SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Gaceta Societaria

Octubre - 2018

DOCTRINA 2

"DISOLUCIÓN" DE LAS "COMPAÑÍAS IRREGULARES" POR RETIRO DE UN SOCIO O ACCIONISTA.

Base legal:

LCom: *Art. 29*

> **En las compañías de capital dividido en participaciones o acciones, se considera que un socio se separa de la compañía en formación cuando retira su aporte. El simple traspaso de los certificados provisionales no implica separación del socio, sino una mera variación del titular del derecho que no modifica el régimen jurídico de la Compañía.**

El artículo 29 de la Ley de Compañías, integra la Sección de disposiciones generales, y es, consecuentemente, aplicable a toda especie de compañías. Tal artículo establece el derecho del socio a separarse, en cualquier momento, de una "compañía irregular", es decir, de una sociedad en formación en la que no se hubieren llenado oportunamente las respectivas formalidades legales.

Para este efecto, en el caso de las compañías limitadas y anónimas, debe entenderse que un socio se separa de la compañía, cuando retira sus aportaciones, y no cuando es sustituido por el cesionario de los certificados provisionales respectivos.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

El elemento fundamental del que depende la subsistencia de la compañía, es el capital dividido en acciones o participaciones, cuya titularidad puede variar, sin afectar a su integridad. Por consiguiente, sólo el retiro de aportes (durante el proceso de formación y bajo el respectivo presupuesto legal) puede estimarse como separación del socio, porque esta circunstancia determina la disminución del capital social y afecta, lógicamente, a lo preceptuado por otros artículos de la Ley. En cambio, el traspaso de certificados provisionales de futuras "participaciones" o "acciones" no afecta al capital social, e implica sólo el cambio de una o más personas, pero no, propiamente, el retiro de un socio. Mientras

exista un titular del derecho derivado de estos títulos no puede admitirse que haya propiamente una separación del socio.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 7

INSCRIPCIÓN DE LA LISTA DE SOCIOS DE LA COMPAÑÍA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN EL REGISTRO MERCANTIL.

Base legal:

LCom: ***Arts. 20 Lit. b; 115; 133***

Actualmente no es imprescindible la inscripción anual de la lista de socios que según el artículo 133 (actual 131) debe hacerse en el Registro Mercantil.

El artículo 133 (actual 131) de la Ley de Compañías textualmente impone a los administradores de una compañía de responsabilidad limitada la obligación de inscribir en el mes de enero de cada año, en el Registro Mercantil del Cantón, la lista completa de los socios, con expresión de nombres, apellidos, domicilios y montos de los aportes. Y, alternativamente, si no ha habido alteración de un año a otro en estos datos, una declaración en tal sentido.

Consecuentemente, habiendo empezado a regir la Ley en marzo de 1964, el alcance del mencionado artículo se ha de entender en su sentido más obvio y natural, esto es, que en enero del próximo año (1965) debía cumplirse, por quien corresponda, con tal obligación.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

No obstante, aquella situación ha variado radicalmente desde entonces hasta ahora, porque en esa época no existía la obligación que ahora impone el literal b) del artículo 20 de la Ley de Compañías a las sociedades de responsabilidad limitada, de enviar anualmente a la Superintendencia de Compañías la nómina de sus socios (ya que entonces este tipo de sociedad no estaba sujeto al control y vigilancia de esta Institución), y, especialmente, porque en aquella época no existía tampoco el requisito de la anotación de toda escritura de cesión de participaciones en una compañía de responsabilidad limitada (hecha naturalmente con posterioridad a su fundación) al margen de la inscripción en el correspondiente Registro Mercantil de su escritura de constitución.

Ambas innovaciones superaron e hicieron ocioso el registro anual que aún dispone textualmente el artículo 133 (actual 131), sin que ello signifique que por eso ya no se pueda realizar tal inscripción anual por parte del administrador que la quiera hacer de todos modos.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 9

COEXISTENCIA DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS CIVILES Y LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS MERCANTILES Y SUJECIÓN DE AMBAS A UN MISMO SISTEMA LEGAL.

Base legal:
LCom: ***Art. 2; 155//*****CC:** ***Art. 1995***

Consecuencias de orden legal acarreadas por la reforma del artículo 155 (actual 143) de la Ley de Compañías: si subsisten las compañías anónimas civiles y si éstas y las de comercio son o no sociedades "mercantiles".

El artículo 155 (actual 143) de la Ley, antes de la reforma, decía: "La compañía anónima es una sociedad mercantil cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas, que responden únicamente por el monto de sus acciones".

De conformidad con el artículo 8 del Decreto Supremo 766 del 8 de marzo de 1965, publicado en el Registro Oficial 485 del 23 de abril de ese año, el artículo 134 (actual 155) (actual 143) de la Ley tiene el siguiente texto: "La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones. (inciso) Las sociedades o compañías civiles anónimas están sujetas a todas las reglas de las sociedades o compañías mercantiles anónimas".

Como se echa de ver, la reforma consiste en lo siguiente: 1. Se suprimió del texto del artículo 155 (actual 143) la palabra "mercantil" y se dejó simplemente la expresión de que "La compañía anónima es una sociedad". 2. Agregó un inciso,

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

concebido textualmente sobre el precepto del artículo 1995 (actual 1968) del Código Civil, al que agregó las palabras "compañías", de modo que mientras el Código Civil dice "las sociedades civiles anónimas" y "las sociedades comerciales anónimas", el inciso agregado en la reforma a la Ley dice: "Las sociedades" o "compañías civiles anónimas" y "las sociedades o compañías mercantiles anónimas".

Procuremos desentrañar si ha habido o no alguna modificación en los dos puntos planteados, con esta reforma.

1. La supresión de la palabra "mercantil" en el inciso primero del actual artículo 155 (actual 143), refuerza el hecho de que quedan subsistiendo las compañías anónimas civiles. A ello se encamina la reforma.

Por otra parte, el inciso que se ha agregado, a su turno, no hace sino ratificar aquella distinción entre sociedades anónimas civiles y sociedades anónimas mercantiles, particular que refuerza también la idea que subsisten las compañías anónimas civiles.

2. La reforma ha significado, en consecuencia, una afirmación de que existen las sociedades anónimas civiles y que las sociedades anónimas se dividen en dos grandes grupos: civiles y mercantiles.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Esta división, permite responder a la pregunta ¿qué clase de sociedad es la compañía anónima a que se refiere la Ley de Compañías en su artículo 155 (actual 143)? Es, precisamente, de aquellas que el primer inciso del artículo 2 de la Ley de Compañías califica de "compañías de comercio", o, lo que es lo mismo, de aquellas que el segundo inciso llama "sociedades o compañías anónimas mercantiles".

De tal modo que la supresión en el inciso primero actual de la palabra "mercantil" se halla debidamente justificada por el texto del artículo 2 y explicada o aclarada por el segundo inciso del mismo artículo 155 (actual 143).

3. El supradicho inciso segundo del actual artículo 155 (actual 143) ha dispuesto que las compañías o sociedades civiles anónimas se sujetan a todas las reglas de las compañías o sociedades comerciales anónimas. Tal declaración amplia tiene por objeto repetir el principio del Código Civil, en todo análogo. El más claro entendimiento de qué cosa es "sujetarse a todas las reglas", es el de asegurar que el régimen legal sobre constitución, forma de contrato, publicidad, efectos organización interna, funcionamiento y liquidación de la compañía, aplicable a las compañías anónimas, civiles, es también aplicable a las mercantiles o comerciales, y viceversa; y esto en virtud de disposiciones concordantes del Código Civil y de la Ley de Compañías.

4. El alcance de la reforma del artículo 155 (actual 143) no afecta, por consiguiente, a la clasificación de las compañías de comercio que se formula en el artículo 2 de la Ley de Compañías y, por tanto, el concepto de la compañía anónima que se contenía en el artículo 155 (actual 143) antes de la reforma, es el mismo después de ella.

5. Resta por dilucidar, cuál es el criterio de distinción entre sociedades civiles y sociedades mercantiles, y cuál, por fin, el efecto o alcance de esta diferenciación.

a) Criterio de distinción: no siendo ajenas, como se ha afirmado, las sociedades civiles anónimas del afán de lucro, lo que les distingue de las sociedades comerciales anónimas, es, a niveles netamente doctrinarios, que aquellas tienen por "objeto social" la ejecución de un solo acto, aislado y único, de una sola obra, de un solo proyecto (la construcción de un puente, por ejemplo), mientras que el "objeto social" de éstas, de las mercantiles, comprende la repetición masificada de ciertos actos de una misma especie (como por ejemplo el transporte de mercaderías o el negocio de agencias de viajes y turismo).

b) Alcance de la diferenciación: atenta la sujeción de las compañías anónimas civiles a todas las reglas de las compañías comerciales anónimas, el criterio por el cual se puede distinguir a las primeras de las segundas, y que se deja expresado en el literal anterior sirve únicamente a fines de especulación doctrinaria, por la

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

razón de que las compañías son mercantiles bien por su objeto, bien por la forma que adoptan, y son mercantiles por la forma todas las compañías anónimas; lo que no impide que de todas ellas, unificadas por el común denominador de la forma y del carácter mercantil, unas lo sean por el objeto y por la forma y otras resulten compañías de comercio por la forma, y civiles por su objeto específico.

6. Por estas consideraciones se debe desechar el criterio que pretende encontrar una antinomia irreductible entre sociedades civiles y sociedades comerciales, pues, como lo hemos dejado establecido, ambos conceptos son compatibles entre sí.

Aclarando este pensamiento, cabe añadir que (con excepción de las compañías de responsabilidad limitada que nunca fueron "civiles", por no reconocerlas como tal el Código Civil, y que siempre son "mercantiles" según el artículo 94 (actual 93) de la Ley de Compañías, aunque pueden tener por objeto la ejecución de actos civiles según el artículo 95 (actual 94) de la misma Ley) las sociedades pueden ser civiles y mercantiles, y a su vez unas y otras anónimas, en comandita, en nombre colectivo, etc.; y, que una sociedad anónima puede ser a la vez civil, por la actividad a que se dedique, y, comercial, por la forma que ha adoptado; esto porque la sociedad o compañía es una clase o especie de contrato. Lo que no podría ser es que una sociedad sea al propio una comunidad de bienes o, porque esta institución tiene caracteres específicos que la diferencian esencialmente de aquella.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 12

EL MARIDO Y LA MUJER NO PUEDEN INTERVENIR CADA UNO POR SUS PROPIOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE UNA COMPAÑÍA ANÓNIMA O DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, PERO BIEN PUEDEN DESPUÉS RESULTAR ACCIONISTAS O SOCIOS DE LA COMPAÑÍA YA CONSTITUIDA.

Base legal:

LCom: ***Arts. 1; 100; 157//CC: Arts. 187; 237; 1984***

Esta Doctrina ha quedado modificada en los siguientes términos:
Según el artículo 237 (actual 218) del Código Civil, que prohíbe a los cónyuges celebrar contratos entre sí (salvo las excepciones legales), el marido y la mujer no pueden celebrar el contrato de sociedad; para lo cual conviene recordar que la "sociedad" es un contrato por definición legal, según los artículos 1984 (actual 1957) del Código Civil y 1 de la Ley de Compañías.

Aquella prohibición, que nace del Código Civil, se ve ratificada y ampliada por la Ley de Compañías, en sus artículos 100 (actual 99) y 157 (actual 145), ya que ambas disposiciones prohíben la intervención de ambos cónyuges no sólo en la contratación misma de la sociedad (cuestión que ya está prohibida por el Código Civil) sino en el proceso de la correspondiente constitución, que nace desde la celebración del contrato de sociedad y que termina con la inscripción correspondiente en el Registro Mercantil; aclarándose, claro está, que aquella prohibición no comprende a los casos en que por expresa disposición legal la intervención de ambos cónyuges (pero no como socios) es obligatoria, como ocurre en los casos de constituciones de compañías con aportes de inmuebles adquiridos a título oneroso durante la sociedad conyugal (artículo 187 del Código Civil).

Pero lo antedicho no significa, ni mucho menos, que cuando un cónyuge interviene en la constitución de una compañía, como socio fundador, el otro no

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

pueda también comparecer, pero no como otro socio, a expresar su consentimiento para que el primero pueda intervenir en la constitución, aunque tal consentimiento no fuere legalmente obligatorio; pues en tal caso la comparecencia del otro cónyuge es totalmente innecesaria.

Queda claro, pues, que el marido y la mujer no puede intervenir, cada uno por sus propios derechos, en la constitución de una compañía anónima o de responsabilidad limitada, como dos socios o accionistas diferentes.

No obstante todo lo expresado hasta aquí, no hay inconveniente alguno en que después de constituida llegaren a figurar, como accionistas distintos en la misma, el marido y la mujer.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 23

IMPERIO DE VARIAS NORMAS LEGALES EN EL TIEMPO: DISTINCIÓN ENTRE NORMAS RELATIVAS A LA CONSTITUCIÓN DE LA COMPAÑÍA Y NORMAS RELATIVAS A SU FUNCIONAMIENTO.

Base legal:
LCom: ***Art. 32***

El domicilio, el nombre de la Compañía, su objeto concreto, el plazo de duración debidamente determinado, el capital (con prescindencia de su monto, por su naturaleza variable), el número de las acciones en que se divide el capital son caracteres que se refieren a la esencia del contrato que no pueden ser afectados por ninguna Ley posterior.

El artículo 32 de la Ley de Compañías dice: "Las compañías constituidas válidamente conforme a leyes anteriores se sujetarán, en cuanto a su funcionamiento, a las normas de la presente Ley".

Frente a esta disposición legal resulta a todas luces de enorme importancia la distinción entre las normas legales relativas a la constitución de las compañías y las relacionadas con su funcionamiento, pues durante la vida de una compañía perfectamente cabe el imperio de varias leyes en forma sucesiva.

Sumamente ilustrativo es el criterio expuesto sobre tan interesante particular por el Dr. J. Gabino Pinzón, en su dictamen sobre "El aporte de industria en la sociedad de responsabilidad limitada", publicado en el Código de Sociedades del Dr. Luis F. Serrano, Bogotá 1961, pp. 402 a 411, y reproducido en el Boletín de la Superintendencia de Sociedades Anónimas de Colombia, 1, enero de 1958.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Se lee en la parte pertinente del mencionado estudio: "Lo que sucede es que, para apreciar la forma en que operan las leyes nuevas en relación con las sociedades ya constituidas, debe tenerse en cuenta que en el contrato de sociedad no ocurre lo que en los contratos de ejecución instantánea. Porque si en éstos, satisfecha la obligación contraída por cada una de las partes, se consolida la situación creada por el contrato, sin la posibilidad de que normalmente surjan de ellas nuevas relaciones jurídicas entre los mismos contratantes, en el contrato de sociedad surgen, en cambio, relaciones de suyo complejas entre los socios, entre éstos y la persona jurídica que se forma y entre ésta y los terceros, caracterizadas por una relativa estabilidad y por una eficacia creadora de nuevas situaciones, especialmente porque entra a actuar como nuevo sujeto de derechos y obligaciones la persona jurídica de la sociedad. El acuerdo inicial de voluntades recibe, así una virtualidad constante que justifica las interferencias también constantes de la Ley, que ha de tratar de que los efectos de ese acuerdo se vayan produciendo dentro de las condiciones que el legislador considere necesarios o convenientes, en cada época, para proteger los intereses generales, los de los terceros que contraten con la sociedad y los de los mismos asociados".

"En virtud, pues, de los principios legales vigentes, la constitución de la sociedad, esto es, la celebración del contrato social, en cuanto a sus requisitos de fondo y forma, se sujeta a las leyes vigentes en la época en que se lleve a efecto; pero la ejecución o desarrollo del mismo contrato, tanto en relación con los actos de los asociados como con los de la persona jurídica, se sujetan, en cambio, a las leyes nuevas, con la sola salvedad de los que se hayan celebrado válidamente, que conservan la validez que les correspondía, según las leyes vigentes al tiempo de su celebración...".

Pero aún queda por establecer una distinción general y regularmente válida para que se pueda aplicar con acierto esta doctrina en los casos que se presentan a propósito de compañías anónimas constituidas legalmente antes de la vigencia de la Ley de Compañías y que subsisten hasta el momento como compañías de esta misma especie.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por una parte, queda ya admitida la distinción fundamental entre constitución y funcionamiento de las compañías; distinción que viene a equivaler a la que hay entre el nacimiento de la persona y su vida o desenvolvimiento jurídico. Pero, adheridos al acto constitutivo hay ciertos caracteres que se incorporan a la persona jurídica y que, por lo tanto, tienen que participar de lo que podríamos llamar beneficio de la fundación, en cuanto la nueva Ley no puede alterarlos.

Estos caracteres forman parte del listado de "declaraciones" que la Ley exige que se hagan constar de manera indispensable en la escritura de constitución de una compañía.

Entre todas esas declaraciones, hay algunas como las relativas al domicilio, al nombre de la compañía, a su objeto concreto, al plazo de duración debidamente determinado (sin prórrogas automáticas), al capital -con prescindencia de su monto, por naturaleza variable-, al número de las acciones en que se divide el capital, a la lista de suscriptores de acciones, con expresión de los pagos efectuados y de los saldos, a la clase y naturaleza de los bienes aportados, que son declaraciones que se refieren a la esencia del contrato de compañía y, como tales, no pueden ser afectadas por ninguna ley posterior, puesto que su fundamento es de orden público y de tal manera están vinculados a la existencia misma de la compañía, que gozan, sin lugar a duda, del beneficio de la fundación.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Llamará la atención que se deje de lado para este recuento declaraciones tan importantes y sustanciales como el monto del capital, la estructura orgánica o administrativa de la compañía, la representación legal, la fiscalización, los casos en que deberá disolverse la compañía anticipadamente, las normas de reparto de utilidades, etc.; pero, siguiendo el criterio de distinción entre fundación y funcionamiento, se pueden diferenciar entre todas las declaraciones que debe contener la escritura constitutiva, dos grupos: el primero, formado por las declaraciones que constituyen, como se quiere demostrar, presupuestos formales de la existencia de la compañía (domicilio, plazo, objeto, etc.), y sobre los cuales se constituye o estructura, con las modalidades propias de cada caso, la

sociedad; y, el segundo, en donde encontramos, entre otros, las relativas al monto del capital, -con prescindencia del capital como presupuesto-, a la forma de administración etc., y que son declaraciones indiscutiblemente relacionadas con el funcionamiento de la sociedad.

Frente a los presupuestos formales de la existencia de la compañía, (igual que frente a la existencia misma de ésta, que emana de su constitución válida, al amparo de la ley anterior), la Ley nueva no dispone sino para lo venidero; en tanto que frente a las cuestiones puramente funcionales de la compañía la nueva ley impera con todo su vigor, tal como lo dispone el artículo 32 de la Ley de Compañías, por lo que en tales casos la actividad de la sociedad deberá acomodarse a la nueva ley.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 24

COPROPIEDAD DE ACCIONES: SITUACIONES QUE SE PRESENTAN COMO CONSECUENCIA DE LA MISMA.

Base legal:

LCom: ***Arts. 178; 192; 193//*****CC:** ***Arts. 1481; 1567; 1569***

En general, son aplicables a la copropiedad de acciones los principios de la comunidad del Código Civil.

I

LA SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES PRO-INDIVISO: DOS SITUACIONES DIVERSAS DE COPROPIEDAD DE ACCIONES.

Hay dos situaciones distintas que dan lugar a la copropiedad de acciones: a) la suscripción de una acción por varias personas, bien al momento de fundación de la compañía, bien con motivo de un aumento de capital; b) la adquisición de una acción por varias personas; circunstancia que frecuentemente se produce en la sucesión por causa de muerte.

El artículo 178 (actual 165), inciso segundo de la Ley de Compañías, dice: "La suscripción de acciones es un contrato por el que el suscribiente se compromete para con la compañía a pagar un aporte y ser miembro de la misma, sujetándose a las normas del estatuto y reglamentos, y, ésta, a realizar todos los actos necesarios para la constitución definitiva de la compañía, a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente a cada acción suscrita".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

"Se perfecciona este contrato, -concluye en el siguiente inciso el mismo artículo-, por el hecho de la suscripción por parte del suscriptor".

De conformidad con el artículo 1481 (actual 1454) del Código Civil, "cada parte puede ser una o muchas personas". La una parte, en este contrato, es la compañía en formación, si se trata de suscripción de acciones en el acto constitutivo, y con mayor razón en la forma de constitución sucesiva; o la compañía ya constituida y existente sí se trata de un aumento de capital. Nótese a propósito de esto último, que si el aumento de capital se hiciere por elevación del valor de las acciones ya existentes, como lo faculta el artículo 195 (actual 182) de la Ley, aunque no hay emisión de acciones, hay de todos modos, suscripción del aumento, a menos, claro está, que tal aumento se hiciere por capitalización de reservas o de utilidades, o por revalorización de activos.

Aplicando, por tanto, el principio últimamente citado del Código Civil, no repugna que varias personas puedan suscribir acciones en forma conjunta, en cualquiera de los dos momentos que dejamos diferenciados.

Es diverso el presupuesto bajo el cual se produce la copropiedad de acciones cuando las mismas pasan a ser de propiedad de varios después de haber sido emitidas. La circunstancia más ordinaria para este caso es la de la sucesión por causa de muerte, la cual no excluye el caso de la copropiedad nacida de un contrato, como la compraventa, a título oneroso. No hay ningún inconveniente en que dos o más personas compren conjuntamente las acciones de alguien y por este hecho pasen a ocupar su lugar en la compañía.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Las reglas a seguirse en cualquiera de estos presupuestos son las mismas. Generalmente no hay dificultad mayor en entenderlas y en considerarlas y en aplicar a esta situación los principios de la comunidad de bienes debidamente reglada por el Código Civil.

De allí que ofrezca mayor interés para la especulación científica la confrontación de la copropiedad de acciones, en primer lugar, con la naturaleza del contrato de

suscripción, en lo que mira a la obligación de pagar el valor de las acciones por parte del suscriptor; en segundo lugar, con la indivisibilidad de la acción; y, en tercer lugar, con la solidaridad que nace por mandato de la Ley entre los copropietarios de acciones. De estos aspectos nos ocuparemos en el siguiente apartado.

II

LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL VALOR DE LAS ACCIONES ES UNA OBLIGACIÓN DIVISIBLE O INDIVISIBLE SEGÚN LA NATURALEZA DEL APORTE.- EFECTO DE LA INDIVISIBILIDAD DE LA ACCIÓN PARA EL RÉGIMEN DE COPROPIEDAD DE ACCIONES.- LA SOLIDARIDAD ENTRE COPROPIETARIOS DE UNA MISMA ACCIÓN.

Al realizar la breve exposición que se contiene en el anterior acápite, se dejó sentada la distinción que cabe en las dos diversas circunstancias de copropiedad de acciones. Aquí es necesario profundizar en este mismo aspecto, a fin de encontrar el fundamento de la cuestión.

Cuando dos o más personas lleguen a convertirse en dueños de una o varias acciones de una sociedad anónima, lo común es que tales acciones se hallen liberadas, esto es, que su valor se haya pagado. En vista de esta realidad, los propietarios de tales acciones adquieren de modo casi exclusivo, una suma de derechos, antes que obligaciones.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En cambio, cuando se trata de la suscripción de acciones en forma conjunta, con declaración de que se queda a pagar una parte del valor de éstas (se ha satisfecho, por ejemplo, el 25% del valor y se queda a deber el 75% del mismo), contrae el suscriptor la obligación fundamental de integrar ese saldo, de cubrirlo en el plazo que se hubiere legalmente señalado.

Esta obligación del pago de la parte insoluta del valor de cada acción es la que caracteriza la naturaleza del contrato de suscripción. Se trata, a todas luces, de

una obligación de dar, que será divisible (dinero) o indivisible (especie o cuerpo cierto), según la naturaleza del aporte (artículos 1567 (actual 1540) y 1569 (actual 1542) numeral 2 del Código Civil).

Más, el inciso segundo del artículo 192 (actual 179) de la Ley de Compañías, dispone la responsabilidad solidaria en la obligación de pagar el aporte.

Dice el primer inciso del artículo 192 (actual 179): "La acción es indivisible. En consecuencia, cuando haya varios propietarios de una misma acción, nombrarán un apoderado o en su falta un administrador común; y si no se pusieren de acuerdo, el nombramiento será hecho por el Juez a petición de cualquiera de ellos". Y dice el segundo inciso: "Los copropietarios responderán solidariamente frente a la compañía de cuantas obligaciones se deriven de la condición de accionistas".

Se hace notar que el citado inciso segundo establece la solidaridad pasiva de los copropietarios de las obligaciones que surjan de su calidad de accionistas. Y se ha manifestado que la más fundamental de estas obligaciones es la de pagar la parte insoluta del aporte. En consecuencia, la compañía podría exigir ese pago a cualquiera de los que han suscrito en forma conjunta las acciones.

Al no establecerse la solidaridad activa, los copropietarios de una misma acción no gozan del derecho de exigir aisladamente a la compañía el cumplimiento total de las obligaciones que ésta tiene frente a ellos. Tal circunstancia, como se ve, hace más necesaria la intervención del representante común.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Ciertamente que la Ley dice que "cuando haya varios propietarios de una misma acción", estarán en el caso de designar a una persona que les represente o, en su defecto, lo hará el Juez.

Como la acción aisladamente considerada no se puede dividir, se requiere la intervención del representante común, si son varios los dueños de ella. Lo propio acontece cuando las acciones que pertenecen a varios son dos o más. Todos

tienen sobre cada acción un derecho de cuota que no puede concretarse por medio de un fraccionamiento del título, pues lo prohíbe la Ley, a menos que se procediera a la respectiva partición (en el caso de varias acciones), pues esta situación subsiste y perdura en tanto se mantiene la indivisión.

Puede darse el caso que no haya lugar a una participación. Tal fenómeno sucede, de hecho, cuando la copropiedad versa sobre una sola acción. Lo propio cuando el número de acciones no es repartible entre el número de copropietarios en proporción a sus derechos. Pero, por prevalecer el principio de la indivisibilidad de la acción, se impondrá el recurso de adjudicar a uno de los condueños bien la totalidad de la única acción, bien, si es el caso, una o más acciones, previa la refundición a que haya lugar por el valor y en función de la cuota que cada uno tenga sobre el total.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 26

LA EMISIÓN DE ACCIONES Y EL DESEMBOLSO MÍNIMO DEL VEINTICINCO POR CIENTO DEL VALOR DE CADA UNA DE ELLAS AL MOMENTO DE LA SUSCRIPCIÓN.

Base legal:
LCom: *Arts. 159; 162; 165; 187*

La reglamentación de la emisión de acciones que se haga según el artículo 187 (actual 174) debe concordar en todas sus partes con la declaración contractual relativa a su número, clase y valor.

En cuanto al "desembolso mínimo", todas y cada una de las acciones en que se divide el capital social deben estar pagadas por lo menos en la cuarta parte de su valor, al momento de la suscripción; sin que sea aceptable que unas acciones se paguen en menos de esa cuarta parte y otras en más para completar de esa forma el veinticinco por ciento del monto global del capital social.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

1. El artículo 187 (actual 174) de la Ley contiene dos principios aplicables a dos momentos distintos en la vida de las compañías por acciones. El primero de ellos, se refiere a la reglamentación que la Ley faculta hacer a la Junta General de Accionistas, para la emisión o puesta en circulación de las acciones en que se divide el capital social, en el caso de que en el acto constitutivo no se hubiese previsto esta reglamentación.

2. La emisión de acciones es una operación completamente distinta de la declaración sobre el número, clase y valor de las acciones en que se divide el capital, que es considerado en el artículo 162 (actual 150) (así como en el 165 (actual 153)) de la Ley de Compañías como uno de los requisitos que debe

contener la escritura de constitución de la sociedad; y es, también, un acto totalmente distinto de la suscripción de acciones, definida por la ley como contrato, sin la cual no puede constituirse la sociedad respectiva según el artículo 159 (actual 147) de la Ley de Compañías.

3. La reglamentación de la emisión de acciones que se haga de conformidad con el artículo 187 (actual 174) no podrá menos que ser concordante en todas sus partes con la declaración obligatoria del número, clase y valor de esas mismas acciones, que debió hacerse en la escritura de constitución respectiva.

4. Para los efectos de futuras emisiones de acciones que hubieran de hacerse en los casos en que la compañía aumente su capital, la Ley ha determinado como competencia de la junta que acuerde el aumento, el señalamiento de las bases de la operación respectiva, puesto que las modalidades que puede revestir el aumento desde el punto de vista de la fuente de los nuevos aportes, hace necesario un régimen elástico sobre la reglamentación de las acciones a emitirse con tal motivo. Por supuesto, en el caso de que el contrato social contuviera cláusulas reglamentarias sobre la emisión de acciones, éstas habrán de regir el procedimiento respectivo.

5. La segunda parte del artículo 187 (actual 174) de la Ley de Compañías se ocupa de señalar el cumplimiento de uno de los requisitos que en la doctrina universal se conoce con el nombre de "desembolso mínimo", esto es, del pago que debe hacerse, de manera necesaria y obligatoria, de las acciones que cada accionista suscribe; lo cual se halla confirmado también por el artículo 159 (actual 147) de la citada ley.

6. El llamado desembolso mínimo supone la integración no "al contado" del capital suscrito por parte de cada uno de los suscriptores. Por eso la Ley dice "Si el pago (de las acciones) se hiciere a plazos..." porque el desembolso mínimo deja de tener razón en el evento de que las acciones se paguen íntegramente al momento de su suscripción.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

7. Las legislaciones que han servido de fuente directa a la nuestra, entre las que podemos enumerar la española, la argentina y la italiana, y los comentaristas que de ellas se han ocupado, configuran el desembolso mínimo como uno de los requisitos de validez para la fundación de las compañías por acciones y lo definen como el pago inicial del valor de las acciones que debe satisfacer cada suscriptor en particular, con el objeto de que no existan suscriptores que dejen de hallarse vinculados a la sociedad por un interés real traducido en la integración por lo menos mínima del capital.

8. En todas las legislaciones en las que existe el desembolso mínimo, se lo ha establecido en armonía con el concepto fundamental de la naturaleza jurídica del contrato de compañía, la misma que supone la aportación real de bienes o capitales para determinarlos a una explotación lucrativa. Este concepto es de general aceptación en el Derecho Civil y en el Derecho Mercantil y nuestras leyes no son en modo alguno, ajenas a él. La definición contenida en el Código Civil ecuatoriano, artículo 1984 (actual 1957), y la definición de contrato de compañía en el artículo l de la Ley de la materia, abonan tal posición doctrinaria. Según la Ley de Compañías, el contrato de compañía es aquel por el cual "dos o más personas UNEN sus capitales o industrias para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades". Tal unión de capitales, es decir, de bienes, tiene que ser, como el tiempo en que se halla empleado el verbo lo indica, actual, presente. La promesa de aportar bienes en un futuro, aunque sea determinada por el plazo, es contraria a la esencia de la compañía.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

9. La práctica y las necesidades del Derecho Mercantil han determinado que la puesta en común de los bienes, pueda ser sólo parcial, pues sería contrario a la técnica y a la vida de los negocios una exigencia que mandase pagar la integridad del capital suscrito al momento de fundar la compañía. De allí que las legislaciones señalan el monto del desembolso mínimo, conciliando las necesidades de la vida práctica con la índole del contrato de sociedad.

10. El requisito del desembolso mínimo establecido en la Ley de Compañías por los artículos 159 (actual 147) y 187 (actual 174), es concordante con otras

normas del mismo cuerpo de leyes, y de modo particular con los artículos 10, 173 (actual 161), 174 (actual 162), 182 (actual 169), 221 (actual 208) y 223 (actual 210). El artículo 182 (actual 169) sanciona con la nulidad la emisión de las acciones que "no representen un efectivo aporte patrimonial". Y los artículos 173 (actual 208), 174 (actual 210) y 10, se ocupan de determinar las clases de bienes con los que se puede pagar el aporte a una sociedad, y, naturalmente, el desembolso mínimo exigido por la ley; mientras que en los artículos 221 (actual 208) y 223 (actual 210) encontramos dos importantes disposiciones que reglamentan la medida en la que el socio tiene derecho a participar de las utilidades de la compañía y a intervenir en su vida mediante el ejercicio del derecho de voto en las asambleas de accionistas.

11. Dependen del monto del valor pagado de las acciones suscritas, como se deja dicho, cuestiones fundamentales como el derecho a participar de las utilidades y el derecho de voto. Alrededor de ellas se estructura en nuestra ley la protección de los derechos de las minorías y no se alcanza a ver cómo podría tener lugar una protección efectiva de tales derechos si se dejase abierta la posibilidad efectiva de la existencia de socios que nada pagasen al momento de suscribir las acciones y que sólo se viesen obligados a una integración paulatina, en plazos que por no haberse establecido en la ley pueden fácilmente ocultar manejos perjudiciales para la propia compañía.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

12. Por lo demás resulta injurídico pretender que la obligación (de pagar las acciones suscritas) que contrae el suscriptor cumpla plenamente y por sí sola con la función del aporte, aún cuando dicha obligación pertenecerá luego como un "crédito" a la compañía, ya que el aporte supone necesariamente el traspaso del dominio de uno o más bienes provenientes del patrimonio del suscriptor a favor del patrimonio de la persona jurídica que se crea por el contrato social (o ya existente en los casos de los aumentos de capital).

13. La Ley de Compañías señala en los artículos 159 (actual 147) y 187 (actual 174) el desembolso mínimo consagrado por la doctrina y el derecho comparado y

lo fija en el veinticinco por ciento del valor de cada acción, que debe ser pagado (por lo menos) por cada suscriptor en particular, al momento de la suscripción.

14. Lo antedicho significa que todas y cada una de las acciones en que se divida el capital social deben estar pagadas por lo menos en la cuarta parte de su valor, al momento de la constitución correspondiente; sin que por tanto sea factible admitir, por ejemplo (aunque el capital social apareciera pagado en aquella cuarta parte), que unas acciones se paguen al momento de la constitución en un valor inferior al mencionado veinticinco por ciento y otras se paguen en un valor superior a dicho mínimo (para lograr el veinticinco por ciento del monto global del capital social).

15. Por último, conviene aclarar que el "pago inicial" a que se refiere esta doctrina no debe entenderse en el sentido "civilista" más puro, sino en función de las características propias del proceso de constitución de la compañía anónima, teniendo en cuenta, por ejemplo, que cuando se hace ese "pago inicial" la sociedad en organización aún no tiene vida jurídica, o que si se realiza aquel "pago" con el aporte de un inmueble habrá de esperarse la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad (artículos 721 (actual 702) del Código Civil y 10 de la Ley de Compañías).

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 28

LA COMPAÑÍA ANÓNIMA PUEDE ADQUIRIR SUS PROPIAS ACCIONES DE CONFORMIDAD CON LA LEY.

Base legal:

LCom: *Arts. 205; 209*

La Compañía Anónima puede adquirir sus propias acciones con dos finalidades: a) para amortizarlas; o, b) para revenderlas luego.

Esta doctrina en definitiva es relativa a la amortización de acciones y a la reventa de las mismas, luego de haber sido adquiridas por la propia sociedad.

Particular atención se ha dado, en este caso, a la ley colombiana y a la doctrina de la Superintendencia de Sociedades Anónimas del vecino país, singularmente ilustrativa en el presente estudio.

Luego de revisados varios sistemas legales se llega a la siguiente conclusión: las compañías anónimas pueden adquirir sus propias acciones con dos finalidades: a) para amortizarlas; o, b) para revenderlas.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

La ley ecuatoriana se sitúa dentro de este sistema.

Los requisitos que según la ley ecuatoriana son indispensables para la legalidad de la antedicha adquisición son los siguientes:

1. Decisión de la Junta General de Accionistas;
2. Que se emplee en la operación fondos provenientes exclusivamente de utilidades líquidas (beneficios netos debidamente determinados); y,
3. Que las acciones a adquiriese se hallen enteramente liberadas.

Estos requisitos son indispensables y sólo con su observancia será posible la adquisición pertinente.

El artículo 209 (actual 196) de nuestra Ley se refiere al caso de la adquisición de acciones propias con el fin de amortizarlas, permitiendo con su texto que se interprete que existen dos fórmulas de amortización: la una, con cargo al capital, para la cual se requiere el acuerdo previo de la reducción del mismo y su consiguiente instrumentación según el artículo 33; y, la otra con cargo a las utilidades repartibles y sin disminución del capital social.

En todo caso, la antedicha amortización no podrá exceder del 50% del capital y el retiro de las acciones pertinentes es definitivo.
En cambio, en lo relativo a la adquisición de acciones propias con el fin de revenderlas después, la Ley no ofrece más detalles que los consignados en el artículo 205 (actual 192), de los que sólo se infieren los tres requisitos ya mencionados y -naturalmente- la evidencia de que en este caso el retiro de las acciones no es definitivo y no procede la reducción del capital social.

Finalmente, conviene reconocer que nuestra Ley no ha sido lo suficientemente generosa en estos temas que bien merecen un especialísimo cuidado por los riesgos que implican. En efecto, nada se ha dicho sobre ciertos tópicos muy pertinentes, tales como: ¿Durante qué tiempo pueden conservarse las acciones propias adquiridas para revenderlas (pues en España por algo se habla al respecto del "más breve plazo")? ¿Quién pone los precios en la adquisición y en la reventa? ¿La medida de la adquisición puede afectar a unas acciones y a otras no? ¿Qué ocurre con las acciones propias que la compañía llegare a adquirir a título gratuito? Etcétera. (Ver doctrinas 97 y 98).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 29

LOS ADMINISTRADORES Y LOS COMISARIOS DE UNA COMPAÑÍA ANÓNIMA NO PUEDEN ACTUAR COMO APODERADOS DE LOS ACCIONISTAS EN LAS SESIONES DE LAS JUNTAS GENERALES.

Base legal:
LCom: *Art. 224*

La prohibición del artículo 224 (actual 211) se refiere a los representantes voluntarios o apoderados y no a los "representantes legales".

La parte final del artículo 224 (actual 211) de nuestra Ley de Compañías dice: "No podrán ser representantes de los accionistas (en las sesiones de Junta General) los administradores y los comisarios de la compañía".

La antedicha prohibición, que se refiere a la representación en las juntas generales de accionistas, ya existía en el Código de Comercio, cuyo artículo 324 (edición de 1960), en su primer inciso, decía: "Los accionistas pueden hacerse representar en la junta por apoderados; pero los administradores no pueden ser apoderados".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Esta prohibición no es exclusiva de nuestro Derecho y para no citar sino dos legislaciones que la tienen mencionamos a las de Argentina y Colombia.

El fundamento de la disposición que impide a los administradores de una compañía ser mandatarios de los accionistas, se halla, a no dudarlo, en el régimen de la responsabilidad que emana de los actos de administración de la sociedad y en las funciones de supervigilancia que se respaldan en la posibilidad de aplicar sanciones, que, a su turno, competen a la Asamblea de Accionistas.

Esta prohibición, por tanto, se explica a través de varias disposiciones concordantes de la propia Ley. Basta citar los artículos 305 (actual 263) numeral 4, 307 (actual 265) y 314 (actual 272); y es particularmente armónica con la prohibición impuesta a los administradores para votar en la aprobación de balances y en las deliberaciones respecto de su responsabilidad (artículo 285 (actual 243)).

La doctrina por su parte, fundamenta también el alcance absoluto de esta prohibición. Se lee en la obra del profesor argentino Miguel Sasot Betes, "Directores-Síndicos-Gerentes y Fundadores de Sociedades Anónimas" (2da. Ed. Buenos Aires 1963 pp. 117-118): "Ser mandatario de accionistas.- De nada hubiera valido, en su aspecto práctico, prohibir a los directores votar directamente en las asambleas en lo concerniente a la aprobación de los balances y en las resoluciones referentes a su responsabilidad, si paralelamente no se les hubiera prohibido, además, que tampoco lo puedan hacer en representación de los accionistas, es decir, crear en este sentido una excepción a la norma general de que los accionistas pueden hacerse representar en las asambleas por mandatarios, socios o extraños".

"Consecuente con esta realidad, dispone el artículo 355 del Código de Comercio Argentino que los directores no pueden ser mandatarios de los accionistas".

"Tratándose de una prohibición que tiene carácter imperativo, los estatutos no podrán autorizar a los directores a dejar de ajustarse a ella y, por lo tanto, la cláusula estatutaria que autorizase a los directores a poder llevar la representación de los accionistas a la asamblea como mandatarios sería nula".

En consecuencia en el Ecuador, los gerentes y más administradores de una compañía anónima, así como sus comisarios, se someten en todo, a estos mismos principios; inclusive los directores, individualmente considerados, de conformidad con la parte final del artículo 313 (actual 271) de la Ley de Compañías.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por su parte en Colombia existe el Decreto 644 del año 1954, cuyo artículo primero comprendía en una sola fórmula la prohibición del artículo 224 (actual 211) y la del artículo 285 (actual 243) de nuestra Ley. Dice el citado texto colombiano: "Los administradores de una sociedad anónima no podrán representar acciones ajenas en las reuniones de las asambleas de accionistas, ni votar en las decisiones que tengan por objeto aprobar las cuentas y balances de fin de ejercicio o de la liquidación".

La prohibición que hace la Ley a los administradores y comisarios de una compañía, de representar a los accionistas en las juntas generales, se fundamenta en el régimen de la responsabilidad que emana de los actos de la administración de la sociedad y en las funciones de supervigilancia de esa administración que tiene la asamblea de accionistas.

Por cierto, esta prohibición sólo puede referirse a las representaciones voluntarias o mandatos, más no a las "legales" que señala el artículo 28 del Código Civil, tal como se desprende del texto del artículo 224 (actual 211) de la Ley de Compañías y como se confirma históricamente con el texto del antiguo artículo 324 de nuestro Código de Comercio de 1960.

En consecuencia, un administrador o un comisario puede representar en las juntas generales a su hijo menor accionista sobre el que ejerza la patria potestad (ver a este respecto la Resolución 7129 de la Superintendencia de Compañías, de fecha 6 de marzo de 1978, publicada en el Registro Oficial 545 del 14 de los mismos mes y año).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 31

CONVOCATORIA A JUNTA GENERAL SIN INDICACIÓN DE LA HORA DE LA REUNIÓN.

Base legal:

Lcom: *Arts. 121; 278*

Por omisión de la hora en la convocatoria a Junta General, no se produce la nulidad de la Junta ya celebrada con la totalidad de los accionistas de una compañía.

El artículo 278 (actual 236), concordante con los artículos 121 (actual 119) y el innumerado que sigue al 154 (actual 141) de la Ley de Compañías, dispone que la Junta General, sea ordinaria o extraordinaria, debe ser convocada por los administradores, con ocho días de anticipación, por lo menos, al fijado para su reunión. El inciso segundo del artículo 287 (actual 245) expresa, además, para las compañías anónimas, que la convocatoria debe señalar el lugar, día y hora y el objeto de la reunión; lo cual, según el artículo innumerado que sigue al 154 (actual 141) de la misma Ley, es también aplicable a las compañías de responsabilidad limitada.

La convocatoria tiene por finalidad que los socios o accionistas conozcan con la debida anticipación cuándo ha de reunirse la Junta General y las materias que en ella se van a tratar, a fin de que tomen parte en la Junta con conocimiento de causa y los asistentes que no puedan concurrir tengan la garantía de que solo sobre esas materias -enunciadas en la convocatoria- podrán tomarse decisiones (salvo casos excepcionales expresamente señalados en la ley, como la remoción del comisario de que trata el artículo 318 (actual 276)).

Si por efecto de la convocatoria se reunieran en el día fijado para la Junta General todos los socios o accionistas representando la totalidad del capital social, quedaría cumplido el propósito de la convocatoria y no habría causa de nulidad. Pero habría de probarse, eso sí, en caso de requerírselo, la preindicada concurrencia de todos los socios o accionistas, por sí o representados, por cualquier medio idóneo y no necesariamente con la firma de todos esos concurrentes en el acta, pertinente (como ordinariamente ocurre en el caso de la junta universal).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 33

JUNTA GENERAL UNIVERSAL.

Base legal:
LCom: *Arts. 121; 276; 278; 280*

> **Los presupuestos para que la junta universal pueda celebrarse válidamente son: a) que la Junta se realice dentro del territorio nacional; b) que concurra a ella todo el capital social pagado; c) que los socios o accionistas, por sí o representados, acepten por unanimidad constituirse en Junta General; y, d) que dichos socios o accionistas acuerden por unanimidad los puntos a tratarse en esa Junta.**

En la doctrina, se conoce con el nombre de untas totalitarias o universales a las asambleas de socios o accionistas que pueden constituirse y funcionar sin el cumplimiento del requisito previo de la convocatoria.

Generalmente, las legislaciones admiten la posibilidad de que la junta de socios o accionistas, a la que concurre la totalidad del capital de la compañía, pueda entenderse válidamente constituida y capacitada para resolver cualquier asunto que se someta a su discusión, siempre que previamente los concurrentes hayan acordado por unanimidad el correspondiente orden del día.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Ilustran este punto doctrinario, a modo de ejemplos, las disposiciones de las legislaciones italiana, mexicana y española, en sus artículos 2366 del Código de Comercio, 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y 55 de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, respectivamente.

El artículo 280 (actual 238) de la Ley de Compañías del Ecuador recoge la idea general del sistema de la Asamblea Universal o "de aclamación".

En efecto, de su redacción en parte análoga a la de la ley española y en otra a la ley italiana, se concluye en forma evidente que el sistema creado por el legislador ecuatoriano establece como presupuestos para que la Junta se entienda convocada y quede válidamente constituida, en cualquier tiempo, los siguientes: a) que la Junta se realice dentro del territorio nacional; b) que concurra a ella todo el capital social pagado; c) que los socios o accionistas concurrentes o representados acepten por unanimidad constituirse en Junta General; y, d) que dichos socios o accionistas concurrentes o representados acuerden por unanimidad los puntos a tratarse en esa Junta.

Cumplidos tales presupuestos, la Junta se celebra válidamente; pero, para que tenga validez el acta que de fe de dicha celebración válida (y por ende del cumplimiento de aquellos presupuestos) será necesario que los concurrentes representantes de la totalidad del capital social pagado suscriban dicha acta, según lo dispuesto por el citado artículo 280 (actual 238) de la Ley de Compañías.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 35

TRES CUESTIONES RELACIONADAS CON LAS JUNTAS GENERALES: A) NO ES NECESARIA LA ENTREGA DE LOS TÍTULOS DE ACCIONES EN SECRETARÍA PARA CONSTATAR EL QUÓRUM; B) NO ES VÁLIDO EL AUMENTO DE CAPITAL ACORDADO POR EL DIRECTORIO PUESTO QUE DICHO AUMENTO SOLO LO PUEDE ACORDAR PRIVATIVAMENTE LA JUNTA GENERAL; Y C) ¿CUÁLES SON LOS FUNDAMENTOS DE LA PROHIBICIÓN PARA QUE LOS ADMINISTRADORES -Y POR ENDE LOS DIRECTORES- VOTEN (EN CASO DE SER ACCIONISTAS) EN LA APROBACIÓN DE LOS BALANCES?

Base legal:

LCom: ***Arts. 190; 200; 273 Num. 7; 282; 285***

Ahora que no existen las acciones al portador, el artículo 200 (actual 187) de la Ley de Compañías hace innecesaria la entrega de los títulos de acciones en Secretaría para constatar el quórum.

Los artículos 273 (actual 231) numeral 7 y 282 (actual 240) de la citada Ley establecen que es de competencia privativa de la Junta General acordar los aumentos de capital.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En la aprobación de balances los administradores no pueden ser jueces y parte al mismo tiempo.

(A). Ahora que no existen las acciones "al portador", el artículo 200 (actual 187) prescribe que la compañía considerará como dueño de las acciones a quien aparezca como tal en el Libro de Acciones y Accionistas de la compañía.

Y en dicho Libro deben aparecer como accionistas los primeros socios de la compañía que sigan como tales y/o los nuevos que posteriormente hubieren

adquirido acciones ya emitidas y los originales y/o nuevos socios que hubieren suscrito nuevas acciones en aumentos de capital, tal como se desprende de los artículos 190 (actual 177) y 202 (actual 189), ora se trate de acciones totalmente pagadas, y por ende representadas en "títulos definitivos" (o en "certificados provisionales" no canjeados), ora se trate de acciones no liberadas, y por lo tanto representadas en "certificados provisionales".

De manera que si la compañía ha cumplido con las inscripciones, previstas en los artículos 190 (actual 177), 200 (actual 187) y 202 (actual 189) de la Ley de Compañías, no es necesaria la entrega física de los títulos definitivos o de los certificados provisionales de las acciones para que la Secretaría las registre y constate el quórum, puesto que es la Ley, a través de este artículo, la que está determinando cómo ha de probar un accionista la propiedad de las acciones nominativas que posea.

Lo dicho se aplica, pues, tanto al caso de las acciones no liberadas, representadas en "certificados provisionales", como al caso de las acciones liberadas, representadas en "títulos definitivos" (o en "certificados provisionales" aún no canjeados por aquellos).

(B) Los aumentos de capital constituyen una modificación del contrato social; así lo dice expresamente el artículo 282 (actual 240) de la Ley de Compañías que señala un quórum de instalación especial para esta modificación contractual. De otro lado, el artículo 273 (actual 231) numeral 7, atribuye como de competencia privativa a la Junta General, "acordar todas las modificaciones al estatuto social".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Los estatutos que facultasen al Directorio aprobar aumentos de capital no pueden en este punto prevalecer sobre la Ley de Compañías; y, en consecuencia, no es válido el aumento acordado por el Directorio.

(C) El artículo 285 (actual 243) de la Ley de Compañías no es nuevo en nuestra legislación. En efecto, en términos similares, copia la disposición contenida en el antiguo artículo 325 de nuestro Código de Comercio.

Por su parte, el artículo 356 del Código de Comercio argentino tiene una prohibición igual para los directores. Veamos el comentario de Miguel Sasot a dicho artículo para aclarar debidamente el problema y responder al interrogante: ¿cuáles son los fundamentos de la prohibición para que los administradores -y por ende los directores- voten en la aprobación de los balances?

"Miguel A. Sasot Betes.- Directores-Síndicos-Gerentes y Fundadores de Sociedades Anónimas.- Buenos Aires, 1953, Capítulo IV, Prohibición a los Directores, 64, Votar en la aprobación de los Balances. Elementales razones jurídicas y morales abonan que el director no intervenga, mediante su voto, en la asamblea por la aprobación del balance. Razones jurídicas, porque además de ser la prohibición una consecuencia del principio que impide ser juez y parte al mismo tiempo -y la asamblea es juez natural de la gestión administrativa de los directores-, existiría marcada incongruencia en que el director, en cuanto mandatario, interviniese en la rendición de cuentas inherentes y propias de todo mandato. Razones morales, porque el más elemental sentido de responsabilidad consustancial con cualquier acto realizado en representación de un tercero, obliga a no concurrir a forzar o definir la apreciación del acto de acuerdo con el particular interés o conveniencia de su ejecutor material. Por ello, el artículo 356 del Código de Comercio es categórico en el sentido de que los directores no pueden votar sobre la aprobación de los balances. Sin embargo, esta prohibición debe interpretarse restrictivamente, ya que no hay que perder de vista que el director, en cuanto accionista, tiene derecho a intervenir, discutir y votar en las asambleas en todas las cuestiones relacionadas con la marcha de la sociedad, puesto que patrimonialmente -consecuencia de su inversión- tiene derecho a ello, derecho que sólo puede serle restringido frente a una prohibición legal expresa y categórica. En consecuencia, nada impide al director discutir y votar aquellos aspectos del balance que no se refieren comercialmente a la aprobación de su gestión como mandatario, tales como fijación de reservas extraordinarias, amortizaciones, destino de las utilidades líquidas resultantes del balance aprobado por la asamblea, etc., puesto que en estos casos está en discusión, no su gestión como administrador, sino su interés como accionista.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 38

JUNTAS GENERALES PARA REFORMAS DE ESTATUTOS.

Base legal:
LCom: *Arts. 282; 283*

Las normas estatutarias prevalecen sobre la Ley cuando refuerzan el número de las juntas generales o los porcentajes de instalación o de votación necesarios para aprobar las reformas del contrato social.

1. No es verdad que la ley requiere la aprobación de reformas estatutarias en una sola sesión de Junta General. Lo que dispone es que la Junta General ha de aprobarlas, con lo que legalmente basta -por lógica- que tales reformas sean aprobadas en una sola sesión.

Por consiguiente, cuando los estatutos una compañía reglamentan que las reformas tienen que ser aprobadas por la Junta General en dos sesiones, no hay oposición entre la ley y esos estatutos; sino simple refuerzo contractual de la exigencia mínima que impone la lógica del texto legal.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

2. De la misma manera, cuando la ley, en el artículo 282 (actual 240), dispone que para aprobar las reformas de los estatutos de una compañía anónima se requiere una concurrencia (quórum) de la mitad del capital pagado en primera convocatoria, se limita a fijar un mínimo de asistencia. Este mínimo puede ser, obviamente, elevado o reforzado por el contrato social, tal como lo indica la expresión "quórum reglamentario" junto a la de "quórum legal" que se ofrece en el numeral 3 del artículo 289 (actual 247) de la Ley de Compañías. (Por ejemplo, si se dice en el estatuto: "Se requerirá para reformar el contrato social la concurrencia del 80% del capital pagado en primera convocatoria"). Igual refuerzo puede darse estatutariamente respecto del quórum mínimo fijado en la ley para la instalación en segunda convocatoria de la Junta que deba aprobar la reforma al

contrato social, que el artículo 282 (actual 240) de la Ley de Compañías fija en la tercera parte del capital social pagado. Lo que sí no puede es reforzarse el quórum señalado por el mismo artículo para la instalación de la Junta en tercera convocatoria (cualquiera que sea el número de accionistas presentes), ni tampoco reducirse ninguno de los dos porcentajes señalados por el citado artículo 282 (actual 240) para la instalación en primera o segunda convocatoria de la junta que deba reformar el contrato social.

3. De igual forma, los porcentajes de votación (mayorías) señalados por la ley para la aprobación de las reformas al contrato social, que por lo general se reducen a la simple mayoría (artículo 283 (actual 241)), salvo contadas excepciones legales como la del aumento de capital por elevación del valor de las acciones y mediante capitalización de utilidades (artículo 197 (actual 184)), también pueden ser reforzados en el estatuto social, tal como lo permite el artículo 283 (actual 241) de la Ley de Compañías; pero, en tales casos los porcentajes aumentados deberán computarse en función del capital social pagado concurrente a la sesión.

4. Lo dicho en el número que antecede, que es aplicable a las compañías anónimas, también puede extenderse a las de responsabilidad limitada, en virtud del artículo innumerado que sigue al 154 (actual 141) de la Ley de Compañías, con estas salvedades: el quórum legal para que la Junta General de Socios de las compañías de responsabilidad limitada pueda instalarse en primera convocatoria (salvo ciertos casos excepcionales) es de más de la mitad del capital social (artículo 118 (actual 116)); y, en la mayoría decisoria señalada por la Ley para las juntas generales de estas compañías no se considera el capital social "pagado", como se hace para las anónimas (literal a) del artículo 116 (actual 114)).

En resumen, las normas estatutarias prevalecen sobre la ley cuando refuerzan el número de las sesiones de la Junta General o los porcentajes de instalación o de votación necesarios para aprobar las reformas al contrato social.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 39

CONVOCATORIA "ESPECIAL" E "INDIVIDUAL" A LOS COMISARIOS PARA REUNIONES DE JUNTA GENERAL.

Base legal:

LCom: ***Arts. 121; 213; 236; 238; 242, 247 Num. 6; 307; 311//*****CC:** ***1588;1725***

1. En la misma convocatoria en que, de modo general e indistinto, se llame a reunión de junta a los accionistas de las compañías anónimas, en comandita dividida por acciones y de economía mixta, o a los socios de las compañías de responsabilidad limitada, también se convocará, de forma "`especial" e "individual", a sus comisarios.

En el caso de las compañías anónimas, en comandita dividida por acciones y de economía mixta, dicha convocatoria, "especial" e "individual", a los comisarios se realizará por la prensa y, cuando el estatuto respectivo lo prevea, además, por el medio que éste establezca. En tratándose de la compañía de responsabilidad limitada, la convocatoria "especial" e "individual" a los comisarios se realizará por la prensa, o bien por otro medio, según señale el estatuto correspondiente.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

2. Serán nulas las resoluciones de la Junta General en cuya convocatoria se hubiere omitido el llamamiento, "especial" e "individual", a sus comisarios, excepto cuando la junta se promoviere sin convocatoria (junta universal o totalitaria), o cuando la convocare el Superintendente de Compañías, en los casos previstos en la ley.

1. En cuanto a la compañía anónima, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 236 de la Ley de Compañías, la Junta General de Accionistas será convocada por la prensa y por los demás medios previstos en el estatuto.

Si, de acuerdo con la ley, en el estatuto consta que la convocatoria a Junta General de Accionistas deba hacerse únicamente por la prensa, en la misma convocatoria, de modo especial, se convocará también al comisario o comisarios de la compañía.

Tiene carácter general la convocatoria a junta que el administrador estatutariamente autorizado para hacerla pone en conocimiento de los accionistas, a fin de que éstos ejerzan su derecho de asistir a la reunión respectiva. Tal carácter corresponde a esa convocatoria, en vista de que el llamamiento expresado en ella se realiza de modo general e indistinto a todos los accionistas de la compañía, únicos actores de las resoluciones de la junta. Si esto es así no cabe duda que el llamamiento que, en la misma convocatoria, ese administrador dirija a los comisarios de la compañía, tiene un carácter "especial", toda vez que especialmente les cursa o dirige a ellos. Pero la determinación no queda ahí, puesto que dicha convocatoria, a más de "especial", debe ser "individual", esto es, destinada a cada comisario, con la mención de su nombre y apellido.

Por lo demás, la condición de "especial" e "individual" que ha de reunir la convocatoria a los comisarios de la sociedad está expresamente señalada en el artículo 242 de la Ley de la materia.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Lo antes indicado sobre la convocatoria por la prensa a los comisarios tiene también que aplicarse a la convocatoria que se efectúe por el medio o medios previstos para el efecto en el estatuto. Ha de tenerse en cuenta, entonces, que este tipo de convocación debe cumplirse sin perjuicio de la convocatoria que se haga por la prensa, siendo tan obligatoria como ésta, dado que consta en el estatuto, y éste, como parte del contrato social, constituye una ley para los contratantes al tenor de lo prescrito en el artículo 1588 (actual 1561) del Código Civil.

Como no puede ser de otra manera, la convocatoria que se haga por el medio indicado en el estatuto debe sujetarse a los lineamientos señalados para la convocatoria a los accionistas de la compañía anónima en el artículo 236 de la Ley de Compañías y en el Reglamento de la materia. En esta línea, entre otros requisitos legales y reglamentarios (a cuyo análisis se refieren otras doctrinas jurídicas), en la convocatoria no puede faltar aquel de que se la formule por escrito, así como el de que lleve la firma autógrafa del convocarte. La formulación por escrito de dicha citación constituye incontrastable medio de prueba de que la convocatoria se hizo. La firma del convocarte en la convocatoria, por su parte, confiere a ésta la autenticidad de que fue elaborada o autorizada por quien, según el estatuto, se halla facultado para ello.

Sólo una convocatoria que observe estos requisitos tendrá la vocación legal necesaria para congregar a los accionistas, válidamente, en reunión de Junta General y, en su caso, para llamar a los comisarios a esa reunión, a fin de que en su desarrollo informen lo que corresponda o, al menos, avalen con su presencia la toma de decisiones asamblearias, válidas y eficaces.

2. Tratándose de la compañía de responsabilidad limitada, conforme dispone el artículo 119 de la ley de la materia, la convocatoria a Junta General de Socios debe realizarse por la prensa, o bien por los medios señalados en el contrato. Como puede apreciarse, a diferencia de lo que ocurre en la compañía anónima, en esta especie, la primera modalidad de convocatoria (por la prensa) excluye a la segunda (la que se realiza por los medios señalados e n el contrato), y viceversa. Se trata, pues, de formas alternativas de citación a reuniones de Junta General; sin embargo una u otra deben ceñirse a los requisitos que la ley y el respectivo reglamento prevén para su elaboración.

Únicamente si el estatuto de la compañía de responsabilidad limitada respectiva previese la existencia de comisarios, sea que, conforme a esa normativa interna de la sociedad, la convocatoria a los socios deba realizarse por la prensa, o efectuarse por otros medios indicados en el contrato, resulta indispensable que,

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

en cualesquiera de esos casos, se cite, de manera "especial" e "individual", a dichos comisarios.

3. La convocatoria "especial" e "individual" a los comisarios, hecha en los términos expresados en el número anterior, es indispensable en las compañías anónimas, así como en las de responsabilidad limitada cuyos estatutos establezcan la existencia del órgano fiscalizador. De ahí que, según el numeral 6 del artículo 247(2) de la Ley de Compañías - a los comisarios para que asistan a la Junta General que corresponda, determina la nulidad de las resoluciones que, en ausencia de ellos, lleguen a adoptarse en la asamblea general, excepto cuando la reunión se promoviere sin convocatoria, es decir cuando la junta tuviese el carácter de universal (artículo 238 de la Ley de Compañías), o cuando fuese convocada por el Superintendente, a instancias del o de los accionistas que representen al menos el 25% del capital social, si la compañía es anónima, o del o de los socios que representen por lo menos el 10% de dicho capital, si la compañía fuese de responsabilidad limitada (artículos 213, inciso segundo, y 120 de la Ley de Compañías, respectivamente).

Tiene todo sentido que en la primera de las dos situaciones de excepción arriba puntualizadas, la presencia de los comisarios sea irrelevante, puesto que si la junta es universal, la concurrencia de todos los accionistas tornará menos importante la ausencia de aquellos (comisarios) en la junta a la hora de adoptar las resoluciones que fueren del caso.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Respecto a la segunda situación excepcional cabe señalar que en la doctrina societaria nacional no se registra el fundamento que la justifique. Sin embargo, establecida como se halla en el numeral 6 del artículo 247 (3) de la Ley de Compañías, resulta perfectamente legal que el Superintendente pueda prescindir de convocar a los comisarios, si tal conviniere, a Junta General, cuando dicha convocatoria deba hacerla al amparo de lo dispuesto en el artículo 213 de la Ley de Compañías.

De otro lado, no cabe duda que la nulidad de las resoluciones así adoptadas tiene el carácter de absoluta, pues se trata de "la omisión de un requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos, en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan", según dispone el artículo 1725 (actual 1698) del Código Civil. En otras palabras, la validez del acto "resolución de junta" está librada, en este caso, a que se haya efectuado (en el mismo aviso de citación a Junta General a socios o accionistas) la convocatoria "especial" e "individual" a los comisarios de la compañía de que se trate. Tal es el requisito o formalidad que el artículo 247(4) de la Ley de Compañías, en concordancia con el artículo 1725 (actual 1698) del Código Civil, prescribe para que la resolución de junta sea válida y eficaz.

Por último, todo cuanto se ha expresado en relación a la compañía anónima sobre la materia de que trata esta doctrina es aplicable también a las compañías en comandita dividida por acciones y de economía mixta, de conformidad con lo prescrito en los artículos 307 y 311, en su orden, de la Ley de Compañías.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 41

LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS DEBE REALIZARSE EN UNIDAD DE ACTO, POR REGLA GENERAL.

Base legal:
LCom: *Art. 290*

La suspensión y posterior continuación de una Junta General sólo se pueden justificar por razones lógicas o legales, como el caso del mero receso para redactar el acta, o el caso fortuito o la fuerza mayor, o el diferimiento por tres días que establece el artículo 290 (actual 248).

La posibilidad de suspender el curso de la sesión o las deliberaciones de una Junta General de Socios o Accionistas, no obstante que no hay prohibición expresa de la Ley, repugna a la naturaleza del acto, si tal interrupción no se debe a razones obvias o legales, como fuerza mayor, caso fortuito o la prevista en el artículo 290 (actual 248) de la Ley de Compañías en favor del accionista que creyere no encontrarse debidamente informado para deliberar sobre el temario de la junta.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por otra parte, el mecanismo de la suspensión libre puede resultar peligroso, establecido arbitrariamente, sin una norma para saber con qué número de votos podría procederse.

Por todo ello prevalece la idea de que la asamblea se ha de realizar o cumplir, por regla general, en unidad de acto.

DOCTRINA 42

ATRIBUCIONES Y LIMITACIONES LEGALES Y ESTATUTARIAS DE LOS ADMINISTRADORES.

Base legal:

CC: ***Arts. 28; 583//LCom: Arts. 12; 13; 30; 43-45; 63; 120; 1161; 293-295; 297; 303***

Así como existen atribuciones legales y contractuales de los administradores, así también existen limitaciones impuestas para dichos funcionarios por la Ley y por el Contrato Social.

Como se sabe, toda compañía anónima debe ser administrada por una o más personas, quienes, en definitiva, resultan ser los gestores de los negocios de la misma e integrantes por tanto del órgano social llamado "**la administración**".

Por la naturaleza de las funciones que realiza, el antedicho órgano social es de carácter **permanente.**

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Las funciones de aquel órgano social son de dos clases: **internas y externas**. Las primeras corresponden a la organización, dirección y supervisión de los negocios sociales, cuando las mismas no trascienden a terceros ni al público en general. Las segundas, es decir, las externas, corresponden precisamente a las manifestaciones de la compañía hacia terceros, a través de las cuales ésta adquiere derechos y contrae obligaciones civiles.

En términos generales, las funciones externas de "la administración" de la compañía se realizan a través de la "**representación legal**" de la misma, la que,

en definitiva, constituye el vehículo necesario para que la sociedad pueda operar en el medio en que se desenvuelve.

En las compañías en nombre colectivo y en comandita simple, las funciones internas y externas son ejercidas de manera inseparable por unos mismos titulares, tal como se desprende de los artículos 43 (actual 44), 44 (actual 45), 63 (actual 64) y 64 (actual 65) de la Ley de Compañías; de manera tal que en esas compañías los administradores son siempre representantes legales. En cambio, con los demás tipos de compañías ello no ocurre necesariamente así.

Ahora bien, si sabemos que la compañía es una persona jurídica (artículo 2 de la Ley de Compañías), el tema tratado da de lleno con la institución de la "**representación legal**" que reconoce el artículo 28 del Código Civil, cuando dice que "**son representantes legales** de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, las designadas en el artículo 589 (actual 570)" (del cual se deduce que la representación legal de las compañías en general nace de la Ley o del respectivo contrato social, según el caso).

Lo antedicho se confirma con el primer inciso del artículo 583 (actual 564) del Código Civil que dice: "**Se llama persona jurídica** una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser **representada judicial y extrajudicialmente**".

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por todo lo expresado hasta aquí es que el artículo 13 de la Ley de Compañías se refiere al "**administrador** que tenga **la representación legal**". Porque la administración es el género mientras que la representación legal es la especie. Porque (salvo el caso que ya quedó manifestado de las compañías en nombre colectivo y en comandita simple) los administradores que no tienen la representación de la sociedad son los que sólo organizan, dirigen o supervigilan **internamente** los negocios sociales, mientras que los administradores que actúan por ella ante terceros, estando facultades para ello, son sus representantes legales.

En el caso de la Compañía Anónima, las funciones internas y externas de su órgano de administración nacen de la Ley y del contrato social, según el caso, tal como se desprende de los numerales 8 y 10 del artículo 162 (actual 150) de la Ley de Compañías, así como de los artículos 293 (actual 251), 294 (actual 252), 295 (actual 253), 297 (actual 255) y 305 (actual 263) de la misma, entre otros: de los cuales se deduce que los cargos de los "administradores" de la compañía anónima -en términos del Derecho Societario- son siempre estatutarios y que el o los "**representantes legales**" de la misma son los funcionarios señalados expresamente (por sus cargos y no por sus nombres y apellidos) en el contrato social.

En el caso de la compañía de responsabilidad limitada se podría aplicar todo lo antedicho sin dificultad alguna, si no existiera aún dentro de la Ley de Compañías el actual artículo 125 (actual 123), que debió suprimirse desde que el numeral 8 del artículo 140 (actual 137) de la misma Ley pasó a decir que en el contrato social de ese tipo de compañía debía obligatoriamente indicarse los funcionarios que tuvieran la representación social.

Por otro lado, así como existen atribuciones legales y contractuales (o estatutarias) de los administradores, así también existen **limitaciones** impuestas para dichos funcionarios por la ley y por el contrato social.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Ejemplos de las limitaciones legales impuestas a los administradores, a más de las prohibiciones expresas de la Ley (como la del tercer inciso del artículo 30 de la Ley de Compañías, o como las del artículo 303 (actual 261) de la misma Ley), los dan el artículo 45 (actual 46) y el literal h) del artículo 120 (actual 118) de la Ley de Compañías, al referirse a la enajenación y gravamen de los inmuebles de las compañías en nombre colectivo y de responsabilidad limitada, así como la parte final del artículo 295 (actual 253) de la misma Ley, al requerir la previa autorización de la Junta General de Accionistas (o la correspondiente salvedad prevista en los estatutos sociales) para la enajenación de los bienes de la compañía anónima no vinculados con el objeto social, sean muebles o inmuebles,

como el caso de las inversiones (a menos que se trate de una compañía "inversionista").

En cuanto a las **limitaciones contractuales o estatuarias**, la misma citada Ley permite su procedencia, tal como consta del segundo inciso del artículo 44 (actual 45) y de la parte intermedia del artículo 295 (actual 253).

Pero respecto de estas últimas, debe tenerse presente que según el artículo 12 de la Ley de Compañías "Será ineficaz contra terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores o gerentes que se estipulare en el contrato social o en sus reformas" (ver Doctrina 110).

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 43

SE PUEDE SER ADMINISTRADOR DE DOS COMPAÑÍAS A LA VEZ QUE CONTRATAN ENTRE SÍ, SALVO CONTADAS EXCEPCIONES.

Base legal:

CC: ***Art. 8//LCom:*** ***Arts. 53 Lit. b; 132//LGBan:*** ***Art. 99***

En teoría, un contrato entre dos compañías puede ser suscrito legalmente por una misma persona como representante legal de ambos contratantes, si en la operación se actuare de buena fe y no se violare alguna norma de excepción.

En principio, salvo contadas excepciones, como las que ofrecen los artículos 53 (actual 54) literal b), y 132 (actual 130) de la Ley de Compañías, o como las que constan en el literal b) y en el penúltimo inciso del artículo 99 de la Ley General de Bancos (2), no existe inconveniente legal alguno en la actual legislación ecuatoriana para que una persona sea a la vez administrador (presidente, gerente o director) de dos o más compañías, aun cuando ellas contrataran entre sí; sin que importe para ello si los negocios de la misma son o no del mismo género, afines o complementarios (a menos que en la operación se estuviere violando alguna de las normas de excepción como las ya citadas).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por lo expresado se admite inclusive, legalmente, que un contrato entre dos de aquellas compañías, puede ser suscrito por una misma persona, de buena fe, como representante legal de ambas contratantes (si en la operación no se violare alguna de las antedichas normas de excepción).

Lo indicado se afirma en el artículo 8 del Código Civil, que dice: "A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley".

Por eso no significa, ni mucho menos, que aprovechándose de una situación como la planteada, el administrador de dos compañías a la vez pueda propiciar, de mala fe, entrelazamientos prohibidos por la Ley o que perjudiquen a una de dichas compañías, o a sus accionistas, según la provisión del artículo 17 de la Ley de Compañías, o que se encuadren, por ejemplo, en los artículos 363 y 364 del Código Penal.

Tampoco significa lo antedicho que al amparo del artículo 8 del Código Civil se pueda hacer tabla rasa del respeto que se debe dar a la institución jurídica del "conflicto de intereses" (que no debe confundirse con la normal "oposición de intereses" que existe en todos los contratos de "cambio").

Finalmente, conviene aclarar que el tema aquí tratado no debe confundirse con la prohibición impuesta por el segundo inciso del artículo 303 (actual 261) de la Ley de Compañías, pues aquella prohibición solamente alcanza a las operaciones que podrían hacer los administradores "**por cuenta propia**" con la compañía que administran.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 44

SE PUEDE SER ADMINISTRADOR DE UNA COMPAÑÍA Y COMISARIO DE OTRA A MENOS QUE EXISTIERE DE POR MEDIO LA INCOMPATIBILIDAD SEÑALADA EN EL NUMERAL 2 DEL ARTICULO 317 (actual 275) DE LA LEY DE COMPAÑÍAS; PERO, LA CONTRATACIÓN ENTRE AMBAS COMPAÑÍAS SOLO PODRIA HACERSE SI NO SE VIOLARE EL ARTICULO 324 (actual 282) DE LA MISMA LEY.

Base legal:

CC: *Art. 8*//LCom: *Arts. 275; 282*//Doctrina: 43

El artículo 324 (actual 282) impide la intervención del comisario en la negociación de ambas compañías -como Comisario de la una y como administrador de la otra- pero eso no significa que la operación no pueda realizarse.

Esta Doctrina bien puede considerarse como una ampliación a la anterior, es decir, al número 43, con la variante que se advierte en el título que antecede. Por consiguiente, aunque en esta Doctrina no se trata de la persona que es administrador de dos compañías a la vez, sino que es comisario de una y administrador de otra, la estructura de la Doctrina 43 es perfectamente aplicable a la Doctrina aquí desarrollada, con las modificaciones del caso que imponen los artículos 317 (actual 275) y 324 (actual 282) de la Ley de Compañías.

Por ello, vale mencionar también aquí, como casos de excepción, los mismos que ofrecían para la Doctrina 43 el literal b) y el penúltimo inciso del artículo 99 de la Ley General de Bancos (1).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Dicho esto advirtamos que el artículo 317 (actual 275) de la Ley de Compañías (que enumera las personas que no pueden ser comisarios) no incluye en su texto, prohibiéndole ser comisario de una compañía, al administrador de otra compañía que mantenga negocios con la primera.

No obstante, si el supradicho administrador lo es -y remunerado- de una Compañía en la que otra tuviere acciones o participaciones, entonces, tal administrador no podría ser comisario de esta última, de conformidad con el numeral 2 del mismo artículo 317 (actual 275) anteriormente citado.

Ahora bien, si la doble calidad de administrador de una Compañía y Comisario de otra se produce sin violación a la norma supradicha, ni a ninguna otra de excepción, entonces, como en el caso de la Doctrina 43, no hay inconveniente legal alguno para que ello ocurra; pero, si además de darse aquella doble calidad resultara que las dos compañías del caso también fueren a negociar entre sí, entonces el tema se ubicaría en el artículo 324 (actual 282) de la Ley de Compañías, que dice: "Los Comisarios que en cualquier operación tuvieren **un interés opuesto al de la Compañía** deberán informarle del particular y abstenerse de toda intervención...".
Frente a tal disposición deben destacarse los siguientes particulares:

1. La norma citada no se refiere exclusivamente a intereses **propios** del comisario, los que más bien están involucrados en la prohibición contenida en el segundo inciso del artículo 303 (actual 261) de la Ley de Compañías (aplicable a los comisarios por virtud del artículo 318 (actual 276)), sino a intereses en general, es decir, a los propios y a los que él pudiera representar;
2. La disposición transcrita se refiere a la simple "oposición de intereses" (que existe normalmente en todo contrato "de cambio") y no sólo al "conflicto" de los mismos, que ofrece un campo de acción bastante reducido;
3. El texto comentado impide la intervención del comisario en la operación, pero eso no significa que la misma no pueda realizarse por intermedio de otro (legalmente, claro está); y,

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

4. Estos tres particulares se explican plenamente por la especialísima naturaleza de las funciones del comisario, que sólo pueden ejercerse a cabalidad con la absoluta independencia e imparcialidad que impone la institución de la fiscalización en el Derecho Societario.

Por consiguiente, si una misma persona es a la vez administrador y comisario de dos compañías que van a celebrar determinado contrato "de cambio" (sin estar incursa en la prohibición del numeral 2 del artículo 317 (actual 275) de la Ley de Compañías ni en ninguna otra de excepción), aquella persona no podrá intervenir en la negociación, ni opinando respecto de ella como comisario de la una compañía, ni actuando a nombre de la otra como su representante legal, por ejemplo; pues la orden de abstención que da el artículo 324 (actual 282) de la citada Ley es absoluta y general ("abstenerse de toda intervención" dice la norma). Pero, si la compañía en que la persona del ejemplo es administrador tuviera otro funcionario que pueda actuar a nombre de ella en la contratación, como su representante legal, entonces, con la abstención total de aquella persona -como administrador y como comisario- la operación puede llevarse a cabo perfectamente con la intervención de aquel otro funcionario, por una parte, y, por otra, del representante legal de la compañía en la que el sujeto del ejemplo es comisario de la misma.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 47

TRÁMITE PARA EL ESTABLECIMIENTO DE COMPAÑÍAS EXTRANJERAS EN EL ECUADOR.

Base legal:

LCom: ***Arts. 6; 33; 77; 424-428//*****LHid:** ***Arts. 13; 16; 17; 26//*****CCo:** ***Arts. 30 Nums. 9, 11; 33; 120//*****LReg:** ***Art. 32***

La concesión del permiso para que una compañía extranjera ejerza sus actividades en el país compete a la Superintendencia de Compañías y las formalidades del trámite para su establecimiento en el Ecuador nacen de los artículos 33 y 424 (actual 415) de la Ley de Compañías.

Según el antiguo artículo 336 del Código de Comercio y los numerales 9 y 11 del artículo 30 del mismo, en las sentencias que expedían los jueces concediendo permiso a las compañías extranjeras para que operen habitualmente en el Ecuador, se mandaba inscribir en el Registro Mercantil dos documentos: a) el permiso contenido en la sentencia que lo confería; y, b) el poder otorgado por la compañía a favor de su mandatario en el Ecuador.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Tal recuento histórico ofrece gran interés práctico frente al inciso primero del artículo 428 (actual 419) de la Ley de Compañías, que dice: "Las compañías extranjeras, cualquiera que sea su especie, que se establecieron en el Ecuador, deberán cumplir todos los requisitos enumerados en los artículos 33 y 424 (actual 415), aun cuando no tengan por objeto el ejercicio del comercio".

