda documentación presentada extemporáneamente no será incorporada al expediente.

La Superintendencia deberá emitir y notificar a las partes la resolución administrativa que resolverá la solicitud de suspensión, dentro del término de los diez días posteriores a la finalización del término común previsto en el inciso precedente. Si la resolución administrativa declarare la suspensión, la notificación efectuada impedirá que la decisión de la junta general o del órgano administrativo produzca sus efectos. Si la resolución cuya suspensión se solicitó se ejecutó mientras transcurría el procedimiento, la notificación efectuada determinará que dicha ejecución quede sin efecto.

Art. 216.6.- La resolución del Superintendente podrá ser impugnada por las partes, únicamente con efecto devolutivo.

En sede administrativa, las impugnaciones se efectuarán de conformidad con el Código Orgánico Administrativo.

En sede judicial, la impugnación a la resolución del Superintendente se tramitará como una acción contencioso administrativa, de acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos. En aquel caso, la

acción de impugnación se tramitará en procedimiento sumario.

La impugnación en sede judicial deberá ser presentada dentro del término de diez días siguientes a la fecha en que fuere notificada la resolución administrativa que se buscare impugnar.

Cuando la resolución del Superintendente de Compañías, Valores y Seguros estuviere en firme, el o los accionistas interesados podrán solicitar que, en sede judicial, se ordene a la compañía que ejecute el acuerdo social negado por el ejercicio abusivo de los derechos de votación, cuando correspondiere.

Art. 216.7.- *Siempre que dentro del término señalado en el artículo 216.1 de esta Ley no se hubiere presentado la solicitud a la que se refiere la norma de dicho artículo, que dicha solicitud hubiere sido inadmitida por cualquier concepto o, en su caso, si se estimare que el Superintendente, debiendo haber resuelto la suspensión de los efectos de una decisión de junta general o de un órgano de administración de la compañía, no lo hizo, cualquier accionista podrá entablar, en sede judicial, las acciones de nulidad de las resoluciones de junta general o de los organismos de administración, cuando dichos acuerdos no se hubieren adoptado de*

conformidad con esta Ley, sus reglamentos de aplicación o el estatuto social. La acción de nulidad de los acuerdos contrarios a esta Ley, sus reglamentos de aplicación o al estatuto social no queda sujeta a los plazos de caducidad previstos en el artículo 215 de esta Ley. En su lugar, se regirán por las normas del Código Civil. Las acciones se presentarán ante la jueza o juez de lo civil del domicilio principal de la compañía, quien las tramitará en procedimiento sumario.

Las acciones de nulidad podrán ser interpuestas por todo el que tenga interés en ello, excepto quienes hubieren aprobado la resolución cuya nulidad se demanda, quienes hubieran ejecutado un acto o celebrado un contrato derivado de dicha resolución, sabiendo o debiendo saber el vicio que los invalidaba o quienes, habiendo tenido ocasión de alertar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo en el momento oportuno, no lo hubieran hecho.

Como medida cautelar, el juez podrá suspender, a petición de parte, la ejecución de la resolución cuya nulidad se solicita, siempre que dicha suspensión no paralice las actividades de la compañía, existan motivos graves que justifiquen dicha suspensión y no mediaren perjuicios a terceros. La suspensión podrá

ser ordenada siempre que la resolución recurrida no se hubiere ejecutado al momento de la recepción de la demanda.

El juez podrá disponer que el demandante rinda aval, caución u otra garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida cautelar pudiera causar a la compañía. En lo que no resultare contrario a este artículo, se aplicarán las disposiciones del artículo 215 de esta Ley.”

- 6) Otro derecho preferente de los accionistas es el de **participar en los aumentos de capital que llegare a resolver la compañía (Art. 181 L.C.)**; pudiendo hacerlo en proporción a sus acciones. Este derecho se ejercitaría dentro de los treinta días siguientes a la publicación del aviso respectivo, ya no por la prensa, como se establecía anteriormente, sino en el portal de la Superintendencia de Compañías y por medio del correo electrónico de los socios de la compañía y por otros medios adicionales contemplados en el estatuto social de la misma.

La finalidad perseguida mediante el ejercicio de este derecho es el de que el accionista mantenga su posición de poder en la compañía, que de manera contraria podría ser amenazada por un acto unilateral de los otros socios.

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

La reforma pareciera que persigue no incurrir en gastos innecesarios de publicación, sin perjuicio de precautelar el derecho de información de los accionistas; así como también, impedir maniobras dentro de grupos mayoritarios de la sociedad ejercida con la intención de diluir la participación de los demás socios en eventuales aumentos de capital que pudieren perjudicar sus intereses.

- 7) Derecho a Negociar Librementemente las Acciones** (Art. 191 LC).- Los accionistas tienen el derecho fundamental a negociar libremente sus acciones, derecho que no admite limitación alguna dentro del contrato social; ya que es de la esencia de esta especie de sociedades el derecho a disponer voluntariamente de las mismas; pues, tienen el título de su derecho que es libremente transferible (Art. 207 #8 LC).

Sin embargo, tal prohibición no impide que un accionista convenga por separado, con otro u otros accionistas,

determinadas restricciones al respecto, como oportunidad, precios o derecho preferente para la transferencia de las mismas, a través de los llamados pactos parasociales o contratos de sindicación de acciones (Art. 191, Reforma Ley #1), la cual sostiene *"Son válidos los pactos entre accionistas que establezcan condiciones para la negociación de acciones o que se celebren para cualquier otro asunto lícito. Los acuerdos de accionistas de las sociedades anónimas se registrarán, en lo que no contravenga en esta sección, a lo previsto para los acuerdos de accionistas de las sociedades por acciones simplificadas"*.

8) El Derecho de Separación.- También llamado derecho de receso o de retiro es otro de los derechos trascendentales de los accionistas; y, se da cuando la compañía adopta decisiones que no estando prohibidas por la ley, afectan de manera importante el interés de algunos accionistas a seguir participando en la compañía, como en los casos de cambio del objeto social, o traslado del domicilio de la compañía al extranjero, etc.

Nuestra legislación no contempla de manera relevante la existencia de este derecho; y, solo lo regula de manera expresa al tratar de la transformación de las sociedades (Arts.332-333) y tangencialmente en los casos de fusión (Art. 334) y escisión (Art. 352) que mandan aplicar las

reglas de la transformación a todo lo que no estuviere expresamente regulado para las fusiones y escisiones. Igual regulación contempla el Art. 419 LLC para los socios o accionistas disidentes o no concurrentes a la Junta General que hubiere acordado el traslado del domicilio social al extranjero.

El derecho de separación responde a la necesidad de proteger al accionista minoritario en las divergencias surgidas con los de mayoría, por decisiones que afectan a sus intereses; y, si bien tal situación podría resolverse con la libre negociación de sus acciones, en ocasiones tal propósito no se consigue por tal vía, por lo que el legislador considera que debe habilitarse la salida o retiro del socio, con las medidas de seguridad necesarias para que se le reembolse el justo valor de sus acciones. La Ley de Compañías no establece para las sociedades anónimas causales para la separación voluntaria de los socios, como sí lo hace para las compañías limitadas (Art. 137.1), salvo la previsión contenida en el Art. 29 que faculta a cualquier socio a separarse de la compañía cuando no se llenaren oportunamente las formalidades previstas en la Ley para su consideración.

Las Reformas a la Ley de Compañías del año 2020 (Ref. #1), sostienen:

"Artículo 333.- Obligados al acuerdo de transformación. Separación de socios o

accionistas: El acuerdo de transformación sólo obligará a los socios o accionistas que hayan votado a su favor.

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

Salvo que la resolución de transformación hubiere sido aprobada por todos los socios o accionistas, una vez adoptada la decisión de transformación, el representante legal de la compañía deberá notificar dicho particular a todos los socios o accionistas, mediante comunicación enviada por cualquier medio, físico o digital, por tres días consecutivos, a la cual se aparejará el balance de transformación aprobado por la junta general. A los socios o accionistas cuya individualidad, domicilio o residencia sea imposible de determinar, se les comunicará mediante

publicaciones que se realizarán, por tres días consecutivos, en un periódico de amplia circulación del domicilio principal de la compañía. El plazo para el ejercicio del derecho de separación empezará a contarse a partir del día siguiente a la última comunicación o de la última publicación, cuando correspondiere.

Para la separación, el socio o el accionista notificará su decisión mediante comunicación enviada por cualquier medio, físico o digital, al representante legal de la sociedad, dentro de los cinco días contados desde la fecha de la última notificación prevista en el inciso anterior.

Para que la notificación a través de un medio digital tenga validez, se deberá dejar constancia, por cualquier medio, de la transmisión y recepción de la comunicación, de su fecha y hora, del contenido íntegro, y de las identidades del remitente y destinatario.

El balance de transformación, en lo relativo al reembolso del valor de las participaciones o de las acciones, podrá ser impugnado por el accionista o socio disidente o no concurrente en el plazo de treinta días contados desde su fecha, ante la

Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la que dictará resolución definitiva previos los exámenes y peritajes que fueren del caso."

Artículo 334: Derecho de Separación.- *Las acciones o participaciones de quienes hagan uso del derecho de separación se reembolsarán al valor que, libremente, acuerden el socio o accionista que se separa y la compañía. De no haber acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, éstas serán valoradas por un perito designado por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a solicitud de la compañía o de cualquiera de los socios o accionistas titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración. El perito deberá emitir su informe en el plazo máximo de dos meses a contar desde su designación.*

Salvo decisión judicial en contrario o que mediere un acuerdo entre las partes que fije un plazo diferente, la compañía deberá efectuar el reembolso del valor de las acciones o participaciones en un plazo que no excederá de tres meses contados a partir de la fecha en que el

socio o accionista y la compañía acordaron el valor de las participaciones o de las acciones; o, en su defecto, contados a partir de la recepción del informe de valoración del perito. Este reembolso, salvo acuerdo en contrario, deberá ser hecho de contado. En cualquier caso, el ejercicio del derecho de separación no impedirá la prosecución del trámite normal de transformación.

Por efectos del derecho de separación, la compañía deberá disminuir su capital social, en la medida que represente el valor nominal de las acciones o participaciones del socio o accionista que haya hecho uso de su derecho de separación. En este caso, el representante legal, previo acuerdo de la junta general, otorgará inmediatamente el acto societario de disminución de capital, expresando en ella las acciones o participaciones que se eliminan, la identidad de los socios o accionistas que se separan, la fecha de reembolso y la cifra a la que hubiera quedado reducido el capital social. De igual manera, podrá acordarse, de acuerdo con las resoluciones de la junta general, un aumento de capital para reponer el valor del rescate.

Cuando el monto del reembolso fuere superior al valor nominal de las acciones o participaciones, el exceso no cubierto por la disminución de capital deberá ser pagado con fondos de la compañía, para lo cual se podrán emplear reservas legales o facultativas y estatutarias, de existir, o activos no esenciales de la misma, siempre y cuando no se perjudique su normal funcionamiento.