La remisión de esta norma a los artículos 33 y 424 (actual 415) de la Ley de Compañías merece ser analizada.

Es indudable que en el artículo 424 (actual 415) se enumeran una serie de requisitos y se señala, inclusive, la forma en que varios de ellos han de ser satisfechos, particularmente en lo que mira a la constitución de la compañía, su existencia y funcionamiento en el exterior, así como su facultad para negociar fuera del país de su domicilio, requisitos que los ha de llenar la certificación consular, vista la dificultad que había en que sea la Superintendencia de Compañías quien constate directamente estos particulares.

El artículo 33, por su parte, dispone que se "sujetarán a las solemnidades establecidas por la Ley para la fundación de la compañía, según su especie", los siguientes actos, todos posteriores a la fundación: 1. Establecimiento de sucursales; 2. Aumento de capital; 3. Disminución de capital; 4. Prórroga del contrato social; 5. Transformación; 6. Fusión; 7. Cambio de nombre; 8. Cambio de domicilio; 9. Convalidación; 10. Reactivación de la compañía en proceso de liquidación; 11. Disolución anticipada; y, 12. Todos los convenios y resoluciones que alteren las cláusulas que deban registrarse y publicarse, que reduzcan la duración de la compañía y excluyan a alguno de sus miembros.

En consecuencia, el citado artículo 33 ofrece dos grandes aspectos: a) el listado de ciertos actos societarios posteriores a la constitución de la compañía; y, b) la orden legal de que el perfeccionamiento de los mismos se sujete a cierto trámite.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

La concesión de permiso solicitada por una compañía extranjera, para dedicarse habitualmente al ejercicio del comercio en el Ecuador, según el artículo 424 (actual 415), y aún para otra clase de actividades que no fueran mercantiles, según el primer inciso del artículo 428 (actual 419), parte final, o según el inciso segundo del artículo 6, ¿en cuál de los actos que enumera el artículo 33 podría incluirse? Creemos que únicamente en el primero de ellos, esto es, en la apertura de sucursal, si frente a la pregunta formulada nos atenemos únicamente al tenor literal de las palabras. Ahora bien, si la apertura de sucursal se ha de sujetar a las solemnidades establecidas por la Ley para la fundación de la compañía, según su especie, y esta fundación se hizo de acuerdo con la ley extranjera, respecto de la compañía extranjera, ¿será del caso que al concederse el permiso de operación

en el Ecuador a la compañía extranjera, que ciertamente desea abrir una sucursal, se exija el cumplimiento de solemnidades propias de la Ley extranjera, en el territorio nacional?

Creemos que tal entendimiento es reñido con la lógica y con los principios del Derecho Internacional Privado que ilustran esta materia, y tal opinión se la fundamenta en el hecho de que a fin de suplir con ventaja tan arduo procedimiento, se pide la certificación consular sobre la legalidad y regularidad de la compañía extranjera, de acuerdo con su ley constitutiva (artículo 424 (actual 415), inciso final (4). Y de allí que nos parezca improcedente interpretar el artículo 428 (actual 419) de la Ley de Compañías en el sentido de que su remisión al artículo 33 de la misma va dirigida al listado de actos societarios que este último artículo contiene (que por otra parte son actos de compañías nacionales, exclusivamente).

En cambio, nos parece que la antedicha remisión va dirigida al mandato que contiene el citado artículo 33 sobre la sujeción a las solemnidades legales para la fundación de las compañías nacionales.

Dicho esto, conviene aclarar que antiguamente, a partir de la primera gran reforma que sufrió la Ley de Compañías, el último inciso del entonces artículo 349 (que ahora corresponde al 415) empezaba diciendo así: "Para justificar estos requisitos se presentará a **la Superintendencia de Compañías, si se tratare de una compañía anónima o en comandita por acciones, o al juez provincial si se tratare de otra especie de compañía**, los documentos constitutivos...".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Porque antes los trámites del establecimiento de una compañía extranjera se realizaban o ante la Superintendencia de Compañías o ante un juez provincial, según la especie de la compañía respectiva. Por eso se explica que aún hoy, cuando dichos trámites sólo pueden realizarse ante la Superintendencia de Compañías, el artículo 428 (actual 419) de la citada Ley se remita al artículo 33 de la misma, y concretamente a la parte en que dicho artículo trata sobre la sujeción "a las solemnidades establecidas por la Ley para la fundación de la compañía **según su especie**". Pero ahora, desde que la Superintendencia de

Compañías es el único organismo facultado para autorizar el establecimiento de compañías extranjeras en el Ecuador, cualquiera que sea su especie (según los actuales textos de los incisos finales de los artículos 424 (actual 415) y 428 (actual 419) de la Ley de Compañías), la remisión que hace el artículo 428 (actual 419) al artículo 33, relativa al mandato de éste último sobre la sujeción a las solemnidades establecidas por la Ley para la fundación de la compañía según su especie, debe entenderse en el sentido de que el trámite pertinente tiene que ser realizado ante la Superintendencia de Compañías, aunque se tratare de una sociedad en nombre colectivo.

¿Y cuáles son esas solemnidades? Si por "fundación de la compañía" entendemos -extensivamente- no sólo la celebración del contrato social ("fundación") sino todo el proceso necesario para que la sociedad tenga vida propia como persona jurídica y como compañía regular, entonces debemos reconocer que las "solemnidades" a que se refiere el artículo 33 de la Ley de Compañías son, en suma, las siguientes: 1. Otorgamiento de la escritura pública respectiva; 2. Aprobación del Juez o de la Superintendencia de Compañías; 3. Inscripción de la escritura pública antedicha y de la resolución aprobatorio; y, 4. Publicación del extracto correspondiente.

Es obvio que (aparte de lo dicho ya sobre la intervención privativa de la Superintendencia) los cuatro pasos antedichos no se pueden aplicar al pie de la letra al proceso del establecimiento de una compañía extranjera en el Ecuador, porque "los documentos constitutivos y los estatutos" de la misma, que deben presentar según el inciso final del citado artículo 424 (actual 415), no constan precisamente en lo que el artículo 1743 (actual 1716) del Código Civil llama "escritura pública" ni hay tal escritura que se inscriba en el Registro Mercantil; pero, como el inciso final del artículo 428 (actual 419) se remite al artículo 33 (en la parte relativa a las antedichas "solemnidades") y, además, al artículo 424 (actual 415), que contiene el detalle de la documentación que le es propia al trámite del establecimiento de una compañía extranjera en el Ecuador, lo procedente es conciliar ambas remisiones (al artículo 33 y al artículo 424 (actual

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

415)) y deducir de ellas cuáles son los pasos formales para el perfeccionamiento de dicho trámite.

Y así, bien podemos decir que tales pasos formales son: 1. Presentación a la Superintendencia de Compañías de toda la documentación referida en el inciso final del artículo 424 (actual 415) de la Ley de Compañías (la que generalmente se presenta protocolizada ante un Notario Ecuatoriano en su mayor parte); 2. Concesión del permiso respectivo por parte de la Superintendencia de Compañías y calificación del poder correspondiente, también por parte de la misma institución, de conformidad con el inciso final del artículo 428 (actual 419) de la Ley de Compañías; 3. Inscripción en el Registro Mercantil de los documentos constitutivos y de los estatutos mencionados en el inciso final del artículo 424 (actual 415) de la citada Ley, de conformidad con la ya comentada remisión al artículo 33 que hace el artículo 428 (actual 419) (lo cual resulta plenamente confirmado por la parte final del artículo 77 (actual 78) de la Ley de Compañías, que desvirtúa cualquier pretensión en contrario); 4. Inscripción en el Registro Mercantil del permiso concedido por la Superintendencia de Compañías, según el numeral 11 del artículo 30 del Código de Comercio; 5. Inscripción en el mismo Registro Mercantil del poder conferido al mandatario de la compañía extranjera, según el numeral 9 del susodicho artículo 30, y fijación del mismo, de acuerdo con el artículo 33 del Código de Comercio; y, 6. Publicación del extracto respectivo y de la totalidad del documento contentivo del poder, según la ya comentada remisión al artículo 33 de la Ley de Compañías y de acuerdo con el artículo 120 del Código de Comercio.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

El orden de los pasos anteriormente referidos se altera si la compañía extranjera de que se trata es en nombre colectivo o en comandita simple o de responsabilidad limitada, porque la publicación del extracto en esas especies de sociedad es antes de la inscripción (artículos 37 (actual 38), 60 (actual 61) y 139 (actual 136) de la Ley de Compañías).

Pero, antes de todos aquellos pasos, ante la existencia de documentos otorgados en el extranjero que deberán inscribirse, el o los interesados en el trámite

deberán primero haber acudido al Juez de lo Civil para obtener la calificación judicial sobre la "legalidad de la forma y la autenticidad" de dichos documentos, según el artículo 32 de la Ley de Registro; debiendo aclararse aquí que aquella calificación judicial es distinta de la que menciona el inciso final del artículo 428 (actual 419) de la Ley de Compañías, pues esta última la hace la Superintendencia de Compañías para determinar la suficiencia del poder según las exigencias legales pertinentes.

Por último, se observa que el requisito establecido en el artículo 424 (actual 415) numeral 4, relativo al capital destinado al giro de la compañía extranjera en el Ecuador, para que sea cumplido de manera cabal, no puede limitarse a que la compañía simplemente exprese que se ha asignado una cierta suma de dólares para sus operaciones en el Ecuador, sin la constancia de que esa suma de dinero haya ingresado al país, previo cumplimiento de los requisitos relativos al régimen de la "inversión extranjera" que entonces estuviera en vigor.

Aun cuando el artículo 424 (actual 415), en este numeral, antes de la reforma del 23 de abril de 1965, no era tan claro como ahora con la nueva redacción, parece indudable que lo que se quería era precisamente que se "constituya" un capital para el giro de la empresa; de tal modo que no se lo pueda, luego, reducir sin las normas que la Ley manda cumplir para el caso.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

La nueva redacción de este numeral no permite la más pequeña duda al respecto: se ha de comprobar de manera fehaciente que el capital -no ya "patrimonio: que era un término hasta cierto punto vago- ha sido introducido al país, previo cumplimiento de los requisitos legales, a órdenes de la compañía extranjera que solicita el permiso para realizar sus actividades en el Ecuador.

Después, ese capital importado habrá de "registrarse" ante el organismo nacional competente, según el correspondiente régimen de la "inversión extranjera".

Antes de terminar, conviene dejar bien aclarado que las compañías extranjeras que deben establecerse en el país (si obtienen el permiso respectivo para ello) son

las que intentan ejercer sus actividades habitualmente en el Ecuador como dice el primer inciso del artículo 424 (actual 415) de la Ley de Compañías (y como lo reitera el artículo 77 (actual 78) de la misma al emplear expresión "de modo permanente"); las que van a ejecutar una obra pública, o a explotar un recurso natural o a prestar un servicio público, como dice el segundo inciso del artículo 6 de la citada Ley; y, las que van a celebrar cualquiera de los contratos mencionados en la Ley de Hidrocarburos, que no sean precisamente los de explotación de recursos naturales, como dice el artículo 26 de la citada Ley (ver reformas del 6 de agosto de 1982, publicadas en el Registro Oficial 306 del 13 de los mismos).

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 48

RÉGIMEN LEGAL APLICABLE A LAS COMPAÑÍAS EXTRANJERAS QUE OPERAN EN EL ECUADOR.

Base legal:

LCom: ***Arts. 6-9; 77; 315; 424//LHid: Arts. 13; 16; 17; 26***

Toda compañía extranjera que opere "habitualmente" en el Ecuador o que se encontrare en cualquiera de los tres casos señalados en el segundo inciso del artículo 6 de la Ley de Compañías está sometida a las leyes de la República, en cuanto a su funcionamiento en el país y en cuanto a los actos y negocios jurídicos que hayan de celebrarse o surtir efecto en el territorio nacional.

La Ley de Compañías considera los siguientes casos relativos a las sociedades extranjeras:

1. El caso de las compañías extranjeras que ejecutan -dentro o fuera del país- actos jurídicos **esporádicos o aislados** que han de surtir efectos en el Ecuador, según las previsiones del primer inciso del artículo 6 y del artículo 9 de la Ley de Compañías:

2. El caso de las Sociedades extranjeras que desearen ejercer **habitualmente** sus actividades en el Ecuador (y obviamente el de las que así lo estuvieren haciendo), según los artículos 77 (actual 78) y 424 (actual 415) de la misma Ley; y,

3. Finalmente, el caso de las compañías extranjeras que vinieren al país a ejecutar una "**Obra Pública**", a explotar algún "**recurso natural**" o a prestar algún "**servicio público**" (entendiéndose por tal "la organización permanente destinada a satisfacer una necesidad colectiva de una manera regular y

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

continua", como el servicio de aseo de calles, por ejemplo), que se halla previsto en el segundo inciso del artículo 6 de la Ley de Compañías).

Antes de continuar, conviene que aclaremos que en los artículos 16 (3), 17 (4) y 26 de Hidrocarburos luego de la reforma publicada en el Registro Oficial 306 del 13 de agosto de 1982 (ver...), se establecen ciertas situaciones que podrían considerarse como ampliatorias de las previstas en el inciso segundo del antedicho artículo 6.

Para el primer caso la Ley de Compañías sólo exige que esas sociedades extranjeras, con operaciones esporádicas en el Ecuador, tengan un apoderado en el país, que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas (artículos 6, primer inciso, y 9 de la Ley de Compañías).

Para los dos últimos casos, es decir, para compañías extranjeras con operaciones habituales o permanentes en el Ecuador y para las que sólo vinieren al país a ejecutar una obra pública o a explotar un recurso natural o a prestar un servicio público (cuestiones estas dos últimas que podrían considerarse con cierto grado de "habitualidad"), la Ley de Compañías exige lo que en doctrina se conoce con el nombre de la "**domiciliación**" en el país, que se instrumentó casi siempre con el llamado "**establecimiento de sucursal**" (artículos 6 segundo inciso, 77 (actual 78), 424 (actual 415) y 428 (actual 419) de la Ley de Compañías). Por su parte, el artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos exige igual "domiciliación" para las Compañías extranjeras que fueren a celebrar cualquiera de los contratos previstos en ella (artículos 16 (5) y 17 (6)) que no sean precisamente de explotación de recursos naturales (7).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Las compañías extranjeras del primer caso, es decir, las que realicen actos jurídicos esporádicos y aislados (que no se encasillen en el segundo inciso del artículo 6) no están sujetas a la legislación ecuatoriana más allá de lo que se determina en las normas de orden público relativas a la Soberanía Nacional y en el primer inciso del artículo 6 y en el artículo 9 de la Ley de Compañías (salvo los casos específicos, que pudieran estar contemplados en leyes especiales); pero, sus

actos jurídicos, por más esporádicos y aislados que sean, sí se hallan sujetos a la legislación nacional, según las normas del Derecho Común y del Derecho Internacional Privado.
Las sociedades extranjeras de los dos últimos casos sí se hallan sujetas para su funcionamiento, a las leyes nacionales. Tal sujeción, desde luego, existe de modo muy particular en lo que respecta a la Ley de Compañías que es el estatuto legal aplicable a las sociedades de comercio.

Este régimen de sujeción a las leyes nacionales es aplicable y vigente tanto para aquellas compañías extranjeras que obtuvieron el permiso de operación al amparo del Código de Comercio, como para las que lo obtuvieron al amparo de la Ley de Compañías, desde su promulgación, y para las que lo soliciten y obtengan en lo sucesivo.

Dentro de aquel régimen de sujeción se destaca el sometimiento de aquellas compañías extranjeras al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías.

La medida de esta sujeción impone, necesariamente, para aquellas compañías extranjeras, el cumplimiento de todas las normas legales que miran a su actividad en el Ecuador y el pago de la contribución para el funcionamiento de la Superintendencia de Compañías.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

El estatuto legal propio de las compañías extranjeras que operan en el país, así determinado en las conclusiones que anteceden, tiene como fundamentos los siguientes:

a) Las disposiciones contenidas en el Código de Comercio e incorporadas en él en los años 1909 y 1936, con el objeto claramente manifestado por el legislador de someter a tales compañías extranjeras, a través de sus sucursales o establecimientos en el país, a las leyes nacionales, a fin de evitar, en lo posible, eventuales burlas a los intereses fiscales y de la ciudadanía ecuatoriana en general.

b) En el derecho actual en vigor, el literal b) del artículo 440 (actual 430) de la Ley de Compañías dispone, en forma expresa, que compete a la Superintendencia de Compañías la vigilancia y fiscalización de las compañías extranjeras que ejerzan sus actividades en el Ecuador, cualquiera que fuere su especie, queriendo significar, a las sucursales y más establecimientos de aquellas que han señalado domicilio dentro del territorio nacional para ejercer en él sus operaciones, ora de acuerdo al segundo inciso del artículo 6, ora de acuerdo al artículo 424 (actual 415) de la Ley de Compañías, ora según el artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos.

c) El artículo 427 (actual 418), en forma expresa, manda que "toda compañía extranjera que opere en el Ecuador (de las que lo hacen en forma "habitual" o de las que ejecutan cualquiera de las tres actividades señaladas en el inciso segundo del artículo 6) está sometida a las leyes de la República en cuanto a los actos y negocios jurídicos que hayan de celebrarse o surtir efecto en el territorio nacional", y tales actos y negocios jurídicos constituyen, en suma, la actividad a cumplirse dentro del país, a cuyo fin se orienta el permiso de operación. El sentido de esta norma se halla, además, reforzado por el texto del artículo 315 (actual 273) de la Ley de Compañías, que dice "Los agentes que obraren por compañías extranjeras sin haber obtenido la aprobación necesaria, quedarán personalmente obligados...".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

d) El artículo 442 (actual 433) de la Ley de Compañías, por su parte, es también aplicable a las compañías extranjeras supradichas, puesto que éstas deberán someterse, en lo que mira a su funcionamiento, a las normas de la Ley. Tal previsión se aplica, por igual, para las compañías extranjeras establecidas en el Ecuador bajo el imperio de leyes anteriores y para las que se establecieron en lo posterior.

Dicho todo esto, conviene advertir que las compañías extranjeras sometidas a las leyes nacionales en lo relativo a sus operaciones en el Ecuador, además de estar sometidas de manera especial a la Ley de Compañías, también lo están, de igual forma especial, a ciertas normas nacionales particularmente vinculadas con

dichas sociedades, como el caso de los artículos 11 y 68 de la Ley de Impuesto a la Renta, o el del régimen de tratamiento a los capitales extranjeros.

DOCTRINA 49

PRÓRROGA DEL PLAZO DE DURACIÓN DE UNA COMPAÑÍA.

Base legal:

LCom: ***Arts. 33; 36 Num. 5; 40; 78; 120 Lit. g; 140 Num. 4; 162 Num.4; 273 Num. 7; 282; 394 Num. 1; 396***

Prohibición de prórroga automática del plazo.

El artículo 9 de los estatutos examinados manifiesta: "El plazo estipulado se prorrogará automáticamente por otros veinticinco años más, si, durante el cuadragésimo noveno año de vigencia, no se dispusiera nada en contrario por la Asamblea General". Esta disposición equivale a la prórroga del plazo de duración de la compañía por la voluntad presunta de las partes, a lo que la doctrina llama prórroga tácita. (A. Brunetti. Tratado del Derecho de las Sociedades, T. II, p. 680, U.T.H.E.A., Buenos Aires, 1960). Esta forma de renovación del plazo de duración de la compañía está expresamente prohibida por la Ley en el artículo 396 (4) y, según este mismo artículo, el vencimiento de tal plazo extingue de pleno derecho a la sociedad, a menos que antes de la expiración la compañía lo hubiera prorrogado expresamente.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Que esa prórroga se ha de hacer en forma expresa, significa que al efecto han de seguirse los mecanismos establecidos en la propia Ley, es decir, en los artículos 78 (actual 79), 120 (actual 118) literal g, y 273 (actual 231), numeral 7, de la Ley de Compañías, según la sociedad de que se trate, y sobre todo, en el artículo 33 de la misma, que es común a todas las compañías.

No podría objetarse que el haber previsto en el propio acto constitutivo la renovación del plazo de duración antes del plazo de vencimiento, equivale a la

manifestación expresa de la voluntad de los socios o accionistas, primero porque esta previsión sólo tiene un alcance y sentido condicionales, ("si no se dispusiera nada en contrario"); y luego, porque en razón de la naturaleza de la sociedad, deberán ser los socios quienes han de proceder a prorrogar el plazo dentro del tiempo, antes del vencimiento, si no desean que se opere la disolución de derecho (De Gregorio, citado por Brunetti, id. id.).

La propia redacción del artículo 396 (5) confirma este aserto. No basta la voluntad presuntiva de los socios. Si fuera suficiente prever, en el propio acto constitutivo, la prórroga tácita, los preceptos antes indicados no tendrían razón de ser.

Bueno es reconocer, eso sí, que antes de la vigencia de la Ley de Compañías (antes de marzo de 1964) la cuestión era algo dudosa y podía ser materia de discusión; pero, con la promulgación de la mencionada Ley el asunto quedó totalmente decidido, toda vez que en su artículo 356 (actual 301) ya establecía la prohibición que ahora repite el actual artículo 396 (6) de la misma. Y como esa norma es de orden público, los antiguos estatutos sociales opuestos a ella no tienen valor en la parte en que se ofreciera tal oposición.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 51

COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS CON RESPECTO A LAS SOCIEDADES DEDICADAS AL NEGOCIO DE MONEDAS EXTRANJERAS.

Base legal:

DS-99 (RO 203: ago-63): *Art. 2*//RsSCías. 4685 (RO 851: 22-jul-75)//RsSBan. 79-254 (RO 850: 11-jun-79)//LGBan: *Art. 17*

La Superintendencia de Bancos controlaba y vigilaba a las compañías dedicadas al negocio de "casa de cambio" pero la Superintendencia de Compañías aprobaba sus constituciones y reformas hasta antes de la vigencia de la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público promulgada en el Registro Oficial suplemento 453 del 17 de marzo de 1983 (ver...). Hoy la Superintendencia de Bancos desarrolla ambas actividades.

La Superintendencia de Compañías no podía fiscalizar, controlar ni vigilar aquellas compañías que, por leyes o disposiciones especiales, se encuentran bajo el control de la Superintendencia de Bancos.

Por ello, la Superintendencia de Compañías no controlaba ni vigilaba ni fiscalizaba a las compañías dedicadas a operar en el negocio de divisas como "casas de cambio", aunque sí aprobaba sus constituciones y sus actos societarios posteriores que requerían de tal aprobación.

La Resolución 4685 de la Superintendencia de Compañías, publicada en el Registro Oficial 851 del 22 de julio de 1975 (ver...), delimitó las esferas de acción de las Superintendencias de Bancos (8) y de Compañías con respecto a las

sociedades que se dedican al negocio de monedas extranjeras. Así quedó establecido que la Superintendencia de Compañías debía aprobar (o negar) la constitución y otros actos jurídicos de las indicadas sociedades, y que la Superintendencia de Bancos ejercía el control y vigilancia de aquella parte del negocio concretada exclusivamente a la actividad cambiaria.

Esto último era así porque en esa época aquellas compañías aún podían tener diversos objetos sociales, pudiendo ser uno de ellos el del negocio de monedas extranjeras; pero, con la expedición de la Resolución 79-254 de la Superintendencia de Bancos, publicada en el Registro Oficial 850 del 11 de junio de 1979 (ver...), se estableció que solamente podían operar en el mercado libre de cambios, como "casas de cambio", las compañías que exclusivamente tuvieran por objeto el negocio de monedas extranjeras. Desde entonces, pues, esas compañías no podían tener otro objeto que no sea el propio de las "casas de cambio".

En definitiva, los ámbitos en que se ejercía la competencia de cada Superintendencia con respecto a las compañías que se dedican al negocio de monedas extranjeras estaban claramente delimitados: a) La **Superintendencia de Compañías** aprobaba o negaba la constitución de tales sociedades o cualquier acto societario posterior (que requiera de aprobación), pero siempre -para las aprobaciones- **previo informe favorable de la Superintendencia de Bancos**; y, b) ésta última, es decir la Superintendencia de Bancos ejercía el control y la vigilancia de las mismas (siendo ésta última la entidad que recaudaba las contribuciones pertinentes).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Con posterioridad, por virtud del artículo 27 de la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público, promulgada en el Registro Oficial 453 (Suplemento) del 17 de marzo de 1983, que en dicha parte reformó el artículo 17 de la Ley General de Bancos, la Superintendencia de Bancos desarrolla todas aquellas actividades con respecto a las antedichas compañías.

DOCTRINA 53

CONVALIDACIÓN: ANÁLISIS GENERAL DE LAS NORMAS LEGALES PERTINENTES.- ¿CÓMO HA DE HACERSE LA CONVALIDACIÓN?.- ¿QUIÉN O QUIÉNES DEBEN OTORGAR LA ESCRITURA DE CONVALIDACIÓN?.- LA FALTA O INSUFICIENCIA DE PODER NO SE SUBSANA CON LA RATIFICACIÓN.- ¿CUÁL ES EL TRÁMITE QUE DEBE DARSE A LA ESCRITURA DE CONVALIDACIÓN?

Base legal:

DS-766 (RO 485: 23-abr-65): ***Art. 55//*****D-1433 (RO 154: 7-nov-66)//DS-3135-A (RO 761: 29-ene-79):** ***Art. 3 (que mandó agregar un artículo a continuación del 34 de la Ley de Compañías)//*****LCom:** ***Arts. 33; 171//*****CC:** ***Arts. 1724; 1725; 1726; 1727;1735; 1737; 1738; 1739***

La "convalidación" constituye un régimen excepción al sistema de la nulidad absoluta creado por el Código Civil y sólo procede en los casos de omisiones de requisitos de validez.

Siendo un acto de la sociedad, la escritura pública de convalidación debe otorgarla el o los representantes legales de la compañía de que se trate.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Historia y análisis general de las normas legales pertinentes

El artículo 55 del Decreto Supremo, publicado en el Registro Oficial 485 del 23 de abril de 1965 decía: "las compañías que se hubieren constituido a partir de la vigencia de la Ley de Compañías, **omitiendo algún requisito de validez**, podrán **subsanar** la omisión hasta el 31 de diciembre de 1965 y, en este caso, la **convalidación** se entenderá hecha desde la constitución de la compañía.

Tal como se puede observar, la norma transcrita fue de carácter temporal y su aplicación se concretó a las sociedades constituidas después de 16 de marzo de 1964, es decir, a partir de la vigencia de la Ley de Compañías.

Ambas restricciones fueron luego superadas con el Decreto 1433 del 28 de octubre de 1966, expedido por Don Clemente Yerovi Indaburo y publicado en el Registro Oficial 154 del 7 de noviembre del mismo año, cuyo artículo 1 dice: "Las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, que se hubieren constituido omitiendo algún requisito de validez, podrán subsanar la omisión, y, si así lo hicieren, la convalidación se entenderá hecha desde la constitución de la compañía.- En los casos en que la Intendencia de compañías anónimas notificara tales omisiones, la convalidación deberá hacerse dentro de noventa días contados desde la fecha de la notificación.- La convalidación se hará por escritura pública y, otorgada ésta, se seguirá el trámite del artículo 145 (hoy 163) (actual 151) de la Ley de Compañías.- Lo mismo se aplicará a los actos de que trata el artículo 21 (hoy 33) de dicha Ley...".

Ahora, siguiendo la ruta marcada por el Decreto susodicho, el artículo 34 de la vigente Ley de Compañías, reformado mediante Decreto Supremo 3135-A (RO 761: 29-ene-1979), reafirmaba el principio de convalidación, consagrándolo de manera permanente, al expresar que:

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

"Cuando en el otorgamiento de la escritura de constitución de una compañía o en la de uno de los actos a que se refiere el artículo anterior se hubiere omitido algún requisito de validez, se podrá subsanar la omisión y, si así se hiciere, la convalidación se entenderá hecha desde la misma fecha de la escritura convalidada..."(sic).

Sin embargo, conviene advertir que no obstante la amplitud de dicha norma en ella no se contempla el caso -de la subsanación por convalidación- de los requisitos omitidos antes del otorgamiento de la escritura de constitución (como por ejemplo en la designación de peritos o en la aprobación de los avalúos de

especies a aportarse: artículos 174 (actual 162) y 171 (actual 159) de la Ley de Compañías y antiguos artículos 309 y 332 del Código de Comercio, edición de 1960); lo cual sí se halla comprendido implícitamente en la generalidad del artículo 1 -aún vigente en su mayor parte- del Decreto 1433 de Don Clemente Yerovi Indaburo (que dicho sea de paso no se refiere a todas las especies de Compañías).

El término "subsanación" es propio del Decreto Canónico y se aplica, de modo casi exclusivo, al contrato matrimonial. La "sanatio inradice" (saneación en la raíz) es la subsanación. Evidentemente, subsanar es lo mismo que revalidar. Así, se habla en el Derecho Español), con referencia directa al Derecho Canónico, de la "convalidación del matrimonio; forma la más sencilla de la revalidación del matrimonio" (V, Diccionario de Derecho Privado, Edición de 1961. T. I, p. 1242).

Sin embargo, la nulidad relativa puede subsanarse mediante la ratificación. Por otra parte, la acción para exigir la declaratoria de nulidad relativa prescribe a los cuatro años y la acción para demandar la nulidad absoluta prescribe a los quince años. Y ahora, tratándose únicamente de las sociedades mercantiles, existe un nuevo procedimiento de subsanación, cual es el de la convalidación, contemplada en el artículo 34 de la Ley de Compañías.

Antes de continuar, es bueno advertir que según los textos citados la convalidación sólo procede frente a **omisiones de requisitos de validez.**

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Es más: para hablar con propiedad jurídica, vale la pena agregar que los requisitos a que se refiere la citada disposición son aquellos cuyo vicio de omisión no puede sanearse por la **ratificación.**

Por ello, en la "Exposición de Motivos" del Decreto 1433 del 28 de octubre de 1966, anteriormente citado, se dijo:

> "La convalidación... viene a ser un nuevo medio de saneamiento de los actos jurídicos imperfectos, cuya aplicación tendrá lugar en todos los casos en que no procede la ratificación...".

Por consiguiente, las "**nulidades relativas**" en las constituciones de Compañías mercantiles, o en cualquiera de sus actos posteriores a los que se refiere el artículo 33 de la Ley de la materia, según el primer inciso del artículo 1727 (actual 1700) del Código Civil puede revalidarse por **ratificación,** no necesitan para su saneamiento de la figura jurídica de la **convalidación**: para esos casos basta la correspondiente ratificación, en los términos de los artículos 1737 (actual 1710) y siguientes del Código Civil, sin necesidad del complejo trámite ordenado para la convalidación en el segundo inciso del artículo 33 de la Ley de Compañías.

Ahora bien, como cada vez es más difícil determinar con la precisión deseada, cuándo el requisito omitido puede sanearse por la simple ratificación y cuándo no, no existiría inconveniente alguno en que, ante la duda, una compañía imperfecta decidiera, por razones de seguridad, proceder a la convalidación correspondiente, de conformidad con el artículo 34 de la Ley de Compañías.

Con lo cual se tiene, en tratándose de imperfecciones ratificables, que en el caso de la **ratificación** el agente del saneamiento es la persona en cuyo beneficio la Ley hubiere establecido la nulidad respectiva (artículo 1727 (actual 1700) del Código Civil), mientras que en el caso de la **convalidación** el agente de la revalidación es la compañía misma; lo cual significa, obviamente, que en este último caso bien puede producirse la oposición a la convalidación por parte de aquella persona en cuyo favor fue establecida la nulidad... oposición que podría producirse en los términos del inciso segundo del artículo 33 de la Ley de Compañías.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Y con ello se sobreentiende que bien podría producirse una **convalidación** abonada por la correspondiente **ratificación** (tratándose de imperfecciones ratificables), compareciendo al acto la persona beneficiada con la nulidad respectiva.

Así, pues, queda claro en todo caso que la **convalidación** procede únicamente frente a **omisiones de requisitos de validez** y sólo en tratándose de **sociedades mercantiles.**

Pero hay casos en que dicha convalidación es improcedente.

En efecto, si se tratase de una compañía que no tuviese **causa real y lícita** o que su **objeto** (no el "objeto social" sino el que menciona el numeral 3 del artículo 1488 (actual 1461) del Código Civil) fuere un objeto ilícito, o que se hubiere constituido violando cualquier otra de las prohibiciones del artículo 3 de la Ley de Compañías, no podría, en modo alguno, convalidarse su constitución. Tampoco procedería su convalidación, por lo tanto, si en el otorgamiento de la escritura de constitución o de la cualquiera de los actos señalados en el artículo 33 de la Ley de Compañías hubiere intervenido alguna persona absolutamente incapaz o si uno de los intervinientes hubiere actuado contrariando alguna prohibición legal (como la prohibición relativa a la contratación entre cónyuges).

Confirmando lo acabado de expresar, el artículo innumerado mandado a agregar a continuación del actual artículo 34 de la Ley de Compañías (por el artículo 3 del Decreto Supremo 3135-A del 4 de enero de 1979) ofrece en su texto la aclaración manifestada, y, además, incorpora en él ciertos casos de omisiones para los que les niega la convalidación, como el de haberse omitido la formalidad de la escritura pública o el requisito del número mínimo de socios en el acto de la constitución.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En efecto, de conformidad con aquella disposición legal, no cabe la subsanación en los siguientes casos:

a) Si la compañía no tiene una causa y un objeto reales lícitos, o si el objeto es prohibido para la especie de compañía; o contrario a la Ley, el orden público o las buenas costumbres;
b) En las compañías que tiendan al monopolio, de cualquier clase que fueren;

c) Si el contrato constitutivo no se hubiere otorgado por **escritura pública,** o si en ésta o en la de alguno de los actos mencionados en el artículo anterior han intervenido **personas absolutamente incapaces**, o si las personas que han intervenido lo han hecho contraviniendo alguna **prohibición legal**; y,
d) Si la compañía se hubiere constituido con un **número de socios inferior al mínimo** señalado por la ley para cada especie.

Esta "convalidación" constituye, pues, un régimen de excepción al sistema de la nulidad absoluta previsto en el artículo 1726 (actual 1699) del Código Civil, que -como se sabe- no admite ratificación ni saneamiento. Según el Código Civil, hay una sola manera o un solo camino para que los efectos de un acto absolutamente nulo queden firmes: la prescripción de quince años o más, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1726 (actual 1699) del Código Civil.

En **Derecho Societario**, frente a una nulidad **absoluta** tampoco cabe la ratificación. Lo único que procede en tal caso es la **convalidación**, siempre que la nulidad susodicha se hubiere producido por la omisión de algún requisito de validez (impuesto en atención a la naturaleza del contrato de sociedad) y que el vicio no fuere insubsanable según el citado artículo 34 de la Ley de Compañías; sin perjuicio de la "subsanación" por el transcurso de los quince años (que, como se ha visto, más que "subsanación" propiamente dicha es prescripción extintiva de la acción correspondiente).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

La convalidación es, pues, un procedimiento que tiene la virtualidad de volver válido aquello que originalmente carecía de validez: hacer válido aquello que inicialmente era nulo, mediante la "subsanación" correspondiente, siempre que -claro está- la nulidad pertinente no hubiere sido aún declarada judicialmente con autoridad de cosa juzgada.

Por lo demás, conviene reiterar que el legislador han instituido la convalidación, en forma expresa, con alcance restringido: sólo es aplicable al contrato de compañía y sólo al contrato de compañía de comercio.

Por otra parte, conviene advertir que el legislador ha dado a esta institución un efecto más: el de que la convalidación se entienda hecha desde el momento de la constitución de la compañía (o de la inscripción del acto de que se trate). Esto quiere decir que el vicio de nulidad proveniente de la omisión de un requisito de validez se borrará y se entenderá que en ningún momento la compañía ha sido nula o que ha funcionado como simple compañía de hecho en determinado período de su vida.

Tal efecto de retrotracción opera, forzosamente, por ficción de la ley; ficción, en este caso "de derecho", pues no sería admisible la alegación en contra de la compañía, de que fue constituida indebidamente y que luego fue saneada.

La previsión legal no puede ser más sabia en guardia de las eventualidades que pueden causar serio perjuicio a accionistas y a terceros.

Finalmente, no está demás tener presente aquí que la convalidación sólo procede respecto de una compañía **ya constituida**, o de uno de los actos mencionados en el artículo 33 de la Ley de Compañías **ya concluidos**, en todo su procedimiento, pues antes de tales hechos lo procedente sería la oportuna rectificación debidamente instrumentada según el artículo 1751 (actual 1724) del Código Civil, a la cual resultaría absurdo pretender aplicarle el régimen de las publicaciones para las eventuales oposiciones de terceros que se provee en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley de Compañías.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Antes de haberse **inscrito** en el Registro Mercantil la constitución de la compañía -momento que la ley hace tan importante que marca su principio de existencia (artículos 97 (actual 96), 158 (actual 146), 362 (actual 307) y 366 (actual 311)), por lo menos en las compañías controladas por la Superintendencia- mal puede hablarse de "constitución" en sentido estricto y menos de "convalidación" de ella. Y lo mismo es aplicable a los otros actos societarios a que se refiere el artículo 33, pues sabido es que respecto de ellos igual importancia tiene la inscripción.

Por eso es que los dos primeros decretos que hablaron en el Ecuador de la convalidación se referían a "**las Compañías que se hubieren constituido"...**

Dicho todo esto, veamos ahora....

¿Cómo ha de hacerse la convalidación?

En la práctica, lo que más interesa y preocupa a los administradores y accionistas de una compañía indebidamente constituida es ¿cómo se puede subsanar la omisión que causa la nulidad del contrato?

¿Qué se ha de hacer para acogerse a la oportunidad de revalidarlo?
Igual si se trata de cualquiera de los actos señalados en el artículo 33.

La fórmula más inmediata que se ocurre a la imaginación es la ratificación. Pero la ratificación no puede tener lugar o no puede cumplirse en tratándose de una nulidad de carácter absoluto, frente a la cual sólo cabe la prescripción, según lo establecido en el artículo 1726 (actual 1699) del Código Civil.

Si el legislador hubiera encontrado viable la ratificación como medio de sanear o subsanar **nulidad absoluta** causada por la **omisión de un requisito de validez**, lo habría dispuesto, declarando su pensamiento con una frase como ésta: "Las compañías... podrán ratificar"; o como esta otra: "podrán subsanar la omisión, ratificando...".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

La omisión de un requisito que produce **nulidad absoluta** quiere decir que se ha dejado de incorporar, al tiempo del otorgamiento del acto, un elemento o declaración de aquellos que son indispensables para que resulte válido, jurídicamente eficaz, en razón de su naturaleza. La única manera de sanear el vicio proveniente de esta falta u omisión, no puede ser otra que la de otorgar un nuevo instrumento (no queremos decir volver a constituir la compañía, con todas sus declaraciones, estatutos, documentos, etc.); una segunda escritura pública, en la cual se deje expresado el antecedente lógico de la omisión en la que se

incurrió y luego la declaración que conduzca, por su contenido, a enmendar la falta o ausencia del requisito. Por ejemplo, si se omitió la declaración del domicilio, o del plazo, habrá que decir, en lo sustancial de la escritura de convalidación: "La compañía tiene su domicilio en tal Cantón"; "La compañía tiene un plazo de duración de cien años". Luego se agregarán las demás declaraciones pertinentes y cláusulas de rigor.

Y eso es precisamente lo que exige la simple lógica y el artículo 34 de la Ley de Compañías: otorgar una segunda escritura pública, de la cual aparezca la incorporación evidente de aquel requisito que se omitió o se pasó por alto, a la cual deberá dársele el trámite previo establecido en el segundo inciso del citado artículo 33 y luego el trámite general que el primer inciso de ese mismo artículo señala. Con ello, y por ministerio de la Ley, "la convalidación se entenderá realizada **desde la fecha de la escritura convalidada**"; lo que equivale a decir, en el caso de la constitución, que la compañía se constituyó con todos sus requisitos de validez desde el otorgamiento del contrato. Siempre habría tenido un domicilio en tal lugar; siempre se acordó un plazo de cien años. El vicio queda borrado y en consecuencia se entenderá que la escritura pública fue perfecta cuando se otorgó y perfecta también, en consecuencia, la inscripción que de ella se hubiere realizado, en la fecha en que se hubiere efectuado la misma.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Una vez tratado todo lo que antecede, se impone responder a las siguientes preguntas:

¿Quién o quiénes deben otorgar la escritura de convalidación?

La convalidación -ora se trate de la constitución de la compañía ora de cualquiera de sus actos societarios posteriores (de los que menciona el artículo 33)- es un acto de la sociedad, aún cuando se halle potencialmente viciada de nulidad en su fundación.

Y así lo demuestra el artículo 282 (actual 240) de la Ley de Compañías, que reconoce expresamente que es la Junta General de accionistas la que debe acordar la convalidación.

Por consiguiente, si es un acto de la sociedad, la convalidación debe instrumentarse por intermedio de su o sus representantes legales (artículos 28, 589 (actual 570) y 1491 (actual 1464) del Código Civil y artículo 13 de la Ley de Compañías).

En consecuencia, acordada válidamente la convalidación por parte del órgano supremo de la sociedad, el o los representantes legales de la misma deberán ejecutar esa resolución y proceder a otorgar la correspondiente escritura pública, según el primer inciso del artículo 33 de la Ley de Compañías.

No es necesario, pues, que la escritura de convalidación la deben otorgar todos los socios (si por ejemplo en la escritura de constitución se omitió algún requisito de validez), y peor -mucho peor- los originales socios fundadores (lo cual sería un absurdo porque muchos de ellos tal vez ya ni existan). Ni tampoco es necesario que dicha escritura la otorgue el o los representantes legales conjuntamente con aquellos socios.

Pero, si la omisión del requisito respectivo debe necesariamente ser subsanada con la intervención de alguna otra persona además del representante legal, entonces esa otra persona deberá también comparecer.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Y ahora veamos un caso concreto de convalidación que suele ser materia de equivocaciones:

La falta o insuficiencia de poder no se subsana con la ratificación

Cuando en la constitución de una compañía interviene una persona a nombre de otra u otras, con poder insuficiente o extralimitándose en sus funciones, se

produce el incumplimiento de uno o más de los requisitos necesarios para la validez del contrato.

Los casos que frente a tal vicio pueden surgir son evidentemente muy variados. No obstante, en un afán de síntesis, pueden destacarse como los más importantes los siguientes:

1. El caso de la constitución de una compañía anónima en que aparecen suscribiendo acciones apenas las cinco personas que el artículo 159 (actual 147) de la Ley señala como número mínimo de accionistas. En este caso, la insuficiencia del poder da lugar a dos omisiones fundamentales: primera, que no se reúne el número mínimo de accionistas; y, segunda, que no se suscribe la totalidad del capital, violándose así otro de los requisitos del mismo artículo 159 (actual 147).
2. El caso de la constitución de una compañía en que aparecen suscribiendo acciones más de cinco personas y una o más de éstas, -aparte de las cinco que exige la ley como mínimo-, lo hacen por medio de apoderado que comparece con poder insuficiente.

En este caso, se produce una sola omisión, la del capital que no queda íntegramente suscrito; omisión que priva de validez al contrato.
La idea que surge de manera más espontánea para tratar de enmendar el vicio proveniente de la falta o insuficiencia de poder, es la **ratificación.** Quizá esto se deba a que gran parte de la práctica forense, gira sobre la tan conocida fórmula sacramental: "Comparece fulano de tal ofreciendo poder o ratificación de zutano". (Cuando después zutano ratifica la intervención de fulano, ratifica un acto que no adolece de nulidad, sino que, al contrario, se trata de un acto válido, al que lo da por cierto, por conveniente, por verdadero, por provisto de perfección formal y sustancial).

La doctrina más sólida sobre la **ratificación** y con directa aplicación en nuestro Derecho, está magistralmente expresada por el Dr. Víctor Manuel Peñaherrera en

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

el Tomo II de sus "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal" (Edición de Quito, 1925). Veamos qué dice al respecto el connotado Maestro:

"Escriche, dice: Ratificación.- La confirmación o aprobación de lo que hemos dicho o hecho, o de lo que otro ha hecho en nuestro nombre. Puede hacerse la ratificación o bien expresamente con términos positivos, o bien tácitamente con hechos: Non tantum verbis haberi potest, sed etiam actu.- La ratificación tiene efecto retroactivo, de modo que sube o retrotrae al día del acto o contrato: Ratihabitic retrotrahitur ad initium: mas para que así sea, es preciso que el acto o contrato no haya tenido nulidad esencial en su principio, quia quod ab initio non valet expost facto convalescere non potest: dije nulidad esencial o absoluta, pues si solo hubiera habido alguno de aquellos defectos exteriores que dan lugar a la rescisión por la restitución in íntegrum, quedaría cubierto el vicio con la ratificación, y en virtud de ésta tendría el acto o contrato toda la fuerza de que fuese susceptible. La ratificación equivale al mandato; de suerte que cuanto uno da por firme lo que otro hizo en su nombre, vale tanto como si le hubiese mandado que lo hiciera: Ratihabitio manda at to equiparatur; regla 10, título 34, Part. 7 y Cp. 10. de Reg. jur. in 6".

"Esta doctrina es conforme con la que, respecto de los actos extrajudiciales establece nuestro Código Civil, al declarar en los artículos 1673 y 1674 (actuales 1726 (actual 1699) y 1727 (actual 1700)), que los actos absolutamente nulos no pueden sanearse por la ratificación mas si lo pueden los relativamente nulos" (op. cit. pp. 17 y 18).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

A la luz de estos principios, la duda que podría existir en el presente caso respecto de si será posible ratificar para subsanar la escritura de fundación, no puede subsistir. Cualquier aparente confusión queda debidamente destruida.

La intervención de un apoderado que debe ser tachada como extralimitación de poder, y, a la vez, y por rara paradoja jurídica, como insuficiencia de poder, desemboca en la falta de un requisito de validez, cual es el de que el capital de la sociedad no ha sido suscrito íntegramente. Tal hecho, finalmente, se traduce en

una nulidad de carácter absoluto, la que, de acuerdo con la Ley, no puede sanearse por ratificación, por fácil que este procedimiento aparezca.

No pudiendo ratificarse lo que inicialmente estuvo viciado de nulidad que normalmente solo se subsana por prescripción extraordinaria, queda, tan sólo, el expediente de la convalidación al tenor del régimen excepcional establecido en la Ley de Compañías.

Pero, si además de la omisión relativa a la suscripción del capital se da la de no cumplirse el mínimo legal de socios, como en el caso señalado en el número 1, entonces no podría procederse a la convalidación por virtud de la expresa prohibición contenida en el literal d) del artículo innumerado que le sigue al 34 de la Ley de Compañías.

Y para terminar, una respuesta concreta a esta última pregunta:

¿Cuál es el trámite que debe darse a la escritura de convalidación?

La respuesta está dada por los dos incisos del artículo 33, que en resumen dicen:

"El establecimiento de sucursal... la transformación... convalidación... se sujetarán a las solemnidades establecidas por la ley para la fundación de la compañía según su especie".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

"La oposición de terceros a la inscripción de la... convalidación de la compañía, se sujetará al trámite previsto en los artículos 86 (actual 87), 87 (actual 88), 88 (actual 89) y 89 (actual 90)".

De lo cual se extraen las siguientes conclusiones:

1. La escritura de convalidación debe ser aprobada por el juez de lo civil o por la Superintendencia de Compañías según la especie de sociedad de que se trate; y,

2. El trámite que debe seguirse con dicha escritura es doble: uno previo, que es el que indica el segundo inciso del artículo 33, con sus publicaciones y sus términos; y, el otro, el común a todas las constituciones de compañías según se especie, de conformidad con el primer inciso del mismo artículo 33.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 55

INTEGRACIÓN O PAGO DEL CAPITAL SOCIAL CON CRÉDITOS.

Base legal:
LCom: ***Arts. 10 Inc. 6; 105; 173; 174//*****CCo:** ***Art. 204***

Los "créditos" a que se refiere el sexto inciso del artículo 10 de la Ley de Compañías son los que se entienden por tales en sentido restringido, es decir, los de carácter monetario, y, más aún, los que teniendo tal carácter se hallaren materializados en algún instrumento especial como las letras de cambio y los pagarés a la orden.

Por otro lado, legalmente no puede admitirse como integración de capital la entrega de letras de cambio o pagarés a la orden aceptadas o suscritos por los mismos socios, ni aún a pretexto de que dichos documentos deban ser "descontados" en algún Banco.

Desde su creación, la Ley de Compañías admitió que los capitales sociales de las compañías de responsabilidad limitada y de las compañías anónimas fueran integrados con "créditos" tal como se estableció en los originales artículos 91 y 155 de la misma (que luego pasaron a ser los artículos 100 y 167 y 108 y 175 en las sucesivas codificaciones, respectivamente).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Después, con la reforma del artículo 10 de la Ley de Compañías que trajo consigo el artículo l del Decreto 3135-A del 4 de enero de 1979, publicaba en el Registro Oficial 761 del 29 de los mismos mes y año, y con la consiguiente supresión de los artículos 108 y 175 anteriormente citados, que también trajo consigo dicho Decreto, la Ley de Compañías sólo admite el aporte de "créditos" en tanto en cuanto se cubra en "numerario" el porcentaje mínimo que debe pagarse para la constitución de la compañía según su especie, es decir, el cincuenta por ciento sí se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, o el veinticinco por ciento si

se trata de una anónima, de una en comandita por acciones o de una de economía mixta, con las provisiones de que el "crédito" pertinente no puede tener un plazo de exigibilidad mayor de doce meses y que el aporte del mismo sólo se puede considerar cumplido desde el momento que sea pagado; lo cual hace necesario deducir que el pago del porcentaje mínimo en "numerario" que ha de efectuarse para cumplir la anotada exigencia del artículo 10 (inciso sexto) debe hacerlo el mismo aportante, del "crédito", pues las participaciones o acciones que hubiere suscrito deberán estar pagadas en un cincuenta o en un veinticinco por ciento, respectivamente, al momento de la constitución correspondiente (o del aumento de capital).

Antes de proseguir, en este punto parece conveniente formular la siguiente aclaración: es indudable que los "créditos" a que se refiere el artículo 10 de la Ley de Compañías son los que se entienden por tales en sentido restringido, es decir, los de carácter monetario, y, más aún, los que teniendo tal carácter se hallaren materializados en algún instrumento especial, de aquéllos que se conocen como "documentos de crédito", para usar las mismas palabras que emplea el referido inciso sexto del artículo 10, tales como los pagarés a la orden, las letras de cambio, las facturas, etcétera. Y ello lo confirma la alusión que el citado inciso sexto del referido artículo 10 hace a la "entrega", "cesión" y "endoso" de los "documentos de crédito" que él menciona; lo cual necesariamente se vincula con las mecánicas de los traspasos de los créditos documentados que establece el artículo 204 del Código de Comercio. Por consiguiente, el sexto inciso del artículo 10 de la Ley de Compañías no se refiere a todos los "derechos personales o crediticios que se comprenden en la definición que ofrece el artículo 615 (actual 596) del Código Civil.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Hecha esta aclaración, prosigamos:

Cuando el sexto inciso del artículo 10 de la Ley de Compañías alude a las aportaciones de "créditos", se refiere a los que representan obligaciones monetarias y documentadas, con plazos no mayores de doce meses, contraídas por terceras personas -con orígenes extraños a la constitución o al aumento de

capital de que se trate en beneficio del suscriptor de las participaciones o de las acciones que serán pagadas parcialmente con tales créditos. Por consiguiente, los "créditos" del citado artículo 10 deben hallarse -como "activos"- en el patrimonio del socio que los va a aportar y transferir.

Además, es necesario:

a) Que el crédito a aportarse corresponda al género del negocio de la compañía (artículo 173 (actual 161) de la Ley de Compañías); y,
b) Que sea justipreciado según los artículos 105 (actual 104) y 174 (actual 162) de la Ley de Compañías.

Ahora bien, no obstante el aporte y la consiguiente transferencia, el suscriptor que entrega el crédito en pago parcial de sus acciones queda responsable para con la compañía no sólo por la existencia real del crédito sino por el pago del mismo, y por ende de la solvencia actual y futura del deudor; produciéndose con ello una evidente excepción al principio general que consigna el artículo 1875 (actual 1848) del Código Civil.

Por consiguiente, todo lo antedicho descarta la posibilidad de aportar "deudas propias"; pues el hecho de entregar a la compañía documentos de crédito en los cuales el deudor es el mismo suscriptor, no puede tener la virtud de extinguir ni parcialmente las obligaciones provenientes de la suscripción de acciones o participaciones, ni puede por tanto servir como pago parcial de las mismas.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

El suscriptor no podría, pues, al amparo del inciso sexto del artículo 10 de la Ley de Compañías, para pagar el cincuenta o el setenta y cinco por ciento de las participaciones o acciones que ha suscrito, aportar y entregar a la compañía letras de cambio aceptadas por él a la orden de la misma, a fin de que con el correspondiente pago en numerario y con el aporte de dichas letras sus referidas participaciones o acciones se tengan por totalmente "liberadas".

Ni aún como novación podría aceptarse semejante aportación, porque la Ley no acepta que como aporte pueden entregarse, para integrar el capital social, documentos que consten créditos personales creados exprofeso a este efecto y de los cuales es deudor el mismo suscriptor. Mal podría admitirse esto desde que los aportes deben consistir en bienes, corporales o incorporales, pertenecientes al socio, pero en ningún caso podría permitirse que el aporte consista en un pasivo o deuda de aquel. De todo lo cual se sigue también que al recibir la compañía documentos a cargo de los propios socios en nada se incrementaría su patrimonio, puesto que tales documentos no representarían otra cosa que las mismas obligaciones ya contraídas por los socios en razón de la suscripción de las participaciones o las acciones. Y si tales documentos son suministrados por el suscriptor a la compañía bajo el entendimiento de que pueden ser "descontados", al efectuarse esta operación, así como ingresan a las cuentas de disponibilidades de la compañía los valores provenientes del descuento, así también queda ésta, como contrapartida, obligada hacia el banco que ha otorgado el "descuento" en razón de la responsabilidad inmediata y solidaria que recae sobre el descontante. Por lo mismo, ni siquiera en estos casos podría admitirse que la compañía ha recibido un verdadero incremento patrimonial como debe acontecer cuando hay una real integración de capital.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 56

INTEGRACIÓN O PAGO DE UN AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL CON APORTES DE MATERIAS PRIMAS Y PRODUCTOS SEMIELABORADOS BAJO LAS APARIENCIAS DE CRÉDITOS.

Base legal:

LCom: ***Arts. 103; 105; 143 Num. 2; 173; 174; 196//*****CC:** ***Art. 1725***

No puede admitirse que un aumento de capital se realice por compensación de créditos cuando en realidad se hace o se debe hacer por aportes en especie, las mismas que deben ser evaluadas de conformidad con la Ley.

Si la Junta General de Socios o accionistas, que ha acordado el aumento de capital decide aceptar que la forma de pago de las nuevas participaciones o acciones suscritas por determinados socios o accionistas se haga "con notas de crédito que la compañía emitirá en favor de dichos suscriptores, por despachos confirmados de materias primas y partes semielaboradas que ellos deban hacer a favor de la compañía", lo que en realidad se decide es que el aporte al que están obligados dichos suscriptores se cumpla precisamente con las materias primas y partes semielaboradas cuyos despachos se confirman; siempre que no se trate -claro está- de despachos que deban hacerse en cumplimiento de compraventas previamente celebradas entre los suscriptores y la compañía, pues en tales casos las entregas pertinentes tendrían un título traslaticio propio totalmente ajeno a la aportación de que se trate.

El hecho de que la Junta General acuerde emitir a favor de los suscriptores "notas de crédito" por estos despachos, en nada modifica la naturaleza del aporte; ni transforma a los suscriptores en acreedores, pues ellos son deudores por el valor de las participaciones o acciones suscritas cuyo pago se acepta en definitiva

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

que se realice mediante la entrega de materias primas y partes semielaboradas. Amen de que la confirmación de los despachos referidos, con su aceptación, tampoco los convertiría (a dichos suscriptores) en acreedores de la sociedad sino precisamente en todo lo contrario: en deudores de la obligación de entregar lo que se comprometieron a "despachar".

De aquí se sigue que, en el caso que se considera, no puede admitirse que el aumento de capital se realice por "compensación de créditos" (artículos 143 (actual 140) numeral 3, y 196 (actual 183) numeral 2). Este modo, que autoriza la ley para aumentar el capital, supone necesariamente la preexistencia de créditos a favor de los suscriptores y a cargo de la compañía; pero mal puede considerarse que la decisión de la Junta General de emitir "notas de crédito" por haberse confirmado el despacho de las especies en que consiste el aporte de los suscriptores de nuevas participaciones o acciones, pueda constituir a éstos en acreedores de la compañía y a ésta en deudora de aquellos.

Si el aporte en definitiva no consiste en numerario sino en especies, y supuesto que éstas corresponden al género de comercio de la compañía, como lo exigen los artículos 103 (actual 102) y 173 (actual 161), debe cumplirse con la prescripción de los artículos 143 (actual 140) numeral 2, y 196 (actual 183) numeral 1. Por consiguiente, el valor de esas especies debe ser apreciado de conformidad con estas dos disposiciones últimamente citadas, como solemnidad exigida por la ley en consideración a la naturaleza del acto, cuya omisión acarrea la nulidad absoluta del mismo, conforme lo dispone el artículo 1725 (actual 1698) del Código Civil.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Además, sólo en la medida y valor en que las especies sean entregadas a la compañía, se ha de considerar que se ha pagado efectivamente el correspondiente aumento del capital.

DOCTRINA 57

EL ADMINISTRADOR DE UNA COMPAÑÍA ANÓNIMA O DE RESPONSABILIDAD LIMITADA SÍ PUEDE INTERVENIR POR SUS PROPIOS DERECHOS, COMO SOCIO, EN LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD EN LA QUE TAMBIÉN INTERVIENE COMO SOCIA LA COMPAÑÍA QUE ADMINISTRA. COSA SIMILAR SE APLICA CON RESPECTO A LOS COMISARIOS.

Base legal:

LCom: ***Arts. 1, 132 Inc. 2; 140 Num. 8; 162 Num. 8; 303 Inc. 2; 313 y 318 Inc. 2***

1. La celebración del contrato de sociedad entre los administradores (representantes legales o no) de las compañías anónimas o de responsabilidad limitada y esas mismas compañías, no está incluida en las prohibiciones constantes en los artículos 100 (actual 99), 101 (actual 100), 102 (actual 101) y 157 (actual 145) de la Ley de esta materia.

2. Las disposiciones constantes en los incisos segundos de los artículos 132 (actual 130) y 303 (actual 261) de la Ley, que prohíben a los administradores de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, para contratar o negociar por cuenta propia, directa o indirectamente, con las compañías que administran, es un impedimento de autocontratación que tiene otras connotaciones.

Bien dice el artículo 18 del Código Civil, en su regla 1a.: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede para interpretar una expresión oscura de la ley (como es el caso de texto del artículo 303 (actual 261) de la Ley de Compañías), recurrir a su

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

intención o espíritu claramente manifestado en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento".

En efecto, la disposición del artículo 303 (actual 261) constituye una prohibición lógica y ética de las facultades administrativas. La incompatibilidad entre el abuso del ejercicio del poder y de la finalidad para la cual el poder fue concedido, constituye el fundamento de la prohibición legal de contratar con la propia sociedad que se impone a los administradores desde las antiguas leyes hasta las modernas.

Cuando el administrador interviene, directa o indirectamente, en contratos en que la sociedad tiene un **interés opuesto** al de aquél, se produce un conflicto en el que la sociedad corre el inminente riesgo de que su administrador representante sacrifique los intereses sociales en beneficio de su interés particular.

El contrato ha sido tradicionalmente considerado como acto típico en el que se requiere la concurrencia de por lo menos dos voluntades, con la capacidad necesaria para realizarlo. Sin embargo de esto, en la doctrina moderna, la teoría del autocontrato, en virtud de la cual una persona puede contratar consigo misma, bien porque represente dos patrimonios distintos, bien porque actúe a la vez por sí y en nombre de otro, va ganando amplio respaldo entre los tratadistas.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En consecuencia, la autocontratación como secuela lógica y extrema de la teoría de la representación, no está prohibida por la ley para el contrato de sociedad; por tanto, se la permite en virtud del principio de derecho universal y constitucional sobre libertad de contratación.

En efecto, el representante que contrata consigo mismo, actúa en realidad, por dos personalidades jurídicas inconfundibles: la de la representada y la de titular de un derecho propio.

Planiol y Ripert, en su obra "Tratado Elemental de Derecho Civil", página 90 y Arturo Alessandri en su tratado sobre "Teoría General de los Contratos", página 29, son coincidentes en afirmar que el acto jurídico consigo mismo sólo es inadmisible en dos casos: a) si la ley lo prohíbe; y, b) si suscita un conflicto de intereses. Cuando se suscita un conflicto de intereses, debe estimarse que el acto es inadmisible, aunque "no exista un texto expreso que lo prohíba", pues los casos prohibidos se basan precisamente en esta circunstancia.

Nuestra legislación, al igual que otras legislaciones (particularmente la italiana), admite casos de autocontratación con ciertos requisitos, como los que se señalan en los artículos 2075 (actual 2048) y 2076 (actual 2049) del Código Civil, esto es, que excluyan la posibilidad de un conflicto de intereses, a fin de evitar que el representante sacrifique, en beneficio propio, el interés del representado. Por eso, para Messino (Citado por Cabanellas, en su obra Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, página 956): "Cabe el contrato consigo mismo cuando no se puede producir el precitado conflicto de intereses, cosa que sucede, por ejemplo, cuando el dependiente de un negocio se vende a sí mismo una cosa de su principal, cuyo precio estuviere prefijado; o cuando aun habiendo conflicto de intereses, el representado haya autorizado expresamente la conclusión del convenio".

En definitiva y tal como expresa Avelino León Hurtado, en su obra "La Voluntad y Capacidad de los Actos Jurídicos", "el autocontrato del representante de una persona jurídica es válido en general, pues la ley no lo prohíbe. Además, los estatutos o la escritura social, según se trate de corporaciones y fundaciones o de sociedades, pueden prohibir a sus representantes el acto jurídico consigo mismo". De no haber esta prohibición, el autocontrato o autocontratación son perfectamente viables.

Lo expresado aquí, se aplica también a los comisarios a fin de evitar dudas respecto al alcance de la disposición contenida en el inciso final del artículo 318 (actual 276) de la Ley de Compañías.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

3. En el contrato de sociedad, no existe el conflicto de intereses sino todo lo contrario, un interés común en función del objetivo de esta clase de entes jurídicos, cual es el buscar el lucro en beneficio de todos y a prorrata de su aporte económico.

Más aún, si la sociedad es de tipo personalista (la limitada participa de esta calidad), existe como denominador común de los participantes, el "intuito personae", esto es, que la voluntad de contratar y formar una sociedad se basa en las cualidades personales de los futuros asociados, lo que obviamente, rechaza cualquier intento de conflicto de intereses.

4. Tratadistas nacionales, sobre el tema opinan lo siguiente: Nicolás Cassis Uscocovich, en su obra Comentarios al Articulado de la Ley de Compañías del Ecuador, página 207, expresa: "La contratación es directa cuando el administrador o un testaferro suyo aparece como contratante en nombre propio en el mismo contrato en que intervenga el administrador, como en un contrato de préstamo, por ejemplo; es indirecta cuando el administrador no asume el papel de parte contratante en su propio nombre, sino que el contrato se cierra, por ejemplo, con una sociedad administrada o dominada en cualquier forma por el administrador, o se concluye con un acreedor suyo, o con cualquier persona cuyos intereses estén estrechamente vinculados a los del administrador".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Ricardo Noboa Bejarano en el artículo intitulado "La auto contratación en la Ley de Compañías" publicado en la revista "Estudios Jurídicos" de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, en la página 167 dice: "La Intendencia de Compañías ha venido sostenido que no pueden intervenir en un contrato de sociedad una persona natural por sus propios de derechos y además por los que representa de la sociedad que administra, por cuanto las leyes prohíben al administrador "contratar" con la compañía que administra, y, en este caso, entre el administrador y la compañía se estaría celebrando un contrato de sociedad. Estos son los errores a los que conduce la cicatera redacción del inciso analizado. Si bien es cierto que el artículo 303 (actual 261) es taxativo y no establece excepciones, no es menos cierto que no se

debe aplicarlo a la constitución de compañías, las cuales entrañan un contrato de ORGANIZACION que no comporta intereses contrapuestos entre sus asociados, sino más bien comunes ya que resulta inadmisible presumir que dos personas se asocian para causarse daño mutuamente".

Roberto Salgado Valdez, en su libro "Obligaciones y Responsabilidades de los Administradores de Compañías", página 164 expresa: "La norma (del artículo 303 (actual 261) de la Ley de Compañías) debe comprenderse en el sentido de que exista conflicto de intereses como, por ejemplo, en compraventas entre el administrador y la compañía, ya sea que actúen las partes como compradores o vendedores, y ya lo haga el administrador, directa o indirectamente, aunque siempre a cuenta propia. Obviamente, en el caso de litigio, esta circunstancia debe ser probada por quien las afirme".

Los diccionarios jurídicos entre sus varias acepciones de lo que es el "conflicto de intereses", son unánimes en afirmar que es la oposición profunda por cuestiones de dinero, bienes o negocios. Así, el Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot, dice:

"**CONFLICTO**: En general, oposición y choque de intereses entre distintos sujetos de derecho. Pueden ser personas físicas o jurídicas, de derecho público o de derecho privado.

Deriva del latín conflictus, y a su vez de confligere: chocar, golpearse entre sí".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas, señala:

"**CONFLICTO DE INTERESES**: Entre particulares, oposición profunda por cuestiones de dinero, bienes o negocios. Entre países, pugna por territorios, mercados y otros asuntos económicos.

La competencia en lo mercantil, las huelgas por salarios en lo laboral, las rencillas entre conherederos (incluso padres e hijos o hermanos) con motivo de participaciones sucesorias, la generalidad de los pleitos civiles, el móvil de no

escasos crímenes y la causa de bastantes guerras se halla precisamente en los conflictos de intereses".

5. El **bien jurídico** protegido por la ley al establecer la prohibición que analizamos, es evitar que a través del abuso del poder de un administrador, el patrimonio de una determinada compañía sufra menoscabo en perjuicio directo de sus socios y de terceros tomando en cuenta que el patrimonio de las personas constituye la ulterior garantía de todos los acreedores.

CONCLUSIÓN.- El otorgamiento de un contrato de sociedad con la participación de un administrador (presidente, gerente, director, etc.) de una compañía anónima o de responsabilidad limitada, en calidad de tal y por sus propios derechos, no genera ningún conflicto de intereses siendo una autocontratación admitida por la ley, además de que, la nueva sociedad una vez establecida e inscrita en el Registro Mercantil, constituye una persona jurídica distinta de sus socios y capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, para lo cual contará con su propio esquema de administración y su representante legal, a través del cual actuará y realizará todas sus actividades.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 58

CAPACIDAD QUE EXIGE LA LEY PARA LOS ADMINISTRADORES Y COMISARIOS DE LAS COMPAÑÍAS ANÓNIMAS Y DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

Base legal:

LCom: ***Arts. 220 Num 5; 300 Inc. 2; 317 Num. 1//*** **CCo:** ***Art. 7//*** **CP:** ***Art. 266***

> **Las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos no pueden integrar los órganos de administración de las compañías ni ser comisarios de las mismas. Tampoco lo pueden los gobernadores, los ministros de Estado y los demás funcionarios determinados en el artículo 266 del Código Penal.**

El artículo 220 (actual 207) de la Ley de Compañías, dice: "Son derechos fundamentales del accionista, de los cuales no se le puede privar: ... 5. Integrar los órganos de administración o fiscalización de la compañía si fueren elegidos en la forma prescrita en la ley y los estatutos".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

El artículo 300 (actual 258), inciso segundo, de la misma Ley, dice: "Para desempeñar el cargo de administrador precisa tener la capacidad necesaria para el ejercicio del comercio y no estar comprendido en las prohibiciones e incompatibilidades que el Código de Comercio establece para ello".

El artículo 7 del Código de Comercio, dice: "Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, no pueden comerciar: 1. las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos...".

El artículo 220 (actual 207) numeral 5, de la Ley de Compañías, consagra, como se ve, el derecho de los accionistas para integrar los órganos de administración de la compañía anónima. Pero este derecho supone en el sujeto la capacidad de ejercerlo. Un impúber o un demente, por ejemplo, obviamente no pueden integrar los órganos de administración de la compañía.

El artículo citado reconoce así, en forma general, el derecho de los accionistas, porque la regla es la capacidad y la excepción la incapacidad. Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la Ley declara incapaces", dice el artículo 1489 (actual 1462) del Código Civil. Este artículo es similar al artículo 1123 del Código Civil francés, que dice: "Toda persona puede contratar, si no ha sido declara incapaz por la Ley". Esta regla, dice Planiol, formulada a propósito de los contratos, es general y es aplicable a todos los actos jurídicos. Y añade: "La disposición del artículo 1123 no hace más que consagrar la situación normal de los seres humanos, en un estado de civilización en que todo hombre goza de la personalidad y, en principio, de la igualdad civil". (Planiol y Ripert Tratado Práctico de Derecho Civil.- Tomo VI, p. 103).

En el Código Civil ecuatoriano encontramos luego que el artículo 1490 (actual 1463) señala quiénes son absoluta y quiénes relativamente incapaces, y termina así: "Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la Ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos".

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

O sea que hay varias clases de incapacidades. Unas son reales como en el caso del menor y del demente; otras, como dice Planiol (Obra citada, Tomo I, p. 270), son: "a veces la obra arbitraria de la ley, por ejemplo, los que sufren interdicción, los pródigos, las mujeres casadas. Estas incapacidades tienen causas puramente jurídicas: el matrimonio o una sentencia". Y por último "hay otras incapacidades particulares que consisten en la prohibición que la Ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos".

Veamos si las corporaciones eclesiásticas los religiosos y los clérigos están comprendidos en alguna de estas incapacidades respecto de la integración de los órganos de administración de la compañía.

El inciso segundo del artículo 300 (actual 258) de la Ley de Compañías exige, para desempeñar el cargo de administrador de una compañía anónima, la capacidad necesaria para el ejercicio del comercio y no estar comprendido en las prohibiciones e incompatibilidades que el Código de Comercio establece para ello. Y el artículo 7 del Código de Comercio pone, en primer término, entre los que no pueden comerciar, a las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos. Estos y aquellas están, pues, prohibidos de comerciar, no pueden ejecutar actos de comercio. Y si para desempeñar el cargo de administrador de una compañía anónima se precisa la facultad de comerciar, la conclusión no puede ser más terminante e irremediable: las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos no pueden integrar los órganos de administración de las compañías anónimas, porque están comprendidos dentro de aquellas incapacidades particulares "que consisten en la prohibición (de comerciar en este caso) que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos", como expresamente lo dice el artículo 1490 (actual 1463) del Código Civil.

Y eso no quiere decir, ni mucho menos, que en las compañías en que sean accionistas corporaciones eclesiásticas, religiosas o clérigos se produzca un discrimen ilegal, es decir, dos tipos de accionistas una misma clase: unos con el derecho que concede el numeral 5 del artículo 220 (actual 207) de la Ley de Compañías y otros sin él. Si aceptaremos la existencia de tal discrimen no podríamos concebir una compañía anónima en que sea accionista (después de su constitución) un demente o un impúber; cuestión que es perfectamente posible y completamente legal.

El numeral 5 del artículo 220 (actual 207) de la Ley de Compañías es la norma general y el inciso segundo del artículo 300 (actual 258) de la misma es una excepción a la regla general; no es posible aceptar que la norma general pueda ser una excepción a la excepción.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Pero lo expresado hasta aquí no significa que las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos no puedan actualmente intervenir en la constitución de una compañía anónima.

Sobre este particular es preciso tener en cuenta que, en la actualidad, luego de la reforma del original artículo 139 (actual 136) de la Ley de Compañías que trajo consigo el Decreto Supremo 199 del 8 de febrero de 1971, publicado en el Registro Oficial del 10 de los mismos mes y año, el actual artículo 157 (actual 145) de la citada Ley prescribe que: "Para intervenir en la constitución de una compañía anónima, en calidad de promotor o fundador, se requiere de capacidad civil para contratar". Y teniendo los religiosos capacidad civil para contratar, la conclusión es que no les está prohibido constituir una compañía anónima.

Lo cual no ocurre con la constitución de las compañías de responsabilidad limitada, porque el artículo 102 (actual 101) de la Ley de Compañías establece que las personas comprendidas en el ya citado artículo 7 del Código de Comercio no pueden asociarse a esa clase de compañías.

Por consiguiente, las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos no pueden intervenir en la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por esto último y por la analogía que se dispone en el artículo innumerado mandado a agregar a continuación del artículo 154 (actual 141) de la Ley de Compañías por el artículo 18 del Decreto 3135-A, publicado en el Registro Oficial del 29 de enero de 1979, también es aplicable a los administradores de las compañías de responsabilidad limitada lo dicho anteriormente para los de las compañías anónimas: no pueden serlo las corporaciones eclesiásticas, los religiosos ni los clérigos.

Y tampoco pueden ser administradores de ambos tipos de compañías las demás personas mencionadas en el artículo 7 del Código de Comercio, es decir, los

funcionarios públicos señalados en el artículo 266 (antes 242) del Código Penal (jueces del crimen, administradores y demás empleados de aduana y del resguardo, presidente, ministros, gobernadores, etc.) y los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación.

Para terminar, vale decir que es verdad que la disposición del artículo 7 del Código de Comercio relativa a los religiosos y los clérigos, es anacrónico y hasta podría decirse que debió ser derogada al haberse derogado la asimismo anacrónica institución de la "muerte civil" de los religiosos y los clérigos. Lamentablemente no existió tal derogación.

El Código de Comercio fue codificado por la Comisión Legislativa en el año de 1960 y tiene toda la obligatoriedad legal. Respecto del anacronismo de la disposición constante en el numeral primero del artículo 7 del Código de Comercio, cabe anotar que una prescripción similar existe en el Derecho Canónico, cuyo artículo 142 dice: "Se prohíbe a los clérigos ejercer la negociación o el comercio por sí o por otros, sea para utilidad propia o ajena".

Por todo lo antedicho, la conclusión a que se llega es que las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos no pueden integrar los órganos, de administración de las compañías anónimas o de responsabilidad limitada.

Lo cual, por otra parte, también ocurre respecto de los comisarios de conformidad con el numeral 1 del artículo 317 (actual 275) de la Ley de Compañías, por las mismas consideraciones que anteceden.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 60

CALIFICACIONES, INSCRIPCIÓN, FIJACIÓN Y PUBLICACIÓN DE PODERES CONFERIDOS A FAVOR DE MANDATARIOS DE COMPAÑÍAS EXTRANJERAS

Base legal:

LCom: ***Arts. 6; 424; 428 //*** **CCo:** ***Arts. 30 Num. 8; 33; 120 //*** **LReg:** ***Art. 32***

La Superintendencia de Compañías es competente para conocer de las solicitudes de calificación, inscripción, fijación y publicación de poderes conferidos a favor de mandatarios de Compañías extranjeras que vinieren a operar o que ya operaren en el Ecuador.

Antes de principiar con el tema de esta Doctrina parece que sería conveniente recordar, tal como se estableció en las doctrinas 47 y 48, que las compañías extranjeras obligadas a establecerse -a "domiciliarse"- en el Ecuador son las que vinieren a operar "habitualmente" en el país y las que estuvieren en cualquiera de los tres casos señalados en el segundo inciso del artículo 6 de la Ley de Compañías, a más de las que señala el artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Hecha esta recordación, principiemos:

Antiguamente, los poderes otorgados en el exterior por compañías extranjeras que iban a operar o que se ya se encontraban operando habitualmente en el Ecuador, se inscribían, fijaban y publicaban de conformidad con los artículos 30 numeral 8, 33, 120 y 270 del Código de Comercio (edición de 1960), previa la correspondiente providencia judicial que hubiere calificado la "legalidad de la forma" y la "autenticidad" del documento respectivo, según el entonces artículo

41 de la Ley de Registro e Inscripciones de 1960, que decía: "Los instrumentos otorgados en naciones extranjeras no se podrán inscribir (en el Registro Mercantil, se entiende) sin previa providencia judicial que califique la legalidad de su forma y autenticidad".

Por esto último el trámite pertinente, para la antedicha calificación para la inscripción y fijación correspondientes en el respectivo Registro Mercantil y para la consiguiente publicación por la prensa, se seguía entonces ante un juez provincial, a niveles de "jurisdicción voluntaria".

Más adelante, con el advenimiento de la Ley de Compañías en 1964, las cosas se mantuvieron más o menos igual: el artículo 270 del Código de Comercio pasó a ser el artículo 5 de la nueva Ley (hoy artículo 6) y el numeral 3 del artículo 349 (hoy 415) de la misma empezó a reglamentar mejor la cuestión de los poderes de las compañías extranjeras.