Si el reembolso del exceso pusiere en peligro la estabilidad patrimonial de la compañía o ésta no estuviese en posibilidad de realizarlo por falta de liquidez u otro motivo, éste se efectuará en los plazos y forma de pago que acuerden las partes; y, de no existir acuerdo, en la forma dispuesta por el Juez del domicilio principal de la compañía, mediante procedimiento sumario, a solicitud del socio o accionista que decidiere ejercer su derecho de separación. En cualquier caso, la compañía deberá adoptar los recaudos que correspondieren para asegurar el cumplimiento del plan de pagos convenido entre las partes o dispuesto en sede judicial.”

Artículo 335: Del Derecho de Separación.-

Verificada la decisión de aquellos socios o accionistas que ejerzan su derecho de separación

o transcurrido el plazo fijado legalmente sin que hubieren hecho uso de ese derecho, la transformación se formalizará por instrumento público.

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

El acuerdo de transformación no podrá modificar la participación de los socios o accionistas en el capital de la compañía. A cambio de las acciones, participaciones o cuotas sociales que desaparezcan, los antiguos socios o accionistas tendrán derecho a que se les asigne acciones, participaciones o cuotas sociales, proporcionales al valor nominal de las acciones, participaciones o cuotas sociales poseídas por cada uno de ellos. Tampoco podrán sufrir reducción los derechos correspondientes a títulos distintos de las

acciones, participaciones o cuotas sociales, a no ser que los titulares lo consientan expresamente.

La responsabilidad ilimitada que asuman los socios o accionistas en virtud de la transformación, no se extiende a las obligaciones anteriores a ese acto societario.

La transformación de las compañías en nombre colectivo y comanditarias no libera a los socios colectivos de responder personal y solidariamente, con todos sus bienes, de las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la compañía, a no ser que los acreedores hayan consentido expresamente en la transformación.”

Estas regulaciones han sido modificadas mediante algunas disposiciones de la Reforma #2 (Arts. 331 al 335 de la Ley de Compañías), a través de las cuales se persigue regular de manera más detallada el proceso de separación del socio disidente, protegiendo sus intereses sin enervar el derecho de la mayoría (75% del capital social) a proseguir con los procedimientos de transformación, fusión y escisión, aun cuando es posible que provoquen una excesiva dilatoria de sus trámites.

Los socios disidentes no concurrentes a la junta que acordó la transformación, fusión o escisión tendrán el

derecho a separarse de ella exigiendo el reembolso del valor de sus acciones o participaciones, de conformidad con el respectivo balance (de transformación, fusión o escisión), más el interés máximo convencional calculado desde la fecha de la notificación de la separación hasta el día en que debe ejecutarse el reembolso.

El balance antes referido podrá ser impugnado por el accionista disidente; y, revisado por un perito de la Superintendencia de Compañías, y superado el problema, la compañía efectuará el desembolso correspondiente, sin perjuicio de efectuar una disminución del capital correspondiente al desembolso efectuado.

- 9) Acción Social de Responsabilidad contra los Administradores.-** Los administradores tendrán la responsabilidad derivada de las obligaciones que la ley y el contrato social les impongan como tales y las contempladas en la ley para los mandatarios (Art. 255 L.C.). Igualmente la tendrán por la contravención a los acuerdos de la Junta General, salvo excepciones previstas en la Ley es nula toda estipulación que tienda a absolver a los administradores de las responsabilidades o a limitarlas. Los administradores no contraen por razón de su administración ninguna obligación personal por los negocios de la compañía (Art. 255).

Esta disposición ha originado alguna confusión en su aplicación en el campo laboral, fiscal y de la seguridad social; no obstante que los mismos pueden ser considerados como de excepción previstos en la reforma.

El ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores de la compañía es de competencia de la Junta General, la misma que deberá designar la persona que debe ejercer la acción correspondiente.

La reforma a los incisos finales del Art. 272 LC (Ref. #1), sostiene: El o los accionistas que representen, individual o conjuntamente, el 5% del capital social, podrán entablar a nombre y en defensa del interés de la compañía, la acción social de responsabilidad, cuando la misma, por intermedio de la persona designada, no la presentare dentro del plazo de un mes contado desde la fecha en que la Junta General acordó ejercer la acción correspondiente.

El o los accionistas a los que se refiere el inciso anterior podrán ejercer directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la Junta General.

DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ACCIONISTAS

En cuanto a las obligaciones principales de los accionistas, correlativas a los derechos de los mismos, nos permitimos analizar el principio que impone al accionista obrar de conformidad con el interés social; el deber de lealtad y el deber de confidencialidad.

El concepto de "interés social" ha sido largamente debatido entre los estudiosos, siendo difícil de determinarlo, por existir dentro de la empresa diferentes interesados como son los inversionistas, trabajadores, consumidores y el propio Estado, por lo que para arribar a él debe conciliarse el interés de todos ellos.

Otros sostienen que el interés social es el común de la mayoría, y no faltan quienes conceptúan como interés social el que persigue el bien común o el que persigue realizar el objeto social y alcanzar la finalidad de lucro que la misma tiene como objetivo.

La jurista Mónica G.C. de Roimiser, en su obra el "Interés Social en la Sociedad Anónima" sostiene que *"el interés social es la tendencia a la realización del fin último de la sociedad, que es la causa del contrato y que como tal es común a todos los socios. Es el interés que tienen los socios en que mediante la actividad social se logre el máximo lucro*

posible.... Es, en suma, el mínimo común denominador que une a los socios desde la constitución de la sociedad hasta su disolución.” (págs. 31 a la 33).

Se ha sostenido por algunos tratadistas que antes que interés social debiera calificárselo como interés societario, a fin de no confundirlo con los intereses generales del país; y, que el mismo debe limitarse a la protección de los intereses de los accionistas concretados en obtener ganancias.

La ley reconoce el derecho del accionista a participar en el gobierno de la compañía, a través del voto en la Asamblea o Junta General, con la exigencia que deberá hacerlo velando por los intereses de la compañía; esto es, sin transgredir el estatuto social o lesionar en beneficio de uno o varios accionistas los intereses de la misma (Art. 215 LC).

Se considerará abusivo el voto ejercido por un accionista con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para él o para terceros una ventaja injustificable (S.A.S. Art. 73). Quien abusare de su derecho de accionista en las decisiones adoptadas en la asamblea responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio de que el juez competente pueda declarar la nulidad de la determinación adoptada.

La acción de indemnización de daños y perjuicios, así como la de nulidad de la resolución adoptada por abuso del

derecho de voto, podrá ejercerse cuando se comprobare un abuso de mayoría, de minoría o de paridad.

El Deber de Lealtad es una condición fundamental para la existencia de todo tipo de sociedades; pues, la asociación conlleva el compromiso de observar las leyes de la fidelidad y del honor en una relación determinada.

Cuando se constituye una compañía sus socios se comprometen a iniciar un emprendimiento, con determinados medios y con el propósito de obtener un beneficio económico lícito.

El deber de lealtad de los accionistas conlleva observar estrictamente tales propósitos; es decir, que al mismo no le está permitido obrar ni perseguir objetivo ilícito alguno, a través de la sociedad de que forma parte.

Por ello, el Art. 3 de la Ley de Compañías (Ref. #1) dispone:

"En general, para la realización de su objeto social, la compañía podrá ejecutar y celebrar toda clase de actos y contratos que razonablemente le fueren necesarios o apropiados. En particular, para tal realización, podrá ejecutar y celebrar toda clase de actos y contratos relacionados directamente con su objeto social, así como los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir con las obligaciones derivadas de su existencia y de su actividad."

La compañía no podrá ejecutar ni celebrar otros actos o contratos distintos de los señalados en el inciso anterior, salvo los que ocasional o aisladamente pudieran realizarse con fines de inversión, de investigación o de experimentación, o como contribuciones razonables de orden cívico o de carácter social. Los actos o contratos ejecutados o celebrados con violación a este artículo no obligarán a la compañía, pero los administradores que los hubieren ejecutado o celebrado, o los socios o accionistas que los hubieren autorizado, serán personal y solidariamente responsables frente a los terceros de buena fe, por los daños y perjuicios respectivos."

Podrá alegarse que las conductas antes descritas se refieren al obrar de la compañía y no de los accionistas; pero no quedan dudas de que tal obrar de la compañía está relacionado con el comportamiento u obrar de sus accionistas; pues, en el evento de no ser ellos mismos sino sus administradores los autores de tales actos injurídicos, están llamados a denunciarlos a la justicia ordinaria para no convertirse en cómplices de sus actuaciones.

El Deber de Confidencialidad.- El accionista de una compañía, como miembro de la misma, está enterado de la información y secretos de ella, propios de su actividad y negocio, los cuales poseen un determinado valor, que al ser revelados a terceros y en especial a la competencia de ella, pueden producirle perjuicios de magnitud desconocida.

Por ello, el accionista al participar en las sesiones de Junta General en que se conoce mucha de tal información; o, cuando se tiene acceso a los libros e informes sobre la actividad de la sociedad, posee el derecho de exigirle al accionista el deber de confidencialidad sobre la información que se le proporciona; y, hasta la obligación de suscripción y de convenios de confidencialidad expresos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- 1) AMORÍN PISA, MARCELO JUAN:** Convenios de Socios y Accionistas.- Editorial La Ley de Uruguay. 2022.
- 2) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO:** Derecho Societario. Parte General.- Tomo V.
- 3) GASPERONI, NICOLA:** Las Acciones de las Sociedades Mercantiles.- Editorial Revista de Derecho Privado.- Madrid- España.
- 4) HISSEN, RICARDO A.:** Impugnación Judicial de Actos y Decisiones Asamblearias.- Editorial De Palma.
- 5) PEDROL, ANTONIO:** La Anónima Actual y la Sindicación de Acciones.- Editorial Revista de Derecho Privado.
- 6) REYES, RAFAEL HUGO:** Derechos Individuales del Socio. Editorial Abaco de Rodolfo De Palma.
- 7) ROIMISER, MÓNICA GC DE:** Interés Social en la Sociedad Anónima.
- 8) ROMERO FERNANDEZ, JOSUÉ ANTONIO:** El Derecho de Información del Accionista.- Objeto, Límites y Forma de Ejercicio.- Editorial Marcial Pons.
- 9) ZAVALA RODRÍGUEZ, CARLOS:** Estudios de Sociedades Comerciales.- Editorial Asba, Bs As.

MISCELÁNEAS



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2023-0019

Ing. Marco López Narváez

SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

CONSIDERANDO:

- Que** el artículo 213 de la Constitución de la República establece que las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general;
- Que** el artículo 431 de la Ley de Compañías dispone que la Superintendencia de Compañías ejerza el control y vigilancia de las compañías nacionales anónimas, en comandita por acciones, de economía mixta, de responsabilidad limitada, sociedades por acciones simplificadas y de las empresas extranjeras que ejerzan sus actividades en el Ecuador, cualquiera que fuere su especie;
- Que** el artículo 318 de la Ley de Compañías determina que las compañías nacionales y sucursales de compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas, y las asociaciones que éstas formen cuyos activos excedan del monto que fije por Resolución la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, deberán contar con informe anual de auditoría externa sobre sus estados financieros;
- Que** el numeral 6 del Artículo 263 de la Ley de Compañías, que señala: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el literal b) del Art. 20 es obligación del representante legal de la compañía anónima presentar en el mes de enero de cada año a la autoridad tributaria nacional, de conformidad con los plazos y formas que establezca para el efecto, la nómina de las sociedades o personas jurídicas extranjeras que figuraren como accionistas suyas, con indicación de los nombres, nacionalidades y domicilios correspondientes, junto con fotocopias notariadas de las certificaciones y de las listas mencionadas en el artículo innumerado que le sigue al Art. 221, que hubieren recibido de tales accionistas según dicho artículo. Es obligación de esta autoridad tributaria remitir esta información, de manera completa, a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros."