Posteriormente, en virtud de la reforma a la Ley de Compañías realizada mediante el Decreto Supremo 766 del 8 de marzo de 1965, publicado en el Registro Oficial 845 del 23 del siguiente mes, la Superintendencia de compañías anónimas (así se llamaba entonces) pasó a ser competente para conocer y resolver las solicitudes de inscripción y fijación en el Registro Mercantil y de publicación por la prensa de los poderes anteriormente referidos, si es que provenían de compañías anónimas o en comandita por acciones extranjeras. Mientras que las solicitudes relativas a poderes de las otras especies de compañías y la "calificación" sobre la "legalidad en su forma" y sobre la "autenticidad" de todos esos poderes (si eran otorgados en el extranjero) continuaba siendo competencia de los jueces provinciales.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Y ello porque mientras el citado artículo 41 de la Ley de Registro e Inscripciones de entonces continuaba inalterado, el inciso final del entonces artículo 349 (actual 415) de la Ley de Compañías pasó a decir: "Para justificar estos requisitos (señalados en los cuatro numerales de aquel artículo) se presentará a la Superintendencia de compañías anónimas, si se tratare de una compañía anónima o en comandita por acciones, o al juez provincial, si se tratare de otra

especie de compañía, los documentos justificativos y estatutos de la compañía, un certificado expedido por el Cónsul del Ecuador, de estar constituida y autorizada en el país de su domicilio y tener facultad para negociar en el exterior. Deberá también presentar el poder otorgado al representante y una certificación en la que conste la resolución de la compañía de operar en el Ecuador y el capital asignado para el efecto".

Años después, con la segunda gran reforma a la Ley de Compañías que contrajo consigo el Decreto Supremo 199 del 8 de febrero de 1971, publicado en el Registro Oficial del 10 de los mismos mes y año, las cosas cambiaron notablemente: se mejoró el texto del entonces artículo 349 (hoy 424) (actual 415) de la Ley de Compañías; todas las compañías extranjeras establecidas en el Ecuador, de cualquier especie que fueren, quedaron sujetas al control de la Superintendencia de Compañías (tal como se aprecia actualmente en el literal b) del artículo 440 (actual 430) de la vigente Ley de Compañías); en concordancia con lo antedicho, se suprimió del inciso final de entonces artículo 349 (hoy inciso final del artículo 424) (actual 415) la mención que se hacía al "juez provincial", con lo que la Superintendencia de Compañías pasó a ser el único organismo competente para conocer las solicitudes relacionadas con la "domiciliación" de compañías extranjeras de toda especie (salvo el caso de los bancos extranjeros, naturalmente); y, se agregó al entonces artículo 352 de la Ley de Compañías (luego artículo 363 y hoy artículo 428) (actual 419) un inciso que aún dice lo siguiente:

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

"La Superintendencia calificará para los efectos en el Ecuador, los poderes otorgados por las compañías (extranjeras), a los que se refiere el artículo 424 (actual 415), y, luego, ordenará su inscripción y publicación".

Con todo esto -y en especial con el inciso que se acabó de transcribir- se disipó toda duda que hasta entonces podía haber existido con respecto a la competencia de la Superintendencia de Compañías para conocer de las solicitudes de inscripción, fijación y publicación de los poderes tantas veces referidos, de las

compañías anónimas y en comandita por acciones al principio y de todas las demás después.

Y no sólo que se aclaró toda duda al respecto, sino que se creó una nueva figura jurídica muy particular: la "calificación" de los poderes referidos, sin importar el lugar de su otorgamiento, por parte de la Superintendencia de Compañías, para establecer la suficiencia de los mismos en los términos de la ley, y, concretamente, en los términos del primer inciso del artículo 6 y del numeral 3 del artículo 424 (actual 415) de la Ley de Compañías.

Con respecto a la antedicha "calificación" que debe hacer la Superintendencia de Compañías según lo acabado de expresar, es bueno advertir que la misma no debe confundirse con la "calificación" sobre la "legalidad en la forma" y sobre la "autenticidad" de los poderes otorgados en el exterior, que correspondía hacer a los JUECES PROVINCIALES según el artículo 41 de la Ley de Registro e Inscripciones de 1960 y que aún les corresponde hacer de conformidad con el actual artículo 32 de la nueva Ley de Registro.

Es por esto último que cuando se presenta a la Superintendencia de Compañías la correspondiente solicitud para la calificación por parte de ella, la inscripción, la fijación y la publicación de poderes otorgados por compañías extranjeras -en el exterior- a favor de sus mandatarios en el Ecuador, resulta harto recomendable que el instrumento en que conste el poder correspondiente ya lleve consigo la respectiva "calificación judicial" referida anteriormente.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 63

DERECHO DEL O LOS SOCIOS O ACCIONISTAS QUE REPRESENTEN UN PORCENTAJE MÍNIMO DEL CAPITAL SOCIAL, PARA SOLICITAR LA CONVOCATORIA A JUNTA GENERAL

Base legal:

LCom: ***Arts. 120; 213***

"Art. 122.- (actual 120).- El o los socios que representen por lo menos el diez por ciento del capital social (de la compañía de responsabilidad limitada) podrá ejercer ante el Superintendente de Compañías el derecho concedido en el artículo 226 (actual 213). Si el contrato social estableciese un consejo de vigilancia, éste podrá convocar a reuniones de Junta General en ausencia o por omisión del gerente o administrador, y en caso de urgencia".

"Art. 226 (actual 213).- El o los accionistas que representen, por lo menos, el veinte y cinco por ciento del capital social (de la compañía anónima) podrán pedir, por escrito, en cualquier tiempo, al administrador o a los organismos directivos de la compañía, la convocatoria a una Junta General de Accionistas para tratar de los asuntos que indiquen en su petición.

Si el administrador o el organismo directivo rehusare hacer la convocatoria o no la hiciere dentro del plazo de quince días, contados desde el recibo de la petición, podrán recurrir al Superintendente de Compañías, solicitando dicha convocatoria".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Los Estatutos Sociales no pueden modificar, ni en más ni en menos, los porcentajes legales establecidos en los artículos 122 (actual 120) y 226 (actual 213) de la Ley de Compañías.

1. Los artículos 122 (actual 120) y 226 (actual 213) de la Ley de Compañías, consagran este derecho en favor de aquel o aquellos socios o accionistas que representen, por lo menos, la décima parte o la cuarta parte del capital social, según se trate de compañías de responsabilidad limitada o anónimas, respectivamente. Este derecho puede ejercerse en cualquier tiempo y, para ello, basta con que el o los socios o accionistas dirijan una solicitud en este sentido, al administrador que estuviera autorizado para convocar según los estatutos o al organismo directivo de la compañía.

2. La Junta General que se reúna en esta forma, tiene competencia para tratar sobre todos los asuntos que el o los socios o accionistas solicitantes de la convocatoria hubieren hecho constar en su petición, siempre que, claro está, en la convocatoria respectiva se hubieren señalado tales asuntos como del orden del día.

La ley consagra, además, en favor de estos mismos socios o accionistas, el derecho de recurrir al Superintendente de Compañías, en el evento de que su petición no fuese atendida favorablemente en un plazo de quince días, contados desde el recibo de la solicitud.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

3. Este derecho se halla establecido en beneficio de quien o quienes representen, matemáticamente, por lo menos, el diez y el veinticinco por ciento del capital social, según la especie de compañía; y, por lo mismo, si en los estatutos de una compañía anónima se dijera, por ejemplo, que gozan de esta facultad el o los accionistas que representan "más de la cuarta parte" o "más del veinticinco por ciento" del capital social, ese enunciado sería contrario a la ley. En tal caso, la norma estatutaria no prevalecería contra las legales de los artículos 122 (actual 120) y 226 (actual 213) establecidas en favor de las minorías.

4. Correlativamente, también sería ineficaz la estipulación que acordase este mismo derecho en favor de aquel o aquellos accionistas que representen un porcentaje inferior al diez por ciento o al veinticinco por ciento del capital social, según se trate de una compañía de responsabilidad limitada o anónima, en su orden.

Este derecho es ciertamente uno de los que la ley establece en defensa de las minorías, pero, para su ejercicio, la propia ley se ha encargado de limitarlo, al exigir que, "por lo menos", se reúna el diez por ciento o el veinticinco por ciento del capital social, para que sea procedente la solicitud de convocatoria a Junta, respecto de una compañía de responsabilidad limitada o anónima, en su orden; lo cual, además, garantiza la estabilidad de la empresa y evita el abuso del derecho.

5. Por eso, en conclusión, los estatutos no pueden modificar, ni en más ni en menos, los porcentajes legales establecidos en los artículos 122 (actual 120) y 226 (actual 213).

El fundamento de la limitación que la propia Ley ha impuesto a este derecho de las minorías, debe hallarse en que, en determinadas circunstancias, podría resultar un embarazo grave a la marcha de la sociedad, la facilidad concedida a un grupo de socios o accionistas que no representen ni siquiera los porcentajes mínimos del capital social establecidos en la ley, de acuerdo a la especie de compañía de que se trate, para solicitar por cualquier motivo intrascendente la reunión de la Junta. El requisito del porcentaje mínimo del capital social, indispensable para ejercer este derecho, garantiza la seriedad e importancia de la intervención de las minorías en la marcha de la compañía, y por vía excepcional.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 65

DERECHO A LA LIBRE NEGOCIACIÓN DE LAS ACCIONES

Base legal:

LCom: ***Arts. 202; 204; 220*** **// CC:** ***Art. 11***

En el contrato social de la Compañía Anónima no es admisible la estipulación que limite el derecho a la libre negociación de las acciones, ni aún a título de renuncia.

1. El artículo 204 (actual 191) de la Ley de Compañías dispone que "El derecho de negociar libremente las acciones, no admite limitaciones". Este derecho, así enunciado, constituye un precepto de orden público que no puede ser contrariado en el contrato social de las compañías anónimas. En efecto, en el numeral 8 del artículo 220 (actual 207) de la propia Ley se menciona a éste como uno de los "fundamentales" derechos establecidos por ella en favor de los accionistas e inherentes a su calidad de tales, "de los cuales no se los puede privar".

2. Los derechos esenciales a los accionistas no conciernen solo a los fundadores sino aún a aquellos que en lo futuro entren en la esfera de las relaciones jurídicas derivadas del contrato social. De ahí que, como lo advierte el citado artículo 220 (actual 207), no se puede privar de tales derechos a quienes en el presente o en el futuro revistan la calidad de accionistas. Pero, una vez creados esos derechos por la propia Ley e incorporados expresa o tácitamente en el respectivo contrato social sin limitaciones de ninguna clase, ellos miran al interés de los particulares y su renuncia individual no se halla prohibida por la Ley (artículo 11 del Código Civil).

3. Por consiguiente, este derecho no puede ser objeto de renuncia preestablecida en el contrato social, ni puede permitirse que en el mismo resulte de cualquier

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

manera limitado su ejercicio; pero, cualquier accionista está en libertad de renunciar al mismo mediante un pacto separado. Ahora bien, si para efectos de la ejecución o cumplimiento de dicho pacto se crearen en él requisitos o formalidades distintas de las que señala la Ley de Compañías para la transferencia de las acciones, con el fin de que las mismas sean cumplidas por los interesados en ese pacto, tales requisitos o formalidades adicionales no tendrían valor alguno para la compañía, de conformidad con el inciso final del artículo 202 (actual 189) de la Ley de Compañías.

4. Así, por ejemplo, bien puede pactarse un "derecho de tanteo ("right of first refusal") respecto de determinadas acciones estableciendo en el pacto respectivo la mecánica que habría de cumplirse para ejercer la preferencia frente a otros posibles compradores; pero, el incumplimiento de esa mecánica debido a la violación de aquel pacto no impedirá que se inscriba válidamente la transferencia de las acciones que se hubiere hecho a favor de un tercero.

5. Análogo es el caso del derecho a percibir los dividendos en una compañía por acciones. Su renuncia constante del estatuto de una sociedad, equivaldría a haberlo suprimido. Lo que no quiere decir que el accionista se halle forzado a percibir los dividendos, puesto que una vez producidos estos, libre es el beneficiario de cederlos a título gratuito.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 67

DISOLUCIÓN ANTICIPADA DE LA COMPAÑÍA POR RESOLUCIÓN DE LA JUNTA GENERAL

Base legal:

LCom: ***Arts. 162 Num. 12; 282; 394 Nums. 5, 9***

Sea que en el acuerdo de disolución anticipada se expresen o no las causas, es evidente que la Junta General puede resolver dicha disolución, sin limitación alguna, si cuenta con el correspondiente quórum y con la votación necesaria para ello.

Se ha cuestionado si procede o no una disposición estatutaria -de una sociedad anónima- que diga que para que la Junta General de Accionistas pueda en cualquier tiempo resolver válidamente la disolución anticipada de la compañía, con el quórum legal que corresponda según el artículo 282 (actual 240) de la Ley de Compañías, será necesario que se demuestre en la correspondiente sesión que la sociedad ha perdido por lo menos el 33% del capital social.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Para decidir sobre la procedencia o no de la antedicha disposición conviene tener presente que, en términos generales, existen dos grandes grupos de causales de disolución: las legales y las voluntarias.

Las causas legales están dadas por los hechos o circunstancias que expresamente señala la Ley como motivo suficiente para provocar -una vez producidos- la disolución de la compañía; que a veces operan de pleno derecho produciendo automáticamente la disolución respectiva, como el caso del vencimiento del plazo o el traslado del domicilio a país extranjero (artículo 396 de

la Ley de Compañías), y que otras veces permiten ser superadas por la voluntad de los socios, como el caso de las pérdidas excesivas de que tratan los artículos 211 (actual 198) y 394, causal 3 de la Ley de Compañías.

Las causas voluntarias -sin dejar de ser "legales" porque de todos modos cuentan con el amparo de la Ley- son de dos clases: a) Las que se hallan pactadas en el contrato social (merced a la libre voluntad de los primeros socios que celebraron el contrato preindicado o de los que posteriormente integraron la Junta General que resolvió cualquier reforma a dicho contrato sobre el particular como lo permite el numeral 12 del artículo 162 (actual 150) y la causal 9 del artículo 394 de la Ley de Compañías; y, b) La resolución misma de la Junta General de Socios o Accionistas que acuerde en cualquier tiempo disolver la sociedad, sin invocar ninguna de las causales establecidas en la Ley o en el contrato social (y en general sin necesidad de invocar causa alguna), según lo previsto en la causal 5 del citado artículo 394.

Vale la pena aclarar que el acuerdo de la Junta General (de disolver anticipadamente la sociedad) a que se refiere la antedicha causal 5 del artículo 394 podría ser catalogado también como causa legal de disolución, por el reconocimiento aislado y expreso que le da la Ley al punto de bastar el mismo para producir la disolución; pero, sin desconocer el valor de aquella tesis, preferimos inclinarnos por la calificación de voluntaria que le hemos dado a esa causal, porque en sus orígenes la misma dependerá siempre de la voluntad de los integrantes de la respectiva Junta General.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Hecha esta introducción, resulta evidente que la disposición estatutaria cuestionada contiene la exigencia de que la resolución de la Junta General, de disolver anticipadamente la sociedad, ha de concurrir necesariamente con las pérdidas de por lo menos el 33% del capital, y eso constituiría una limitación al derecho de los socios y atentaría contra las facultades de las otras causales -legales o voluntarias- de disolución.

Veamos las disposiciones legales pertinentes:

"Art. 162 (actual 150).- La escritura de fundación contendrá:

12. La determinación de los casos en que la compañía haya de disolverse anticipadamente...".

Art. 394.- Son causas de disolución de las compañías:

5. El acuerdo de los socios o de la Junta General;

9. Cualquier otra causa determinada en... el contrato social".

Por consiguiente, el acuerdo de la Junta General a que se refiere la causal 5 del artículo 394 de la Ley de Compañías abarca tanto la simple resolución voluntaria y sin causa como todas las causas supervivientes no previstas en el contrato social que puedan presentarse y que en un momento dado determinen, por resolución de los socios o accionistas, la disolución anticipada de la sociedad.
Y sea que en el acuerdo de disolución se expresen o no las causas, es evidente que la Junta General puede resolver dicha disolución, sin limitación alguna, si cuenta, claro está, con el correspondiente quórum y con la votación necesaria para ello.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Lo antedicho significa que las otras causas contractuales de disolución a que se refiere la norma 9 del artículo 394 son las que en su momento se pactan en el contrato social, a veces "impuestas" por las minorías como condición para intervenir en la sociedad.

En consecuencia, la cuestionada disposición estatutaria referida inicialmente solo podría aceptarse como válida si se descompusiera en forma tal que la disolución anticipada se produzca ora por el simple acuerdo de la Junta General, tomado legalmente, ora, por la pérdida de por lo menos el 33% del capital social. Pero en ningún caso en forma concurrente.

DOCTRINA 72

REPRESENTANTES LEGALES DE COMPAÑÍAS NACIONALES Y APODERADOS DE COMPAÑÍAS EXTRANJERAS

Base legal:

LCom: ***Arts. 2; 6; 13; 140 Num. 8; 142; 156; 162 Num. 10; 294; 295; 297; 315; 415; 426; 428 //*** **CC:** ***Arts. 28; 570; 1488; 1490; 1464; 1957 Inc. 2; 2047 //*** **CPC:** ***Arts. 39; 46; 52***

La representación puede ser "legal" o "voluntaria". La "representación legal" nace de la Ley, como la que tiene el padre sobre su hijo menor no emancipado, o el tutor o curador sobre su pupilo. La "representación voluntaria" surge exclusivamente del libre arbitrio del representado, como la que tiene el mandatario o apoderado respecto de su mandante.

Los representantes estatutarios de las Compañías constituidas en el país tienen el carácter de "representantes legales" (artículos 28, 589 (actual 570), 1984 (actual 1957) y 1491 (actual 1464) del Código Civil) y su representación conlleva naturalmente la facultad de contestar demandas, sin que sea necesario que se la haga constar expresamente mediante cláusula especial en los estatutos respectivos o en sus nombramientos.

En cambio, los representantes que según la Ley tengan (o deban tener) permanentemente en el Ecuador las Compañías extranjeras son "representantes voluntarios" o apoderados (numeral 3 e inciso final del artículo 424 (actual 415) de la Ley de Compañías); a quienes les son aplicables las normas relativas a los mandatarios, factores y procuradores judiciales; por lo que la facultad de comparecer a juicio debe conferírselas

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

expresamente y, mediante cláusulas especiales, las facultades excepcionales señaladas en el artículo 50 (actual 46) del Código de Procedimiento Civil.

Antes de analizar este tema vale recordar que la institución jurídica de la "representación" tiene como fuente la LEY o la VOLUNTAD.

Por consiguiente, la representación puede ser "legal" o "voluntaria". La "representación legal" nace de la ley, como la representación del padre respecto de sus hijos menores no emancipados, o del tutor o curador respecto de su pupilo. La "representación voluntaria" surge exclusivamente del libre arbitrio del representado, como la que tiene el mandatario o apoderado respecto de su mandante.

I
COMPAÑÍAS NACIONALES

Las compañías de comercio sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Compañías son personas jurídicas (inciso segundo del artículo 1984 (actual 1957) del Código Civil y artículo 2 de la Ley de Compañías) y, por consiguiente, personas ficticias capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representadas judicial y extrajudicialmente (artículo 583 (actual 564) del Código Civil).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Las personas jurídicas son relativamente incapaces (artículo 1490 (actual 1463) del Código Civil). En efecto si como lo dice el artículo 1488 (actual 1461) del Código Civil la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra, la naturaleza misma de una persona ficticia, ideal o abstracta, como lo es la persona jurídica, determina que ella no puede formar ni declarar su voluntad sino sirviéndose de una persona natural, dotada de inteligencia y voluntad que pueda expresarse a nombre de aquella, surtiendo los actos de dicha persona natural respecto de la persona jurídica los mismos efectos que si ésta los hubiese ejecutado, tal como se advierte de la relación entre sí que tienen los artículos 28, 583 (actual 564), 589 (actual 570) y 1491 (actual 1464) del Código Civil. De esta manera, la persona jurídica

solo puede obrar -BASICAMENTE- mediante el ministerio de su "representante legal" (sin perjuicio de poder obrar también -DERIVADAMENTE- mediante un apoderado constituido necesariamente por intermedio de su representante legal).

Como se sabe, la "representación" tiene como fuente la voluntad del representado o la ley. En el primer caso tenemos la "representación voluntaria" o convencional y en el segundo la "representación legal" o forzosa.

La representación original o básica de las personas jurídicas (y entre ellas las compañías de comercio) no puede ser "voluntaria", pues, como se ha dicho, son personas ficticias que carecen de voluntad propia; por tanto, su representación básica u original es legal o forzosa, pues la impone la naturaleza misma de su personalidad. Y así lo han entendido los artículos 28 y 589 (actual 570) del Código Civil. Pero eso no significa que una vez que cuente con el respectivo titular de su representación original o básica, es decir, con su "representante legal", la persona jurídica -y la compañía de comercio en general no pueda adquirir derechos o contraer obligaciones por intermedio de un apoderado o mandatario ("representación voluntaria") instituido como tal por su representante legal.

Las personas llamadas por la ley a suplir la incapacidad de las personas que no pueden ejercer los derechos civiles, se llaman representantes legales; porque la ley misma les atribuye el ejercer los derechos de otras personas a quienes, según los casos, representan o autorizan", dice Luis F. Borja en sus "Estudios sobre el Código Civil Chileno", Tomo I, p. 421 (Edición Roger y Chernovíz, París, 1901). En igual sentido se manifiesta Pérez Guerrero, de quien se encuentra oportuno transcribir estos pensamientos: "La representación legal supone la incapacidad de obrar en el representado; mientras que el mandato implica precisamente lo contrario, esto es, que el mandato es un contrato (2047 (actual 2020)) y el que lo otorga a de tener la capacidad suficiente para este efecto. (Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano, p. 393, Casa de la Cultura Ecuatoriana. 1953).

Por su parte Gabino Pinzón expresa lo siguiente:

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

"La representación de la sociedad por parte de los gerentes (que la ostentaren) es de carácter legal y no simplemente convencional. Porque la ley misma, que ha elevado a la sociedad a la condición de persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, ha provisto a la representación de todas las personas jurídicas, en general. Ese nuevo sujeto de derechos y obligaciones, por el servicio ficticio, según la misma ley, esto es, por ser apenas un recurso o medio técnico de separar jurídicamente la empresa y el patrimonio social de la actividad y del patrimonio individual de los socios, no puede entrar en relación con terceros sino por medio de personas naturales. Y es que en la actividad de la persona jurídica están especialmente comprometidos los intereses de los terceros que contratan con ella y es necesario que haya siempre una persona que la represente y que la obligue válidamente, especialmente porque las personas jurídicas han sido asimiladas legalmente a los menores adultos. De manera, pues, que la representación legal y no simplemente convencional de las personas jurídicas es apenas un desarrollo o consecuencia del sistema legal vigente, en el que éstas se asimilan a las personas relativamente incapaces. Por eso es por lo que en el Código Civil se dice expresamente quienes son los "representantes legales" de las personas jurídicas y por lo que en la legislación comercial se califica también expresamente de legales "a los representantes de la sociedad anónima".

Por las mismas razones, la ley ecuatoriana manda que la escritura de fundación contendrá la indicación de los funcionarios que tengan la representación legal de la compañía. (artículos 140 (actual 137) numeral 8, y 162 (actual 150) numeral 10 de la Ley de Compañías). Punto sobre el cual insiste el artículo 294 (actual 252) que dispone que "la Superintendencia de Compañías no aprobará la constitución de una compañía anónima, si del contrato social no aparece claramente determinado quién o quiénes tienen su representación judicial o extrajudicial", que son términos de que se vale el Código Civil precisamente al tratar de la representación de las personas jurídicas; lo cual, además, se reitera y confirma con las primeras palabras del artículo 13 de la misma Ley, que empieza diciendo: "Designado el administrador que tenga la representación legal...".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

La representación de las compañías de comercio se extiende "a todos los asuntos relacionados con su giro o tráfico, en operaciones comerciales o civiles, incluyendo la constitución de prendas de toda clase", como lo previene el artículo 295 (actual 253) de la Ley de Compañías para las anónimas pero con perfecta aplicación para todas las sociedades de comercio. Y, lógicamente, esa representación incluye la representación judicial, esto es, la personería para comparecer a juicio a nombre de la compañía como lo determina el artículo 583 (actual 564) del Código Civil.

Por tanto, bien puede decirse que el administrador de una sociedad que ostenta su representación legal tiene la facultad para proponer y contestar cuantas demandas deba deducir la sociedad o se deduzcan contra ella, sin que sea necesario, en este último caso, que el estatuto o el nombramiento que acredite su personería contenga cláusula especial para contestar demandas. Por lo mismo, no podrá excusarse de ejercer su representación para comparecer a juicio. (El artículo 52 (actual 46) del Código de Procedimiento Civil se refiere a la procuración judicial, constituida mediante el contrato de mandato, mas no es aplicable a los representantes legales, ya por su texto, ya porque el incapaz no podría comparecer, en casos de excusa, personalmente o por medio de procurador.)

El carácter legal de la representación de las compañías anónimas y de responsabilidad limitada no priva a los representantes que lo ostentan de su condición de "mandatarios", que -por ser "administradores"- les atribuye la Ley de Compañías en diferentes pasajes, tales como los artículos 135 (actual 132), 156 (actual 144) y 297 (actual 255) de la misma, "porque (como dice Gabino Pinzón) lo que ocurre es que el mandato de los gerentes es representativo por disposición de la ley misma; cualesquiera sean los términos del encargo conferido a ellos, tienen siempre la facultad de representar a la sociedad o de obrar en nombre de ella para que los actos que ejecuten dentro de los límites del objeto social se entiendan y produzcan efectos completos como actos de la sociedad (ob. cit., p. 320); por lo que los administradores de aquellas compañías que además de ocuparse de la organización y/o dirección y/o supervisión de los negocios

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

sociales, en sus aspectos internos que no trasciendan a terceros, también tiene la facultad estatutaria de actuar a nombre de las mismas, hacia el exterior, para adquirir y contraer por ellas derechos y obligaciones, como sus mandatarios y representante legales a la vez.

II
COMPAÑÍAS EXTRANJERAS

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 6 y el artículo 424 (actual 415) de la Ley de Compañías, para que una compañía constituida en el extranjero pueda ejercer sus actividades en el Ecuador deberá tener permanentemente en el país "cuando menos un representante con amplias facultades para realizar todos los actos y negocios jurídicos que hayan de celebrarse y surtir efectos en el territorio nacional y especialmente para que pueda contestar las demandas y cumplir con las obligaciones contraídas". Concordantemente, el primer inciso del artículo 6 de la misma Ley manda que "toda compañía nacional o extranjera que negociare o contrajera obligaciones en el Ecuador, deberá tener en la República un apoderado o representante que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas". Para justificar este requisito, el ya citado artículo 424 (actual 415) dice que "deberá también presentarse -a la Superintendencia de Compañías- el poder otorgado al representante". El artículo 426 (actual 417) dispone que "las personas que actúen como agentes de compañías extranjeras deberán inscribirse en la Cámara de Comercio del domicilio principal de sus negocios".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

De estos textos legales se puede extraer que los representantes que las compañías extranjeras tienen o deben tener en el Ecuador son, por lo general, representantes voluntarios" o convencionales, y no "representantes legales" o necesarios, pues la misma Ley los llama "apoderados", que es una de las denominaciones con que el artículo 2047 (actual 2020) del Código Civil designa a los mandatarios que se constituyen mediante el contrato de mandato, y exige -para el trámite pertinente- que se presente su "poder", o sea, el instrumento en el que consta el acto jurídico del apoderamiento, en el que se le confiere al

apoderado la representación para que obre con eficacia a nombre del poderdante. Y decimos que eso ocurre así "por lo general" porque, en teoría; bien pudiera ser que en determinado momento la compañía extranjera pudiera ser representada en el Ecuador por su propio "representante legal" (que ordinariamente actúa en el domicilio principal de la sociedad en el exterior), o por el curador dativo a que se refiere el artículo 9 de la Ley de Compañías.

Se confirma lo dicho si se tiene en cuenta que las mencionadas compañías no necesitan de tales representantes para obrar jurídicamente, puesto que ya tienen sus "representantes legales" en el país en que se fundaron, y que siendo la resolución de operar en el Ecuador un acto opcional de la compañía que puede, por lo mismo, acordarse o no, el representante que debe tener permanentemente en el Ecuador es, asimismo, un representante voluntario; y que si bien su designación es un requisito o necesidad legal, ésta no es absoluta sino relativa y surge en la hipótesis de que la compañía, decidiera ejercer sus actividades en el Ecuador. Cosa que no ocurre con sus "representantes legales", que son de necesidad absoluta porque sin ellos la compañía no podría manifestarse hacia terceros de ninguna manera (Repetimos que esta doctrina no excluye la posibilidad de que sea un "representante legal" de la compañía extranjera, el representante permanente de ella en el Ecuador, si se reúnen las circunstancias propicias para que de hecho pueda desempeñar con la debida eficacia esta función; pero este caso, de orden más bien excepcional, se halla fuera del análisis y de los pronunciamientos de esta doctrina).

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Establecido que los representantes en el Ecuador de las compañías extranjeras son voluntarios y no legales, debe señalarse que les son aplicables las normas de los factores, de los mandatarios y de los procuradores judiciales. Entre éstas, por la relación que guarda con los artículos 6 y 424 (actual 415) de la Ley de Compañías, tiene destacada importancia el artículo 52 (actual 46) del Código de Procedimiento Civil, según el cual "el procurador que ha aceptado o ha ejercido el poder, está obligado a continuar desempeñándolo en lo sucesivo, sin que le sea permitido excusarse de ejercerlo para no contestar demandas nuevas, cuando está facultado para ello, salvo que renuncie al total ejercicio de dicho poder y que

comparezca en el juicio el poderdante, personalmente o por medio de un nuevo procurador".

De esta manera la procuración judicial obliga al procurador a desempeñar el poder que ha aceptado; obligación que conlleva el derecho correlativo del mandante. Pero, como dice Lovato (Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano, Tomo II, p. 11, Edit. Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1958), para que quien no sea el mandante pueda exigir al procurador que hubiere aceptado el mandato que cumpla su obligación de desempeñarlo, es necesario que el mandato comprenda la facultad de contestar demandas nuevas". Así pues, se requiere de cláusula expresa con esta facultad, a efecto de que un tercero pueda obligar al procurador a presentarse por el mandante. La Ley de Compañías, en sus artículos 6 y 424 (actual 415) se ha referido a esta cláusula expresa para "contestar demandas nuevas" o simplemente para "contestar demandas" (que es en definitiva lo mismo y aún más amplio), precisamente para asegurar y proteger a quienes contraten con la compañía extranjera, y evitar que se eluda el cumplimiento de las obligaciones y se retarde o se dificulte la acción de la justicia. Por consiguiente, los poderes que confieren las compañías antedichas y que deben presentarse en la Superintendencia de Compañías), deben contener la cláusula o facultad expresa para contestar demandas; de lo contrario, la Superintendencia no podrá otorgar dicha calificación (que ordinariamente va ligada, como presupuesto, a la autorización que necesitan las compañías extranjeras para poder ejercer sus actividades en el Ecuador de conformidad con la Ley).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 73

LAS PERSONAS JURÍDICAS PUEDEN SER DESIGNADAS COMISARIOS DE LAS COMPAÑÍAS ANÓNIMAS

Base legal:

LCom: *Art. 317*

La Ley de Compañías no distingue entre personas naturales y jurídicas al tratar del nombramiento de Comisarios ni contiene prohibición alguna en el sentido de que no puede designarse a una persona jurídica, inclusive una compañía anónima, para que desempeñe esta función.

El incremento de las actividades económicas y financieras de las sociedades por acciones más bien parece reclamar la intervención de entidades especializadas en auditoría y contabilidad que tomen a su cargo las atribuciones y obligaciones de los comisarios.

En cuanto a la responsabilidad de la persona jurídica comisario, en opinión de la Superintendencia, se debe distinguir tres órdenes distintos en los que aquella se manifiesta: la responsabilidad civil por incumplimiento responsabilidad civil por los hechos ilícitos; y, la responsabilidad penal por los delitos, que, como se sabe, no podría recaer sobre la persona jurídica misma sino sobre la o las personas naturales que cometieron la infracción.

1. La Ley de Compañías no hace distinción ni establece prohibición alguna en concreto sobre las personas que pueden ser comisarios de una compañía.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

El artículo 317 (actual 275) de la Ley, enumera quiénes no pueden ser comisarios; en esta enumeración no se incluye a las personas jurídicas.

2. La fuente de nuestra legislación en esta materia es la Sección 4a. del Capítulo V de la Ley General de Sociedades Mercantiles de la República Federal de México. Concretamente, el artículo 165 de esta Ley es el antecedente del artículo 317 (actual 275) de la ley ecuatoriana, y en aquella Ley tampoco existe prohibición que impida a las personas jurídicas ser comisarios de las compañías anónimas.

3. Por esta consideración, es muy interesante conocer la doctrina que se mantiene en México sobre este punto.

En el "Tratado de Sociedades Mercantiles", de Joaquín Rodríguez, Tomo 2, p. 150, al examinar el problema relativo a la capacidad y a las condiciones para el desempeño del cargo de comisario, se dice lo siguiente: "5. Pueden ser personas físicas o sociedades. No existe respecto de los comisarios la limitación que la Ley establece para el desempeño de los cargos de administrador y gerente, es decir, la de que el cargo debe ser de desempeño personal y no representante. Teóricamente, no hay dificultad en admitir esta conclusión, ya que no hay prohibición expresa y ni siquiera, repetimos, es aplicable a los comisarios la prohibición del desempeño por representante" (que nuestra Ley consagra respecto de los administradores de las compañías anónimas al impedirles la cesión o delegación de sus funciones en su artículo 302).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por otra parte y a propósito de esta cita es interesante advertir que la referida Ley mexicana fue hace poco reformada precisamente en la aludida Sección 4a. de su Capítulo V, relativa a los comisarios, mediante Decreto del 19 de diciembre de 1980, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 1981, sin que en dicha reforma se hubiere contrariado en nada la antedicha opinión de Joaquín Rodríguez, que le es bastante anterior.

4. Hacemos notar la importancia del comentario de Rodríguez, porque también en la Ley Mexicana no pueden ser comisarios "Los parientes consanguíneos de los

administradores, en línea directa sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo".

Esto nos parece de interés para el entendimiento del punto en consulta pues se suele invocar como uno de los argumentos para opinar en favor de la tesis de que los comisarios deben ser personas naturales el contexto del artículo 317 (actual 275). Pero, parece que debe entenderse la enumeración de las personas incapaces para el ejercicio de este cargo, que se hace en dicho artículo, sin relacionarlas necesariamente una con otras; aclarándose, eso sí, que -por lógica- los impedimentos que señala el numeral 2 de ese artículo para los empleados de ciertas compañías también se aplicarían a esas compañías en el caso de que se pretendiera designar como comisario de otra sociedad a una de ellas.

5. En el Derecho Español, no parece que hay dificultad en admitir la posibilidad de que se confíe las funciones del comisario (en la Ley Española "Censor de Cuentas") a personas jurídicas.

En Barrantes-Mejías, p. 54, hemos encontrado el siguiente criterio: "Si los accionistas son todos personas jurídicas, o, sin serlo recae en alguna de estas personas jurídicas accionistas, el nombramiento de censor, ¿quién debe desempeñar la función?. No cabe duda que puede efectuarlo cualquier miembro del Consejo de Administración de aquella persona jurídica accionista o cualquier apoderado suyo con facultades de gestión y representación...".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

6. Para una consulta de las modificaciones legales sobre esta materia en otros países, se puede ver el tratado de Derecho Mercantil de Felipe Solá Cañizares. Anotamos que mientras Joaquín Rodríguez opina que en el Derecho Inglés está expresamente admitida la posibilidad de designar comisario a una persona jurídica, el autor español citado dice lo contrario en su obra de Derecho Comparado.

En general, nos parece que las legislaciones no se pronuncian concretamente sobre el problema y que en el mayor número de ellas la cuestión es dudosa;

excepciones hechas, claro está, del Derecho Francés, que admite las sociedades de "commissaires, aux comptes" (Ley del 29 de noviembre de 1966 y artículos 127 al 178 del Decreto del 12 de agosto de 1969), y del Derecho Alemán, que autoriza las actuaciones de las sociedades "Wirtschafts prufer" (artículo 164, 1 de la "Aktiengesetz" del 6 de septiembre de 1965).

7. En el Derecho Argentino, en opinión de Miguel A. Sasot Betes, (Directores, Síndicos-Gerentes y Fundadores de Sociedades Anónimas- Buenos Aires 1953), "procede considerar si una sociedad anónima puede ser designada síndico (funcionario equivalente al comisario de nuestra Ley) de otra sociedad anónima. A nuestro entender y dado el carácter personalísimo e indelegable de la función de síndico, consecuencia de la propia modalidad del cargo, que presupone una confianza singular, "no colectiva, en los accionistas que lo designaren, no cabe la posibilidad de que una persona jurídica pueda actuar como síndico. Téngase en cuenta que en las personas jurídicas, particularmente en el caso de las sociedades anónimas, la voluntad social no es la de cada uno de los integrantes, individualmente considerado, sino la de la mayoría, exteriorizada y definida a través de los acuerdos de sus asambleas.

Por lo tanto, y de aceptarse la posibilidad de que una sociedad anónima pudiera ser síndico de otra sociedad anónima, se está convirtiendo en colectiva una función que el legislador ha querido que sea individual. La jurisprudencia administrativa ha compartido este criterio al sostener que es contrario a las disposiciones del artículo 340 del Código de Comercio, la designación de una sociedad anónima o razón social como síndico de otra sociedad anónima, porque su carácter impersonal desvirtúa el propósito de la Ley".

Confirmando este criterio, Isaac Halperin, en su "Manual de Sociedades Anónimas", p. 277, dice: "La autoridad administrativa resolvió en alguna oportunidad que no puede serlo (se refiere al síndico) una sociedad. Porque impide una fiscalización eficaz (Resolución del 11 de octubre de 1917)".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Hacemos notar que el artículo 340 del Código de Comercio Argentino enumera en ocho acápites las atribuciones que competen a los síndicos. En nada se refiere a la capacidad para desempeñar este cargo, de tal modo que el criterio administrativo seguido en la Argentina solo invoca el fundamento de la eficacia de la función.

8. En la ley colombiana, en nuestra opinión, el problema no existe. En efecto, hay en ella prohibición expresa de que se designe revisor fiscal (que es el equivalente a comisario en nuestra Ley), a una persona que no sea persona natural.

El artículo 134 dice: "Toda sociedad anónima tendrá un revisor fiscal con su respectivo suplente, elegidos por la asamblea general de accionistas, para un período igual al de gerente, que pueden ser reelegidos indefinidamente. El revisor será siempre una persona natural...".

No obstante la clara disposición de la Ley, se presentó en la práctica la duda de si podría designarse revisor fiscal a una persona jurídica y la Superintendencia de Sociedades Anónimas de Colombia dictaminó en forma categórica -como no podía ser de otra forma ante la clara prohibición legal- que la revisoría fiscal no puede encomendarse a una persona jurídica; criterio éste que ha sido sostenido de manera uniforme.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Los fundamentos que frente a esa clarísima disposición legal se alegan en la Doctrina colombiana para sostenerla, pueden resumirse en los siguientes:

a) La responsabilidad solidaria que asumen los revisores -junto con los administradores- ante la sociedad por los daños que causen por violación de la Ley o por negligente cumplimiento de su deber; y,
b) Las sanciones de carácter penal que pueden derivarse del procedimiento incorrecto de los revisores.

De estos dos fundamentos desprende la Doctrina colombiana importantes consecuencias.

Citemos el texto de la Doctrina de la Superintendencia de Sociedades Anónimas de Colombia, para mayor claridad: "Ha querido la Ley, pues, que toda la responsabilidad que surja de la gestión del revisor radique en una persona natural, para que no se diluya, y para que los intereses de la compañía, de sus accionistas, de los terceros, y aún de la misma comunidad encargada de reprimir los delitos, queden suficientemente garantizados contra una desordenada negligencia y aún criminosa actuación del revisor fiscal. Esto no quiere decir que no pueda formarse un cuerpo colegiado de revisores fiscales con su personería jurídica propia. La entidad que así se forme, queda amparada por la Ley, pero no puede servir de revisor fiscal como persona jurídica en sí misma. Tendría que escoger a uno de sus miembros, quien sería responsable personalmente de las funciones que desempeñe...".

En otra Doctrina de la Superintendencia colombiana se expresa o siguiente: "Por las características especiales que reviste el cargo de revisor fiscal no puede ser ejercido por una persona jurídica. En otros países, las personas jurídicas constituidas especialmente para efectuar estas clases de actividades, sí pueden desempeñarlo, y, para ello, sin duda, existen estatutos especiales que regulan en forma completa esta materia".

Examinemos en la forma más breve los fundamentos del criterio sostenido en Colombia:

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

No encontramos óbice alguno en lo que mira a la responsabilidad solidaria, pues ésta se produce entre los administradores y los revisores fiscales, como se produce entre dos personas siendo la una natural y la otra jurídica que se obliguen solidariamente respecto de un tercero.

En cuanto a las responsabilidades de orden penal, desde luego que las personas jurídicas como tales no son susceptibles de cometer infracciones y por lo mismo no pueden estar sujetas a penalidades, como expresa con todo acierto la doctrina 235 de la Superintendencia de Sociedades Anónimas de Colombia. Pero, si una

persona jurídica es el comisario, como bien anota Joaquín Rodríguez "la responsabilidad penal que pudiera surgir a consecuencia de las actividades realizadas en el desempeño del cargo, repercutirá... sobre las personas físicas, que en su nombre actuaren".

9. Por lo que respecta a nuestra Ley, con la referencia que hemos hecho ya a la fuente directa de la misma que es la ley mexicana, no creemos que el propósito del legislador haya sido excluir la posibilidad de que se designen personas jurídicas para el cargo de comisario.

No parece que la norma del artículo 224 (actual 211) de la Ley sea un argumento sólido a favor de la tesis contraria. Efectivamente, la prohibición que tienen los comisarios de representar a los accionistas en juntas generales no mira a la naturaleza de la persona sino a la función de fiscalización.

Las prohibiciones que afectan a los comisarios de conformidad con el artículo 322 (actual 280) tampoco tienen una relación directa con la clase de persona que ejerza el cargo de comisario.

Por lo que mira a la exigencia que se hace en el artículo 284 (actual 242), de que debe convocarse individualmente al comisario, nos parece que se debe considerar que siendo la persona jurídica tan sujeto de derecho como la persona natural, no hay inconveniente en que se diga de ella, jurídicamente, que se la puede convocar individualmente. Para evitar confusiones en este respecto basta pensar en la "citación personal" de la demanda, de que trata el Código de Procedimiento Civil, cuando la parte demandada es una persona jurídica.

Por último, el argumento que se desprende del artículo 323 (actual 281), según el cual "Los comisarios no tendrán responsabilidad personal por las obligaciones de la compañía, pero serán individualmente responsables para con ésta por el incumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les impongan", nos parece que queda debidamente desvirtuado con el criterio que sostiene Joaquín

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Rodríguez, y al que nos hemos referido al examinar la doctrina mexicana y el criterio legal de la colombiana.

10. Por todo lo dicho llegamos a las siguientes conclusiones:

a) Al tratar de los comisarios, la Ley de Compañías no hace distinción respecto de personas naturales o jurídicas para que puedan ser nombradas para tales cargos.
b) En los artículos que se ocupan de la capacidad para ser nombrados comisarios, no existe prohibición que pueda aplicarse en el sentido de que no es admisible nombrar a una persona jurídica para el cargo de comisario.
c) En la ley mexicana, que respecto de la fiscalización de la compañía anónima, que es la fuente prevalente en nuestro derecho societario, no existe tampoco prohibición expresa en este mismo sentido y la doctrina se ha inclinado por aceptar sin ninguna restricción esta posibilidad.
d) En otras legislaciones, incluso la española se admite también la posibilidad de designar a una persona jurídica como comisario de una sociedad anónima.
e) Las objeciones más fundadas que hemos encontrado en el Derecho Comparado pertenecen a la doctrina argentina y colombiana.

En la jurisprudencia administrativa argentina se consideraba que atentaba a la eficacia de la función fiscalizadora la designación de una persona jurídica encargada de llenarla.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En Colombia se creía reñida con la responsabilidad solidaria que tienen administradores y revisores fiscales, la designación de una persona jurídica para la función fiscalizadora. Se pensaba también que se hallaba en pugna con esta situación la responsabilidad penal eventual que podía surgir por una fiscalización contraria a la ley y a los intereses sociales.

Estas consideraciones indujeron al legislador colombiano a establecer como norma imperativa la necesidad de que el revisor fiscal sea siempre una persona natural.

Por lo que mira al argumento de la eficacia de la función, traído por los tratadistas argentinos, se debe observar que la complejidad y el incremento de las actividades económicas y financieras de las sociedades por acciones, más bien parece reclamar la intervención de entidades especializadas en auditoría y contabilidad, las que usualmente tienden a organizarse en el mundo moderno como sociedades de alguna especie y, en suma, como personas jurídicas.

Nosotros tenemos ya un buen ejemplo de lo antedicho en la Ley de Compañías Consultoras, en cuyo artículo 3 literal d), se reconoce la creación de "compañías consultoras" especializadas en los campos de la auditoría y contabilidad.

La Ley de Contadores del Ecuador, por su parte, también parece haber captado esta tendencia a la organización de empresas que se dedican a la contabilidad, examen y revisión de balances, cuentas y movimientos económicos en general de compañías cuando han previsto en su Capítulo I, la posibilidad de que se organice esta clase de sociedades y los reglamentos que les son aplicables.

Hay que considerar que la ley ecuatoriana, en materia de compañías de comercio, es hasta el momento de las más recientes de todas las leyes. Por lo mismo, nada más saludable ni más acorde con los propósitos de la legislación moderna que dar cabida en las funciones referidas a las empresas de auditoría y contabilidad, que cobran día a día mayor importancia por su función técnica en el mundo moderno. Y a este respecto bien vale la pena recordar aquí que los bancos y compañías financieras están obligadas a contratar los servicios de auditoría externa a través de firmas previamente calificadas por la Superintendencia de Bancos, que en su mayoría son compañías consultoras.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por lo que mira al argumento de la responsabilidad solidaria que existe entre administradores y comisarios, y que con todo acierto distingue Antonio Brunnetti, como responsabilidad "in cometiendo" e "in vigilando", respectivamente para unos y otros, en su orden, tiene perfectamente lugar entre personas naturales y personas jurídicas, solas o combinadas.

La responsabilidad penal que podría surgir de una fiscalización dolosa o ilegal, tampoco obstaculiza la posibilidad de que el comisario sea una persona jurídica, puesto que si bien es inadmisible que la persona moral sea sujeto activo del delito, siempre queda en pie la responsabilidad de este tipo a cargo de la persona o personas que, al obrar en nombre de la persona jurídica comisario, han infringido las leyes penales en el ejercicio de la función que se les ha encomendado.

f) Por consiguiente, en cuanto a la responsabilidad de la persona jurídica comisario, en opinión de la Superintendencia, se debe distinguir tres órdenes diferentes en los que aquella se manifiesta:

1. La responsabilidad civil por incumplimiento de las obligaciones contractuales, que afectará pecuniariamente a la persona jurídica comisario conforme a las disposiciones pertinentes contenidas particularmente en el Título XII del Libro IV del Código Civil "Del efecto de las obligaciones";
2. La responsabilidad civil por los hechos ilícitos que afectará pecuniaria y solidariamente a la persona jurídica comisario y a las personas naturales que participaren en la comisión de tales hechos, conforme a las disposiciones del Título XXIII del Libro IV del Código Civil y especialmente los artículos 2244 (actual 2217) y 2247 (actual 2220); y,
3. La responsabilidad penal, que recaerá en la persona o personas naturales que al obrar en nombre de la persona jurídica comisario hayan infringido las leyes penales, pudiendo extenderse esta responsabilidad a los administradores y representantes legales de dicha persona jurídica, de acuerdo a su participación en el hecho punible y con sujeción a las normas de los artículos 32 al 50 del Código Penal.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 77

DERECHO DE PREFERENCIA PARA LA SUSCRIPCIÓN DE NUEVAS ACCIONES

Base legal:

LCom: ***Arts. 188; 191; 194-197; 220; 234***

El derecho de preferencia que tienen los accionistas de una compañía anónima para suscribir las acciones que se emitan en caso de aumento de capital, y a prorrata de sus actuales acciones, no puede dejar de respetarse ni aún a pretexto de que el aumento de capital va a ser o puede ser pagado, en todo o en parte, mediante compensación de créditos o por aportación inmobiliaria.

El artículo 191 (actual 178) de la Ley de Compañías establece que el accionista tiene "como mínimo los derechos fundamentales" establecidos en la Ley.

El numeral 6 del artículo 220 (actual 207) de la Ley de Compañías incluye, entre los derechos fundamentales" del accionista, de los cuales no se le puede privar, el de "gozar de preferencia para la suscripción de acciones en el caso de aumento de capital".

Por su parte, el artículo 194 (actual 181) de la misma Ley dispone que "Los accionistas tendrán derecho preferente, en proporción a sus acciones, para suscribir las que se emitan en cada caso de aumento de capital social. Este derecho se ejercitará dentro de los treinta días siguientes a la publicación, por la prensa, del primer aviso del respectivo acuerdo de la Junta General". (Claro que para ejercer este derecho el accionista deberá estar al día en el pago de sus acciones, según el artículo 188).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Finalmente, el inciso tercero del artículo 234 (actual 221) de la misma Ley de Compañías dice que "También serán nulos, salvo en los casos en que la Ley determine (otra cosa), los acuerdos o cláusulas que supriman derechos conferidos por la Ley a cada accionista".

Estas disposiciones legales hay que armonizarlas con las contenidas en los artículos 195 (actual 182), 196 (actual 183) y 197 (actual 184) de la citada Ley. El primero de éstos establece que para aumentar el capital se pueden emitir nuevas acciones o elevar el valor de las existentes. El segundo, que el pago de las aportaciones por el aumento se puede hacer en numerario o en especie; por compensación de créditos; por capitalización de reservas o de utilidades; y, por la reserva o superávit proveniente de la revalorización de activos. El tercer artículo citado señala las mayorías con que se ha de aprobar el aumento, según se vaya a elevar el valor de las acciones, a pagarse en dinero o en especie, por compensación de créditos o por capitalización de utilidades o de reservas (debiendo aclararse que si en este artículo 197 (actual 184) no se menciona el pago mediante la reserva o superávit proveniente de la revalorización de activos es por un simple olvido: cuando el Decreto Supremo 199 (1) del 8 de febrero de 1971, publicado el 10 de los mismos mes y año, agregó al entonces artículo 179 el ahora numeral 4 del actual artículo 196 (actual 183), relativo a la revalorización de activos, se olvidó incluir esta innovación en el entonces artículo 180, actual artículo 197 (actual 184); sin que ello signifique, ni mucho menos, que cuando el aumento de capital se hace por elevación del valor de las acciones no se puede pagar el mismo mediante la correspondiente reserva o superávit por la revalorización de activos, tanto más cuanto que dicho medio de pago es el más afín al sistema de la elevación -revalorización- del valor de las acciones ya emitidas.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por todo lo dicho es que, en puro Derecho, la "preferencia" de que tratan el artículo 194 (actual 181) y el numeral 6 del artículo 220 (actual 207) de la Ley de Compañías solo tienen aplicación real en los aumentos de capital que se resuelvan hacer mediante emisión de nuevas acciones, y siempre que no se trate

de capitalización de reservas (facultativas o legales) o de capitalización de alguna reserva o superávit por revalorización de activos, ya que en tales casos no hay propiamente "suscripción" de acciones sino el llamado "Derecho de atribución" que tienen los accionistas para participar de pleno derecho en el aumento de capital según la proporción que les corresponda de acuerdo a sus acciones. Y por eso es que para estos dos últimos casos de capitalización lo más apropiado resulta ser el sistema de la elevación del valor de las acciones ya emitidas que menciona el artículo 195 (actual 182) de la Ley de Compañías.

Frente a toda esta realidad legal surge la siguiente inquietud:

¿Puede en un aumento de capital social de una compañía anónima sacrificarse -en todo o en parte- el derecho preferente que tienen los accionistas, para suscribir las nuevas acciones que se emitan a prorrata de las que actualmente tuvieren, por aceptar que el pago de las mismas se haga -total o parcialmente- mediante compensaciones de créditos o aportes inmobiliarios de terceros (o de uno o de solo algunos de los accionistas)?.

Esta pregunta tendría su explicación en ciertas situaciones de orden práctico que se suelen dar durante la vida de las compañías anónimas, frente a deudas importantes o al deseo de adquirir determinada propiedad inmobiliaria que sería muy útil a la compañía, especialmente cuando los acreedores de aquellas deudas o el propietario del inmueble están dispuestos a "cambiarlos por acciones".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Antes de afrontar la inquietud planteada parece oportuno recordar que el asunto cuestionado no se ofrece con la misma intensidad en las compañías de responsabilidad limitada, donde el "derecho de preferencia" aquí referido -que también existe en ese tipo de sociedad- no es tan absoluto como en las sociedades anónimas, toda vez que los artículos 112 (actual 110) y 116 (actual 114) literal e), de la Ley de Compañías reconocen tal derecho con dos excepciones: siempre que en el contrato social no se hubiere expresado otra cosa al respecto; y, siempre que en la pertinente resolución de la Junta General de

Socios no se acordare lo contrario. Tales excepciones, como ya se ha visto, no existen en la legislación relativa a las sociedades anónimas.

Volvamos a la pregunta: ¿puede sacrificarse el derecho preferente?

La respuesta es negativa en el Derecho Ecuatoriano, porque el derecho preferente es un derecho fundamental que tiene cada accionista de una compañía anónima, del cual no se le puede privar (artículo 220 (actual 207) de la Ley de Compañías), y porque todo acuerdo que pretenda suprimir ese derecho (a pesar de la prohibición susodicha), por más que provenga de la misma Junta General de Accionistas, es nulo y sin ningún valor, de conformidad con el inciso final del artículo 234 (actual 221) de la Ley de Compañías (y de acuerdo con el artículo 9 del Código Civil en concordancia con el numeral 4 -objeto ilícito- del artículo 298 (actual 282) de la antedicha Ley).

Quienes sugieren o propugnan la tesis contraria para los casos de compensaciones de crédito o de aportes inmobiliarios, aún a pesar de la meridiana claridad de lo establecido en el inciso primero y en el numeral 6 del artículo 220 (actual 207) de la Ley de Compañías, invocan el interés de la sociedad al punto de colocarlo por sobre los intereses (y derechos) de los accionistas. Así, se suele decir que si la compañía -anónima- necesita imperiosamente tal o cual terreno -que pertenece a un tercero o a uno de sus accionistas- para levantar en él una planta industrial ("que solo puede ser levantada en ese sitio"), o que si tal o cual deuda importante -cuyo acreedor también es un tercero o uno solo de sus accionistas- no puede ser pagada en efectivo por la compañía en razón de determinadas dificultades pasajeras, bien podría la Junta General de Accionistas acordar un aumento de capital hasta el valor del terreno aludido o de la deuda susodicha a fin de que las nuevas acciones que se emitan al efecto sean pagadas con el respectivo aporte inmobiliario o con la correspondiente compensación de crédito, de conformidad con el numeral 1 o con el numeral 2 del artículo 196 (actual 183) de la Ley de Compañías, respectivamente.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Pero quienes así piensan no solo olvidan el clarísimo tenor literal del inciso primero y del numeral 6 del artículo 220 (actual 207) de la Ley de Compañías (que establecen que la preferencia en cuestión es un "derecho fundamental del accionista del cual no se le puede privar"), así como la primera regla de la interpretación de la Ley que se contiene en el artículo 18 del Código Civil, sino que interpretan equivocadamente el aspecto secuencial que en cada caso tienen los aumentos de capital de las compañías anónimas.

En efecto, la tesis rebatida (además de provenir de una errónea sobrevaloración de los intereses o derechos de la compañía frente a los intereses y derechos de sus accionistas) resulta ser la consecuencia de una apreciación inexacta del proceso cronológico de los aumentos de capital en las compañías anónimas, porque en su fundamento se trastoca el orden de ese proceso, empezándose por el final, es decir, por el pago de las aportaciones, y no por el simple acuerdo en abstracto de la Junta General al que le siguen las correspondientes suscripciones de las nuevas acciones del aumento (lo cual no se aplica, claro está, al caso de los aumentos por capitalización de reservas voluntarias o legales o por capitalización de reserva o superávit proveniente de una revalorización de activos, donde no existe propiamente "suscripción" sino "atribución" y donde -por la naturaleza de esas capitalizaciones- se confunden en un mismo acto el acuerdo de la Junta General que resuelve el aumento de capital, -y en las proporciones respectivas- de las nuevas acciones o del valor en que se hubieren aumentado las ya existentes; sin que a ninguno de ambos casos excepcionales afecte la tesis cuestionada).

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por consiguiente, los medios de pago previstos en los numerales 1 y 2 del artículo 196 (actual 183) de la Ley de Compañías (aportaciones de especies y compensaciones de créditos) no son excepcionales al "derecho preferente". Son simple y llanamente eso: "medios de pago" que no tienen vida jurídica propia e independiente y cuya existencia se halla subordinada a la correspondiente obligación nacida -previamente- por la respectiva suscripción del aumento acordado.

No porque exista un inmueble de un tercero que interese a la compañía o porque tal o cual crédito importante -de un tercero también- no se pueda pagar fácilmente es que, ante la posibilidad de un aumento de capital, se pueda, en una compañía anónima, sacrificar el derecho preferente tantas veces referido para recibir ese inmueble como aporte o para compensar aquel crédito en dicho aumento de capital. Primero deberá acordarse el aumento, en abstracto (a menos que se trate de las capitalizaciones en las que no existe "suscripción"), y luego deberá permitirse a los accionistas que suscriban el aumento de acuerdo a su derecho preferente, si es necesario con el procedimiento señalado en el artículo 194 (actual 181) de la Ley de Compañías. Y sólo entonces, cuando ya no tengan los accionistas derecho preferente para ejercer, los terceros del inmueble o del crédito podrán suscribir la parte del aumento no suscrita y pagarla con los mismos (sí así lo ha permitido de una u otra forma la Junta General).

Después de todo, si tanto se necesita el inmueble del ejemplo a lo mejor se lo puede comprar después del aumento con los aportes de los accionistas que lo suscribieron; e igual cosa podría decirse respecto de la deuda.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 78

NULIDADES DE LAS RESOLUCIONES DE LAS JUNTAS GENERALES DE ACCIONISTAS

Base legal:

LCom: ***Arts. 118; 272; 247***

No hay otras causas de nulidad de las resoluciones de Junta General de Accionistas que las contempladas en el inciso final del artículo 285 (actual 243) y en el artículo 289 (actual 247) de la Ley de Compañías.

Según los artículos 118 (actual 116) y 272 (actual 230) de la Ley de Compañías, en concordancia con la parte final del artículo 121 (actual 119) y con el primer inciso del artículo 280 (actual 238) de la misma Ley, la Junta General, formada por los socios o accionistas, según el caso, legalmente reunidos, es el órgano supremo de la compañía. De estos textos se desprende que existe Junta General desde que los socios o accionistas se encuentran Legalmente reunidos, o porque fueron legítimamente convocados o porque se resolvieron instalar en "junta universal". Y, según los artículos 118 (actual 116), 119 (actual 117), 279 (actual 237) 282 (actual 240) y 283 (actual 241), esa Junta General, contando con el quórum de instalación legal o estatutario, puede tomar resoluciones con la votación numérica que la Ley o el contrato social exijan para cada caso.

Por su parte el inciso final del artículo 285 (actual 243) el artículo 289 (actual 247) de la Ley de Compañías señalan los casos en que las resoluciones de la Junta General de Accionistas adolecen de nulidad.

No hay otras causas de nulidad de las resoluciones de la Junta General que las señaladas en el inciso final del artículo 285 (actual 243) y en el artículo 289

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

(actual 247) de la Ley de Compañías (que también se aplica a las compañías de responsabilidad limitada, con los ajustes del caso, claro está, de conformidad con el artículo innumerado que le sigue al 154 (actual 141) de la citada Ley).

Por lo mismo, si la Junta General no es presidida o no actúa como secretario quienes designe el estatuto, sino otra personas, las resoluciones que adopte la Junta General, cumpliendo por lo demás con los artículos 118 (actual 116), 119 (actual 117) y 121 (actual 119) en caso de las compañías de responsabilidad limitada, y los artículos 275 (actual 233), 278 (actual 236), 280 (actual 238), 283 (actual 241) y 284 (actual 242) en el caso de las anónimas, son válidas. Con mayor razón si en la Junta General no ha habido ninguna protesta sobre el hecho de que sea presidida o que en ella actúe como secretario persona distinta de la que correspondería según el artículo 286, cuya infracción no ha sido sancionada por la Ley con la nulidad, por tratarse de una disposición de orden más bien interno y reglamentario.

Tampoco es necesario que se hayan inscrito los nombramientos en el Registro Mercantil para que el presidente o la persona que actúe en su lugar pueda presidir la Junta General. Esta es un organismo de deliberación y por lo mismo de formación de la "voluntad" de la compañía. La inscripción es un requisito para que funcione el órgano de declaración o exteriorización de esa "voluntad", o sea un requisito para que actúen quien o quienes tengan la representación legal de la compañía.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por lo demás, las causas de nulidad son de interpretación restrictiva que no pueden extenderse a otros casos en los que la Ley no haya impuesto claramente esta sanción civil. Así lo exige además la protección a la buena fe con que se presume que concurren los accionistas o los socios a una Junta General.

Conviene aclarar, eso sí, aprovechando de la circunstancia, estos tres puntos siguientes:

1. La falta de votación numérica (legal o estatutaria) para tomar una resolución de Junta General está contemplada en el numeral 3 del citado artículo 289 (actual 247), como causal de la nulidad antedicha, bajo la designación genérica de "falta de quórum" que, como se sabe, involucre al llamado "quórum de instalación" y al "quórum decisorio". No en vano el Diccionario de la Real Academia Española conceptúa (en su doble acepción) la voz "quórum" así: "número de individuos necesarios para que un cuerpo deliberante tome ciertos acuerdos.- 2. Proporción de votos favorables que requieren un acuerdo".

2. Cuando el numeral 2 del citado artículo 289 (actual 247) de la Ley de Compañías sanciona con la nulidad respectiva a las resoluciones tomadas con violación al artículo 280 (actual 238) de la misma Ley, relativo a las "juntas universales", se refiere precisamente a las resoluciones tomadas en supuestas "juntas universales", es decir, en aquellas que se hubieren reunido como tales sin haberse cumplido para ello uno o más de los presupuestos establecidos al efecto por el citado artículo 280 (actual 238), esto es. a) que la junta se celebre dentro del territorio nacional; b) que se halle presente o representada la totalidad del capital social pagado; c) que todos los concurrentes -accionistas o representantes- acuerden unánimemente celebrar la Junta General; y, d) que todos ellos estén de acuerdo por unanimidad en los puntos a tratarse en la reunión. Lo cual significa que la falta de una o más de las firmas a que se refiere el aludido artículo 280 (actual 238) anula el acta en que consten instrumentadas las resoluciones de la Junta respectiva, pero no necesariamente tales resoluciones, las que tienen validez por sí solas, una vez que han sido tomadas legalmente. Por eso el numeral 2 del artículo 289 (actual 247) se refiere a "la toma" de las resoluciones que nada tiene que ver con "la firma" del acta respectiva (que es un acto independiente que puede demorar quince días después de tomadas las resoluciones pertinentes, tal como lo permite el inciso final del artículo 288 de la misma Ley).

3. Cuando el numeral 4 del citado artículo 289 (actual 247) alude al "objeto ilícito" como causante de la nulidad pertinente, incluye en él a las resoluciones que la Junta hubiere tomado con infracción a alguna prohibición legal (porque el acto que la Ley prohíbe es nulo y sin ningún valor a menos que la misma Ley hubiere establecido un efecto distinto que el de la nulidad para el caso de

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

violación, según el artículo 9 del Código Civil), tal como ocurriría con la aprobación de balances sin el conocimiento previo del informe del comisario (numeral 2 del artículo 273 (actual 231) de la Ley de Compañías).

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 81

CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES PARA CON LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS POR PARTE DE LAS COMPAÑÍAS QUE SE ENCUENTRAN EN LIQUIDACIÓN

Base legal:

LCom: ***Arts. 20; 449***

De conformidad con la Ley, las compañías en liquidación están obligadas a cumplir con los preceptos contenidos en los artículos 20 y 455 (actual 449) de la Ley de Compañías, recayendo esta obligación en el o los liquidadores o en el administrador o los administradores, por los derechos que representan.

CONSULTA: ¿Las compañías en liquidación tienen la obligación de cumplir para con esta Superintendencia de Compañías lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley?

1. De conformidad con el artículo 401 de la Ley, la compañía disuelta conserva su personalidad jurídica para efectos de la liquidación.
2. El artículo 440 (actual 430) de la Ley somete a la vigilancia y fiscalización de la Superintendencia de Compañías a las compañías nacionales anónimas, en comandita por acciones, de economía mixta, de responsabilidad limitada, y, en general, a las compañías extranjeras que ejerzan sus actividades en el Ecuador, cualquiera que fuere su especie.

Es evidente que aplicando el principio legal del artículo 401, ampliamente admitido en el Derecho Comparado, que consiste en reconocer y aceptar la personalidad jurídica de la compañía en liquidación, las compañías sometidas a la vigilancia de la Superintendencia, no por hallarse en estado de liquidación dejan de estar sometidas a esta vigilancia, la misma que se prolonga por toda la vida de la compañía, y desde luego durante el proceso de liquidación, hasta el

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

momento en que se cancela la inscripción de la compañía en el Registro Mercantil, por mandato de la propia Superintendencia, y conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 416 de la Ley.

3. El artículo 422 de la propia Ley, al declarar que en lo que sea compatible con el estado de liquidación, la compañía continúa rigiéndose por las "normas correspondientes" a su especie, no hace sino corroborar los principios expuestos anteriormente.

Las "normas correspondientes" a su especie son, desde luego, los estatutos de cada compañía y los preceptos de la Ley en general.

4. Con estos antecedentes, resulta evidente que no son incompatibles con el estado de liquidación las obligaciones de la compañía respecto de la Superintendencia de Compañías durante el proceso de la liquidación.

5. Diverso problema es el que se refiere a las operaciones que realiza una compañía cuando se halla en liquidación, pues, como lo prescribe la Ley en el artículo 403, "desde el momento en que la compañía se declara en liquidación, los administradores no pueden hacer nuevas operaciones".

Desde luego, la naturaleza del proceso de liquidación, normalmente encaminado a realizar los activos la compañía, para cubrir con su producto el pasivo interno y el pasivo externo de la misma, ofrece un amplio margen de actividades a la intervención de los liquidadores, quienes en cumplimiento de su función gozan de atribuciones suficientemente eficaces para realizar los activos y cubrir los pasivos.

6. Es indudable que en tanto no se concluya la liquidación de una compañía, por lo menos hasta el momento que el liquidador satisface los créditos a terceros y procede a repartir el remanente, entre los socios o accionistas a prorrata de sus respectivas participaciones o acciones, el concepto de la titularidad de los activos de la compañía no ha variado comparativamente con su situación anterior a la disolución.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

7. La misma Ley a previsto a eventualidad, frecuente en la práctica, de que el proceso de liquidación de una sociedad se prolongue por más de un ejercicio económico, en cuyo caso, es obligación del liquidador formular un balance de situación de la liquidación e informar de su contenido a los socios o accionistas.

Naturalmente, este balance debe también remitirse a la Superintendencia de Compañías juntamente con los demás documentos previstos en el artículo 20 de la Ley y en los reglamentos expedidos por la Superintendencia en desarrollo de este precepto legal.

En conclusión y resumiéndose los puntos hasta aquí expuestos, las compañías en liquidación están obligadas a cumplir con los preceptos contenidos en los artículos 20 y 455 (actual 449) de la Ley de Compañías, recayendo esta obligación para su ejecución concreta, por los derechos que representen, en el o los liquidadores, o en el administrador o los administradores, en su caso.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 82

ACCIONES DE DISTINTOS VALORES NOMINALES Y DESEMBOLSO MÍNIMO PARA LOS CASOS DE EMISIÓN DE NUEVAS ACCIONES Y ELEVACIÓN DEL VALOR DE LAS YA EXISTENTES EN LOS AUMENTOS DE CAPITAL DE LAS COMPAÑÍAS ANÓNIMAS

Base legal:

LCom: ***Art. 33; 159; 163; 174***

Se puede emitir en una misma Compañía acciones de distintos valores sin menoscabar el ejercicio igualitario del derecho a voto respecto de las acciones que lo tuvieren.

La disposición sobre el desembolso mínimo del valor de las acciones que contiene el artículo 187 (actual 174) de la Ley de Compañías también es aplicable al aumento de capital por emisión de nuevas acciones o por elevación del valor de las ya existentes.

I

ACCIONES DE DISTINTOS VALORES

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Aunque resulta algo irregular, en tratándose de compañías anónimas (o en comandita por acciones o de economía mixta) sí es posible la emisión de acciones con distintos valores nominales; lo cual supone la puesta en circulación de acciones de distintas series, que para efectos prácticos pueden identificarse con letras y de manera sucesiva (por ejemplo: Serie A, Serie B, etcétera).

Claro que esto podría aceptarse únicamente si las diferencias de valores entre las acciones que tuvieren derecho a voto no ocasionaren diferencias injustas en el ejercicio de tal derecho. Por ello, cuando tales diferencias de valores existieron, los estatutos de la compañía respectiva deberían reconocer el derecho a voto de

las acciones que lo tuvieren (artículos 220 (actual 207) numeral 4 y 223 (actual 210) de la Ley de Compañías) no por unidad de acción sino por unidad de valor monetario. Así, si en una compañía anónima existieron acciones de cinco mil sucres y de diez mil sucres, todas con derecho a voto, los estatutos sociales respectivos deberían reconocer tal derecho no diciendo que por cada acción totalmente pagada se tendrá derecho a un voto, sino que por cada un mil sucres pagados de cada acción se tendrá ese derecho; pues el ejercicio del derecho a voto respecto de las acciones que lo tuvieren debe ser siempre igualitario (aunque no necesariamente "idéntico" o "exactamente igual", porque bien pueden darse en un estatuto social pequeñas diferencias en el ejercicio del derecho a voto de acciones de dos series, por ejemplo, siempre que esas diferencias resulten compensadas recíprocamente en el mismo estatuto social; tal como ocurriría en el caso de que en una compañía anónima el capital social estuviera dividido por mitades en acciones de dos series, pudiendo las de la una serie votar en todas las deliberaciones de la Junta General, menos en la relativa a la designación del primer comisario, y, las de la otra serie, votar también en todas las deliberaciones de dicha Junta, menos en la designación del segundo comisario).

Obviamente que lo antedicho sobre la emisión de acciones de distintos valores nominales no puede aplicarse analógicamente a las participaciones de las compañías de responsabilidad limitada, porque tales participaciones deben ser siempre iguales, de conformidad con el artículo 107 (actual 106) de la Ley de Compañías.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

II

DESEMBOLSO MÍNIMO EN AUMENTOS DE CAPITAL

La disposición sobre el desembolso mínimo del valor de las acciones -individualmente consideradas- que contiene el artículo 187 (actual 174) de la Ley de Compañías se aplica tanto a las constituciones de compañías anónimas como a los aumentos de sus capitales sociales. (Sobre el desembolso mínimo en las constituciones Ver doctrinas 26 numerales 5, 14; y, 94).

Por tanto, la citada disposición del artículo 187 (actual 174) es aplicable también al caso del aumento de capital mediante emisión de nuevas acciones, cuyo pago va a hacerse a plazos.

Esta es la doctrina de la Superintendencia de Compañías, totalmente armónica con los artículos 159 (actual 147) primer inciso, 163 (actual 151) y 187 (actual 174) de la Ley de Compañías, en función del artículo 33 de la misma Ley.

Por otro lado, tal como actualmente está la Ley de Compañías, la referida disposición del desembolso mínimo contenida en el artículo 187 (actual 174) de la misma es también aplicable al caso del aumento de capital mediante la elevación del valor de las acciones ya emitidas, en la parte del aumento mismo (aunque, dicho sea de paso, parece ser que deontológicamente este sistema de aumento de capital debería estar reservado en la Ley para pagos totales por capitalización de reservas o por capitalización de la revalorización de activos).

La referida disposición del artículo 187 (actual 174) también es aplicable a este sistema (del aumento de valor de las acciones) por las siguientes razones:

a) Por el fundamento para uno y otro caso, esto es, para el caso de emisión de acciones nuevas y para el de elevación del valor de las ya existentes, es el mismo: la integración efectiva de por lo menos una parte -el 25%- del capital social, como mínima garantía para la futura conformación del mismo; y,

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Otro aspecto que debe tenerse presente en relación con este mismo sistema (de elevación del valor de las acciones) es el concerniente a la circulación de las acciones elevadas en su valor.

En efecto, si el aumento mediante este sistema se paga íntegramente, los títulos de las acciones no necesitan ser canjeados: basta que se ponga en ellos -mediante un sello, por ejemplo- la referencia que indique el correspondiente aumento de valor, con la firma del funcionario o funcionarios que según los estatutos deban autorizar los títulos de acciones.

Si el aumento hecho por elevación del valor de las acciones ya existentes se paga solo en parte (aunque -como ya se dijo- deontológicamente este sistema debería estar reservado en la Ley para pagos totales por capitalización de reservas o por revalorización de activos), digamos en un 30%, entonces deben retirarse los títulos originales de la circulación; pues, como se trata de las mismas acciones, éstas no podrían estar representadas en "títulos definitivos" sino en "certificados provisionales", según el artículo 181 (actual 168) de la Ley de Compañías.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 83

NECESIDAD DE CONTADOR PÚBLICO "INSCRITO" PARA LLEVAR CONTABILIDADES

Base legal:

LCom: ***Arts. 28 Inc. 2; 332; 335*** **// LCont:** ***Arts. 7; 8*** **// CCo:** ***Art. 37***

La Ley no faculta a los economistas para llevar contabilidades en lugar de los contadores públicos inscritos. En el formulario oficial para la presentación anual de los estados financieros a la Superintendencia de Compañías debe hacerse constar el nombre del Contador que lleva la Contabilidad, y el número de su Registro y su firma.

La Ley de Contadores, dictada por Decreto 1549 del 10 de noviembre de 1966 y publicada en el Registro Oficial 157 de esa misma fecha, dispone que los contadores deben inscribir sus títulos en el "Registro Nacional de Contadores" (artículo 7) y prohíbe a quienes no cumplan con este requisito (artículo 8) ejercer la profesión.

El artículo 37 (6) del Código de Comercio dice: "Todo comerciante o industrial cuyo capital llegue a diez mil sucres, está obligado a llevar contabilidad. Si su capital es menor de cincuenta mil sucres, la llevará personalmente o con el consejo o por medio de contador público inscrito en el Registro de Contadores. Si su capital llega a cincuenta mil sucres, deberá emplear los servicios de contador público inscrito en el Registro de Contadores, a cuyo cargo y bajo cuya responsabilidad estará la contabilidad del negocio".

Como las sociedades sujetas al control de la Superintendencia de Compañías deben tener capitales superiores a los cincuenta mil sucres señalados en el artículo 37 del Código de Comercio, y como ellas están obligadas a llevar contabilidad según esa misma disposición y de acuerdo al artículo 332 (actual

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

290) de la Ley de Compañías, sus contabilidades siempre deberán ser llevadas por los antedichos contadores públicos.

Por otra parte, la Ley de Ejercicio Profesional de los Economistas, del 6 de septiembre de 1974, publicada en el Registro Oficial 674 del 5 de noviembre de 1974 (ver...), no faculta a los economistas "llevar contabilidades", es decir, ejercer las funciones del Contador.

Finalmente, como consecuencia de todo lo expresado, en el formulario oficial para la presentación anual de los estados financieros a la Superintendencia de Compañías debe hacerse constar el nombre y apellidos del Contador que lleva la contabilidad de la compañía, el número de su Registro y su firma.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 85

PARA EL SÓLO EFECTO DE QUE UNA COMPAÑÍA EXTRANJERA EXIJA EL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO NO ES NECESARIA SU DOMICILIACIÓN

Base legal:

LCom: ***Arts: 6; 424***

Solo las Compañías Extranjeras que deseen operar habitualmente en el Ecuador, o las que fueren a estar en cualquiera de los tres casos del segundo inciso del artículo 6 de la Ley de Compañías o las señaladas en el artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos, están obligadas a domiciliarse en el Ecuador.

En la Doctrina 48 constan establecidas las actividades de las compañías extranjeras que interesan a la Ley de Compañías, con la indicación de que:

a) Para las sociedades extranjeras que operan esporádicamente en Ecuador y que no estuvieren en ninguno de los casos señalados en el inciso segundo del artículo 6 de la Ley de Compañías, la Ley solo exige que las mismas tengan un apoderado en el país, que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas;

b) Para las sociedades extranjeras que desearen ejercer habitualmente sus actividades en el Ecuador, la Ley exige su establecimiento o "domiciliación" en el país, de conformidad con el artículo 424 (actual 415) siguientes de la Ley de Compañías; y,

c) Para las compañías extranjeras que fueren a estar en cualquiera de los tres casos que señala el artículo 6 de la misma Ley, es decir, la ejecución de una obra pública, la explotación de algún recurso natural o la prestación de algún servicio público, la Ley también exige su "domiciliación" en el país, según los mismos artículos 424 (actual 415) y siguientes; así como para las compañías extranjeras que fueren a celebrar cualquiera de los contratos referidos en la Ley de

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Hidrocarburos, que no fueren precisamente de explotación de recursos naturales, de conformidad con el artículo 26 de la citada Ley (ver también reformas a los artículos 16 y 17 RO 306 del 13-ago-1982).