- Que el artículo 20 de las Normas de control para la administración del riesgo de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y otros Delitos, expedida mediante resolución Nro. SCVS-INC-DNCDN-2023-0002 de 20 de enero de 2023, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.411, de 16 de marzo de 2023, prescribe: "Responsabilidades del sujeto obligado", entre ellas "el sujeto obligado debe aplicar procedimientos y normas de selección de personal que garanticen la idoneidad, aseguren elevados estándares y la adecuación de pautas de comportamiento en la compañía. La presente política es de cumplimiento obligatorio para todos los empleados, representantes legales, administradores, ejecutivos, apoderados, socios y/o accionistas y ante cualquier cambio de información tienen el deber de comunicar en un término de quince (15) días a la persona que tenga esta responsabilidad, Información que deberá ser actualizada por lo menos cada dos años".
- Que el Ecuador, es miembro del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), y conforme lo determina el artículo 16 de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, establece que las Superintendencias deberán coordinar, promover y ejecutar programas de cooperación e Intercambio de información la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) y la Fiscalía General del Estado, con la finalidad de ejecutar acciones conjuntas rápidas y eficientes para combatir el delito.
- Que es indispensable coordinar acciones en la Superintendencia de Compañías, Valores y seguros que procuren que sus registros e información sirvan para prevenir, combatir y erradicar el delito de lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y otros delitos en el país.
- Que el Informe de Evaluación Mutua de la República del Ecuador, correspondiente a la IV Ronda, mismo que se encuentra publicado desde enero del 2023 en la página de GAFILAT, tuvo como resultado el ingreso del país al seguimiento intensificado por cinco años, a fin de que supere las debilidades establecidas por el organismo internacional (GAFILAT), entre ellas se encuentra "Mejorar mecanismos para impedir que los delincuentes puedan ser propietarios o administradores de las actividades y profesiones no financieras designadas, es decir las compañías del sector societario.

Que una de las funciones de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en el combate al delito de Lavado de Activos, es la de establecer lineamientos para su prevención en las compañías, y quienes formen parte de ellas, por lo cual, se hace necesario crear una cultura en materia de prevención de Lavado de Activos;

Que el delito de lavado de activos, conlleva consecuencias negativas en el país y el sector empresarial, entre las cuales genera perjuicios a la economía de las compañías, produciendo una competencia desigual entre las mismas, lo que produce distorsiones en los movimientos financieros de los sectores económicos vulnerables, fortaleciendo aquellos que se benefician del dinero proveniente de actividades ilícitas, en desmedro de las demás compañías;

Que el éxito de la aplicación de las leyes, reglamentos, normas de prevención de lavado de activos es directamente proporcional al grado de cultura y conocimiento en prevención de lavado de activos que posea la sociedad en general.

Que el artículo 433 de la Ley de Compañías faculta al Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, a expedir los reglamentos necesarios para el buen gobierno, vigilancia y control de las compañías.

Y, en uso de las facultades que le confiere a Ley.

RESUELVE:

Expedir los Lineamientos de probidad y capacidad civil de las personas naturales y jurídicas, que en su calidad de representantes legales o administradores, forman parte de las compañías sujetas a control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Artículo 1.- Ámbito de aplicación

Estos lineamientos deberán ser cumplidos obligatoriamente por todas las personas naturales y jurídicas, que ejerzan representación legal, o administren a otras compañías sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Artículo 2.- Objetivo

Establecer los requisitos mínimos que se debe requerir a las personas naturales y jurídicas que ejerzan la representación legal, conjunta o individual, de las compañías sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a fin de garantizar su probidad y capacidad civil para contratar, evitando así que las referidas sociedades sean utilizadas para el cometimiento de delitos como el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otros delitos similares.

Artículo 3.- Registro del representante legal o administradores de la compañía:

El o los Representantes Legales o administradores de la compañía deberán presentar para la inscripción de sus nombramientos, tanto en el Registro Mercantil del cantón correspondiente, o en el Registro de Sociedades a cargo de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, al tratarse de Sociedades por Acciones Simplificadas, los siguientes documentos:

- El Certificado de No constar en la Base de Datos de Personas con Sentencia Condenatoria, emitido por la Unidad de Análisis Financiero y Económico – UAFFE, actualizado a la fecha de su presentación, o del organismo que lo otorgue.
- La constancia de no encontrarse en las siguientes listas públicas internacionales:
 - Office of Foreign Assets Control – OFAC
 - Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

Para la entrega de la Información en las bases públicas, el o los interesados deberán presentar en un archivo PDF los resultados de la búsqueda de información que se genera con el acceso a las siguientes direcciones electrónicas: OFAC: sanctionssearch.ofac.treas.gov; e <https://www.un.org/securitycouncil/es/content/un-sc-consolidated-list>.

Deberá dejarse una copia de dichos documentos en el expediente del acta de la junta o asamblea general correspondiente donde se designa a él o los Representantes Legales o administradores de la compañía, en donde se evidencie la fecha de la consulta previa a la realización de la junta.

DISPOSICIONES GENERALES

Primera.- Los casos de duda en la aplicación de este Reglamento serán resueltos por el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, o su delegado

- Segunda.- Los representantes legales de las compañías sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, adjuntarán anualmente a la información que, conforme el artículo 20 de la Ley de Compañías, deben presentar a la Superintendencia, los certificados requeridos en el artículo 3 de esta resolución.

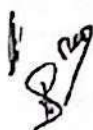
El incumplimiento de esta disposición, acarreará los efectos previstos en este Reglamento y en las leyes que fueran aplicables, y se sancionará conforme al artículo 445 de la Ley de Compañías, siguiendo para ello el debido procedimiento, debiendo además comunicarse esta omisión inmediatamente a la Dirección Nacional de Prevención de Lavado de Activos.

Disposición Final.- La presente resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Comuníquese y publíquese.- Dada y firmada en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, oficina matriz, en Guayaquil, a los 29 días del mes de agosto de 2023.



Ing. Marco López Narváez



SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

RAZÓN.- SIENTO COMO TAL QUE LAS CINCO (05) PÁGINAS QUE ANTECEDEN, CORRESPONDEN A LA RESOLUCIÓN No. SCVS-INC-DNCDN-2023-0019 DE FECHA 29 DE AGOSTO DE 2023, Y SON FIEL COPIA DE SUS ORIGINALES QUE REPOSAN EN LOS ARCHIVOS DE ESTA INSTITUCIÓN. TODO LO CUAL CERTIFICO. GUAYAQUIL, 31 DE AGOSTO DE 2023.

KATHERINE MARIA
ANDREA MERINO
ESPINOZA

Firmado digitalmente por
KATHERINE MARIA ANDREA
MERINO ESPINOZA
Fecha: 2023.08.31 11:27:39
-05'00"

Abg. KATHERINE MERINO ESPINOZA
SECRETARIA GENERAL

Oficio Nro. UAFE-UAFE-2023-0529-O

Quito, D.M., 12 de octubre de 2023

Asunto: Consideraciones en relación con la Resolución No.
SCVS-INC-DNCDN-2023-0019

Ingeniero

Marco Giovanni López Narváez

Superintendente de Compañía, Valores y Seguros

SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En su Despacho

De mi consideración:

Reciba un cordial saludo. El 22 de septiembre de 2023 autoridades y funcionarios de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (SCVS), de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) y de la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República mantuvimos una reunión para analizar el impacto y aplicabilidad de la Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2023-0019 del presente año.

Esta reunión se realizó a solicitud de UAFE, en su calidad de Coordinador Nacional ante GAFILAT, con el objetivo de mantener un trabajo coordinado para fortalecer el sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo del Ecuador, siempre en el marco de respeto a la autonomía y atribuciones de cada entidad. En seguimiento a dicha reunión, me permito poner en su conocimiento ciertas consideraciones y sugerencias en relación con la Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2023-0019 del presente año.

CONSIDERACIONES

1. **Respecto a la necesidad de la medida de obtener certificados para todas las compañías sujetas a control.** La resolución mencionada contempla entre sus considerandos lo siguiente: *"Mejorar mecanismos para impedir que los delincuentes puedan ser propietarios o administradores de las actividades y profesiones no financieras designadas, es decir las compañías del sector societario."* Se desprende que dicho fundamento está relacionado con la Recomendación 28 del GAFI, misma que establece la regulación y supervisión de las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFDs).

Sin embargo, es menester recalcar que ni la Recomendación 28, ni su nota interpretativa, ni los criterios para su evaluación requieren necesariamente una medida como la que consta en la resolución 0019, es decir, específicamente la obtención de algún documento o certificado que establezca la no existencia de una sentencia condenatoria en un delito específico para todos los sujetos de control del supervisor. Al contrario, la

Oficio Nro. UAFE-UAFE-2023-0529-O

Quito, D.M., 12 de octubre de 2023

Recomendación 28 tiene al menos dos elementos que deben tomarse en cuenta para analizar la Resolución N.º0019:

1.1 La Recomendación 28 se dirige exclusivamente a APNFDs y sus supervisores, es decir, a aquellos sectores económicos que la legislación ecuatoriana denomina sujetos obligados a reportar no financieros. No es aplicable a la totalidad de personas jurídicas o sociedades en un país; y,

1.2 La Recomendación 28 otorga margen de apreciación al supervisor sobre la manera más efectiva aplicando siempre un enfoque basado en riesgo para alcanzar el objetivo de impedir que criminales o asociados participen en APNFDs.

En este punto, el mencionado estándar internacional desarrolla lo medular en lo siguiente: *"(...) El supervisor o el OAR deben también a) tomar las medidas legales o normativas necesarias para prevenir que los criminales o sus asociados tengan, o sean el beneficiario final de, o que tengan una participación significativa o mayoritaria en, o que ostenten una función administrativa, por ejemplo evaluando a las personas con base en un examen de capacidad e idoneidad "fit and proper"; y (b) tener sanciones efectivas, adecuadas y disuasivas de acuerdo con la Recomendación 35 para contrarrestar el incumplimiento de los requerimientos de ALA/CFT (...)"*.

En este sentido, al analizar qué acciones toman otros países de la región para cumplir con este criterio de la Recomendación 28 se observa que no existe ninguna jurisdicción que edje un certificado de no tener condena por un delito particular a la totalidad de sus sociedades o personas jurídicas. Se anexa una tabla comparativa de países evaluados recientemente por GAFILAT para referencia.

2. Impacto de la resolución hasta la fecha. Pongo en su conocimiento el impacto negativo que ha tenido la misma en la parte operativa de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE). Previo a ello, vale precisar que la base de datos de personas con sentencia condenatoria por delitos tipificados en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas se compone de información generada por la función judicial, y remitida por el Consejo de la Judicatura a la UAFE en virtud del Reglamento General a la Ley Orgánica de Prevención Integral del fenómeno socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas sujetas a fiscalización. Con esta información la UAFE emite el certificado de constar o no constar en la base referida, para lo cual aún es necesario una validación manual pues en ocasiones la información suministrada por la función judicial presenta defectos que obligan a una revisión por un analista. Los certificados suelen pedirse para procesos de debida diligencia, para calificar oficiales de cumplimiento, para concursos públicos de méritos y oposición, entre otros usos.