Por consiguiente, para el solo efecto de que una compañía extranjera -que no esté en ninguno de los casos señalados en las letras b) y c) que anteceden- exija el cumplimiento de un contrato, no es necesaria su "domiciliación.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 86

AUTORIZACIONES PARA INVERSIONES EXTRANJERAS EN COMPAÑÍAS SUJETAS AL CONTROL Y VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS

Base legal:

D24-CA: ***Arts. 1; 2; 4; 5; 12*** **// LCom:** ***Arts. 33; 151 Inc. 2***

De acuerdo con el segundo inciso del artículo 163 (actual 151) de la Ley de Compañías y el artículo 33 de la misma Ley, la Superintendencia de Compañías, antes de aprobar la constitución o aumento de capital de una Compañía sujeta a su control, está obligada a exigir el cumplimiento de los requisitos que la legislación ecuatoriana impusiere a las "inversiones extranjeras".

En la constitución o aumento de capital de sociedades sujetas al control de la Superintendencia de Compañías en que intervinieren "inversionistas extranjeros" con aportes catalogados como "inversiones extranjeras directas" por la legislación relativa al régimen de tratamiento a los capitales extranjeros, así como en la "domiciliación" de compañías extranjeras mediante el establecimiento de sucursales en el Ecuador, como presupuesto para la aprobación de tales actos, deberá presentarse a la Superintendencia de Compañías, cuando proceda, la autorización concedida por el organismo nacional competente, que en la actualidad es el Ministerio de Industrias, Comercio e Integración (actual Ministerio de Industrias y Competitividad) (según el artículo 1 del Decreto 789 publicado en el Registro Oficial del 23 de septiembre de 1975), para que se efectúen las correspondientes inversiones.

Lo dicho resulta de la concordancia entre los artículos 163 (actual 151) segundo inciso, y 33 de la Ley de Compañías, y los artículos 1, 2, 12 y 13 de la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, puesto en vigencia en el Ecuador

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

por el Decreto 974 del 30 de junio de 1971, publicado en el Registro Oficial del 12 del siguiente mes: pues el segundo inciso del artículo 163 (actual 151) de la Ley de Compañías dice que la Superintendencia aprobará las constituciones respectivas (y los aumentos por el artículo 33) "si se hubieren cumplido todos los requisitos legales" correspondientes.
Luego de aprobado el acto e instrumentada la "inversión extranjera" deberá procederse en su momento al registro de la misma, de conformidad con el artículo 5 de la antedicha Decisión 24, ante el organismo nacional competente, que actualmente es el Banco Central del Ecuador (según el artículo 5 del ya citado Decreto 789).

Por otro lado, parece oportuno señalar aquí que administrativamente -a niveles de Resolución- también se exige la antedicha autorización para las inversiones de compañías constituidas en el Ecuador que tuvieren la calidad de "empresas extranjeras" en los términos de la Decisión 24, en los capitales de otras sociedades, según el artículo 1 de la Resolución 675 publicada en el Registro Oficial del 30 de octubre de 1978, a menos que esa inversión (y la de cualquier otra compañía que estuviera en esas condiciones) no represente más del 10% del capital de la compañía que se va a constituir o que va a aumentar su capital.

Finalmente, la Superintendencia de Compañías ha creído conveniente aprovechar la actualización de esta Doctrina 86 para detallar a continuación el siguiente listado de los cuerpos legales que de una otra forma se hallan vinculados con el tema de la "inversión extranjera" en el ámbito societario del país:

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

-1971-

1. Decreto Supremo 974 (RO 264: 12-jul-1971): pone en vigencia las decisiones 24 y 37 del Acuerdo de Cartagena que contiene el "Régimen Común de Tratamiento al Capital Extranjero y sobre marcas, patentes, licencias y regalías".

-1973-

2. Decreto 338, (Registro Oficial 289: 18-abr-1973): Ley de Organización y Funcionamiento de MICEI.

Reformado por Decreto Supremo 788, (Registro Oficial 895: 23-sep-1975), en el que se crea el Consejo de Inversiones Extranjeras.

-1975-

3. Decreto Supremo 789 (RO 895: 23-sep-1975): concede al MICEI las atribuciones necesarias para que autorice inversiones extranjeras que se efectúen en el país. Al Banco Central del Ecuador para que registre tales inversiones y a las superintendencias de Compañías y de Bancos para que controlen el cumplimiento de los convenios de transformación.

4. Decreto Supremo 457 (RO 821: 06-jun-1975): pone en vigencia la decisión 46 "Régimen Uniforme de la Empresa Multinacional y Reglamento del Tratamiento aplicable al capital Subregional".

-1976-

5. Decreto 1080, (RO 966: 6-ene-1976): prorrógase hasta marzo de 1976 el plazo para que las empresas con inversión extranjera cumplan los requisitos de autorización y de registro de inversiones exigido por la Ley.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

6. Decreto 239-A (RO 61: 7-abr-1976): dispónese que los extranjeros residentes en el país por más de un año, podrán invertir en empresas nuevas o existentes (Decisión 24).

7. Decreto 239-B (RO 61: 7-abr-1976): facúltase al Ministerio de Industrias (actual Ministerio de Industrias y Competitividad) para que legalice inversiones extranjeras realizadas en el aumento de capital o constitución de compañía (Decisión 24).

8. Decreto 689 (RO 165: 6-sep-1976): declárase en vigencia en el territorio nacional la Decisión 48 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (Inversión de la CAF).

9. Decreto 790-D, (RO 189: 8-oct-1976): apruébase el Protocolo adicional al Acuerdo de Cartagena suscrito en Lima el 4 de agosto de 1976.

10. Decreto 900-A, (RO 221: 26-nov-1976): incorpórase a la Decisión 24 las referencias al Régimen Común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías. (Decisión 103).

11. Decreto 900-B, (RO 221: 26-nov-1976): dispónese que el Ministerio de Industrias, Comercio e Integración (actual Ministerio de Industrias y Competitividad) autorizará la inversión extranjera directa en los sectores de actividades económicas de que tratan los artículos 40 al 43 de la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena. (Nota: el artículo 3 de este Decreto fue derogado por el 2342 (20) del 29 de diciembre de 1983, publicado en el Registro Oficial del 9 de enero de 1984).

-1977-

12. Decreto 1007, (RO 248: 05-ene-1977): apruébase el Protocolo de Firma Adicional al Acuerdo de Cartagena, suscrito el 30 de octubre de 1976.

13. Decreto 1150, (RO 283: 25-feb-1977): incorpórese al texto de la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena la Decisión 109, sobre reformas al Régimen Común de Tratamientos a los Capitales extranjeros.

14. Decreto 1257, (RO 304: 28-mar-1977): declárase en vigencia la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que contiene el Reglamento para la aplicación de las normas sobre Propiedad industrial.

15. Decreto 1853-B, (RO 439: 07-oct-1977): ratifícase el Protocolo adicional al Convenio Constitutivo de la Corporación Andina de Fomento.

16. Decreto 1875 (RO 455: 18-oct-1977): determínase los organismos Nacionales que aprobarán y registrarán los contratos sobre importación de tecnología y sobre patentes y marcas (Acuerdo de Cartagena-Tratamiento a los Capitales Extranjeros).

17. Decreto 1964 (RO 471: 25-nov-1977): declárase en vigencia la Decisión 113 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

18. Decreto 1960, (RO 471: 25-nov-1977): apruébase y ratifícase el Protocolo adicional al convenio constitutivo de la CAF.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

-1978-

19. Decreto 2135 (RO 510: 20-ene-1978): autorízase a las instituciones Públicas, Semipúblicas y Privadas, con finalidad social y pública, para que puedan realizar en el país inversiones en moneda extranjera y, además, mantengan depósitos de dicha moneda en el Banco Central.
20. Decreto 2204 (RO 530: 21-feb-1978): Decisión 91. Declárase en vigencia en el territorio nacional el programa Sectorial de Desarrollo Industrial del Sector Petroquímico.
21. Decreto 2567 (RO 614: 23-jun-1978): declárase en vigencia en el territorio nacional la Decisión 120 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (Programa Sectorial de Desarrollo de la Industria Automotriz).
22. Decreto 2605-B, (RO 621: 4-jul-1978): declárase en vigencia en el territorio nacional las DECISIONES 124 y 125 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (Tratamiento al Capital Neutro y nómina de entidades financieras con opción al mismo).
23. Decreto 2668-A, (RO 648: 14-ago-1978): apruébase y ratifícase el Protocolo de Arequipa, suscrito el 21 de abril de 1976, que modifica el Acuerdo de Cartagena.
24. Decreto 2810, (RO 660: 30-ago-1978): desígnase al Banco Central para que participe en la constitución del capital del Fondo Andino de Reservas.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

-1979-

25. Decreto 3162 (RO 763: 31-ene-1979): prórroga de plazo para que las compañías cuyos capitales no alcancen los mínimos fijados por la Ley procedan al correspondiente aumento.
26. Decreto 246-A (RO: 22-feb-1979): aclárase que el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes y Regalías es aplicable a las sucursales de compañías extranjeras establecidas en el país.
27. Decreto 3611, (RO 884: 30-jul-1979): ratifícase el tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

28. Decreto 3605-A, (RO 884: 30-jul-1979): prorrógase plazo para que las sucursales de compañías extranjeras establecidas en el país, cumplan con las obligaciones señaladas en el Decreto 3646-A del 12 de febrero de 1979.
29. Decreto 3779, (RO: 20-ago-1979): derógase el Decreto 365 de 1973 y declárase en vigencia la Decisión 146 (30) del Acuerdo de Cartagena (Reestructuración del Programa de la Industria Metalmecánica).
30. Decreto 3791, (RO 9: 23-ago-1979): declárase en vigencia en el territorio nacional la Decisión 137 aprobada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

-1980-

31. Registro Oficial 284: 29-sep-1980, Decisión 144 aprobada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

-1981-

32. Decreto 1034, (RO 418: 13-abr-1981): reglamento del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (designación de miembros).
33. Decreto 1029 (33) (RO 419: 14-abr-1981): estructura del Sistema Nacional de Ciencia y de Tecnología (Orgánica Funcional).
34. Decreto 247 (RO 69: 31-ago-1981): créase en el Ministerio de Industrias, Comercio e Integración (actual Ministerio de Industrias y Competitividad) la Subsecretaría de Comercio Exterior.
35. Decreto 318 (RO 96: 07-oct-1981): autorízase al Ministerio de Industrias (actual Ministerio de Industrias y Competitividad) para que publique la legislación vigente en el Ecuador sobre Inversión Extranjera directa, Inversión Nacional y Tecnología.
36. Decreto 877, (RO-S 242: 13-may-1982): fíjase la tasa oficial de cambio internacional del sucre en la cantidad de treinta y tres sucres por cada dólar de los Estados Unidos de América o de su equivalente en otras divisas.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

-1982-

37. Ley 101, (RO 306: 13-ago-1982) Reformas a la Ley de Hidrocarburos.

38. Ley 102 (RO 306: 13-ago-1982) Ley Tributaria para la contratación de prestación de servicios en la explotación y exploración de Hidrocarburos.

39. Decreto Ejecutivo 1384, (RO 390: 14-dic-1982) Reformas al Reglamento a la Ley de Impuesto a la Renta (38), en las que se contienen normas sobre revalorización de activos fijos.

-1983-

40. Decreto Ejecutivo 1491 (RO 427: 07-feb-1983) Reglamento de aplicación a la Ley 101.

41. Decreto Ejecutivo 1501, (RO 428: 8-feb-1983) Reglamento de aplicación de la Ley 102.

42. Decreto Ejecutivo 1608, (RO 453: 17-mar-1983) Decisión 144: incorpora a la IFU a la nómina de entidades con opción al Tratamiento de Capital neutro.

43. Decreto Ejecutivo 1609, (RO 453: 17-mar-1983) Decisión 169: Empresas Multinacionales Andinas.

44. Decreto 2342 (RO 657: 9-ene-1984): refórmase el Decreto 900-B de 1976 facultándose al MICEI para que autorice inversiones extranjeras directas en seguros, reaseguros, banca comercial y compañías financieras, y regúlase la reinversión de utilidades en "empresas extranjeras" así como la remesa de utilidades al extranjero (Nota: este Decreto se halla complementado por la Resolución 84 del MICEI del 1 de febrero de 1984, publicada en el Registro Oficial del 7 de febrero de 1984).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 87

CONVALIDACIÓN IMPROCEDENTE

Base legal:

LCom: *Arts. 34; 101* // DS-3135-A (RO 761: 29-ene-79): *Art. 3*

Los actos realizados en contravención a una prohibición legal no pueden subsanarse.

No procede la convalidación de la escritura de constitución de una compañía de responsabilidad limitada en la que ha intervenido como socio una compañía anónima extranjera, pues, de conformidad con el artículo 101 (actual 100) de la Ley de Compañías tales sociedades están prohibidas de participar en esta especie de compañías; y, habiéndose infringido la ley al intervenir en el acto constitutivo una persona impedida legalmente de hacerlo, se ha viciado a éste de nulidad, supuesto en el cual no procede la convalidación por tratarse de un acto prohibido por la ley.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 94

CADA UNA DE LAS ACCIONES SUSCRITAS EN LA CONSTITUCIÓN DE UNA COMPAÑÍA ANÓNIMA DEBE ESTAR PAGADA, POR LO MENOS, EN LA CUARTA PARTE DE SU VALOR

Base legal:

LCom: *Arts. 159 Inc. 1; 187*

El desembolso mínimo de la cuarta parte es exigido tanto para el capital social como para cada una de las acciones que lo integran.

El primer inciso del artículo 159 (actual 147) de la Ley de Compañías establece que el capital social de la compañía anónima debe estar pagado en la cuarta parte de su valor, por lo menos, al tiempo de su constitución.

Como fácilmente se puede advertir de la sola lectura del texto legal la mencionada disposición se refiere al pago mínimo del capital social, considerado como un solo todo. Su exigencia gira, pues, alrededor de una simple división aritmética: la cuarta parte del monto total del capital de la compañía respectiva.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Si esa fuera la única disposición que existiera al respecto, podría darse el caso -por ejemplo- de una compañía anónima con un capital social de un millón de sucres, dividido en un mil acciones de un mil sucres cada una, por el que se hubiere pagado quinientos mil sucres, es decir, más de su cuarta parte, mediante el pago o liberación total de la mitad de sus acciones, dejándose totalmente impagas las correspondientes a la otra mitad.

Pero el artículo 187 (actual 174) de Ley de Compañías impide que se produzca esa posibilidad, ya que esa disposición, como complemento de la contenida en el primer inciso del artículo 159 (actual 147), exige que cada una de las acciones -

individualmente consideradas- se pague por lo menos en la cuarta parte de su valor, al momento de la respectiva suscripción.

En los numerales 5 al 14 de la Doctrina 26 ya se establecieron las razones y fundamentos filosóficos y prácticos de esta cuestión.
Por consiguiente, al constituirse una compañía anónima, deben estar pagadas -por lo menos- tanto la cuarta parte del monto total del capital social como la cuarta parte de cada una de las acciones que lo integran.

Pasados esos límites, es decir, cubiertas ambas cuartas partes, no es necesario conservar las mismas proporciones de pago en las acciones individualmente consideradas, por una parte, y en el capital social, por otra. Por ello, una vez satisfechos los desembolsos mínimos exigidos por el primer inciso del artículo 159 (actual 147) y por el artículo 187 (actual 174) de la Ley de Compañías, bien puede un mismo suscriptor haber liberado o pagado totalmente el valor de unas acciones y quedar adeudando las tres cuartas partes (75%) del valor de otras.

De igual forma, pagado el 25% de cada acción, los pagos ulteriores pueden -a voluntad del accionista- o liberar determinadas acciones o distribuirse proporcionalmente entre todas las acciones respectivas.

Finalmente, vale concluir diciendo que lo propio ocurre en las compañías de responsabilidad limitada, pero no con la cuarta parte sino con el cincuenta por ciento respectivo, tal como se lee en el segundo inciso del artículo 103 (actual 102) de la Ley de Compañías.
Sobre el desembolso mínimo en caso de aumentos de capital ver la Doctrina 82.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 95

EXPEDICIÓN DE CERTIFICADOS PROVISIONALES Y DE TÍTULOS DEFINITIVOS DE ACCIONES

Base legal:

LCom: *Arts. 168; 173*

La voz genérica de "títulos" que consta al principio del artículo 186 (actual 173) de la Ley de Compañías comprende tanto a los "títulos definitivos" representativos de las acciones liberadas como a los "certificados provisionales" expedidos por las no liberadas.

Respecto a la expedición de títulos correspondientes a las acciones suscritas, es posible advertir una aparente antinomia entre los artículos 181 (actual 168) y 186 (actual 173) de la Ley de Compañías, probablemente a causa de la defectuosa redacción de este último. En efecto, el artículo 181 (actual 168) expresa que la compañía no puede expedir títulos definitivos de las acciones que no estén totalmente pagadas, o sea, liberadas; mientras que el artículo 186 (actual 173) la expedición de los títulos correspondientes a las acciones suscritas en el acto de constitución simultánea de la compañía, dentro de los sesenta días siguientes a la inscripción del contrato en el Registro Mercantil y, en los casos de constitución sucesiva, dentro de los ciento ochenta días siguientes a la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de constitución definitiva.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Mas, como ha de considerarse que las disposiciones de la ley deben guardar entre sí armonía y ha de interpretárselas bajo tal presupuesto, la norma del artículo 186 (actual 173) debe entenderse en el sentido de que la compañía ha de expedir los títulos correspondientes a las acciones suscritas en la constitución, dentro de los sesenta o de los ciento ochenta días siguientes a la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil, según el caso, con la categoría de "títulos

provisionales" si las acciones respectivas no están totalmente pagadas, y de "títulos definitivos" si tales acciones ya han sido liberadas en su totalidad.

En otras palabras, la aparente antimonia deja de existir cuando se advierte que el primer inciso del artículo 186 (actual 173) se refiere a los títulos de acciones en general, mientras que el segundo inciso del artículo 181 (actual 168) alude concretamente sólo a los "títulos definitivos" en particular. Se trata, pues, de una cuestión de género y especie. De otro modo no habría existido razón para que el artículo 181 (actual 168) empleara la palabra "definitivos".

Con lo dicho queda claro que el propósito del artículo 186 (actual 173) es el de evitar que los primeros accionistas permanezcan indefinidamente sin alguna certificación que acredite su calidad y su inversión.

Por lo demás, el hecho de que a esos títulos provisionales se los haya llamado en la práctica "certificados provisionales" carece de importancia. Al fin y al cabo el certificado es un título y el título es un certificado. Claro que lo perfecto hubiera sido que la designación de "**certificado provisional**" la ley la hubiera reservado expresamente sólo para los "resguardos" que los suscriptores reciben de los promotores a cambio de sus aportaciones y en prueba de las mismas, antes del otorgamiento de la escritura de constitución definitiva, en los casos de suscripción pública, y extensivamente para los que a veces se entregan a los fundadores en la práctica, firmados por todos ellos, antes de otorgada la escritura de fundación, en las constituciones simultáneas; que la designación "**Título Provisional de Acciones**" hubiera sido expresamente creada para aludir al certificado que recibe el accionista después de constituida la compañía en representación de sus acciones que hubiere suscrito pero que aún no hubiere pagado en su totalidad; y, que la designación "**Títulos Definitivos de Acciones**" hubiera sido expresamente reservada, con la claridad del caso, para los certificados representativos de las acciones totalmente liberadas, entregados después de la constitución de la sociedad.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 96

EL VALOR DEL APORTE EN ESPECIE QUE SE HAGA PARA INTEGRAR EL CAPITAL EN LA CONSTITUCIÓN DE UNA COMPAÑÍA ANÓNIMA O DE RESPONSABILIDAD LIMITADA PUEDE SER SUPERIOR AL VALOR TOTAL DE LAS PARTICIPACIONES O ACCIONES QUE SE RECIBA A CAMBIO DE LA ESPECIE APORTADA

Base legal:

LCom: ***Art. 10; 103; 105; 173; 174***

Así cuando la compañía esté plenamente constituida figurará como pasivo de la misma el correspondiente crédito a favor del aportante por el exceso respectivo.

La Superintendencia de Compañías ha revisado esta Doctrina y ha resuelto modificar su contenido original.

La práctica ha demostrado que la exigencia de que en las constituciones siempre coincidan matemáticamente el valor de las acciones o participaciones suscritas por un socio o accionista con el valor de la o las especies aportadas por el mismo en pago de aquellas es a veces imposible en el plano de la realidad, a tal punto que ante la pertinente imposibilidad se ha tenido que acudir -para respetar la Doctrina que ahora se modifica- a distintos artificios que alteran la realidad de las cosas; tales como el producir "a la fuerza" la coincidencia referida cuando el valor de la especie es superior, disminuyendo de hecho el valor real de la misma, a propósito con la venia de todos los interesados, o el reconocer el valor real de la especie en una cifra superior al valor de las acciones pertinentes y el renunciar a la diferencia, a título gratuito, para así no tener que discutir el problema de la antedicha coincidencia.

Con la reconsideración correspondiente queda recuperada la correcta apreciación que se merece el aspecto secuencial del problema: primero es la suscripción de

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

las participaciones o de las acciones y luego viene el asunto del pago de las mismas, por cualquiera de los medios previstos en la Ley. Y ello significa realmente que una vez contraída la obligación de pagar las acciones ya suscritas lo único que en verdad exige la Ley es que las mismas sean pagadas según sus previsiones.

Y entre esas previsiones está la de poder pagar las acciones suscritas con especies no consistentes en numerario, según los artículos 103 (actual 102), 105 (actual 104), 173 (actual 161) y 174 (actual 162) de la Ley de Compañías (lo cual se ve confirmado por los artículos 143 (actual 140) numeral 2 y 196 (actual 183) numeral 1 de la misma Ley).

Como se admitía en el anterior texto de esta Doctrina, la Ley no contiene disposición expresa que prohíba que una compañía reconozca y pague al aportante el exceso del valor que la especie aportada puede tener sobre el monto de las acciones o participaciones que deban entregársele a cambio de la misma...

... Sin embargo, ante aquella innegable circunstancia, entonces se creyó que siempre debían coincidir ambos valores y que no se podía reconocer ni pagar el exceso supradicho, porque la Ley se limitaba a hablar de las acciones o participaciones que el aportante de una especie debía recibir a cambio de ella, sin más contemplaciones, y porque la compañía en constitución aún no tenía personalidad jurídica para pactar nada (compraventa) con el aportante respecto del exceso mencionado.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Pero la verdad es que el primer fundamento antedicho (el silencio de la Ley) igualmente servía para sostener lo contrario (en razón del artículo 8 del Código Civil), y que el segundo fundamento (la falta de personalidad jurídica) mas bien resultaba ser una cuestión más de forma que de fondo, a tal punto que el texto original de esta Doctrina admitía el exceso y su negociación en los casos de aumentos de capital.

Y así quedó demostrado con la más o menos reciente reforma del artículo 10 de la Ley de Compañías (Decreto 3135-A, RO 761: 29-ene-1979), en cuyo cuarto inciso hoy se permite expresamente darle al suscriptor acciones o participaciones por un valor menor al valor del inmueble aportado, cuando el mismo está hipotecado; lo cual por otra parte significa, según ese mismo inciso cuarto, que la compañía en constitución pasa a subrogarse en la obligación de pagar el saldo de la deuda hipotecaria (cuando la hipoteca se encontrare asegurando una deuda propia del aportante, claro está), aún cuando para entonces -como se sabe- la compañía en constitución carece de personalidad jurídica.

Es que el problema de la falta de personalidad jurídica de la compañía durante su proceso de constitución no se lo puede generalizar indiscriminadamente a todos y cada uno de los diversos actos que integran dicho proceso; pues si aplicáramos la tesis de la falta de personalidad con todo el rigor del Derecho Civil durante aquel proceso tendríamos que concluir en que ningún aporte podría cumplirse a cabalidad antes de la inscripción de la escritura pertinente en el Registro Mercantil (que es cuando recién nace la personalidad jurídica pertinente según los artículos 97 (actual 96) y 158 (actual 146)), ni siquiera el hecho en numerario, porque siendo traslaticios de dominio todos los aportes (según el primer inciso del artículo 10) no se podría cumplir con la tradición correspondiente, ni siquiera en la cuarta parte o en la mitad que la Ley exige como desembolsos mínimos para las constituciones de compañías anónimas y de responsabilidad limitada, por no existir aún -antes de la inscripción supradicha- la persona del adquiriente, cuya capacidad e intención de adquirir es exigida por el artículo 705 (actual 686) del Código Civil.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Pero tal generalización indiscriminada no cabe en tratándose del proceso de constitución de una compañía, en donde el problema de la falta de personalidad jurídica durante aquel proceso es una cuestión que pertenece a la esencia misma del contrato de sociedad; pues dicho proceso tiene por objeto precisamente lograr aquella personalidad.

Por esto es que, por ejemplo, en tratándose de aportes inmobiliarios efectuados en una constitución, el inciso segundo del artículo 10 de la Ley de Compañías dispone que antes de que la escritura pertinente se inscriba en el Registro Mercantil, es decir, que antes de que la compañía adquiera su correspondiente personalidad jurídica y su consiguiente calidad de sujeto de derecho, el respectivo aporte inmobiliario contenido en esa escritura se inscriba primero en el Registro de la Propiedad, para que se efectúe la tradición sin que aún exista jurídicamente la persona del adquiriente (cuya capacidad e intención de adquirir exige el artículo 705 (actual 686) del Código Civil).

Y ello porque en materia de suscripciones y pagos de acciones durante el proceso de constitución de una compañía en nada molesta que aún no exista la compañía como persona jurídica.

Por eso no habría ningún inconveniente que en la constitución de una compañía anónima o de responsabilidad limitada la sociedad en organización reconozca a favor de uno de sus suscriptores -para pagarle después- cualquier exceso de valor (prudencial, se entiende) que el bien aportado por éste pudiera tener sobre el monto de las acciones o participaciones que deban entregársele a cambio. Así, cuando la compañía esté constituida plenamente, figurará como pasivo de la misma el correspondiente crédito a favor del aportante respectivo por el exceso mencionado, el mismo que deberá ser pagado en su debida oportunidad.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Y con ello no se habría violado ninguna disposición legal: el pago de las acciones pertinentes quedaría debidamente satisfecho; los fundadores no dejarían de ser solidariamente responsables frente a la compañía y terceros por el valor asignado a la especie aportada según los artículos 105 (actual 104) y 174 (actual 162); el correspondiente título traslaticio de dominio de la misma continuaría siendo el del "aporte a sociedad" sin que el exceso altere su naturaleza (siempre que su cuantía no superare los límites de lo normal); y, lo más significativo a niveles filosóficos, no se habría tenido que recurrir a determinados artificios para distorsionar la realidad de las cosas.

DOCTRINA 97

LA DECISIÓN DE ADQUIRIR A TÍTULO ONEROSO PARTICIPACIONES O LAS PROPIAS ACCIONES REQUIERE EL CONSENTIMIENTO UNÁNIME DE LOS SOCIOS O ACCIONISTAS DE LA COMPAÑÍA

Base legal:

LCom: ***Art. 113-115; 120 Lit. e; 204; 205; 209; 220 Nums. 2, 8, 273 Num. 6***

> **En tratándose de Compañías de Responsabilidad Limitada el artículo 115 (actual 113) de la Ley de Compañías, que exige el consentimiento unánime de todos los socios para cualquier transferencia de participaciones entre vivos, hace necesaria tal unanimidad para la adquisición a título oneroso de las propias participaciones por parte de la Sociedad, sin más análisis al respecto.**
>
> **En lo relativo a las Compañías Anónimas, en el Ecuador, en principio, la adquisición a título oneroso por parte de la Sociedad de sus propias acciones -para revenderlas o para amortizarlas- solamente puede resolverse en forma tal que la operación afecte por igual a todos los accionistas, en proporción al valor pagado de sus acciones; pero, como ningún accionista puede ser obligado a enajenar sus acciones contra su voluntad, la resolución de la Junta General de Accionistas que acuerde tal adquisición debe ser tomada por unanimidad del capital social, y, tomada así, bien puede decidirse que la operación afecte a unos accionista y a otros no.**

Para tener una mejor visión del tema conviene transcribir a continuación las disposiciones de nuestra Ley de Compañías que más íntimamente se relacionan con el mismo:

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

"Art. 205 (actual 192).- La compañía anónima puede adquirir sus propias acciones por decisión de la Junta General, en cuyo caso empleará en tal operación únicamente fondos tomados de las utilidades líquidas y siempre que las acciones estén liberadas en su totalidad.
Mientras estas acciones estén en poder de la compañía quedan en suspenso los derechos inherentes a las mismas.

También se necesitará decisión de la Junta General para que esas acciones vuelvan a la circulación".

"Art. 209 (actual 196).- La amortización de las acciones, o sea, el pago del valor de las mismas y su retiro de la circulación en el mercado, se hará con utilidades repartibles y sin disminución del capital social, cuando la Junta General de accionistas acordare dicha amortización, siempre que las acciones amortizables se hallaren íntegramente pagadas. Si la amortización fuere a cargo del capital, se requerirá previamente el acuerdo de su reducción, tomado en la forma que esta Ley indica para la reforma del contrato social.

La amortización de acciones no podrá exceder del cincuenta por ciento del capital social".

Art. 273 (actual 231).-... Es de competencia de la Junta General:

6. Resolver acerca de la amortización de acciones...".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Art. 113.- (actual 111) En esta compañía (de responsabilidad limitada) no se tomarán resoluciones encaminadas a reducir el capital social si ello implicara la devolución a los socios de parte de las aportaciones hechas y pagadas...".

Art. 114.- (actual 112) La amortización de las partes sociales (en las compañías de responsabilidad limitada) será permitida solamente en la forma en que se establezca en el contrato social, siempre que, para el efecto, se cuente para el pago de utilidades líquidas disponibles para el pago de dividendos".

"Art. 120 (actual 118).- Son atribuciones de la Junta General (de la compañía de responsabilidad limitada):

... e) Resolver acerca de la amortización de las partes sociales...".

No existen más disposiciones en nuestra Ley de Compañías que estuvieren directa y concretamente relacionadas con el tema de la adquisición por parte de la compañía de sus propias acciones o participaciones.

Como ya se anotó en la Doctrina 28, la legislación ecuatoriana ha establecido que una compañía anónima puede adquirir -a título oneroso- sus propias acciones para dos finalidades distintas, es decir, o para revenderlas después de un tiempo poniéndolas entonces nuevamente en circulación, o para amortizarlas retirándolas definitivamente del mercado.

Lo dicho significa que para la reventa o para la amortización de acciones será siempre presupuesto indispensable la previa adquisición de las acciones pertinentes por parte de la compañía anónima respectiva.

Por otro lado, como ya se advirtió en la referida Doctrina 28, la adquisición de acciones propias para revenderlas después solo puede hacerse con utilidades líquidas, mientras que la adquisición de las propias acciones para amortizarlas puede hacerse o con cargo a utilidades líquidas y sin reducción del capital social o con cargo al capital y -por ende- con disminución del mismo.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

(En este punto conviene advertir que lo acabado de expresar no abarca el tema de la adquisición de acciones propias a título gratuito ni el de igual adquisición por vía de adjudicación judicial en pago de créditos de la compañía; la primera de las cuales es perfectamente posible en razón de cualquier legado o donación que se haga a favor de la sociedad, tanto más cuanto que la adquisición a título oneroso está permitida por nuestra ley, mientras que la segunda -que en México es expresamente reconocida- no funciona en el Ecuador en el caso que podría

considerarse como el más corriente, cual es el de la ejecución judicial -con venta forzada- contra el accionista que no ha pagado su aportación, tal como se establece en la parte final del inciso penúltimo del artículo 232 (actual 219) de la Ley de Compañías.)

Lo antedicho es parcialmente aplicable al caso de las compañías de responsabilidad limitada.

En efecto, en la compañía de responsabilidad limitada no está autorizada por la ley la adquisición de las propias participaciones para su posterior reventa, por razones obvias que nacen de la especial naturaleza jurídica de este tipo de sociedad; pero, sí lo está la adquisición de las mismas que resulta necesaria para el caso de su amortización, si la misma está prevista en el contrato social, tal como se dispone en el transcrito artículo 114 (actual 112), siempre que para ello se utilicen fondos de las utilidades líquidas, según esa misma disposición, sin que por tanto resulte procedente la amortización con cargo al capital, no solo por no encontrarse prevista en el citado artículo 114 (actual 112) sino por la expresa prohibición contenida en el artículo 113 (actual 111) que también consta transcrito con anterioridad.

En consecuencia, en tratándose de compañías de responsabilidad limitada, la legislación ecuatoriana ha establecido que dichas compañías pueden adquirir a título oneroso sus propias participaciones únicamente para amortizarlas, con utilidades líquidas solamente, siempre que tal amortización estuviere prevista en el contrato social.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En cambio, en las compañías anónimas, como ya se indicó, la adquisición de las propias acciones puede hacerse o para revenderlas después, en cuyo caso tal adquisición solo puede hacerse con utilidades líquidas, o para amortizarlas, en cuyo caso la adquisición previa puede hacerse o con cargo a utilidades líquidas y sin disminución del capital social, o con cargo a capital y con su consiguiente reducción.

Una vez establecidos estos principios básicos resulta muy apropiada la siguiente pregunta: ¿se requiere el consentimiento unánime de todos los socios o accionistas para resolver válidamente la adquisición de las propias participaciones o de las propias acciones, o es suficiente el correspondiente acuerdo de la mayoría respectiva?

Como la Ley de Compañías nada dice expresamente al respecto, parecería que bien podrían aplicarse los artículo 119 (actual 117) y 283 (actual 241) de la misma para resolver la cuestión por la vía más simple y reconocer que para el efecto solo basta la mayoría respectiva.

Pero esa solución no es tan sencilla... ni apropiada.

Por lo menos no lo es en tratándose de las compañías de responsabilidad limitada, porque la adquisición de las participaciones respectivas estaría sujeta al previo consentimiento unánime de todos los socios que el artículo 115 (actual 113) de la Ley de Compañías exige sin excepción alguna para todas las transferencias de participaciones por acto entre vivos; pues el hecho de que el adquiriente resulte ser la propia compañía en nada afecta a la generalidad de la norma.

Así, por lo menos queda aclarado, fuera de toda duda, que para resolver la adquisición de sus propias participaciones la compañía de responsabilidad limitada necesita siempre del consentimiento unánime de todos sus socios.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Con lo dicho que demostrado -por lo menos en el campo de las compañías de responsabilidad limitada- que en este caso no ha existido inconveniente alguno en llegar a la antedicha conclusión (del consentimiento unánime) aún a pesar de que la Ley no ha establecido expresamente la votación requerida para el caso concreto de la amortización de participaciones y aún a pesar de la norma genérica sobre la mayoría que establece el artículo 119 (actual 117) de la Ley de Compañías.

Y ello bien puede significar que igual cosa podría ocurrir también en el caso de la adquisición de las acciones propias por parte de una compañía anónima, es decir,

aún a pesar de que la ley no ha establecido expresamente la votación requerida para el caso concreto de tal adquisición y aún a pesar de la norma general sobre la mayoría que se establece en el artículo 283 (actual 241) de la citada Ley.

Pero en el caso de la compañía anónima el asunto no es tan simple como en el de la de responsabilidad limitada, por la sencilla razón de que en la Ley de la materia no existe para aquella ninguna disposición parecida a la contenida en el artículo 115 (actual 113) (que exige el consentimiento unánime de los socios para toda transferencia de participaciones)... antes por el contrario, para la compañía anónima el artículo 204 (actual 191) de la Ley de Compañías, establece que el "derecho de negociar libremente las acciones no admite limitación", y el numeral 8 del artículo 220 (actual 207) de la misma Ley preceptúa que es "derecho fundamental" del accionista -del cual "no se le puede privar"- "negociar libremente sus acciones".

En todo caso, antes de proseguir es bueno recordar que, como ya se dijo al final de la Doctrina 28, nuestra ley no ha sido lo suficientemente generosa en materia de adquisición y amortización de acciones, a pesar del especial cuidado que estas cuestiones demandan por los graves peligros que encierran.

Y para justificar lo dicho tal vez valga la pena referirnos a continuación a algunas disposiciones legales de otros países sobre la materia:

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

EN ARGENTINA

La Ley General de Sociedades (Decreto - Ley 19550/72) dice: "Art. 220.- La sociedad puede adquirir acciones que emitió, solo en las siguientes condiciones:

1. Para cancelarlas y previo acuerdo de reducción del capital.
2. Excepcionalmente, con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres cuando estuvieren completamente integradas y para evitar un daño grave, lo que será justificado en la próxima asamblea ordinaria.

3. Por integrar el haber de un establecimiento que adquiere o de una sociedad que incorpore".

"Art. 221.- El directorio enajenará las acciones adquiridas en los supuestos 2 y 3 del artículo anterior dentro del término de un año; salvo prórroga por la asamblea. Se aplicará el derecho preferente previsto en el artículo 194.

Los derechos correspondientes a esas acciones quedarán suspendidos hasta su enajenación; no se computarán para la determinación del quórum ni de la mayoría".

"Art. 223.- El estatuto puede autorizar la amortización total o parcial de acciones integradas, con ganancias realizadas y líquidas, con los siguientes recaudos:

1. Resolución previa de la asamblea que fije el justo precio y asegure la igualdad de los accionistas.

2. Cuando se realice por sorteo, se practicará ante la autoridad de contralor o escribano de registros, se publicará su resultado y se inscribirá en los registros.

3. Si las acciones son amortizadas en parte, se asentará en los títulos.

Si la amortización es total, se anularán reemplazándose por bonos de goce".

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

EN CHILE

Acerca del Decreto con fuerza de Ley 251, del año 1931, el Profesor Julio Olavarría A. dice en su "Manual de Derecho Comercial" (p. 346 de la Tercera Edición, año 1970) lo siguiente:

"Adquisición por la sociedad de sus propias acciones.- Esta es la maniobra más frecuentemente usada para asegurar la reelección permanente de los miembros del Consejo Directivo. Hecha la adquisición con el capital, importaba la

disminución de éste y por ello no era posible. Sin embargo en el DFL. 251 se incurrió en la debilidad de admitirla, condicionándola a que se haga "con las utilidades líquidas o con fondos especiales que no sea el de reserva", a que cuente con previa autorización de una Asamblea General Extraordinaria y con el visto bueno de la Superintendencia.

Esta puerta abierta fue de inmediato aprovechada por algunas sociedades anónimas, llegándose a intentar esa adquisición hasta por las sociedades anónimas en liquidación, conducta que la Superintendencia desaprobó. Tratando de moderar la corruptela a que se había dado margen, el artículo 28 del Reglamento prescribió en 1947 que "las acciones de su propia emisión que la sociedad tenga inscritas a su nombre no darán derecho a voto" disposición ingenua porque no impedía el uso de testaferros o "palos blancos" que aparecieran como titulares de ellas.

La Superintendencia ha tratado de limitar las perniciosas consecuencias de tales procedimientos. Ha manifestado que solo autorizará la adquisición "cuando existan motivos plausibles para ello", limitándola en cuanto al máximum de acciones que pueda adquiriese, al precio y al plazo dentro del cual debe llevarse a cabo, el cual no puede ser indefinido.

También ha demostrado preocupación la Superintendencia por regular el empleo de las acciones que aparezcan a nombre de los bancos y de la Bolsa de Comercio.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

La Ley alemana de 1965 trata también infructuosamente de rodear esta operación de condiciones de seriedad y después de considerar diversas situaciones en relación con la adquisición de sociedades controladas y la adquisición por éstas de las acciones de la sociedad controladora, el inciso sexto del artículo 71 dispone que la compañía no está facultada para ejercer los derechos de accionistas respecto de sus propias acciones y que lo mismo se aplicará a las acciones que otro tenga por cuenta de esa compañía.

Con visión más realista sobre el problema el artículo 217 de la Ley francesa de 1966 prohíbe pura y simplemente a la sociedad la compra de sus propias acciones (respecto de lo cual nosotros nos permitimos aclarar que esa misma Ley sí permite excepcionalmente ciertas adquisiciones en el propio artículo 217 y en el párrafo 2 del artículo 275)".

EN MEXICO

La Ley General de Sociedades Mercantiles (del año 1934 con reformas de hasta 1981) dice:

"Art. 134.- Se prohíbe a las sociedades anónimas adquirir sus propias acciones, salvo por adjudicación judicial, en pago de créditos de la sociedad.

En tal caso, la sociedad venderá las acciones dentro de los tres meses, a partir de la fecha en que legalmente pueda disponer de ellas; y si no lo hiciere en ese plazo, las acciones quedarán extinguidas y se procederá a la consiguiente reducción del capital. En tanto pertenezcan las acciones a la sociedad, no podrán ser representadas en las asambleas de accionistas".

"Art. 135.- En el caso de reducción del capital social mediante reembolso a los accionistas (amortización de acciones con cargo al capital), la designación de las acciones que hayan de nulificarse se hará por sorteo ante notario o corredor público".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

"Art. 136.- Para la amortización de acciones con utilidades repartibles, cuando el contrato social la autorice, se observarán las siguientes reglas:

I. La amortización deberá ser decretada por la asamblea general de accionistas;
II. Solo podrán amortizarse acciones íntegramente pagadas;
III. La adquisición de acciones para amortizarlas se hará en bolsa; pero si contrato social o el acuerdo de la asamblea general fijaren un precio determinado, las acciones amortizables se designarán por sorteo ante notario o corredor

titulado. El resultado del sorteo deberá publicarse por una sola vez en periódico oficial de la entidad federativa del domicilio de la sociedad;
IV. Los títulos de las acciones amortizadas quedarán anulados y en su lugar podrán emitirse acciones de goce, cuando así lo prevenga expresamente el contrato social;
V. La sociedad conservará a disposición de los tenedores de las acciones amortizadas, por el término de un año, contado a partir de la fecha de la publicación a que se refiere la fracción III, el precio de las acciones sorteadas y, en su caso, las acciones de goce. Si vencido este plazo no se hubieren presentado los tenedores de las acciones amortizadas a recoger su precio y las acciones de goce, aquel se aplicará a la sociedad y éstas quedarán anuladas".

"Art. 182.- Son asambleas extraordinarias las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:

I. Prórroga de la duración de la sociedad;
II. Disolución anticipada;
III. Aumento o reducción del capital;
IV. Cambio del objeto de la sociedad;
V. Cambio de nacionalidad de la sociedad;
VI. Transformación de la sociedad;
VII. Fusión con otra sociedad;
VIII. Emisión de acciones privilegiadas;
IX. Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce...".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

"Art. 190.- Salvo que en el contrato social se fije una mayoría más elevada, en las asambleas extraordinarias deberán estar representadas, por lo menos, las tres cuartas partes del capital (quórum de instalación) y las resoluciones se tomarán por el voto de las acciones que representan (por lo menos) la mitad del capital social (quórum decisorio)".

"Art. 191.- Si la asamblea no se pudiere celebrar el día señalado para la reunión, se hará una segunda convocatoria... y en la junta se resolverá... cualquiera que sea el número de acciones representadas.

Tratándose de asambleas extraordinarias, las decisiones se tomarán siempre por el voto favorable del número de acciones que representen, por lo menos, la mitad del capital social".

EN ESPAÑA

La Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas del 17 de julio de 1951 dice:

"Art. 47.- La sociedad podrá adquirir sus propias acciones con cargo al capital social únicamente para amortizarlas, previo acuerdo de reducción del capital, adoptado conforme a las disposiciones de esta Ley.

Con los beneficios y reservas libres, y sólo al efecto de amortizarlas, podrá la sociedad adquirir sus acciones por compraventa o permuta. Con cargo a esos mismos bienes, y por otro título oneroso podrá también la sociedad adquirir las acciones sin necesidad de amortizarlas (para revenderlas, se entiende) cuando la adquisición se haga para evitar un daño grave y haya sido autorizada por acuerdo de la Junta. Es lícita la adquisición de acciones propias a título gratuito.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Las acciones que adquiera la sociedad a título oneroso deberán estar totalmente desembolsadas, y en los supuestos de que no haya de amortizarlas, deberá (re) venderlas en el más breve plazo. Entre tanto, quedará en suspenso el ejercicio de los derechos incorporados a las acciones que posea la sociedad".

"Art. 100.- Cuando la reducción implique amortización de acciones mediante reembolso a los accionistas y la medida no afecte por igual a todas las acciones, será preciso el acuerdo de la mayoría de los accionistas interesados adoptando en la forma prevista en los artículos 84 y 85 de esta Ley".

"Art. 101.- Los preceptos sobre reducción de capital no necesitan ser observados cuando ésta se realice por vía de amortización con cargo a los beneficios o a las reservas libres".

Creemos que con las referencias que anteceden bien puede tenerse -por vía de comparación- una clara idea de lo poco que ha regulado nuestra Ley esta materia de la adquisición de las propias acciones.

En efecto, con tales referencias fácilmente podemos advertir que en el trasfondo de este asunto existen cuestiones vital importancia que nuestra Ley no ha considerado, tales como:

a) Que la adquisición a título oneroso de las propias acciones para revenderlas después es realmente un asunto sumamente delicado que por su naturaleza debe estar solo permitido en casos muy especiales, como el de evitar un grave daño a la sociedad;
b) Que siempre debe existir un plazo (el más breve posible) para que la compañía revenda las acciones propias que hubiere adquirido con tal finalidad;
c) Que la adquisición de las propias acciones -inclusive para amortizarlas- es una cuestión tan importante en la vida de la sociedad como la disolución anticipada, la prórroga del plazo de duración, la transformación etcétera, al punto de exigirse en Chile la respectiva aprobación de la Superintendencia de Sociedades Anónimas;
d) Que en esta materia los accionistas (de una misma clase, se entiende) deben ser tratados por igual y sin distinciones, al punto de que deba acudirse al sorteo cuando la decisión correspondiente no afectare por igual a todos los accionistas;
e) Que para asegurar el antedicho tratamiento igualitario existen mecanismos diversos en cuanto al precio de la adquisición respectiva, como el caso de la adquisición en bolsa o en su defecto el mismo sorteo (ante Notario Público por ejemplo) efectuado después de la fijación del precio por parte de la compañía; y,
f) Que aún teniendo en cuenta todas esas cuestiones en la propia Ley, la votación mínima aconsejable para decidir la adquisición de acciones para su amortización

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

es de por lo menos la mitad del capital social (del capital total y no solo del capital concurrente a la sesión), como ocurre en México, donde no se permite la adquisición de acciones propias a título oneroso para revenderlas después sino únicamente en el caso de adjudicación judicial (en pago de créditos de la sociedad).

Ahora bien, si en la legislación ecuatoriana no se ha contemplado expresamente ninguna de estas cuestiones tan vitales en la temática de la adquisición de las propias acciones, lo más lógico es profundizar en las entrañas de dicha legislación para establecer con la rigurosidad debida uno de los puntos más neurálgicos del asunto: ¿qué votación se requiere para que la Junta General de Accionistas pueda válidamente acordar la adquisición de las propias acciones, ora para revenderlas después, ora para amortizarlas con cargo a utilidades o con cargo a capital?.

Para responder tal interrogante, a más de tener en cuenta todo lo antedicho, creemos de suma utilidad destacar que en un fallo sobre adquisición de propias acciones pronunciado en Argentina, donde el asunto se conoce con el nombre de "rescate" se sentenció: "Es nulo el rescate en el que no se respetó la igualdad de probabilidades de todos los accionistas" ("Compendio de Sociedades Anónimas" de Nicolás A. Carbone y Carlos Urien, Depalma, Tomo III, p. 1191; Juicio Sáfico, S.A. contra Cía. Avenera de Vizcaino S.A.). Y recordemos que en Argentina consta -al igual que en México- institucionalizado el mecanismo del "sorteo", con el que se igualan las probabilidades de todos los accionistas en los casos en que la medida de la adquisición no afecte a todos los accionistas.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Dicho esto, concretemos la cuestión a nuestro Derecho Patrio:

En nuestra Ley de Compañías no existe ningún mecanismo -tales como la adquisición por bolsa y el sorteo mismo- impuesto obligatoriamente para proporcionar a los accionistas un tratamiento igualitario en la hipótesis de que la adquisición de las propias acciones no afecte a los mismos por igual; ni tampoco existe norma alguna que obligue compulsoriamente a un accionista a enajenar

sus acciones en favor de la sociedad que hubiere resuelto adquirir una parte de sus propias acciones. En cambio, además del principio de igualdad entre los accionistas de una misma clase, en función del valor pagado de sus acciones, que inclusive se halla amparado a nivel constitucional, en nuestra Ley de Compañías existen normas terminantes que garantizan el derecho que tienen los accionistas a "negociar libremente sus acciones", sin limitaciones ni restricciones, tal como se aprecia de la simple lectura de los artículos 204 (actual 191) y 220 (actual 207), numeral 8, de la citada Ley.

Por consiguiente, por el principio de igualdad entre los accionistas de una misma clase (en función del valor pagado de sus acciones) y por no existir en la Ley mecanismo alguno que pudiera proporcionar a dichos accionistas igualdad de probabilidades en el caso de que la adquisición de las propias acciones no llegare a afectar por igual a todos ellos, resulta obligatorio llegar a la siguiente conclusión:

EN EL ECUADOR, EN PRINCIPIO, LA ADQUISICIÓN (A TITULO ONEROSO) POR PARTE DE UNA COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SUS PROPIAS ACCIONES - PARA REVENDERLAS O PARA AMORTIZARLA SOLAMENTE PUEDE RESOLVERSE EN FORMA TAL QUE LA OPERACIÓN AFECTE POR IGUAL A TODOS LOS ACCIONISTAS EN PROPORCIÓN AL VALOR PAGADO DE SUS ACCIONES...

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Pero, como ningún accionista puede ser obligado a enajenar contra su voluntad sus acciones, en razón de lo dispuesto en los artículos 204 (actual 191) y 220 (actual 207) numeral 8, de la Ley de Compañías, también resulta obligatorio reconocer que, en la práctica, frente a la incuestionable conclusión que antecede:

EN EL ECUADOR, LA RESOLUCIÓN DE LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS QUE ACUERDE LA ADQUISICIÓN A TÍTULO ONEROSO DE LAS PROPIAS ACCIONES -PARA REVENDERLAS O PARA AMORTIZARLAS- DEBE SER TOMADA POR UNANIMIDAD DEL CAPITAL SOCIAL, ES DECIR, CON EL VOTO CONFORME DE TODOS LOS ACCIONISTAS, Y, TOMADA ASI, BIEN

PUEDE DECIDIRSE QUE LA OPERACIÓN AFECTE A UNOS ACCIONISTAS Y A OTROS NO, PORQUE ENTONCES TODOS ELLOS -LOS AFECTADOS Y LOS NO AFECTADOS- HABRIAN PARTICIPADO EN LA VOTACIÓN

Lo cual, por otra parte, no debería llamar la atención, si la propia ley (que solamente permite la utilización de utilidades líquidas para las adquisiciones aquí tratadas) exige la unanimidad del capital concurrente a la respectiva sesión para no distribuir dividendos de las utilidades líquidas anuales (según el inciso final del artículo 339 (actual 297) de la Ley de Compañías), y la unanimidad de todos los accionistas -y no solo del capital concurrente- para aumentar el capital social por elevación del valor de las acciones ya emitidas mediante capitalización de tales utilidades (según el artículo 197 (actual 184) de la Ley de Compañías).

Queda así modificado el convenio original de esta Doctrina 97.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 98

LA ADQUISICIÓN A TÍTULO ONEROSO DE LAS PROPIAS PARTICIPACIONES O DE LAS PROPIAS ACCIONES POR PARTE DE LA COMPAÑÍA SOLO PUEDE HACERSE CON UTILIDADES LÍQUIDAS, SALVO EL CASO DE LA AMORTIZACIÓN DE LAS PROPIAS ACCIONES CON CARGO AL CAPITAL Y CON REDUCCIÓN DEL MISMO

Base legal:

LCom: ***Art. 114; 197; 205; 209; 339; 340 //*** **CC:** ***Art. 18 Num. 1***

No puede ser más claro el artículo 205 (actual 192) de la Ley de Compañías (corroborado luego por el 209 (actual 196) y antes por el 114 (actual 112)) cuando dice que las propias acciones pueden adquiriese "únicamente" con fondos "tomados de las utilidades líquidas".

Tal como ya se ha visto en las doctrinas 28 y 97, la compañía anónima puede adquirir sus propias acciones con cargo a sus utilidades líquidas para revenderlas después; o con cargo a las mismas utilidades para amortizarlas retirándolas del mercado definitivamente pero sin reducir su capital social; o, con cargo a su capital y con la consiguiente disminución del mismo. Mientras que la compañía de responsabilidad limitada solo puede adquirir sus propias participaciones para amortizarlas (con su consiguiente retiro definitivo) con cargo a sus utilidades líquidas y sin reducción de su capital social.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Fuera del caso de la adquisición de las propias acciones por parte de la compañía anónima para amortizarlas con cargo a su capital social y con la consiguiente reducción del mismo, todas las demás adquisiciones de acciones o participaciones a título oneroso (de las que permite la Ley en sus artículos 114 (actual 112), 205 (actual 192) y 209 (actual 196)) deben hacerse únicamente con utilidades líquidas.

Al formular tal afirmación no es posible dejar de reconocer que las legislaciones que permiten de una u otra forma la adquisición de las propias acciones o participaciones aceptan, en una buena arte, que la misma se haga o con utilidades líquidas o con reservas, cuando no con cargo al capital.

En efecto, así lo establecen, a manera de ejemplo, tanto el numeral 2 del artículo 220 de la Ley General de Sociedades de Argentina (aunque para el caso concreto de la amortización el artículo 223 solo habla de "ganancias realizadas y líquidas") como el artículo 47 de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de España.
Pero igualmente hay que admitir -también a manera de ejemplo- que el artículo 251 de la ley chilena solo permite la adquisición "con las utilidades líquidas o con fondos especiales que no sea el de reserva"; que el artículo 136 de la ley mexicana, para la amortización de las propias acciones, únicamente alude a las "utilidades reparables"; que los artículo 71 de la ley (AKtg.) alemana y 659 de la ley (CO) suiza no indican que tal operación pueda realizarse utilizando las reservas; y, que la ley italiana -en el párrafo lo. de su artículo 2357- solo permite la tal adquisición mediante cantidades deducidas de los "beneficios netos".

Así, se diría que las legislaciones nombradas estarían de acuerdo con la tesis de que la adquisición de las propias acciones (especialmente para amortizarlas), cuando no se hace con cargo a capital, solo debe hacerse con utilidades ganadas en el ejercicio respectivo, en razón de que la creación del fondo de amortización restringe el patrimonio de la compañía en la cuantía del valor de dicho fondo.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En todo caso, lo cierto es que por lo menos en nuestra legislación (empezando por el artículo 339 (actual 297) de la Ley de Compañías) están diferenciados muy claramente los conceptos de utilidades netas o líquidas y de reservas; correspondiendo a estas últimas la gran clasificación de "legales" y "facultativas".

Antes de proseguir, aprovechamos la alusión a las "reservas legales" para dejar sentado el criterio de que las mismas solo puede utilizarse para enjugar pérdidas o aumentar el capital social; por lo que jamás podría sospecharse siquiera la

posibilidad de utilizarlas para la adquisición de las propias acciones o participaciones (a cuyo efecto es bueno advertir que dicha "reserva legal" tampoco puede utilizarse para tal adquisición en las legislaciones que permiten la misma con reservas facultativas).

Dicho esto y concentrando por ende nuestra atención en las utilidades líquidas" y las "reservas facultativas o voluntarias" es imprescindible reconocer que nuestra ley a veces se refiere a ambas para concederles un mismo trato, como ocurre en el artículo 340 (actual 298) de la Ley de Compañías, mientras que en otras ocasiones establece grandes y marcadas diferencias entre ellas, como se advierte en el artículo 197 (actual 184).

Por todo lo expresado no puede suponerse que para el legislador ecuatoriano siempre resultan lo mismo las "utilidades líquidas" y las "reservas voluntarias".

De allí que no sea válido imaginar que en los artículos 114 (actual 112), 205 (actual 192) y 209 (actual 196) de la Ley de Compañías, allí donde se ha dicho "utilidades líquidas" o "utilidades reparables" se incluyan también a las "reservas facultativas".

No puede ser más claro el artículo 205 (actual 192) de la Ley de Compañías (corroborado antes por el 114 (actual 112) y luego por el 209 (actual 196) casi con las mismas palabras) cuando dice que la adquisición de las propias acciones puede hacerse "únicamente con fondos tomados de las utilidades líquidas" quedando a salvo, claro está, el caso de la amortización de las propias acciones con cargo al capital (a que se refiere la parte final del primer inciso del artículo 209 (actual 196) de la misma Ley).

Por último, la expresión "únicamente" que se destaca en la citada disposición es tan elocuente que no permite dudas al respecto, tanto más cuanto que las otras disposiciones conexas a la misma insisten en aludir a aquellas utilidades y en nada decir acerca de las reservas.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Y "cuando el sentido de la ley es claro" no es lícito desatender "su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu"; tal como dice la regla 1 del artículo 18 del Código Civil.

En conclusión, por la sola aplicación de la primera regla de interpretación de la ley que ofrece el artículo 18 del Código Civil, las adquisiciones de las propias acciones o participaciones a que se refieren los artículo 114 (actual 112), 205 (actual 192) y 209 (actual 196) de la Ley de Compañías solo pueden hacerse con las utilidades líquidas del ejercicio respectivo y no con reservas, salvo el caso de la amortización de acciones con cargo al capital social y con reducción del mismo.

Ello sin perjuicio de toda la fundamentación doctrinaria que podría invocarse para respaldar lo antedicho y que se ha dejado más o menos bosquejada con anterioridad.

Queda así modificado el contenido original de esta Doctrina 98.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 99

LIBRO DE ACCIONES Y ACCIONISTAS Y LIBRO TALONARIO DE LOS TÍTULOS DE ACCIONES

Base legal:

LCom: ***Arts. 190; 200; 202; 298; Num. 3; 305; 447***

Son diferentes las funciones que cumplen los Libros Talonarios de los Títulos de Acciones y el Libro de Acciones y Accionistas.

En el parágrafo 9o. (actual numeral 8) de la Sección 6a. de la Ley de Compañías, que trata de la Administración y de los agentes de la compañía, hallamos disposiciones relativas a los deberes de los administradores, constando, entre ellos, la de llevar los libros de la compañía (artículo 305 (actual 263) numerales 1, 2 y 3) y la de responder de su existencia y exactitud (artículo 298 (actual 256) numeral 3).

Estos libros son los de contabilidad, los de actas de juntas generales, los de las actas de las sesiones de Directorio (en caso de haberlo), los Libros Talonarios de los Títulos de las Acciones y el Libro de Acciones y Accionistas aparte de sus "apéndices" respectivos, como el archivo de los expedientes de las juntas generales (artículo 288 (actual 246) inciso primero) y el archivo de las comunicaciones de transferencias de acciones (artículo 202 (actual 189) segundo inciso).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

De entre dichos "libros legales" se destacan el Libro de Acciones y Accionistas (artículos 190 (actual 177), 200 (actual 187) y 202 (actual 189)) y los Libros Talonarios de (los títulos de las) Acciones (artículo 190 (actual 177)). Ambos libros cumplen distintos cometidos. En efecto, estos últimos sirven como instrumentos hábiles para determinar la entrega y recepción de los títulos de acciones, mientras que el primero, es decir, el Libro de Acciones y Accionistas, sirve para

establecer el dominio sobre las acciones y los derechos reales que sobre ellos se constituyan.

Si la ley distingue, con precisión y claridad, los Libros Talonarios del Libro de Acciones y Accionistas se debe concluir que independientemente de aquellos, el administrador debe llevar éste, bajo su responsabilidad (artículos 298 (actual 256) y 305 (actual 263)).

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 100

"SEDE SOCIAL" EQUIVALE A "DOMICILIO PRINCIPAL" DE LA COMPAÑÍA

Base legal:

LCom: ***Arts. 4; 5; 121; 140 Num. 5; 161 Num. 7; 278; 332 //*** **CCo:** ***Art. 55 Inc. 2 //*** **CPC:** ***Art. 82 Inc. 3***

No debe confundirse el "domicilio principal" o "sede social" con el establecimiento de comercio o la "oficina mercantil", que también se suele llamar el "local social".

El "domicilio principal" de una compañía se refiere a la jurisdicción territorial determinada en su contrato social como el asiento (principal) de sus negocios... como su "sede social".

En cambio, las expresiones "oficina mercantil" o "establecimiento de comercio", que se utilizan por ejemplo en el segundo inciso del artículo 55 del Código de Comercio y en el inciso tercero del artículo 82 (2) del Código de Procedimiento Civil dicen relación a lo que comúnmente se conoce como la "dirección domiciliaria" o el "local social" de la compañía respectiva.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por consiguiente, cuando el estatuto emplea el término "sede social" para indicar el sitio donde deben celebrarse las reuniones de la Junta General, no debe entendérsele necesariamente referido al local donde funcionan las oficinas de la sociedad, esencialmente variable, sino al domicilio de la misma, de conformidad con los artículos 121 (actual 119) y 278 (actual 236) de la Ley de Compañías. Por ende, al convocarse a Junta General debe indicarse con precisión el lugar o sitio específico dentro del domicilio de la compañía en que se va a realizar la sesión, es decir, la dirección del local donde ella va a tener lugar, que bien podría ser -si así se indicara en la convocatoria- el local donde funcionan las oficinas de la sociedad; pues es valor entendido que todas las juntas que se reúnan por

convocatoria previa (salvo el caso de las "universales") deben celebrarse necesariamente en el domicilio principal de la compañía.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 101

REVOCABILIDAD DEL MANDATO CONFERIDO PARA INTERVENIR EN LA JUNTA GENERAL

Base Legal:

LCom: ***Arts. 123; 224 //*** **CC:** ***Arts. 2094 Num. 3; 2095; 2096***

La revocación puede realizarse en cualquier momento, aún durante el desarrollo de la Junta General, si cumple con todos los requisitos pertinentes sin perjuicio de las resoluciones ya tomadas con el voto del apoderado.

El mandato conferido por el socio o accionista para ser representado en Junta General, conformidad con los artículos 123 (actual 121) y 224 (actual 211) de la Ley de Compañías, es de naturaleza civil y como tal, esencialmente revocable, según lo dispuesto por los artículos 2095 (actual 2068) y 2096 (actual 2069) del Código Civil.

Siguiendo las normas generales del decreto común, si el poder que se revoca fue otorgado por documento privado ("carta-poder"), basta que la revocación conste también en instrumento privado; pero, si el poder se otorgó por escritura pública, será entonces necesario que la revocación figure también en escritura pública y que se tome nota de ésta al margen de la matriz de aquella, según el artículo 1751 (actual 1724) del Código Civil.

Pero la revocatoria antedicha no basta por sí sola: para que surta sus efectos frente a la compañía respectiva debe ser conocida oportunamente por ella (de ordinario a través del funcionario correspondiente).

En todo caso, la revocación puede realizarse en cualquier momento, aún durante el desarrollo de la Junta General, si cumple con todos los requisitos pertinentes

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

para que surta -con la oportunidad debida- todos los efectos deseados. Sin embargo, si el mandatario ya ha ejercido el derecho de voto para una determinada decisión, la revocación hecha por el mandante no afecta al pronunciamiento expresado ya por quien lo representó en esa votación, salvo el caso de la reconsideración de la respectiva resolución por parte de una Junta posterior.

En el evento de aparecer conferidos por un mismo socio o accionista poderes iguales a distintas personas, el mandato de fecha más reciente revoca el conferido anteriormente y por tanto debe tenerse como el único vigente. Si los poderes tienen una misma fecha o simplemente no la tienen (tratándose de "cartas-poderes"), no puede aceptarse que intervenga en la Junta ninguno de los apoderados, porque sería imposible determinar cual mandato es el que tiene vigor; a menos, claro está que uno de ellos ostente una cláusula expresa de revocación respecto del otro, en cuyo caso valdrá como vigente aquel poder.

Finalmente, con respecto al tema de los poderes otorgados por un mismo socio o accionista a distintas personas, conviene advertir que la representación de que tratan los artículos 123 (actual 121) y 224 (actual 211) de la Ley de Compañías es indivisible: funciona en razón de la persona del socio o accionista -que es una sola- y no de las distintas participaciones o acciones que pudiera tener.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 102

ACTAS Y EXPEDIENTES DE LAS JUNTAS GENERALES

Base legal:

LCom: ***Arts. 124; 280; 281; 288; 298 Num. 3; 305 Num. 2; 447***

El "acta" de la sesión de una Junta General y el "expediente" de la misma son medios de prueba que la Ley ha institucionalizado en protección de los intereses de la propia compañía, de sus socios o accionistas y de sus funcionarios en general.

Como se sabe, la Junta General es el "órgano supremo" de la compañía y sus acuerdos y resoluciones obligan a todos los socios o accionistas de la misma, así como a todos sus funcionarios (artículos 118 (actual 116), 126 (actual 124), 272 (actual 230), 287 (actual 245) y numeral 4 del artículo 298 (actual 256) de la Ley de Compañías), sin perjuicios de las acciones de impugnación y de nulidad que concede la Ley.

Los acuerdos y resoluciones de la Junta General de Socios o Accionistas son, pues, la máxima manifestación de la "voluntad social".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Dichos acuerdos y resoluciones, cuando han sido tomados de conformidad con la Ley, es decir, dentro de las limitaciones legales del caso, y con el respectivo cumplimiento de todos los presupuestos y requisitos pertinentes, tienen valor legal por sí solos, sin necesidad de ninguna formalidad.

Ahora bien, como esos acuerdos y resoluciones se toman verbalmente (y así tomados ya tienen valor), por razones prácticas resulta necesario verter esa expresión oral de la Junta General en algún "documento" con el que luego se puede "probar" la existencia del acuerdo o de la resolución respectiva (sin perjuicio de otros medios idóneos de prueba que puedan servir para el mismo

fin). Ese "documento es el "acta" de la correspondiente Junta General, en la que deben constar, para efectos probatorios, todas las relaciones y referencias pertinentes: la fecha, la hora, el lugar, el nombre de la compañía, la constatación del quórum, la indicación de quién preside la Junta y quien actúa de secretario, la debida alusión a la convocatoria (el reglamento pide su transcripción), el orden del día, las deliberaciones, las vocaciones, las resoluciones, etc. etc. Obviamente para que ese documento surta sus correspondientes efectos probatorios deberá no ser diminuto y estar autorizado por las firmas correspondientes (generalmente del presidente y secretario de la Junta); debiendo ostentar las firmas de todos los socios o accionistas concurrentes -o de sus representantes- en caso de tratarse del acta de una "junta universal", sin las cuales el acta (más no necesariamente la Junta) carecerá de valor, de conformidad con la parte final del artículo 121 (actual 119) y con el artículo 280 (actual 238) de la Ley de Compañías (ver Doctrina 78).

Esa es el "acta" a que se refieren el primer inciso del artículo 124 (actual 122) y el artículo 288 (actual 246) de la Ley de Compañías el conjunto ordenado de ellas constituye el "Libro de Actas de Juntas Generales" mencionado en el artículo 447 (actual 440) de la misma Ley.

Con relación a la naturaleza probatoria del "acta" (y por consiguiente del "Libro" respectivo) conviene transcribir a continuación lo que al respecto dice Javier Arana Gondra en su "Manual de Organización Jurídica de la Sociedad Anónima" (Editorial INDEX, 1978, pp. 84, 87 y 88), en el que se lee: "En garantía de todos los legítimamente interesados en la marcha de las citadas sociedades, la Ley impone la obligatoriedad de hacer constar las decisiones de la Junta General en el pertinente Libro de actas, debidamente legalizado. Ello no obstante, en ocasiones realmente excepcionales, que no hacen otra cosa que confirmar la regla general, se podrá admitir la validez del acta no incluida en el referido libro"... "El acta constituye un documento realmente importante para probar el contenido de la misma, es decir, para probar, principalmente, los acuerdos y decisiones de la Junta General y las oposiciones o protestas habidas. Ahora bien, pese a su carácter fundamental, el acta no es el único medio de prueba, ya que pueden ser utilizados todos los otros medios admitidos por el Derecho. En principio, el

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

contenido del acta se presume cierto, pero su veracidad puede ser destruida por medio de una prueba en contrario"... "También hay que señalar que una cosa es el acta, considerada como documento, y otra cosa distinta son los actos a que aquella se refiere. Para la eficacia del documento, según se ha indicado, resulta indispensable su aprobación; pero para la eficacia de los actos contenidos en el documento, es decir, para la validez de los acuerdos de la Junta General, no es indispensable el acta como una forma requerida ad solemnitatem. En definitiva, el acta no se convertirá en documento eficaz hasta que se proceda a su aprobación; pero los acuerdos de la Junta pueden ser válidos, aunque susceptibles de impugnación dentro del plazo legal, independientemente de la aprobación del acta (y obviamente de su legalización con las firmas pertinentes)".

Como complemento de cada "acta" de Junta General (y por consiguiente del Libro mismo), la Ley ha institucionalizado el "expediente" de cada sesión (en tratándose de las sociedades anónimas desde el origen de la Ley de Compañías en 1964 y en tratándose de las de responsabilidad limitada a partir del 13 de marzo de 1971 en que entró en vigencia su segunda gran reforma publicada el 10 de febrero de ese mismo año).

Así actualmente, en el segundo inciso del artículo 124 (actual 122) y en el primero del artículo 288 (actual 246) de la Ley de Compañías se dispone que de cada sesión de Junta General de Socios o Accionistas, además del acta respectiva, se forme un "expediente" con una copia del acta susodicha, con las pruebas de que las convocatorias se efectuaron de conformidad con la Ley y los estatutos sociales y con los documentos que la Junta hubiere conocido, entre los que generalmente se destacan los poderes o nombramientos de los representantes de los socios o accionistas (debiendo agregarse -para las compañías anónimas- la "Lista de Asistente" a que se refiere el primer inciso del artículo 281 (actual 239) de la Ley de Compañías).

No deben confundirse, pues, las "actas" con los "expedientes"...
Finalmente, como se podrá apreciar con facilidad, dichos "expedientes" también son -como las "actas"- medios de prueba que la Ley ha considerado necesario

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

institucionalizar en protección de los intereses de la propia compañía, de sus socios o accionistas y de sus funcionarios en general.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 103

REPRESENTACIÓN LEGAL: LA ESCRITURA PÚBLICA QUE CONTENGA ALGUNO DE LOS ACTOS DETERMINADOS EN EL ARTÍCULO 33 DE LA LEY DE COMPAÑÍAS DEBE SER OTORGADO POR EL O LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LA COMPAÑÍA

Base legal:

LCom: ***Arts. 2 Inc. 7; 13; 30 Inc. 3; 45; 140 Num. 8; 142; 162 Num. 10; 252; 253 //***
CC: ***Arts. 28; 564; 570; 1488; 1463; 1464; 1957; inc. 2//*****LGBan:** ***Art. 61***

Los actos mencionados en el artículo 33 de la Ley de Compañías son "actos de la Sociedad" y ésta, por ser persona jurídica y por tanto relativamente incapaz, solamente puede actuar a través de su representante legal (sin perjuicio de la representación que en forma derivada pudiera ostentar en algún momento cualquier apoderado).

Como consta expresado en el desarrollo de la Sección I de la Doctrina 72, la compañía Mercantil, por ser una persona jurídica (artículos 2 inciso séptimo, de la Ley de Compañías y 1984 (actual 1957) segundo inciso, del Código Civil), es "relativamente incapaz (artículo 1490 (actual 1463) del Código Civil), necesitando, de primera instancia, para materializar su "voluntad social", de la intermediación de una persona natural que puede expresarse a nombre de ella, y, cuando así ocurre, los actos ejecutados -válidamente- por dicha persona natural en representación de la compañía surten los mismos efectos que si esta última los hubiere ejecutado.

Tal es la institución de la "representación legal" (artículo 28 del Código Civil) aplicada al Derecho Societario que, para ser más exactos, nace objetivamente de la coordinación de los artículos 28, 583 (actual 564), 589 (actual 570) y 1491 (actual 1464) del Código Civil y 13, 30 inciso tercero, 44 (actual 45), 294 (actual 252), 295 (actual 253) y 303 (actual 261) inciso tercero, de la Ley de Compañías. (ver también Doctrina 42).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Así, la compañía solo puede obrar -de primera instancia- mediante el Ministerio de su "representación legal" (sin perjuicio de poder obrar también -derivadamente- mediante un apoderado constituido necesariamente por intermedio de su representante legal).

Conferida la representación legal al o a los funcionarios por disposición de los estatutos sociales legalmente aprobados, a él o a ellos toca comparecer, a nombre de la compañía, al otorgamiento de una escritura pública de cualquiera de los actos mencionados en el artículo 33 de la Ley de Compañías, ya que se trata de actos de la sociedad y no de los socios o accionistas individualmente considerados.

Por consiguiente, en aquellos actos no cabe la intervención, a nombre de la compañía, de una persona que no tenga la representación legal de la misma, aunque fuere un socio o accionista y estuviera "autorizado" por la Junta General, ya que ésta, pese a ser el órgano supremo de la compañía, no puede alterar las disposiciones de orden público relativas a la "representación legal".

(Demás está decir que la misma escritura pública bien podría ser otorgada, a nombre la compañía, por un apoderado suyo -"representante voluntario"- si es que dicho mandatario contare con las facultades necesarias para ello y si su mandato se hubiere instrumentado de conformidad con la Ley).

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Lo antedicho no impide que además de la intervención del representante o representantes legales de la compañía también se produzca en la misma escritura pública la intervención de terceros, por razones especiales y por sus propios derechos o por los derechos que de otro representen.

DOCTRINA 104

EL DERECHO DE PREFERENCIA ES UNO DE LOS "DERECHOS FUNDAMENTALES" DE LOS ACCIONISTAS EN LAS COMPAÑÍAS ANÓNIMAS

Base legal:

L Com*: Arts.191; 194; 220 Num. 6; 234*

En las compañías anónimas el "derecho preferente", cuando se está en aptitud legal de ejercerlo, es absoluto, en las de responsabilidad limitada es relativo.

El derecho de preferencia para suscribir las nuevas acciones resultantes del aumento de capital de una compañía anónima en los términos del artículo 194 (actual 181) de la Ley de Compañías, es un derecho fundamental del accionista que sólo puede ser objeto de renuncia o alteración por voluntaria decisión de tal accionista.

Claro que para ejercer tal derecho el accionista debe estar al día en el pago de sus acciones que para entonces tuviera, tal como se expresa en el artículo 188 (actual 177) de la Ley de Compañías.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

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

Obviamente que lo antedicho sólo se aplica a las compañías anónimas (y a las en comandita por acciones y de economía mixta, en sus medidas respectivas) y no a las compañías de responsabilidad limitada, respecto de las cuales también existe tal "derecho preferente" pero sin la misma intensidad con que se ofrece en las compañías anónimas, toda vez que en aquellas se permite que tal derecho no

funcione en los casos en que en el contrato social constare la excepción correspondiente o que la Junta General resolviera lo contrario, tal como consta del artículo 112 (actual 110) y del literal e) del artículo 116 (actual 114) de la Ley de Compañías. (Nota: Ver Doctrina 77).

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 106

REPOSICIÓN DEL CAPITAL PERDIDO Y OTROS MEDIOS LEGALES PARA EVITAR LA DISOLUCIÓN DE LA COMPAÑÍA POR PÉRDIDAS EXCESIVAS

Base legal:

LCom: ***Arts. 211; 394 Num. 3***

Cuando la compañía soporte pérdidas y disponga de reservas, éstas serán llamadas, en primer lugar, a enjugarlas automáticamente: primero las facultativas y luego las legales.

Sin embargo, si las reservas no alcanzan para superar el estado de desfinanciamiento previsto en el artículo 211 (actual 198) de la Ley de Compañías, en conformidad con dicho precepto legal, los accionistas, a fin de evitar la disolución, deberán limitar el capital social al fondo existente, siempre que baste para conseguir el objeto social, o bien reponer el capital perdido, por absorción de las pérdidas pertinentes, mediante efectivo aporte patrimonial.

La antedicha reposición bastará que se haga hasta el límite señalado en el artículo 211 (actual 198), sin que los aportes que los socios hicieren a tal efecto para absorber las pérdidas respectivas puedan llegar a tener la categoría de créditos de éstos frente a la sociedad; pues, tales aportes son "a fondo perdido" y por consiguiente irrecuperables. Por la misma razón, aquellos aportes hechos para absorber las pérdidas tampoco podrían servir para aumentar el capital social.

Dicho esto, cabe mencionar aquí que el artículo 211 (actual 198) no menciona -por evidente- otra solución al problema de las pérdidas excesivas, cual es el simple aumento de capital a cifras tales que superen aritméticamente el cincuenta por ciento a que se refiere dicha disposición legal.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Demás está decir que lo antedicho es perfectamente aplicable a las compañías de responsabilidad limitada, de conformidad con el artículo innumerado que le sigue al artículo 154 (actual 141) de la Ley de Compañías.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 107

DISMINUCIÓN DE CAPITAL Y SUBSIGUIENTE AUMENTO DEL MISMO

Base legal:

LCom: *Arts. 33; 113; 211; 394 Num. 3*

Ante las pérdidas excesivas que coloquen a la compañía en causal de disolución, ésta puede efectuar la correspondiente reducción del capital (para limitarlo al fondo social existente) y el subsiguiente aumento del mismo; con la ventaja de que a este último podrían concurrir nuevos socios o accionistas con una clara visión de la verdadera situación de la compañía.

Si una compañía se encuentra en la situación prevista en los artículos 211 (actual 198) y 394 numeral 3 (2) de la Ley de Compañías, los accionistas o socios pueden, para evitar la disolución y liquidación, reintegrar el capital perdido o limitarlo al fondo social existente, siempre que éste baste para conseguir el objeto de la compañía.