2.1 La resolución 0019 ha cuatriplicado la demanda de certificados. En el reporte

Oficio Nro. UAFE-UAFE-2023-0529-O

Quito, D.M., 12 de octubre de 2023

mensual del histórico de los certificados emitidos, se evidencia una tendencia creciente, sobre todo en el año 2023, pasando de 826 a 1549 certificados como promedio mensual. Todo esto, considerando únicamente los certificados emitidos con corte al 30 de septiembre del 2023; y, se estima que, de mantenerse esta tendencia, las solicitudes de certificados lleguen a 7000 mensuales, para el próximo trimestre.

El mes de septiembre cerró con un total de 4139 certificados solicitados, con un incremento del 211% en relación al mes de agosto. Esto, solamente considerando que la resolución entró en vigencia aproximadamente a mediados de mes (septiembre). Si tomamos en cuenta que los certificados solicitados hasta el 12 de septiembre eran en promedio 75 diarios y que en ese mismo mes se cerró con 371 solicitudes por día, el incremento de las solicitudes se estima en 394%.

2.2 El aumento de demanda afecta la capacidad instalada del área de ayuda técnica de la UAFE. Vale la pena recalcar que este incremento afecta varias áreas operativas de la UAFE puesto que colateralmente existen afectaciones de gestión telefónico, de correos y de sistemas. A esto hay que sumarle el hecho de que la alta demanda de estos certificados ha llevado a un retraso de hasta cinco días en la entrega de los mismos, en relación con el promedio que existía antes de la resolución tantas veces citada. Esto causa que muchos usuarios que requieren su certificado para otras actividades como el registro de oficiales de cumplimiento, apertura de cuentas, otorgamientos de créditos, dejen de ser atendidos con la eficiencia y eficacia de antes.

3. Aparente incompatibilidad con la Ley para Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos. Por otro lado, existe un aparente conflicto legal con la exigencia del certificado de *no constar en la base de datos de personas con sentencia condenatoria por delitos tipificados en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas*.

La Ley para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos establece en su artículo 11 lo siguiente: *"En la gestión de trámites administrativos, las entidades reguladas por esta Ley no podrán exigir la presentación de originales o copias de documentos que contengan información que repose en las bases de datos de las entidades que conforman el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos o en bases develadas por entidades públicas (...)"*

Como es de su conocimiento, el certificado exigido se puede obtener públicamente desde la página web www.uafe.gob.ec, de acuerdo con los lineamientos establecidos en la Resolución No. UAFE-DG-2019-0212, la cual también puede ser públicamente accedida. Por tanto, lo requerido mediante la resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2023-0019 contravendría la disposición legal arriba descrita, pues se le está exigiendo al interesado la presentación de un documento que contiene información que reposa en una base develada por una entidad pública; en este caso, la UAFE.

Oficio Nro. UAFE-UAFE-2023-0529-O

Quito, D.M., 12 de octubre de 2023

SUGERENCIA

Si bien el objetivo que persigue la ya descrita resolución y su requerimiento específico del certificado de la UAFE es acertado, también es cierto que las medidas que adoptan los supervisores en materia de prevención de lavado de activos deben guiarse por un enfoque basado en riesgo. Solo de esta manera el sistema ALA/CFT del país puede asegurar que asigna eficazmente los recursos en esta materia. En esta línea, al no existir una exigencia específica en los estándares internacionales que requiera el certificado de no tener sentencia condenatoria por delitos de tráfico de sustancias a todas las sociedades del país, y al ser un requerimiento que dificulta los trámites para los usuarios y perjudica la capacidad operativa de la UAFE impactando en otras del sistema de prevención ALA/CFT, me permito respetuosamente sugerir que la Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2023-0019 sea derogada. En su lugar se pueden evaluar y adoptar medidas enfocadas en aquellos sectores de mayor riesgo.

Aprovecho la oportunidad para reiterar mis sentimientos de consideración y estima.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Roberto Andrade Malo
DIRECTOR GENERAL

Anexos:

- 20231012_comparativo_calificaciones_cumplimiento_técnico_r_28_paises_gafilat.zip

Copia:

Mgs.
Herminia Suárez R.
Directora Nacional de Prevención de Lavado de Activos (e)
SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Señor
Juan Pablo Oríz Mena
Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Señor Abogado
Juan Pablo Castillo Arancada
Coordinador General de Prevención

cc



ROBERTO XAVIER
ANDRADE MALO



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2023-0022

ING. MARCO LÓPEZ NARVÁEZ
SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

CONSIDERANDO:

Que según el artículo 213 de la Constitución de la República las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general, disponiendo que actúen de oficio o por requerimiento ciudadano.

Que el artículo 226 ibidem de la Constitución de la República determina que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal tendrán el deber de coordinar acciones para hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

Que la Codificación de la Ley de Compañías, en su artículo 430, establece que la Superintendencia de Compañías es el organismo técnico y con autonomía administrativa, económica y financiera, que vigila y controla la organización, actividades, funcionamiento, disolución y liquidación de las compañías y otras entidades, en las circunstancias y condiciones establecidas por la ley.

Que el artículo 431 de la Ley de Compañías dispone que la Superintendencia de Compañías ejerza el control y vigilancia de las compañías nacionales anónimas, en comandita por acciones, de economía mixta, de responsabilidad limitada, sociedades por acciones simplificadas y de las empresas extranjeras que ejerzan sus actividades en el Ecuador, cualquiera que fuere su especie;

Que la Ley indicada prescribe en su artículo 318, que las compañías nacionales y sucursales de compañías u otras organizadas como personas jurídicas, las asociaciones que éstas formen cuyos activos excedan del monto que fije por Resolución la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, deberán contar con informe anual de auditoría externa sobre sus estados financieros;

Que la Ley Ut Supra en su artículo 231, indica, que la junta general tiene poderes para resolver todos los asuntos relativos a los negocios sociales y para tomar las decisiones que juzgue convenientes en defensa de la compañía, y además que es competente para nombrar y remover a los miembros de los organismos administrativos de la compañía, comisarios, o cualquier otro personero o funcionario cuyo cargo hubiere sido creado por el estatuto, y designar o remover a los administradores, si en el estatuto no se confiere esta facultad a otro organismo;

Que el mismo artículo 231, indica, que la junta general también es competente para conocer anualmente las cuentas, los estados financieros, los informes que le presentaren los administradores o directores y los comisarios, de haberse acordado la creación de estos últimos en el estatuto social, acerca de los negocios sociales y dictar la resolución correspondiente. Igualmente conocerá los informes de auditoría externa en los casos que proceda;



Que la referida ley en su artículo 256, indica, que los administradores son solidariamente responsables para con la compañía y terceros, entre otras cosas, de la verdad del capital suscrito y de la verdad de la entrega de los bienes aportados por los accionistas; de la existencia real de los dividendos declarados; de la existencia y exactitud de los libros de la compañía;

Que el artículo 20 de las Normas de control para la administración del riesgo de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y otros Delitos, expedida mediante resolución Nro. SCVS-INC-DNCDN-2023-0002 de 20 de enero de 2023, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.411, de 16 de marzo de 2023, prescribe: "Responsabilidades del sujeto obligado", entre ellas "el sujeto obligado debe aplicar procedimientos y normas de selección de personal que garanticen la idoneidad, aseguren elevados estándares y la adecuación de pautas de comportamiento en la compañía. La presente política es de cumplimiento obligatorio para todos los empleados, representantes legales, administradores, ejecutivos, apoderados, socios y/o accionistas y ante cualquier cambio de información tienen el deber de comunicar en un término de quince (15) días a la persona que tenga esta responsabilidad, información que deberá ser actualizada por lo menos cada dos años".

Que el Grupo de Acción Financiera Latinoamericana conocido como GAFILAT, es una organización intergubernamental de base regional cuyo objetivo es promover la implementación y mejora continua de políticas para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Que el Ecuador, es miembro del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), desde el 8 de diciembre del 2000, con la firma de Memorando de Entendimiento Constitutivo del Grupo, en Cartagena de Indias, Colombia, el mismo que tiene carácter de tratado internacional.

Que para el Ecuador es importante ser miembro del GAFILAT ya que este grupo contribuye a la seguridad de las personas naturales y jurídicas y ayudan a proteger la integridad del sector real del delito de lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y otros delitos.

Que el GAFILAT, ha emitido 40 recomendaciones, que corresponden a los estándares internacionales más reconocidos para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, las mismas incluyen una serie de medidas financieras, legales y de conducta que los países deben llevar adelante, en su mayoría basadas en instrumentos legales internacionales (convenciones de la ONU y de organismos supervisores). Además, se incluyen medidas de cumplimiento para el sector público y privado. Estas Recomendaciones, aumentan la transparencia y habilitan a los países a tomar acciones contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Que la Unidad de Análisis Financiero y Económico, ejerce la representación del Ecuador ante el GAFILAT. Esta designación implica entre otros aspectos, impulsar iniciativas orientadas a: dar cumplimiento a las 40 recomendaciones del GAFI; actuar y coordinar como punto de contacto y enlace en los procesos de evaluación mutua; organizar, dirigir o difundir actividades de capacitación (desarrolladas en el marco del GAFILAT) y promover la participación de expertos en las evaluaciones de otros países y grupos de trabajo del GAFILAT.

Que el Director de la UAFE Ecuador, a través de la Oficina de Asuntos Internacionales actuará como vocero y en algunas ocasiones como Jefe de Delegación en las reuniones plenarias del

Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2023-0022

organismo, así mismo ejercerá como enlace o punto de contacto con los demás países miembros de la secretaría ejecutiva del GAFILAT.

Que conforme lo determina la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, las Superintendencias deberán coordinar, promover y ejecutar programas de cooperación e intercambio de información con la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) y la Fiscalía General del Estado, con la finalidad de ejecutar acciones conjuntas rápidas y eficientes para combatir el delito.

Que mediante resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2023-0019 de 29 de agosto de 2023, publicada en el Registro Oficial No. 394 de 12 de septiembre del mismo año, se expidieron los Lineamientos de probidad y capacidad civil de las personas naturales y jurídicas, que en su calidad de representantes legales o administradores, forman parte de las compañías sujetas a control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Que el artículo 11 de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, establece que la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), es la entidad técnica responsable de la recopilación de información, realización de reportes, ejecución de las políticas y estrategias nacionales de prevención y erradicación del lavado de activos y financiamiento de delitos;

Que el mismo artículo 11 antes citado, dice también que La Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) solicitará y recibirá, bajo reserva, información sobre operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas;

Que la letra b) del artículo 12 de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, dice que es función de la UAFE solicitar de los sujetos obligados la información que considere necesaria para el cumplimiento de sus funciones;

Que el artículo 16 de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, establece que las Superintendencias deberán coordinar, promover y ejecutar programas de cooperación e intercambio de información con la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), por lo cual, atendiendo a lo expresamente sugerido por la (UAFE), así como en razón de la eficacia, eficiencia, calidad y coordinación, que son principios que rigen a las Instituciones del Sector Público, nos acogemos a la propuesta de la mencionada entidad;

Que mediante Oficio No. UAFE- UAFE-2023-0529-0, de fecha 12 de octubre de 2023, el abogado Roberto Andrade, en su calidad de Director General de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), entidad responsable del control y prevención de lavado de activos, presentó extensas observaciones a la Resolución detallada en el considerando que antecede, con argumentos que sostienen su supuesta inoperancia normativa, oponiéndose a la regulación de las entidades sujetas a control de esta entidad, y recomendando su derogación;



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2023-0022

Que de la base legal citada deviene en claro que le corresponde a la Unidad de Análisis Financiero elaborar políticas y estrategias sobre prevención de lavado de activos y financiamiento de delitos, así como requerir información a los sujetos obligados;

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

En uso de las facultades conferidas por la Ley,

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- Derogar la resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2023-0019, que contiene los lineamientos de probidad y capacidad civil de las personas naturales y jurídicas, que en su calidad de representantes legales o administradores, forman parte de las compañías sujetas a control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

DISPOSICIÓN FINAL.- De la ejecución del presente Resolución encárguense la Dirección Nacional de Prevención de Lavado de Activos.