Cuando el capital reducido resulte insuficiente para el cumplimiento del objeto social y no proceden los socios o accionistas a reponer el capital perdido, pueden resolver, para remediar la situación y facilitar las operaciones de la compañía, efectuar la reducción del capital y el subsiguiente aumento del mismo. No hay inconveniente en subsanar así el desequilibrio provocado por la pérdida. Esta disminuye, de hecho, el valor real de las participaciones o acciones y la reducción de capital no sería otra cosa que reconocer y regularizar esa disminución del valor de las acciones o participaciones, cuando éstas últimas, lógicamente, lo permitan. Al aumentarse el capital, pueden intervenir nuevos socios o accionistas, cuyo ingreso lo harían con conocimiento de la situación real de la compañía (y -en tratándose de las compañías de responsabilidad limitada- con la anuencia de los actuales socios).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por lo expuesto, se concluye que es contrario a la Ley que -en el supuesto de que una compañía resuelva, a la vez, la disminución y el aumento de capital- los dos actos se instrumenten en una misma escritura y se aprueben en una misma resolución, siempre que se agote primero el trámite previsto por la Ley para la reducción del capital.

Lo antedicho no quita, obviamente, que la preindicada causal de disolución pueda superarse tan sólo con un simple aumento de capital, sin reducción alguna, en la suma necesaria cuando menos, tal como se indicó al final de la Doctrina 106 que antecede.

En los casos de disminución de capital por decisión de los accionistas, sin que se haya producido las circunstancias de artículo 211 (actual 198), y el inmediato aumento de capital, es también aceptable el procedimiento tratándose de compañías anónimas; más, no es procedente este acuerdo al tratarse de compañías de responsabilidad limitada cuando la reducción del capital social implicare la devolución a los socios de parte de las aportaciones hechas y pagadas. (artículo 113 (actual 111)).

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 108

LAS ATRIBUCIONES DEL DIRECTORIO Y EL CAMPO DE ACCIÓN DE LA JUNTA GENERAL

Base legal:

LCom: ***Arts. 138; 273; 313***

En términos generales, las atribuciones conferidas por el estatuto a los directorios o consejos de administración o de vigencia restringen el campo de acción de la Junta General (siempre que no se trate de atribuciones "privativas" de esta última).

Si en los estatutos de una compañía se ha previsto la existencia de Directorio y se ha señalado para éste atribuciones especiales que no fueren privativas de la Junta General, el hecho de que no hayan sido designados los integrantes de tal organismo o de que por cualquier circunstancia no funcione, de ninguna manera faculta a la Junta General para sustituirse en las atribuciones de aquel; a menos, claro está, que en esos mismos estatutos se hubiere contemplado expresamente el caso de excepción que permita a la Junta General actuar en forma supletoria.

Por amplias y generales que sean las atribuciones que el inciso primero del artículo 273 (actual 231) de la Ley de Compañías confiere a la Junta General, si éstas han sido limitadas por el estatuto, debe estarse a lo que en él se dispone, siempre que esas limitaciones no hubieren abarcado el campo de las atribuciones privativas de la Junta General, tales como el conocimiento y resolución de reformas al contrato social, la transformación, la disolución anticipada, etc.

De otro modo, la naturaleza jurídica que la Ley confiere al estatuto de una compañía perdería sentido y las normas estatutarias carecerían de eficacia. El estatuto integra el contrato de constitución de la compañía, que es Ley para las partes, y no puede ser alterado por ellas sino con las formalidades previstas

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

específicamente por la Ley de la materia para la constitución de compañías o reformas de estatutos de ellas.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 109

ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL DIRECTORIO Y DE LOS DEMÁS ADMINISTRADORES DE LA COMPAÑÍA ANÓNIMA

Base legal:

LCom: *Arts. 273; 299*

El nombramiento y la remoción de los miembros de los organismos administrativos de la compañía anónima corresponden exclusivamente a la Junta General; pero, el nombramiento y la remoción del administrador unipersonal pueden confiarse estatutariamente al Directorio.

Antes de la segunda gran reforma de la Ley de Compañías, contenida en el Decreto Supremo 199 del 8 de febrero de 1971, publicada en el Registro Oficial del 10 de los mismos mes y año, el inciso segundo y el numeral 1 del entonces artículo 257 (hoy 273) (actual 231) de dicha Ley decía:

"Es de competencia **PRIVATIVA** de la Junta General:

1. 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 determinare el procedimiento para el efecto".

Y, así mismo, antes de aquella segunda gran reforma, el entonces artículo 284 (hoy 299) (actual 257) de la Ley de Compañías decía:

"El nombramiento de los administradores y la determinación de su número, cuando no lo fije (su número, se entiende) el contrato social,

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

corresponde a la Junta General, la cual podrá también, si no hubiere disposición en contrario, fijar las garantías que deben rendir los administradores".

Hoy el antiguo artículo 284 (actual 242) de la Ley de Compañías sigue exactamente igual, tal como se puede comprobar de la sola lectura del actual artículo 299 (actual 257). En cambio, el inciso segundo y el numeral 1 del antiguo artículo 257 transcritos al principio sí fueron modificados por el aludido Decreto Supremo 199, suprimiéndose de aquel la palabra "PRIVATIVA" y cambiándose la frase final de su numeral 1 (que decía "si en el estatuto no se determina el procedimiento para el efecto") por la siguiente: "si en el estatuto no se confiriere esta facultad a otro organismo".

De lo cual se infiere que antes de la vigencia del Decreto Supremo 199 sólo a la Junta General de Accionistas correspondía -exclusiva y excluyentemente- la designación de los administradores unipersonales y de los miembros de los organismos colectivos de administración (como el caso de los directorios); no obstante lo cual se ofrecieron en su momento interpretaciones contrarias erróneamente amparadas en la equívoca terminación del referido numeral 1 (alusiva en todo caso a un "procedimiento" para la elección y no al órgano elector) y en la redacción del entonces artículo 284 -hoy- 299 (actual 257) (relativa a la fijación del número de los administradores más tampoco al órgano elector).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Pero ahora, después de aquella segunda gran reforma (no obstante que la redacción de las normas pertinentes no es la más perfecta y no obstante que el antiguo artículo 284 -actual 299- (actual 257) no fuera también reformado como consecuencia de la reforma del inciso segundo y del numeral 1 del entonces artículo 257 -hoy 273- (actual 231)), el asunto debe entenderse definido así:

El nombramiento de los miembros de los organismos administrativos de la compañía anónima corresponde exclusivamente a la Junta General de Accionistas, de acuerdo con lo que dispone la primera parte del numeral primero del artículo 273 (actual 231) de la Ley de Compañías.

Lo antedicho lo confirma -además- el más elemental sentido común: los miembros del Directorio, por ejemplo, no podrían elegirse a sí mismos.

En cambio, el nombramiento o remoción del administrador unipersonal pueden hacerlo, conforme se prevé en la segunda parte del numeral primero del artículo 273 (actual 231), bien sea la Junta bien el organismo social al que los estatutos de la compañía hubieren conferido esas facultades.

En consecuencia, la designación de miembros del Directorio deberá hacerla la Junta General, la misma que designará la totalidad de directores, sean éstos principales o suplentes. No es admisible que se atribuya la elección de suplentes al mismo directorio o se deje al arbitrio de cada miembro principal la designación de su respectivo suplente, porque de aceptarse esta modalidad se contrariaría la disposición legal citada, pues, del tenor literal de ella, aparece que esa facultad no puede ejercerla el Directorio, sino la Junta General.

Finalmente, conviene aclarar que -no obstante la analogía que permite el artículo innumerado que le sigue al 154 (actual 141) de la Ley de Compañías- lo dicho no se aplica a las compañías de responsabilidad limitada porque en los literales a) y b) del artículo 120 (actual 118) de la Ley de Compañías no se dan las circunstancias que se ofrecen en el citado artículo 273 (actual 231) para las Compañías Anónimas.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 110

LAS LIMITACIONES CONTRACTUALES A LAS FACULTADES REPRESENTATIVAS DE LOS ADMINISTRADORES SON INEFICACES FRENTE A TERCEROS DE BUENA FE

Base legal:

LCom: ***Arts. 12; 295***

Las limitaciones impuestas a los representantes legales en el contrato social que no sean simples repeticiones de las limitaciones impuestas por la propia Ley son de carácter contractual y como tales no tienen eficacia contra terceros de buena fe.

Tal como se indicó ya en la Doctrina 42, las facultades representativas de los administradores (relativas al ejercicio de la representación legal) se encuentran limitadas en ciertos casos y para ciertos efectos por la propia Ley.

En tales casos, la restricción respectiva constituye una "**limitación legal".**

Ejemplos de lo antedicho se ofrecen en el tercer inciso del artículo 30 y en el primer inciso del artículo 303 (actual 261), de la Ley de Compañías, en los que se prohíbe al administrador hacer por cuenta de la compañía operaciones ajenas a su objeto; así como en el artículo 45 (actual 46) y en literal h) del artículo 120 (actual 118) de la misma Ley, en los que -salvo las excepciones que en ellos se indican- se restringe su libertad de acción en los casos de enajenación o gravamen de los bienes inmuebles de las compañías en nombre colectivo y de responsabilidad limitada, o en la parte final del artículo 295 (actual 253) de la Ley de Compañías, en donde se exige la previa autorización de la Junta General de Accionistas (o la respectiva salvedad en el estatuto social) para enajenar los bienes sociales no vinculados con el objeto de la compañía, sean muebles o inmuebles, así como para hipotecar los inmuebles o las naves de la compañía (a

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

menos que ese tipo de gravamen sea uno de los objetos de la sociedad o en el estatuto se hubiere expresamente exonerado a tales hipotecas de la previa autorización de la Junta General).

Como también se expresó en dicha Doctrina 42, aparte de aquellas "**limitaciones legales**" pueden darse en la práctica diversas "limitaciones contractuales" impuestas a las facultades representativas de los administradores en el correspondiente contrato social, con la autorización expresa del segundo inciso del artículo 44 (actual 45) y del artículo 295 (actual 253) de la Ley de Compañías. En efecto, puede ocurrir, por ejemplo, que en unos estatutos sociales se diga que para celebrar contratos con cuantías superiores a los cinco millones de sucres, el gerente general, que según tales estatutos es el representante legal de la sociedad, necesita contar con la autorización previa del Directorio o de la Junta General, o que para aceptar letras de cambio o suscribir pagarés a la orden, dicho gerente general necesite actuar conjuntamente con el presidente (sin que éste sea propiamente un "representante legal" según los estatutos del ejemplo).

Tales limitaciones son de carácter "contractual" pues se originan en la voluntad de quienes constituyen la compañía y aprueban los estatutos contentivos de las mismas, o de quienes los reforman con posterioridad. Además, dichas limitaciones son de carácter interno cuya observancia es de responsabilidad directa del funcionario afectado por las mismas.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Ahora bien, por la naturaleza de aquellas "limitaciones contractuales" y por la masificación de los actos de las sociedades de comercio, a través de los cuales las mismas adquieren derechos y contraen obligaciones, el artículo 12 de la Ley de Compañías (desde la segunda gran reforma de 1971) dice:

> "Será ineficaz contra terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores o gerentes que se estipulare en el contrato social o en sus reformas.

Esta disposición -que lógicamente no puede aplicarse también al caso de las "limitaciones legales- debe entenderse concebida para proteger los intereses de los terceros que contrataren o negociaren con la compañía respectiva sin conocer (por no estar obligados a ello) las "limitaciones contractuales" que **internamente** los socios o accionistas de la sociedad hubieren convenido en imponer a los administradores de la misma con facultades representativas; por más que aquellas limitaciones consten de los estatutos sociales que, como se sabe, deben siempre estar instrumentados en escrituras públicas, pues la vertiginosidad de los negocios empresariales no da tiempo ni lugar para que en cada operación el tercero correspondiente se dedique a investigar aquellas limitaciones entre las escrituras sociales de la compañía con la que fuere a contratar.

Pero si por alguna razón el tercero conocía de antemano la existencia de tal o cual limitación contractual, y no obstante ello se aventuró a contratar con la compañía a través de su representante legal pero sin observancia alguna a aquella limitación, es lógico que para ese tercero no puede aplicarse la exoneración que concede el citado artículo 12, pues en su caso no se cumple el supuesto filosófico de la norma por carecer de la "buena fe" que implícitamente ella exige.

Por consiguiente, el "tercero de mala fe" no puede alegar en su favor el beneficio que el artículo 12 de la Ley de Compañías concede a los terceros de "buena fe".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En conclusión: las limitaciones impuestas a los representantes legales en contrato social que no sean simples repeticiones de las limitaciones impuestas por la propia Ley son de carácter contractual y como tales no tienen eficacia contra terceros "de buena fe".

Pero no hay que confundir las disposiciones estatutarias "**limitativas**" de las facultades de los representantes legales con las disposiciones estatutarias "constitutivas" de la propia representación legal.

Por consiguiente, si en el estatuto social se dice que "la representación legal está conjuntamente a cargo del presidente y del gerente general" es indiscutible que

en tal caso la representación no está "limitada" por el requisito de la actuación conjunta sino que tal representación funciona -se constituye- cuando ambos funcionarios obran de consuno.

No obstante esta diferencia, el "tercero de buena fe" también tiene un beneficio similar al que concede el artículo 12, cuando sólo hubiere contratado con uno de los dos funcionarios del ejemplo que antecede, tal como se indica en los artículos 309 (actual 267) y 310 (actual 268), que por analogía también son aplicables al caso de las compañías de responsabilidad limitada (aunque el artículo 310 (actual 268) no encuentre su equivalente entre las normas que regulan este tipo de compañía luego de sí haber encontrado el suyo el 309 (actual 267) en el 131 (actual 131)).

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 111

BALANCES: CONOCIMIENTO POR PARTE DE LOS ACCIONISTAS

Base legal:

LCom: ***Arts. 15; 334; 414***

Los balances preparados por la administración para el conocimiento de la Junta General y que deben estar a disposición de los accionistas por lo menos 15 días antes de la sesión respectiva no tienen carácter definitivo, por lo cual no tendría sentido que la compañía confiera copia de ellos.

El artículo 334 (actual 392) de la Ley de Compañías establece que los balances de una compañía anónima estarán a disposición de los accionistas, en las oficinas de la compañía, para su conocimiento y estudio, por lo menos quince días antes de la fecha de la reunión de la Junta General que deba conocerlos.

A fin de coordinar y armonizar la disposición citada con la del artículo 15 de la misma Ley, ha de considerarse que éste manifiesta que los accionistas de las compañías anónimas solo tendrán derecho a que se les confiera copia certificada de los balances generales; en tanto que aquella establece que el balance general estará a disposición de los accionistas en las oficinas de la compañía para su conocimiento y estudio, por lo menos quince días antes de la fecha fijada para la reunión de la Junta General que deba conocerlo.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

La del artículo 334 (actual 392) es una disposición especial, por referirse, concretamente, al balance preparado, entre otros documentos, por la administración, para presentarlo a conocimiento de la Junta General de Accionistas de la Compañía. En la situación prevista por el citado artículo, tales balances preparados por la administración, que deben estar a disposición de los accionistas por período mínimo de 15 días, no tienen carácter definitivo y por tanto merecen cierto trato reservado hasta que la Junta los apruebe; por lo cual,

no tendría sentido que la compañía confiera copia de ellos. Si así lo hubiera querido la Ley, no se habría limitado a ordenar que se hallen meramente a disposición de los accionistas en un lugar determinado, "para su conocimiento y estudio".

Por lo antedicho, el artículo 15 se refiere exclusivamente a los balances aprobados ya por la compañía.

Corrobora lo anteriormente expuesto, la ubicación de los preceptos en referencia: la del artículo 15 está en las disposiciones generales de la Ley; la del artículo 334 (actual 292), en las normas atinentes, de modo específico, a los balances de la compañía anónima y su formulación.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 112

BENEFICIOS LÍQUIDOS ANUALES:
REPARTO MÍNIMO Y CIERTOS ASPECTOS TRIBUTARIOS

Base legal:

LCom: *Art. 339*// DS-3135-A (RO 761:29-ene-79): *Art. 18* //DS-1593 (RO 376:11-jul-77)

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.

La vigencia de la resolución unánime de la Junta General que establece el inciso final del artículo 339 (actual 297) de la Ley de Compañías respecto a la asignación de por lo menos un cincuenta por ciento de los beneficios líquidos anuales, para distribuirlos entre los accionistas, debe entenderse referida a la totalidad de los accionistas concurrentes a la Junta General legalmente convocada y reunida y no a la totalidad del capital social.

Bastaría, por lo tanto, que un solo accionista con derecho a voto (o su representante) que se encontrare concurriendo a la Junta respectiva exigiere la distribución de dividendos, para que obligatoriamente deba repartirse entre los accionistas por lo menos el cincuenta por ciento de las utilidades líquidas. (Claro que la afirmación antedicha no procedería si se tratara de la resolución de aumentar el capital por capitalización de dichas utilidades mediante la elevación del valor de las acciones ya emitidas, que requiere el consentimiento unánime de todos los accionistas según el artículo 197 (actual 184)).

La disposición legal citada, así como el criterio relativo a su alcance son aplicables a las compañías de responsabilidad limitada, por no oponerse a la naturaleza de la misma (artículo 18 del DS-3135-A de enero de 4 de 1979; RO 761 de enero 29 del mismo año).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Finalmente, conviene advertir que cuando esta Doctrina fue concebida no se había dictado aún el Decreto Supremo 1593 del 24 de junio de 1977, publicado en el Registro Oficial 376 del 11 del siguiente mes (que luego fue aclarado mediante Acuerdo Ministerial 364 del 20 de julio de 1977, publicado en el Registro Oficial 387 del 26 de los mismo mes y año), cuyo artículo 1 dice:

> "Art. 1.- Como tercero, cuarto y quinto incisos del artículo 23 de la Ley de Impuesto a la Renta, inclúyanse los siguientes:
>
> Tampoco se deberán impuestos por concepto de la reliquidación, cuando declarado un dividendo por la Junta General ésta acordare, en la misma sesión, aumentar el capital, y que el pago del aumento se realizare por compensación de créditos con los dividendos que no hubieren sido retirados.
>
> En los casos en que por disposición de los estatutos sociales, la decisión sobre aumento de capital corresponda a otro órgano de la compañía, ésta deberá tomarse en la misma fecha en que la Junta General declare el dividendo.
>
> De no aplicarse la totalidad de los dividendos al pago del aumento de capital, la parte de los dividendos que no hubiere sido percibida por los accionistas sí estará sujeta a los impuestos por concepto de reliquidación.
>
> Con excepción de los dividendos acciones, y del caso contemplado en el inciso tercero, todo dividendo es gravado por esta Ley.

Para comprender debidamente esta reforma, es necesario tener presente la estructura básica del régimen tributario aplicable a las utilidades de las compañías de capital en el Ecuador.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Como se sabe, en materia de impuestos a las sociedades de capital, en el Ecuador no existe lo que en otros países se conoce con el nombre de "impuesto a la compañía", pues el impuesto a la renta no grava indiscriminadamente a las utilidades líquidas de las sociedades de capital, sino que las afecta en función del destino de las mismas; el cual destino siempre lo determina la correspondiente Junta General Ordinaria anual de socios o accionistas, con las limitaciones legales del caso, como por ejemplo la obligada asignación del 15% de aquellas utilidades para la participación de los trabajadores, según el artículo 96 (actual 97) del Código del Trabajo, y el forzado destino de los porcentajes correspondientes para la formación o incremento del Fondo de Reserva Legal, de conformidad con los artículos 111 (actual 109) y 339 (actual 297).

Por eso, en el Ecuador, en tratándose de compañías de capital, el impuesto a la renta respectivo recae de maneras diferentes sobre:

a) Sus utilidades líquidas no distribuidas, es decir, las reservadas -en la reserva legal o en las facultativas- (artículo 9 de la Ley de Impuesto a la Renta); y,

b) Las utilidades distribuidas entre los socios o accionistas, es decir, los dividendos con cargo a las utilidades líquidas del ejercicio, a cuyo género corresponden también -y por lo tanto se le asimilan- las reservas facultativas que se llegaren a distribuir también como dividendos (artículo 23, primer inciso, de la Ley de Impuesto a la Renta).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Sobre las utilidades líquidas anuales no distribuidas, es decir, sobre lo que la Junta General hubiere decidido reservar en la reserva legal y/o en las reservas facultativas, el impuesto afecta directamente el patrimonio de la compañía, siendo ella la obligada a pagarlo de su propio peculio ("por obligación propia"). La tarifa de tal impuesto tiene el carácter de definitiva y es del 20%, sin considerar los "impuestos adicionales" (artículo 65 de la Ley de Impuesto a la Renta).

En cambio, sobre las utilidades líquidas anuales si distribuidas, es decir, sobre los dividendos que se pagan a los socios o accionistas de las utilidades líquidas del año correspondiente, el impuesto afecta directamente al patrimonio de dichos socios o accionistas y el monto del mismo es "retenido", es decir, descontado del dividendo respectivo, y pagado al fisco por la compañía que lo distribuyó. Este impuesto, por lo tanto, lo paga la compañía al fisco, actuando como "Agente de Retención" (Definición 1 del Capítulo Final del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Impuesto a la Renta (11)), con dineros que le pertenecen al socio o accionista correspondiente; por lo que dicho pago la compañía lo hace no por obligación propia sino "por obligación ajena".

En tratándose de dichos dividendos, el régimen tributario varía según el accionista:

1. Si el socio o accionista reside permanentemente en el Ecuador la tarifa respectiva es el 20% del dividendo que él debe recibir según la correspondiente resolución de Junta General (sin considerar los impuestos "adicionales") y el pago que por él hace la compañía es de carácter provisional, (artículo 66 de la Ley de Impuesto a la Renta), pues dicho socio o accionista tendrá luego que incorporar a su propia declaración personal de impuesto a la renta -sobre su "Renta global"- el monto del dividendo que hubiere recibido, junto con sus otros ingresos, así como también el monto de la retención y pago de aquel 20% para efectos del correspondiente "crédito tributario", es decir, para descontar ese 20% ya pagado de lo que tuviere que pagar según su antedicha declaración personal (artículo 74 de la Ley de Impuesto a la Renta y artículo 38 del Reglamento); y,

2. Si el socio o accionista es un extranjero residente en el exterior, la tarifa respectiva es del 40% del dividendo que él de a recibir y el pago que por él hace la compañía es de carácter definitivo, pues este socio o accionista no tendrá que presentar su propia declaración personal en el Ecuador, ni tendrá por tanto derecho en este caso a ningún "crédito tributario" (por lo menos en el Ecuador).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Todo lo que hasta aquí va dicho respecto del régimen tributario de los **dividendos** pagados sobre las **utilidades líquidas** del correspondiente año fiscal se aplica también a los **dividendos** que se paguen sobre utilidades pasadas, que no se distribuyeron en su momento, es decir, con cargo a las **reservas voluntarias o facultativas** (puesto que la "reserva legal" no se puede distribuir); con la única diferencia que en este último caso la Ley concede que se efectúe el correspondiente "crédito tributario" por el impuesto que en el pasado la compañía pagó -"por obligación propia"- cuando reservó aquellas utilidades (primer inciso del artículo 23 de la Ley de Impuesto a la Renta).

Pero en ambos casos, eso sí, el socio o accionista que hubiera recibido el correspondiente dividendo (sea por utilidades o sea por reservas), estará siempre obligado a incluirlo en su propia declaración personal de su renta global; con lo cual, al pagarse el impuesto determinado por aquella declaración personal, se producirá automáticamente la "reliquidación" de lo que en definitiva debió ser el tributo final por el dividendo en cuestión (cosa que dependerá siempre del monto definitivo de todas las demás rentas del socio o accionista).

Sin embargo, esto último no ocurre en tratándose de los llamados "dividendos - acciones" ("dividendos - participaciones" en las limitadas), es decir, no se aplica al caso de las nuevas acciones o participaciones que reciben los accionistas o socios en los aumentos de capital efectuados por "capitalización de reservas" siempre que esas reservas ya hubieren tributado cuando tuvieron el carácter de "utilidades líquidas anuales no distribuidas", tal como lo preceptúa el segundo inciso del artículo 23 de la Ley de Impuesto a la Renta. En efecto, según la Ley, el socio o accionista que recibe este tipo de "dividendo acción" no está obligado a incluir el valor del mismo en su propia declaración personal de su renta global; por lo que, al no aumentarse con ese valor el monto de esta última, no se opera en este caso la antedicha "reliquidación" a la que expresamente alude el citado inciso segundo del referido artículo 23).

Tal era a grandes rasgos la estructura básica del régimen tributario de las utilidades de las compañías de capital, según sus destinos, hasta antes de la

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

vigencia del Decreto Supremo 1593 del 24 de junio de 1977, parcialmente transcrito con anterioridad.

Ahora, con ocasión de tal Decreto Supremo, dicho régimen sigue siendo el mismo, pero con un aditamento más: el causado por el nuevo inciso tercero del artículo 23 de la Ley de Impuesto a la Renta (18) agregado por aquel Decreto.

Con ese aditamento, ahora, el concepto tributario, del "dividendo - acción" comprende también a las nuevas participaciones o acciones que reciben los socios o accionistas en los aumentos de capital efectuados INDIRECTAMENTE por "capitalización de utilidades del ejercicio respectivo", cuando de tales utilidades se hubieren declarado dividendos para distribuirse entre los socios o accionistas. y la Junta que los declaró hubiere también acordado -al mismo tiempo- aumentar el capital social de la compañía mediante la capitalización de los créditos generados por esos dividendos declarados y que no hubieren sido retirados.

En consecuencia, según el nuevo inciso tercero del citado artículo 23 de la Ley de Impuesto a la Renta, con este nuevo tipo tributario de "dividendo - acción" tampoco se produce la "reliquidación" que ordinariamente debe producirse con respecto a los dividendos pagados en efectivo, porque el socio o accionista que lo recibe no deberá incluir su valor en su propia declaración personal de su renta global.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Pero lo antedicho no quiere decir que por el monto total de todos aquellos dividendos -que luego pasaron a ser créditos y que después se convirtieron en las nuevas acciones correspondientes al respectivo aumento de capital- no se paga impuesto a la renta alguno; pues tal impuesto a la renta sí se paga... cuando menos de la forma establecida por el Acuerdo Ministerial 364 del 20 de julio de 1977, publicado en el Registro Oficial del 26 de los mismos mes y año, en cuyo artículo 1 se lee:

"En los casos contemplados en el inciso tercero del artículo 23 de la Ley de Impuesto a la Renta, las sociedades de capital constituidas en el Ecuador pagarán -ellas- el impuesto establecido en el artículo 65 de la Ley de Impuesto a la Renta (es decir, el 20%)".

Lo que sí es definitivo es que el socio o accionista que recibe ese nuevo tipo tributario de "dividendo -acción" no incluye el valor del mismo en su declaración personal de su renta global. Por eso es que el tercer inciso que lo creó empieza diciendo: "Tampoco se deberá impuesto por concepto de la reliquidación...".

Continuando con el referido Decreto Supremo 1593, vale la pena comentar el inciso cuarto del artículo 23 de la Ley de Impuesto a la Renta que dicho Decreto creó, y que dice:

> "De no aplicarse la totalidad de los dividendos al pago del aumento de capital, la parte de los dividendos que hubiere sido percibido en efectivo por los accionistas, sí estará sujeta a los impuestos por concepto de reliquidación (pues es obvio que quienes se pronunciaron por recibir el dividendo en efectivo deberán incluir en su declaración personal de su renta global el valor del mismo para que se realice la consiguiente reliquidación)".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Se diría que el supuesto del cual parte tal inciso cuarto es completamente ocioso, porque si todos los dividendos (convertidos en crédito) resultan utilizables para el aumento, mucho mejor sería, antes que acudir a la figura del "crédito compensable", proceder al aumento respectivo por la vía más lógica y expedita: el aumento de capital mediante la capitalización DIRECTA de la parte correspondiente de las utilidades del año respectivo.

En todo caso, el tenor literal de aquel inciso cuarto evidencia que el inciso tercero que le antecede encierra en el fondo la alusión a un aumento de capital efectuado INDIRECTAMENTE por "capitalización de utilidades del ejercicio respectivo" de utilidades del año que pasan a ser dividendos declarados, que luego se

transforman en créditos, para trocarse más tarde en nuevas acciones correspondientes a un aumento de capital realizado "por compensación de créditos".

Con todo lo antedicho queda más o menos explicado el aspecto tributario del Decreto Supremo 1593 (23) del 24 de junio de 1977, publicado en Registro Oficial del 11 del siguiente mes.

En cuanto al aspecto societario del mismo, es indudable que su contenido en algo modifica el trasfondo del inciso final del artículo 339 (actual 297) de la Ley de Compañías y -lógicamente- el trasfondo también de la concepción original de esta Doctrina.

Pero tal modificación es muy indirecta, pues aún sigue bastando el voto de una sola participación o de una sola acción con derecho a voto para que la Junta General se vea obligada a acordar el reparto mínimo de por lo menos el 50% de las respectivas utilidades líquidas del año correspondiente, con la diferencia de que, junto a tal acuerdo, la Junta también puede resolver el aumento de capital por compensación de los créditos que se produjeron por los dividendos no retirados, siempre que los socios o accionistas que no los retiraren dejaren constancia expresa de su conformidad en que esos créditos suyos (por aquellos dividendos no retirados) se apliquen al pago de las nuevas acciones que a ellos les correspondan en el respectivo aumento de capital; para lo cual en la práctica será siempre necesario que la administración haya previamente auscultado el futuro comportamiento de los socios o accionistas, con el fin de contar en su momento con los suficientes elementos de juicio que hagan factible el aumento de capital.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Así, el socio o accionista que hubiere ejercido el derecho que le concede el inciso final del artículo 339 (actual 297) de la Ley de Compañías, votando por el reparto mínimo de dividendos, habrá recibido únicamente su respectivo dividendo EN EFECTIVO (con todas las consecuencias tributarias del caso); mientras que los que hubieren preferido capitalizar INDIRECTAMENTE sus dividendos habrán recibido sus correspondientes nuevas acciones o participaciones en el

consiguiente aumento de capital, es decir, sus "dividendos-acciones" respectivos, en los términos del tercer inciso del artículo 32 de la Ley de Impuesto a la Renta.

... Sólo que los primeros resultarían a la postre con un porcentaje menor en sus acciones o participaciones frente a los demás...

(NOTA: como en la sección B de la Doctrina 35 se ha dicho terminantemente que es de competencia privativa de la Junta General el acordar aumentos de capital, y como en la parte segunda del nuevo inciso tercero del artículo 23 de la Ley de Impuesto a la Renta se reconoce -desde el año 1977- que pueden existir estatutos sociales que concedan esa atribución a otro organismo social diferente de la Junta General, resulta necesario aclarar que el citado inciso tercero debe referirse exclusivamente al caso de las compañías financieras (sujetas a una propia Ley -la Ley de Compañías Financieras- y a la vigilancia y control de la Superintendencia de Bancos) en las que por no existir el sistema del "capital social autorizado" -fijado a manera de tope en el contrato social- parece posible que el directorio, por ejemplo, pueda acordar aumentar el "el capital social suscrito" dentro del límite -o tope- del antedicho capital "autorizado"; lo cual es totalmente inaplicable al caso de las sociedades sujetas a la Ley de Compañías y al control de la Superintendencia de Compañías).

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 113

EN NINGÚN MOMENTO Y POR NINGUNA CIRCUNSTANCIA PUEDE LEGALMENTE UNA COMPAÑÍA EXTRANJERA QUE ESTÁ OPERANDO O QUE HA OPERADO EN EL PAÍS QUEDAR SIN EL REPRESENTANTE QUE LA LEY EXIGE PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PENDIENTES

Base legal:

LCom: ***Arts. 6; 9; 424*** **// CC:** ***Art.2098*** **// CPC:** ***Art.52***

Una vez establecidas en el territorio nacional, las compañías extranjeras que operan en el Ecuador deben tener permanentemente en el país un representante por lo menos, para cumplir las obligaciones contraídas, sin que la "revocatoria" o la "renuncia" del poder correspondiente puedan servir para contrariar esa exigencia de orden público.

En las doctrinas 47, parte final, y 48 se indicaron ya los casos en que las compañías extranjeras debían establecerse en el Ecuador, por la vía conocida con el nombre de la "domiciliación", para poder operar lícitamente dentro del territorio nacional.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Para tal "domiciliación", como se sabe, el inciso final del artículo 424 (actual 415) de la Ley de Compañías establece que en el trámite pertinente deberá presentarse a la Superintendencia de Compañías "el poder otorgado al representante" que la compañía va a tener en el Ecuador, cuya suficiencia deberá ser calificada por dicha Institución según el inciso final del artículo 428 (actual 419) de la citada Ley.

Pero, para el desarrollo mismo de las actividades de las compañías extranjeras dentro del país, luego de su "domiciliación" legal, el numeral 3 del mismo artículo 424 (actual 415) exige clara y terminantemente que todas aquellas compañías -una vez establecidas en el territorio nacional- deben "tener permanentemente en

el Ecuador, cuando menos, un representante... para cumplir las obligaciones contraídas"; lo cual resulta una necesaria confirmación del mandato legal impuesto por el artículo 6 de la misma Ley a todas las compañías que contrajeren obligaciones en el Ecuador, "domiciliadas" o no.

Los términos que al efecto ha empleado la Ley son de tal naturaleza que no dejan duda alguna de que la norma creada por ella pertenece a la categoría del "orden público". Por consiguiente, ni la "revocatoria" ni la "renuncia" pueden servir para contrariarla.

Respecto de la "renuncia" del poder por parte del representante (único) de la compañía extranjera en el Ecuador, el artículo 2098 (actual 2071) del Código Civil es bueno para confirmar lo dicho, al decir: "la renuncia del mandatario no dará fin a sus obligaciones (y la primera es la de representar al poderdante), sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados". Y ese tiempo razonable es el que en el caso en cuestión necesita la compañía extranjera para designar su nuevo apoderado en el país.

Confirmando lo antedicho se destaca el artículo 52 (actual 46) del Código de Procedimiento Civil, que dice que "el procurador que ha aceptado o ha ejercido el poder, está obligado a continuar desempeñando en lo sucesivo, sin que le sea permitido excusarse de ejercerlo para no contestar demandas nuevas, cuando está facultado para ello, salvo que renuncie al total ejercicio de dicho poder **y que comparezca en el juicio el poderdante, personalmente o por medio de nuevo procurador".**

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En el caso de la "revocatoria" la cuestión es más simple porque ella depende de la "voluntad" de la compañía extranjera, que es quien está concretamente obligada a "tener **permanentemente** en el Ecuador, cuando menos, un representante". Por consiguiente, es fácil deducir que dicha compañía no podrá revocar el poder ya conferido sin designar a la vez al nuevo apoderado. En caso contrario estaría violando la Ley.

Ahora bien, si la obligación legal es violada o si por algún imprevisto resulta de repente incumplida (como ocurriría en el caso de la muerte del apoderado único), los terceros siempre tendrán el recurso concedido por el artículo 9 de la Ley de Compañías, que dice: "Las compañías... que contrayeren en el Ecuador obligaciones que deban cumplirse en la República y no tuvieren quien las represente, serán consideradas como el deudor que se oculta y podrán ser representadas por un curador dativo...".

Por otra parte, el haber cesado sus actividades en el Ecuador, o el haberse retirado ya del país, o el haber sido cancelado el correspondiente permiso para operar en la República, no son ni causas ni excusas para dejar por eso de tener -tales compañías extranjeras- sus correspondientes apoderados en el territorio nacional. Ya no para ejecutar los actos o celebrar los contratos propios y ordinarios de su pasada actividad, sino para cumplir las obligaciones pendientes (vencidas o no) y para contestar las demandas que por tales obligaciones se pudieren plantear contra aquellas compañías (sin perjuicio de los casos en que convencionalmente se hubiere pactado el vencimiento automático de ciertas obligaciones por el solo hecho del retiro de la sociedad o de la cancelación de su permiso)... así como también para ejercer acciones contra los deudores de la compañía y presentar las demandas correspondientes.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Lo antedicho resulta elemental si se piensa solamente en el derecho del Estado a fiscalizar todo lo relativo al impuesto a la renta que la compañía extranjera debió dejar declarado y pagado antes de su retiro del Ecuador, o en los impuestos que por las glosas de la correspondiente fiscalización debiere de pagar la compañía aún después de haber finalizado sus actividades en el país; por no hablar de los eventuales reclamos laborales que bien podrían plantearse luego de que la sociedad hubiere terminado sus negocios en el territorio nacional.

Para la Ley no basta, pues, que la compañía extranjera deba tener por lo menos un apoderado en el Ecuador que pueda ejecutar actos de celebrar contratos por virtud de los cuales la compañía adquiera derechos mientras estuviera operando

en el territorio nacional. Para la ley ecuatoriana es mucho más importante que exista alguien en el Ecuador que pueda responder por las actividades de la sociedad extranjera en el país, que pueda cumplir sus obligaciones contraídas en el Ecuador y, por tanto, que pueda ser citado con las demandas que se plantearon contra esa compañía por aquellas obligaciones, y, como es natural, que pueda contestarlas, obviamente, a nombre y en representación de la compañía mandante.

Y como esto último se refiere a cuestiones que pueden tener lugar durante el establecimiento de la compañía extranjera en el país o después de su retiro (voluntario o forzoso) del Ecuador, es evidente que la respectiva exigencia legal abarca ambas épocas. No de otra forma se podría interpretar el primer inciso del artículo 6 de la Ley de Compañías.

Y si esa obligación no se cumpliere bien pueden los terceros afectados recurrir al nombramiento del curador dativo de que trata el artículo 9 de la misma Ley, sin perjuicio de poder entablar la acción correspondiente en el propio domicilio social de la compañía, en el extranjero.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 114

CONTENIDO MÍNIMO DEL PODER DEL REPRESENTANTE EN EL ECUADOR DE COMPAÑÍAS CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO

Base legal:

LCom: *Art. 424*

Resulta inaceptable el poder conferido por una compañía extranjera con limitaciones de tiempo, cuantía o clase de los actos o contratos que deban ejecutarse o celebrarse en el Ecuador.

Es inadmisible la limitación de las facultades que debe tener el representante en el Ecuador de una compañía constituida en el extranjero, para los efectos previstos en el numeral tercero del artículo 424 (actual 415) de la Ley de Compañías.

Dicha disposición establece que las referidas compañías "deben tener permanentemente cuando menos un representante con amplias facultades para realizar todos los actos y negocios jurídicos que hayan de celebrarse y surtir efectos en territorio nacional, y especialmente para que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Esta norma de orden público no admite ninguna restricción, pues se refiere a la facultad necesaria para que el representante de esa compañía pueda realizar todos los actos y negocios jurídicos que, a nombre de la compañía extranjera, hayan de celebrarse y surtir efectos en territorio nacional, tanto en lo judicial como en lo extrajudicial.

Por lo dicho, resulta inaceptable el poder conferido por una compañía extranjera que establezca limitaciones de tiempo, cuantía o clase de los actos o contratos que pueda realizar su representante en el Ecuador.

Con cualquiera de esas limitaciones no procede la calificación de suficiencia a que se refiere el inciso final del artículo 428 (actual 419) de la Ley de Compañías.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 115

DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS EXCESIVAS

Base legal:

LCom: *Arts. 211; 394*

Las pérdidas excesivas no causan "de pleno derecho" la disolución de la Sociedad.

Aunque una compañía se encuentre incursa en la citación prevista en el artículo 211 (actual 198) y en el numeral 3 del artículo 394 (2) de la Ley de Compañías, no se produce la disolución en tanto no lo resuelva la Junta General o la Superintendencia de Compañías, ya que las referidas disposiciones no comportan una causa de disolución de pleno derecho.

Conviene dejar aclarado que en esta materia el Ecuador no sigue el sistema de otros países, en los que la disolución se ofrece necesaria y automáticamente por el solo hecho de aparecer las pérdidas excesivas del caso en el correspondiente balance anual, tal como ocurre en Chile en razón del artículo 464 de su Código de Comercio.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por otra parte, como ya se estableció en las doctrinas 106 y 107, la situación prevista en las disposiciones legales citadas puede ser superada y evitarse así la disolución.

DOCTRINA 117

NINGUNA COMPAÑÍA PUEDE ADOPTAR UN NOMBRE IGUAL O SEMEJANTE AL DE OTRA PREEXISTENTE AUNQUE ÉSTA MANIFESTARE SU CONSENTIMIENTO

Base legal:

LCom: ***Arts. 16; 93; 156***

El derecho de propiedad que una compañía adquiere sobre su nombre no se limita a su particular interés sino que el nombre social tutela el interés general de los terceros al advertir a éstos de errores o confusiones que la sinonimia o semejanza pudieran ocasionar o propiciar.

El artículo 16 de la Ley de Compañías dispone:

> "La razón social o la denominación de cada compañía, que deberá ser claramente distinguida de la de cualquier otra, constituye una propiedad suya y no puede ser adoptada por ninguna otra compañía".

El primer inciso del artículo 93 (actual 92) dice:

> "La compañía de responsabilidad limitada es la que se contrae entre tres o más personas, que solamente responden por las obligaciones- sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales y hacen el comercio bajo una razón social o denominación objetiva, a la que se añadirá, en todo caso, las palabras "compañía limitada" o su correspondiente abreviatura. Si se utilizare una denominación objetiva, será una que no pueda confundirse con la de una compañía preexistente. Los términos comunes y los que sirven para determinar una clase de empresa, como "comercial", "industrial", "agrícola", "constructora", etc., no serán de uso exclusivo e irán acompañados de una expresión peculiar".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

El inciso segundo del artículo 156 (actual 144), referente a la compañía anónima, tiene un texto similar.

Se ha presentado en la práctica, la necesidad de dilucidar la siguiente cuestión; ¿puede una compañía adoptar un nombre igual o parecido al de otra preexistente, si ésta manifiesta su consentimiento?

El estudio de este punto lleva, como cosa previa, a examinar los fundamentos de los preceptos transcritos. ¿Se trata, simplemente, de respetar y hacer respetar el derecho de propiedad que una compañía adquiere sobre su nombre, como un atributo privado de ella, al haber cumplido los requisitos legales pertinentes? ¿O debe tomarse también en consideración el interés público, relacionado no sólo con la compañía y sus socios, sino también con terceros, inclusive las autoridades?

En su obra "Sociedades Anónimas", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 76, dice Isaac Halperin, luego de referirse a la función identificatoria que tiene la denominación:
"Téngase en cuenta:

a) Que debe ser inconfundible, principio que trasciende al interés privado, y es menester que por su significado, sonoridad, grafía y fonética sea posible diferenciarlo indudablemente.

b) ...

c) Que el nombre no es enajenable...".

En esta obra consta la cita de otros autores y de resoluciones oficiales expedidas sobre la materia.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Carbone y Urien citan las reglamentaciones que rigen en la Argentina con respecto a la autorización para el uso de nombres iguales o similares a los de una persona jurídica preexistente. Según esas reglamentaciones, es obligación de los organismos competentes "cuidar que no se autoricen sociedades con el mismo nombre de otras ya constituidas como personas jurídicas, ni con denominaciones que puedan confundirse o inducir en error con relación a instituciones o reparticiones del Estado o garantizadas por éste...".

En Resolución dictada por la Inspección General de Justicia (Actualmente, Inspección General de Persona Jurídicas) de la Argentina, el 17 de julio de 1964, se hacen, entre otras, las siguientes consideraciones:

a) Que el nombre societario a la vez que atributo y derecho de la sociedad anónima es requisito exigido por la Ley que lo somete en virtud de la función pública que cumple, y en protección de los intereses generales, a un régimen especial en lo que hace a su elección y cambio;

b) Que los preceptos legales pertinentes no solo protegen el derecho que sobre su denominación societaria tienen los entes preexistentes individualizados por denominaciones idénticas o confundibles con la que se propone, sino que también tutelan el interés general de los terceros al precaver a éstos, mediante la imposición del principio de la inconfudibilidad, de errores o confusiones que la sinonimia, semejanza o analogía pudiere promover o facilitar; motivo de interés público que explica los términos imperativos de los preceptos ya citados;

c) Que la naturaleza y organización de la sociedad anónima y su frecuente y siempre posible relación con el ahorro público que, por diferentes caminos puede y suele vincularse a ella, hacen más evidente, a su respecto, las razones de interés público que fundan el principio de la inconfundibilidad, y así lo prueba el expreso acogimiento que de éste hacen diversas leyes extranjeras y, en el orden nacional, la existencia de normas dictadas por el poder administrativo a los efectos de proteger a los terceros en general y prevenirlos de las confusiones que

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

pudiera aparejar la inclusión en la denominación societaria de expresiones que sugirieran la participación o vinculación societaria del Estado nacional o de empresas extranjeras de renombre internacional;
d) Que el Poder Ejecutivo nacional, conforme a las funciones que le otorga la Ley, tiene la facultad y el deber de salvaguardar, al manifestarse respecto a la solicitud de autorización de la proponente, el interés público en juego y, por ello, denegar dicha autorización a la solicitante bajo la denominación que ésta propone, en todos los casos en que la misma, por no ajustarse a lo establecido por los textos legales, traiga posibilidad de pública confusión con otras denominaciones propias de sociedades ya existentes".

(Véase la obra intitulada "Sociedades Anónimas", de los autores ya citados, Tomo II, tercera edición, pp. 764 y 765).

Cabe aclarar que lo dicho sobre la compañía anónima lo consideramos plenamente aplicable, según la ley ecuatoriana, a las demás especies de compañías, en vista de los artículos 16, de carácter general, y 93 (actual 92) especial, de la Ley de Compañías.

Por otra parte, hay que notar que el propio texto del artículo 16 ya citado, no contempla excepción alguna. En efecto, luego de decir que la razón social o la denominación de cada compañía, que deberá ser claramente distinguida de la de cualquier otra, constituye una propiedad suya, termina expresando: "y no puede ser adoptada por ninguna otra compañía". Es decir que no se hace excepción ni aún en el caso de que la compañía preexistente otorgare su consentimiento. La disposición no sólo es de carácter general, sino evidentemente imperativa, con lo que se descarta toda posibilidad de renuncia. Otro tanto podemos decir del texto del inciso primero del artículo 93 (actual 92) y segundo del artículo 156 (actual 144) de la Ley de Compañías.

Es obvio que de aceptarse la tesis de que, a pretexto de existir el consentimiento de la compañía preexistente, pudiera o debiera admitirse que otra u otras empleasen el mismo nombre de aquella o alguno semejante, se produciría una

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

confusión capaz de originar graves problemas, tanto a los mismos socios como a terceros, inclusive, como hemos dicho, a las autoridades que, en distintos ramos, tienen que ver con las compañías. Si no, imaginemos varias compañías con un mismo nombre, formadas (directa o indirectamente) con los mismos socios, con un capital igual y con idéntico objeto, para contratar con entidades del sector público por ejemplo. Huelgan los comentarios sobre el particular si también imaginamos -por ejemplo- que para todas ellas sería suficiente que una sola de dichas compañías apareciere como patrono y contribuyente "siempre al día" en sus obligaciones respectivas (mínimas, por supuesto).

Estimamos útil aclarar que la circunstancia de que se trate, eventualmente, de compañías de diversa especie, no desvirtúa de ningún modo el criterio expuesto, pues el fundamento filosófico de la prohibición es de carácter absoluto.

Finalmente, y dada la absoluta generalidad e imperatividad del artículo 16 de la Ley de Compañías, la tesis sostenida en esta Doctrina debe aplicarse aún al caso de que la compañía que fuere a constituirse tuviere un objeto distinto al de la sociedad preexistente. Se trata aquí del nombre de la compañía como elemento identificatorio, con prescindencia de cualquier otra consideración.

CONCLUSIONES

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

1. Una Compañía no puede adoptar un nombre igual o semejante al de otra preexistente aún cuando ésta otorgue su consentimiento;

2. El derecho de propiedad de que una compañía adquiere sobre su nombre no se limita a su particular interés sino que e nombre social tutela el interés general de los terceros al advertir a éstos de errores o confusiones que la sinonimia, semejanza o analogía pudieran promover o facilitar; y,

3. La prohibición se extiende aún a los casos en que las sociedades sean de distinta especie o tengan objetos diferentes.

DOCTRINA 118

CUANDO UNA COMPAÑÍA SE DISUELVE DE PLENO DERECHO CABE LA REACTIVACIÓN

Base legal:

LCom: ***Arts. 33; 282; 396; 402; 416***

La reactivación puede realizarse, siempre que se subsane el motivo que originó la disolución, cualquiera que hubiere sido la causa de la misma.

La Ley de Compañías enumera, en su artículo 394, las causas de disolución de las compañías, aplicables de modo general. La primera de dichas causas es "el cumplimiento del término fijado en el contrato". El artículo 396, inciso primero, añade: "Las compañías no se entienden prorrogadas por la voluntad presuntiva de los socios. Por lo mismo, transcurrido el término de duración de la compañía ésta se disolverá de pleno derecho, a no ser que con anterioridad hubiere sido expresamente prorrogada" (ver Doctrina 49).

Una vez disuelta la compañía, en este caso "de pleno derecho", debe ponerse en **liquidación,** salvo los casos de absorción o de fusión (artículo 402 de la Ley de Compañías).

La liquidación antedicha es todo un "proceso" que comienza con la instrumentación de la respectiva declaratoria, cuando la disolución no se ha operado de pleno derecho, o con la expedición de la correspondiente Resolución de la Superintendencia de Compañías en que se reconozca el estado de disolución, cuando ésta se hubiere operado "ipso iure", y termina con la cancelación de la inscripción de la compañía en el Registro Mercantil, cualquiera que sea su especie (artículo 416 de la misma Ley).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

La Ley de Compañías del Ecuador ha previsto la institución llamada "**reactivación de la compañía en proceso de liquidación**" (artículo 33); formalizada la cual se interrumpen las operaciones propias de la liquidación y vuelve la compañía a su actividad normal.

Claro que para que eso ocurra habrá sido necesaria no sólo la previa iniciación del respectivo proceso de liquidación, sino la decisión de reactivarse la compañía, tomada por su máximo organismo social; la instrumentación de aquella decisión; y, todas las demás formalidades requeridas en el artículo 33 de la Ley de Compañías para la reactivación.

Esta figura legal -la reactivación- se inspira en la necesidad de propiciar la subsistencia de las compañías, cuando éstas subsanan la causa o causas que motivaron su disolución.

En la práctica, tal recurso ha dado saludables resultados, pues ha permitido que compañías solventes -que por una u otra razón (y a veces hasta por simple olvido) han incurrido en alguna de esas causas- continúen operando, evitándose de este modo los perjuicios que pudieren sufrir los socios y los terceros de buena fe. Esto, claro está, aparte del interés económico general que evidentemente ha de tomarse en consideración.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Cabe notar que la Ley no hace discrimen alguno entre las causas de disolución, al hablar de la reactivación de la compañía en proceso de liquidación. Por tanto, la reactivación puede realizarse, siempre que se subsane el motivo que originó la disolución, cualquiera que hubiere sido la causa de la misma; de pleno derecho, por decisión del Superintendente de Compañías o del Juez, según el caso, o por voluntad de los socios.

Como dice Manuel de la Cámara Alvarez al tratar de la reactivación de la vida social ("Estudios de Derecho Mercantil", Volumen Segundo): "El problema ha sido muy discutido y no cuenta con soluciones unánimes ni en la legislación

comparada ni en la Doctrina". No es del caso exponer y analizar aquí las normas contenidas en las diversas legislaciones ni las opiniones de los tratadistas. Nos atenemos, para nuestro estudio, a las disposiciones de la ley ecuatoriana, a su claro sentido y su tenor literal, de acuerdo con las normas generales de interpretación.

Entre las causas que producen la disolución de pleno derecho se encuentra, como hemos visto, el vencimiento del plazo de duración de la compañía. Por tanto, una vez producida la disolución por esta causa e iniciado el proceso de liquidación, cabe que la compañía se reactive. Para ello deberá subsanarse, como es lógico, la causa que motivó la disolución, en este caso, el vencimiento del plazo de duración de la compañía. La Junta General de Socios o Accionistas deberá, pues, fijar el plazo de la prórroga y disponer el cumplimiento de todos los requisitos o solemnidades necesarios para el perfeccionamiento de la reactivación. Esas solemnidades, según el artículo 33 de la Ley de Compañías, deben ser las mismas que se han establecido para la fundación de la especie de compañías de que se trate.

Es interesante observar que la posibilidad de reactivación de una compañía que se encuentra en proceso de liquidación por haber expirado el tiempo que debía durar, tiene un antecedente en nuestra legislación. En efecto, el artículo 343 del Código de Comercio, que rigió con anterioridad a la Ley de Compañías, contemplaba expresamente el convenio o resolución que tenga por objeto la continuación de la compañía después de expirado su término, aparte del convenio o resolución que reduzca o amplíe el tiempo de su duración. No empleó el Código la palabra "reactivación", pero la situación o la figura es casi la misma.

Demás está decir que en todo caso de reactivación es indispensable subsanar la causa que motivó la disolución y, en general, regularizar la situación de la compañía, lo cual puede implicar una reforma de determinada cláusula del contrato social, tal como sucede precisamente con la prórroga del plazo.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 119

LAS FUNCIONES PRORROGADAS Y LA FACULTAD DE RENUNCIAR SON APLICABLES A TODOS LOS ADMINISTRADORES DE LAS COMPAÑÍAS ANÓNIMAS Y DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, TENGAN O NO LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LAS MISMAS.

Base legal:

LCom: ***Arts. 136 Inc.1; 301; 311***

Cuando la Ley de Compañías ha querido diferenciar a los administradores que tienen la representación legal de los que no la tienen ha sido muy clara en hacerlo, tal como se demuestra con las primeras palabras de sus artículos 13 y 302 (actual 260).

Tal como ya se ha dicho en las doctrinas 42 y 72, Sección I, la **administración** de la compañía abarca dos campos de acción permanente: el **interno,** que corresponde a la organización, dirección y supervisión de las operaciones sociales, cuando las mismas no trascienden a terceros ni al público en general; y, el **externo**, que corresponde precisamente a las manifestaciones de la compañía hacia terceros, a través de los cuales ésta adquiere derechos y contrae obligaciones civiles.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En principio, las funciones externas de la administración se realizan a través de los funcionarios de la compañía que ostentan la "representación legal" de la misma, según el correspondiente contrato social, en los términos de los artículos 28, 583 (actual 564), 589 (actual 570) y 1491 (actual 1464) del Código Civil (sin perjuicio de que la manifestación de la compañía hacia terceros también se pueda hacer a través de mandatarios).

En tratándose de compañías en nombre colectivo y de compañías en comandita simple, la titularidad de las funciones internas y externas de la administración es

indivisible. Por consiguiente, en esas sociedades los administradores son siempre representantes legales.

En cambio, en las otras especies de compañías bien pueden existir -y de hecho existen con toda frecuencia- administradores que ostentan la representación legal de la compañía y administradores que no la tienen.

Por eso es que los artículos 140 (actual 137) y 162 (actual 150) de la Ley de Compañías obligan que en la escritura fundacional de esas compañías se exprese la forma de organizar la administración y de designar a los administradores, con la clara indicación de los funcionarios que tuvieren la representación legal.

Y por eso es que los artículos 13 y 302 (actual 260) de la misma Ley empiezan diciendo:

"Art. 13.- Designado el administrador que tenga la representación legal...".

"Art. 302.- (actual 260) El administrador de la sociedad que ejerce la representación de ésta..."

Con este antecedente concretamos nuestra atención al tema de esta Doctrina y veamos qué dicen los artículos 136 (actual 133) primer inciso, 301 (actual 259) y 311 (actual 269) de la Ley de Compañías, para determinar si esas disposiciones se aplican solamente a los administradores que no ostentan la representación legal de la Sociedad o a los que sí la ostentan, o si por el contrario son aplicables indistintamente a todos ellos en general.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Tales disposiciones dicen:

"Art. 136.- (actual 133) El administrador no podrá separarse de sus funciones mientras no sea legalmente reemplazado. La renuncia que de su cargo presentare el administrador surte efectos, sin necesidad de aceptación, desde la fecha en que es conocida por la Junta General de Socios. Si se tratare de

administrador único, no podrá separarse de su cargo hasta ser legalmente reemplazado, a menos que hayan transcurrido treinta días desde aquél en que la presentó...".

"Art. 301.- (actual 259) El administrador continuará en el desempeño de sus funciones, aún cuando hubiere concluido el plazo para el que fue designado, mientras el sucesor tome posesión de su cargo".

"Art. 311.- (actual 269) La renuncia del cargo de administrador surte sus efectos, sin necesidad de aceptación, desde el momento de su conocimiento por parte del consejo de administración, si lo hubiere, o del organismo que hiciere sus veces. Si se tratare de administrador único, no podrá separarse del cargo hasta ser legalmente reemplazado, a menos que hayan transcurrido treinta días desde aquel en que presentó la renuncia".

Antes de proseguir, se impone una explicación general de estas tres disposiciones para dejar aclaradas ciertas dudas que saltan a la vista.

En primer lugar, si nos atenemos al tenor literal de la oración con la que comienza el primer inciso del artículo 136 (actual 133) ("el administrador **no podrá separarse de sus funciones mientras no sea legalmente reemplazado"),** se podría pensar que en las Compañías de Responsabilidad Limitada está prohibida la renuncia de los administradores, especialmente cuando la Junta decidiera no designar el reemplazo respectivo.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Pero no hay tal. La sola constatación de que aquella primera oración prácticamente se repite al final del mismo inciso, dentro de otra oración mayor ("si se tratare de administrador único, **no podrá separarse del cargo hasta ser legalmente reemplazado,** a menos que hayan transcurrido..."), da la pauta suficiente para llegar -de primera instancia y por lo menos- a la conclusión de que la renuncia de los administradores en general no está prohibida en esta especie de compañías, aunque -eso sí- la renuncia del administrador único sí está restringida en los términos de la susodicha oración final.

En segundo lugar, si comparamos el artículo 311 (actual 269) (que pertenece a las compañías anónimas) con el mismo primer inciso del artículo 136 (actual 133) (que pertenece a las de responsabilidad limitada), necesariamente vamos a advertir que éste es prácticamente una repetición de aquél, con la sola diferencia de la primera oración de dicho primer inciso ("el administrador no podrá separarse de sus funciones mientras no sea legalmente reemplazado"), que parece estar de más por la repetición que se ofrece de esa misma frase al final del mismo inciso.

Es que antes el primer inciso del citado artículo 136 (actual 133) era totalmente diferente. Simplemente decía: "El administrador o gerente pueden renunciar libremente a su cargo". Fue a partir de la reforma contenida en el Decreto Supremo 3135-A (RO 761: 20-ene-1979) que se produjo en el preindicado primer inciso del artículo 136 (actual 133) la antedicha repetición del texto del artículo 311 (actual 269), que para entonces ya existía -tal como está ahora- en la Ley de Compañías.

Todo lo expresado hasta aquí con respecto al primer inciso del artículo 136 (actual 133) y al artículo 311 (actual 269) deja en claro que los administradores de las compañías anónimas y de responsabilidad limitada pueden renunciar libremente, con la salvedad de que el "administrador único" no puede hacerlo sino en las circunstancias señaladas al final de las dos disposiciones comentadas.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Pero aún queda sin explicación la oración primera del primer inciso del artículo 136 (actual 133) ("el administrador no podrá separarse de sus funciones mientras no sea legalmente reemplazado").

Para lograr tal explicación, en tercer lugar, es necesario traer a colación el artículo 301 (actual 259), anteriormente transcrito, conocido como el relativo de las "funciones prorrogadas" de los administradores de las compañías anónimas, y recordar que antes de entrar en vigencia el Decreto Supremo 3135-A, citado con

anterioridad, le faltaba a las compañías de responsabilidad limitada, en la práctica de todos los días, una disposición parecida a la del artículo 301 (actual 259).

Y para llenar esa falta es que entre las reformas del Decreto Supremo 3135-A figuró lo que ahora constituye la primera oración del primer inciso del artículo 136 (actual 133) de la Ley de Compañías; cuyo tenor literal poco feliz sólo puede entenderse como el deseo de hacer extensivo para las compañías de responsabilidad limitada el contenido del artículo 301 (actual 259); lo cual no era necesario, en razón de la aplicación analógica permitida por el artículo innumerado mandado a agregar después del artículo 154 (actual 141) por el artículo 18 del mismo Decreto Supremo 3135-A (RO 761: 20-ene-1979).

Una vez hecha esta explicación general de los artículos 136 (actual 133) primer inciso, 301 (actual 259) y 311 (actual 269) de la Ley de Compañías, veamos si las normas que contienen son aplicables a todos los administradores en general o sólo a una clase de ellos.

Para tal cometido vale recordar que "cuando la ley no distingue a nadie le toca distinguir", así como tener presente que no habría ninguna razón válida para que esas normas sólo se apliquen -por ejemplo- a los administradores que ejercieron la representación legal, tanto más cuanto que cuando la Ley de Compañías ha querido diferenciar a los administradores entre sí lo ha hecho con toda claridad, tal como consta de las primeras palabras de los artículos 13 y 302 (actual 260) ("Designado el administrador que tenga la representación legal" y "El administrador de la sociedad que ejerce la representación de ésta").

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En consecuencia, como la Ley no ha hecho distingo alguno al respecto sólo cabe concluir que el primer inciso del artículo 136 (actual 133) y los artículos 301 (actual 259) y 311 (actual 269) de la Ley de Compañías son aplicables a todos los administradores de las compañías anónimas y de responsabilidad limitada, sean o no representantes legales.

DOCTRINA 123

I

LA IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS RELATIVAS A SOCIEDADES SUJETAS A SU CONTROL SÓLO PUEDE HACERLA -POR LO GENERAL- LA PROPIA COMPAÑÍA AFECTADA

II

LA IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LAS JUNTAS GENERALES DE SOCIOS O ACCIONISTAS TIENE EFECTO SUSPENSIVO

Base legal:

CC: ***Arts.1491; 1984 //*** **LJCAdm:** ***Arts. 3 Inc. 2; 10 Lit. a; 23 Lit.a //*** **LCom:** ***Arts. 116 Lit.h; 220 Num. 7; 228; 229; 285 Inc. final; 291; 292***

De las resoluciones de la Superintendencia sólo pueden recurrir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en principio, las propias compañías afectadas. Los socios o accionistas pueden demandar la nulidad o impugnar las resoluciones de las juntas generales de conformidad con la Ley, ante el Juez de lo Civil o ante la Corte Superior de Justicia, respectivamente.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

I

IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA

Si la Compañía forma "una persona jurídica **distinta** de los socios individualmente considerados", según el inciso final del artículo 1984 (actual 1957) del Código Civil y de acuerdo a lo confirmado por el inciso séptimo del artículo 2 de la Ley de Compañías, a los socios o accionistas de las sociedades sujetas al control de la Superintendencia de Compañías, individualmente considerados, cualquiera que sea su número o el porcentaje de capital que

representen, no les está permitida la facultad de apelar, objetar o impugnar válidamente la Resolución expedida por el Superintendente de Compañías -o por un Intendente- en la que se hubiere aprobado o negado un aumento de capital, una prórroga del plazo, un cambio de denominación o de domicilio y, en general, cualquiera de los actos mencionados en el artículo 33 de la Ley de Compañías y que fueren legalmente posibles para la compañía de que se trate; pues tales son actos de la sociedad correspondiente, que le pertenecen a ella por haber sido tomados por su correspondiente órgano social y por haber sido instrumentados en su nombre por su correspondiente representante legal (artículo 1491 (actual 1464) del Código Civil).

En consecuencia, sólo las compañías -como sujetos de derecho que son- por intermedio de sus representantes legales, pueden ejercer la antedicho facultad de apelar, objetar o impugnar las resoluciones que sobre los actos aludidos hubiere dictado la Superintendencia de Compañías... y que afectaren a sus intereses (pues simplemente no se concibe reclamo alguno en sentido contrario, como sería el caso de la resolución aprobatorio que en nada hubiere contrariado la respectiva solicitud).

Y, como se sabe, la impugnación respectiva sólo podrá hacerse ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (3), de conformidad con los artículos 3 inciso segundo, 10 literal a) (4), y 23 literal a), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Si los socios o accionistas, individualmente considerados, se sienten afectados por el acto de que se trate en razón de alguna presunta irregularidad en la toma de la correspondiente decisión por parte del respectivo órgano social de la compañía que hubiere ejecutado o que fuere a ejecutar tal acto (aumento de capital, prórroga de plazo, cambio de domicilio, etcétera), entonces, esos socios o accionistas (pudiendo ser uno solo) tienen el derecho de: a) demandar la nulidad de la correspondiente resolución del antedicho órgano social, ante un Juez de lo Civil, invocando la o las causas de aquella nulidad, sí es que la presunta irregularidad es motivo de alguna nulidad, de conformidad con el Derecho

Común; o, b) impugnar la resolución del aludido órgano social, ante la correspondiente Corte Superior de Justicia, si es que la presunta irregularidad diere lugar a tal impugnación y siempre que representen (dichos socios o accionistas -o uno de ellos solamente) por lo menos el 25% del capital social pagado de la compañía respectiva, de conformidad con los artículos 116 (actual 114) literal h), 220 (actual 207) numeral 7, 228 (actual 215), 229 (actual 216) y 291 (actual 249) de la Ley de Compañías.

Claro que si la Compañía aún no existe mal puede hablarse de un acto la sociedad, que le pertenezca a ella, y mal puede aplicarse lo que ha expresado con anterioridad. Tal es el caso de las resoluciones de la Superintendencia que nieguen la aprobación a la constitución de una compañía. En esos casos, la impugnación, claro está, no puede ser hecha por una sociedad que no existe; pudiendo serlo entonces por cualquiera de los fundadores o promotores de la compañía cuya aprobación hubiere sido negada, de conformidad con el inciso final del artículo 163 (actual 151) de la Ley de Compañías.

Finalmente, conviene señalar un caso que podría considerarse como la excepción m (confirmatoria de la regla) a todo lo expuesto, aunque técnicamente el acto pertinente no nace voluntariamente de la compañía ni pertenece por derecho propio al artículo 33 de la Ley de Compañías (aunque por extensión podría encasillarse en él): se trata de la facultad que concede el tercer inciso del artículo 397 (5) de la Ley de Compañías a quienes representen el 25% o más del capital social.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

II

IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LA JUNTA GENERAL

Teóricamente, las resoluciones de la Junta General de Socios o Accionistas pueden adolecer de ciertas irregularidades graves (artículos 229 (actual 216), 285 (actual 243) inciso final, y 289 (actual 247) de la Ley de Compañías).

Esas irregularidades pueden obedecer:

1. A que la resolución pertinente fue tomada en beneficio de uno o más socios o accionistas y en perjuicio de la compañía; o
2. A que fue tomada en contra del estatuto social; o,
3. A que fue tomada en contra de la Ley.

Cuando la irregularidad tiene por causa cualquiera de las que se acaban de señalar, el o los socios o accionistas que se creyeren afectados con la resolución pueden, si representan por lo menos el 25% del capital social pagado, impugnar la misma ante la Corte Superior de Justicia, de conformidad con los artículos 116 (actual 114) literal, h), 220 (actual 207) numeral 7, 228 (actual 215), 229 (actual 216) y 291 (actual 249) de la Ley de Compañías, con derecho a recurrir ante la Corte Suprema de Justicia, según el artículo 292 (actual 250) de la misma Ley.

En cambio, cuando la irregularidad se debe a alguna violación de la Ley o del estatuto social, de aquellas que producen la nulidad de la resolución pertinente según los artículos 285 (actual 243) inciso final, y 289 (actual 247) de la Ley de Compañías, y el o los socios o accionistas que se sintieren afectados no completaren el 25% sobredicho, entonces tales socios o accionistas (pudiendo ser uno solo) pueden demandar la nulidad de la resolución respectiva ante uno cualquiera de los jueces de lo civil que fueren competentes en razón del domicilio de la compañía de que se trate (sin que ello signifique -ni mucho menos- que esta acción está vedada para quienes representaren el antedicho 25% o más del capital social pagado).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Como se podrá apreciar, por su naturaleza, ambas acciones son distintas: la de impugnación tiene vocación de acción colectiva mientras que la de nulidad la tiene de carácter individual... la primera se ejerce ante la Corte Superior de Justicia mientras que la segunda ante el Juez de lo Civil... la de impugnación solo puede proponerse en el plazo de los treinta días señalados en el artículo 229 (actual 216), mientras que la de nulidad puede proponerse en el plazo que le es común a dichas acciones.

Las antedichas acciones de impugnación y de nulidad no pueden suspender -y de hecho no suspenden- ni la ejecución y cumplimiento de lo que en la resolución cuestionada se hubiere acordado, ni el trámite que en base a ella se estuviera siguiendo ante la Superintendencia de Compañías para obtener la aprobación de cualquiera de los actos referidos en el artículo 33 de la Ley de Compañías. Por consiguiente, tales acciones tampoco pueden enervar la susodicha aprobación ni el cumplimiento de todo lo que en la Resolución aprobatoria se hubiere ordenado.

Tales acciones nada tienen que ver con los recursos a los que el Código de Procedimiento Civil les concede efectos suspensivos. Pero ello no significa que en la sentencia pertinente no pueda ordenarse la revocatoria o la nulidad de la resolución, con sus efectos consiguientes.

En respaldo del criterio expuesto, el inciso segundo del artículo 292 (actual 250) de la Ley de Compañías dispone que: "En todo caso quedarán a salvo los derechos adquiridos de buena fe por terceros, en virtud de los actos realizados en EJECUCION DE LA RESOLUCION", lo que en otros términos quiere decir que la resolución puede ejecutarse NO OBSTANTE la impugnación de la misma. Si la Ley de Compañías hubiere querido que la acción de impugnación suspenda los efectos de la resolución impugnada, no habría reconocido derechos adquiridos "en virtud de actos realizados en ejecución de la resolución".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por último, se admitiera que la impugnación o la demanda de nulidad de las resoluciones de la Junta General producen el efecto de la suspensión de tales resoluciones, tendríamos que admitir la absurda posibilidad que sean, podrían paralizar a la compañía, sin arriesgar nada, así su acción resulte totalmente infundada. Siempre existirán casos de resoluciones urgentes y de vital importancia para la compañía cuya ejecución no puede quedar en suspenso -sin nada a cambio- hasta que la Función Jurisdiccional expida su resolución definitiva. Tal posibilidad acarrearía graves problemas a las compañías y, eventualmente, ello podría significar, como queda dicho, la paralización de la actividad de las mismas.

Para terminar -confirmando todo lo antedicho- vale transcribir a continuación los artículos 251 y 252 de la Ley argentina 19550 que trata de las sociedades comerciales, que dicen:

"Art. 251.- **Impugnación de la decisión asamblearia.- Titulares.-** Toda resolución de la asamblea que sea violatoria de la ley, del estatuto o del reglamento puede ser impugnada...".

"Art. 252.- **Suspensión preventiva de la ejecución.-** El juez puede suspender a pedido de parte si existen motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiera causar a la sociedad".

El contenido del transcrito artículo 252 de la ley argentina y en especial la garantía que en él se instituye y las condiciones que su texto exige ("motivos graves" y que "no mediare perjuicio para terceros") nos relevan de más comentario; pues no tenemos en el Ecuador una disposición legal semejante que haga posible -así- la suspensión aludida.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 124

APORTACIÓN DE ESPECIE: CUANDO EL VALOR ASIGNADO A ÉSTA ES DIFERENTE DEL REAL

Base legal:

LCom: ***Arts. 105; 140; 162; 174***

No hay inconveniente legal para que se acepte la aportación de un bien por un valor inferior al real; pero, la aprobación que diere la Superintendencia al acto correspondiente con aportaciones que luego resultaren tener valores reales distintos, no exime a los fundadores, peritos y/o administradores de las responsabilidades del caso.

La Ley de Compañías contempla en sus artículos 105 (actual 104) (al tratarse de la compañías de responsabilidad limitada) y 174 (actual 162) (al tratarse de las compañías anónimas), la necesidad de que se avalúen los bienes que se aportan a la compañía. El último inciso del artículo 10 de la Ley confiere al Superintendente la facultad de verificar los avalúos mediante peritos designados por él o por medio de funcionarios de la Institución.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Los mencionados preceptos concuerdan con los contenidos en los artículos 140 (actual 137) numeral 7, y 162 (actual 150) numeral 6, de la misma Ley, que determinan que, en la escritura constitutiva o de fundación, se hará constar entre otras cosas, lo que cada socio suscriba y pague en numerario o en especie, y el valor atribuido a ésta.

Corresponde al Superintendente, en caso de que se hubieren cumplido todos los requisitos legales, aprobar la escritura pública de formación de la compañía, o de aumento de capital, si éste fuere el caso.

Las indicadas disposiciones tienen por finalidad asegurar -en lo posible- que el valor de los bienes aportados no sobrepase la realidad, pues ello tendría el efecto de crear un capital ficticio, que podría ocasionar, como principal consecuencia, graves perjuicio a terceros. Como dice Brunnetti (Tratado del Derecho de las Sociedades, Editora UTHEA ARGENTINA, Tomo II, p. 259): "En los casos de aportaciones en especie y de adopción de contratos, el procedimiento previo y sucesivo de valoración, sirve especialmente para evitar el peligro de que el capital no sea aportado en su verdadera entidad y que entren a formar parte del patrimonio de la sociedad cosas de valor inferior al real".

Cabe anotar que, con las variantes que cada legislación impone, la generalidad de los tratadistas se pronuncia en el mismo sentido.
La duda ha surgido cuando se presenta el fenómeno contrario, o sea, cuando el valor por el que se hace el aporte es inferior al que realmente tiene la especie. Se pregunta entonces ¿es aceptable el aporte en estas condiciones?

La Superintendencia mantiene el criterio de que no hay ningún inconveniente legal para que se acepte la aportación de un bien, por un, valor inferior al real. Ninguna ley prohíbe que se haga el aporte en estas condiciones. Lo que debe cuidar la institución es que los bienes no estén sobrevalorados, cosa perfectamente comprensible; pero no se ve razón alguna para que un bien no pueda aportarse por un monto inferior al fijado por los avalúos.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

A este respecto el mismo autor antes citado -Brunetti- dice en la propia obra, al comentar las garantías que el artículo 2343 del Código Civil de Italia contempla para evitar la sobrevaloración del aporte (p. 261): "El artículo 2343 no hace ninguna referencia a la hipótesis contraria de que, como resultado de la revisión indicada, el valor de los bienes aportados resulte superior a aquel por el que fue computada la aportación. Creemos que, en este caso, la asamblea puede acordar el correspondiente aumento del capital social, pero no creemos que esté obligada a ello".

En todo caso, la aprobación que diere la Superintendencia de Compañías al acto correspondiente -de constitución o de aumento- con aportaciones que luego resultaren tener valores reales distintos (bastante distintos, se entiende), no exime a los fundadores, peritos y/o administradores de las responsabilidades del caso.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 126

EXCEPCIONES A LA LLAMADA "AUTOCONTRATACIÓN"

Base legal:

CC: ***Arts. 2075; 2076*** **// LG Ban:** ***Art. 110*** **// L Com:** ***Arts. 132; 135; 156; 303; 318; 324***

Son admisibles en las compañías los siguientes actos o contratos realizados entre ellas y sus administradores o comisarios:

a) Las entregas de dineros hechas por los administradores a favor de las compañías que administren, o por los comisarios, a título de mutuo o de simple depósito, sin intereses o con intereses inferiores al máximo convencional; y,

b) La suscripción de acciones o participaciones en los casos de aumentos de capital, sin límite alguno, así como los aportes o compensaciones que para tales acciones o participaciones se deban hacer.

El inciso segundo de los artículos 132 (actual 130) y 303 (actual 261) de la Ley de Compañías, prohíbe a los administradores de las compañías anónimas y limitadas contratar o negociar por cuenta propia con las compañías que administran. Igual prohibición contiene el artículo 318 (actual 276) de la Ley de Compañías para los comisarios (ver Doctrina 57).

Pese a que estas disposiciones no contemplan expresamente ninguna excepción a la prohibición referida, es evidente que la misma no tiene el carácter de absoluta, como lo demuestran, por una parte, el derecho fundamental que tiene el accionista para suscribir, en la proporción correspondiente, nuevas acciones en los aumentos de capital (y recordemos que la suscripción de acciones es un contrato), sin que por ninguna razón pueda privársele de tal derecho, aún cuando

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

el accionista suscriptor sea administrador o comisario de la misma; y, por otra parte, el artículo 110 de la Ley General de Bancos, que permite la contratación de préstamos de consumo entre los bancos y sus directores, siempre que el Directorio la haya autorizado.

De lo dicho anteriormente, es evidente también que la finalidad de la mencionada prohibición es la de evitar la realización de operaciones entre las compañías y sus administradores, de las que pueda resultar un conflicto de intereses entre éstos y aquellas; cuestión que por otra parte se ofrece mejor tratada para el caso de los comisarios de las compañías anónimas, tal como lo demuestra el artículo 324 (actual 282) de la Ley de Compañías, no obstante la prohibición del segundo inciso del artículo 318 (actual 276) de la misma Ley.

Pero aún en el evento del conflicto de intereses, la Ley excepcionalmente permite la ejecución del acto respectivo bajo ciertas condiciones, tal como ocurre en las ventas de las cosas del mandante a favor del mandatario o en los préstamos de dinero celebrados entre ambos, según los artículos 2075 (actual 2048) y 2076 (actual 2049) del Código Civil. Y como los administradores de las compañías mencionadas tienen la categoría de mandatarios de aquellas, según los artículos 135 (actual 132) y 156 (actual 144) de la Ley de Compañías, ambas disposiciones del Código Civil resultan harto pertinentes al caso en cuestión.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Cabe también señalar que ha sido y es práctica mercantil reiterada, el que muchos administradores o comisarios de compañías anónimas y de responsabilidad limitada, que al mismo tiempo son socios o accionistas de las mismas, entreguen a las compañías que administran o fiscalizan dineros propios a título de mutuo o de simples depósitos, pactando intereses a veces por debajo del máximo convencional o a veces simplemente sin interés alguno; lo cual, lejos de constituir un perjuicio para las compañías correspondientes, representa un notable beneficio económico para ellas, no obstante la teórica oposición de intereses respectiva.