La presente resolución entrará en vigencia desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial.

COMUNÍQUESE Y PUBLÍQUESE EN EL REGISTRO OFICIAL.- Dictada en la ciudad de Guayaquil, el 26 de octubre de 2023

Ing. Marco López Narváez
SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

CPV



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2023-0008

Ing. Marco López Narváez

SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

CONSIDERANDO:

Que el artículo 213 de la Constitución establece que las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general;

Que los artículos 20 y 23 de la Ley de Compañías disponen que las sociedades sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, enviarán a esta Institución en el primer cuatrimestre de cada año, la información de carácter financiero, societario y los demás datos que contemple el reglamento que sobre esta materia ha expedido la Entidad;

Que el artículo 27 de la Ley de Compañías, faculta a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros a reglamentar la presentación de los documentos referidos en los citados 20 y 23;

Que con fecha 30 de marzo de 2015, se publicó en el Registro Oficial Suplemento No. 469, el Reglamento sobre la información y documentos que están obligadas a remitir anualmente a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros las sociedades sujetas a su control y vigilancia, siendo la última reforma, de fecha 11 de mayo de 2018, publicada en el Registro Oficial 239;

Que se requiere actualizar las disposiciones reglamentarias que regulan la información y documentos que están obligadas a remitir anualmente a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, las Sociedades Sujetas a su Control y Vigilancia, a fin de adecuarlas a las necesidades institucionales, conforme a normativa actual;

Que el Superintendente, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 433 de la Ley de Compañías, está facultado para expedir los reglamentos y resoluciones que considere necesarios para el buen gobierno, vigilancia y control de las compañías sometidas a su supervisión; y,

Que en ejercicio de las atribuciones que le confieren la Constitución de la República y la Ley de Compañías,

RESUELVE:

Reformar el REGLAMENTO SOBRE LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTOS QUE ESTÁN OBLIGADAS A REMITIR ANUALMENTE A LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS LAS SOCIEDADES SUJETAS A SU CONTROL Y VIGILANCIA, en los siguientes términos

Art. 1.- Eliminar, el artículo 2, del presente reglamento.

Art. 2.- Incluir, en el literal a.1) del artículo 4.- Estado de situación financiera y Estado de resultado integral.

Art. 3.- Incluir, en el literal a.1) del artículo 5.- Estado de situación financiera y Estado de resultado integral.

DISPOSICIÓN FINAL

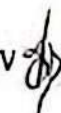
La presente resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

De la ejecución de esta resolución, encárguese la Intendencia Nacional de Planificación y Gestión Estratégica.

COMUNÍQUESE Y PUBLÍQUESE.- Dada y firmada en Guayaquil, oficina matriz de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, 02 de marzo de 2023



Ing. Marco López Narváez
SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

CPV 

RAZÓN.- SIENTO COMO TAL QUE LAS DOS (02) PÁGINAS QUE ANTECEDEN, CORRESPONDEN A LA RESOLUCIÓN No. SCVS-INC-DNCDN-2023-0008 DE 02 DE MARZO DE 2023, Y SON FIEL COPIA DE SUS ORIGINALES QUE REPOSAN EN LOS ARCHIVOS DE ESTA INSTITUCIÓN. TODO LO CUAL CERTIFICO. GUAYAQUIL, 07 DE MARZO DE 2023.

**KATHERINE MARIA
ANDREA MERINO
ESPINOZA**

Firmado digitalmente por
KATHERINE MARIA ANDREA
MERINO ESPINOZA
Fecha: 2023.03.07 14:24:30 -05'00'

Abg. KATHERINE MERINO ESPINOZA
SECRETARIA GENERAL



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2023-0009

ING. MARCO LÓPEZ NARVÁEZ
SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

CONSIDERANDO:

Que el artículo 213 de la Constitución de la República establece que las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general;

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

Que el artículo 439 de la Ley de Compañías dispone que la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, tendrá como órgano de difusión la Gaceta Societaria, en la que se publicarán entre otros asuntos, todas las resoluciones de carácter general, las absoluciones de consultas de carácter general, los pronunciamientos sobre aspectos jurídicos, contables, financieros, y cualquier otra información que se estime de interés;

Que mediante resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2016-014, de fecha 29 de diciembre de 2016, se dispuso derogar la resolución No. 97.1.7.3.0011, de 19 de agosto de 1997, publicada en el Registro Oficial No. 141 de 29 de agosto de 1997, y suprimir todas las Doctrinas Jurídicas emitidas por la Superintendencia de Compañías;

Que mediante resolución No SCVS-INC-DNCDN-2018-0036, de fecha 3 de octubre de 2018, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 347, de 15 de octubre del 2018 se dispuso la vigencia de las Doctrinas Jurídicas Societarias;

Que en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 347, de fecha 10 de diciembre de 2020, se publicó la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, consecuentemente, es necesario actualizar las Doctrinas Societarias conforme a la antedicha reforma legal, que nos permitirá contar con valiosos puntos de vista sobre la interpretación de las normas societarias;

Que las Doctrinas Jurídicas Societarias, constituyen una fuente formal del derecho, que tienen una indudable trascendencia en el ámbito jurídico, convirtiéndose en un medio auxiliar para la determinación y comprensión de las normas, por lo que es menester realizar una depuración y actualización de las mismas;

Que es de imperiosa necesidad, en primera instancia derogar las Doctrinas Societarias, cuya aplicación resulta obsoleta, por el transcurso del tiempo y debido a las múltiples reformas de la Ley de Compañías;

Que de acuerdo con el artículo 433 de la Ley de Compañías, el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, expedirá las regulaciones y resoluciones que considere necesarias para el buen gobierno, vigilancia y control de las compañías mencionadas en el artículo 431 de la misma Ley; y,

En ejercicio de las atribuciones conferidas en la Ley de Compañías.

RESUELVE:

ARTÍCULO 1.- Disponer que a partir de la vigencia de esta resolución, se supriman de la Gaceta Societaria las siguientes Doctrinas:

No. DOCTRINA	TÍTULO
3	CONSTANCIA DE LAS ENTREGAS EN NUMERARIO EN LOS AUMENTOS DE CAPITAL; NO SE REQUIEREN NI EL DEPÓSITO BANCARIO NI EL CERTIFICADO QUE SE EXIGEN EN LA CONSTITUCIÓN.
6	SEGÚN LA LEY DE COMPAÑÍAS UNA SOCIEDAD EXTRANJERA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA BIEN PUEDE SER SOCIA DE UNA COMPAÑÍA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA NACIONAL.
16	EL MÍNIMO DE SOCIOS PARA CONSTITUIR UNA COMPAÑÍA ANÓNIMA ES DE CINCO SALVO LAS EXCEPCIONES DE LEY, Y EN LOS CASOS DE LA CONSTITUCIÓN SIMULTÁNEA TODOS ELLOS DEBEN OTORGAR LA ESCRITURA PÚBLICA RESPECTIVA.
17	MÍNIMO DE ACCIONISTAS EN SOCIEDADES ANÓNIMAS CONSTITUIDAS ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY DE COMPAÑÍAS Y MÍNIMO DE SOCIOS EN COMPAÑÍAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA CONSTITUIDAS ANTES DE LA VIGENCIA DE LAS REFORMAS A DICHA LEY CONTENIDAS EN EL DECRETO 3135-A PUBLICADO EN EL REGISTRO OFICIAL DEL 29 DE ENERO DE 1979.
32	RENUNCIA DE LOS ACCIONISTAS AL DERECHO A SER CONVOCADOS A JUNTA GENERAL.
46	NEGOCIABILIDAD DE VALORES EXTRANJEROS EN EL ECUADOR.
54	COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS PARA APROBAR CONSTITUCIONES Y MÁS ACTOS SOCIETARIOS DE LAS COMPAÑÍAS SUJETAS A SU VIGILANCIA Y CONTROL: ¿DESDE QUÉ FECHAS ADQUIRIÓ ESA COMPETENCIA?
64	COMPETENCIA O INCOMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS PARA APROBAR LA CONSTITUCIÓN Y LOS ACTOS POSTERIORES DE SOCIEDADES DE PREDIOS RÚSTICOS.
66	PUBLICACIÓN DEL EXTRACTO DE APERTURA DE SUCURSAL DE UNA SOCIEDAD CUYO CONTROL CORRESPONDE A LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS.

75	ES COMPETENTE PARA APROBAR UNA ESCRITURA PÚBLICA DE APERTURA DE SUCURSAL DE UNA COMPAÑÍA ANÓNIMA, DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, EN COMANDITA POR ACCIONES O DE ECONOMÍA MIXTA, LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS A TRAVÉS DE SUS OFICINAS DE QUITO, GUAYAQUIL Y CUENCA, DENTRO DE SUS RESPECTIVOS ÁMBITOS DE VIGILANCIA, SEGÚN DONDE SE ENCUENTRE EL DOMICILIO PRINCIPAL DE LA COMPAÑÍA.
84	NO PROCEDE LA TRANSFORMACIÓN DE UNA COMPAÑÍA ANÓNIMA EN UNA SOCIEDAD EN PREDIOS RÚSTICOS. ¿PROCEDE EN SENTIDO CONTRARIO?
88	NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD EN PREDIOS RÚSTICOS.
91	OBLIGACIONES DE LAS SOCIEDADES EN PREDIOS RÚSTICOS PARA CON LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS.
92	NOMBRAMIENTO DEL REPRESENTANTE LEGAL DE UNA SOCIEDAD EN PREDIOS RÚSTICOS.
93	PRÓRROGA DE PLAZO DE LAS SOCIEDADES EN PREDIOS RÚSTICOS.
105	PÉRDIDAS QUE CAUSAN LA DISOLUCIÓN DE LA COMPAÑÍA.
135	EN EL CASO DE ABSORCIÓN DE COMPAÑÍAS Y POR LO QUE CONCIERNE A LA DISOLUCIÓN ANTICIPADA DE LA COMPAÑÍA ABSORBIDA NO ES NECESARIO EL TRÁMITE DE OPOSICIÓN DE TERCEROS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 33 Y 86 (actual 87) A 89 (actual 90) DE LA LEY DE COMPAÑÍAS, CUANDO, AL HACERSE CARGO LA COMPAÑÍA ABSORBENTE DEL PASIVO DE LA ABSORBIDA, AQUELLA CUENTE CON LA BASE FINANCIERA REQUERIDA PARA SOLVENTAR LA OPERACIÓN Y, EN ESPECIAL, LOS RECLAMOS DE LOS ACREEDORES DE LA ABSORBIDA. EN EL EVENTO CONTRARIO, DEBERÁ CUMPLIRSE CON EL REFERIDO PROCEDIMIENTO.
148	HECHOS QUE DETERMINAN EL INICIO DEL PLAZO A PARTIR DE CUYO VENCIMIENTO PUEDE EXPEDIRSE LA RESOLUCIÓN DE CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL EL AÑO AL QUE SE REFIERE EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 405 DE LA LEY DE COMPAÑÍAS DEBE CONTARSE DESDE LA FECHA DE EXPEDICIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE DECLARE O APRUEBE LA RESPECTIVA DISOLUCIÓN DE UNA COMPAÑÍA NACIONAL SUJETA AL CONTROL DE LA INSTITUCIÓN, SI TAL DISOLUCIÓN SE EXPIDIERE POR ORDEN DEL SUPERINTENDENTE O POR RESOLUCIÓN, LEGALMENTE INSTRUMENTADA, DE LA JUNTA GENERAL, O A PARTIR DE LA FECHA EN QUE SE EXTINGA EL PLAZO DE DURACIÓN, SE TRASLADE EL DOMICILIO PRINCIPAL A PAÍS EXTRANJERO O SE EJECUTORIE EL AUTO DE QUIEBRA, SEGÚN CORRESPONDA, SI LA COMPAÑÍA NACIONAL SOMETIDA A LA VIGILANCIA DE LA ENTIDAD SE DISOLVIERE DE PLENO DERECHO.

ARTÍCULO 2.- Delegar a la Dirección Nacional de Consultas y Desarrollo Normativo y a la Dirección Regional de Actos Societarios y Disolución de Quito, para que hasta

el 31 de diciembre de 2023, realicen la depuración y actualización de las Doctrinas Societarias que se encuentran vigentes.

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA.- Encargar a la Intendencia Nacional de Planificación y Gestión Estratégica, la ejecución de la presente resolución.

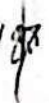
SEGUNDA.- Disponer a la Secretaría General, que remita la presente resolución al Registro Oficial para su publicación.

DISPOSICION FINAL

La presente resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dada y firmada en Guayaquil, oficina matriz de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, el 3 de marzo de 2023


ING. MARCO LÓPEZ NARVÁEZ
SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

CPV/EMV 

RAZÓN.- SIENTO COMO TAL QUE LAS CUATRO (04) PÁGINAS QUE ANTECEDEN, CORRESPONDEN A LA RESOLUCIÓN No. SCVS-INC-DNCDN-2023-0009 DE 03 DE MARZO DE 2023, Y SON FIEL COPIA DE SUS ORIGINALES QUE REPOSAN EN LOS ARCHIVOS DE ESTA INSTITUCIÓN. TODO LO CUAL CERTIFICO. GUAYAQUIL, 07 DE MARZO DE 2023.

KATHERINE MARIA
ANDREA MERINO
ESPINOZA

Firmado digitalmente por
KATHERINE MARIA ANDREA
MERINO ESPINOZA
Fecha: 2023.03.07 14:27:12
+0500

Abg. KATHERINE MERINO ESPINOZA
SECRETARIA GENERAL

SIN AMBAGES

EDUARDO CARMIGNIANI

Responsabilidad de administradores



La Ley de Compañías contiene la vieja regla, aún vigente, de que los administradores de una sociedad anónima "... no contraen por razón de su administración ninguna obligación personal por los negocios de la compañía" (Art. 255). Pero leyes especiales fueron creando excepciones, por ejemplo en lo tributario y laboral.

En lo tributario, el código de la materia introdujo la figura del responsable por representación, que permite cobrar las obligaciones respectivas a "Los directores, presidentes, gerentes o representantes de las personas jurídicas..." (art. 27, 2°). Pero esa regla luego fue, digamos, morigerada, por ley del 29 de noviembre de 2021, que introdujo en el mismo código el principio de que el representante no es responsable solidario de las obligaciones que se deriven de su gestión "salvo dolo o culpa grave"

(Art. 30, 7°). Hoy se requiere, entonces, fraude o negligencia grave, es decir, según dice el Código Civil (art. 29) "no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios".

Respecto de lo laboral, el Código del Trabajo tiene la regla de que "El empleador y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador" (Art. 36). Eso implica, nuevamente según el Código Civil (Art. 1527), que el trabajador puede exigir "el total de la deuda" al solidariamente obligado, es decir al representante del empleador. Pero tal regla se enfrenta hoy con otra, recientemente expedida (15 de marzo de 2023), que establece que los administradores de compañías anónimas "... no serán responsables por las obligaciones laborales o de

La solidaridad por las obligaciones laborales es una carga exagerada, que en general disuade que administradores profesionales se hagan cargo de negocios ajenos.

cualquier otra naturaleza en las que incurra la compañía...", salvo que en sede judicial "... se demuestre cualquier tipo de fraude, abuso del derecho u otra vía de hecho semejante..." (nuevo art. 260, Ley de Compañías).

Conceptualmente estoy de acuerdo. La solidaridad por las obligaciones laborales es una carga exagerada, que en general disuade que administradores profesionales se hagan cargo de negocios ajenos. Regla similar incluso ya se adoptó el año 2014, cuando se estableció, en el propio Art. 36 del Código del Trabajo, una excepción a la solidaridad respecto de los administradores de entidades o empresas públicas. Pero avizoro que el tema no será pacífico y se discutirá en las cortes, por aquello de la intangibilidad de los derechos de los trabajadores (Constitución, Art. 326, 2°).

colaboradores@granasa.com.ec

SIN AMBAGES

✉ EDUARDO GARMIGNANI

Mercado de extorsiones



Es antigua la regla de la Ley de Compañías que permite que accionistas minoritarios de sociedades anónimas impugnen judicialmente las decisiones de la junta general o de organismos de administración, aduciendo que "lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la compañía". Esa regla acaba de ser reformada por ley del 15 de marzo de 2023, introduciendo, en el nuevo art. 215, tres inconvenientes cambios que solo tendrán como efecto incentivar la litigiosidad, atentando contra el normal funcionamiento empresarial.

Primero, se elimina la exigencia de que la impugnación sea presentada por "accionistas que representen por lo menos la cuarta parte del capital social". Hoy lo puede hacer cualquier minoritario, así tenga menos del 1 %.

Segundo, se amplía el plazo de

216 de la Ley de Compañías para plantear la impugnación. Hoy se prevé que debe hacerse en un año, "salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público". En este caso el plazo es de cinco años.

Y tercero, lo peor. Partiendo de una novísima distinción que se hace de decisiones que, lesionando los intereses de la compañía en beneficio de uno o varios accionistas, sean también contrarias, o no, al orden público (comoquiera que se entienda este concepto, muy proclive en el mundo a ser cajón de sastre en el que se mete cualquier ocurrencia), la nueva ley divide la capacidad para demandar en la siguiente forma: si solo se alega perjuicio para la compañía (pero sin incluir una alegación de violación al orden público), la demanda exclusivamente la pueden presentar quienes hubiesen si-

Primero, se elimina la exigencia de que la impugnación sea presentada por "accionistas que representen por lo menos la cuarta parte del capital social".

do accionistas antes del acuerdo. Pero si se incluye la alegación de violación al orden público puede demandar "cualquier accionista, aunque hubiera adquirido esa condición después del acuerdo".

Que durante cinco años el dueño de una sola acción pueda demandar, alegando violación del orden público, así hubiese adquirido esa acción, digamos, cuatro años después del acuerdo que impugna, es un absurdo que va a fomentar un mercado negro de extorsiones. No solo de accionistas súper minoritarios que presionen a que se les compre a valor inflado sus acciones -reitero, adquiridas incluso años después de la decisión que "impugna"- sino hasta de competidores que se dediquen a comprar en bolsa unas pocas acciones para, como minoritario, torpedear el normal desenvolvimiento del rival.

colaboradores@granasa.com.ec

SIN AMBAGES

⇒ EDUARDO GARMIGNANI

¿Modernidad societaria?



Caso hipotético: una compañía comercial cuyas acciones se negocian en la bolsa de valores considera que le conviene absorber a otra (con la que tiene algunos accionistas comunes) debido a que sus líneas de negocios se complementan y por las sinergias del caso puede aumentar sus ingresos y ganancias. Empiezan las negociaciones y se llega a unos acuerdos preliminares, que deben ser aprobados por las juntas de accionistas de ambas. Tales aprobaciones se producen, por mayoría aplastante, aunque no por unanimidad.

El siguiente paso, para que se pueda perfeccionar la fusión, es llevar el caso a autorización de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, organismo público encargado de revisar si la unión de esos negocios pudiera traer efectos adversos al mercado. Efectuados los estudios respectivos, dicha superin-

tendencia da luz verde. Se formaliza la operación, ambas compañías se unen y forman una sola.

Transcurren los años, digamos cuatro, y un individuo (que no había sido accionista de ninguna de las compañías), compra una acción de la absorbente en la bolsa de valores. Y acto continuo demanda judicialmente la nulidad de la decisión de la junta general (de cuatro años atrás) en la que se aprobó la fusión, alegando que causó perjuicios a la compañía en beneficio de alguno de sus accionistas, pero además que viola el orden público porque -según dice- se ha afectado a competidores (pese a la opinión contraria del ente público especializado en la materia).

Se inicia entonces un largo proceso judicial, quedando en pánding una fusión ejecutada y en funcionamiento desde muchos años antes. ¿Es eso apropiado? ¿Apoya al normal fun-

● A guisa de una supuesta modernidad en la legislación societaria, acaba de introducirse, por ley reformativa del 15 de marzo de 2023, un aspecto que ensombrece a otros muy positivos que tiene esa misma nueva ley.

cionamiento de los negocios y de los mercados? ¿Genera seguridad jurídica? A mí me parece que no. Pero resulta que a guisa de una supuesta modernidad en la legislación societaria, acaba de introducirse, por ley reformativa del 15 de marzo de 2023, y no obstante el veto del Ejecutivo, esa pernicioso posibilidad que ensombrece otros aspectos muy positivos que tiene esa misma nueva ley.

Quienes crean que exagero quedan invitados a leer el nuevo artículo 215 de la Ley de Compañías, que permite que quien ni siquiera era accionista de una sociedad anónima impugne judicialmente -hasta 5 años después- decisiones de juntas generales alegando violaciones al orden público. Basta comprar -insisto, años después- una sola acción, con la que puede dedicarse a extorsionar a la compañía. Queda bien advertido el asunto.

colaboradores@granasa.com.ec

SIN AMBAGES

EDUARDO CARMIGNIANI

La ley como letra muerta



La reforma al art. 260 de la Ley de Compañías (15 de marzo, 2023) establece que los administradores de compañías anónimas "...no serán responsables por las obligaciones laborales o de cualquier otra naturaleza en las que incurra la compañía...", salvo que en sede judicial "...se demuestre cualquier tipo de fraude, abuso del derecho u otra vía de hecho semejante...". Dejemos a un lado por ahora lo laboral, sobre lo que puede haber discusión por aquello de la intangibilidad de los derechos de los trabajadores. Pero eso al margen, el nuevo art. 260 es tajante en cuanto a que, salvo que judicialmente se demuestre un fraude, los administradores no son responsables de obligaciones "de cualquier naturaleza" que tenga la compañía.

¿Era necesaria la reforma? Jurídicamente hablando en verdad no, pues la misma Ley de Compañías

mantiene en su art. 255 la vieja regla de que los administradores de una sociedad anónima "...no contraen por razón de su administración ninguna obligación personal por los negocios de la compañía", e inclusive, en materia tributaria, donde años atrás se había hecho una excepción que permitía atacar al administrador por deudas de la compañía, por ley del 29 de noviembre de 2021 se introdujo en el Código Tributario la regla de que no puede hacérselo "salvo dolo o culpa grave" (art. 30, 7°).

¿Por qué entonces la reforma? Una posible respuesta -salvo la novedad en lo laboral- es que en el paísito las reiteraciones legislativas son en ocasiones necesarias, digamos que desde un punto de vista práctico, por las inmarcesibles necedades de "operadores" jurídicos para quienes las viejas reglas están en desuso, o simplemente hacen

...La Superintendencia de Compañías, ente llamado a vigilar en gran parte la correcta aplicación de la Ley de Compañías, está siendo el primero en violar la comentada regla...

como que no existen. Tienden solo a observar las nuevas.

Pero ni así funciona. Un ejemplo: la Superintendencia de Compañías, ente llamado a vigilar en gran parte la correcta aplicación de la Ley de Compañías, está siendo el primero en violar la comentada regla de que los administradores de sociedades anónimas "...no contraen por razón de su administración ninguna obligación personal por los negocios de la compañía", cualquiera que sea la naturaleza de la obligación. Para cobrar multas o las llamadas "contribuciones" que por ley las sociedades deben entregarle por su labor de control (cuando están impagas), está coactivando no solo a la compañía deudora sino también a sus representantes, retenciones bancarias incluidas.

Advertida queda la condigna responsabilidad estatal por el pisoteo de derechos.

colaboradores@granasa.com.ec

SIN AMBAGES

EDUARDO CARMIGNIANI

Solidaridad tributaria: ¿"sanción"?



He dicho varias veces ya que la reforma al art. 260 de la Ley de Compañías (15 de marzo, 2023) establece, en general, que los administradores de compañías anónimas no responden por las obligaciones "de cualquier naturaleza" de la sociedad, salvo que en sede judicial "... se demuestre cualquier tipo de fraude, abuso del derecho u otra vía de hecho semejante...".

La exigencia de fraude para atacar personalmente al administrador forma parte, digamos, de una sólida corriente que hoy incluye hasta lo tributario, donde desde hace muchísimos años existía la regla que permitía atacar "objetivamente" al administrador por deudas de la compañía. Pero por ley del 29 de noviembre de 2021 se introdujo un concepto distinto: no puede hacerse "salvo dolo o culpa grave" (Código Tributario, art. 30, 7°).

¿Es la existencia de dolo o

culpa grave del administrador - presupuesto hoy indispensable para hacerlo responsable de las deudas tributarias de la sociedad - aplicable solo desde el 29 de noviembre de 2021 (cuando se dictó la ley antedicha)? ¿O también lo es respecto de deudas anteriores? Para el SRI la nueva regla solo rige para el futuro. Dice que la reforma no puede tener efecto retroactivo.

El caso fue tratado en una acción de protección sentenciada el 13 de diciembre de 2022 en segunda instancia por la Corte del Guayas (caso 09359202200370). Ahí se resolvió que la aludida responsabilidad solidaria "objetiva", es decir sin culpa, que establecía la ley derogada, era una especie de sanción pues "su efecto es producir una afección al patrimonio personal para el cumplimiento de una obligación ajena" (apartado 13.18). Y tratándose de una

Para el SRI la nueva regla solo rige para el futuro. Dice que la reforma no puede tener efecto retroactivo.

sanción, su eliminación sí tendría efecto retroactivo, con arreglo a la Constitución (art. 76, 5°).

El SRI discrepa. Y ha recurrido a la Constitucional, vía acción extraordinaria de protección, que acaba de ser admitida a trámite. Para la Corte, se ha justificado la relevancia constitucional del problema jurídico, pues el argumento del SRI es que el asunto "se constituye como una arista no esperada de la reforma legal [del 29 de noviembre de 2021]", que conllevaría a que los representantes legales que se encuentran vinculados a los procedimientos coactivos iniciados con anterioridad [soliciten su] "inmediata desvinculación... y levantamiento de medidas precautelatorias".

Ese no es el problema. En verdad se trata de si es o no una "sanción" la responsabilidad solidaria sin culpa. Ya veremos qué resuelve la Corte.

colaboradores@granasa.com.ec

SIN AMBAGES

EDUARDO CARMIGNIANI

Mejoría a arbitraje societario



Con proyecto de ley presentado el 20 de octubre de 2021, el asambleísta Daniel Noboa propuso que se corrijan dos gigantescas torpezas, de la anterior legislatura en materia de arbitraje para dirimir conflictos en compañías limitadas y anónimas (ordinarias). Esas torpezas quedaron plasmadas en los artículos 137.2 y 146.1 de la Ley de Compañías, según el texto publicado en diciembre de 2020.

Esas normas -de diciembre de 2020- se referían solo al arbitraje entre los "miembros" de la sociedad, lo que se entendía como excluyente de las muy comunes disputas socios-sociedad o socios-administradores. Y además impedían que tales arbitrajes sean resueltos sobre la base de la equidad, sin motivación alguna, entremetiéndose el Estado en una cuestión muy del ámbito privado, cual es la forma de resolver con-

flictos comerciales.

Las plausibles propuestas del asambleísta Noboa han quedado plasmadas en las recientes reformas a la Ley de Compañías, publicadas el pasado 15 de marzo. Acorde a estas, el arbitraje, por ejemplo respecto de sociedades anónimas (ordinarias), hoy ya puede versar sobre "Las diferencias que surjan entre los accionistas... entre estos y la compañía o sus administradores, o entre la sociedad 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 Directorio, así como el abuso del derecho".

Y también se eliminó aquella inconstitucional e inconveniente restricción para que el arbitraje sobre esas controversias pueda ser resuelto sobre la base de la equidad.

Las plausibles propuestas del asambleísta Noboa han quedado plasmadas en las recientes reformas a la Ley de Compañías, publicadas el pasado 15 de marzo.

Pero además la ley del 15 de marzo corrigió también otro es-
perpento, que constaba en los textos de diciembre de 2020. Estos establecían que cuando se transfiere acciones o partes sociales (de una compañía que tiene ya en su estatuto un convenio arbitral) el adquirente quedaba 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 todos los demás socios atados al convenio arbitral, de modo que la desvinculación de este se producía de hecho, sin reformar el estatuto, al libre albedrío del recién llegado a la sociedad. La última reforma regresa las aguas a su cauce. El nuevo socio queda obligado por el convenio arbitral, salvo que haya pacto expreso con todos los demás.

colaboradores@granasa.com.ec

SIN AMBAGES

EDUARDO CARMIGNIANI

Populismo societario



El 29 de agosto la Superintendencia de Compañías dictó unos "lineamientos de probidad y capacidad civil" para representantes legales y administradores de compañías sujetas a su control, los que, según sus consideraciones, se justificarían en que "...el delito de lavado de activos, conlleva consecuencias negativas en el país y el sector empresarial... lo que produce distorsiones en los movimientos financieros de los sectores económicos vulnerables, fortaleciendo aquellos que se benefician del dinero proveniente de actividades ilícitas...".

Semejante obviedad pretende blindar contra críticas la zoquetada que luego tal resolución establece. Asume que con semejante introito nadie va a atreverse a levantar la voz. Se equivocan.

Empecemos por lo formal. La Superintendencia no tiene atribu-

ción para imponer, vía reglamento, requisitos para que unos funcionarios públicos, los registradores mercantiles, inscriban nombramientos de administradores de compañías. La Ley de Registro es tajante: los registradores deben inscribir los documentos cuya inscripción exige la Ley, solo pudiendo negarse a hacerlo si el documento no contiene los requisitos "legales" (art. 11, a, 5). No se puede por reglamento incluir requisitos, al punto que cuando la ley ha querido establecer unos adicionales a los generales lo ha dicho expresamente, como en el caso de los representantes legales de los bancos, cuyos nombramientos están sometidos a calificación previa de la Superintendencia de Bancos (C. Monetario, arts. 413 y 258).

Sigamos con lo formal. Si los registradores llegasen a hacer caso a tal inaudita decisión, quedan

Si los registradores llegasen a hacer caso a tal inaudita decisión, quedan expuestos a indemnizar daños y perjuicios por negar "indebidamente" una inscripción...

expuestos a indemnizar daños y perjuicios por negar "indebidamente" una inscripción, pues una negativa solo puede fundarse en "alguna de las razones que constan en esta Ley" (Ley de Registro, arts. 15, d, y 18).

Vamos ahora a lo de fondo. La Superintendencia pretende que se le presente al registrador mercantil tanto un certificado de la UAFE que acredite que el nombrado no conste en el listado de personas con sentencia condenatoria, como acreditar "no constar" en dos listas públicas internacionales de personas sancionadas, la de la OFAC y la del Consejo de Seguridad de la ONU, populismo societario que no previene para nada el lavado de activos pero intenta parapetar a la entidad de control con una ficción de estricta regulatoria, con la que cree deslindar las responsabilidades de su unidad de lavado de activos.

Ese es el paísito.

colaboradores@granasa.com.ec

SIN AMBAGES

EDUARDO CARMIGNIANI

Renuncia por mano ajena



Es increíble que en el paísito haya que referirse hasta a las cosas más obvias, que algunos jueces no entienden. O hacen como que no entienden. Es elemental, por ejemplo, comprender que el acuerdo para que ciertas controversias se resuelvan en arbitraje es un contrato. Y como tal, es obligatorio para las partes. Ninguna parte de ese acuerdo puede escaparse de sus estipulaciones unilateralmente. Y por eso la Ley de Arbitraje dice sin rodeos que el convenio arbitral "impide someter el caso a la justicia ordinaria" al punto que cuando está pactado arbitraje "los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado" (art. 7). Salvo, claro está, ciertos casos de excepción legalmente previstos.

Uno de esos casos de excepción es que las partes, como se puede hacer con cualquier con-

trato, hayan renunciado a sus acuerdos. La renuncia, como es obviedad, puede ser expresa, como cuando se firma un documento diciendo que dejan sin efecto el convenio de arbitraje. Pero puede también ser tácita. La Ley de Arbitraje prevé este caso en su art. 8 cuando entiende "...que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera de [las partes] una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral".

No basta, pues, que una sola parte se aparte de lo acordado, llevando su reclamo ante los jueces. Se requiere que la otra, al contestar la demanda, no se oponga, no alegue que el caso debe ser llevado a arbitraje. Si en cambio plantea en su defensa que hay arbitraje pactado no hay renuncia. ¿Capito?

Pero eso, que es bastante fácil

La renuncia, como es obviedad, puede ser expresa, como cuando se firma un documento diciendo que dejan sin efecto el convenio de arbitraje. Pero puede también ser tácita.

de comprender, no lo fue para el juez de Loja, Diego Ochoa. Este, en una sentencia que dictó el 31 de mayo de 2018 sostuvo -voy a citar textualmente el bodrio- que "una de las partes se entiende que renuncia a someterse al convenio arbitral... cuando se somete el conflicto a la justicia ordinaria, situación que ha ocurrido [pues] si bien no existe una renuncia directa, si existe de forma tácita esta renuncia con la presentación [del reclamo ante un órgano judicial]".

Renuncia tácita ¿del demandado? por la presentación de un reclamo judicial en su contra. Se mejante adefesio acaba de recibir merecido varapalo de la Constitución, que con sobradas razones lo envió al tacho de basura, pidiendo a la Judicatura que anule imponer sanciones (sentencia 1754-18-EP/23, 30 de agosto, 2023, ponente, Salazar).

colaboradores@granasa.com.ec

DE ORIENTE A OCCIDENTE

MAURICIO VELANDIA



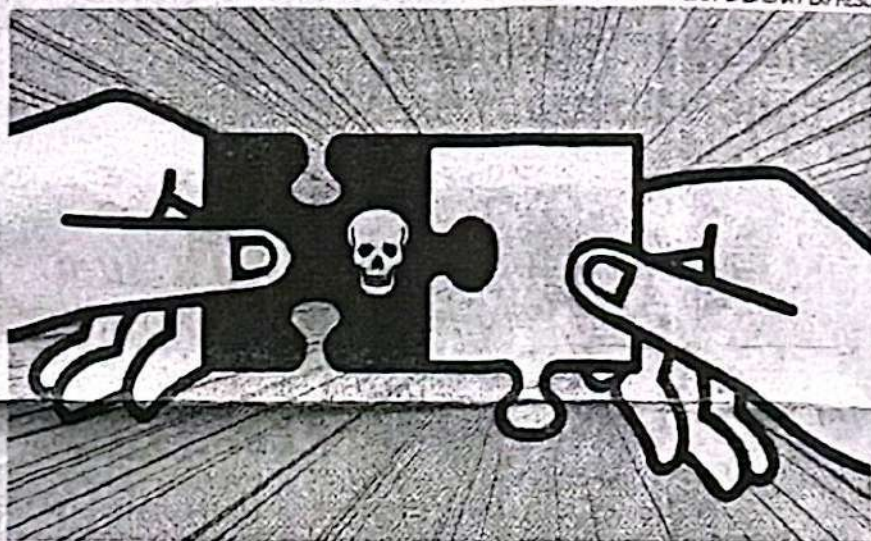
Compañías asesinas

TEDDY CABRERA / EXPRESO

El término asesinar se refiere a la acción o de quitarle la vida a alguien deliberada e ilegalmente. Es un acto considerado como crimen grave. Trasladando ese concepto al campo empresarial: "asesinar a una compañía comercial" se utiliza para describir la eliminación de una empresa del mercado en manos de un nuevo socio de negocio. Es una expresión figurativa que se utiliza para referirse a la acción de causar daño severo o fatal a una empresa comercial, generalmente perjudicando su viabilidad económica, su reputación o su vida. Puede implicar acciones como sabotaje, competencia desleal, difamación, manipulación de precios o cualquier otra práctica que pueda llevar a la ruina o cierre de una empresa. Puede ocurrir que una empresa adquiera o controle a otra potencialmente competidora como parte de su estrategia para eliminar o reducir la competencia en el mercado. Esto es acabar la competencia volviéndose socio o aliado de negocios con el fin de asesinar a su socio, potencial o real competidor. Traición.

Es natural que cuando una compañía emprenda la consecución de un aliado o socio de negocios espere un intachable comportamiento a fin de acrecentar sus negocios, dado que esa es la finalidad de una asociación. Nadie se asocia para quitarse la vida o para que se la quiten, es decir, nadie busca la autodestrucción.

La adquisición de WhatsApp por parte de Facebook en 2014 ha sido una forma académica de expresar operaciones novedosas por parte de una empresa posicionada que adquiere a un competidor para evitar su competencia futura. En ese caso Facebook (Meta)



compró WhatsApp, que es la aplicación de mensajería que todos conocemos, para fortalecer su posición en el mercado de las comunicaciones móviles.

Hay muchas otras adquisiciones conocidas que han tenido como objetivo eliminar o reducir la competencia en diferentes industrias. Como cuando una aerolínea compra a otra para acabarla o como cuando la estrategia es asociarse con una empresa y después diluir al aliado comercial, que era su otrora competidor, utilizando maniobras ocultas de mala fe. Como pueden ver una (integración asesina) se presenta cuando la asociación de compañías termina en el velorio de una de ellas.

La palabra "compañía" no solo es utilizada para identificar a una empresa comercial. También para identificar una persona con quien se rodea. Las malas compañías no solo son perjudiciales bajo la óptica empresarial, lo son también bajo la óptica política o personal. Un ejemplo histórico de

Las malas compañías no solo son perjudiciales bajo la óptica empresarial; lo son también bajo la óptica política o personal.

un presidente cuya gestión fue afectada por malas compañías es Richard Nixon, quien fue presidente de EE. UU. Aunque no perdió la presidencia directamente debido a malas compañías, se vio envuelto en el escándalo de Watergate en la década de 1970. Este escándalo se originó por las malas acciones e influencias negativas de miembros de su administración, que llevaron a la obtención ilegal de información y la obstrucción de la justicia. Como resultado, Nixon se vio obligado a renunciar a su cargo en 1974 antes de enfrentar un juicio político por las acusaciones de malas prácticas en el gobierno.

Vienen las elecciones a la presidencia de Ecuador. La persona que quede por voto popular debe rodearse bien y evitar en su equipo malas compañías. Y la superintendencia de competencia de Ecuador debe estar pendiente de las integraciones empresariales asesinas en el país.

colaboradores@granasa.com.ec

Nueva reforma

Oscar del Brutto A.

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 atri-

buciones 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 derechos si no hay vías para poner en

(...) las leyes deben estar al servicio de la solución de problemas y no para ser citados como dogmas de fe.

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. (O)

OPINIÓN

11

Responsabilidad tributaria

Armando Serrano Carrón

Se promulgó una reforma a la Ley de Compañías.

Señala de manera expresas que accionistas no serán responsables por obligaciones tributarias en que incurra la compañía (art. 27). Respecto de los administradores, de manera muy laxa y desentendida, señala que se estará a lo previsto en la ley de la materia (art. 65).

¿Vuelven las aguas a su cauce?

El desbordamiento del contenido de esta figura jurídica, respecto de la responsabilidad tributaria de terceros, se volvió de espanto grave cuando, a partir del corralito, se promulgó la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, en 2012. En su parte sus-

ta, establece que las instituciones del Estado hagan efectivo el cobro de sus acreencias mediante el procedimiento coactivo, no solamente procederán contra el obligado principal, sino subsidiariamente también contra todos los obligados por ley. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar, se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad y recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio.

Este fue el yunque sobre el que se marilló La Clementina, cuya suerte la vemos con horror, como una secuela de posverdad en la que la perversidad política incurrió en campos vedados y causó lastimaduras

profundas.

En agosto del 2013 se inició una acción de inconstitucionalidad, por la forma y fondo, contra esta norma faragosa, pero recién en 2019 se sorteo y empezó su sustanciación, con la Corte Constitucional actual. Declaró la inconstitucionalidad de algunos de sus artículos, con lo cual entró algunas de sus aristas más desgarradoras. Acotó el temido procedimiento coactivo, permitiendo que la imposición de una medida contra bienes de un tercero se realice solamente de forma subsidiaria al deudor principal; esto es, primero se cobra al principal y luego al tercero. Para los casos de abuso de derecho o fraude, que se

produce cuando se usa una sociedad o persona jurídica para cometer actos ilícitos o utilizada para defraudar, se deberá obtener previamente una declaración judicial ejecutoriada. Una sentencia que declare y determine el cumplimiento de dicha condición. Reconoce a esta como el medio y mecanismo jurisdiccional idóneo que permite mayor debate y contradicción, no un brevísimo procedimiento coactivo, cuyo diseño estructural es para ejecución.

El Código Orgánico Tributario vigente, artículo 27, regula la materia y señala que, en el caso de las personas jurídicas, son responsables por representación: directores, presidentes,

gerentes o representantes de las personas jurídicas y demás entes colectivos con personalidad legalmente reconocida. Debe leerse que, además del principal o contribuyente, resulta responsable de la obligación tributaria cualquiera de los administradores señalados de manera expresa en la norma. Esta responsabilidad tributaria es solidaria, puede cobrarse de manera indistinta al principal o al responsable. No es una excepción válida que no se hayan realizado o agotado las gestiones de cobro contra el principal. A renglón seguido, limita esta responsabilidad a los bienes administrados y las rentas que se hayan producido durante su gestión. (O)

**MIEMBROS DEL DIRECTORIO
PERÍODO 2.023 - 2.025**

ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

PRESIDENTE	Dr. Aquiles Mario Rigall Santistevan
VICEPRESIDENTE	Dr. Antonio Emillo Romero Parducl
TESORERA	Dra. María Elvira Malo Cordero
PROCURADOR	Dr. Dr. Rafael Américo Brigante Guerra
SECRETARIO	Ab. Miguel Reinaldo Martínez Dávalos
VOCALES PRINCIPALES	Primer Vocal Dr. Juan Alfredo Trujillo Bustamante
	Segundo Vocal Dr. Roberto Salgado Valdez
VOCALES SUPLENTE	Primer Vocal Dr. Roberto Gabriel González Torre
	Segundo Vocal Dr. Andrés Emillo Ortiz Herbener

ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

MIEMBROS 2023

Ab. Luis Esteban Amador Rendón	Dr. Roberto Gabriel González Torre
Dr. Xavier Antonio Amador Rendón	Ab. Alexandra María Iza de Díaz
Dr. Fernando Alfredo Aspíazu Seminario	Dra. María Elvira Malo Cordero
Dr. Rafael Américo Brigante Guerra	Ab. Miguel Reinaldo Martínez Dávalos
Dr. Luis Alberto Cabezas Parrales	Dr. Ricardo Juan Noboa Bejarano
Ab. Roberto Abad Calzahuano Villacrés	Dr. Gustavo Xavier Ortega Trujillo
Ab. José Eduardo Carmigniani Valencia	Dr. Andrés Emillo Ortiz Herbener
Dr. César Irwin Coronel Jones	Dr. Nicolás Vicente Parducl Sciacaluga
Ab. Fabricio Stefano Dávila Lazo	Dr. Aquiles Mario Rigall Santistevan
Ab. César Ignacio Drouet Candel	Dr. Antonio Emillo Romero Parducl
Dr. Jorge Augusto Egas Peña	Dr. Oswaldo Rodrigo Santos Dávila
Dr. Juan Eduardo Falconí Pulg	Dr. Roberto Salgado Valdez
Dr. Rómulo Alejandro Gallegos Vallejo	Dr. Juan Alfredo Trujillo Bustamante
Dr. Galo Enrique García Feraud	Dr. Ignacio Vidal Maspons

ISBN: 978-9978-21-114-4



9 789978 211144