Esta aparente discrepancia entre la práctica mercantil y la norma jurídica societaria hace imprescindible que la Superintendencia de Compañías adopte un criterio de aplicación, sin perjuicio, claro está, de cualquier interpretación, judicial o auténtica, que sobre este asunto se llegue a pronunciar.

En definitiva se llega a la conclusión de que son ADMISIBLES en las compañías los siguientes actos o contratos realizados entre ellas y sus administradores o comisarios:

a) Las entregas de dineros hechas por los administradores a favor de las compañías que administren, o por los comisarios, a título de mutuo o de depósito, sin intereses o con intereses inferiores al máximo convencional; y,

b) La suscripción de acciones o participaciones en los casos de aumentos de capital, sin límite alguno, así como los aportes o compensaciones que para pagar tales acciones o participaciones se deban hacer.

No obstante lo antedicho mientras el legislador no interprete de manera generalmente obligatoria el tema antes referido, la Superintendencia de Compañías solo, aplicará el criterio antes expuesto en los casos en que las compañías respectivas hubieren autorizado previamente o ratificado con posterioridad las entregas de dinero, las suscripciones y los aportes o compensaciones, con el consentimiento unánime de la totalidad del capital social de la respectiva compañía.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por otra parte, es también usual, además de justo, que los administradores adquieran bienes o reciban servicios que la compañía produce, vende, presta, etcétera, dentro del giro ordinario de sus negocios, sin beneficios especiales; pues, de otro modo, se verían obligados esos bienes, obtener los servicios u otras prestaciones en compañías distintas o competidoras de la que administran.

En vista de los expuesto, la Superintendencia considera que la prohibición contemplada en los artículos 132 (actual 130) y 303 (actual 261) inciso segundo,

de la Ley de Compañías, no impide que los administradores realicen los actos mencionados en el párrafo anterior, siempre que las adquisiciones de bienes u otros contratos que celebren se encuentren dentro del giro ordinario de los negocios de la compañía y no impliquen ningún beneficio especial, ni estén prohibidos por otro u otros preceptos de la Ley.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 127

LA EXIGENCIA ESTATUTARIA DE LA CALIDAD DE ACCIONISTA PARA SER ADMINISTRADOR DE UNA COMPAÑÍA ANÓNIMA CARECE DE VALOR LEGAL

Base legal:

LCom: *Arts. 156*

> **Lo que ofrece el inciso primero del artículo 156 (actual 144) de la Ley de Compañías es la aclaración, a niveles de orden público, de que en las compañías anónimas los administradores pueden ser accionistas o no, porque en las compañías en nombre colectivo los administradores sí tienen que ser necesariamente socios de la compañía respectiva según el numeral 3 del artículo 37 (actual 38) de la misma Ley, en concordancia con el artículo 43 (actual 44).**

Aunque bastantes raras, existen en el Ecuador compañías anónimas que en sus estatutos exigen la calidad de accionista para ser administrador de la respectiva sociedad. Y es así como de cuando en cuando se ofrecen normas estatutarias como éstas: "para ser elegido gerente general se necesitará ser accionista de la compañía", "para desempeñar las funciones de presidente será necesario ser accionista de la sociedad", etcétera.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Al aprobar un acto societario de una de aquellas compañías en el que precisamente aparecía violada la exigencia estatutaria de la calidad de accionista para ser su presidente (pues su presidente no era accionista a pesar de la exigencia estatutaria), la Superintendencia de Compañías ha determinado que NO TIENE VALOR LEGAL ALGUNO LA EXIGENCIA ESTATUTARIA DE LA CALIDAD DE ACCIONISTA PARA SER ADMINISTRADOR DE UNA SOCIEDAD ANONIMA.

Las razones para llegar a tal conclusión son las siguientes:

Según el numeral 3 del artículo 37 (actual 38) de la Ley de Compañías, en concordancia con el artículo 43 (actual 44) de la misma Ley, los administradores de la COMPAÑÍA EN NOMBRE COLECTIVO tienen necesariamente que ser socios de la misma.

En cambio, por tratarse de una sociedad tan distinta de la compañía en nombre colectivo, para el caso de la COMPAÑÍA ANÓNIMA, el primer inciso del artículo 156 (actual 144) de la Ley de Compañías establece, a niveles de orden público, que los administradores de una sociedad anónima pueden ser socios o no de la compañía respectiva; lo cual consta preceptuando sin admitirse el pacto en contrario que otros muchos artículos de dicha Ley permiten, como los artículos 193 (actual 180), 224 (actual 211), 230 (actual 217), 278 (actual 236), 383 y 318 (actual 276), entre otros, en los que se aprecia claramente la presencia de la conocida frase "salvo pacto en contrario" o "a menos que los estatutos dispongan otra cosa".

En otras palabras, lo que ha hecho el primer inciso del artículo 146 de la Ley Compañías es aclarar que en el caso de las sociedades anónimas no se produce la exigencia legal que se ofrece en las compañías en nombre colectivo, en las que sus administradores deben ser siempre socios de las mismas.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Y esto tiene a su vez relación evidente con el inciso quinto del artículo 220 (actual 207) de la Ley de Compañías, que es el que establece los "derechos fundamentales" de los accionistas, en donde se garantiza para ellos el derecho a integrar los organismos de administración de la compañía, si fueren elegidos para ello, sin que sea lícita la disposición estatutaria que pretenda privarlos de tal derecho.

Confirma lo antedicho JOAQUIN RODRIGUEZ ("Curso de Derecho Mercantil", Tomo I, Editorial Porrúa, 1976) cuando dice: "La Ley establece que la Administración de la sociedad estará a cargo de uno o varios mandatarios

temporales, revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad". Otro tanto hace FRANCISCO FERRARA ("Empresarios y Sociedades", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid), al decir: "**Puede** ser nombrado administrador (de la compañía anónima) quien no es socio".

Por su parte, ANTONIO BRUNNETTI, a niveles de Derecho Comparado, ratifica lo expresado al manifestar: "En diversos países, la Ley exige expresamente que los administradores (de las compañías anónimas) sean accionistas, y en otros se dice expresamente que pueden no serlo. En fin, en otros nada dice la Ley, y se interpreta que no habiendo exigencia alguna legal, no es necesaria (para ser administrador) la condición de accionista".

ARTURO DAVIS, en el Tomo II de su obra "Sociedades Anónimas", se extiende un poco más y dice: "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 457 del Código de Comercio (que correspondía al antiguo artículo 295 del nuestro), los administradores **pueden ser o no accionistas** de la compañía, y pueden ser asalariados o gratuitos, aunque en el hecho son siempre remunerados. En la práctica, los estatutos de las sociedades anónimas establecen que para ser director se requiere ser accionista y poseer un determinado número de acciones". Pero, como se podrá advertir, la afirmación de ARTURO DAVIS simplemente enuncia el hecho medular del tema tratado, sin pronunciarse sobre la problemática de los efectos de la cuestionada exigencia estatutaria referida por él.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Queda visto, pues, sin lugar a dudas, que lo que ofrece el inciso primero del artículo 156 (actual 144) de la Ley de Compañías es la aclaración, a niveles de orden público, de que en las compañías anónimas los administradores pueden ser accionistas o no, porque en las compañías en nombre colectivo los administradores sí tienen que ser necesariamente socios de la compañía respectiva. (Y esta es una vieja cuestión que ya existía antes de la Ley de Compañías en razón del viejo artículo 278 del Código de Comercio y su relación con el primer inciso del entonces artículo 295 del mismo Código; puesto que el primero de dichos artículos ya exigía la calidad de socio para los administradores de las compañías en nombre colectivo, mientras que el último ya establecía, a

manera de aclaración, la libertad de elegir a los administradores de las compañías anónimas de entre sus accionistas o no).

Y con ello queda visto que esa aclaración no implica de modo alguno el permiso de la Ley para que en el contrato social de una compañía anónima se pueda pactar la necesidad de ser accionista para poder ser administrador en contra de la posibilidad legal de que los administradores pueden ser accionistas o no.

Las siguientes disposiciones legales confirman aquello:

a) El artículo 204 (actual 191) de la Ley de Compañías, en concordancia con el numeral 8 del artículo 220 (actual 207) de la misma Ley, que establecen a niveles de orden público que "el derecho de negociar libremente las acciones no admite limitaciones"; porque si la disposición estatutaria en cuestión tuviera valor jurídico no habría más que aceptar que con ella se produciría de hecho una excepción al citado artículo 204 (actual 191) ya que el "administrador-accionista" respectivo (de la compañía anónima que tuviere semejante disposición estatutaria) no podría enajenar libremente todas sus acciones so pena de dejar de ser administrador de la compañía; lo cual sería jurídicamente inadmisible dada la categoría de la libertad garantizada y la alta jerarquía del numeral 8 del artículo 220 (actual 207) antes mencionado;

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

b) El artículo 331 (actual 289) de la misma Ley de Compañías, que prohíbe la renuncia intempestiva del administrador único de una compañía anónima; porque si la disposición estatutaria en cuestión tuviera valor jurídico también serviría para evadir la antedicha prohibición legal (en una compañía anónima que tuviere tal disposición) permitiéndole al administrador único que desea renunciar intempestivamente pero que no puede, la posibilidad de dejar de ser tal -automáticamente- mediante la simple venta o donación de todas sus acciones; y,

c) El artículo 285 (actual 242) de la misma Ley, que prohíbe a los administradores de una compañía anónima votar como accionista en la aprobación de balances (esenciales para importantes actos ulteriores como son la distribución de

utilidades, la declaración de impuesto a la renta, etcétera); porque si la disposición estatutaria en cuestión tuviera valor jurídico bien podría suceder que por su causa no se pudieran aprobar tales balances si todos los únicos cinco accionistas de la sociedad anónima que tuviere semejante disposición en sus estatutos fueran administradores de la misma (gerentes, presidentes, directores).

Los que anteceden son meros casos concretos respaldados directamente por disposiciones legales determinadas. Pero a ello podrían sumarse muchos otros casos que demostrarían fácilmente la improcedencia de la cuestionada disposición legal; como el caso en que podría verse una compañía anónima que en un momento dado llegare a tener, por razones hereditarias, por ejemplo, solamente accionistas impúberes. Si esa compañía del ejemplo tuviere en sus estatutos la exigencia de la calidad de accionista para ser administrador, se tendría entonces el caso de una sociedad imposibilitada de ser administrada: de una persona jurídica incapaz de ser representada (que resultaría por ende ajena a la definición del artículo 583 (actual 564) del Código Civil).

Es que las Compañías Anónimas, por su naturaleza, deben ser manejadas profesionalmente y no como empresas personales o de carácter familiar. Y así se lo entendió en Argentina con ocasión de la Ley 19950/72 por la que se derogó (o más bien se rectificó) el antiguo artículo 336 del Código de Comercio, que exigía la calidad de accionista para ser director de una sociedad anónima. En efecto, en la exposición de motivos de dicha ley se fundamentó la rectificación diciéndose sabiamente que "**la capacidad técnica (para la administración) no depende de la titularidad del capital**". Y es así como, desde 1972, el artículo 256 de la Ley 19950/72 establece claramente que "para ser director no es obligatoria la calidad de accionista" (Manual de Sociedades Anónimas" por Fernando Mascheroni, Editorial Cangallo, 2a. Edición, 1975, pp. 336 y 337).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por otro lado, si se tiene en cuenta que la aclaración de que los administradores de las compañías anónimas pueden o no ser accionistas data desde mucho antes de 1964, es decir, desde épocas en que lo más frecuente eran las acciones "al portador" que en la práctica se extinguieron en el Ecuador a partir de 1975, es

fácil advertir el absurdo jurídico que habría significado entonces aceptar como válida la exigencia estatutaria cuestionada en compañías con acciones "al portador", porque la calidad de accionista en tales circunstancias era tan "anónima" que habría imposibilitado la aplicación práctica de tal exigencia.

Ahora bien, si se traslada aquella reflexión a la época actual, en la que solo existen acciones "nominativas" no se encuentra mayor diferencia en los niveles de lo absurdo, porque aceptar como válida la exigencia cuestionada implicaría que el representante legal ("condenado" por los estatutos de su representada a ser accionista) tiene que vivir demostrando tal calidad junto con su condición de representante para poder operar como tal. Y ello tomaría dimensiones inadmisibles si se piensa correctamente en los casos en que tal representante legal deba legitimar su personería respectiva en actuaciones judiciales o notariales, porque para ello no le bastaría su nombramiento inscrito, ya que necesitaría, además, de cierta "certificación permanente" que acredite, hasta el último minuto de su actuación, su correspondiente calidad de "accionista"; pues hasta el último minuto podría variar tal calidad.

Finalmente, si se aceptara la validez jurídica de la disposición estatutaria que exija la calidad de accionista para ser administrador de una compañía anónima, en supuesta razón de que el primer inciso del artículo 156 (actual 144) de la Ley de Compañías lo permite (al decir que la sociedad anónima se administra por mandatarios amovibles "socios o no"), entonces también tendríamos que aceptar que la alternativa "socios o no") permite igualmente que en unos estatutos de una compañía anónima se pueda establecer que los administradores de la misma "no podrán ser accionistas"; lo cual sería totalmente ilegal en razón del numeral 5 del artículo 220 (actual 207) de la Ley de Compañías, que establece el "derecho fundamental" del accionista (del cual nadie lo puede privar) de integrar los órganos de administración si fuere elegido para ello.

Todo esto obliga a afirmar que la exigencia estatutaria de ser accionista para ser administrador de una compañía anónima no tiene valor legal; como tampoco lo tendría la norma estatutaria que exigiera que para ser representante legal de una

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

compañía anónima se tiene que ser de tal o cual región del país o del sexo masculino.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 128

LA ASIGNACIÓN PARA EL FONDO DE RESERVA LEGAL Y EL CINCUENTA POR CIENTO PARA DIVIDENDOS A QUE SE REFIERE EL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 339 (actual 297) DE LA LEY DE COMPAÑÍAS SE CALCULAN SOBRE LA DIFERENCIA QUE QUEDA LUEGO DE DEDUCIDO EL 15% DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS UTILIDADES DE LA COMPAÑÍA

Base legal:

LCom: ***Arts. 111; 339 //*** **CT:** ***Arts. 96; 99***

Las "utilidades líquidas" a las que se refiere el artículo 96 (actual 97) del Código del Trabajo no son las mismas "utilidades líquidas" a que los artículos 111 (actual 109) y 339 (actual 297) de la Ley de Compañías aluden".

El artículo 96 (actual 97) del Código del Trabajador dispone que: "el empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores, el 15% de las utilidades líquidas", porcentaje que debe distribuirse en la forma establecida en esta disposición legal.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Se entiende generalmente por utilidad líquida de una empresa, la suma de los ingresos logrados por aquella durante un ejercicio fiscal determinado, menos los costos, gastos, egresos y otras deducciones ordenados o autorizados por la ley, como la participación de los trabajadores en el 15% de la utilidad de la compañía debiendo aclararse que dicha participación laboral es generalmente la última de tales deducciones.

Por su parte, el inciso primero del artículo 339 (actual 297) de la Ley de Compañías prescribe que de las utilidades líquidas que resulten de cada ejercicio se tomará un porcentaje no menor de un 10% destinado a formar el fondo de reserva legal, hasta que éste alcance por lo menos el 50% del capital social.

Por fin el artículo 111 (actual 109) de la misma ley, que regula la formación del fondo de reserva legal de la compañía de responsabilidad limitada, dispone que "en cada anualidad la compañía segregará, de las utilidades líquidas y realizadas en un 5% para este objeto, hasta que éste alcance por lo menos al 20% del capital social".

A primera vista, parecería que el Código de Trabajo y los artículos 111 (actual 109) y 339 (actual 297) de la Ley de Compañías dan al concepto "utilidades líquidas" el mismo significado. Tal conclusión, sin embargo, sería incorrecta, por las consideraciones que exponemos enseguida. Si se prescinde de la asignación obligada para la reserva legal (en el supuesto, por ejemplo, de que su monto mínimo ya se hubiere cubierto), las utilidades líquidas a que alude el artículo 96 (actual 97) del Código del Trabajo, al contener todavía en su monto total el 15% destinado a los trabajadores, no podrían ser distribuidas ni destinadas a reservas, porque se estaría disponiendo de ese 15% de utilidades que la ley asigna a los trabajadores de la empresa; porcentaje que no pertenece ni a la compañía ni a los socios o accionistas. En suma, pues, sea que en la compañía se hubiese ya cubierto el mínimo de la reserva legal, sea que no se hubiere cumplido todavía con esta exigencia legal, no puede hablarse de las utilidades líquidas a que se refiere la Ley de Compañías, mientras no se haya procedido a separar el porcentaje del 15% de utilidades destinado a los trabajadores.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por tanto, podemos sentar la conclusión de que el término "utilidades líquidas" tiene en el artículo 96 (actual 97) del Código del Trabajo una connotación diferente de la que tienen los artículos 339 (actual 297) y 111 (actual 109) de la Ley de Compañías. ¿Cómo explicar este hecho?.

La explicación la encontramos en la historia de las instituciones del "fondo de reserva legal" y de la "participación laboral en las utilidades de la empresa".

Veamos por qué:

La institución del fondo de reserva legal de la compañía anónima ya constaba creada en el Código de Comercio de 1906, en cuyo artículo 310 se decía: "Anualmente se separará de los beneficios liquidados una cuota de cinco por ciento de ellos, por lo menos, para formar un fondo de reserva, hasta que este fondo alcance a lo prescrito en los estatutos, y no podrá ser menor del diez por ciento del capital social". Con posterioridad, en la Compilación de Leyes del 20 de agosto de 1960, este texto fue conservado sin alteración alguna en el artículo 320 del mismo Código, para pasar luego a constituir, con el transcurso del tiempo y las modificaciones del caso, lo que ahora es el primer inciso del artículo 339 (actual 297) de la Ley de Compañías, en el que en vez de "beneficios liquidados" hoy se dice "utilidades líquidas" (que para los efectos del caso viene a ser lo mismo).

En cambio es recién con el Código del Trabajo de 1939, que nace en el Ecuador la institución de la mencionada "participación laboral en las utilidades de la empresa", en su primera versión, toda vez que en su artículo 374 (dentro del título de las "Asociaciones de Trabajadores y Conflictos Colectivos") se decía por primera vez: "las empresas estarán obligadas a contribuir con un cinco por ciento, por lo menos, de sus utilidades líquidas, en beneficio de la Caja del respectivo Comité de Empresa. Esta contribución la harán de acuerdo con sus balances en las épocas en que éstos se efectúen". Con posterioridad, ese principio alcanzó categoría constitucional, cuando el literal s) del artículo 148 de la constitución de 1945 se dijo: "Los trabajadores serán partícipes de las utilidades de las empresas, en la forma y proporción que fije la Ley". Y luego, cuando el literal n) del artículo 185 de la Constitución de 1946 estableció: "Todos los trabajadores participarán en las utilidades líquidas de las respectivas empresas, en el porcentaje que señale la ley, el que no podrá ser menor del 5%. Y fue después, en 1948, cuando el Congreso regule en detalle esa institución mediante el Decreto Legislativo del 5 de noviembre de 1948, publicado en el Registro Oficial del 14 de diciembre del mismo año, sentando así las bases de lo que ahora dice el Código del Trabajo en sus artículos 96 (actual 97) y siguientes.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Esta relación histórica evidencia, en definitiva, que cada una de las dos instituciones aludidas marchó por su propia cuenta desde su nacimiento, independientemente la una de la otra, manteniendo ambas, por inercia, expresiones idénticas que no significan lo mismo.

Hasta que en el año 1972 se aclara el panorama con la promulgación de lo que ahora constituye el artículo 99 del Código del Trabajo, que dice, en definitiva, entre otras cosas, que los porcentajes que se destinen por disposición legal a la formación o incremento de reservas legales se aplicarán luego del deducido el 15% correspondiente a participación de utilidades. (artículo 2 del Decreto Supremo 1429 del 11 de diciembre de 1972, publicado en el Registro Oficial 211, del 26 de los mismos mes y año).

Con lo cual quedó muy claro desde entonces que la asignación para el "fondo de reserva legal" se debe calcular sobre la diferencia o el saldo que queda luego de deducido el 15% de la participación de los trabajadores en las utilidades de la compañía.

Establecido esto, resulta forzoso determinar el monto sobre el cual se debe calcular el cincuenta por ciento (para DIVIDENDOS) a que se refiere el inciso final del mismo artículo 339 (actual 297) de la Ley de Compañías, que dice: "De los beneficios líquidos anuales se deberá asignar por lo menos un cincuenta por ciento para dividendos en favor de los accionistas, salvo resolución en contrario de la Junta General".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Si "beneficios líquidos" es lo mismo que "utilidades líquidas" y si ambas expresiones se contienen en un mismo artículo de una misma ley (incisos primero y último del artículo 339 (actual 297) de la Ley de Compañías), no queda otra alternativa que reconocer que aquel cincuenta por ciento a que se refiere el inciso final del citado artículo 339 (actual 297) debe calcularse sobre la misma base que se calcula el correspondiente porcentaje para formar o incrementar el fondo de reserva legal mencionado en el primer inciso.

No podría por lo tanto, admitirse que el aludido cincuenta por ciento se calcule sobre el valor que quede después de haberse decidido la asignación para el "fondo de reserva legal".

La conclusión referida se afirma al advertir que no de otra forma puede ser interpretada aquella posición legal (la del inciso final del artículo 339), porque la garantía que aquella concede a los accionistas minoritarios (el reparto mínimo de dividendos) podría verse burlada por la mayoría resolviendo ella en la Junta General que se asigne a la "reserva legal" un porcentaje muy superior al mínimo legal, esto es, mucho más del 10% que señala el propio artículo 339 (actual 297), en forma tal que el cincuenta por ciento referido quede reducido a la más mínima expresión.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 130

PARA EFECTOS SOCIETARIOS SE CONSIDERA COMO DUEÑO DE LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES DE UNA SOCIEDAD SUJETA AL CONTROL Y VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS AL CÓNYUGE QUE INTERVINIERE EN LA CONSTITUCIÓN O EN EL AUMENTO DE CAPITAL RESPECTIVOS, SUSCRIBIENDO O RECIBIENDO ACCIONES O PARTICIPACIONES A SU SOLO NOMBRE

Base legal:

Cons P: ***Arts. 19 Num. 3; 22 Inc. 2//*** **CC:** ***Arts. 181, 183; 734//*** **RsSCías:** ***2855-A (RO 17: 9 mar-72); 6599 (RO 402:17-ago-77)***

Las acciones o participaciones que figuren a nombre de la mujer casada, aún cuando fueren bienes pertenecientes al haber de la sociedad conyugal que tuviere formada con su marido, se consideran, respecto de terceros, de propiedad de dicha mujer, sin perjuicio de continuar teniendo dichas acciones o participaciones la calidad de "bienes sociales".

El tema central de esta Doctrina gira alrededor de la situación jurídica de la mujer casada en el Derecho ecuatoriano, y, más concretamente, alrededor de los diversos cambios que afectaron en el tiempo a aquella situación tan especial.

Por ello, resulta necesario evocar los **antecedentes mediatos** e inmediatos del estado jurídico actual de la mujer casada.

Como antecedentes mediatos se destacan en el tiempo los siguientes:

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

La INCAPACIDAD JURIDICA de la mujer casada, para ejecutar actos y celebrar contratos por sí sola, que ya se establecía en el artículo 1437 del Código Civil de 1871, es decir, hace cien años y algo más;

La institución de la POTESTAD MARITAL, que el artículo 126 del mismo Código Civil de 1871 definía así: "La potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer" (estando bien empleada entonces la letra "g" en la última palabra de dicha definición, pues así se escribía "mujer" hace cien años); y,

LA INEPTITUD DE SER CONSIDERADA PROPIETARIA DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, que los artículos 1742 y 1740 del mismo Código Civil de 1871 ya reconocía expresamente (como lógica consecuencia de lo antedicho) en los siguientes términos:

"Art. 1742.- La mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad conyugal...".

"Art. 1740.- El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio...".

Lo cual se explica mejor si se considera que para entonces ya existía -como ahora- la institución de la "sociedad conyugal" que, como se sabe, es una ficción jurídica que solo existe para los cónyuges y entre ellos, con el único fin de darle vida a la "comunidad de bienes" que por el hecho del matrimonio se origina entre ellos (salvo las consabidas excepciones). Y, como esa "sociedad conyugal" carecía -como ahora- de personalidad jurídica, al no poder -por eso- dicha "sociedad" figurar como propietaria de los bienes sociales", nada más lógico que haya sido entonces el marido el que ostentara ante terceros la calidad de dueño de dichos "bienes sociales" (que en el fondo no eran únicamente de él), pues en aquella época la mujer casada no solo que era jurídicamente incapaz sino que además se hallaba sujeta a la "potestad marital" antes referida. Por eso es que la ostentación

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

de aquella calidad de propietarios de los "bienes sociales" por parte del marido no era más que otra ficción jurídica establecida por la ley en favor de los "terceros".

Por esa razón es que el artículo 1740 del Código Civil de 1871 decía que el marido era, **respecto de terceros**, dueño de los bienes sociales... Pero, **respecto de su mujer**, esos bienes sociales eran de los dos, es decir, de ambos cónyuges, en los términos del correspondiente régimen de la aludida sociedad conyugal. He allí la ficción.

Con el paso del tiempo aquellos antecedentes mediatos se fueron repitiendo y manteniendo en las posteriores ediciones de nuestro Código Civil, al punto que en la del año 1960 aún se leían los siguientes artículos:

"156.- Potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer".

"1500.- ...

Son también incapaces los menores adultos, los disipadores, los ebrios consuetudinarios... las mujeres casadas, salvo que estuvieren judicialmente separadas de su marido o en alguno de los casos...".

"1802.- El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales como si ellos y su bienes propios formasen un solo patrimonio...".

1804.- Salvo las excepciones de ley, la mujer por sí sola no tiene derecho a los bienes sociales durante la sociedad...".

(En la siguiente edición del Código Civil, la de 1971, que es la que se halla en actual vigencia (6), como se verá de inmediato, ya no se volvió a repetir el texto del artículo 156 de la anterior edición, relativo a la "potestad marital", ni se incluyó en el artículo 1490 (actual 1463) a la mujer casada como un sujeto "incapaz" de actuar y contratar; pero, sí se conservaron los textos de los

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

anteriores artículos 1802 y 1804 en los actuales artículos 181 (7) y 183 (8), que, como ya se ha visto, han venido arrastrándose desde hace más de una centuria.)

Mientras tanto, merced a la famosa Constitución de 1945 había brillado por cortísimo tiempo en el Ecuador cierta luz promisoria, totalmente ajena a la época: la del artículo 142 de dicha Constitución, que decía: "El matrimonio se funda en el principio de igualdad de derechos de ambos cónyuges".

Como **antecedentes inmediatos** de la situación jurídica actual de la mujer casada sobresalen los siguientes:
La DECLARATORIA DE LA "IGUALDAD ESENCIAL" DE LOS CONYUGES, contenida en el segundo inciso del artículo 29 de la Constitución Política de 1967, de tan poca duración;

La SUPRESION DE LA PROTESTAD MARITAL mediante el artículo 76 de la Ley 256-CLP que reformó notablemente el Código Civil y que se promulgó en el Registro Oficial 446 del 4 de junio de 1970 (ver...);

La SUPRESION DE LA MUJER CASADA DE LA LISTA DE LOS INCAPACES mediante el artículo 378 de la misma Ley 256-CLP; y,

La IGUALDAD DE DERECHOS DE AMBOS CONYUGES que antiguamente había consagrado por brevísimo tiempo el artículo 142 de la Constitución de 1945 y que se puso en vigencia en 1972 cuando el 16 de febrero de ese año se promulgó el Decreto 1 del General Guillermo Rodríguez Lara.

Expuestos todos estos antecedentes, veamos ahora cuál es la situación jurídica actual de la mujer casada, para aplicarla luego al Derecho Societario, advirtiendo desde ya que no debe confundirse el tema de la antigua "incapacidad" y de la actual "capacidad" de la mujer casada con el de la "aptitud legal de poder ser considerada -respecto de terceros- como dueña de los bienes del haber de su sociedad conyugal", pues ambos temas son totalmente diferentes.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Como ya se dijo, en la Constitución de 1967 el segundo inciso del artículo 29 decía: "El matrimonio se funda en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad esencial de los cónyuges".

Aquella famosa expresión final dio origen a muchísimos comentarios de orden académico y fue uno de los motivos para que el doctor Juan Larrea Holguín publicara un muy valioso trabajo denominado "IGUALDAD DE LOS CONYUGES E IGUALDAD DE LOS HIJOS" (Corporación de Estudios y Publicaciones, 1967), en el que, luego de sostener que dicha frase no había cambiado por sí sola las desigualdades entre el marido y la mujer mantenidas hasta entonces por el Código Civil, expresó lo siguiente:

> **"Si la actual Constitución promulgara la "igualdad de derechos entre los cónyuges", no cabría admitir en una Ley secundaria algún derecho directamente relacionado con el matrimonio y que fuera notablemente desigual para el varón y para la mujer; pero, como la Constitución última solamente formula la "igualdad esencial", y no de derechos, sino "de los cónyuges", éstos, siendo como son iguales por esencia, bien pueden seguir disfrutando de derechos muy desiguales".**

Años después, con el Decreto 1 del General Guillermo Rodríguez Lara del 15 de enero de 1972, publicado en el Registro Oficial del 16 del siguiente mes, se puso en vigencia en el Ecuador la famosa Constitución del año 1945, en cuyo artículo 142 se leía:

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

"El matrimonio se funda en el principio de igualdad de derechos de ambos cónyuges...".

Así, bajo la circunstancia prevista en la cita del Dr. Juan Larrea Holguín, el Superintendente de Compañías dictó la Resolución 2855-A del 25 de febrero de 1972, publicada en el Registro Oficial del 9 del siguiente mes de marzo, por la que se reconoció que si la mujer casada figuraba como accionista de una compañía sujeta al control de la Institución (en aquella época las de responsabilidad

limitada no lo estaban), entonces tocaba a dicha mujer casada ejercer por sí sola, como señora y dueña, todos los derechos que le correspondía como accionista según la ley y los estatutos respectivos.

Esta situación se mantuvo inalterable por más de cinco años, hasta que por Resolución 6599 del 9 de agosto de 1977, publicada en el Registro Oficial del 17 de los mismos mes y año, se derogó aquella Resolución 2855-A del 25 de febrero de 1972, porque la misma había suscitado controversias y problemas prácticos, especialmente por hallarse en discrepancia con uno de los puntos que entonces se sostenía en la Doctrina 12; lo cual hacía "necesaria la expedición de una nueva Doctrina que deje aclarada definitivamente la cuestión".

Mientras tanto, la vigente edición del Código Civil, promulgada el 20 de noviembre de 1970 debido a las reformas contenidas en la Ley 256-CLP antes referidas, venía sustentando abiertamente la plena capacidad jurídica de la mujer casada, pero, por otro lado, continuaba ostentando en su articulado los textos centenarios de sus artículos 181 y 183 (correspondientes a los artículos 1740 y 1742 del Código Civil de 1871) que negaban a dicha mujer la aptitud legal de poder ser considerada -respecto de terceros- dueña de los "bienes sociales" lo cual, como era lógico, dio origen a que en la práctica la mujer casada podía entonces adquirir por sí sola cualquier bien, a título oneroso, mediante compraventa, por ejemplo, pues para ello era plenamente capaz, pero por el tenor literal de los aludidos artículos 181 y 183 resultaba que ese bien así adquirido (por pertenecer al haber de la sociedad conyugal) debía luego pasar a considerarse, respecto de terceros, como de propiedad exclusiva del marido.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por eso (y por otras causas más) es que entonces se dijo que la plena capacidad jurídica de la mujer casada, reconocida en 1970, había sido en buena parte una conquista estéril. Y por eso es que líneas atrás se advirtió aquí que el tema de dicha capacidad jurídica era totalmente diferente del tema central de los textos de los artículos 181 y 183 que aún se conservan "físicamente" en la vigente edición del Código Civil y que, como ya se ha visto, aún sustentan la vieja ficción de que el marido es -respecto de terceros- dueño de los "bienes sociales", negándole así a

la mujer casada la aptitud legal de poder ser considerada también -respecto de esos mismos terceros- dueña de tales bienes.

Y el tiempo transcurrió hasta que el 10 de agosto de 1979, con la posesión de la Presidencia de la República por parte de señor doctor don Jaime Roldós Aguilera, entró en vigencia la actual Constitución, en cuyos artículos 19 y 22 se establecía lo siguiente:

> "Art. 19.- Toda persona goza de las siguientes garantías:
>
> 4. La igualdad ante la ley.
>
> La mujer, cualquiera sea su estado civil, tiene iguales derechos y oportunidades que el hombre en todos los órdenes de la vida pública, privada y familiar, especialmente en lo civil, político, económico, social y cultural".
>
> "Art. 22.- El estado protege a la familia.....
>
> El matrimonio se funda en el libre consentimiento de los contrayentes y en el principio de la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de ambos cónyuges".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

(Tiempo después, el 1 de septiembre de 1983, se promulgarán las primeras reformas a aquella Constitución de 1979, pero los textos anteriormente transcritos quedarían intocados, con la única modificación de que el original numeral 4 del artículo 19 pasaría a ser el numeral 3, como hasta hoy lo sigue siendo).

Con tales antecedentes, como la actual constitución no deja lugar a dudas respecto de la igualdad absoluta de la mujer frente al marido, y como frente a tal principio fundamental no pueden subsistir las desigualdades que desde hace más de cien años ostentan los textos de los artículos 181 y 183 del Código Civil, toca

ahora a la Superintendencia de Compañías pronunciarse en los términos anunciados en la Resolución 6599 del 9 de agosto de 1977 antes referida.

Para ello, la Superintendencia de Compañías ha resuelto modificar la Doctrina 12, eliminando de ella el punto que se hallaba en contradicción con la Resolución 2855-A del 25 de febrero de 1972, y dictar esta nueva Doctrina, a fin de "dejar aclarada definitivamente la cuestión".

En tal virtud, la Superintendencia de Compañías, para efectos meramente societarios y de conformidad con el artículo 442 (actual 433) de la Ley de Compañías, ha llegado a las siguientes conclusiones:

a) Que el 10 de agosto de 1979 entró en vigencia la actual Constitución de la República y, con ella, los principios constantes en el inciso segundo del numeral 4 (actualmente numeral 3) de su artículo 19 y en el tercer inciso de su artículo 22, que dicen, por una parte, que la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tiene iguales derechos que el hombre en todos los órdenes de la vida privada y familiar, especialmente en lo económico y en lo civil, y, por otra, que el matrimonio se funda en el principio de la igualdad de derechos, de obligaciones y de capacidad legal de ambos cónyuges;

b) Que frente a tales principios fundamentales no pueden subsistir, en razón de la correspondiente supremacía constitucional, ni el artículo 181 del Código Civil (correspondiente al artículo 1802 de la edición de 1960 y al artículo 1740 de la de 1871), que dice que "el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio", ni el origen o confirmación del mismo que se haya dado por el artículo 183 del citado Cuerpo Legal (correspondiente al artículo 1804 de la edición de 1960 y al artículo 1742 de la edición de 1871), que dice que "la mujer por sí sola no tiene derecho a los bienes sociales durante la sociedad conyugal"; pues, es evidente que la discriminación patrimonial que desde antaño ostentan ambos textos en perjuicio de la mujer se halla en abierta y evidente contradicción con el principio de la igualdad absoluta de ambos cónyuges que ahora reconocen los artículos 19 y 22

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

de la vigente Constitución, ya no en los términos abstractos e imprecisos que ofrecía la Constitución de 1967 sino concretamente en lo relacionado con sus derechos y obligaciones en todos los ordenes de la vida y, en especial en materia familiar, económica y civil;

c) Que lo acabado de expresar no implica debate alguno sobre una supuesta "inconstitucionalidad" de los citados artículos 181 y 183, sino el reconocimiento obligado de una simple "derogatoria" de aquellos textos centenarios, por el imperio de una ley posterior, que es nada menos que la Constitución de la República. En efecto, si el Código Civil viene diciendo hace más de cien años que la mujer no tiene derecho y que el marido sí tiene derecho respecto de una misma cosa que en el fondo les pertenece a los dos, y si desde el año 1979 la Constitución ya dice que el marido y la mujer tienen iguales derechos, es elemental que los textos centenarios de aquellas disposiciones del Código Civil dejaron de existir automáticamente desde la vigencia de la Constitución.

d) Que lo antedicho no implica ni destrucción ni mengua alguna de la institución de la sociedad conyugal ni de las normas relativas a la integración del haber de dicha sociedad, las cuales subsisten plenamente en todo lo que no se opusiere a las normas constitucionales antes referidas;

e) Que por las razones constitucionales antedichas y porque la sociedad conyugal no es una persona jurídica y, por tanto, no apta para adquirir derechos y contraer obligaciones, resulta forzoso reconocer, con la expresada derogatoria de los artículos 181 y 183 del Código Civil, que, respecto de terceros, los "bienes sociales" deben reputarse pertenecer indistintamente al cónyuge que frente a esos terceros ostentara la calidad de señor y dueño de los mismos, siguiendo así los lineamientos generales contenidos en el segundo inciso del artículo 734 (actual 715) del Código Civil; y, por consiguiente, que ese cónyuge se halla plenamente facultado para ejecutar respecto de dichos bienes todos los actos de administración y de disposición que a bien tuviere, siempre que no se requiriere para ello de la intervención y del consentimiento de ambos cónyuges, como en los casos del artículo 187 del mismo Código, sin perjuicio, claro está, de las cuentas

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

que por tales actos deba rendir en su momento dicho cónyuge a su sociedad conyugal o a los herederos de su consorte; y,

f) Que lo acabado de expresar resulta plenamente aplicable al caso de la mujer casada que figura como propietaria de acciones o de participaciones en las sociedades sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, tanto más cuanto que el artículo 200 (actual 187) de la Ley de Compañías establece que "se considera como dueño de las acciones a quien aparezca como tal en el Libro de Acciones y Accionistas", por lo menos en tratándose de las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta; lo cual, por otra parte, resulta ser una realidad cada vez más frecuente en la vida de las antedichas compañías, especialmente desde que la ley concedió a la mujer casada capacidad jurídica plena para todos sus actos, y más aún desde que tal capacidad fue reconfirmada por el Decreto Supremo 1482 del 30 de mayo de 1977, publicado en el Registro Oficial del 10 del siguiente mes de junio.

Por consiguiente, las acciones o participaciones que figuraren a nombre de la mujer casada, aún cuando fueren bienes pertenecientes al haber de la sociedad conyugal que tuviere formada con su marido, se consideran, respecto de terceros, de propiedad de dicha mujer, sin perjuicio de continuar teniendo tales acciones o participaciones la calidad de "bienes sociales".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Y por lo mismo, para efectos societarios, se debe considerar como dueño de las acciones o participaciones de una sociedad sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías al cónyuge que interviniera en la constitución o en el aumento de capital respectivos, suscribiendo o recibiendo acciones o participaciones a su solo nombre.

DOCTRINA 131

ES LEGALMENTE POSIBLE QUE CADA UNO DE LOS COPROPIETARIOS DE UNA COSA SINGULAR O CUERPO CIERTO APORTE A UNA COMPAÑÍA LA PARTE ALÍCUOTA PRO INDIVISO QUE TIENE EN DICHA COSA COMÚN Y RECIBA A CAMBIO DE ELLO, EN PROPIEDAD EXCLUSIVA Y NO EN COPROPIEDAD, LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES QUE POR SU APORTE LE CORRESPONDAN

Base legal:

L Com: ***Arts. 10; 42; 103; 173; 365 //*** **CC:** ***Arts. 697; 698; 752; 775; 804; 902; 909; 956; 1360; 1363; 1387; 1778; 2231; 2239; 2343***

De igual forma, si todos los copropietarios así lo desean, ellos bien pueden conservar la copropiedad en las acciones o participaciones que la compañía deba entregar por la suma total de las alícuotas de condominio del bien aportado; en cuyo caso esas acciones o participaciones pasarán a ser de copropiedad de los aportantes.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Se ha planteado la cuestión de si es o no factible legalmente que los copropietarios de un cuerpo cierto aporten a una compañía la parte ideal o abstracta que tienen sobre ese cuerpo cierto, mueble o inmueble, y reciban a cambio, en propiedad exclusiva, acciones o participaciones por el valor del aporte individual de cada uno, según el tipo de compañía de que se trate. Quienes niegan tal posibilidad, arguyen que ese procedimiento conduciría en la práctica a soslayar la partición como medio de poner fin a la indivisión, sin advertir que igual ocurriría en el caso de la simple venta de la cosa común que nunca se ha cuestionado.

Para considerar la cuestión propuesta, juzgamos necesario referirnos, en primer término, a las disposiciones de nuestro Derecho Positivo relativas al aporte y,

luego, al análisis de la copropiedad y del régimen de comunidad del que aquélla es una especie o caso particular.

I

EL APORTE

El artículo 1 de la Ley de Compañías dice que: "Contrato de compañía es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industria para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades". Lo mismo establece, con expresiones semejantes, el Código Civil en el inciso primero del artículo 1984 (actual 1957) e inciso primero del artículo 1986 (actual 1959). La primera de las disposiciones, dice: "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". El segundo de los artículos citados estatuye.- "No hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o en efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero".

El artículo 10 de la Ley de Compañías prescribe que: "Las aportaciones de bienes se entenderán translativas de dominio". Su artículo 42, (actual 43) que se refiere a las compañías en nombre colectivo y que se aplica también a las compañías en comandita simple, prescribe en el inciso primero: "El capital de la compañía en nombre colectivo se compone de los aportes que cada uno de los socios entrega o promete entregar" y el inciso tercero de este mismo artículo dice: "Si el capital fuere aportado en obligaciones, valores o bienes, en el contrato social se dejará constancia de ello y de sus avalúos". El artículo 1031 de la misma Ley, que se refiere a la integración del capital de las compañías de responsabilidad limitada, expresa que las aportaciones pueden ser en numerario o en especie y, en este último caso, consistir en bienes muebles o inmuebles que correspondan a la actividad de la compañía". El artículo 173 (actual 161) de la Ley de Compañías prescribe que para la constitución del capital social de la compañía anónima "las aportaciones pueden ser en dinero o no, y en este último caso, consistir en bienes muebles o inmuebles" y que "no se puede aportar cosa mueble o inmueble que no corresponda al género de comercio de la compañía". Por fin, el artículo 365 de la

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

citada Ley señala que el Estado, las municipalidades y demás entidades enumeradas en el artículo 363 pueden participar en el capital social de la compañía de economía mixta, suscribiendo su aporte en dinero o entregando equipos, instrumentos agrícolas o industriales, bien muebles o inmuebles, efectos públicos y negociables, así como también mediante la prestación de un servicio público por un período de tiempo determinado".

"Las contribuciones de los socios -dice A. BRUNETTI- consisten en las prestaciones prometidas con el fin de ejercitar en común una actividad económica (artículo 2247). El objeto de tales prestaciones puede ser diverso y consistir en un bien cualquiera, en sentido jurídico, esto es, en toda utilidad apta para ser valorada en dinero (muebles, inmuebles, negocio, numerario, mercaderías, patentes de invención, bienes inmateriales como la clientela, los secretos industriales, créditos, etc. El artículo 2247 comprende también los servicios del socio, entendiéndose con ello el conjunto de trabajos, de actitudes personales y de experiencias útiles en la esfera económica a que va dirigida la sociedad". (BRUNETTI, TRATADO DE DERECHO DE LAS SOCIEDADES, TOMO I, p. 289, UTHEA, ARGENTINA, BUENOS AIRES).

El aporte puede, pues, salvo las excepciones del caso, consistir en cualquier bien o prestación estimable en dinero, esto es, tanto en obligaciones de dar como en obligaciones de hacer, pero la prestación de hacer, en nuestra Ley de Compañías, solo es posible en las sociedades colectivas, en comandita simple y en las de economía mixta, salvo en lo que se refiere al aporte del socio comanditario que ha de efectuarse siempre en dinero, mientras que en las compañías de responsabilidad limitada, anónimas y en comandita por acciones solo es factible la aportación en obligaciones de dar.

Por otra parte, varias disposiciones de la Ley contemplan medidas para impedir la sobrevaloración de los aportes en especie y establecen la responsabilidad solidaria de los socios o accionistas frente a la sociedad y con relación a terceros, por el valor asignado a las especies así aportadas (artículos 42, 105 (actual 104) y 174 (actual 162)), e igualmente prescriben un desembolso mínimo para la

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

integración del capital (artículo 42 inciso segundo, 103 (actual 102) inciso segundo, 159 (actual 147) inciso primero, 356 (actual 301)).

El tema que estamos analizando nos conduce al problema de la divisibilidad o indivisibilidad de los bienes. Se dice que una cosa es jurídicamente divisible cuando es susceptible su división, sea material o intelectual, y que es indivisible en caso contrario. Las cosas corporales -dice Luis Claro Solar- son materialmente divisibles "cuando pueden ser divididas en muchas partes, cada una de las cuales forma un objeto homogéneo y análogo, tanto con respecto a las demás partes como a la cosa misma, de modo que las diversas partes reunidas puedan reconstituir el conjunto tal cual era antes de su división. Toda otra cosa es indivisible en el sentido a la vez racional y legal". Y agrega el ilustre jurista Chileno: "Pero aún las cosas corporales que no son susceptibles de ser divididas en partes materiales, que puedan formar cada una de ellas un objeto distinto, como un caballo, son divisibles intelectualmente en partes alícuotas; de modo que las cosas corporales consideradas en sí mismas como objetos de derecho son siempre divisibles, sea materialmente, sea intelectualmente". "Varias personas, en un momento dado, pueden tener por ejemplo derecho de propiedad en una cosa. Si la cosa no admite división material o mientras permanezca indivisa, caso de admitirla, el derecho de propiedad se divide entre los diversos copropietarios, aunque no se divida la cosa". (LUIS CLARO SOLAR, "EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO, VOLUMEN III, pp. 159-160, EDITORIAL JURIDICA DE CHILE, Reimpresión, 1978).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En definitiva, pues, el derecho real que varias personas tengan sobre una cosa singular es perfectamente divisible y cada una de ellas puede transferir la parte del derecho que le corresponde en ese cuerpo cierto.

II

LA COPROPIEDAD

La propiedad, como sabemos, es un derecho exclusivo, por lo que dos o más personas no pueden ser a la vez propietarias de la totalidad de la misma cosa,

pero varias personas pueden tener sobre ella partes ideales e indivisas del derecho de propiedad. Se presenta entonces la copropiedad que es una especie del género comunidad. Como afirma J. Garrigues, el derecho de dominio de cada uno concurre con el derecho de dominio de los demás. "En la comunidad de bienes hay que distinguir un aspecto real en cuanto ella representa una configuración especial del derecho de propiedad y un aspecto personal originado en el hecho de la coincidencia de varios sujetos en un haz de relaciones jurídicas convergentes. La unidad de la cosa a que se refieren los derechos parciales obliga a una cierta comunidad entre los copropietarios. En el sistema romano que otorga a la copropiedad una forma rígidamente individualista y fraccionada, esa comunidad es pura indivisión y tiene su centro de gravedad en la acción de división, que sirve inclusive para ejercitar los derechos derivados de la situación de comunidad" (Joaquín Garrigues, "Dictámenes de Derecho Mercantil" Tomo II). Señala, sin embargo, el destacado tratadista que el Código Civil Español, apartándose un tanto de la pura concepción romanista, consagra ciertas reglas que establecen derechos y obligaciones entre los copropietarios o comuneros, lo que sucede igualmente en nuestro Código Civil, cuyo artículo 2236 (actual 2209) dispone que cada comunero debe contribuir a las obras y reparaciones de la comunidad proporcionalmente a su cuota.

La propiedad en común puede surgir de diversas causas, así: 1. Puede provenir de la voluntad de las partes que adquieren algo en común; 2. Puede originarse en la voluntad de un testador que ha instituido a varias personas coherederas o ha asignado un legado a varias personas; 3. Puede nacer de un hecho jurídico no voluntario como una sucesión intestada; y, 4. Puede resultar de un hecho accidental como sucede en los casos de especificación y mezcla (artículos 697 (actual 678) y 698 (actual 679) del Código Civil).

Nuestro Código Civil no trae un concepto de la copropiedad pero se refiere a ella en varias de sus disposiciones y le aplica las normas del cuasi contrato de comunidad, así: en el artículo 697 (actual 678) inciso final, se refiere a la copropiedad que surge de la especificación; en el artículo 698 (actual 679), a la copropiedad que se produce cuando se forma una cosa por mezcla de materias

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

áridas o líquidas pertenecientes a varios dueños; el artículo 775 (actual 756), al fideicomiso constituido en favor de dos o más fiduciarios y dos o más fideicomisarios; el artículo 804 (actual 786), al usufructo constituido en favor de dos o más personas que lo tengan simultáneamente por igual o según las cuotas determinadas por el constituyente; el inciso tercero del artículo 902 (actual 882), que se refiere a las cercas divisorias comunes; el artículo 909 (actual 889), que da por supuesta la copropiedad de la pared medianera, etc.

El artículo 2231 (actual 2204) del Código Civil dice: "La comunidad en una cosa universal o singular, en que dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa es una especie de cuasi contrato", disposición inspirada en el Código Civil Francés.

Laurent critica la concepción de la comunidad como un cuasi contrato que, como hemos dicho, arranca del Derecho Romano, en los siguientes términos: "La doctrina que confunda la comunidad con el cuasi contrato es inconciliable con los hechos. Lo que caracteriza esencialmente al cuasi contrato es que constituye un simple hecho sin que intervenga ninguna convención entre las partes obligadas. Y la comunidad puede nacer de un contrato: Varias personas pueden comprar una casa en común; puede resultar, como lo diremos más adelante, una sociedad o una simple comunidad de hecho; sin embargo, hay un contrato, un concurso de consentimientos, luego puede haber comunidad en virtud de una convención, lo que excluye la idea de un cuasi contrato". Y en otra parte expresa: "En nuestro concepto se pueden explicar las relaciones que existen entre comuneros sin considerarlas como derivadas de un cuasi contrato" (F. Laurent. "Principios de Derecho Civil", Tomo 26, p. 449.- Editor: Juan Buxo, La Habana 1920).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Cada copropietario o cada comunero tiene el derecho a su cuota, una parte ideal y abstracta en el derecho de la propiedad sobre una cosa, respecto de la cual puede actuar como si fuera propietario único, pero no sobre una parte material determinada de la cosa común y, por eso mismo, el derecho de cada uno se encuentra limitado por el Derecho de los demás.

De acuerdo con la regulación que contiene nuestro Código Civil, cada copropietario tiene derecho a los frutos de la cosa común a prorrata de su cuota; cada uno puede usar la cosa común, siempre que no impida que los demás comuneros ejerciten también este derecho; la administración de la cosa corresponde a todos en común, pero cada uno puede tomar por si solo las medidas necesarias para la conservación de la cosa; cada copropietario puede disponer libremente de su cuota; cada copropietario puede reivindicar la cuota que tiene en una cosa singular. Pero, correlativamente, cada comunero tiene obligaciones que cumplir, así: debe contribuir a las obras y reparaciones de la comunidad proporcionalmente a su cuota; pagar las deudas que graven los bienes comunes a prorrata de su cuota, etc.

Nos interesa en el presente caso referirnos únicamente a la facultad que tienen los comuneros para poner libremente de la alícuota ideal o parte que tienen en la cosa común, facultad que es consustancial con el derecho de propiedad y que se encuentra expresamente consagrada en varias disposiciones de nuestro Código Civil así: el artículo 1363 (actual 1341) estatuye: "Si un consignatario (de cosa universal o singular) vende o cede su cuota a un extraño, tendrá éste igual derecho que el vendedor o cedente para pedir la partición e intervenir en ella"; el artículo 1778 (actual 1751) prescribe que: "Si la cosa es común de dos o más personas proindiviso entre las cuales no intervenga contrato de sociedad, cada una de ellas, podrá vender su cuota, aún sin el consentimiento de los otros"; el artículo 2343 (actual 2319) dispone: "El comunero puede, antes de la división de la cosa común, hipotecar su cuota, pero verificada la división la hipoteca afectará solamente los bienes que en razón de dicha cuota se la adjudicarán, si fueren hipotecables; si no lo fueren, caducará la hipoteca"; el artículo 956 (actual 936) faculta al comunero para reivindicar la cuota proindiviso que tenga en una cosa singular, lo que no es sino consecuencia de su derecho de propiedad pro parte sobre la cosa.

El artículo 1360 (actual 1338) consagra el derecho del comunero para provocar la disolución de la comunidad, salvo que se haya pactado indivisión, división que

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

conducirá a la formación de partes reales sobre las cuales cada comunero ejercerá la propiedad exclusiva y total. La Ley permite, además, la ejecución forzosa independiente (embargo y remate) de las cuotas ideales.

Lo que el comunero no puede hacer es enajenar por sí solo el bien común o una parte de ese bien, porque sobre la cosa misma no existen partes reales, puesto que la copropiedad comprende la cosa en todas sus partes integrantes. En otras palabras, cada comunero es titular de una fracción, pero esa fracción, no se halla delimitada en la cosa misma sino que es, como hemos dicho, una parte alícuota ideal. Tampoco puede un comunero gravar la totalidad de la cosa con un derecho real. Si un comunero enajena por sí solo la cosa común o la grava con un derecho real, tales actos tendrán eficacia únicamente sobre la parte que en la división le cupiere, como expresamente lo disponen los artículos 752 (actual 733) y 1387 (actual 1360) del Código Civil.

El análisis precedente nos lleva a la conclusión evidente de que los copropietarios de un cuerpo cierto, mueble o inmueble, pueden aportar las partes o alícuotas que tengan sobre ese bien singular, para la integración de un capital social de una compañía, recibiendo a cambio cada uno de ellos -en propiedad exclusiva y no en copropiedad- las acciones o participaciones que por su aporte de cuota le correspondan en dicho capital, siempre que esos aportes los hagan todos los comuneros con derecho de propiedad sobre la cosa. El argumento de que ese procedimiento no es legal porque implica una manera de eludir la partición, no resiste el menor análisis crítico, ya que la división no es el único modo de terminar la comunidad, pues, el artículo 2239 (actual 2212) del Código Civil contempla también como causa de terminación de ella "la reunión de las cuotas de todos los comuneros en una sola persona", situación que puede producirse si todos los comuneros venden o donan sus partes alícuotas a una misma persona o cuando uno de los comuneros sucede en el derecho a los otros por herencia. Si todos los comuneros transfieren a la compañía sus alícuotas en el derecho de propiedad sobre una cosa común, la compañía habrá adquirido el dominio exclusivo y total de esa cosa común y, por lo mismo, se habrá producido la

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

reunión de las cuotas de todos los comuneros en una sola persona, la compañía, caso a que se refiere el artículo 2239 (actual 2212) del Código Civil ya citado.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Cada uno de los comuneros de un cuerpo cierto, mueble o inmueble, puede aportar a la compañía, la alícuota que tenga en ese bien y recibir a cambio, en propiedad exclusiva, las participaciones o acciones que les correspondan, según el tipo societario, siempre que todos los comuneros de ese cuerpo cierto transfieran sus alícuotas a la compañía; con lo cual cada comunero habrá dejado de ser copropietario del bien aportado para pasar a ser dueño exclusivo y absoluto de las acciones o participaciones que reciba. El socio o accionista estará obligado, desde luego, al saneamiento por evicción y por los vicios reivindicatorios, de acuerdo con las normas generales.

SEGUNDA.- La transferencia de la parte del derecho de dominio sobre un inmueble común que hagan los comuneros a la compañía con motivo del aporte, deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad (artículo 10 de la Ley de Compañías). Tratándose de muebles, solo se requerirá la transferencia por los comuneros de la copropiedad, mediante la simple entrega.

TERCERA.- Deberán cumplirse las prescripciones de la Ley de Compañías en lo relativo a la avaluación del aporte en especie para asegurar la realidad del capital social (artículos 42 (actual 43), 105 (actual 104), 162 (actual 150) numeral 6, 168 (actual 156) literal b, 174 (actual 162) y 365 (actual 310)).

CUARTA.- Deberán igualmente tenerse en cuenta las normas contenidas en la Ley de Compañías sobre desembolso mínimo de capital social (artículos 42 (actual 43) inciso segundo, 103 (actual 102) inciso segundo y 159 (actual 147)) así como las disposiciones que establecen que no se puede aportar cosa mueble o inmueble que no corresponda al género de la compañía (artículos 103 (actual 102) inciso segundo y 173 (actual 161)).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

QUINTA.- No cabe que los comuneros de una cosa universal (herencia) aporten a una compañía la alícuota que tengan sobre ella, por prohibirlo la Ley.

SEXTA.- Sin perjuicio de lo expresado en la conclusión primera, si todos los copropietarios así lo desean, ellos bien pueden conservar la copropiedad en las acciones o participaciones que la compañía deba entregar a cambio de la suma total de las alícuotas de condominio del bien aportado; en cuyo caso todas y cada una de esas acciones o participaciones pasarán a ser de copropiedad de los aportantes (dándose así el caso a que se refiere la Doctrina 24).

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 132

ESCRITURA DE PRÓRROGA DEL PLAZO DE DURACIÓN DE UNA COMPAÑÍA ANTES DE SU VENCIMIENTO ES SUFICIENTE PARA EVITAR SU DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO

Base legal:

LCom: ***Arts. 33; 78; 120 Lit. g; 273 Num. 7; 396 //*** **C.Co:** ***Art. 30 Num. 8***

Según nuestra Ley de Compañías, todas las sociedades que ella regula deben contratarse o constituirse por un plazo determinado. Este plazo origina lo que en Derecho Societario se conoce como el tiempo de duración de la compañía respectiva.

Lo antedicho se confirma con los artículos 37 (actual 38) numeral 5, 60 (actual 61), 140 (actual 137) numeral 4, 162 (actual 150) numeral 4, 362 (actual 307) y 366 (actual 311) de la Ley de Compañías.

Si el antedicho plazo de duración de una compañía se vence o expira sin que el mismo se hubiere prorrogado con anterioridad, la compañía mencionada queda disuelta de pleno derecho, de conformidad con el artículo 396 de la Ley de Compañías, debiendo procederse entonces a su correspondiente liquidación.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Lo acabado de expresar se entiende mejor si se recuerda que según nuestra Ley la compañía es, por definición, un contrato; aunque con características muy peculiares.

Por consiguiente, para que la disolución de la compañía no se opere de pleno derecho por el vencimiento de su plazo es necesario, tal como lo establece el citado artículo 396, que dicho plazo sea prorrogado expresamente con anterioridad al vencimiento del mismo.

Este tema aparece tratado incidentalmente en la Doctrina 49, no obstante que la misma se relaciona más bien con la imposibilidad jurídica de que se prorrogue el plazo de duración de una compañía por voluntad presunta de los socios, ya que nuestra ley no reconoce la llamada "prórroga tácita".

En todo caso, en dicha Doctrina 49 se dijo que la mencionada prórroga debía hacerse en forma "expresa", tal como lo exige el citado artículo 396; y:

"Que esa prórroga se ha de hacer en forma expresa, significa que al efecto han de seguirse los mecanismos establecidos en la propia Ley, es decir, en los artículos 78 (actual 79), 120 (actual 118) literal g), y 273 (actual 231) numeral 7, de la Ley de Compañías, según la sociedad de que se trate, y sobre todo, en el artículo 33 de la misma, que es común a todas las compañías".

No obstante, si consideramos que en el proceso de la prórroga del plazo de duración de una compañía se presentan diversas etapas, y que cada una de esas etapas tiene distintos actores y distintas significaciones jurídicas, lo expresado en la Doctrina 49 no contesta en realidad cuál de esas etapas -una vez cumplida- es suficiente para evitar la disolución "ipso iure" de la compañía respectiva (si dicha etapa se cumple, claro está, antes de la expiración del plazo correspondiente).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En otras palabras: ¿Qué es lo que debe producirse antes del vencimiento del plazo respectivo para evitar la disolución? ¿La Resolución de la Junta General por la que se prorroga el plazo? ¿El otorgamiento de la escritura pública en que se instrumente por parte del representante legal de la compañía respectiva la prórroga acordada por la Junta General? ¿La presentación a la Superintendencia de Compañías de la solicitud tendiente a obtener la aprobación de aquella prórroga? ¿La aprobación mismo de esa prórroga por parte de la mencionada Institución? ¿La inscripción de la correspondiente escritura pública en el Registro Mercantil?.

El primer inciso del artículo 396 de la Ley de Compañías, luego de referirse en sentido negativo a la "voluntad presuntiva de los socios", termina diciendo que la disolución por vencimiento del plazo no se produce de pleno derecho si con anterioridad a ella la duración de la compañía "hubiere sido expresamente prorrogada"; de lo cual se podría deducir, con demasiada facilidad pero con poca ciencia, que para evitar la disolución bastaría que los socios acuerden expresamente dicha prórroga, pues son los socios los únicos que podrían expresar "la voluntad" aludida al principio de la citada disposición.

La presunta deducción que se acaba de esbozar es válida solamente como mero punto de partida para encontrar la respuesta que se busca, pues si bien es cierto que el citado artículo 396 (6) exige tal voluntad expresa de los socios, el artículo 33 de la Ley de Compañías, por su parte, exige, además, que la prórroga en cuestión se sujete a las solemnidades que la ley exige para la contratación o fundación de la compañía respectiva.

Y como tales solemnidades se concretan al otorgamiento de la escritura pública respectiva, la prórroga aludida debe entenderse eficaz para evitar la disolución "ipso iure" si la escritura pública correspondiente se otorga antes del vencimiento del plazo respectivo, sin que importe para ello que la "aprobación" y la "inscripción" se efectúen después de dicho vencimiento; tanto más cuanto que tales actos no dependen de la "voluntad de los socios" ni de la compañía.

Dicho esto conviene resaltar el hecho de que el artículo 33 de la Ley de Compañías se refiere a las solemnidades que la Ley exige para la fundación o contratación de la compañía respectiva, mas no a las solemnidades requeridas para el nacimiento de la misma como persona jurídica; a propósito de lo cual resulta oportuno recordar que la compañía es, antes que nada un contrato, que se perfecciona por el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, y que luego con su inscripción en el Registro Mercantil, deviene en una persona jurídica particular, sin dejar por eso de seguir siendo un contrato.

La inscripción en el Registro Mercantil no es, pues, una formalidad "ad solemnitatem" impuesta por la ley para la validez del contrato de sociedad, sino

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

un requisito de publicidad exigido por la misma ley que trae como consecuencia el nacimiento de la persona jurídica antes referida.

Por eso es que el numeral 8 del artículo 30 del Código de Comercio viene diciendo desde hace muchísimos años (antes de que nuestra Ley de Compañías existiera) que deben inscribirse en el Registro Mercantil "las escritura en que se forme, prorrogue o disuelva una sociedad".

La mera lectura de esta antigua disposición nos hace ver como el Derecho Ecuatoriano considera ya prorrogada a la compañía, cuando menos "ab initio", con el simple otorgamiento de la escritura pública correspondiente, pues no de otra forma se puede entender la inscripción que se ordena en el Código de Comercio de "la escritura en que se prorroga una sociedad".

Con lo cual también queda claro que la exigencia de la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública en que se prorrogue el plazo de duración de una compañía nace del Código de Comercio más propiamente que de la Ley de Compañías.

En conclusión, el otorgamiento de la escritura pública de prórroga, antes del vencimiento del plazo de duración de una compañía, es suficiente para evitar la disolución "ipso iure" de dicha compañía, siempre que dicha escritura tenga como antecedente la respectiva resolución de prórroga de plazo acordada válidamente por la Junta General correspondiente.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Pero lo antedicho no significa que la mencionada escritura pública de prórroga de plazo sea suficiente para que tal prórroga cumpla cabalmente con su cometido y surta plenamente todos sus efectos, pues, para ello será necesario, además, que esa escritura se inscriba en el Registro Mercantil correspondiente, de conformidad con el numeral 8 del artículo 30 del Código de Comercio, previa la aprobación de la Superintendencia de Compañías.

La interpretación sostenida en esta Doctrina se ajusta plenamente a la parte final del primer inciso del artículo 396 de la Ley de Compañías, pues la escrituración del acuerdo de la prórroga equivale, sin lugar a dudas, a la expresa manifestación de la voluntad social que se reclama en la citada disposición legal. En efecto, es del todo indiscutible que en la escritura pública en la que se contiene la prórroga del plazo de una compañía también se contiene la expresa "voluntad" de la misma, manifestada por su representante legal.

Con lo cual queda claro también que ni la "aprobación" ni la "inscripción" de la escritura pública mencionada dependen ni de la "voluntad de los socios" ni de la "voluntad social.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 133

EXCLUSIÓN DE UN SOCIO EN LAS COMPAÑIAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

1. En la Sección 5a. de la Ley de Compañías, referente a las compañías de responsabilidad limitada, entre las atribuciones otorgadas a la Junta General de Socios, en el artículo 118, literal j), se establece la de "acordar la exclusión del socio por las causales previstas en el artículo 82 de esta Ley".

El artículo 83 de la Ley de Compañías, como consecuencia del anterior, termina diciendo que el socio excluido "también queda obligado a terceros por las obligaciones que la compañía contraiga hasta el día en que el acto o la sentencia de exclusión sea registrada"; lo cual implica que hay dos mecanismos para proceder a la exclusión del socio; el uno, extrajudicial; y, el otro judicial. El mecanismo judicial sería el que requiere de la "sentencia" al que se refiere el citado artículo 82, mientras que en el mecanismo "**extrajudicial**" solamente bastaría el "**acto**" aludido en la citada disposición, el cual "**acto**" que no podrá ser otro que la correspondiente resolución de la Junta General de Socios, pues no de otra forma podría entenderse la expresión "el acto o la sentencia" contenida en el artículo referido.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Si, según el literal j) del artículo 118 de la Ley de Compañías, corresponde a la Junta General de Socios de la compañía de responsabilidad limitada "acordar la exclusión del socio", lo dicho con anterioridad significa que para proceder a la exclusión correspondiente, en unos casos bastará la simple resolución de la mencionada junta, mientras que en otros casos será necesario, además el consiguiente enjuiciamiento y la sentencia respectiva.

Lo lamentable del caso es que la Ley no nos ha dicho en qué casos la exclusión puede hacerse extrajudicialmente y en qué casos debe hacerse de manera judicial.

Por su parte, el artículo 33 de la Ley de Compañías dice que cuando las compañías excluyen a alguno de sus miembros, la instrumentación de la resolución correspondiente deberá sujetarse a las solemnidades establecidas por la Ley para la fundación de la compañía, según su especie; lo cual debe entenderse referido tanto a la mera resolución de la Junta General de Socios, en los casos en que la misma fuere suficiente, como a la misma resolución, acompañada de la respectiva sentencia, en los casos en que fuere necesario, además, de la correspondiente decisión judicial.

Cuando los socios de una compañía de responsabilidad limitada, reunidos en sesión de Junta General, consideraren que uno de ellos ha incurrido en una de las causales establecidas en el artículo 82 y acordaren su exclusión de la compañía, dichos socios, constituidos en Junta General, estarían en el caso de tener que formular un juicio de valor (que Luis Jiménez de Azúa llamaría "Subsunción") para determinar si los hechos respectivos imputables al socio en cuestión se adecuan o no a la causal correspondiente; pudiendo ser tal juicio de valor unas veces muy objetivo y otras veces harto subjetivo, según la causal de que se trate.

Por ejemplo, la quiebra del socio, que el artículo 81 de la Ley de Compañías establece como la cuarta causal de la mencionada exclusión, no necesita de mayor análisis subjetivo para ser adecuada en la antedicha causal. Ante el hecho -judicialmente predeterminado- de la quiebra del socio, bastará que la Junta General de Socios invoque dicha quiebra para resolver la correspondiente exclusión del socio quebrado, sin necesidad de un nuevo enjuiciamiento y auto judicial.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En el caso de la tercera causal de exclusión que establece el citado artículo 82 contra "el socio que constituido en mora no hace el pago de su cuota social", para que proceda a la exclusión, previamente habrá de cumplirse con el requisito del artículo 101 (actual 97) de Código de Procedimiento Civil que en el numeral 5 dispone: "Constituir al deudor en mora, según lo provenido en el mismo Código"

(se refiere al Código Civil por la referencia constante en el numeral 4 de ese artículo).

En efecto, según el artículo 1594 (actual 1567) numeral 1 del Código Civil, el deudor está en mora "Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la Ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora". Uno de los casos en que la Ley exige el requerimiento al deudor para constituirle en mora, es precisamente el constante en el artículo 82, numeral 3 de la Ley de Compañías.

La constitución en mora al deudor, solo puede y debe realizarse a través de la citación judicial dispuesta por el Juez de lo Civil, en razón de la materia, en los términos de los artículos 77 (actual 73) y siguientes del Código Adjetivo Civil, aplicables al caso.

Si el deudor, una vez constituido en mora, no paga su cuota social insoluta, la Junta General de Socios puede acordar su exclusión y proceder a instrumentar la misma, según lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Compañías, sin necesidad de ninguna sentencia que disponga o confirme tal exclusión.

¿Podrá decirse lo mismo de las causales contenidas en los numerales 1, 2 y 5 del artículo 82?. Si dichos numerales dicen que puede ser excluido:

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

"1. El socio administrador que se sirve de la firma o de los capitales sociales en provecho propio; o que comete fraude en la administración o en la contabilidad; o se ausenta y, requerido, no vuelve ni justifica la causa de su ausencia;"

"2. El socio que interviene en la administración sin estar autorizado por el contrato de la compañía; "

"5. En general, los socios que falten gravemente al cumplimiento de sus obligaciones sociales;"

En el caso previsto en la parte final del numeral 1 del artículo 82, en cuanto a que puede ser excluido el socio administrador que "se ausenta, y requerido no vuelve ni justifica la causa de su ausencia", bastará el requerimiento judicial realizado mediante la citación en los términos de los artículos 77 (actual 73) y siguientes del Código de Procedimiento Civil, como acto preparatorio especial previsto en la Ley de Compañías, para que la Junta General de Socios pueda acordar su exclusión y proceder a instrumentar la misma, según lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley invocada.

En los demás casos de los numerales 1, 2 y 5 del artículo 82, el sentido común nos indica que el juicio de valor que los restantes socios deben formular es totalmente subjetivo, y de manera muy especial en el caso del numeral 5, pues las "faltas graves" a que él se refiere sólo pueden determinarse por un juzgamiento profundo e imparcial para no mencionar el "fraude" o el "aprovechamiento de capitales ajenos" que no sólo requieren de un estudio harto subjetivo sino que importan inculpaciones de orden penal directamente vinculadas con la honra del socio cuestionado.

No sería justo, por tanto, que la mayoría de una simple Junta General de Socios pueda determinar, por sí y ante sí, de una manera inapelable que un socio de la compañía se halla incurso en una de las causales supradichas.

Es verdad que en tales casos una resolución semejante deba ser debatida en el seno de la Junta General, y, es verdad, por tanto, que en ese seno el socio afectado puede defenderse; pero no es menos cierto que esa defensa sería totalmente inútil frente a una votación mayoritaria, probablemente interesada y huérfana de la debida imparcialidad.

Es vedad también que en tales casos el socio cuestionado tendría derecho a impugnar el correspondiente acuerdo social, cuando fuere contrario a la Ley o a los estatutos sociales, recurriendo a la Corte Superior del Distrito. Pero ¿cuál sería la situación del socio que tiene menos del 25% del capital social?. En tal caso no podría acogerse a este derecho el socio afectado por no cumplir con el artículo 249 de la Ley de Compañías. Es decir, que en tal caso, el socio se

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

encontraría impedido de ejercer el derecho constitucional de defensa, que garantiza a toda persona el artículo 24, numeral 10, de la Constitución Política.

Más aún, como los numerales 1, 2, y 5 del artículo 82 tratan en el fondo de situaciones culposas en que el socio podría incurrir, y como la culpabilidad de una persona sólo puede ser declarada judicialmente, como lo dispone también el numeral 7 del artículo 24 de la Constitución, resulta ilógico que una Junta General pueda declarar cualquiera de las culpabilidades de un socio en las causales antedichas para que éste pueda ser excluido de la sociedad, o que sea la Superintendencia de Compañías quien lo haga como algunos usuarios lo han pretendido en algunas ocasiones.

Al respecto, Carlos S. Odriozola dice: "Repárese en el desamparo que se encontrarían los socios minoritarios si se reconociera un derecho absoluto a la sociedad o a la mayoría de los socios, quienes podrían elegir la ocasión para realizar esa separación y evitar la participación de los socios excluidos en negocios futuros de perspectivas brillantes. No satisface tampoco como solución de equidad reconocer al socio injustamente excluido el derecho a obtener indemnización de daños y perjuicios que se hubieren ocasionado". (Estudios de Derecho Societario, página 73)

Tanto el derecho a la defensa, como la declaración de culpabilidad de una persona, deben ejercerse ante y por los órganos jurisdiccionales competentes, que son los únicos que la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por mandato del artículo 191 de la Constitución, y que son los establecidos en la Ley.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En consecuencia, la Superintendencia de Compañías estima que:
a) La exclusión del socio de la compañía de responsabilidad limitada debe siempre fundamentarse en la correspondiente resolución de la Junta General de Socios;

b) Cuando la referida exclusión se base en las causales previstas en los numerales 3 y 4 del artículo 82 de la Ley de Compañías (la quiebra del socio y el

no pago de la cuota social adeudada del socio constituido en mora) para la prosecución de la misma sólo bastará que la correspondiente resolución de la Junta General de socios sea elevada a escritura pública por el o los representantes legales de la compañía respectiva, y que luego se prosiga con lo que dispone el artículo 33 de la Ley de Compañías; y,

c) Cuando la exclusión del socio se base en cualquiera de las causales de los numerales 1, (excepción hecha de la parte final relativa al requerimiento judicial al socio administrador que se ausente y requerido, no vuelve ni justifica la causa de su ausencia, caso en el cual debe aplicarse lo dicho en el punto 4.1., 2 y 5 del citado artículo 82, además de la correspondiente resolución de la Junta General de Socios que hubiere acordado tal exclusión, será necesario el respectivo enjuiciamiento del socio cuestionado y la consiguiente sentencia debidamente ejecutoriada, para luego procederse al cumplimiento del citado artículo 33 de la Ley de Compañías; sin que lo dicho implique necesariamente que la resolución de la Junta General deba ser anterior al mencionado enjuiciamiento, porque bien podría darse el caso de que el enjuiciamiento sea primero y como consecuencia del mismo la Junta General de Socios resolviere la exclusión.

Como la Ley de Compañías no ha establecido para los casos de este literal c), el procedimiento judicial correspondiente, la Superintendencia de Compañías considera que la resolución de la Junta General de Socios bien puede basarse, por ejemplo, en un previo enjuiciamiento penal, con sentencia definitiva en contra del socio en cuestión, para los casos de fraude y de aprovechamientos de los capitales sociales.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por la misma razón, y de igual forma, para los demás casos que necesitan de un enjuiciamiento jurisdiccional, según lo antedicho, la Superintendencia de Compañías cree suficiente que tal enjuiciamiento -de carácter civil- se efectúe por la vía verbal sumaria, por tratarse de asuntos que atañen al ámbito comercial que no tienen un procedimiento especial, según lo previsto por el artículo 843 (actual 828) del Código de Procedimiento Civil.

DOCTRINA 134

NO HAY INCONVENIENTE EN QUE PARA CUMPLIR LA EXIGENCIA LEGAL DE QUE CONSTE EN EL ESTATUTO DE LA COMPAÑÍA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EL MODO DE CONVOCAR A REUNIONES DE JUNTA GENERAL, SE CONSIGNE, EN DICHO INSTRUMENTO, LA ESTIPULACIÓN DE QUE LA CONVOCATORIA SE HARÁ, SIMULTÁNEAMENTE A TRAVÉS DE COMUNICACIÓN ESCRITA, DIRIGIDA A CADA SOCIO, Y MEDIANTE PUBLICACIÓN POR LA PRENSA

El ordinal 9 del artículo 140 (actual 137) de la Ley de Compañías dispone que la escritura de constitución de una compañía de responsabilidad limitada debe expresar "la forma de deliberar y tomar resoluciones en la Junta General, y el modo de convocarla y constituirla".

Esta disposición concuerda con el inciso segundo del artículo 121 (actual 119), que contempla dos modos de convocar a la Junta General: a) por la prensa, en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio principal de la compañía y con la anticipación allí prevista; y, b) por los medios previstos en el contrato.

Según esto, en el estatuto de la compañía puede contemplarse bien la convocatoria por uno de los medios indicados, o bien por ambos. La expresión "por los medios previstos en el contrato" es muy amplia y dentro de ella cabe la comunicación escrita a los socios, sin perjuicio de la convocatoria por la prensa, si los dos medios estuvieren contemplados en el estatuto social. En todo caso, la convocatoria deberá ser igual tanto en la publicación por la prensa como en la comunicación escrita que se dirija a los socios.

En el improbable evento de que en el estatuto no se hubiere previsto expresamente ninguno de los medios de hacer la convocatoria, ésta deberá hacerse por la prensa, pues el otro modo no podría tener aplicación.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 136

JUNTAS GENERALES ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS

Base Legal:

LCom: ***Arts. 121; 273; 276; 282; 312; 314***

Se ha presentado dudas sobre la legalidad de una convocatoria a Junta General de Accionistas a la que se le ha calificado de "extraordinaria", para conocer los estados financieros correspondientes al pasado ejercicio económico, el informe del administrador, el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias y más cuentas de la compañía correspondientes a ese ejercicio.

La Ley de Compañías, en varias de sus disposiciones, habla de juntas ordinarias y extraordinarias, pero no las ha definido. Al tratarse de la compañía de responsabilidad limitada, el artículo 121 (actual 119) dispone que las ordinarias se reunirán por lo menos una vez al año, dentro de los tres meses posteriores a la finalización del ejercicio económico de la compañía, y las extraordinarias en cualquier época en que fueren convocadas. En este caso y a diferencia de lo que sucede en la compañía anónima, la Ley no determina cuáles son las atribuciones de la junta que deben ejercerse dentro de la ordinaria. Simplemente dispone, en el artículo 126 (actual 124), que los administradores o gerentes están obligados a presentar el balance anual y la cuenta de pérdidas y ganancias, así como la propuesta de distribución de beneficios, en el plazo de sesenta días a contarse desde la terminación del respectivo ejercicio económico.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En la compañía anónima, el artículo 273 (actual 231) de la Ley enumera las facultades o poderes de la Junta General. Y el artículo 276 (actual 234) dispone que la ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año, dentro de los tres meses

posteriores a la finalización del ejercicio económico de la compañía, para considerar los asuntos especificados en los numerales 2, 3 y 4 del artículo anterior, y cualquier otro puntualizado en el orden del día, de acuerdo con la convocatoria.

Dichos numerales se refieren al conocimiento anual de las cuentas, balances e informes, y la correspondiente resolución; al señalamiento de la retribución de los comisarios, administradores e integrantes de determinados organismos; y a la distribución de los beneficios sociales. Luego el artículo 276 (actual 234) termina generalizando, al decir "cualquier otro asunto puntualizado en el orden del día, de acuerdo con la convocatoria".

Como puede observarse, la Ley no ha definido a la junta ordinaria, no dice qué es la junta ordinaria y tampoco la extraordinaria. Simplemente dice que la primera -la ordinaria- se reunirá por lo menos una vez al año, dentro de los tres meses posteriores a la finalización del ejercicio económico, para considerar los asuntos ya indicados y "cualquier otro" puntualizado en el orden del día, de acuerdo con la convocatoria.

En cuanto a las juntas extraordinarias, los artículos 121 (actual 119) y 277 (actual 235) disponen que ellas podrán reunirse en cualquier época que fueren convocadas, para tratar de los asuntos puntualizados en la convocatoria.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

De lo hasta aquí expuesto se deduce que, en la ley ecuatoriana, el calificativo de "ordinaria" o "extraordinaria" aplicado a una Junta General es irrelevante. Sin embargo, si hemos de seguir a la Ley, o si se quiere a su espíritu, ya que en este caso la Ley no es clara (artículo 18, regla 1 del Código Civil), diríamos que el que una junta sea calificada de "ordinaria" no depende tanto de la época en que se realice cuanto de su objeto. Por tanto, puede suceder -y de hecho sucede- que una junta se reúna después del plazo previsto por la Ley para conocer, por ejemplo, el balance y documentos anexos. Tal junta no dejaría por eso de ser ordinaria.

Más aún: hemos dicho que, en la ley ecuatoriana, el calificativo de "ordinaria" o "extraordinaria", aplicado a una Junta General, es irrelevante. Lo prueban la generalización contenida al final del primer inciso del artículo 276 (actual 234) de la Ley y el texto del artículo 282 (actual 240).

Este último artículo dice: "Para que la Junta General Ordinaria o Extraordinaria puede acordar válidamente el aumento o disminución del capital, la transformación, la fusión..." etc. Es decir, que, aunque estos asuntos no debería ser conocidos en una junta ordinaria, sin embargo, pueden serlo, con lo cual la diferencia entre junta "ordinaria" y "extraordinaria" se desvanece.

Volviendo al artículo 276 (actual 234); si bien el segundo inciso habla de la suspensión y remoción del administrador por parte de la junta "ordinaria", tal exigencia sólo es aparente, pues sería absurdo esperar que se reúna una junta ordinaria para remover a un administrador que ha cometido, por ejemplo, fraude en la administración (y que no va a convocar a la junta para que lo destituya). Esto es tanto más claro cuanto que el artículo 312 (actual 270) de la Ley prescribe que la separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier tiempo por la junta. Tal precepto concuerda con los incisos primero y segundo del artículo 314 (actual 272).

En definitiva, si hemos de seguir utilizando los calificativos ya expuestos, parece más exacto decir que lo que determina que una junta tenga el carácter de "ordinaria" o "extraordinaria" no es la época en que se celebra. Quizá más fundado sería decir que es su objeto, aunque esta afirmación tampoco puede ser absoluta en la legislación ecuatoriana. Esto, para no mencionar a las juntas universales, respecto de las cuales tampoco tiene importancia el calificativo de "ordinaria" o "extraordinaria".

Si revisamos la legislación comparada, encontraremos que hay diversos sistemas; el francés, que vincula la distinción al objeto de la deliberación. El español, según el cual la asamblea ordinaria se distingue de la extraordinaria en la época de su celebración. El alemán, que no hace distinción entre asambleas ordinarias y

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

extraordinarias. (Tratado de Derecho Comercial Comparado, Tomo III, de Felipe de Solá Cañizares).

En la legislación chilena, si por cualquier causa la junta ordinaria no se celebrare en su oportunidad, las reuniones a que se cite posteriormente y que tengan por objeto conocer de las mismas materias, tendrán, en todo caso, el carácter de juntas ordinarias (artículo 20 del Reglamento)... (El Régimen Legal de la Sociedad Anónima en Chile.- Angel Fernández Villamayor).

En su obra "Asambleas de Sociedades Anónimas", Oscar Vásquez de Mercado, luego de referirse a la distinción, anota: "Mayor número de adeptos cuenta la corriente que considera que las asambleas deben distinguirse en ordinarias y extraordinarias con motivo de su competencia, es decir, por razón de la materia sobre la que deberán discutir y deliberar". Posteriormente añade: "La división entre asambleas ordinarias y extraordinarias se ha criticado recientemente. Se considera que tal distinción es completamente errónea. No se trata de dos órganos diversos; la asamblea como órgano social es una y única, y la distinción se hace no refiriéndose a la asamblea en sí, sino al objeto de las determinaciones que debe tomar...".

Según Isaac Halperin (Sociedades Anónimas), la asamblea ordinaria tiene competencia limitada establecida por la ley y la época de la reunión no afecta a la naturaleza de la asamblea incluso para tratar los asuntos relativos a la convocatoria dentro del plazo legal.
La infracción de éste -añade- no afecta a la naturaleza de la asamblea, sino que compromete la responsabilidad de los directores y síndicos.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Julio Benettí Salgar, en su obra "La Sociedad Comercial", al referirse al criterio según el cual la reunión ordinaria es la que tiene lugar en las épocas señaladas por el estatuto o por la Ley, dice:

"Contra la primera tesis expuesta se puede anotar que no se ve inconveniente alguno en que la asamblea o junta de socios se reúna en un momento distinto del

indicado en el estatuto o en la ley, con el fin de tratar los asuntos que comúnmente debe evacuar cada vez que sesione. Válidos serán entonces la aprobación al balance o los nombramientos y elecciones que se efectúen en cualquier época del año, y aún más: necesario es que ello ocurra así, cuando por cualquier motivo no hubiere podido reunirse oportunamente la asamblea o junta de socios, porque lo contrario graves perjuicios para la marcha de la empresa acarrearía".

Posteriormente, el mismo autor califica de "bizantina" a esta discusión, pues trátese de reunión ordinaria o extraordinaria la anticipación con que debe convocarse es la misma, y el temario puede serlo también.

En conclusión, las calificaciones de "ordinaria" o "extraordinaria" aplicadas a las juntas generales es, como antes se dijo, irrelevante. Por tanto, si en una convocatoria se ha calificado de "extraordinaria" a la Junta General que va a tratar los asuntos que generalmente los conoce la llamada "ordinaria", ello no es motivo para impugnarla.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 137

LA REMOCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS COMPAÑÍAS ANÓNIMAS PUEDE SER RESUELTA POR LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS EN CUALQUIER TIEMPO, AUN CUANDO EL ASUNTO NO FIGURE EN EL ORDEN DEL DÍA DE LA CONVOCATORIA RESPECTIVA, SIN QUE IMPORTE LA CALIFICACIÓN DE ORDINARIA O EXTRAORDINARIA QUE PUEDA O QUIERA DARSE A DICHA JUNTA GENERAL.

Base legal:

LCom: ***Arts. 156; 273 Num. 1; 275-278; 296; 312; 314; 318***

Se ha planteado la cuestión de si es o no factible legalmente que los administradores de una compañía anónima puedan ser separados o removidos de sus cargos por una Junta General Extraordinaria de accionistas de la misma compañía, aún cuando el asunto no figure en el orden del día de la convocatoria respectiva.

El planteamiento antedicho obedece, por una parte, a que el artículo 276 (actual 234) de la Ley de Compañías, después de indicar en su primer inciso qué es lo que la Junta General ORDINARIA debe conocer por lo menos una vez al año, aclara que dicha junta, es decir, la ordinaria, "podrá deliberar sobre la suspensión y remoción de los administradores... aún cuando el asunto no figure en el orden del día (de la convocatoria respectiva, se entiende)"; y, por otra parte, dicho planteamiento también obedece a que la parte final del inciso segundo del artículo 278 (actual 236) de la misma Ley dispone que "toda resolución sobre asuntos no expresados en la convocatoria será nula".

Y ese planteamiento cobra mayor razón de ser por el hecho de que el artículo 277 (actual 235) de la Ley de Compañías se limita solamente a indicar que las juntas generales EXTRAORDINARIAS de accionistas "se reunirán cuando fueren convocadas para tratar los asunto puntualizados en la convocatoria", sin aclarar

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

esta vez la Ley, como lo hizo en el artículo anterior (en el 276) (actual 234), que en esa junta, es decir, en la extraordinaria, también se puede resolver la suspensión o remoción de los administradores aún cuando el asunto no figure en el orden del día.

Por todo esto es que algunos se inclinan a sostener -en franco homenaje al tenor literal- que la remoción de los administradores, sin que el asunto conste en el orden del día, sólo puede ser acordada por la Junta General Ordinaria, y en ningún caso por la extraordinaria.
Empero, como se apreciará más adelante, el asunto no es tan sencillo como parece, empezando porque en el Derecho Patrio, en términos generales, las calificaciones de "ordinaria" y "extraordinaria" aplicadas a las juntas generales son irrelevantes, tal como lo sostiene la Superintendencia de Compañías en su Doctrina 136.

Si se tratara de la remoción de un comisario, la cuestión no ofrecería duda alguna, pues el artículo 318 (actual 276) de la Ley de Compañías dice claramente que "La Junta General puede revocar el nombramiento de comisarios en cualquier tiempo, aún cuando el asunto no figure en el orden del día". En efecto, con ese texto, la Ley no permite cuestionamiento alguno al respecto, pues al no calificar de ordinaria o extraordinaria a la junta que puede resolver la remoción del comisario, sin que el asunto figure en el orden del día, está aceptando claramente que esa remoción se puede dar en la junta ordinaria o en la junta extraordinaria, indistintamente, pues "cuando la Ley no distingue a nadie toda distinguir".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En cambio, tratándose de la remoción de los administradores el asunto no resulta tan simple a la sola luz del tenor literal de las normas legales respectivas, porque, frente a los textos que permiten el planteamiento de la cuestión aludida al principio, existen varios otros artículos de la Ley de Compañías que impiden que dicha cuestión se resuelva por la vía sencilla de la mera interpretación literal.
En efecto, frente al tenor literal del segundo inciso el artículo 276 (actual 234) y de la parte final del inciso segundo del artículo 278 (actual 236) de la Ley de

Compañías (y frente al intrigante silencio que guarda con respecto al tema el artículo 277 (actual 235)), la misma Ley nos ofrece sus artículos 312 (actual 270) y 314 (actual 272); el primero de los cuales dice:

"Art. 312 (actual 270).- La separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier tiempo por la junta".

Si se sabe que los administradores de las compañías anónimas, contrario a lo que ocurre con los de las compañías de responsabilidad limitada, son de libre remoción, según el primer inciso del artículo 156 (actual 144) de la Ley de Compañías y de acuerdo con el numeral 1 del artículo 273 (actual 231) de la misma Ley, la disposición del artículo 312 (actual 270) anteriormente transcrito es por demás elocuente; pues sería demasiada ociosidad repetir, una vez más, como dice ese artículo, que, "la separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier tiempo por la junta".

En consecuencia, con este artículo (el 312) (actual 270) y con los antecedentes expuestos existe suficiente material para sostener que la Junta General de accionistas, sea ordinaria o extraordinaria, puede resolver la remoción del administrador de la compañía anónima, aunque el asunto no figure en el orden del día de la convocatoria respectiva, al amparo del simple tenor literal, es decir, sin necesidad de acudir al espíritu de la Ley.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

No obstante, para el caso de que aquello no fuere suficiente para algunos, el artículo 314 (actual 272) de la misma Ley de Compañías se encarga de proporcionar los elementos necesarios para la definición del asunto, aunque por vía indirecta, cuando dice:

"Art. 314 (actual 272).- La acción de responsabilidad contra los administradores... será entablada por la compañía previo acuerdo de la Junta General, el mismo que puede ser adoptado aunque no figure en el orden del día...

El acuerdo de promover la acción o de transigir implica la destitución de los respectivos administradores.

En efecto, si los tenores literales de los artículos 276 (actual 234), 277 (actual 235) y 278 (actual 236) de la Ley de Compañías aparentemente impiden que en una Junta General "extraordinaria" de accionistas se resuelva válidamente separar a un administrador, cuando tal separación no ha estado prevista en la convocatoria, el citado artículo 314 (actual 272), a niveles literales también, franquea esa remoción, haciéndola obligatoria cuando la Junta General de accionistas ha resuelto "promover la acción de responsabilidad" contra tal o cual administrador.

Como dicho artículo 314 (actual 272) no distingue qué clase de Junta General (ordinaria o extraordinaria) es la que puede acordar "promover la acción de responsabilidad de los administradores", sin necesidad de que tal asunto figure en el orden del día, y como tal acuerdo necesariamente conlleva la destitución de los respectivos administradores", es por demás evidente que la Junta General "extraordinaria" de accionistas puede perfectamente remover o separar a un administrador (presidente, gerente general, gerente, director, etc.), aun cuando el tema de tal destitución no figure en el orden del día de la convocatoria respectiva.

Y no es necesario que para ello se acuda al artificio del previo acuerdo de promover la acción correspondiente, a fin de no apartarse del tenor literal, cuando no se desee realmente iniciar tal acción; no sólo por aquello de que "quien puede lo más puede lo menos", sino por las razones filosóficas que existen en el trasfondo de este asunto y que el artículo 318 (actual 276) ha recogido limpiamente para el caso de la remoción de los comisarios; razones filosóficas que VIVANTE resume así:

"Debe tenerse en cuenta que aún en caso de silencio del orden del día sobre el particular, están en el mismo comprendidas siempre, virtualmente, las cuestiones sobre responsabilidad de los administradores y sobre su remoción. No se puede admitir que la asamblea deba dejar en la administración de la sociedad hasta la

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

convocatoria de una Asamblea a quién se demostró indigno de su confianza, ni que deba dejarla en las manos la hacienda social, en peligro de que haga desaparecer las pruebas que lo condenan. Esta facultad, comprendida implícitamente en todo orden del día, por efecto de la función misma de administrador que es esencialmente revocable, lleva consigo la de reemplazar a los administradores revocados porque la sociedad no puede quedar sin los órganos necesarios para su administración y representación". (Tratado de Derecho Mercantil, volumen III, Editorial Reus, S.A., 1932, p. 244).

En el mismo sentido se pronuncian los profesores colombianos LUIS ALBERTO GOMEZ ARAUJO y NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA, en su obra "Asamblea General de Accionistas" (Ed. Fuente Jurídica, 1979, p. 47), cuando dicen:

"A la par de la función que venimos comentando, existe la de la remoción o revocación de la designación... El principio de la libre revocabilidad de los administradores y los revisores fiscales es un principio fundamental en el derecho societario, por lo cual es tutelado indistintamente por el legislador... En esta forma se protege a los socios en el sentido de que frente a una indebida gestión de los administradores o revisores fiscales, pueda haber destitución inmediata. Ya que la inamovibilidad de las personas designadas por la Asamblea puede degenerar en vicios incurables que afecten al desarrollo de la empresa..."

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Y para confirmar ambos autores que la remoción de los administradores y de los comisarios puede ser acordada en cualquier tiempo y por cualquier junta ("ordinaria" o "extraordinaria"), aún cuando el asunto no figure en el orden del día, agregan (en la p. 81 de la obra citada):

"Es por esto por lo que la Superintendencia de Sociedades, por medio de circulares externas, ha avisado a las entidades vigiladas que no pueden incluir dentro del orden del día "lo que propongan los señores accionistas" o "proposiciones y varios", por cuanto violan lo preceptuado en el artículo 425 antes mencionado, y les advierten que pueden tomar todas las decisiones que

deseen, pero previo el cumplimiento de la aprobación del 70% de las acciones presente.

No está demás advertir que en sus sesiones extraordinarias la asamblea puede remover y designar a los administradores, sin atender a la mayoría del 70% indicada, por cuanto en toda convocatoria va implícita como orden del día "la designación de administradores", precisamente por el principio de la revocación "ad nutum" de éstos, en torno al cual tuvimos oportunidad de formular algunas apreciaciones en el capítulo anterior".

El lector sabrá comprender que el sistema legal al que se refiere la cita que antecede se permite que en cualquier Junta General de Accionistas -ordinaria o extraordinaria- se pueda conocer o resolver sobre cualquier asunto no previsto en el orden del día así lo resuelve previamente esa misma junta con esa mayoría igual al 70% de las acciones presentes; cosa que no existe entre nosotros, pues la más cercana a esa posibilidad la encontramos en la llamada "junta universal" que prevé el artículo 280 (actual 238) de la Ley de Compañías para el 100% del capital social pagado.

En conclusión: la remoción de los administradores de las compañías anónimas puede ser resuelta por la Junta General de Accionistas en cualquier tiempo, aún cuando el asunto no figure en el orden del día de la convocatoria respectiva, sin que importe la calificación de "ordinaria" o "extraordinaria" que pueda o quiera darse a dicha Junta General, tanto más cuanto en el Ecuador en términos generales, como ya se ha dicho, las calificaciones de "ordinaria" o "extraordinaria" aplicadas a las juntas generales de accionistas son irrelevantes.

Finalmente como corolario de la antedicha, conviene agregar, no solo en reconocimiento al sentido común, sino a las más elementales principios del derecho societario, que la misma Junta General -"ordinaria" o "extraordinaria"- que resuelva remover a un administrador sin que el tema figure en el orden del día, también puede designar su reemplazo, a pesar de que tal designación -naturalmente- tampoco hubiere estado prevista en el orden del día; particular que, por otra parte, es ampliamente sustentable por VIVANTE y por los profesores

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

colombianos GOMEZ ARAUJO y MARTINEZ NEIRA, según las citas transcritas con anterioridad.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 138

NO ES APLICABLE A LAS COMPAÑÍAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EL ARTÍCULO 314 (actual 272) DE LA LEY DE COMPAÑÍAS QUE PRESCRIBE QUE EL ACUERDO DE PROMOVER LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES PUEDE SER ADOPTADO AUNQUE EL ASUNTO NO FIGURE EN EL ORDEN DEL DÍA

El artículo 314 (actual 272) de la Ley de Compañías dispone que el acuerdo de promover la acción social de responsabilidad contra los administradores puede ser adoptado aunque el punto no conste en el orden del día; acuerdo que implica la remoción o destitución de los respectivos administradores, efecto que se produce también en el supuesto de que haya adoptado la decisión de transigir.

Se ha afirmado que algunos juristas que tal norma es aplicable también a la compañía de responsabilidad limitada en virtud de lo previsto en el artículo 18 del Decreto Supremo 3135-A (RO 761 20-ene-1979), que dispone que "En lo previsto por esta Sección (se refiere a la Sección V que contiene la regulación de la compañía de responsabilidad limitada), se aplicarán las disposiciones contenidas en la Sección VI, en cuanto no se opongan a la naturaleza de la compañía de responsabilidad limitada".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Tal punto de vista no puede emitirse porque el artículo agregado al 154 (actual 141) de la Ley de Compañías establece dos supuestos que la remisión a las normas de la Sección VI opere.

1. El primer supuesto es que la Sección V no haya previsto el asunto que se trate, esto es, que haya ausencia de normas aplicables. Pero, en el caso de que nos ocupa, la ley ha estructurado en la Sección V un régimen especial para la remoción de los administradores de la compañía de responsabilidad limitada, por lo que no precede aplicar por analogía las disposiciones de la Sección VI, como pasamos a demostrar.

a) En las compañías de responsabilidad limitada la remoción de los administradores puede ser acordada por la Junta General, por una mayoría que represente, por lo menos, las dos terceras partes del capital pagado concurrente a la sesión o decidida en sentencia por un Juez de lo Civil Provincial, cuando el socio o socios que representen por lo menos el 10% del capital social lo soliciten. En la compañía anónima la remoción de tales funcionarios se toma por la Junta General o por el Directorio o el Consejo de Administración, si al él se le ha atribuido esta competencia en los estatutos.

b) En las compañías de responsabilidad limitada, la remoción de los administradores debe figurar en la convocatoria, bajo pena de nulidad (artículo 121 (actual 119) inciso segundo). En las compañías anónimas, la remoción de los administradores y más miembros de organismos de administración creados por el estatuto puede ser acordada en cualquier tiempo y aunque el asunto no figure en el orden del día (artículos 312 (actual 270) y 276 (actual 234) inciso segundo y Doctrina 137).

c) El derecho de solicitar a la Junta General de Socios la remoción de los administradores de la compañía de responsabilidad limitada subordina a la existencia causas graves entendiéndose como tales el faltar gravemente a su deber, realizar a sabiendas actos ilegales, no cumplir las obligaciones establecidas en los artículos 126 (actual 124), 127 (actual 125) y 133 (actual 131) (artículo 116 (actual 114) letra g) y 136 (actual 133) inciso segundo), incurrir en algunos de los actos mencionados en el artículo 130 (actual 128) o hallarse comprendidos en algunas de las causas establecidas en el contrato (artículo 136 (actual 133) inciso segundo). En la compañía anónima, en cambio, la remoción de los administradores por la Junta General o por el Directorio u órgano análogo, si al él se le otorgó en los estatutos la facultad de remover a los administradores, procede ad nutum, es decir, que no se requiere invocar causa alguna, porque el principio de la libre revocabilidad de los administradores de la compañía anónima, no admite restricciones, ni siquiera impuestas en los estatutos.

d) La remoción de los administradores en la compañía de responsabilidad limitada, exige siempre, por mandato de la ley que la resolución se tome por una mayoría que represente, por lo menos, las dos terceras partes del capital pagado a la sesión. En la compañía anónima el acuerdo de remoción debe tomarse por la

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Junta General de Accionistas por mayoría de votos del capital pagado concurrente a la sesión, salvo que el estatuto dispusiera otra cosa (artículo 283 (actual 241)).

e) De conformidad con el inciso segundo in fine del artículo 136 (actual 133) de la Ley de Compañías, la Junta General debe remover necesariamente a los administradores de la compañía de responsabilidad limitada en el caso del artículo 130 (actual 128), que dice: "Sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar, los administradores y gerentes responderán especialmente ante la compañía por los daños y perjuicios causados por dolo, abuso de facultades, negligencia grave o incumplimiento de la Ley o el contrato social. Igualmente responderán, frente a los acreedores de la compañía y a los socios de ésta, cuando hubieren "lesionado directamente los intereses de cualquiera de ellos". Pero el ejercicio de las acciones contra los administradores de la compañía de responsabilidad limitada, debe ser acordado expresamente por la Junta General de Socios (artículo 120 (actual 118) letra k) y constar en la convocatoria (artículo 121 (actual 119)). Además, en tal hipótesis, la Junta General debe necesariamente remover a los administradores, mediante resolución expresa, mientras que de conformidad con el artículo 314 (actual 272) el acuerdo de la Junta General de la compañía anónima de promover la acción de responsabilidad, puede ser adoptado, como hemos visto, aunque no figure en el orden del día, e implica automáticamente la remoción del administrador o gerente.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

2. El segundo supuesto del artículo agregado al 154 (actual 141) de la Ley por el artículo 18 del Decreto Supremo 3135-A, es que las disposiciones de la Sección VI serán aplicables a la compañía limitada, en cuanto no se opongan a la naturaleza de este tipo societario. Y es evidente que la compañía de responsabilidad limitada, en nuestra legislación, se distingue por su acentuado tinte personalista, característica que se manifiesta en muchas de las normas que la regulan, como la que exige el acuerdo unánime de los socios para la transferencia intervivos de las participaciones sociales. En la compañía anónima predomina el "instuitu pecuniae" y las decisiones se toman por mayoría de votos del capital pagado concurrente a la reunión, salvo las excepciones previstas en la

ley o en el estatuto. Y justamente la naturaleza diversa de los dos tipos societarios ha determinado que el legislador establezcan marcos jurídicos propios para ellos. Y es por esta razón que el literal k) del artículo 120 (actual 118), que fija como atribución de la Junta General de la compañía de responsabilidad limitada "disponer que se entablen las acciones correspondientes en contra de los administradores o gerentes", no incluyó la norma de que tal acuerdo determina automáticamente la remoción de los administradores o gerentes, como lo hace para las compañías anónimas en el artículo 314 (actual 272), ni hizo mención alguna del asunto en los artículos 127 (actual 125), 128 (actual 126) y 130 (actual 128), que se refieren a la responsabilidad civil y penal de tales funcionarios.

Por su valor histórico y para una mejor comprensión del problema que se examina, resulta necesario y útil referirse a las disposiciones que sobre remoción de los administradores contenía la Ley de Compañías de 1964, que más tarde fueron modificadas, sin que esas modificaciones alteren la sustancia de las cuestiones examinadas.

El artículo 103 (actual 102) de la Ley consignaba entre las atribuciones de la Junta General de Socios de la compañía de responsabilidad limitada: "a) Designar y remover administradores.- Salvo pacto en contrario, la remoción de que trata este literal tendrá lugar únicamente por las causas determinadas por los artículos 99 literal g) (hoy artículo 116 (actual 114)) y 111 (hoy 130 (actual 128)) y por mayoría de votos de los socios en que estén representados las tres cuartas partes del capital social, por lo menos".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

A la luz de la norma transcrita en el párrafo anterior, era posible estipular en el contrato la libre remoción de los administradores o gerentes de la compañía de responsabilidad limitada, si el nombramiento habría sido hecho por la Junta General, pero el Decreto Supremo 199 (3), del 8 de febrero de 1971 (RO 160: 10-feb-1971), derogó el inciso segundo del literal a) del artículo 103, por lo que desde entonces ya no fue posible estipular la libre remoción de los administradores y

gerentes de la compañía de responsabilidad limitada, cuando estos habían sido designados por la Junta General de Socios.

A su vez el artículo 117, en los incisos segundo y tercero, disponía:

"Si el administrador (de la compañía de responsabilidad limitada) no hubiere sido designado en el contrato social, podrá ser removido por acuerdo de la Junta General".

"Sin embargo de no haber sido designado por la Junta General y de lo dispuesto en el artículo 103 letra a) podrá ser removido por mayoría de votos en los casos de que no cumpliere lo impuesto por los artículos 109, 110, 111, 113 y 114 de esta Ley".

El artículo 123 de la Ley de 1964 decía: "Toda reforma del contrato social (de la compañía de responsabilidad limitada) y especialmente el aumento o reducción del capital, la prórroga de duración del contrato, la disolución anticipada, el cambio de finalidad, la remoción de los administradores o gerentes designados en el acto constitutivo, se hará constar en la escritura pública que se publicará e inscribirá... etc.".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En el sistema de la Ley de 1964, pues, la remoción del administrador de la compañía de responsabilidad limitada, designado en el contrato social implicaba reforma de éste, por lo que la remoción tenía que someterse a las solemnidades prescritas por la Ley para la formación de la compañía, lo que ciertamente resultaba excesivo, por lo que el Decreto Supremo 199 reformó también el artículo 117, así: "El administrador o gerente puede renunciar libremente a su cargo". "La Junta General podrá remover a los administradores o a los gerentes (de la compañía de responsabilidad limitada) por las causas determinadas en el contrato social o por el incumplimiento de las obligaciones señaladas en los artículo 109, 110, 113 y 114 de las compañías, (hoy 126, 127, 130 con reforma introducida por el Decreto 3135-A y 133).- La resolución será tomada por una mayoría que represente, por lo menos, las dos terceras partes del capital pagado

concurrente a la sesión. En el caso del artículo 111 (hoy 130 (actual 133, Inc. 2)), la Junta General deberá remover a los administradores...".

Por fin el artículo 51 del Decreto Supremo 199 reformó el artículo 123 de la Ley de entonces (actual 142 (actual 139)), cuyo texto quedó así: "Los administradores o gerentes podrán ser designados en el contrato constitutivo o por resolución de la Junta General. Esta designación podrá recaer en cualquier persona, socio o no, de la compañía.- En caso de remoción del administrador o del gerente designado en el contrato constitutivo o posteriormente, para que surta efecto la remoción bastará la inscripción del documento respectivo en el Registro Mercantil".

En el ordenamiento jurídico vigente, pues, para la remoción de los administradores de las compañías de responsabilidad limitada, sea que se los designe en el acto constitutivo, sea los que nombre la Junta General, bastará que el acuerdo se tome por la mayoría prevista en el artículo 136 (actual 133), pero siempre que exista causa legal o estatutaria y siempre que el asunto figure en el orden del día.

La generalísima remisión que el artículo agregado por el Decreto Supremo 3135-A hace a la Sección VI de la Ley, para efectos de analogía, impone la necesidad de que el intérprete actúe con cautela en la aplicación de las normas de la compañía anónima a la de responsabilidad limitada, para no abrir ancha vía a la equivocación o a la arbitrariedad.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 139

LA JUNTA GENERAL SE REALIZARÁ EN PRIMERA, SEGUNDA O TERCERA CONVOCATORIA CON LOS QUÓRUMES ESTABLECIDOS PARA EL EFECTO Y PARA CADA CASO, EN LA LEY DE COMPAÑÍAS Y EN LOS ESTATUTOS SOCIALES. EL QUÓRUM REQUERIDO PODRA OBTENERSE CON LA PRESENCIA DE UNO O MAS SOCIOS O ACCIONISTAS

Base legal:

LCom: ***Arts. 96; 159*** **// LMV:** ***Art. 74*** **// Reglamento sobre Juntas Generales:** ***Arts. 10; 11***

En la práctica societaria ecuatoriana se han presentado inquietudes sobre si las juntas generales pueden o no constituirse y realizarse en primera, segunda o tercera convocatoria con la presencia de un solo socio o accionista.

Las legislaciones no son uniformes al tratar este aspecto. Algunas exigen la pluralidad de socios o accionistas para conformar la Junta General en determinados casos, y otras, estipulan la pluralidad para efectuar la Junta General en todos los casos. Tampoco existe uniformidad entre los criterios de los tratadistas. Y, para ejemplificar lo dicho, citaremos algunos criterios definitorios en algunas legislaciones; por ejemplo, la legislación mexicana establece que, para que haya asamblea general es indispensable la presencia de los socios. De aquí se deduce que el primer elemento de la definición de asamblea general es éste: "es una reunión de socios", porque lo que se requiere que estén presentes un cierto número de ellos. Otra característica de la asamblea en esa legislación es la de ser un órgano de expresión de la voluntad colectiva. El Dr. Carlos Escribano Bellido, en su obra "Todo Sobre Sociedades Anónimas" expresa que siendo la Junta General "esencialmente una reunión de socios, no puede quedar debidamente constituida con la asistencia de uno solo de ellos aunque sea el socio mayoritario, es decir, el que posee la mayoría de las acciones".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En virtud de esta falta de uniformidad y dadas las reformas existentes actualmente en materia societaria, es necesario establecer un criterio definitivo sobre la pluralidad o no de socios o accionistas en la realización válida de una Junta General. Si se admitiera la tesis de que la Junta General no puede realizarse si no hay pluralidad de socios, el sistema quedaría eliminado. En efecto, bastaría que dos socios absolutamente minoritarios en la compañía limitada donde hubiere tres; o cuatro accionistas en la anónima, donde hubiere cinco, decidiesen no concurrir a la junta, para que ésta nunca pueda realizarse. De nada serviría la presencia del socio o accionista mayoritario en primera, segunda o tercera convocatoria. Los minoritarios, por ínfima que sea su participación en el capital social, paralizarían a la empresa e impondrían una dictadura que la Ley no permite ni aún a la mayoría. Por lo que, es preciso, entonces, analizar las disposiciones que actualmente rigen el funcionamiento de las sociedades mercantiles ecuatorianas.

La Ley de Mercado de Valores, publicada en el Registro Oficial 199 del 28 de mayo de 1993 (ver...), introduce reformas esenciales a la Ley de Compañías en lo referente al número de socios o accionistas que se requiere para que subsistan las compañías anónimas y de responsabilidad limitada. Así, el artículo 74, numeral segundo, suprime el número mínimo de socios requerido para que funcione la compañía de responsabilidad limitada y únicamente establece un máximo de 15 socios, cuando reforma el artículo 96 de la Ley de Compañías en los siguientes términos: "La compañía de responsabilidad limitada no podrá funcionar como tal si sus socios exceden del número de quince: si excediere de este máximo deberá transformarse en otra clase de compañía o liquidarse".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Igualmente, el mismo artículo 74, numeral 3, suprime las palabras "ni subsistir con menos de cinco accionistas)" en el artículo 159 (actual 147) de la Ley de Compañías, inciso primero; y, en el inciso segundo del mismo artículo se cambian las palabras "dos" por "uno", determinando así que las empresas anónimas en que participen instituciones de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública, podrán constituirse y funcionar con un solo accionista.

El numeral 27 del artículo 74 de la Ley de Mercado de Valores, suprime como causal de disolución para las compañías anónimas y para las de responsabilidad limitada la reducción del número de socios o accionistas a menos del mínimo legal.

En virtud de estas reformas fue necesaria la expedición, por parte de la Superintendencia de Compañías, de un nuevo Reglamento sobre Juntas Generales que guarden conformidad con la actual situación societaria y además, regule la situación de las sociedades que funcionen con un solo socio o accionista.

Así, el artículo décimo (actual 11) del Reglamento, respecto al quórum de instalación dice: "La sesión no podrá instalarse ni continuar válidamente sin el quórum señalado en la Ley o en los estatutos, según se trate de primera o segunda convocatoria; o bien de tercera, en los casos expresamente previstos en el artículo 282 (actual 240) de la Ley de Compañías para las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta".

Y, el artículo undécimo (actual 12) del citado Reglamento, establece que en las compañías cuyo capital pertenezca a una sola persona, las juntas generales se instalarán con la asistencia del único socio o accionista.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por lo expuesto, es necesario aclarar que para que la Junta General sea válida, se reunirá con el quórum establecido en la Ley de Compañías o en el estatuto social, según se trate de primera, segunda o tercera convocatoria. El quórum que exija la Ley o el estatuto podrá estar representado por un solo socio o accionista, o por un número plural de estos.

DOCTRINA 140

LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO SOCIAL QUE REFUERZAN EL QUÓRUM DECISORIO DE LA JUNTA GENERAL, SÓLO PUEDEN SER REFORMADAS CON UNA VOTACIÓN QUE POR LO MENOS SEA IGUAL A DICHO QUÓRUM REFORZADO

Base legal:

LCom: ***Arts. 119; 283; 289 Num.3*** **// CC:** ***Art. 1588***

El artículo 119 de la Ley de Compañías dice, para las compañías de responsabilidad limitada, que, salvo disposición en contrario de la ley o del contrato social, las resoluciones de las juntas generales de socios se tomarán por mayoría absoluta.

Por su parte, el artículo 283 (actual 241) de la misma Ley, para las compañías anónimas, dice que, salvo las excepciones previstas en la Ley o en el estatuto, las decisiones de las juntas generales de accionistas serán tomadas por mayoría de votos del capital pagado concurrente a la reunión.

Las citas que anteceden admiten, sin lugar a dudas, que el contrato social puede reforzar el quórum decisorio general que en cada uno de los artículos citados se reconoce; lo cual se confirma con el numeral 3 del artículo 289 (actual 247) de la Ley de Compañías, que se refiere al "quórum legal o reglamentario" (debiendo entenderse por "quórum reglamentario" el establecido en el contrato social por encima de la exigencia mínima legal que se conoce como quórum general).

Por consiguiente, cuando en el contrato social se ha pactado un quórum decisorio reforzado para que la Junta General pueda resolver sobre tal o cual asunto, dicho quórum reforzado debe respetarse, por lo que la respectiva decisión de la Junta sólo podrá ser tomada válidamente si se observa en debida forma ese quórum reforzado.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Así, por ejemplo, si en el contrato social de una compañía de responsabilidad limitada, se ha estipulado que se necesitará el consentimiento unánime de todos los socios, para que la Junta General pueda resolver la prórroga del plazo de duración de la compañía, solamente con tal consentimiento unánime podrá prorrogarse válidamente el plazo preindicado.

Frente a esta realidad, a veces, los socios o accionistas que representan la mayoría general fijada en los artículos 119 (actual 117) y 283 (actual 241) de la Ley de Compañías, pero no la mayoría reforzada que el contrato social exige para una determinada cuestión, se ven tentados a reformar la cláusulas de dicho contrato en la que se encuentra esa mayoría reforzada, para reducirla al mínimo que la Ley exige para el quórum decisorio general, mediante la correspondiente resolución de la Junta General, tomada -naturalmente- con la mayoría general que ellos representan y no con el quórum decisorio reforzado que se exige en la cláusula que se pretende reformar.

Tal proceder no es justo ni legal.

No es justo, porque repugna a la ética más elemental, y no es legal porque se opone al espíritu y a la letra del artículo 1588 (actual 1561) del código Civil, que dice que "Todo contrato (y el de sociedad es un contrato) legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado (ni modificado, se entiende), sino por su consentimiento mutuo o por la causas legales".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por consiguiente, para seguir con el ejemplo propuesto, la cláusula del contrato social de una compañía de responsabilidad limitada, en que se exige el consentimiento unánime de todos los socios para poder acordar la prórroga del plazo de duración, sólo podría reformarse, para reducir tal exigencia a la mera mayoría absoluta, por ejemplo, con el voto conforme de todos los socios, es decir, con la unanimidad de todos ellos.

A este respecto, Joaquín Garriges, al hablar de los derechos políticos reconocidos en el contrato social a los accionistas, dice: "Son aquellos que no pueden ser suprimidos ni modificados sino con aquiescencia de todos los accionistas. Su naturaleza es variadísima.

(Ejemplo: derecho a que no se modifiquen los estatutos por la junta de accionistas que reúna los requisitos del artículo 58 de la Ley, cuando los estatutos exijan una mayoría reforzada o unos requisitos superiores a los de la Ley). Todos los demás derechos no tienen el carácter ni de derechos sustantivos, ni de derechos preferentes, ni de derechos individuales, y están sometidos a la decisión de la mayoría de la Junta General" (Joaquín Garriges, "Curso de Derecho Mercantil", Tomo I, p. 524).

Por su lado, la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio de Chile, ha expresado: "77. Quórum exigido para rebajar el establecido en los estatutos.- El acuerdo que se tome para rebajar un quórum determinado establecido en los estatutos debe ser adoptado al menos con ese mismo quórum, única manera de proteger debidamente a los accionistas minoritarios de la sociedad. Of. 456, del 29 de enero de 1974" ("Jurisprudencia Administrativa de Sociedades Anónimas", Hernán Casto Ossandón y Alberto Guzmán Valenzuela; Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 64).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por otra parte, Enrique Zaldivar dice: "Alteraciones de mayoría estatutarias por modificación del estatuto.- Cuando el estatuto prevé una mayoría especial para adoptar resoluciones sobre determinado punto y esta mayoría resulta superior a la necesaria para modificar el estatuto, se ha planteado repetidamente el intento de obviar el problema por medio de una reforma estatutaria que disminuya la mayoría agravada, y adoptar así la resolución cuestionada. Tal procedimiento es objetable. En tales supuestos puede considerarse implícitamente establecido en los estatutos que la modificación de ese punto requiere por lo menos la misma mayoría que la adopción de la resolución respectiva. Lo contrario podría implicar, según el caso, una burla de la voluntad expresada en el pacto societario (sobre el particular, véase especialmente cuando expusimos en el No. 37.10.3)" (Zaldivar,

"Cuadernos de Derecho Societario", Tomo III, Tercera Edición, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, p. 476).

En consecuencia, las cláusulas del contrato social (o los artículos del estatuto) que refuerzan el quórum decisorio de la Junta General sólo puede reformarse con una votación que por lo menos sea igual a dicho quórum reforzado.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 143

EN LAS COMPAÑÍAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA LAS RESOLUCIONES SE TOMARÁN CON LAS MAYORÍAS ESTABLECIDAS EN LA LEY DE COMPAÑÍAS O EN EL ESTATUTO, COMPUTADAS EN RELACIÓN CON EL CAPITAL SOCIAL CONCURRENTE

Base legal:

LCom: ***Arts. 116; 118; 119; Inn.ss al 154; 272; 283; 289//*** **CC:** ***Art.18 Nums.1,4 //*** **Reglamento sobre Juntas Generales:** ***Art. 13***

1. El precepto legal del artículo 118 (actual 116) consagra el principio democrático de la mayoría representada por el concurso a una junta del capital social que represente la mitad más uno del mismo, tratándose de primera convocatoria.

En segunda convocatoria, la Junta General puede reunirse con el número de socios presentes.

El quórum de instalación requiere del capital social que legal o contractualmente sea suficiente para deliberar en primera convocatoria.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por eso que, los mismos socios son los llamados a fijar en el contrato social el quórum que consideren suficiente para adoptar las medidas que reclama el interés social, el que necesariamente debe representar cuando menos a la mayoría absoluta en primera convocatoria, pudiendo ser reforzado contractualmente a un porcentaje que bien puede llegar a la totalidad del capital social.

Mas, en segunda convocatoria, tal refuerzo es imposible ya que el quórum se da, lisa y llanamente, con la concurrencia de cualquier número de socios sea cual fuere el capital que representen.

2. El artículo 119 (actual 117) en cambio, restituye el parámetro de lo que la Doctrina llama "quórum deliberatorio", al establecer una mayoría decisoria absoluta de los socios presentes o concurrentes (la mitad más uno), mayoría que se computará en relación al capital social que representen los concurrentes, puesto que el artículo 116 (actual 114) dispone que para efectos de la votación, cada participación dará derecho a un voto. Evidentemente que la salvedad prefijada por el propio artículo 119 (actual 117), posibilita el reforzamiento contractual de esta mayoría decisoria que puede llegar al 100% del capital social concurrente.

3. El criterio de que la mayoría decisoria reforzada dice relación con el capital social concurrente tiene, adicionalmente, estos pilares jurídicos.

a) La "ratio legis" o razón de la Ley, vale decir, la lógica jurídica. En efecto, sería una aberración pensar que el legislador haya admitido que sobre la Ley existe la omnímoda voluntad contractual.

Si el legislador permitió que en primera convocatoria, la junta puede reunirse con la mayoría absoluta (salvo el caso del quórum de refuerzo) del capital social, y en segunda convocatoria con el capital que concurra, es porque concedía un camino de excepción, sobre todo en segunda convocatoria, como una medida que asegure el funcionamiento de la Junta General.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Al decir de Hernán Villegas Sierra en su obra "De la Sociedad de Responsabilidad Limitada" (Editorial Temis 1987, p. 157) "la reunión en segunda convocatoria tiene el efecto fundamental de alterar el quórum y la mayoría decisoria como medida remedial de carácter excepcional adoptada por la Ley para asegurar el funcionamiento de la junta de socios". Absurdo sería suponer que no obstante la junta puede instalarse con el quórum prefijado por la Ley o el contrato, no pueda

tomar decisiones porque el quórum decisorio exige una mayoría que no exige el quórum de instalación.

Gabino Pinzón en su obra Sociedades Comerciales (Editorial Temis - Bogotá 1977, p. 133) con sobrada razón afirma que "es un error decir como suele hacerse con demasiada frecuencia "quórum decisorio". Porque el quórum es siempre y solamente el número de socios que deben estar presente o representados para que pueda deliberarse en verdadera Asamblea; y la mayoría decisoria es, a su vez, el número de votos que deben ser emitidos a favor de una decisión de la asamblea, para que pueda considerarse válida y obligatoria. Por otra parte, sin quórum es inexistente la asamblea y son, consiguientemente, ineficaces o inexistentes las decisiones que se trate de adoptar; la falta de la mayoría decisoria afecta de nulidad una decisión y en tal caso, aunque viciada de nulidad, se trata de verdadera decisión si hay quórum y ha sido debidamente convocada la asamblea".
b) Las reglas 1 y 4 de la interpretación de la Ley constantes en el artículo 18 del Código Civil.

La primera que manda "cuando el sentido de la Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu".

El artículo 119 (actual 117), entonces, no admite objeción alguna.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Las resoluciones en Junta General se toman por mayoría absoluta (salvo los casos de mayorías reforzadas) de los socios presentes o concurrentes, los mismos que, al decir de Gabino Pinzón, establecieron el quórum (de instalación) legal o estatutario, en este último caso solo vigente para la reunión en primera convocatoria.

La regla 4 previene y dispone que "El contexto de la Ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".

La Ley de Compañías siendo un cuerpo normativo, lógico, sistemático y conexo, guarda entre sus normas la debida correlación por lo que no se las debe analizar e interpretar en forma aislada.

En efecto, la disposición del artículo 283 (actual 241) que recoge el artículo 119 (actual 117), es concluyente al ordenar que las normas del estatuto relativas a las decisiones de juntas generales, se entenderán referidas al capital pagado concurrente, lo que para la compañía de responsabilidad limitada se traduce en capital social presente o concurrente.

Si desatendiéramos el contexto legal de que nos habla la regla 4 del artículo 18 del Código Civil, la disposición del artículo que se manda agregar después del 154 (actual 141) de la Ley de Compañías, no nos deja otra salida que no sea la del reenvío a las disposiciones atinentes a la compañía anónima en cuanto no se opongan a la naturaleza de la compañía de responsabilidad limitada.

La norma del artículo 283 (actual 241), porque así aconsejan la lógica y la hermenéutica jurídica, no están en contraposición al espíritu que informa a las sociedades limitadas, por lo que su aplicación analógica a más de resultar ilustrativa para el artículo 119, le vuelve indispensable.

Para evitar interpretaciones antojadizas, es de rigor expresar que la norma del artículo 115 (actual 113) es inmutable inobjetable, ya que trata de una materia peculiar, ésta sí inherente por su naturaleza a la compañía de responsabilidad limitada.

El criterio aquí expuesto, adicionalmente ha sido recogido por el pensamiento institucional plasmado en los Reglamentos de juntas generales que se han dictado hasta el presente, y aceptado por los administrados desde hace mucho tiempo.

De este modo, el artículo decimotercero del Reglamento que sobre esta materia se dictó por Resolución 93.1.1.3.013 del 6 de septiembre de 1993, publicado en el

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Registro Oficial 278 del 17 de los propios mes y año, prescribe: "En las compañías de responsabilidad limitada, las resoluciones se tomarán con las mayorías establecidas en la Ley de Compañías o en el estatuto, computadas en relación con el capital social concurrente.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 144

JUNTA UNIVERSAL: LA VALIDEZ O NULIDAD DE LA JUNTA O DE SUS RESOLUCIONES Y LA VALIDEZ O NULIDAD DEL ACTA RESPECTIVA

Base legal:

LCom: ***Arts. 121; 280; 289 Num. 2***

La exigencia contenida en el artículo 280 (actual 238) de la Ley de Compañías de que todos los concurrentes a la "junta universal" pongan sus firmas en el acta respectiva bajo pena de nulidad es una formalidad impuesta por la Ley en protección de los accionistas para probar la concurrencia de todos ellos y su aceptación unánime de celebrarla sin la respectiva convocatoria previa, para tales o cuales asuntos; por lo que la falta de una o más de dichas firmas es una condición de validez de la correspondiente acta y no un requisito para la validez de la Junta misma.

Siendo el acta de toda Junta General el documento probatorio de su celebración, a falta de una o más de dichas firmas en el acta de una junta universal, los accionistas concurrentes (o sus representantes) que no hubieren firmado el acta bien pueden probar por otros medios idóneos que si concurrieron a la Junta y que sí acordaron su celebración, con lo que quedaría satisfecha la condición de validez impuesta por el citado artículo 280 (actual 238).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Como se sabe, el artículo 280 (actual 238) de la Ley de Compañías instituye, dentro del régimen legal de las compañías anónimas, lo que se conoce con el nombre de "la junta universal", que también se extiende a las compañías de responsabilidad limitada por virtud del artículo 121 (actual 119) de la misma Ley.

Como se sabe también, esta figura recién fue reconocida por el derecho positivo ecuatoriano en el año 1964, en que nació la Ley de Compañías.

En esencia, la "junta universal" es la que se reúne, sin la previa convocatoria formal exigida por la ley y/o por el estatuto, según el caso, con tal que la reunión se celebre después de haberse cumplido todos los "presupuestos" exigidos por el citado artículo 280 (actual 238).

Tales "presupuesto" son: 1. que la sesión se celebre dentro del territorio nacional; 2. que a ella concurran, por sí o representados, todos los socios o accionistas que representen por lo tanto la totalidad del capital social pagado; y, 3. que todos los socios o accionistas concurrentes, por sí o representados, acepten constituirse en Junta General.

Además, para que la Junta General así reunida pueda tratar un asunto, se requiere el consenso unánime de los socios o accionistas presentes, ya que al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo de la citada disposición legal, "cualquiera de los asistentes puede oponerse a la discusión de los asuntos sobre los cuales no se considere suficientemente informado".

Frente a esta realidad, la Superintendencia de Compañías ha podido verificar, a través de las distintas inspecciones que realiza a los libros sociales de la compañía sujetas a su control, que no resulta raro encontrarse con **ACTAS** de "**JUNTAS UNIVERSALES**", en las que falten una o más firmas de socios o accionista, los mismos que, ante el señalamiento de la omisión, protestan sí haber concurrido a la Junta respectiva y haberse olvidado simplemente de firmar el acta.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En la práctica, cuando no media la inspección de la Superintendencia de Compañías, esta situación bastante común suele solucionarse de hecho mediante la simple firma "a posteriori" del documento incompleto por parte del socio o accionista que no suscribió oportunamente el acta, tan pronto se detecta la omisión; pero, cuando ante la presencia de la Institución no se puede recurrir a

esa solución fáctica, o cuando el acta incompleta ya se encuentra incorporada a una escritura pública, evidenciándose en ella la omisión, la situación toma otras proyecciones que no dejan de tener visos de dramatismo por el hecho de que el o los socios o accionistas cuyas firmas se omitieron en el acta insisten en que sí estuvieron presente en la Junta respectiva y, lo que es más, que votaron a favor de sus resoluciones.

Y es precisamente ante casos como aquellos, que la Superintendencia se ha visto obligada a profundizar en la figura jurídica de la "junta universal", para establecer el verdadero significado de la "nulidad" referida en el artículo 280 (actual 238) de la Ley de Compañías.

Para ello, en primer lugar, conviene analizar el problema, a la luz de la historia, de la exigencia legal de que todos los concurrentes a la "junta universal" firmen el acta respectiva.

Como se sabe, la exigencia legal supradicha sólo existe en el Derecho Societario ecuatoriano a partir de las reformas a la Ley de Compañías publicadas en el Registro Oficial del 10 de febrero de 1971; es decir, que desde la vigencia de la citada ley en 1964, hasta la vigencia de las reformas preindicadas en 1971, sólo bastaba probar la existencia de la "junta universal" con la correspondiente acta suscrita por el presidente y el secretario de aquella Junta. Y nada más.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

La exigencia mencionada nació recién en 1971, porque durante los siete años anteriores se habían dado casos prácticos, aunque excepcionales, en los que se habían "celebrado" falsas juntas generales bajo el membrete de "juntas universales" con la ausencia y desconocimiento de uno o más socios o accionistas a quienes se los había hecho figurar como presentes en la reunión, y a quienes les resultaba harto complicado probar su no concurrencia a la correspondiente sesión. Se impuso así la necesidad de exigir que todos los socios o accionista concurrentes a la Junta firmen el acta para probar el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 280 (actual 238) de la Ley de Compañías.

Así pues, el citado requisito no surgió, después del indicado lapso, como invención de una formalidad sustancial impuesta tardíamente para la validez de la Junta en atención a la sola naturaleza de la misma; pues, no existe ninguna diferencia en razón de "naturaleza jurídica" entre una "**Junta Universal**" de la compañía "**X**" reunida sin previa convocatoria legal con la totalidad del capital social pagado y otra Junta no "Universal" de la misma compañía reunida con la totalidad del capital social pagado, pero con la convocatoria legal hecha previamente por la prensa; máxime si la una y la otra han tenido por objeto tratar y conocer únicamente algún asunto concreto; por ejemplo, un aumento de capital, la prórroga del plazo de duración, etc.

Con esta información histórica acerca de la norma en cuestión, conviene continuar el análisis propuesto para desentrañar el verdadero significado de la "nulidad" referida en el artículo 280 (actual 238) de la Ley de Compañías. Y para ello, nada mejor, en este caso, que acudir a los cimientos conceptuales del asunto y establecer -como premisa fundamental del mismo- la diferencia elemental que existe entre la **JUNTA GENERAL DE SOCIOS O ACCIONISTAS** y la correspondiente acta en la que constan asentadas las diversas decisiones tomadas por aquella.

Así, conviene entonces recordar el criterio doctrinal unánime de que las deliberaciones, acuerdos y resoluciones de la juntas generales, son actos orales que tienen existencia jurídica por sí mismos, y que las actas de dichas juntas, como relaciones escritas de aquellos actos orales, constituyen un **ELEMENTO DE PRUEBA** de los mismos (aunque no el único). La diferencia entre ambos, por tanto, es la que existe entre "el acto" y su "prueba".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Advertida esta cuestión fundamental, resulta forzoso dejar determinado desde ya, antes de continuar, que, en todo caso, la nulidad mencionada en el primer inciso del artículo 280 (actual 238) de la Ley de Compañías se refiere a ese **ELEMENTO DE PRUEBA**, es decir, al **ACTA** de la respectiva sesión, tanto más cuanto que las resoluciones de una Junta General de Socios o Accionistas bien pueden surtir efecto desde que son tomadas aunque el acta no esté ni extendida ni aprobada ni

firmada, tal como lo establece el tercero inciso del artículo 19 del Reglamento sobre Junta General de Socios y Accionistas, (RO 366: 11-nov-1982), y tanto más cuanto que el acta respectiva puede permanecer, por lo menos quince días, sin firma de ninguna clase, según el inciso final del artículo 288 de la Ley de Compañías. Y todo ello lo confirma expresamente el último inciso del artículo 21 del citado Reglamento que dice "... el acta llevará bajo sanción de su nulidad, la firma de todos los asistentes a la reunión".

En consecuencia, la aludida "nulidad" no se refiere a la **JUNTA GENERAL** ni a sus resoluciones, sino al **ACTA** respectiva.

Lo expresado significa, por consiguiente, que una "junta universal" puede haberse celebrado válidamente y haber tomado resoluciones perfectamente válidas, mientras que el "acta" de la misma -su documento probatorio- puede resultar carente de todo valor por no encontrarse firmada por todos los socios o accionistas que concurrieron a la misma. Desde luego, puede suceder que una supuesta "junta universal" resulte completamente nula al no haber concurrido a ella todos los socios o accionistas de la compañía, por lo que también resultaría nula la pretendida "acta" de la misma en la que no podría constar las firmas de aquellos socios o accionistas que no concurrieron a la reunión.

Dicho esto, debemos entender en su propia significación el numeral 2 del artículo 289 (actual 247) de la Ley de Compañías, que sanciona con la nulidad las **RESOLUCIONES DE LAS JUNTAS GENERALES** cuando se han **TOMADO** contra lo dispuesto en el artículo 280 (actual 238), es decir, cuando antes de tomarse tales resoluciones no se hubiere cumplido uno o más de los presupuestos para la validez de la "junta universal" y sus decisiones, esto es, cuando la reunión se hubiere celebrado fuera del territorio nacional, o cuando no hubieren concurrido a ella todos los accionistas, por sí o representados, o cuando ellos no hubieren consentido por unanimidad en reunirse sin la respectiva convocatoria previa, o cuando todos ellos no hubieren consentido en tratar determinado asunto.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Queda claro, pues, que la nulidad mencionada en el numeral 2 del citado artículo 289 (actual 247), hace expresa alusión a aquella **TOMA DE DECISIONES**, al decir: "Las resoluciones de Junta General serán nulas:... 2. Cuando se las tomare con infracción a lo dispuesto en los artículos 275 (actual 233), 278 (actual 236) y 280 (actual 238)". Y nadie puede negar que la toma de decisiones nada tiene que ver con la firma del documento en el que consta la relación de las mismas (cuestión esta última que se hace después de que las decisiones se toman).

Antes de continuar, resulta forzosa la siguiente aclaración: no es verdad, como suelde creerse, que el artículo 280 (actual 238) de la Ley de Compañías diga que la falta de las firmas de todos los concurrentes anula la **JUNTA,** pues las palabras que emplea dicho artículo son: "... y los asistentes, quienes deberán suscribir el acta bajo sanción de nulidad..." ¿Nulidad de qué?. La disposición citada no lo dice pero en la expresión transcrita en cambio si se destaca la palabra "**ACTA**" cerca de la palabra "**NULIDAD**"... Y ello resulta un elemento de mucha importancia para la interpretación que hemos asentado.

Para demostrar que la exigencia de que todos los asistentes firmen el acta no es un requisito impuesto por la Ley para la validez de la junta universal sino únicamente de dicho instrumento, conviene reflexionar sobre casos hipotéticos que mencionamos a continuación:

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Para principiar, basta pensar, por ejemplo, en el analfabeto que no sabe firmar y que no quiere otorgar poder a otro para que lo represente en la "junta universal", pues si recordamos que el mandato o poder es un contrato que depende la libre voluntad de los contratantes, y si aceptamos que debemos respetar la libertad que tienen las personas de no celebrar los contratos que no quieren celebrar, tendríamos que admitir que el derecho de concurrir a una "junta universal" estaría vedado para las personas que no saben firmar.

Abonando lo anterior, podríamos también pensar ya no en el que no sabe firmar sino en el que no puede hacerlo, como por ejemplo un cuadripléjico, al que también le estaría impedido concurrir a una "junta universal" por encontrarse

totalmente paralizado, si es que resultara válida la tesis de que las firmas tantas veces mencionadas constituyen un requisito de validez de la "junta universal".

¿Qué pasaría con las juntas universales válidamente celebradas y válidamente instrumentadas en actas válidas, firmadas por todos, si el Libro de Actas que contiene estas últimas llegara a incendiarse o a extraviarse?

Es incuestionable que con aquella pérdida o destrucción el libro referido (algo común en nuestro medio), se produciría un hecho inobjetable: las actas de las "juntas universales" no existirían y, por tanto, tampoco existirían las firmas de todos los que asistieron a aquellas juntas y que verdaderamente firmaron aquellas actas. Y frente a tal hecho, si la Superintendencia de Compañías se adhiriera a la tesis de que las firmas de todos los asistentes son un requisito de validez de la "junta universal", no habría más que admitir que aquellas "juntas universales" fueron nulas, y, por tanto, también sus resoluciones; lo que produciría gravísimas consecuencias para la compañía, para los socios o accionistas y para terceros.

Pero la Superintendencia de Compañías no puede sostener aquella tesis porque se lo impide la correcta interpretación de la Ley. En el caso de pérdida o destrucción del libro referido, lo que se habrá perdido o destruido serán las pruebas de las "juntas universales", pero no por eso se podrá cuestionar, sin admitirse prueba en contrario, la validez y la existencia de aquellas juntas que se celebraron de conformidad con la Ley.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

No puede, pues, ponerse en manos del acaso la validez de las decisiones tomadas legalmente por una Junta General. Y peor -mucho peor- si esa pérdida o destrucción es causada fraudulentamente por terceros interesados en que se cuestione el valor de una Junta General.

Si por confundir "la Junta" con el "Acta" se llegare a admitir que las firmas de todos los asistentes es un requisito de validez de la Junta respectiva, podrá ocurrir, en el campo práctico, que luego de que todos los socios o accionistas de

una compañía hubieren resuelto reunirse en sesión de "junta universal", sin la respectiva convocatoria previa, al momento de firmar todos el acta, uno de ellos que votó en contra de la mayoría en la toma de una o de varias decisiones, se niegue a estampar su firma en el acta pertinente para **ANULAR LA JUNTA**, con lo cual se abriría las puertas al abuso y la arbitrariedad.

Con todo lo dicho, reconociendo que la nulidad mencionada en el artículo 280 (actual 238) de la Ley de Compañías se refiere al **ACTA** y no a la **JUNTA** ni a sus **RESOLUCIONES,** y teniendo en cuenta el proceso histórico de la exigencia legal de las firmas tantas veces referidas, y advirtiendo que la nulidad aludida en el numeral 2 del artículo 289 (actual 247) solo se relaciona con la omisión de cualquiera de los presupuestos señalados en el artículo 280 (actual 238), para ser cumplidos antes de que las decisiones de la Junta fueren tomadas, junto al hecho significativo de que las **ACTAS** de las sesiones de juntas generales son simples **ELEMENTOS DE PRUEBA** de lo que han deliberado y resuelto las juntas respectivas, es forzoso llegar a las siguientes conclusiones:

a) La exigencia del artículo 280 (actual 238) de que todas las firmas de los accionistas o de sus representantes figuren estampados en el acta respectiva no es ni un presupuesto ni un requisito de validez de la "junta universal", o de sus resoluciones, sino una condición de validez del acta correspondiente, impuesta por la ley para proteger a los accionistas y como elemento probatorio del cumplimiento de los presupuestos que han legitimado la reunión de una Junta General sin la previa convocatoria respectiva.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

b) Por consiguiente, la exigencia de aquellas firmas en **una FORMALIDAD "AD PROBATIONEM"** y no una **FORMALIDAD "AD SOLEMNITATEM"** de la Junta, cuya omisión bien puede ser suplida por otros medios idóneos de prueba.

c) Consecuentemente, los accionistas cuyas firmas (o las de sus representantes) no constan en el acta de una "junta universal" bien pueden impugnar la validez del acta y de la Junta. Igual cosa podrían hacer terceros directamente afectados en sus derechos por las resoluciones de esa Junta, sin perjuicio de que los que no firmaron el acta puedan demostrar de manera instrumentada, ante esos terceros que sí concurrieron a esa Junta y que sí aceptaron su celebración. Por

su parte la Superintendencia de Compañías no puede aceptar como válida una "junta universal" en cuya acta faltan una o más de las firmas necesarias, a menos que los que no firmaron dicha acta reconozcan ante ella, instrumentadamente también, su concurrencia a esa Junta y que aceptaron su celebración. En cambio, parecería que los accionistas que sí firmaron el acta no podrían alegar la nulidad de la misma por la falta de una o más firmas en el acta, pues ellos mismos no podrían en primer término explicar la existencia de sus firmas en un acta de una Junta que ellos mismos habían calificado de "universal".

d) Consecuentemente también, el accionista que no puede o no saber firmar, bien puede concurrir personalmente a la "junta universal" si se puede probar por cualquier medio idóneo su presencia y sus aceptaciones correspondientes, sin que por la falta de su firma en el acta respectiva se pueda considerar nula la junta.

e) El accionista (o su representante) que asistió a la "junta universal" y consintió en su celebración y en su objeto, pero que por cualquier causa no firmó el acta en los quince días subsiguientes, bien puede, en cualquier momento, por cualquier medio idóneo, como una escritura pública, por ejemplo, probar su concurrencia y a sus aceptaciones correspondientes con lo que la omisión quedaría subsanada y la validez de la Junta resultaría incuestionable.

f) Sentadas las conclusiones anteriores, debe admitirse también que los accionistas que sí firmaron el acta de la "junta universal" y cualquier otro interesado (como un administrador), por ejemplo, puede probar judicialmente, en vía contenciosa, que otro accionista que no firmó el acta sí concurrió a la Junta y sí aceptó la reunión y consintió en su objeto, para demostrar así el cumplimiento de los presupuestos del artículo 280 (actual 238) y la validez de la Junta y sus resoluciones. Sin dicha prueba judicial, reconocida en sentencia ejecutoriada, la Superintendencia de Compañías no podría considerar "universal" aquella Junta.

A todo lo expresado habría que añadir únicamente, como simple aclaración, el hecho de que en materia mercantil, y con mayor razón en la de carácter societario, el régimen de las nulidades del Derecho Civil no puede aplicarse en toda su extensión y en todo su rigor, tal como lo reconoce unánimemente la Doctrina Universal.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 145

NO ES POSIBLE QUE EXISTAN ACCIONES ORDINARIAS SIN DERECHO A VOTO, PERO SÍ ES FACTIBLE UNA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL A ESE DERECHO, PARA CUYO EFECTO DEBERÁ CONSTAR EN LOS ESTATUTOS DE LA COMPAÑÍA Y ÚNICAMENTE ESTARÁ REFERIDA PARA LA DESIGNACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES Y COMISARIOS DE LA MISMA

Base legal:

LCom: ***Arts. 162 Num. 10; 183 Incs. 2, 3, 220; 223; 234; 367***

En varias ocasiones ha surgido la pregunta de si es posible que existan acciones ordinarias sin derecho de voto. Frente a esta interrogante la Superintendencia de Compañías, considera que NO es posible que existan acciones ordinarias sin derecho a voto, por las siguientes consideraciones:

1. Los incisos segundo y tercero del artículo 183 (actual 170) de la Ley de Compañías, establecen que las acciones "ordinarias" confieren todos los derechos fundamentales que en la Ley se reconoce a los accionistas, y que, en cambio, las acciones "preferidas" no tendrán derecho a voto.
2. Por su parte, el artículo 220 (actual 207) establece cuáles son los derechos fundamentales del accionista, de los cuales no se le puede privar, entre los que figura, según el ordinal cuarto, el intervenir en la juntas generales, cuando sus acciones le conceden el derecho a voto; debiéndose entender que dicho ordinal, en esa parte, se refiere fundamentalmente a las acciones ordinarias, ya que las preferidas, per se, no tienen derecho a voto, según el citado artículo 183, salvo contadísimas excepciones.
3. Las acciones ordinarias sin derecho a voto serían contrarias a la esencia de los derechos políticos del accionista común y corriente y, por lo tanto, contrarias a la naturaleza de la compañía anónima. Por ello, en otras latitudes, los tribunales de justicia han declarado que no son admisibles acciones ordinarias sin derecho de voto. (Halperin, Sociedades Anónimas, p. 307).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

4. Por esta razón, la doctrina universal establece que una sociedad carece de facultad para crear acciones sin derecho de voto, pues para eso están las acciones preferidas.

Expresado todo esto, sí conviene destacar la parte final del ordinal cuarto del citado artículo 220 (actual 207), cuando dice que las acciones con derecho a voto, es decir, básicamente las acciones ordinarias, tendrán ese derecho "según los estatutos", porque esa disposición legal lo único que quiere decir es que al estatuto le corresponde cuantificar ese derecho, que por norma general sigue la regla común de que cada acción ordinaria, que esté totalmente liberada, tiene derecho a un voto; regla común que en las compañías anónimas puede variar por disposición estatutaria en casos excepcionales, como para la elección de funcionarios, por virtud del llamado voto acumulativo, implícitamente permitido por el numeral décimo del artículo 162 (actual 150) de la Ley de Compañías; cosa que no puede darse en las compañías de responsabilidad limitada, porque para ellas la misma Ley de Compañías, en el literal a) del artículo 116 (actual 114), se ha encargado de reconocer, sin permitir que el contrato social contemple ningún tipo de excepciones, aquella regla común de que cada participación -pagada o no- concede a su propietario el derecho a un voto en las deliberaciones de la Junta General de Socios.

Debe quedar claro, en todo caso, que la parte final del ordinal cuarto del artículo 220 (actual 207) no autoriza de ninguna manera que estatutariamente se creen acciones ordinarias sin derecho a voto, porque, como dice Ripert en su obra "Derecho Comercial", p. 357, "ningún accionista puede renunciar su derecho a voto, puesto que se trata de un derecho esencial inherente a su calidad".

Frente a lo anteriormente expuesto, surge otra interrogante: ¿cabe o no una restricción contractual al derecho a voto de las acciones ordinarias permitida o establecida en el estatuto o acordada con el voto favorable de todo el capital social de la compañía?. Sobre el particular, hay que analizar lo siguiente:

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

a) La pregunta puede referirse a la institución jurídica conocida como "sindicalización de acciones", es decir, al pacto de algunos accionistas para votar o no votar en cierta forma en determinadas resoluciones; lo cual está prohibido por la Ley de Compañías.

En efecto, la sindicalización de acciones se encuentra prohibida en el Ecuador porque el inciso segundo del artículo 223 (actual 210) de la Ley de Compañías establece que es nulo el convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas que tengan derecho a votar. Igualmente, el inciso final del artículo 234 (actual 221) de la Ley ibídem dispone que también serán nulos, salvo los casos que la Ley determine, los acuerdos o cláusulas que supriman derechos conferidos por ella a cada accionista.

b) En cambio, si la pregunta antedicha se refiere a la posibilidad de que en el estatuto social se establezcan votaciones distintas a las tradicionales, es decir, modificando la regla común de que por cada acción ordinaria y liberada se tiene derecho a un voto, resulta apropiada la siguiente reflexión:

b.1. El artículo 162 (actual 150) de la Ley de Compañías, al referirse al contenido de la escritura de fundación, en el numeral 10, trata de la "forma de designación de los administradores", lo cual podría llevar consigo la aplicación de lo que se conoce doctrinariamente con el nombre del "voto acumulativo", que consiste básicamente en un procedimiento que permite a las minorías elegir uno o más integrantes de los órganos de la sociedad. Un aspecto primordial de ese mecanismo se da en las elecciones de los integrantes de un Directorio y consiste en que la determinación de cuál es la minoría o porcentaje de votos que en cada caso permite elegir a por lo menos un candidato depende de varias funciones, entre ellas, principalmente, número de vacantes a llenar, porque en ese caso la votación no es por listas sino por personas: no es exactamente de "mayorías" y "minorías", sino de accionistas o grupos de accionistas. Esta modalidad está expresamente recogida por nuestra Ley de Compañías en el artículo 367 (actual 312), cuando se refiere a la forma de integrar el Directorio de un compañía de economía mixta, en el que deberán estar representados, necesariamente, tanto

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

los accionistas del sector público como los del sector privado, en proporción al capital aportado por uno y otro.

b.2. La Doctrina 82 de la Superintendencia de Compañías, por otra parte, dice que, en términos generales "el ejercicio del derecho a voto respecto de las acciones que lo tuvieren, debe ser siempre igualitario (aunque no necesariamente IDENTICO o EXACTAMENTE IGUAL, porque bien pueden darse en un estatuto social pequeñas diferencias en el ejercicio del derecho a voto de acciones de dos series, por ejemplo, siempre que esas diferencias resulten compensadas recíprocamente en el mismo estatuto social; tal como ocurriría en el caso de que en una compañía anónima el capital social estuviere dividido por mitades en acciones de dos series, pudiendo las de una serie votar en todas las deliberaciones de la designación del PRIMER comisario, y, las de la otra serie, votar también en todas las deliberaciones de dicha Junta, menos en la designación del SEGUNDO comisario)".

Por lo expuesto, se considera que sí es factible una modificación contractual al derecho a voto de las acciones ordinarias; para cuyo efecto deberá constar en los estatutos sociales de la compañía y siempre que esa modificación esté referida para la designación de los administradores y comisarios de la misma.

Entonces, sí es posible que una norma estatutaria, plasmada en la constitución de una compañía, o en una reforma al contrato social, se establezcan fórmulas especiales para el ejercicio del voto de las acciones ordinarias, distintas a la regla común de que por cada acción liberada se tiene derecho a un voto; pero eso sólo está permitido para cierto tipo de votaciones relacionadas con los funcionarios de la compañía.

Finalmente, con respecto al supuesto de que las acciones preferidas no pueden jamás tener derecho a voto, vale agregar a todo lo antedicho la tesis adoptada por esta Superintendencia cuando expidió, el 2 de septiembre de 1997, el REGLAMENTO PARA LA EMISION DE ACCIONES PREFERIDAS (1), en el que se establece que las acciones preferidas, confieren todos los derechos establecidos por la Ley, menos el derecho a voto, que sólo lo tendrán cuando la Ley lo impone

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

(como en el artículo 197 (actual 184) de la Ley de Compañías) o en los casos en que el contrato social lo conceda expresamente, pero sólo tratándose de cambio de objeto social, disolución anticipada y modificación de privilegios de las correspondientes acciones preferidas.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 146

-I-

LA COMPAÑÍA EXTRANJERA QUE, POR HABER ESTABLECIDO SUCURSAL EN EL ECUADOR, ESTÉ OBLIGADA A DESIGNAR APODERADO PERMANENTE, BIEN PUEDE EJECUTAR O CELEBRAR VÁLIDAMENTE, EN EL PAÍS, UNO A MÁS ACTOS O CONTRATOS, A TRAVÉS DE SU REPRESENTANTE LEGAL, SIEMPRE QUE ÉSTE JUSTIFIQUE SU PERSONERÍA CON EL DOCUMENTO -DEBIDAMENTE LEGALIZADO O AUTENTICADO QUE CONTENGA SU DESIGNACIÓN.

CORRESPONDE AL APODERADO PERMANENTE RESPONDER POR EL EXACTO CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR EL REPRESENTANTE LEGAL DE LA COMPAÑIA EXTRANJERA A NOMBRE DE ÉSTA.

Base legal:

Artículos 415 y 416 de la Ley de Compañías; 2047, 2061 y 2063 del Código Civil; 120, 121, 129 y 133 del Código de Comercio; 40, 50 y 194 del Código de Procedimiento Civil; 23 de la Ley de Modernización del Estado; y, doctrinas jurídicas 72 y 113, expedidas por la Superintendencia de Compañías.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

1. Entre los varios requisitos que, según lo dispuesto en el artículo 415 de la Ley de Compañías, debe cumplir una compañía extranjera para que pueda ejercer habitualmente sus actividades en el Ecuador, se encuentra uno, el del ordinal 3 de dicho artículo, cuya cita resulta muy útil para la fundamentación de la presente Doctrina. Se trata de que la compañía extranjera que se halle en el caso, es decir que aspire establecer sucursal en el país, debe actuar: "3. Tener permanentemente en el Ecuador, cuando menos, un representante con amplias facultades para realizar todos los actos y negocios jurídicos que hayan de celebrarse y surtir efectos en territorio nacional, y especialmente para que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones contraídas".

En el evento de que el representante acreditare la compañía fuere un ciudadano extranjero, éste deberá tener en el Ecuador la calidad de residente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 416 de la Ley de Compañías.

El representante al que se refiere el ordinal 3 del artículo 415 de la Ley de Compañías es un representante convencional o voluntario, es decir designado mediante el instrumento denominado poder, que, como se sabe, contienen el contrato de mandato definido en el artículo 2047 (actual 2020) del Código Civil, así: "...contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.// La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta, apoderado, procurador, y en general, mandatario".

Luego, el representante del que trata el ordinal 3 del artículo 415 de la Ley de Compañías es un apoderado, procurador o mandatario, en los términos de la norma del artículo 2047 (actual 2020) del Código Civil.

En este orden de cosas, a la luz de las disposiciones contenidas en el Código Civil sobre el mandato, se pueden distinguir las facultades inherentes a la naturaleza de este contrato, así como aquellas otras que, por exceder el ámbito jurídico de incidencia de las primeras, requieren de cláusula o poder especial. Las precisiones al respecto trae el artículo 2063 (actual 2036) del Código Civil, que, en cuanto al primer tipo de atribuciones, en su inciso primero, prescribe: "El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración; como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores; intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas, u otros objetos de industria que se le hayan encomendado". En cambio, para los demás actos y contratos que excedan el ámbito jurídico señalado en la disposición anterior, el último inciso del artículo

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

en mención, establece: "Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial".

De las normas transcritas se deduce que todo representante o apoderado permanente de una compañía extranjera domiciliada en el Ecuador tiene las facultades administrativas indicadas en el inciso primero del artículo 2063 (actual 2036), de modo que, en la hipótesis de que el poder respectivo no incluyere las atribuciones precisadas en ese inciso, se entenderá que aquellas están naturalmente incorporadas en dicho instrumento. No así los actos que salgan de los contornos jurídicos trazador por las facultades constantes en el citado inciso primero, pues, ellos, para que se reputen válidos y eficaces, requieren de cláusula o poder especial. Es por ello que para que el representante o apoderado permanente de una compañía extranjera establecida en el país, esté en aptitud legal de "...contestar las demandas y cumplir las obligaciones contraídas" necesita de cláusula o poder especial que le faculte obrar de ese modo a nombre de su representada.

Trátase de una cláusula o poder especial que, según se desprende del tenor literal de la disposición constante en el ordinal 3 del artículo 415 de la Ley de Compañías, se la exige de manera explícita a través de la frase: "...y especialmente para que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones contraídas"; frase cuyo alcance utilitario de cara al interés del Estado, de sus instituciones y, en general, del colectivo ecuatoriano es de veras insoslayable, pues gracias a ella cualquier reclamante o perjudicado puede hacer efectivo su derecho frente a la deudora, esto es, frente a la compañía extranjera que ha nombrado en el país su representante permanente.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

2. La Doctrina 72 -como todas las doctrinas emitidas por la Superintendencia de Compañías- tiene fuerza vinculante para dicha entidad así como para las sociedades sometidas a su control y vigilancia, según consta en el artículo 4 de la Resolución 97.1.7.3.0011 del 20 de agosto de 1997, publicada en el Registro Oficial 141 del 29 de los mismos mes y año.

Bajo esta premisa, la Doctrina 72, en uno de sus párrafos consagra: "Establecido que los representantes en el Ecuador de las compañías extranjeras son voluntarios y no legales, debe señalarse que les son aplicables las normas de los factores, de los mandatarios y de los procuradores judiciales". De donde se concluye que las disposiciones contempladas para los factores de comercio en los artículos 120, inciso primero, 129 y 133 de la Sección 5a. del Título II del Libro I del Código Mercantil, entre otras tantas, conciernen a los representantes convencionales o voluntarios de las compañías extranjeras domiciliadas en el territorio nacional. Dichas disposiciones, en lo pertinente, expresan: "Art. 120.- Los factores deben estar investidos de un poder especial otorgado por el dueño del establecimiento cuya administración se les encomienda...";Art. 29.- En las operaciones que ejecutaren, expresarán, los factores y dependientes, que contratan a nombre de sus principales; y en los documentos que suscriben, pondrán antes de la firma, que obran por poder"; y, "Art. 133.- ...los terceros que contrataren con un factor o dependiente, podrán, a su elección, dirigir sus acciones contra éstos o contra sus principales, pero no contra ambos.".

Ante todo es del caso referirse a la aparente contradicción que podría apreciarse en el artículo 120 del Código de Comercio, así como en otras normas de este ordenamiento conexas con la de dicho artículo. Concretamente la disposición en cuestión expresa que "Los factores deben estar investidos de un poder especial...". La contradicción aparente surge si se advierte que los factores, según el contexto general de la Sección 5a. del Título II del Libro I del Código Mercantil y, en especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121, inserto en dicha Sección, "...se entienden autorizados para todos los actos que abrace la administración del establecimiento que se les confiere, y podrán usar de todas las facultades necesarias al buen desempeño de su cargo, al menos que el principal se las restrinja expresamente en el poder que les diere"; y todo ello a pesar de que, conforme al antes transcrito artículo 120, se hallan investidos "de un poder especial", que, en verdad, sería incompatible con la amplitud de facultades a ellos concedidas al tenor de la transcripción legal inmediatamente anterior (artículo 121 del Código de Comercio).

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En efecto, en la concepción civilista, el mandato que "...comprende uno o más negocios especialmente determinados, se llama especial..." (artículo 2061 (actual 2034) del Código Civil), y el conferido a los factores de comercio, por su amplio alcance, según esa misma concepción, es exactamente lo contrario, vale decir, un mandato general, pues, se lo ha dado para todos los actos que abrace la administración del establecimiento y para todas las facultades necesarias al buen desempeño de su cargo. De lo que se concluye que la contradicción de marras es aparente, siempre que el carácter especial del poder no se aprecie desde el punto de vista del Código Civil, sino que tal especialidad se la entienda como sinónimo de singularidad, de modo que el poder de que se halla investido el factor de comercio sea especial en la medida de que se distingue de cualquier otro poder y no porque comprende "uno o más negocios determinados". En este orden de ideas no cabe duda de que el poder extendido al factor de comercio es un poder típico; así lo entienden el profesor español, doctor Joaquín Garrigues y el societarista ecuatoriano, doctor Roberto Salgado Valdez. El primero de ellos, respecto al tema, expone lo siguiente:

"La representación mercantil es amplísima y no puede dejar de ser amplísima. Lo que en general distingue la representación mercantil de la civil es su exteriorización en apoderamientos típicos. En la vida civil, quien contrata con representante debe examinar por acaso los poderes de este para saber si responderá o no el poderdante, ya que lo hecho por el apoderado fuera de los límites del poder no obliga al poderdante si no lo ratifica.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

"En el Derecho Mercantil, al contrario, la Ley dota al poder del factor, apoderado o representante de una extensión fija (contenido típico), de modo que todo tercero pueda saber, sin necesidad de particular indagación, en qué medida queda obligado el poderdante por su apoderado, representante o por su factor" (Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Imprenta Aguirre, Madrid 1968, pág. 554).

Sobre el asunto, el doctor Salgado tiene este concepto:
"De conformidad con el concepto de Factor previsto en el artículo 121 del Código de Comercio, sus facultades deberían constar más bien en el Poder General que

en un Especial como se menciona en la disposición legal. Sin embargo consideramos que le criterio civilista de Poder General ha sido trastocado en lo comercial al hablarse, en el presente caso, de que el factor debe encontrarse investido de un **poder especial**. Por consiguiente podemos afirmar que el Factor se encuentra investido de un **Poder Típico** (Especial no en cuanto a su raíz jurídica, sino en cuanto al ámbito total de sus atribuciones ya que prácticamente tiene bajo su responsabilidad **todas** las facultades del representante legal de la compañía, menos las que se le hayan restringido)" (Obligaciones y Responsabilidades de los Administradores de Compañías, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, enero 1991, Págs. 80 y 81)

En pocas palabras según la normativa del Código de Comercio, matizada con la doctrina jurídica concerniente al tema, el representante o apoderado permanente de la compañía extranjera establecida en nuestro país, es:

a) Factor de comercio al que ha de aplicarse el régimen legal para tal factor prevé el Código de la materia;

b) Apoderado o mandatario (general, de acuerdo con el Código Civil, o típico, en los términos de una importante corriente doctrinaria) que ostenta el status jurídico inherente a esa calidad, en virtud del poder (de factor) con el que se le ha investido;

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

c) Representante que debe acreditar, en el acto o contrato que ejecute o celebre, que obra por su representado; y,

d) Legítimo contradictor dentro de juicio, tan válido como su principal, de modo que el tercero que se creyere afectado podría dirigir su acción, indistintamente, a él o al principal, pero no a los dos.

En el propósito de dar sustento al enunciado básico de esta Doctrina son importantes todas las disposiciones arriba transcritas, pero singularmente la

contenida en el artículo 133 del Código de Comercio, puesto que en virtud de ella se puede afirmar que para los terceros interesados en accionar contra la compañía extranjera domiciliada en el país, resulta igualmente válido en derecho proceder contra uno cualesquiera de sus representantes: el convencional y voluntario, establecido de modo permanente en el Ecuador para actuar por la compañía extranjera y cumplir las obligaciones contraídas a nombre de ésta, o bien el legal, con asiento en el país de origen de la compañía.

Lo expuesto anteriormente está, sin duda, corroborado por el párrafo final de la Doctrina 113, que compendia las alternativas que le asisten a un tercero perjudicado para enderezar las acciones legales de que se crea asistido, ya contra el representante voluntario establecido permanentemente por la compañía extranjera en nuestro país, ya contra el curador dativo de sus bienes, en el supuesto de que no hubiere tal representante en el Ecuador, o ya, en fin, contra el representante legal de la compañía, es decir contra su personero principal, con asiento en el país de origen.

A fin de analizar lo dicho hay que tener en cuenta que los actos o contratos no se celebra con la sucursal de la compañía extranjera (que por sí no tiene personalidad jurídica) sino con la matriz de dicha compañía (que sí la tiene); por consiguiente, la parte en la relación jurídica es la matriz, o mejor dicho la compañía extranjera en su integridad; todo lo cual permite sostener que el directo representante de ella es su representante legal, así en él no recaiga la condición de representante permanente en el Ecuador, calidad que, en cambio, sí reside en el apoderado o representante voluntario que la compañía hubiere establecido en el territorio nacional, pero (calidad) que no es determinante a la hora de celebrar contratos con la compañía extranjera domiciliada en el país o de accionar en su contra a los efectos de obtener el reconocimiento de uno o más derechos.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

3. Como quedó señalado, la Doctrina 72, en uno de sus párrafos, expresa que son también aplicables al apoderado permanente de una compañía extranjera establecida en el Ecuador las normas de los procuradores, es decir las constantes en la Sección 2a. del Título I del Libro I del Código de Procedimiento Civil. Para la

explicación de los fundamentos de la presente Doctrina resultan particularmente importantes las disposiciones de los artículos 40 (actual 38) y 50 (actual 46) del antes referido Código adjetivo, disposiciones que respectivamente dicen: "Art. 40 (actual 38).- Son procuradores judiciales los mandatarios que tienen poder para comparecer en juicio por otro" y, "Art. 50 (actual 46).- El procurador que ha aceptado o ha ejercido el poder está obligado a continuar desempeñando en lo sucesivo, sin que le sea permitido excusarse de ejercerlo para no contestar demandas nuevas, cuando está facultado para ello, salvo que renuncie al total ejercicio de dicho poder y que comparezca en el juicio el poderdante, personalmente o por medio de nuevo procurador".

De modo que, a partir de la normativa procesal arriba transcrita, ha de concluirse que al apoderado permanente de una compañía extranjera domiciliada en el país, corresponde:

a) Ejercer la procuración judicial de ella, aún sin tener la condición de abogado en libre ejercicio de la profesión. Esto último le permiten las excepciones que al respecto establecen los artículos 44 (actual 40) del Código de Procedimiento Civil y 49 de la Ley de Federación de Abogados; y,

b) Ser sustituido, si se estimare conveniente, por el poderdante, es decir por el representante legal de la compañía extranjera domiciliada en el Ecuador, en uno o más actos de la sustanciación del juicio respectivo, siempre que el apoderado permanente renuncie al total ejercicio del poder que le hubiere conferido dicho representante legal. Por cierto, esta sustitución no necesariamente ha de producirse con la intervención, por sí, del representante legal o poderdante en el juicio correspondiente, sino también mediante la opción, igualmente válida, de que, para ello, dicho representante legal designe un nuevo procurador;

4. En suma, las normas transcritas en los apartados anteriores conducen, sin dificultad, a sostener que, de acuerdo al sistema legal ecuatoriano, no hay inconveniente en que el representante legal de una compañía extranjera que hubiere establecido sucursal en el país, comparezca, dentro o fuera de juicio, por

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

dicha compañía, a ejecutar o celebrar uno o más actos o contratos que hayan de surtir efectos en el territorio nacional, sin embargo de que dicha compañía mantenga en el Ecuador su respectivo representante permanente.

Aparte de todo lo expuesto, la conclusión que antecede vuelve a tener asidero en el aserto proclamado por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que "quien puede lo más, puede lo menos". En efecto, si el representante legal de una compañía extranjera domiciliada en el país tuvo capacidad para designar al representante voluntario de tal compañía en el Ecuador o, si fuera del caso, la tiene, por ejemplo, para removerlo o aceptar su renuncia y nombrar a otro en su reemplazo, con más razón la tendrá para realizar, en el territorio nacional, en nombre de la compañía extranjera; uno o más actos o contratos, judiciales o extrajudiciales, por cuyo cabal cumplimiento responderá el representante permanente al cual ocasionalmente sustituyó.

Desde luego, el representante legal de la compañía extranjera que haya establecido sucursal en el Ecuador está en el caso de acreditar su personería de conformidad con lo prescrito en los artículos 194 (actual 190) del Código de Procedimiento Civil y 23 de la Ley de Modernización del Estado, que, en su orden, expresan:

"Art. 194 (actual 190).- Se autentican o legalizan los instrumentos otorgados del territorio extranjero, con la certificación del agente diplomático o consular del Ecuador residente en el Estado en que se otorgó el instrumento.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

"Si no hubiere agente diplomático ni consular del Ecuador, certificará agente diplomático o consular de cualquier Estado amigo, y legalizará la certificación el Ministro de Relaciones Exteriores de aquel en que se hubiere otorgado.

"La certificación del agente diplomático o consular se reducirá a informar que el notario o empleado que autorizó el instrumento, es realmente tal notario o empleado, y que en todos sus actos hace uso de la firma y rúbrica de que ha usado en el instrumento.

"La Legalización del Ministro de Relaciones Exteriores se reducirá también a informar que el agente diplomático o consular tiene realmente ese carácter, y que la firma y rúbrica de que ha usado en el instrumento son las mismas que usa en sus comunicaciones oficiales.

"Si en el lugar donde se otorgare el instrumento no hubiere ninguno de los funcionarios de que habla el inciso segundo, certificarán o legalizarán la primera autoridad política y una de las autoridades judiciales del territorio, expresándose esta circunstancia.

"La autenticación o legalización de los instrumentos otorgados en país extranjero, podrá también arreglarse a las leyes o prácticas del Estado en que se hiciere.

"Las diligencias judiciales ejecutadas fuera de la República, en conformidad a las leyes o prácticas del país respectivo, valdrán en el Ecuador".

"Art. 23.- **Documentos otorgados en el extranjero.-** El Estado y las entidades del sector público que conforman la administración pública no podrán exigir que los documentos otorgados en territorio extranjero, legalizados por agente diplomático o Cónsul del Ecuador acreditado en ese territorio extranjero, sean autenticados o legalizados por el Ministro de Relaciones Exteriores. Tampoco requerirán nueva legalización o autenticación los documentos otorgados ante los cónsules del Ecuador, en el ejercicio de funciones notariales. Sin embargo la calidad de Cónsul ad-honorem deberá ser certificada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y constará en el respectivo documento."

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

II

SI EL APODERADO PERMANENTE DE UNA COMPAÑÍA EXTRANJERA QUE HAYA ESTABLECIDO SUCURSAL EN EL PAÍS, CON LA DEBIDA AUTORIZACIÓN DEL REPRESENTANTE LEGAL O DANDO NOTICIA A ÉSTE, DELEGARE LA TOTALIDAD DE LOS PODERES QUE SE LE HUBIERE

CONFERIDO, TAL DELEGACIÓN EQUIVALE A SUSTITUCIÓN DE PODER O A UN NUEVO MANDATO Y, POR LO MISMO, ÉSTE DEBE SUJETARSE A LO DISPUESTO EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 419 DE LA LEY DE COMPAÑÍAS, ES DECIR A LA CALIFICACIÓN RESPECTIVA POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, ASÍ COMO A LA INSCRIPCIÓN Y PUBLICACIÓN QUE TAL ENTIDAD ORDENE.

CUANDO LA DELEGACIÓN NO FUERE AUTORIZADA NI RATIFICADA POR EL MANDANTE, NO SE ESTABLECE NUEVO MANDATO ENTRE ÉSTE Y EL DELEGADO. EN TAL SUPUESTO, LOS TERCEROS CARECEN DE DERECHOS CONTRA EL MANDANTE POR LOS ACTOS DEL DELEGADO. LA RELACIÓN JURÍDICA SURGE, ENTONCES, ENTRE LOS TERCEROS Y EL DELEGADO.

SI LA DELEGACIÓN DE PODERES FUERE PARCIAL, NO PROCEDE QUE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS CALIFIQUE DICHA DELEGACIÓN NI MENOS ORDENE LA INSCRIPCIÓN Y PUBLICACIÓN PREVISTAS EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 419 DE LA LEY DE LA MATERIA.

TAMPOCO PROCEDEN LAS REFERIDAS CALIFICACIÓN, PUBLICACIÓN E INSCRIPCIÓN, SI EL APODERADO DE LA COMPAÑÍA EXTRANJERA RENUNCIA A SUS FUNCIONES O ES REMOVIDO DE ELLAS MEDIANTE LA REVOCATORIA DEL RESPECTIVO PODER.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Base legal:

Artículos 415, ordinal 3 y 419 de la Ley de Compañías; 134 del Código de Comercio; y, 2067, 2068, 2094, numerales 3 y 4, del Código Civil.

1. El artículo 134 del Código Mercantil posibilita que el factor de comercio esto es el representante voluntario de una compañía extranjera que tuviere sucursal en el Ecuador, delegue las funciones de que estuviere investido mediante poder, siempre que de ello dé noticia a su principal o cuente con el consentimiento de éste. Tal permisión condicionada consta prescrita en el artículo de la referencia,

bajo estos términos: "En ningún caso podrán los factores o dependientes delegar las funciones de su cargo sin noticia o consentimiento de su principal".

De manera que, en el evento de que el representante voluntario de la compañía extranjera en cuestión delegare la totalidad de las atribuciones y facultades a él conferidas en el correspondiente poder, y para ello contare con la autorización expresa del representante legal de la compañía extranjera (principal), se trataría de una auténtica sustitución de poder o nuevo mandato, según el tenor del artículo 2068 (actual 2041) del Código Civil, que dice: "Cuando la delegación a determinada persona ha sido autorizada expresamente por el mandante, se constituye entre el mandante y el delegado un nuevo mandato que sólo puede ser revocado por el mandante, y no se extingue por la muerte u otro accidente que sobrevenga al anterior".

Dado que la norma del artículo 134 del Código de Comercio (especial frente a la del artículo 2068 (actual 2041) del Código Civil) confiere un tratamiento equivalente a la autorización o consentimiento que el principal extiende al factor para que delegue las funciones de su cargo, con la noticia o mera información que el factor dé al principal sobre la delegación de facultades, resulta lógico afirmar que la disposición del artículo 2068 (actual 2041) es analógicamente aplicable a esta última situación, es decir a la noticia o simple información que el factor dé a su principal sobre la delegación de facultades. En otros términos, cabe un nuevo mandato (entre el poderdante o representante legal de la compañía extranjera domiciliada en el país y el delegado) cuando el factor (apoderado permanente de dicha compañía) dé noticia de tal delegación al poderdante o representante legal de la sociedad extranjera.

Si se diere uno u otro de los casos arriba descritos, compete a la Superintendencia de Compañías calificar el nuevo mandato y ordenar las consiguientes inscripción y publicación de conformidad con lo normado en el inciso segundo del artículo 419 de la Ley de Compañías, inciso que, a mayor abundamiento, se lo transcribe a continuación: "La Superintendencia de Compañías calificará, para sus efectos en el Ecuador, los poderes otorgados por

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

las compañías, a los que se refiere el artículo 415 de esta Ley y luego ordenará su inscripción y publicación".

En rigor, el nuevo mandato de que trata la norma del artículo 2068 (actual 2041) del Código Civil es uno de aquellos poderes a los que se refiere el ordinal 3 del artículo 415 de la Ley de Compañías, cuyo texto aparece en uno de los primeros acápites del apartado I de la presente Doctrina. De ahí que corresponda a la Superintendencia de Compañías proceder en consecuencia, es decir calificar al nuevo mandato y ordenar su inscripción y publicación consiguientes, todo en aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 419 ibídem.

2. Podría darse el caso de que, conforme prescribe el artículo 2067 (actual 2040) del Código Civil, la delegación efectuada por el apoderado permanente de la compañía extranjera en el Ecuador no haya merecido previa autorización ni ulterior ratificación, expresa o tácita, de parte del mandante. Si así ocurriere, los terceros no tienen derecho contra el mandante, por los actos del delegado, pero sí contra éste.

Las afirmaciones que anteceden constituyen una interpretación ajustada al tenor del artículo 2067 (actual 2040), que expresa: "La delegación no autorizada o no ratificada expresa o tácitamente por el mandante no da derecho a terceros contra el mandante, por los actos del delegado".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

3. Si la delegación extendida por el apoderado permanente de la compañía extranjera en el Ecuador fuere parcial, no ha lugar a una sustitución de poder o a un nuevo mandato, por lo que no procede la aplicación de la norma contenida en el inciso segundo del artículo 419 de la Ley de Compañías, arriba transcrita.

4. Los numerales 3 y 4 del artículo 2094 (actual 2067) del Código Civil se refieren a dos modalidades muy utilizadas de terminación del mandato; tales son, respectivamente, su revocación por el mandante y su renuncia por el mandatario.

Si se echa de ver el texto del inciso segundo del artículo 419 de la Ley de Compañías, antes transcrito, así como el del ordinal 3 del artículo 415 ibídem, también transcrito en uno de los apartados precedentes, se advertirá que la Superintendencia de Compañías no está en aptitud legal de aprobar los actos jurídicos de revocación o renuncia del mandato. Para que ello proceda haría falta la norma legal que consagre dicha atribución. Por lo demás, mientras no exista esa disposición, la Entidad de control deberá abstenerse de emitir aprobaciones de este género, en aplicación del principio jurídico de que en Derecho Público, una de cuyas ramas es el Derecho Administrativo, sólo puede hacerse lo que expresamente prescribe la Ley.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 147

I

"LOS APORTES PARA FUTURA CAPITALIZACIÓN", SIEMPRE QUE LA COMPAÑÍA RECEPTORA ACEPTE A TRAVÉS DE SU REPRESENTANTE LEGAL, DEBEN CAPITALIZARSE COMO COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS, EN LOS TÉRMINOS DEL NUMERAL 2 DEL ARTICULO 183 DE LA LEY DE COMPAÑÍAS, SI SE TRATA DE SOCIEDAD ANÓNIMA O COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA, O BIEN DEL ORDINAL 3° DEL ARTÍCULO 140 DE LA MISMA LEY, SI LA COMPAÑÍA ES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. A TALES APORTES NO PUEDE DÁRSELES, BAJO NINGÚN CONCEPTO, EL EFECTO DE PAGO EN NUMERARIO (DINERO EFECTIVO) O EN ESPECIES MUEBLES.

Base legal:

Artículos: 10, 110, 140, 165, 183 y 184 de la Ley de Compañías; y, 612, 710, 1698, 1699, 2126, 2127 y 2128 del Código Civil.

1. El "aporte para futura capitalización": ideas introductorias.

Por principio, todo aporte a compañía debe hacerse a título traslativo. De ahí que "los aportes para futura capitalización" deban efectuarse siempre a ese título. Así se deduce de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 10 de la Ley de Compañías, que dice: "Las aportaciones de bienes se entenderán traslativas de dominio. El riesgo de la cosa será de cargo de la compañía desde la fecha en que se le haga la entrega respectiva". Es más, en esta línea, para que valga la tradición es menester que se origine en un título traslativo de dominio, como la venta, la donación o la permuta que trae como ejemplo el inciso primero del artículo 710 (actual 691) del Código Civil; ejemplos a los que se podría sumar, sin dificultad alguna, al aporte a sociedad.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

"Los aportes para futura capitalización", en rigor jurídico, no están considerados como medios de implementación del aumento de capital en las compañías anónimas, de economía mixta y de responsabilidad limitada. A ello se debe que el artículo 183 de la Ley de Compañías no incluya a "los aportes para futura capitalización" entre tales medios. En efecto, el inciso primero del artículo expresa: "El pago de las aportaciones que deban hacerse por la suscripción de las nuevas acciones podrá realizarse: 1. En numerario, o en especie, si la Junta General hubiere aprobado aceptarla y hubieren sido legalmente aprobados los avalúos conforme a lo dispuesto en los artículos 156 (actual 144), 157 (actual 145) y 205 (actual 192), 2. Por compensación de créditos, 3. Por capitalización de reservas o de utilidades; y, 4. Por reserva o superávit proveniente de la revalorización de activos, con arreglo al reglamento que expedirá la Superintendencia de Compañías".

Lo dicho anteriormente respecto de "los aportes para futura capitalización" también ratifica el texto del artículo 184, que dice: " El aumento de capital por elevación del valor de las acciones requiere el consentimiento unánime de todos los accionistas si han de hacerse nuevas aportaciones en numerario o en especie. Se requerirá unanimidad de la junta si el aumento se hace por capitalización de utilidades. Pero, si las nuevas aportaciones se hicieren por compensación de créditos, se acordarán por mayoría de votos". Nótese que "los aportes para futura capitalización" tampoco figuran en este artículo como medios de implementación del aumento de capital.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

El tenor del literal del artículo 140 ibídem confirma lo arriba expuesto, en el sentido de que "los aportes para futura capitalización" no se consideran en los incrementos de capital de las compañías de responsabilidad limitada. La siguiente transcripción del inciso primero del artículo en mención, releva de cualquier comentario al respecto, cuando dice: "El pago de las aportaciones por la suscripción de nuevas participaciones podrá realizarse: 1. En numerario, 2. En especie, si la Junta General hubiere resuelto aceptada y si hubiere realizado el avalúo por los socios, o los peritos, conforme lo dispuesto en el artículo 104 de esta Ley, 3. Por compensación de créditos, 4. Por capitalización de reservas o de

utilidades; y, 5. Por reserva o superávit proveniente de la revalorización de activos, con arreglo al reglamento que expedirá la Superintendencia de Compañías".

La posibilidad de incrementar el capital suscrito con la reserva o superávit proveniente de la revalorización de activos, prevista en los ordinales 4 del artículo 183 y 5 del artículo 140 de la Ley de Compañías, no es contraria a la normativa societaria vigente; tampoco lo es a aquella por la que se introdujo en el país el sistema de la dolarización, pues permite la capitalización de reservas semejantes a las del superávit proveniente de la revalorización de activos. Tales son las reservas de capital (reexpresión monetaria y revalorización del patrimonio en virtud de la NEC 17), de valuación y de donaciones, cuyas formación y capitalización constan en los reglamentos sobre la materia.

La arraigada costumbre de que las compañías anónimas, de economía mixta y de responsabilidad limitada eleven su capital por medio de los denominados "aportes para futura capitalización" ha llevado al organismo de control a encontrar una vía que jurídicamente posibilite la realización de esos aportes. Tal es el modo de extinguir las obligaciones llamado compensación de créditos; modo que, por lo demás, está considerado en los preinsertos artículos de la Ley de Compañías.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En el contexto de la compensación de créditos, prevista en el artículo 1698 (actual 1671) del Código Civil como modo extintivo de las obligaciones, "los aportes para futura capitalización", no sin ciertas distinciones respecto de la compensación legal reglada en ese código, operan de esta manera: hecho el aporte, de forma voluntaria, por el accionista, socio o tercero y una vez dada la aceptación respectiva por el representante legal de la compañía receptora, ésta lo registra en la cuenta patrimonial del mismo nombre, esto es "aportes para futura capitalización".

Entonces se ha creado un crédito del accionista, socio o tercero contra la compañía receptora, crédito especial que debe contabilizarse en una cuenta patrimonial. Si a ésta conviniere la capitalización de esos aportes, promoverá una

Junta General que acuerde capitalizarlos. Y hecho esto, el accionista, socio o tercero aportante habrá de suscribir tantas acciones o participaciones en el aumento de capital, cuantas quedan en el crédito que le correspondiere contra la compañía. Con la suscripción indicada se genera un crédito de la compañía contra el aportante, crédito que es solucionado mediante la compensación voluntaria (no por el ministerio de la Ley) que se opera con el crédito que originalmente contrajo la compañía a favor del aportante, a la hora en que éste entregó, vía tradición, sus "aportes para futura capitalización", debiendo cancelarse la suma correspondiente de dicha cuenta, pasándola a la cuenta "capital". Si, en cambio, la Junta General no resolviere capitalizar dichos "aportes para futura capitalización" sino, más bien, devolver dichos valores, los mismos deberán entonces, registrarse en el pasivo social.

Cuando se produce un aumento de capital está fuera de dudas que quien lo hace es la compañía, pues a ella, por intermedio de su Junta General, en cuanto dueña del capital, atañe directamente el interés de precisar la cuantía de tal elevación así como los medios de implementación. Es por todo esto que el contrato de suscripción de acciones, definido por los incisos segundo y tercero del artículo 165 de la Ley de Compañías, se celebra entre la sociedad que acordó el incremento de capital y sus suscriptores, a través del ejercicio pleno del derecho de suscripción preferente, si en la ampliación de capital participan accionistas o socios respetando la exacta prorrata de sus acciones o participaciones, o bien accionistas o socios y terceros o solo terceros, si hubiere de parte de accionistas o socios renuncias totales o parciales, tácitas o expresas, a las suscripciones preferentes, o se dieren las situaciones excepcionales a las que se refiere el artículo 110 de la misma Ley, en tratándose de los socios de la compañía de responsabilidad limitada. De aquí que el momento que el socio o el tercero suscribe las acciones que han de emitirse con ocasión del aumento de capital, nazca un crédito de la compañía contra el suscriptor, crédito que ha de compensarse, de modo voluntario, con aquel otro que el aportante (que es también suscriptor) tiene contra la compañía desde el instante en que efectuó los "aportes para futura capitalización".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

La descripción que antecede se articula con la parte pertinente del artículo 1698 (actual 1671) del Código Civil, que expresa: "Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas...".

Como queda dicho, la compensación antes relatada es voluntaria, visto que se aparta de los requisitos que para la consumación de la compensación legal (por el ministerio de la Ley) prevén el artículo 1699 (actual 1672) y más pertinentes del Código Civil.

No se crea, eso sí, que una compensación voluntaria de este tipo puede asimilarse a una dación en pago, bajo el poco consistente argumento de que a quien tiene un crédito contra la compañía (por haber hecho en su favor "aportes para futura capitalización"), dicha compañía (siempre que esté de acuerdo ese acreedor) puede entregarle las acciones o participaciones sociales que correspondan al valor del crédito capitalizado mediante el respectivo incremento de capital.

En ese supuesto, en una evidente sustitución del objeto de la obligación, la dación en pago consistiría en la entrega por el deudor (compañía) de acciones o participaciones sociales, en vez de restituir (al acreedor) otras tantas cosas fungibles del mismo género y calidad que aquellas que recibió de éste, o de la suma de dinero equivalente al respectivo crédito.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

No puede tratarse, entonces, de una dación en pago porque para que ésta prospere es indispensable que el deudor (compañía) sea dueño de las acciones cuya propiedad transferiría mediante este mecanismo al acreedor, en sustitución del pago del crédito que debió hacer con otras tantas cosas fungibles del mismo género y calidad que aquellas que recibió de éste, o con dinero, en su caso. En efecto, las acciones así entregadas no son de propiedad de la compañía (deudor) sino de las personas (accionistas, socios o terceros) que las suscribieron dentro del respectivo aumento de capital. Adviértase que, como quedó dicho, la compañía no por ser dueña del capital es propietaria de las acciones que lo

representan o de las participaciones en que se divide, pues, como también se dejó establecido, aquellas o éstas pertenecen a los accionistas o socios o a terceros que ingresan como tales (accionistas o socios) a la compañía. Por consiguiente, no ha lugar a la llamada dación en pago.

Corrobora lo antes indicado el siguiente párrafo extraído del "ESTUDIO JURIDICO Y FINANCIERO DE LAS AMPLIACIONES DE CAPITAL DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS", cuya coautoría corresponde a los doctores Francisco Gil del Moral y Gerardo Moreu Serrano, Corredores de Comercio Colegiados. El párrafo consta en la página 104 de la obra de varios autores titulada "CONTRATOS SOBRE ACCIONES", Madrid 1994, y dice: "...Desde luego, a nuestro juicio, no existe una dación en pago pues el deudor (la sociedad) no cede, como exige el artículo 1175 (actual 1153) del Código Civil, en pago de sus deudas bienes propios (acciones propias), pues en ningún caso puede la sociedad suscribir acciones propias; por ello que si calificásemos como adjudicación en pago la suscripción realizada por un acreedor social cuya aportación es su crédito contra la sociedad, admitiríamos una previa suscripción (por la sociedad) que infringe la prohibición del artículo 74.1 y que queda sometida a la sanción recogida por el número 2 de ese artículo."

1.1 "Aporte para futura capitalización" con cargo a especies fungibles

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

De otro lado, desde la óptica del aportante, no cabe duda de que "el aporte para futura capitalización" constituye una inversión y, por ende, un riesgo, que, en definitiva, caracteriza a todo aporte a sociedad. Sin perjuicio de aquello, "el aporte para futura capitalización", no obstante carecer de la naturaleza jurídica del préstamo de consumo o mutuo, de alguna manera se asemeja a este contrato cuando dicho aporte se hace en especies fungibles, como las especies monetarias por ejemplo; lo cual, en este caso específico, por ser "el aporte para futura capitalización" un contrato innominado, permita la aplicación de ciertas reglas del contrato nominado que le es más afín, esto es el préstamo de consumo o mutuo.

Al hacer una comparación entre "el aporte para futura capitalización" y el mutuo, es evidente que hay que destacar algunas analogías, como éstas: que los dos contratos consisten en la entrega de cosas fungibles, pero más que eso el que la entrega de la cosa supone en uno y otro, necesariamente, la tradición de dicha cosa. La diferencia, menos importante que las semejanzas, radica en que el mutuo hay la vocación de restitución de la cosa fungible tratada, mientras que en "el aporte para futura capitalización" tal vocación no existe, pues, el aporte se hace sobre la intención definida de transferirlo, de modo definitivo, al capital de la compañía receptora, después de que se cumpla la operación de su aumento de capital por la vía de la compensación de créditos. Con todo, la referida restitución de alguna manera se realiza una vez consumada, mediante compensación de créditos, la capitalización del aporte hecho para ese fin, pues, el aportante, devenido en accionista o socio de la compañía, recibe de ella, en contraprestación a su crédito, si no otras especies de igual género y calidad que aquellas que entregó, al menos, acciones o participaciones, según sea el caso, originadas en el incremento de capital en que intervino. El valor de tales acciones o participaciones es, por cierto, equivalente al importe del crédito que, en su momento, el aportante tuvo contra la compañía respectiva.

La definición de mutuo, que trae el artículo 2126 (actual 2099) del Código Civil, dice: "Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad". Este concepto corrobora lo expuesto en párrafos precedentes y, dado el carácter innominado del contrato "aporte para futura capitalización", posibilita que a él se apliquen algunas reflexiones doctrinarias e incluso ciertas normas inherentes al contrato de mutuo o préstamo de consumo, que, como se conoce, es nominado.

Efectivamente, el aportante es una de las dos partes a las que se refiere la disposición transcrita, y la compañía receptora del aporte es la otra a la que también alude la norma precitada. Las cosas fungibles constituyen el dinero o las cosas fungibles constituyen el dinero o las cosas muebles de este tipo, es decir

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

aquellas que, de acuerdo con el artículo 612 (actual 593) del Código Civil, se destruyen en el primer uso conveniente a su naturaleza.

Conforme es conocido, el contrato de mutuo o préstamo de consumo es un contrato real, es decir un acto bilateral que se hace perfecto, nace a la vida jurídica o produce sus plenos efectos civiles con la entrega de la cosa fungible. Entrega que, en el señalado caso del mutuo, se produce con la tradición de ella, como así lo evidencia el tenor literal del artículo 2127 (actual 2100) ibídem, que reza: " No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio". Así también "los aportes para futura capitalización" no se "entregan" simplemente a la compañía que los recibe, sino que quien los hace, en verdad, los transfiere, es decir se opera una tradición del derecho de dominio o propiedad sobre ellos en beneficio de la compañía receptora, la cual queda en aptitud para de inmediato disponerlos de la forma que más convenga a su interés, de acuerdo con la Ley. Dicho de otro modo, este tipo de entrega supera -a diferencia de lo que ocurre en otros contratos reales, vgr: el depósito- el nivel de la mera entrega o colocación material de la cosa fungible, pues, excediéndolo, llega a tener, como en efecto tiene, la categoría de una auténtica tradición del derecho de dominio, tradición que faculta al adquirente usar, gozar y disponer de ella sin más limitaciones que las previstas en la Ley y en el contrato social.

Coherentemente con lo antes expuesto, con el "aporte para futura capitalización" de las cosas fungibles que no sean dinero -como es el caso de los inventarios- podría tener relación la norma del artículo 2128 (actual 2101) del Código Civil que, para el mutuo de cosas fungibles diferentes al metálico, establece lo siguiente: "Si se han prestado cosas fungibles, que no sean dinero, se deberá sustituir igual cantidad de cosas del mismo género y calidad, sea que el precio de ellas haya bajado o subido en el intervalo. Y si esto no fuere posible o no lo exigiere el acreedor, podrá el mutuario pagar lo que valgan en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse el pago". Por manera que hay que estar a esta regla de derecho para efectos del reintegro al aportante, en el evento de que, por decisión de la compañía, no prospere el aumento de capital en el que, sin éxito, deseó

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

participar quien hubiere aportado, para futura capitalización, cosas fungibles distintas al dinero.

En tal virtud la jornalización de la entrega de dinero efectivo como "aporte para futura capitalización", será:

Caja- Bancos USD$
Aporte para futura capitalización USD$

La jornalización de la entrega de bienes fungibles, que no sean dinero, como "aporte para futura capitalización", será:

Bien fungible USD$
Aporte para futura capitalización USD$

1.2 "Aporte para futura capitalización" con cargo a cosas no fungibles e inmuebles.

Nos quedaría por dilucidar si es posible o no el "aporte para futura capitalización" de cosa mueble no fungible o de cosa inmueble. La respuesta, en los dos casos, es afirmativa. En efecto, el "aporte para futura capitalización" de cosa mueble no fungible, por ejemplo un vehículo a motor, es posible siempre que dicho aporte se realice mediante contrato escrito. La exigencia del contrato escrito se explica en la necesidad de documentar el registro contable y de cumplir con un requisito meramente reglamentario que lo han tornado inexcusable las dependencias policiales, en su afán de ejercitar un mejor control sobre la propiedad de los vehículos motorizados.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Con este antecedente, una vez celebrado el contrato de aporte a sociedad del mueble no fungible y realizada su entrega a la compañía, ésta deviene en deudora de un crédito al aportante, crédito que, de convenir a las partes, bien puede compensarse con el crédito que el aportante pudiera contraer frente a la compañía al suscribir las acciones o participaciones que le correspondan en la

ampliación de capital que para el efecto hubiere dispuesto la Junta General de la compañía deudora del crédito formado a consecuencia de la tradición (a la sociedad) del mueble no fungible, bajo la figura "aportes para futura capitalización".

La jornalización en este caso será:

Bien mueble USD$
Aporte para futura capitalización USD$

Cabe aclarar que si no se hubiere celebrado contrato de aporte sino de compraventa de mueble no fungible, vgr: de un vehículo a motor, siempre que se deseare aplicar la compensación de créditos como modo de extinción de las obligaciones, cuando el precio de la compraventa o parte de éste no pague la compañía compradora al correspondiente vendedor, habrá lugar a tal compensación. Procediendo así el vendedor tendrá un crédito contra la compañía, crédito que, una vez registrado en el pasivo social, de no mediar inconveniente, puede compensarse con aquel otro que tenga la compañía contra el vendedor devenido en acreedor, en razón de haber suscrito éste acciones o participaciones en la elevación de capital dispuesta para ese efecto por la junta general de la compañía.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Según puede apreciarse, la compraventa es título adquisitivo distinto del aporte a sociedad, pero que, con éste, siempre que no se pague total o parcialmente el precio de la compraventa, puede propiciar, a través de la respectiva compensación, el que se extingan obligaciones recíprocas existentes entre la compañía y el vendedor devenido en su acreedor.

En este caso la jornalización será:

Bien mueble USD$
Aporte para futura capitalización USD$

En lo que concierne al aporte de inmueble para futura capitalización, es importante que el aportante celebre con la compañía receptora la respectiva escritura pública que contenga este contrato, y que dicho título luego se inscriba en el Registro de la Propiedad que fuere competente para ello. Cumplido esto, la compañía ha contraído un crédito a favor del aportante, crédito que, de convenir a las partes puede compensarse con las acciones o participaciones que el acreedor suscriba en el aumento de capital que para el caso haya resuelto implementar la Junta General de la compañía.

En este caso la jornalización será:

Bien inmueble USD$
Aporte para futura capitalización USD$

Podría también ocurrir que se haya celebrado un contrato de compraventa de inmueble y no el de aporte de un bien de ese tipo para futura capitalización, y que a ello se sume el hecho de que el precio de la compraventa no se haya pagado, en todo o en parte. Si tal sucediere se estará a lo expuesto para el caso de la compraventa de bien mueble no fungible, en la que se hubiere omitido, total o parcialmente, el pago de su precio, y la jornalización respectiva se hará así:

Bien inmueble USD$
Aporte para futura capitalización USD$

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

1.3 Los "aportes para futura capitalización" no pueden tener los efectos del pago en dinero o en especie.

A partir de lo antes indicado se puede concluir que "los aportes para futura capitalización" no pueden tener, bajo ningún entendido, los efectos del pago en numerario (dinero efectivo) o en especie, ni peor ser considerados como sinónimos de estos último medios de integración, puesto que para que se pague en numerario o en especie es menester que, antes que nada, la Junta General respectiva lo establezca entre las bases que configuren el incremento de capital

de que se trate. Así se dispone en los incisos final del artículo 183 de la Ley de Compañías y penúltimo del artículo 140 del mismo cuerpo de leyes que, con idéntico texto, a su turno, expresan: "La Junta General que acordare el aumento de capital establecerá las bases de las operaciones que quedan enumeradas".

Dicho en otras palabras, cuando la junta dispone, entre las bases del aumento de capital, que éste se pague en numerario o en especies, como es obvio, la resolución de la junta en tal sentido antecede al pago, o lo que resulta equivalente, el pago se realiza como consecuencia de la suscripción o asunción de acciones o participaciones (en el aumento de capital) por cada suscriptor; surge, entonces, un vínculo obligacional entre éste y la compañía (cuya Junta General previamente acordó el incremento de capital), vínculo que fuerza al suscriptor a pagar, en numerario (dinero efectivo) o en especies, según corresponda, la suscripción que hubiere efectuado. La cuarta acepción que sobre el término "numerario" trae el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, en su página 1554: "Moneda acuñada, o dinero efectivo", ayuda a comprender, en su cabal magnitud, la liquidez que busca la compañía con el pago en dinero efectivo de la respectiva suscripción.

Mientras que cuando la junta decide, entre las bases de la elevación de capital, la compensación de créditos, es porque éstos de antemano integran el patrimonio social, pues, con anterioridad esa decisión, voluntariamente, o sea al margen de cualquier nexo obligacional, el aportante hizo su "aporte para futura capitalización".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Además, una vez resuelto por la junta el pago en numerario (dinero o metálico) de acciones o participaciones suscritas en un incremento de capital, no cabe duda de que de ello la compañía espera obtener y efectivamente obtiene una inyección de liquidez, es decir la captación de recursos frescos necesarios para cualquier movimiento financiero justificable: el pago de deudas sociales, la cobertura de pérdidas, la inversión en mejoras del negocio dentro de su giro o en la ampliación de éste a través de nuevas líneas, previa la correspondiente reforma de su objeto.

No así cuando la Junta General ha resuelto una ampliación de capital con cargo a los "aportes para futura capitalización", pues, en este caso, apenas se perfeccione el incremento de capital, se dispondrá que pasen a figurar en la cuenta "capital", como recursos propios de la sociedad, aquellos que hasta antes de ese perfeccionamiento constaban como recursos ajenos en la cuenta patrimonial "aportes para futura capitalización". Trátase, en consecuencia, de recursos si no dispuestos ya por la compañía, al menos en aptitud de haberlos sido tan pronto como fueron traditados a ella. Queda en evidencia, por lo mismo, que la capitalización de los aportes para futuras aumentos de capital no supone la capitalización de recursos frescos, sino la mera transferencia de una cuenta a otra de recursos ya ingresados e incluso dispuestos por la sociedad.
Por lo expuesto cuando existan aportaciones en numerario, la jornalización será así:

Caja-Bancos USD$
Aporte para futura capitalización USD$

Cuando existan aportaciones en especies muebles, para efectuar la jornalización que corresponda, habrá que esperar la inscripción de aumento de capital en el Registro Mercantil; pero, para proceder a la jornalización a que hubiere lugar, si se tratare de aportaciones en especies inmuebles habrá que esperar la inscripción de la referida escritura pública en el Registro de la Propiedad y en el Registro Mercantil. En estos casos la jornalización será así:

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Activo USD$
Aporte para futura capitalización USD$

II

UNA VEZ REALIZADO POR UN ACCIONISTA, SOCIO O TERCERO UN PRÉSTAMO, CON O SIN INTERESES, A FAVOR DE UNA COMPAÑÍA, ÉSTA DEBE REGISTRARLO EN SU PASIVO, PERO SI EL ACCIONISTA, SOCIO O TERCERO LE INFORMARE, POR ESCRITO, QUE DESEA CAPITALIZARLO,

DICHO CRÉDITO PODRÁ, EN SU MOMENTO, CAPITALIZARSE COMO COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS, PREVIA RESOLUCIÓN DE LA JUNTA GENERAL EN ESE SENTIDO; O, EN TANTO LO SOLICITE EL PETICIONARIO Y LO ACEPTE LA COMPAÑÍA A TRAVÉS DE SU REPRESENTANTE LEGAL, TRANSFERIRSE A LA CUENTA PATRIMONIAL "APORTES PARA FUTURA CAPITALIZACIÓN", PARA QUE LA JUNTA GENERAL RESUELVA SU CAPITALIZACIÓN, BAJO LA MISMA FIGURA.

Base legal:

Artículos: 556 del Código de Comercio; y, 2128 del Código Civil.

El mutuo o préstamo de consumo que, con o sin intereses, en dinero o en especies fungibles, hagan accionistas, socios o terceros a una compañía anónima, de economía mixta o de responsabilidad limitada, debe registrarse en el pasivo de dicha sociedad.

El mutuo o préstamo en dinero debe jornalizarse de la siguiente manera:

Caja-Bancos USD$
Cuentas o documentos por pagar USD$

El mutuo o préstamo en especies fungibles deberá jornalizarse de la siguiente manera:

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Bien Fungible USD$
Cuentas o documentos por pagar USD$

En estos casos, el valor del indicado mutuo continuará contabilizando en dicho pasivo, y el acreedor podrá solicitar la capitalización de su crédito al representante legal de la compañía deudora; ésta, por su parte, si aceptare la proposición, resolverá en Junta General aumentar su capital por compensación de créditos.

Si el acreedor prefiriere, podrá pedir por escrito al representante legal de la compañía que se transfiera el valor de su crédito a la cuenta patrimonial "aportes para futura capitalización", a fin de que la Junta General, en su momento, lo considere en la compensación de créditos respectiva, dentro del aumento de capital que para el caso acordare dicho órgano de gobierno. Si el representante legal aprobare la propuesta, la jornalización correspondiente se efectuará así:

Cuentas o documentos por pagar USD$
Aporte para futura capitalización USD$

De no convenir a sus intereses, la compañía procederá en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2128 (actual 2101) del Código Civil, transcrito y comentado en el numeral I de la presente doctrina, si el préstamo es civil, o de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 556 del Código de Comercio, si el préstamo mercantil fuere en dinero. A mayor abundamiento el artículo últimamente mencionado dice: "En los préstamos hechos en dinero por una cantidad determinada genéricamente, cumple el deudor con devolver cantidad igual numérica con arreglo al valor nominal que tenga la moneda cuando se haga la devolución. Pero si se hizo sobre monedas específicamente determinadas, con la condición de volver otras de la misma especie, se cumplirá así por el deudor, aun cuando se hubiere alterado el valor de la moneda".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Si la compañía receptora estuviere interesada en aumentar su capital a base de los "aportes para futura capitalización", no tendría sino que acordar las bases respectivas en la Junta General que para el efecto promueva, tras lo cual procederá de acuerdo a lo que se deja explicado en el numeral I. De consumarse la operación se habrá compensado el crédito que tenga su titular contra la compañía, con el que ésta llegue a tener contra aquél por devenir en suscriptor de las acciones o participaciones que se emitan dentro del respectivo incremento de capital.

III

PARA QUE LAS ENTREGAS DE DINERO O DE BIENES MUEBLES EN DEPÓSITO PUEDAN SER CAPITALIZADAS SE REQUIERE QUE HAYA PETICIÓN, POR ESCRITO, EN TAL SENTIDO, DIRIGIDA POR EL DEPOSITANTE A LA COMPAÑÍA DEPOSITARIA. SI LA JUNTA GENERAL, POR SU PARTE, ACORDARE EL AUMENTO DE CAPITAL SOLICITADO, ÉSTE SE REALIZARÁ MEDIANTE COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS, SIEMPRE QUE EL DEPÓSITO SE HAYA HECHO EN DINERO Y A ÉSTE LE HAYA DADO LA COMPAÑÍA EL DESTINO QUE, DE CONFORMIDAD CON SU REGLA GENERAL, DISPONE EL ARTÍCULO 2153 (actual 2126) DEL CÓDIGO CIVIL.

SI, HABIENDO OCURRIDO LOS SUPUESTOS DE PETICIÓN Y ACEPTACIÓN ANTES SEÑALADOS, EL DEPÓSITO DE DINERO SE EFECTUARE DE ACUERDO CON LA EXCEPCIÓN (SE REFIERE AL ARCA CERRADA) QUE CONSTA EN EL MISMO ARTÍCULO O EN ESPECIES MUEBLES, EL AUMENTO DE CAPITAL SE EFECTUARÁ TAMBIÉN MEDIANTE COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS, TODA VEZ QUE LA MANIFESTACIÓN VOLUNTARIA DE CAPITALIZAR EL DINERO EN ARCA CERRADA O LAS ESPECIES MUEBLES DEBE LA COMPAÑÍA CONTABILIZARLOS COMO "APORTES PARA FUTURA CAPITALIZACIÓN".

Base legal:

Artículos: 2143, 2144 Y 2153 del Código Civil.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Según el artículo 2143 (actual 2116) del Código Civil "Llámase en general depósito al contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie.// La cosa depositada se llama también depósito", de donde se sigue que la entrega de dinero o de especies muebles, fungibles o no, dadas en depósito, mercantil o civil, en parte difiere de los lineamientos trazados en esta Doctrina tanto para "los aportes para futura capitalización" como para la capitalización de préstanlos de consumo o mutuos concebidos a una compañía anónima, de economía mixta o de responsabilidad limitada. Entre otras razones ello se debe a que el depósito, mercantil o civil, por

ser en ambos casos un contrato real, se hace perfecto con la mera entrega o colocación material de la cosa, y no con la tradición de ésta, que, como se sabe, en cambio, es requisito indispensable para que el mutuo o préstamo de consuno se perfeccione. Así lo confirma el artículo 2144 (actual 2117) del Código Civil, que expresa: "El contrato se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario".

En esta línea de reflexiones, los plenos efectos civiles del depósito resultantes de la simple entrega de la cosa son totalmente ajenos a la tradición de ella, puesto que el depositante no transfiere al depositario la propiedad de la cosa depositada. Esto, ciertamente, no quiere decir que el depositario del dinero (compañía) que no esté en la excepción prescrita en el artículo 2153 (actual 2126) del Código Civil no pueda emplear dicho dinero en cualquier fin social lícito, dándole el uso que convenga a su naturaleza (fungible). El texto del artículo 2153 (actual 2126) ratifica lo antes indicado, en estos términos: "En el depósito de dinero, si no es en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin factura (excepción), se presumirá que se permite emplearlo; y el depositario estará obligado a restituir otro tanto en dinero, de acuerdo con la ley".

Y si la compañía depositaria, en ejecución de la regla general del artículo 2153 (actual 2126), utilizare o diere cualquier destino legal al dinero recibido en depósito, lo natural es que, procediendo así, la compañía contraiga un crédito en favor del depositante, **crédito que ha de registrar en su pasivo, para en virtud de él quedar obligada a reintegrarle**, en su momento, otras tanta s especies monetarias del mismo género y calidad que las que recibió. En el caso descrito, el depósito no se convertirá en un préstamo o mutuo, pero sí será un crédito (obligación de dar) que la compañía debe satisfacer al depositante, al término del depósito; o bien, de convenir a las partes, un crédito que ha de compensarse con el que nazca en beneficio de la compañía, al disponer ésta un aumento de capital en el que el depositante original suscriba las acciones o participaciones que corresponda a su crédito.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

En este caso la jornalización será la siguiente:

Caja-Bancos USD$
Cuentas o documentos por pagar USD$

Si el accionista, socio o tercero que entregó en depósito dinero "en arca cerrada" (este caso, aunque absolutamente improbable en la práctica societaria, se refiere a la excepción consagrada en el artículo 2153 (actual 2126) del Código Civil) o especies muebles a la compañía (depositaria), le informa, por escrito, al término del contrato de depósito o aun antes de dicho término, su deseo de capitalizar tales dinero "en arca cerrada "o especies muebles, y la depositaria acepta esa proposición, por medio de una constancia escrita de su representante legal, la compañía deberá contabilizar esos recursos como "aportes para futura capitalización", y no cabe duda de que el negocio jurídico así ajustado ha de implementarse a través de la correspondiente elevación de capital en la que el pago de las acciones o participaciones suscritas debe efectuarse por compensación de créditos. En efecto, la Junta General respectiva debe sentar las bases de la operación que permitirá al antiguo depositante, devenido en aportante, suscribir las acciones o participaciones que haya de integrarlas con el crédito proveniente de la tradición del dinero "en arca cerrada" o con las especies muebles originalmente dadas en depósito.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

La jornalización para el caso de dinero en efectivo será:

Caja-Bancos USD$
Cuentas o documentos por pagar USD$

La jornalización para el caso de especies muebles será:

Bien mueble USD$
Cuentas o documentos por pagar USD$

IV

LAS REMESAS DE NUMERARIO (DINERO EFECTIVO) O LAS ENTREGAS DE ESPECIES MUEBLES HECHAS POR LA CASA MATRIZ DE UNA COMPAÑIA U OTRA EMPRESA EXTRANJERA ORGANIZADA COMO PERSONA JURIDICA, A LA SUCURSAL QUE HUBIERE ESTABLECIDO EN EL ECUADOR, SE CONTABILIZARÁN COMO APORTES EN NUMERARIO O EN ESPECIES Y, EN NINGÚN CASO, COMO COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS.

La sucursal de compañía u otra empresa extranjera organizada como persona jurídica, establecida en el país, como se sabe, no es sino un apéndice jurídico y económico de tal compañía. Por lo mismo, la sucursal, en sí, no es una compañía ni tiene personalidad jurídica; es tan solo una proyección extraterritorial de la matriz en el territorio ecuatoriano. En ello se explica que las entidades extranjeras, que sí son personas jurídicas, deban ejecutar actos y celebrar contratos a través de un representante legal, inevitable para estos efectos, mientras que la sucursal en el Ecuador, cuyo establecimiento está librado a la sola voluntad de la compañía extranjera de que se trate, esté es el caso de ejecutar actos o celebrar contratos y, desde luego, cumplir las obligaciones contraídas, a través de un representante convencional o voluntario, llamado en la doctrina apoderado permanente.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Por lo expuesto, aparece evidente que la compañía o empresa extranjera y su sucursal en el Ecuador son una sola entidad de derecho y, por serlo, no cabe que la matriz preste dinero o bienes muebles, a su sucursal en el Ecuador, visto que en el admitido caso de que ello ocurriere el préstamo sería a sí mismo, lo cual luce ilógico e inaceptable. De ahí que una casa matriz no pueda conceder préstamos de consumo o mutuos a la sucursal o sucursales que hubiere establecido en el territorio ecuatoriano, ni peor todavía que dicha sucursal, con los pretensos préstamos, pueda elevar su capital asignado. Sí es posible, en cambio, que casa matriz asigne a su sucursal en el Ecuador una cierta suma de dinero o determinadas especies muebles, y que esta última aplique esa suma o esas especies muebles a un aumento de su capital asignado. Procediendo de este

modo la entidad extranjera habría aumentado el capital asignado a su sucursal en el país, ya mediante aportes en numerario o ya en especies muebles aptas para el giro social.

Para concluir, las tesis expuestas en esta Doctrina no constituyen, ni mucho menos, una novedad, pues la Superintendencia de Compañías ha venido manteniéndolas de muchos años a esta parte. Así lo demuestra el artículo que sobre la temática aquí abordada publicó la entidad, hacia el año 1981, en la Revista "Aporte", volumen I, 2, páginas 18 a 21, 30 y 43, bajo el título "ALGUNOS RAZONAMIENTOS SOBRE ASPECTOS CONTABLES Y FINANCIEROS DE LAS FORMAS DE PAGO DE LOS AUMENTOS DE CAPITAL DE COMPAÑIAS.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 149

CASO EN EL QUE PODRÍA NO PUBLICARSE LA RESOLUCIÓN EN QUE SE ORDENE LA LIQUIDACIÓN DE UNA COMPAÑÍA

1. La reactivación de una compañía, en el caso de que ésta se hubiera disuelto de pleno derecho por vencimiento de su plazo de duración, bien puede cumplirse prescindiendo de la publicación de la resolución en que se ordene su liquidación, siempre que se pida tal reactivación y para ello se adjunte las copias de la escritura pública que la contenga.

Si el representante legal de la compañía incursa en la situación anterior no hubiere publicado la resolución en que se disponga la liquidación de ésta, solicitare que, en guarda de los intereses sociales, se exonere a la compañía de tal publicación y además pidiere la aprobación del acto de reactivación, debidamente instrumentado, el Superintendente, cerciorándose de que la compañía no esté comprendida en otra causa de disolución, en una misma resolución, dispondrá la marginación de la orden de liquidación en la escritura constitutiva de la compañía, así como la inscripción de tal orden en el Registro Mercantil; y, después, la aprobación de la reactivación y la marginación de ésta en la escritura constitutiva, del mismo modo que la publicación del extracto de este acto, en la forma señalada por la Ley, y la inscripción de la reactivación en el Registro Mercantil.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Base legal:

Arts. 361 ordinal 1, 367 inciso segundo, 374 y 377 literal a) de la Ley de Compañías.

1. Según la experiencia recogida por la Institución, el inadvertido vencimiento del plazo de duración de las compañías, en no pocas veces, ha sido causa de graves perjuicios para ellas, en vista de que las sociedades incurras en es la situación, al hallarse impedidas de desarrollar las actividades propias de sus giros, se ven

abocadas a una drástica merma de la producción de los bienes y servicios resultantes de esas actividades y, por ende, a la disminución sensible de sus ingresos.

Es sabido que el vencimiento del plazo de duración de una compañía constituye causa de su disolución de pleno derecho, y que, como consecuencia de este tipo de disolución, el respectivo proceso de liquidación se inicia con la inscripción de la resolución en que se la dispone. Así lo prescriben, en su orden, los artículos 361 ordinal 1 y 367 inciso segundo y 377 literal a) de la Ley de Compañías.

Si al vencimiento del plazo de existencia legal de la compañía, de suyo gravoso en razón de los efectos antes señalados, se suma el hecho de que, en acatamiento a lo previsto en el inciso segundo del artículo 367 ibídem, el representante legal respectivo está en el caso de publicar -por la prensa- la resolución en que se dispone la liquidación, cuando su representada se ha disuelto, de pleno derecho, por el motivo arriba citado, se advertirá la situación de veras difícil en que se halla dicha compañía. En efecto, a la imposibilidad legal de desarrollar su giro se añadirían los eventuales perjuicios que podrían devenir de la publicación en los medios escritos- de la orden de liquidación.

De ahí que la Superintendencia de Compañías, compenetrada de su alta misión de propender a la subsistencia de las sociedades mercantiles que controla, consciente además de los inconvenientes que ocasiona a la compañía la sola terminación de su plazo de vida jurídica, estima que la publicación de la resolución con se ordena su liquidación puede acrecentar, en gran medida, las dificultades que atraviesa, llegando, incluso, a ser causa determinante de múltiples perjuicios sociales. En esta línea, una vez disuelta la compañía por el ministerio de la Ley, a consecuencia del vencimiento de su plazo de duración, considera que se le puede exonerar de la publicación de la orden de liquidación correspondiente, siempre que su representante legal lo solicite y además pida la aprobación de la reactivación, adjuntando para el efecto copias certificadas de la escritura pública que contenga ese acto societario, cuyo fundamento radica en el

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

señalamiento de un nuevo plazo y en la consiguiente reforma del contrato social, todo en armonía con las decisiones que adopte la junta general al respecto.

2. Con los elementos de juicio hasta aquí indicados, en tanto la compañía no haya publicado la resolución por la que se ordene su liquidación y siempre que, de acuerdo con lo normado en el artículo 374 de la Ley de Compañías no haya de por medio otra causa de disolución, el Superintendente, en una misma resolución, dispondrá, en primer lugar, la marginación de la orden de liquidación en la escritura constitutiva de la compañía, como también la inscripción de tal orden en el Registro Mercantil, a fin de con ello poner a dicha compañía en liquidación y posibilitar que opere la figura jurídica de la reactivación dula sociedad en proceso de liquidación, según los términos de los artículos 377 literal a) y 374 ibídem, respectivamente; y, en segundo lugar, aprobará la reactivación y dispondrá su marginación en la escritura fundacional, así como la publicación del extracto del acto de reactivación y la inscripción del mismo en el Registro Mercantil.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

DOCTRINA 150

LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS DISPONDRÁ EL REGISTRO Y PUBLICACIÓN DEL PODER DE QUE SE HALLA INVESTIDO EL FACTOR DE COMERCIO

Base legal:

Arts.4, 33, 136, 151, 260, 307 y 311 de la Ley de Compañías; 30 numeral 9, 117, 120, 121, 133 y 138 del Código de Comercio, así como 2061 y 2094 del Código Civil y Art. 25 literal i) de la Ley de Registro.- Doctrinas Jurídicas Nos. 66 y 146.

1. Corresponde a la Superintendencia de Compañías disponer el registro y la publicación del poder especial que el representante legal de una compañía nacional sometida al control institucional extienda a favor del factor de comercio que obre en nombre y por cuenta de ella, dentro del ámbito en que opere su sucursal.

En consecuencia, en la misma resolución en que, cuando corresponda, el Superintendente de Compañías apruebe el acto societario de apertura de sucursal de una compañía sujeta a su control, así como ordene la publicación del extracto respectivo (en los domicilios principal y especial de la compañía) y la inscripción de ese acto y de su resolución aprobatoria en el Registro Mercantil, dispondrá, además, que se registre y publique íntegramente el poder extendido por el representante legal de la compañía al factor de comercio, poder que, incorporado en la escritura de establecimiento de sucursal o contenido en otra independiente, para estos efectos, se someterá a conocimiento de la citada autoridad.

Conforme consta en la Doctrina 66, la resolución por la que una compañía nacional, sujeta al control de la Superintendencia de Compañías, establezca sucursal dentro del territorio ecuatoriano, puede ser adoptada por la Junta

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

General de Socios o Accionistas o bien por el órgano administrativo, pluripersonal o individual, que, en cada caso, señale el estatuto. Resuelta la apertura de la sucursal por el órgano estatutario competente, de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Ley de Compañías, debe elevarse a escritura pública y; si se prefiriere, incorporarse en ella el poder de factor de comercio, o bien extenderse en escritura pública independiente, para luego someter tres copias certificadas de la escritura pública única o tres copias, igualmente auténticas, de cada una de las dos escrituras, a conocimiento y decisión de la Superintendencia de Compañías.

Si por cumplidos los requisitos legales correspondientes, la Superintendencia aprobare el acto jurídico de apertura de sucursal, en la resolución aprobatoria, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 136 ó 151 de la Ley de la materia, ordenará la publicación, por una vez, del extracto que contenga los datos esenciales de ese acto societario, en uno de los diarios de mayor circulación tanto en el domicilio principal de la compañía como en el especial que correspondiere a la sucursal en proceso as apertura. De tener ese diario amplia circulación en los dos domicilios (el principal o general y el especial), bastará, que el extracto se publique, por una vez, únicamente, en dicho diario. La citada resolución dispondrá además: la inscripción de la apertura de sucursal y de su resolución aprobatoria en el Registro Mercantil pertinente, inscripción con cuyo cumplimiento se hará perfecta la apertura de la sucursal.

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

La importancia de la sucursal (que, como se conoce, no es una persona jurídica pero sí un brazo ejecutor del giro social en el ámbito dentro del cual opera) marca el texto del inciso segundo del artículo 4 de la Ley de Compañías, en estos términos: "...Si las compañías tuvieren sucursales o establecimientos administrados por un factor, los lugares en que funcionen éstas o éstos se considerarán como domicilio de tales compañías para los efectos judiciales o extrajudiciales derivados de los actos o contratos realizados por los mismos.".

Es decir que el lugar en que funcione la sucursal constituye el domicilio especial de la compañía para los efectos judiciales o extrajudiciales que se originen en los

actos o contratos que, en ejercicio de las facultades constantes en el respectivo poder, ejecute o celebre la persona investida de ellas, esto es el factor de comercio.

Ahora, bien, los actos y contratos realizados por el factor de comercio, en nombre de la compañía, dentro del ámbito de la sucursal, de perjudicar a los intereses de terceros, pueden ser demandados, a elección de éstos, al factor de comercio o al representante legal de la compañía, pero no a los dos. Así prescribe el artículo 133 del Código de Comercio, cuando dice: "...los terceros que contrataren con un factor o dependiente, podrán, a su elección, dirigir sus acciones contra éstos o sus principales, pero no contra ambos."

Ciertamente que Ley de Compañías, en ninguna de sus disposiciones, confiere, en forma expresa, al Superintendente atribución de calificar o aprobar el poder especial que el representante legal de la compañía nacional otorgue al factor de comercio de ella.

Tampoco disposición alguna confiere al juez de lo Civil atribuciones para que califique o apruebe el antedicho poder, es decir el otorgado por el representante legal de una compañía nacional al factor de comercio que obre por ella en una sucursal abierta en el país. Es más, tal autoridad judicial ni siquiera tiene facultad para ordenar el registro y publicación de ese instrumento. La tiene, en cambio, únicamente, según el artículo 32 de la Ley de Registro, en concordancia con el inciso segundo del artículo 419 de la Ley de Compañías: para calificar, mediante providencia, la legalidad de la forma y la autenticidad de los documentos otorgados en naciones extranjeras, siempre que tales documentos no sean los poderes que conceden los representantes legales de las compañías extranjeras a sus factores, cuando tales compañías se hallan domiciliadas en el Ecuador, puesto que, en estos casos, de conformidad con lo prescrito en el artículo últimamente mencionado, compete exclusivamente a la Superintendencia de Compañías esa calificación.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

De lo señalado se deducirá sin esfuerzo que la norma del artículo 32 de la Ley de Registro no alcanza a los poderes que extiendan a sus factores de comercio los representantes legales de las compañías nacionales sometidas al control institucional.

No obstante lo expuesto en líneas anteriores, gracias al vínculo o nexo permanente que se da entre el establecimiento de la sucursal y la designación, mediante poder, del factor de comercio que ha de administrarla, surge una suerte de atribución implícita que obliga al Superintendente a ordenar el registro y publicación de ese poder.

En esta línea, dicho funcionario debe disponer el cabal cumplimiento del precepto contenido en el inciso segundo del artículo 120 del Código de Comercio, que dice: "El Poder (se refiere al que se extienda al factor de comercio) será registrado y publicado en la forma prescrita en la Sección 1a. del Título I del Libro I"; es decir que, de acuerdo con la normativa de esa sección, el citado poder debe publicarse íntegramente en la imprenta. Por lo demás, la disposición preinserta, en lo relativo a la inscripción, concuerda con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 30 ibídem, que expresa: "El Registro se llevará en un libro foliado en el que se inscribirán: 9. Los poderes que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes para administrar sus negocios". Se articula también con lo normado en el literal i) del artículo 25 de la Ley de Registro, que expresa: "Están sujetos al registro los títulos, actos y documentos siguientes: i) Los documentos que se mencionan en el libro primero, sección segunda, párrafo segundo del Código de Comercio, inclusive los nombramientos de los administradores de las compañías civiles y mercantiles".

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Resulta de fácil verificación que uno de los documentos que se citan en el libro primero, sección segunda, párrafo segundo del Código de Comercio, es el poder que el comerciante otorga a su factor de comercio para administrar sus negocios.

Y lo anterior, como se expuso ya, debido a que existe un nexo o vínculo permanente entre la sucursal (cuya apertura compete a la compañía y cuya

aprobación corresponde al organismo de control) y el otorgamiento del poder especial respectivo por parte del representante legal de la sociedad que haya resuelto establecerla, a fin de que, en base a las atribuciones constantes en dicho instrumento, el factor de comercio la administre.

El artículo 117 del Código de Comercio señala el status jurídico del factor de comercio, al expresar que "es el gerente de una empresa, o establecimiento mercantil o fabril, o de un ramo de ellos, que administra por cuenta del dueño". Por cierto, en este caso, el "establecimiento mercantil o fabril" al que se refiere la norma transcrita no es otro que la sucursal de la compañía. La disposición legal contribuye, entonces, a evidenciar la estrecha imbricación que se produce entre la apertura de la sucursal y la designación de su administrador, esto es el factor de comercio. Ello significa que no tiene sentido el establecimiento de una sucursal si esto no va atado a la designación de su factor comercio, pues, careciendo la sucursal de gerente, deviene en infuncional e inoperativa. Se trata, por lo tanto, de dos elementos de cuya necesaria articulación depende el quehacer efectivo de la sucursal. De aquí fluye la lógica en virtud de la cual el Superintendente debe disponer el registro y publicación del poder especial contentivo de las facultades extendidas por el representante legal de la compañía al factor de comercio, quien, conforme al tenor literal del artículo 117, "es el gerente" de la sucursal.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Como si lo anterior fuera poco, hay otro importante fundamento jurídico que justifica el que la Superintendencia de Compañías disponga el registro y publicación del poder extendido al factor de comercio de una compañía nacional. Tal fundamento se encuentra en el inciso primero del artículo 260 de la Ley de Compañías que, en la parte pertinente, dice: "El administrador de la sociedad que ejerce la representación de ésta podrá obrar por medio de apoderado o procurador para aquellos actos para los cuales se halle facultado el representante o administrador. Pero si el poder tiene el carácter de general con respecto a dichos actos, o para la designación de factores, será necesaria la autorización del órgano por el cual fue elegido".

Según se aprecia en la norma antes transcrita, el representante legal de una compañía nacional no puede conferir, por su sola voluntad, a nombre de su representada, poder a un factor de comercio, pues, hace falta que previamente obtenga la debida autorización del órgano estatutario que lo eligió.

Se trata, en consecuencia, de una limitación legal (prevista en la ley) a su facultad de nombrar factor de comercio, limitación cuyo cumplimiento, en su momento debe verificarlo la Superintendencia de Compañías a los efectos de asegurar que el poder conferido al factor tenga plena eficacia frente a terceros. Ciertamente que un poder extendido a un factor de comercio por el representante legal de una compañía nacional sería inoponible frente a terceros que contraten con tal compañía, en el evento de que dicho poder no se hubiese extendido con la previa autorización del órgano estatutario que designe al poderdante (representante legal).

He aquí otro motivo jurídico que induce a la Superintendencia de Compañías a autorizar el registro y publicación del poder en cuestión, puesto que no luciría coherente que una sociedad nacional sujeta al control de la entidad confiera poder, a través de su represente legal, a una persona investida como factor de comercio, omitiendo el requisito de la antedicha autorización previa. Para superar a tiempo, los efectos perjudiciales de esa omisión, deliberada o no, está, precisamente, el organismo de control.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

2. Si la constitución de la compañía y la apertura de la sucursal ocurrieren simultáneamente, de estimarlo procedente, el organismo de control aprobará el contrato constitutivo y el acto de apertura, así corno ordenará las publicaciones e inscripciones que dispone la ley, sin perjuicio de que, una vez formada la compañía, su representante legal someta a conocimiento de la Superintendencia del ramo las tres copias certificadas de la escritura pública que contenga el poder que haya extendido al factor de comercio a fin de que dicho organismo disponga el registro y la íntegra publicación de ese instrumento. Solo con el cumplimiento de tales formalidades el factor de

comercio queda en aptitud jurídica de ejecutar los actos o celebrar los contratos inherentes al giro de la compañía, en el ámbito de su sucursal.

Cuando una compañía nacional incluya en su contrato constitutivo la apertura de sucursal, el Superintendente, en la respectiva resolución aprobatoria de esos actos, no podría disponer el registro y publicación del poder a favor de la persona que se desempeñaría como factor de comercio de la sucursal. Tal no podría hacerlo por la sencilla razón de que, al momento de expedir la resolución aprobatoria, la sociedad en vías de formación todavía no cuenta con el administrador que la represente legalmente para los efectos de la concesión del poder a la persona que vaya a ser factor de comercio de la sucursal.

Es por ello que en la respectiva resolución aprobatoria solo podrán ordenarse las publicaciones del extracto, así como las inscripciones que correspondan, sin perjuicio de disponer, eso si, que como precondición al inicio de las actividades operativas de la sucursal, el representante legal de la compañía someta a conocimiento de la Superintendencia tres copias auténticas de la escritura pública que contenga el poder que, con la autorización previa pertinente haya extendido a la persona seleccionada como factor de comercio de la sucursal, a fin de que, con vista del contenido de ese instrumento, la institución disponga el registro y publicación del mismo.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

3. Si el poder conferido a un factor de comercio por el representante legal de una compañía nacional sujeta al control de la institución terminare por uno o más de los motivos previstos en los artículos 138 del Código de Comercio y 2094 (actual 2067) del Código Civil, el nuevo poder que el representante legal de dicha compañía extendiere al factor de comercio, deberá someter, a conocimiento del Superintendente de Compañías, quien, mediante resolución, dispondrá su registro y su íntegra publicación.

Bien podría producirse el hecho de que, por uno o más de los motivos prescritos en los artículos 138 del Código de Comercio y 2094 (actual 2067) del Código Civil, termine el poder que acredite el desempeño del encargo del factor de comercio en

la sucursal de una compañía ecuatoriana vigilada por la entidad. En este supuesto, siempre que la compañía respectiva no decida cerrar la sucursal de que se trate, su representante legal, una vez obtenida la autorización previa indispensable, debe extender un nuevo poder a favor de la persona que represente a la compañía como factor de comercio, en el ámbito en que opere la sucursal. Al hacerlo, de acuerdo con los lineamientos ya indicados en la presente Doctrina, deberá poner del poder correspondiente en conocimiento del Superintendente de Compañías, para que éste, a través de la resolución administra pertinente, disponga el registro e íntegra publicación de ese instrumento. Cumplidas estas formalidades, el factor de comercio estará en aptitud legal de representar a la compañía, en el ámbito de la sucursal.

Los motivos por los cuales termina el poder conferido a un factor de comercio, conforme a lo dispuesto en los artículos 138 del Código de Comercio y 2094 (actual 2067) del Código Civil, son, en su orden, los siguientes:

Por la absoluta inhabilitación para el servicio estipulado en el mandato; y,

Por la enajenación del establecimiento en que sirviere el factor de comercio.

(Hasta aquí el artículo 138 del Código de Comercio.)

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

1. Por haber concluido el desempeño del negocio para el que fue constituido el mandato;

2. Por la expiración del término o por el cumplimiento de la condición prefijados para la terminación del mandato;

3. Por la revocación del mandante;

4. Por la renuncia del mandatario;

5. Por la muerte del mandante o mandatario;

6. Por la quiebra o insolvencia de uno o del otro;

7. Por la interdicción del uno o del otro; y,

8. Por la cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas.

(Art. 2094 (actual 2067) del Código Civil)

4. El poder de que se halla investido el factor de comercio no es especial según los términos del artículo 2061 (actual 2034) del Código Civil; si lo es por el carácter típico que tiene.

El Art. 2061 (actual 2034) del Código Civil, en lo que se refiere al poder especial, califica como tal al mandato que "...comprende uno o más negocios especialmente determinados".

Pese a que el inciso primero del artículo 120 del Código de Comercio prescribe que " Los factores deben estar investidos de un poder especial otorgado por el dueño del establecimiento cuya administración se les encomiende", dicho poder no es especial de conformidad con la definición que sobre este tipo de poder trae el artículo 2061 (actual 2034) del Código Civil, puesto que el propio Código de Comercio, en su artículo 121, establece: "Los factores se entienden autorizados para todos los actos que abrace la administración del establecimiento que se les confiere, y podrán usar de todas las facultades necesarias al buen desempeño de su cargo a menos que el principal se las restrinja expresamente en el poder que les diere.".

A la luz de esta última norma el poder que recibe un factor de comercio es, en cualquier caso, general y no especial porque, de acuerdo con el mismo artículo 2061 (actual 2034) del Código Civil, el mandato es general cuando "...se da para todos los negocios del mandante", o cuando se confiere "...para todos, con una o

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

más excepciones determinadas". Cualesquiera de estas dos últimas posibilidades caben, según el artículo 121 del Código de Comercio, en el poder que se confiera a una persona investida como factor de comercio. Es decir que, desde el punto de vista del Código Civil, el poder conferido a un factor de comercio es siempre general.

Viene entonces el interrogante de por qué el Art. 120 del Código de Comercio califica de especial al poder que se extienda en beneficio de un factor de comercio. La respuesta está dada por el hecho de que esa especialidad no se refiere a la raíz jurídica del poder sino a las circunstancia cierta de que dicho poder es típico y, por típico, especial. Así explicado el tema no se advierte contradicción ni conflicto alguno entre las normas constantes en los Arts. 120 y 121 del Código de Comercio.

Un análisis más profundo en torno al asunto figura en la Doctrina 146 en que constan insertos dos párrafos, cuyas autorías corresponden, en su orden, al tratadista español, Dr. Joaquín Garrigues y al societarista ecuatoriano, Dr. Roberto Salgado Valdez. Los textos se explican por sí solos y dicen lo siguiente:

"La representación mercantil es amplísima y no puede dejar de ser amplísima. Lo que en general distingue la representación mercantil de la civil es su exteriorización en apoderamientos típicos. En la vida civil, quien contrata con representante debe examinar por acaso los poderes de este para saber si responderá o no el poderdante, ya que lo hecho por el apoderado fuera de los límites del poder no obliga al poderdante si no lo ratifica. En el Derecho Mercantil, al contrario, la Ley dota al poder del factor, apoderado o representante de una extensión fija (contenido típico), de modo que todo tercero pueda saber, sin necesidad de particular indagación en qué medida queda obligado el poderdante por su apoderado, representante o por su factor" (tomado del Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Imprenta Aguirre, Madrid 1968, pág. 554").

Sobre el asunto el doctor Salgado tiene este concepto: "De conformidad con el concepto de Factor previsto en el artículo 121 del Código de Comercio, sus

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

facultades deberían constar más bien en un poder general que en un especial como se menciona en la disposición legal.

Sin embargo consideramos que el criterio civilista de poder general ha sido trastocado en lo comercial al hablarse, en el presente caso, de que el factor debe encontrarse investido de un poder especial. Por consiguiente podemos afirmar que el factor se encuentra investido de un poder típico (Especial no en cuanto a su raíz jurídica, sino en cuanto al ámbito total de sus atribuciones ya que prácticamente tiene bajo su responsabilidad todas las facultades del representante legal de la compañía, menos las que se le hayan restringido). "(tomado del libro "Obligaciones y Responsabilidades de los Administradores de Compañías, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, enero 1991, Págs. 80 y 81)".

SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS