



UNIVERSIDAD DEL AZUAY
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
ESCUELA DE DERECHO

**LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y
ACCIONISTAS EN LAS COMPAÑÍAS LIMITADAS Y SOCIEDADES
ANÓNIMAS EN EL ECUADOR**

**Trabajo de grado previo a la obtención del título de
Abogada de los Tribunales de la Republica**

AUTORA:

Sofía Elisa Becerra Salamea

DIRECTOR:

Dr. Santiago Manuel Jaramillo Malo

Cuenca – Ecuador

2014

DEDICATORIA

A mis padres, por su apoyo incondicional a lo largo de este camino, enseñándome con su ejemplo el amor respeto y trabajo, y haciendo de mí todo cuanto soy.

A mis cuatro hermanas y a Pedro, quienes me han apoyado para culminar cada uno de mis propósitos, de manera especial a mi hermana Ma. Augusta quien comparte conmigo el día a día, y me incentiva a buscar nuevos objetivos.

A mis sobrinos, que con sus travesuras y sonrisas me hacen tan feliz.

AGRADECIMIENTO

Al Estudio Jurídico “Quevedo & Ponce” y de manera especial a los Doctores Marco Andrés Ávila, Santiago Jara Reyes y Pablo Jara Manzano, quienes me han brindado todo su apoyo y conocimiento para la elaboración del presente trabajo y sobre todo, en el inicio de mi carrera profesional.

A la Universidad del Azuay, a la Facultad de Ciencia Jurídicas, en especial a la carrera de Derecho.

A todos mis amigos y compañeros, quienes hicieron de mi vida universitaria una etapa inolvidable, y de manera especial a Viviana, quien me ha brindado su amistad incondicional.

A Juan Diego, quien con paciencia y comprensión, me motivó a concluir este trabajo; recordándome todos los días el esfuerzo que requiere el lograr mis objetivos.

INDICE DE CONTENIDOS

| | |
|--|-------------|
| DEDICATORIA..... | ii |
| AGRADECIMIENTO | iii |
| INDICICE DE CONTENIDOS..... | iv |
| RESUMEN..... | vii |
| ABSTRACT..... | vii |
| INTRODUCCION | viii |
| CAPITULO 1: LA PERSONA JURIDICA COMPAÑIA | 10 |
| 1.1 Concepto de la persona jurídica..... | 10 |
| 1.2 Teoría y Reconocimiento de la Persona Jurídica | 15 |
| 1.3 Efectos de la persona jurídica..... | 24 |
| 1.3.1 Capacidad de la persona jurídica | 25 |
| 1.3.2 Atributos de la persona jurídica | 27 |
| CAPITULO 2: RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS | |
| COMPAÑIAS..... | 35 |
| 2.1 Los socios y la Administración | 35 |
| 2.1.1 Estatutos de los administradores de las compañías | 40 |
| 2.1.2 Naturaleza y fin de los administradores | 43 |
| 2.1.3 Designación de los administradores | 47 |
| 2.1.4 Los socios y la administración | 50 |
| 2.1.5 Régimen de la administración en los tipos societarios..... | 54 |
| 2.1.6 Obligaciones y responsabilidades de los administradores de las compañías..... | 56 |
| 2.1.7 Acciones legales que se pueda interponer a los administradores..... | 80 |

CAPITULO 3: RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS Y ACCIONISTAS EN EL

ECUADOR 83

3.1 Levantamiento del velo societario 83

 3.1.1 Concepto y características.....84

 3.1.2 Fraude a la ley y abuso del derecho.88

3.2 Alcance de la legislación ecuatoriana frente a la responsabilidad y obligaciones de los socios y accionistas.....90

3.3 Análisis de la Ley Orgánica de Defensa de los Derechos Laborales frente a la responsabilidad de los socios y accionistas.....96

CONCLUSIONES..... 100

RECOMENDACIONES:.....104

BIBLIOGRAFIA.....105

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y ACCIONISTAS EN LAS COMPAÑÍAS LIMITADAS Y SOCIEDADES ANÓNIMAS EN EL ECUADOR

RESUMEN

La responsabilidad de los administradores y accionistas, entre otras cosas, implica la necesidad de indemnizar daños y perjuicios a los afectados por el incumplimiento de las obligaciones que la ley impone a la persona jurídica, contraídas con acreedores o beneficiarios de los diferentes negocios jurídicos que se realice.

El presente trabajo se enfoca en la responsabilidad civil, penal y administrativa de los administradores y accionistas dentro de las compañías anónimas y limitadas según la legislación ecuatoriana. Mediante un análisis de las obligaciones que se origina de cada tipo de responsabilidad que impone la ley y un estatuto social de cada compañía; se logra establecer hasta qué punto responden los administradores por los negocios de la compañía.

Palabras claves: responsabilidad de los administradores, persona jurídica, compañía de responsabilidad limitada, sociedad anónima, fraude a la ley, velo societario.

ABSTRACT

RESPONSIBILITIES OF ADMINISTRATORS AND SHAREHOLDERS OF LIMITED COMPANIES AND STOCK COMPANIES IN ECUADOR

ABSTRACT

The responsibilities of administrators and shareholders, among other things, imply the need to compensate for damages and losses to the affected people, when it was caused by the legal entity's breach of duty contracted with creditors or beneficiaries of the different legal businesses they have done.

This work focuses on civil, criminal, and administrative responsibility of administrators and stakeholders of limited and stock companies according to Ecuadorian legislation. By making an analysis of the obligations originated in each type of responsibility imposed by law and the Articles of Association of a company, the administrators' answers to the company businesses can be determined.

Key words: administrators' responsibilities, legal entity, Limited Liability Company, stock company, law fraud, corporate veil



Translated by,

Rafael Argudo

A handwritten signature in blue ink, which appears to read "Rafael Argudo". The signature is written in a cursive style and is positioned below the printed name.

Becerra Salamea Sofía Elisa

Trabajo de Grado

Dr. Santiago Manuel Jaramillo Malo

Junio 2014

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y ACCIONISTAS EN LAS COMPAÑÍAS LIMITADAS Y SOCIEDADES ANÓNIMAS EN EL ECUADOR

INTRODUCCION

Antes de iniciar nuestro análisis y desarrollo sobre el tema, debemos precisar que el mismo estará enfocado principalmente en la responsabilidad con la que deben desempeñar su trabajo los socios y administradores dentro de las compañías limitadas y sociedades anónimas. Tal y como se depende del título, al mencionar compañías en seguida evocaremos el concepto del persona jurídica como aquel ente ficticio que legalmente se ha creado para habilitar la actuación de un grupo de personas naturales que tienen un fin en común y un objeto social que da origen a dicho ente.

El maestro Garrigues, dentro de su obra Curso de Derecho Mercantil nos recuerda a través de los años se ha ido creando tendencia de separar a la sociedad mercantil de la personas de los socios, es decir que no se deberá confundir a la persona natural con la persona jurídica, creándose de por

medio una total autonomía patrimonial y separación de responsabilidades. De manera clara, podemos manifestar que mediante la atribución de personalidad jurídica con la que cuentan todas las sociedades mercantiles, se posibilita que el ente sociedad pueda actuar individualmente en toda relación derivada tanto de tráfico mercantil como de relaciones internas.

Si bien es cierto, esta concepción de la persona jurídica, ha permitido el rápido crecimiento económico de diferentes sociedades a través del tiempo, también ha originado ciertos problemas a nivel social, trayendo consecuencias de tipo civil, penal y administrativo, regulados de diferente manera según la legislación que se estudie.

A continuación analizaremos cómo al apogeo que esta figura ha tenido a partir del siglo XX, ha dado origen a distintos tipos de abuso cometidos a través de las sociedades comerciales, perjudicando tanto a los socios de la misma compañía como a terceras personas que han contratado con ella. Esto ha provocado que en la actualidad varias legislaciones opten por encontrar la manera de responsabilizar a aquellos socios o administradores que, a través de abusos o fraudes, logran beneficios personales. A lo largo de este trabajo, indicaremos la regulación con la que cuenta nuestra legislación respecto al tema, así como también, ciertos interrogantes que este proceso de regulación está dejando de por medio.

CAPITULO 1

LA PERSONA JURIDICA: COMPAÑIA

1.1 Concepto de la persona jurídica.

A pesar de que el maestro Hans Kelsen dio las primeras acepciones de la persona jurídica, fue Etcheverry quien de manera clara concibe a la persona jurídica “como una atracción lógica, la cual; constituye un armazón, una estructura de reglas directas, indirectas e implícitas, que permiten reconocer un verdadero centro subjetivo diferenciado” (VASQUEZ, 2010, p. 30)

Sin embargo, previo a la acepción de la persona jurídica, el origen de la denominación la explica el autor Rabinovich-Berkman en su libro de Derecho Romano. La palabra *per sonat* en el teatro romano, proviene de las obras al aire libre en las que debían ingeniar la manera como más público pueda oír. Por ello se inventaron las máscaras para los actores, las cuales consistían en cajas de resonancia que permitían que el sonido sea más alto, denominándolas en latín como *per sonat*, por lo que quienes actuaban se les atribuía el nombre de “personajes”.

Es por ello que al realizar un paralelismo los romanos otorgaron las “*personalidad*” a aquellos personas que en el escenario de la vida real cumplían con características jurídicas derivadas del papel que cumplían dentro de la sociedad; por lo que basándose en ello se atribuyó al hombre que reuniese los estados de libre, ciudadano, y no sometido a potestad ajena, el calificativo de persona; y, de este modo la capacidad jurídica tomaba también el nombre de personalidad. (RABINOVICH-BERKMAN, 2001, p. 242)

Con el paso de tiempo, cada ordenamiento jurídico establece quiénes son los destinatarios de las normas y, en consecuencia, quiénes pueden ser titulares de los derechos y deberes que esas normas establecen, formándose de esta manera lo que actualmente se conoce como persona jurídica; considerándola tal como una creación del Derecho que hace referencia al “individuo o entidad que ostenta derechos y obligaciones”.

Este ente que para algunos doctrinarios ha sido calificado como “mentira técnica”, es concebida para otros como la “consagración legal que ciertos fenómenos de asociación y organización humana recibe del derecho objetivo, por lo tanto, limita a la ley a sancionar figuras elaboradas por la vida social; pues la personalidad de que ella dota a la persona moral es la toga civil con la que esta actúa” (GONZALEZ, 1998)

En nuestra legislación, el Código Civil es bastante claro al distinguir en su art. 40 las personas naturales de las jurídicas, para en su art. 41 definir a las personas naturales, indicando que son todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición.

Sin embargo, es en art. 564 del mismo cuerpo legal que se define a la persona jurídica de manera clara: “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente” reconociéndose dentro de mencionado artículo la existencia de dos especies: las corporaciones y las fundaciones de beneficia pública. Y es que la ley ha encontrado la mejor manera para que personas naturales actúen detrás de un ente sujeto de derechos y obligaciones, para cumplir un objetivo social, pudiendo ser con o sin fines de lucro. A través de esta ficción legal, se pueden adquirir derechos y contraer obligaciones, capaz de poseer bienes de toda clase e incluso ejercer acciones judiciales.

Para el ejercicio de las atribuciones mencionadas, la persona jurídica cuenta con un capital o un patrimonio autónomo que no pertenece en si a las personas naturales que las conforman, por tal razón las deudas de la persona jurídica no dan derecho para que los individuo físicos que la conforman puedan ser demandados, pues ellos podrán responder hasta el máximo de sus aportaciones, como lo veremos más adelante.

Dentro del desarrollo del tema, no podemos dejar de lado el concepto de Vicent Chuliá quien manifiesta que la personalidad jurídica es una técnica de organización unitaria, tanto de un grupo de personas, como también de un patrimonio; con lo que claramente se explica que se trata de un contrato de sociedad, que como tal, cuenta con el llamado *affectio societatis* o ánimo de asociarse, entendido como un elemento indispensable a través del cual, varios sujetos demuestran su ánimo de asociarse creando así una persona ficticia diferente a sus miembros con un patrimonio propio, y separado de cada patrimonio personal de los mismos, así como un ente titular de derechos y obligaciones, tal y como lo hemos venido explicando.

En palabras del maestro Rabinovich-Berkman, el hombre constituye todo el Derecho, lo que permite que “reconozca la posibilidad de que por causas diversas, existan entes que posean derechos subjetivo y obligaciones, y que no sean seres humanos. Es decir, que se trate de aquellas agrupaciones resultantes, de la convención de varios sujetos que contribuyen con sus voluntades, esfuerzos y patrimonios para crear y sustentar algo distinto, más poderoso que cada uno de ellos por separado, y en consecuencia más idóneo para planear, afrontar y llevar al término empresas y proyectos que requieren de mayores dimensiones patrimoniales y de una permanencia y estabilidad temporal, de la que los hombres individualmente carecemos.” (RABINOVICH-BERKMAN, 2001)

Para dejar claro el sentido de individualidad que debe existir entre el ente ficticio, es decir la persona jurídica, de los individuos físicos que la conforman, el autor Víctor Cevallos Vázquez, dentro de su obra “Nuevo compendio del Derecho Societario” manifiesta que de la individualidad derivan las siguientes consecuencias:

“a) en el estatuto de las personas jurídicas puede señalarse un domicilio diferente al de todos los integrantes.

b) las personas jurídicas tiene el domicilio de los bienes que integran su capital o patrimonio.

c) El patrimonio de las personas jurídicas, es garantía de los acreedores de dicha corporación o fundación, más no de los de cada miembro de ella.” (VASQUEZ, 2010, p. 29)

Bajo este marco, que la Ley de Compañías en su art.1 define al contrato de compañía como: “Aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias para emprender en

operaciones mercantiles y particular en sus utilidades”, concepto mediante el cual da nacimiento a la persona jurídica y del cual se desprende importantes aspectos:

- a. La compañía es un contrato pluripersonal a través de cual varias personas naturales e incluso personas jurídicas, buscan conformar una figura que les permita emprender “operaciones mercantiles y participar en sus utilidades”. Esta figura precisamente es la persona jurídica que se crea distinta a los socios o accionistas que convinieron para su creación.

Así como en nuestra legislación se considera a la sociedad como un contrato pluripersonal, de tracto sucesivo de caracteres organizativo; existen tratadistas tales como Rupert quien si bien acepta la tesis contractual manifiesta que “la idea de contrato no agota los efectos jurídicos que resulta de la creación de la sociedad” (ACCOSI, 2011, p. 60)

Además de ello, es importante tener presente que si se considera la sociedad solo como un contrato, que “produce exclusivamente efectos entre las partes que lo celebraron, se dejarían sin explicación los efectos que originan la sociedad respecto de terceros y también de los accionistas y socios que con posterioridad entran en la sociedad y que no fueron parte del acto constitutivo”. (ACCOSI, 2011, p. 61)

Juilius von Gierke, creador de la teoría unilateral de la compañía, sostiene que en “acto constitutivo, los fundadores de la sociedad, por un acto unilateral de ellos, imponen una norma contenida en los estatutos, que constituye la ley de la corporación, lo cual

traería como consecuencia la personalidad jurídica” (ACCOSI, 2011, p. 61), este doctrinario sostiene que quienes siguen la tesis contractualista no podrían debatirlo con argumentos válidos su tesis unilateral seguida por algunos otros maestros del derecho quienes también sostienen que si bien tienen varias declaraciones de voluntad, todas están dirigidas al mismo fin.

A pesar de que existen distintos criterios respecto a la naturaleza jurídica de la sociedad, no nos extenderemos más en el tema, pues actualmente se le da más importancia a los elementos esenciales de la sociedad que a su naturaleza misma.

- b. Al referirse a la unión de capitales o industrias, se deja claro que se podrá aportar dinero o especies a la compañía, así como también son válidos los aportes en fuerza de trabajo o capacidad personal de los socios. Es decir los socios o accionistas se complementan a manera de equipo para conformar una persona de la cual recibirán utilidades. La doctrina ha entendido que puede aportarse a una sociedad toda cosa apreciable en dinero, siendo elementos corporales o incorporeales, incluyéndose dentro de estos últimos los derechos o créditos.

1.2 Teoría y Reconocimiento de la Persona Jurídica

Al igual que en la vida real, en el ámbito jurídico, toda persona jurídica está dotada de personalidad, la cual resulta ser también una creación del Derecho y se manifiesta en la capacidad, es decir, el ser titular del conjunto de derechos y obligaciones atribuidos a un mismo ente y elemento que determina su capacidad para relacionarse jurídicamente. (ACCOSI, 2011).

El estudio del comportamiento humano claramente manifiesta que una de nuestras principales características, es el vivir en sociedad, lo que nos lleva a unirnos con más individuos de ideologías en común que permita confirmar una agrupación, y qué mejor si la misma busca un objetivo en común. Pues es así que sencillamente al ser reconocido por el derecho positivo y por un ordenamiento jurídico, estas agrupaciones pasan a conformar una persona jurídica.

Para el jurista Larrea Holguín a la existencia natural la ley la convierte en una existencia legal, a través de su reconocimiento del ordenamiento jurídico; resultando de este hecho que las personas jurídicas dejen de ser simples hechos y se conviertan en hechos regulados por el Derecho.

Importantes doctrinario han sostenido que mencionada personalidad es un elemento esencial de toda sociedad mercantil, de tal manera que una sociedad no puede existir sin que ella tenga personalidad jurídica. Sin ánimo de desvincularnos del tema, podremos observar que en nuestra legislación no se cumple con tal supuesto, pues tal es el caso de las sociedades de hecho.

Si bien es cierto, tanto las sociedad de hecho como las de derecho constituyen una asociación de personas quienes mediante un capital o industria se agrupa para emprender una determinada actividad lícita, que tenga como fin el obtener utilidades; existe una diferencia sustancial en cuanto a la personalidad jurídica de cada una.

La sociedades de hecho NO tiene personalidad jurídica, lo cual restringe por completo su actuar dentro de cualquier actividad, pues no puede ejercer derechos ni adquirir obligaciones lo

que no permite un desarrollo y gestión eficiente para una empresa, pues basta simplemente con la firma de un contrato cuyas estipulaciones sean acorde a las necesidades de quienes comparecen, siendo ellos quienes responderán de manera personal por todo en cuanto a la actividad que ejerzan en nombre de su representada.

Estas sociedades podrán ser recomendadas para casos en específico y actividades de poco capital pues cualquier bien que contraigan se entenderán adquiridos a favor o a cargo de todos los socios de hecho, es decir serán las personas naturales que la conforme quienes responderán de manera ilimitada ante cualquier consecuencia.

Por el contrario, y como ya hemos venido estudiando, las llamadas sociedades de derecho al tener aquel elemento que permite adquirir derechos y obligaciones mediante el ente ficticio conocido para nuestro estudio como persona jurídica, permite que todos los bienes y derechos adquiridos sean a nombre de la misma y al estar tipificada por la ley, configuran una especie de compañía que actué a través de un representante legal, pero que todos sus integrantes responda únicamente hasta el límite de sus aportaciones.

Además de la mencionada sociedad de hecho, vale mencionar que según nuestra legislación, tampoco son consideradas personas jurídicas las fundaciones corporaciones no establecidas de acuerdo a la ley o que no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República, tal como manifiesta el art. 565 del Código Civil Ecuatoriano.

De lo mencionado podemos fácilmente discernir que en nuestro derecho existe más de una clase de sociedades que no cuenta con personalidad jurídica, por lo que sería errado mantener el criterio de aquellos doctrinarios, pues de ninguna manera puede considerarse a la personalidad jurídica como elemento indispensable para toda sociedad. (ACCOSI, 2011, p. 91)

Como anteriormente mencionamos, la personería jurídica o moral se considera un ente distinto de la persona natural de ser sujeto de derecho capaz de contar con un patrimonio propio, adquirir bienes y contraer obligaciones. Pero para llegar a esta acepción de la persona jurídica, nos deberemos remontar al Derecho Romano, época en la cual la sociedad no era considerada como sujeto de derecho distinto de los socios, sin embargo se reconocieron características en común que poseían algunos entes morales, de los que incluso se desprende las características que actualmente posee la persona jurídica.

Álvaro Puelma, a manera breve explica cómo se reconoció en Roma la facultad de adquirir bienes y administrarlos a entes abstractos tales como la República Romana o *populus romanus*, los templos las *collegias* o corporaciones; siendo estas entidades mediante las cuales se le reconocían el llamado *corpore*, “entendido como la posibilidad que un conjunto de bienes o *universitas* pudieran ser administrados por representantes y tener “arcas comunes”, es decir una especie de patrimonio, todo lo cual asemeja a las *universitas* y entidades con *cuerpore*, al concepto actual de la personalidad jurídica” (ACCOSI, 2011)

Es decir, en términos sencillos, en aquella época ya se empezó a reconocer *corpore* y *universitas* a entes que podían subsistir con independencia de sus miembros, pero no fue sino hasta finales del siglo XVIII que surge la llamada “persona jurídica” dos fuentes principalmente:

1. Códigos Napoleónicos, Civil y Comercial, dentro de los cuales la persona jurídica requerían de autorización gubernamental para existir.
2. Derecho Alemán, encabezado por Friedrich Karl von Savigny, de gran influencia doctrinaria, quien afirma que la “capacidad de actuar en el ámbito jurídico es una calidad inherente al ser humano pero que puede ser extendida a sujetos artificiales creados por simple ficción, que subsisten como tales en virtud de objeto jurídico” (RABINOVICH-BERKMAN, 2001)

No es nuevo el admitir que el estudio de la figura que nos compete ha sido de gran controversia, pues la misma ha ocupado lugar en varios análisis y estudios de juristas quienes se han desarrollado ampliamente tanto en el Derecho Canónico, como en el Derecho Civil enfocando entorno a su ideología, diferentes definiciones y acepciones de la persona jurídica.

A principios de la Edad Media la aparición y crecimiento de gremios, corporaciones y hermandades dio como manifiesto la voluntad que existía entre distintas agrupaciones para crear un ente que alcanzara un objetivo en común, y que posteriormente en la Revolución Francesa tomara un enfoque negativo al ser señaladas como “enemigas de la libertad” crítica que produjo la eliminación de las mismas.

Como consecuencia de esta eliminación, el Código Napoleónico publicado en 1908 y modelo de sucesivos códigos de distintas naciones, nace la corriente individualista que inspiró a más de veinte y cuatro naciones, entre ellas algunas latinoamericanas, a observar a la persona jurídica con desconfianza poniendo una serie de inconveniente para la creación de la misma.

Para revocar aquellas concepciones, distintos juristas trabajaron, y hasta la actualidad lo hacen, en la teoría de la ficción, aquella que es concebida por algunas de las legislaciones, como la nuestra. El maestro jurista ecuatoriano Juan Larrea Holguín, en su Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, manifiesta que aquellas corrientes que causaron desconfianza en las personas jurídicas, se tornaron débiles con el desarrollo del Derecho Canónico y del industrialismo y en general el desarrollo de las teorías de la persona jurídica. (LARREA HOLGUIN, 2002)

Producto de esta reaparición del concepto de la persona jurídica nacieron distintas teorías sobre este ente, de las cuales nos atreveremos a explicar tres de las principales que han tenido mayor trascendencia:

a. Teoría de la ficción o clásica

Esta teoría fue estudiada principalmente por el maestro Savigny, según quien lo más importante de la personalidad jurídica es el ser reconocido como ente capaz de contraer derechos y obligaciones y por ende de poder contar con un patrimonio propio; todo ello a través de la creación del ordenamiento jurídico que los reconozca según su existencia natural o artificial. Según tal doctrinario, la persona jurídica de existencia natural deben tener personalidad jurídica (ejemplifica con el Estado y las Municipalidades) mientras que las personas jurídicas de existencia artificial son todas las demás.

A esta corriente se unen tratadistas como Messineo, pero agrega que más allá de estudiar si se trata de una persona real o ficticia; lo importante es la similitud que trata la ley en cuanto sujeto de derecho, “pues si bien la persona física es un fenómeno natural, la persona jurídica la imita produciendo los mismo efectos y ventajas prácticas”

El maestro Messineo concluye su apreciación respecto al tema añadiendo que será el legislador quien regule la consecución de finalidades que interesan a varias personas que acuerdan formar un patrimonio especial y que busquen actuar como un solo cuerpo a través de un representante, pero por el cual todos deban responder. (ACCOSI, 2011)

b. Teorías realísticas.

Lo que caracteriza a los tratadistas de esta corriente es que, según su tesis, consideran ciertos entes tienen una realidad social, económica y cultural que exige necesariamente su reconocimiento por los ordenamientos jurídicos, llegando de esta forma a considerar que al ser reconocidos por el estado y su ordenamiento pasan a ser una realidad que no puede ser destruida al antojo de nadie, sino debe ser respetada; apoyándose de manera íntegra en el interés de quienes conforman esta organización y buscan con la conseguir objetivos en específico.

Esta teoría sostiene la sociedad debe guardar total independencia de cualquier intervención del ente que las reconoce, es decir del estado a través del ordenamiento jurídico; entendiendo dicho reconocimiento como un factor constitutivo de la personalidad jurídica. Maestros como Ferrera, hacen una diferencia entre el la realidad jurídica o formal que puede tener una persona jurídica; del mismo modo que son reales las obligaciones o los contratos, es decir habla de una realidad ideal jurídica. (ACCOSI, 2011)

c. Teoría de la institución.

Esta teoría nace a manera de solución a las dificultades de tipificar el acto constitutivo de la sociedad en el contrato, es decir que permite explica que el nacimiento de la persona jurídica depende de un acto del poder público, sobre todo si hablamos de las sociedad por acciones; pero no solo ellos, sino también permite solucionar la permanencia de la persona jurídica por encima de cualquier decisión individual de los socios; lo que se reafirma aún más la intención de la persona jurídica de manifestar la voluntad de un grupo de personas naturales. Esta teoría se

fundamenta en la posibilidad de ofrecer una precisa explicación “fenómeno asociativo”, algo que las otras teorías no ofrecen.

Según el jurista Maurice Hauriou sostiene que los elementos de una institución son tres: a. La idea de una obra realizable en un grupo social; b. El poder organizado puesto al servicio de la mencionada idea y su realización; y c. las manifestaciones de comunión que se producen en el grupo social respecto de la idea y su realización. (RICHARD, 1981, p. 20)

Estas tres corrientes han ayudado a que el mundo occidental reconozca ampliamente la personería jurídica de la sociedad, convirtiéndose en uno de los principales apoyos del sistema capitalista de las principales potencias mundiales.

Tal y como se desprende del estudio de las teorías de la personalidad (realista, ficción e institución) estas tienen íntima relación con el reconocimiento de la persona jurídica en el ámbito estatal: a. concesión gubernativa, b. declaración y c. concesión legal (TOBAR RIBADENEIRA, 1956); y si nos inclinamos al sistema de reconocimiento como un “consentimiento a la voluntad colectiva”, al contrario que para las doctrinas realistas, el reconocimiento será simple declaración de la autoridad o de la ley.

Previo a finalizar con el análisis del reconocimiento de la persona jurídica, es importante señalar que a pesar de que este ente ha sido creado como ente eficaz que apoye al desarrollo y gestión de un empresa, se han observados abusos de todo tipo, conocidos desde la antigüedad.

El tratadista Pontier en su obra *Tratado sobre las sociedades*, se refiere a las sociedades simuladas, las cuales pueden ser simulaciones absolutas o relativas constituyéndose un “acto perjudicial a la masa de los acreedores de un socio” (ACCOSI, 2011).

Este abuso se manifiesta de diversas formas, con el objetivo principal de burlar a la ley, a los acreedores o a los derechos de las minorías, un claro ejemplo de este abuso nos lo explica el autor Álvaro Accosi, en su obra *Sociedades*, manifestando que, es aquel en que el deudor constituye una sociedad a la cual le aportan sus bienes principales, a fin de que no sean embargados por sus acreedores en el caso de mora.

De igual forma, el autor explica que el abuso puede manifestarse en una situación de burla a los derechos de la minoría de una sociedad industrial, lo que podría configurarse si la mayoría, sea directa o por interpósita persona, crea una sociedad comercial, a la cual la sociedad vende sus productos a bajo precio, “produciéndose la efectiva utilidad en la distribuidora, que vende los mismos bienes a precio de mercado, apropiándose así de la mayor parte de la utilidad.” (ACCOSI, 2011). De esa manera se logra dilucidar el abuso al que se presta la persona jurídica, pues incluso se llega a crear un nuevo sujeto de derechos que facilite el fraude hacia acreedores y terceros.

Para muchos de los ordenamientos jurídicos a resultado un tanto difícil determinar cuándo hay abuso de persona jurídica. Para ello el maestro Galgano nos explica que el simple hecho de obtener ilegítimamente ventajas del uso de la “pantalla” de la personalidad jurídica implica abuso. Es decir, cualquiera que sea la forma de engaño que se use, el nada más obtener beneficios que vayan más allá de los especificados en la ley, causando perjuicio a terceros y acreedores, se constituye fraude o abuso del ente ficticio creado con el fin único de representar a

un grupo de personas naturales o incluso de personas jurídicas que han convenido realizar determina actividad, con fin de obtener utilidades.

Frente a estos abusos, legislaciones como la norteamericana se ha ideado una manera de que las personas jurídicas respondan ante estos fraudes mediante el mecanismo llamado *disregard of entity* o *to left the veil*, el cual significa el desconocimiento o desestimación de la personalidad jurídica, la misma que atribuye a los tribunales al levantar el velo societario para dar una solución justa a un determinado caso.

Para no extendernos más haya en el tema que será analizado más adelante, vale la pena manifestar que es legítimo usar la sociedades para toda aquella finalidad que no es ilícita ni contraviene regla alguna, si existir de por medio ninguna intención de eludir prohibiciones legales o contractuales que perjudique o defraude de alguna manera a acreedores o terceros; evitando de tal manera que se degenere el objeto principal de la creación de la persona jurídica que podría acarrear consecuencias como la insolvencia de la sociedad. (ACCOSI, 2011)

1.3 Efectos de la persona jurídica

Con el análisis realizado, podemos evidenciar una verdad irrefutable como es la necesidad del ente ficticio, bautizado bajo el nombre de persona jurídica, a través de cual se facilita consecución de ciertos fines, que como individuos disgregados, las personas naturales no podrían alcanzar. Estos entes a pesar de no tener un cuerpo material y ser representados a través de una persona física para desarrollar sus actividades y cumplir un fin determinado o su objeto social; su accionar produce diferente efectos como lo veremos a continuación.

1.3.1 Capacidad de la persona jurídica

Como hemos venido estudiando, tanto para las personas naturales como jurídicas esta dotadas de *personalidad*, como un atributo y una parte solida de la persona; y de la *capacidad jurídica* como manifestación de un sujeto de derecho en una relación jurídica determinada, que lo hace ser titular de derechos y contraer obligaciones.

Pero en cuando de hablar de capacidad se trata, entendiéndose la misma como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, vinculada a relaciones jurídicas concretas; existen algunas distinciones entre la persona natural y la persona jurídica.

La escuela francesa a finales del siglo XIX y principios del siglo XX sustituyeron los simples términos de goce y disfrute, aludiendo que son sinónimos; por la capacidad de hecho y capacidad de derecho:

1. la capacidad de derecho o de goce: es la aptitud o idoneidad que tiene una persona para ser titular de derechos y contraer obligaciones.
2. la capacidad de hecho u obrar: es la aptitud o idoneidad que tiene una persona para ejercer por si mismos los derechos y las contraer las obligaciones de los cuales titular.

Existiendo para algunas legislaciones, incluso una tercera, llamada capacidad delictual; entendida como la aptitud legal de una persona para responder por hechos ilícitos. En nuestra legislación, esta capacidad se encuentra integrando en la capacidad de hecho.

Tanto en la capacidad de hecho como de derecho existen ciertas limitaciones, pero la limitación en cuanto a la capacidad de derecho es relativa, es decir, ninguna persona puede tener limitada absolutamente su capacidad de derecho.

Esto no ocurre cuando hablamos de la capacidad de hecho, pues tal y como especifica nuestro Código Civil en su art. 1463, existen dos clases de incapaces dentro de esta clase:

1. Incapaces absolutos:

1. Dementes
2. Menores impúberes
3. Sordomudos que no se puedan darse a entender por escrito

2. Incapaces relativos:

- a. Menores púberes
- b. Interdictos
- c. *Personas jurídicas*

Es decir, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la persona jurídica cuenta con una capacidad de hecho relativa, por lo que sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. (Codigo Civil Ecuatoriano, 2011).

Esta incapacidad relativa, en palabras sencillas, no es nada más sino la aptitud que se da a ciertas personas que se encuentran en determinada situación, que en algunos casos son plenamente capaces pero que la situación en la que se encuentran la ley les priva de determinados derechos subjetivos, en el caso de las personas jurídicas se da principalmente por

el hecho de estar representando por una persona natural que la integra, y por la voluntad común de quienes buscando un objetivo la han creado.

Por tal motivo, las corporaciones legítimas y publicas al ser reconocidas como personas jurídicas, que si bien permite ejecutar determinados actos civiles y gozar de las garantías aseguradas por este título, son consideradas incapaces relativos, permitiendo a la ley establecer ciertas limitaciones generales por razones de utilidad común.

Sin embargo, para el colombiano Eudolfo Gonzales, el hecho de que los entes colectivos o personas de existencia ideal, como las llama el Código Civil Argentino, no pueda actuar en la vida jurídica sino por medio de representantes, ha inducido a varios expositores a radicar en esa circunstancia la incapacidad relativa, concluyendo que tal modalidad es cosa muy diversa del concepto de incapacidad relativa. (GONZALEZ, 1998)

1.3.2 Atributos de la persona jurídica

Los atributos de la personalidad son aquellas cualidades que le son propias a cada persona, es decir son aquellas propiedades que le corresponden por el simple hecho de ser tales, no se puede concebir una persona, siendo la persona jurídica también quien también debe tener estos atributos, haciendo posible su reconocimiento legal.

Según algunos estudiosos del derecho, entre ellos el ecuatoriano Carlos Ramírez Romero, dentro de su obra “Manual de la práctica societaria” ha determinado como atributos de la personalidad jurídica de una compañía y a la vez requisitos de la misma a los siguientes:

1. Nombre: Toda persona jurídica legalmente constituida tiene nombre, el cual debe ser claramente distinguido de cualquier otro. La Superintendencia de Compañías es el ente regulador que cuenta con un registro de sociedades computarizado, mediante el cual

acepta o niega determinado nombre de la compañía, principalmente por el hecho de que el nombre constituye una propiedad, que, según el art. 16 de la Ley de Compañías ecuatoriana, se rige por dos principios:

- a. Principios de propiedad: aquel que consiste en que el nombre de cada compañía es de su dominio de o propiedad y no puede ser adoptado por ninguna otra.

Principio de inconfundibilidad o peculiaridad: aquel que consiste en que el nombre de cada compañía debe ser claramente distinguido del de cualquier otra sociedad sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías.

El nombre puede ser una razón social o denominación objetiva, entendida como la denominación por la cual se conoce colectivamente a una empresa. Se trata de un nombre oficial y legal que aparece en la documentación que permitió constituir la persona jurídica en cuestión. (VASQUEZ, 2010) Este nombre o razón social es considerado como un atributo legal que consta en la escritura o cualquier documento de creación de la misma, identificándose de esta manera tanto la persona jurídica como quienes la integran, lo que brinda seguridad a nivel formal, administrativo y jurídico sobre su legalidad.

Esta denominación objetiva, puede ser como se nombre lo dice, objetiva: en el caso de que sea el nombre y apellidos de uno de los socios; o subjetiva: en el caso de ser un nombre inventado normalmente directamente relacionado con la propia actividad que desarrolla la empresa regularmente.

Para estos casos se puede adoptar un nombre de fantasía, el cual es entendido como aquel nombre que permite identificar a la empresa dentro del mercado; es decir, si

bien no es aquel que consta dentro de los documentos de legalización como la escritura e inscripción en el Registro Mercantil; es con el cual las personas o consumidores lo conocen, es decir debe ser fácil de recordar y debe a la vez inspirar confianza. Un claro ejemplo dentro de nuestro entorno es el de los Súper Mercados LA FAVORITA S.A., pues para los que hemos realizado compras en este popular Súper Mercado, lo conocemos por su nombre de fantasía “SUPERMAXI” el cual difiere profundamente de la razón social de la compañía.

Es importante dentro de este punto el mencionar que según el Art. 293 de la Ley de Propiedad Intelectual, manifiesta que el titular de un derecho sobre marcas, nombres comerciales u obtenciones vegetales que constatare que la Superintendencia de Compañías hubiere aprobado uno o más nombres de las sociedades bajo su control que incluyan signos idénticos a dichas marcas, nombres comerciales u obtenciones vegetales, podrá solicitar al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual –IEPI-, a través de los recursos correspondientes, la suspensión del uso de la referida denominación o razón social para eliminar todo riesgo de confusión o utilización indebida del signo protegido. Es decir, la razón social o denominación objetiva cuenta con protección en caso de ocasiones confusión sobre los consumidores o la sociedad en general.

El autor Carlos Ramírez, de manera clara explica que los nombres de las compañías generalmente pueden traer tres partes:

1. Una expresión común, que puede o no integrar el nombre. Ejm: “Constructora”, “Industria”, “Distribuidora”, etc.

Pero esta expresión común debe ir acompañada de una expresión peculiar.

2. Una expresión peculiar, que necesariamente debe integrar el nombre y que es la que debe diferenciarse de los nombres existentes. Ejemplos: “Lojafarm”, “Adiventas”
3. Referencias a la especie de compañías: “Compañía anónima” o “Sociedad anónima” o las siglas correspondientes: C.A., S.A., etc.

Esta parte también debe obligatoriamente integrar el nombre de la compañía.

Las siglas, anagramas o fonemas que surjan de los términos que forman el nombre son aceptados como expresiones peculiares.- Ejemplos: “Distribuciones y Ventas del Sur DIVERSUR S.A.” (RAMIREZ, 2010, p. 11)

2. Domicilio: El art. 4 de la Ley de compañías, establece claramente que el domicilio de la compañía estará en el lugar que se determine en el contrato de constitución, es decir en las escrituras de constitución de la compañía, legal y formalmente aprobados por las entidades pertinentes, en este caso la Superintendencia de Compañías con la respectiva inscripción en el Registro Mercantil.

Por razones de practicidad, la determinación del domicilio no deberá indicar el sector ni calle determinada donde la compañía se ubique, basta únicamente con señalar la ciudad dentro del terreno nacional. Ello para evitar reformas constates del estatuto de la compañía lo que implica inversión de tiempo y dinero.

Las compañías tendrán un único domicilio principal y podrán tener más de un domicilio especial, determinados por los lugares en donde funcionen sucursales, agencias o establecimientos administrados por un factor. (RAMIREZ, 2010, p. 11)

3. Patrimonio: El patrimonio entendido como el conjunto de bienes y derechos pertenecientes a una persona natural o jurídica. A pesar de que tanto personas naturales como jurídicas cuentan con patrimonio, su manejo difiere en muchos puntos. Una compañía al constituirse fija en la escritura de constitución un monto de capital llamado capital autorizado; del total de este capital, los socios o accionistas suscriben una parte, que puede ser la totalidad del capital autorizado o parte de ello. Este monto refleja las aportaciones que realicen los socios o accionistas dentro de la compañía, que según la Ley de Compañías pueden ser numerario o en especie y, en este último caso, consistir en bienes muebles o inmuebles que correspondan a la actividad de la compañía.

Valga señalar que además del capital autorizado que consta en la escritura de constitución, existe el capital suscrito que es el cual se compromete el socio o accionista a aportar a la sociedad, y el capital pagado es aquel que se aporta al momento mismo de la constitución, es decir no es solo el compromiso de pago como el capital suscrito, sino el efectivamente pagado.

El capital en las compañías es invariable o fijo, sin embargo puede ser modificado mediante un aumento o reducción de capital, trámite que deberá sujetarse a todas las solemnidades previstas por la ley para ello.

Para el caso de las aportaciones de bienes, estas se entenderán como traslativas de dominio, es decir la propiedad que el socio o accionista tiene sobre el bien, será traspasada a nombre de la compañía siguiendo todas las formalidades que la ley exige según se trate de bien mueble o inmueble. (RICHARD, 1981)

4. Representación Legal: Este atributo, al igual que los ya señalados, existe tanto para las personas naturales como para las jurídicas, siendo en cualquiera de los casos que tal figura actúa en nombre de su representado, así que lo obliga en cuanto no exceda los parámetros y condiciones de la delegación que le ha sido confiada. En el caso de las personas jurídicas solo puede actuar a través de una representante legal, cuyas atribuciones, derecho y obligaciones se encuentra señalados en el estatuto de constitución, permitiendo de esta manera que se haga cargo de los negocios, obligaciones y hasta derechos administrando los mismos dentro de lo permitido.

La Ley de Compañías no determina cuál de los administradores es el representante legal. Por consiguiente, los propios socios o accionistas nombran al administrador que tenga la representación legal, que puede ser el Presidente, el Gerente General e inclusive un organismo, en cuyo caso la representación se ejercerá a través de su Presidente. El representante legal quien le subroga debe inscribir su nombramiento con la razón de su aceptación en el Registro Mercantil del domicilio principal. (RAMIREZ, 2010)

El actuar de el representante legal, como tal tiene facultades suficientes para obligar a aquella frente a terceros en la venta, compra, gravamen y otros trámites, siempre que los mismo no necesiten de aprobación especial por parte del resto de socios y accionistas y no extralimite sus atribuciones; es decir para tales actos bastará con que acredite su personería mediante nombramiento aprobado por los socios y legalmente inscrito. Este nombramiento tendrá un tiempo límite de duración según la especie de compañía de la que se trate y podrá ser reelegido indefinidamente o incluso removido de su cargo.

Además de los atributos de la personalidad jurídica señalados por el citado autor, Dr. Carlos Ramírez, para algunos doctrinarios también forman parte de los atributos características como:

5. Nacionalidad: Al igual que las personas naturales, las jurídicas también cuenta con una nacionalidad, la cual conlleva gran importancia en cuanto a las leyes aplicables en el espacio donde haya sido constituida y donde vaya a realizar sus diferentes actividades, y de acuerdo a ello se regirán a las distintas normas establecidas dentro de un sistema jurídico para su desarrollo y cumplimiento del objeto social.
6. Capacidad: Tal y como tratamos en previamente, la persona jurídica cuenta con una capacidad, la cual dentro de nuestra legislación, es relativa. Tomando en cuenta que esta capacidad es la esencia fundamental de su existencia, como atributo para actuar en el derecho, le permite actuar en ciertos campos a través de una persona natural que actué como representante legal, recordando que su actuar se encuentra limitado ya sea por su objeto social o por la condición colectiva del ente como tal.

Para concluir el presente capítulo, debemos señalar que el otorgar personalidad jurídica a una sociedad tiene dos efectos:

- a. Otorga capacidad jurídica a la sociedad para sus relaciones internas, es decir con los socios que la constituyeron; y externas, con otros sujetos de derecho. Debido a que la ley otorga esta capacidad, las personas jurídicas puede actuar en el tráfico jurídico con individualidad, identificándose con su nombre y en base de su patrimonio; puede ejercer el comercio y distinguirse de sus socios.

- b. Goza de autonomía patrimonial y separación de responsabilidad, dos factores importantes que le permite con un patrimonio invertido para un fin determinado y común dependiendo de la compañía de la que se trate. Valga señalar que la importancia de esta autonomía del patrimonio permite limitar la responsabilidad del socio o accionistas que participa en ella, lo que significa que deberán responder únicamente hasta el límite de sus aportaciones. (TOBAR RIBADENEIRA, 1956)

CAPITULO 2

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS COMPAÑIAS

2.1 Los socios y la Administración

La administración es una figura dentro de toda sociedad, la misma que, con el transcurso de los años se ha venido desarrollando de diferente forma, dando señales de sus primeras apariciones cuando el hombre comienza a trabajar en sociedad, convirtiéndose rápidamente en institución indispensable para el buen desarrollo del trabajo en equipo.

Con el paso de los años, esta institución se fue haciendo cada vez más sofisticada, razón por la cual se empezaron a exigir mayores funciones que permitan hacer que los recursos sean más productivos, otorgando mayores responsabilidades a la persona sobre la cual recaía el cargo. Luego de varios años de perfeccionando, esta institución alcanza su plenitud en la Revolución Industria, época histórica desarrollada en el siglo XIX, cuando surgieron grandes empresas que requerían de nuevas formas de organización y practica administrativa. (VAZQUEZ, 2008)

Con toda esta trayectoria, actualmente varios autores han definido a la administración de distintas formas. Para el autor mexicano Issac Guzmán Valdivia, la administración se define

como “la dirección eficaz de las actividades y colaboración de otras personas para obtener determinados resultados” (GUZMAN)

Por otra parte, el alemán Eugen Friedrich Brecht, define a la administración como “un proceso social que lleva consigo la responsabilidad de planear y regular en forma eficiente las operaciones de una empresa, para lograr un propósito dado” (FRIEDRICH)

Para que la institución de la administración se haga efectiva en la práctica, se debe tomar en cuenta a la estructura de las sociedad como un conjunto de personas que buscan un objetivo social en común y que por exigencia legal, debe actuar a través de alguien que cumpla con las diferentes funciones y responda por las acciones de la compañía ante terceros; pues como se ha explicado en el transcurso del presente trabajo, las personas jurídicas al ser incapaces relativos, solamente pueden actuar mediante representante legal, es decir una persona física, que en cumplimiento de distintas funciones encomendadas, desempeña diferentes tipos de diligencias relacionados con el giro del negocio que permiten cumplir con el objeto social para el cual fue creada dicha compañía.

Esta representación legal puede ser ejercida por uno o varios administradores, por otros agentes e inclusive por medio de un organismo social. Incluso la ley faculta a que esta figura sea desempeñada por un número plural de personas, pudiendo ser en forma conjunta o, conjunta y separadamente a la vez, según se haya determinado previamente en el estatuto social de la compañía previamente formalizado. (CEVALLOS, 2010)

Esta persona natural sobre la cual recae el cargo de representante legal, está facultada por la ley para actuar a nombre de la persona jurídica, surtiendo efectos como si hubiese contratando ella misma, ello en virtud de lo manifestado en el art. 1464 del Código Civil. En palabras sencillas, Valdez señala que aquel actuar “se conoce como representación y cuando dicha representación nace de la ley, nos referimos entonces a la representación legal” (VALDEZ, 2002)

La principal función con la que cumplen los representantes legales es el de ADMINISTRAR, acción definida por Farina, en su obra “Tratado de Sociedades Comerciales”, señala que “Administrar significa realizar actos que, además de conservar el patrimonio social, tienden a hacerle producir los beneficios que pueden suministrar, dando a los bienes que integran el patrimonio de la sociedad el destino que les corresponde de acuerdo con su naturaleza y a la función que desempeñan dentro de dicho patrimonio. De aquí la importancia que adquiere el objeto social, pues señala la esfera de la actuación del administrador de la sociedad.” (FARINA, 1980, p. 280)

En palabras del autor Joaquín Rodríguez, los administradores son “representantes necesarios, encargados de la gestión de los intereses sociales, es decir, del cumplimiento del objeto social. Por eso las leyes más modernas encabezan los preceptos sobre la responsabilidad, estableciendo el deber general de diligencia de los administradores”. (RODRIGUEZ, 1981, p. 125)

En cuanto a ello, la Doctrina No. 42 de la Superintendencia de Compañías, ha manifestado de manera clara que la administración resulta ser el género, mientras que la representación legal es la especie, dejando dilucidar la diferencia que existen entre las dos al momento de su estudio.

Para poner en palabras prácticas, el autor ecuatoriano Víctor Cevallos, señala que los administradores que no tiene representación legal (especie) solo organiza, dirigen o supervigilan internamente los negocios sociales, mientras que aquellos que cumplen funciones de administradores (género) están facultados para actuar ante terceros siendo representante legales.

Si bien el administrador cuenta con determinadas funciones dentro de la compañía, que mediante la Junta lo ha nombrado como representante, tanto la Ley de Compañías como el contrato social o estatuto de la misma limita su accionar; para demostrar ello, citamos el en su art. 296 de La ley de Compañías: “La representación de la compañía se extenderá a todos los asuntos relacionados con su giro o tráfico, en operaciones comerciales o civiles, incluyendo la constitución de prendas de toda clase. El contrato podrá limitar su facultad. Se necesita autorizan de la junta general para enajenar o hipotecar los bienes sociales, salvo el caso en que ello constituya uno de los objetos sociales principales o conste expresamente en los estatutos”

Los administradores de una compañía deberán actuar sujetos de manera principal al estatuto o contrato social, mismo que señala las obligaciones y derechos, siendo indispensable señalar dicho estatuto las atribuciones de los administradores, ampliando de esta forma las ya señaladas por la Ley de compañías, como le veremos más adelante.

Específicamente, en la Ley de Compañías vigente en nuestro país, señala en su art. 258 que para desempeñar el cargo de administrador se 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; y una vez que se cumpla con tal requerimiento, “el administrador gestionará una administración mercantil ordinaria y prudente”; según el art. 262 del mismo

cuerpo legal; con lo cual se deja claro que la prudencia del administrador se verá reflejada en un desempeño de sus funciones; respondiendo de esta manera por la culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es decir, la falta de diligencia y cuidado que los hombres desempeñan ordinariamente en sus negocios propios, tal y como señala el art. 26 de nuestra legislación Civil.

Respecto a ello, podemos observar que las legislaciones extranjeras se asemejan a nuestra legislación; por ejemplo la ley alemana declara que “los miembros del Consejo deben poner en su gestión la diligencia de un gerente correcto y concienzudo” mientras que la legislación italiana por su parte señala que la diligencia de los administradores será la de “un buen padre de familia” al igual que nuestra ley. (CEVALLOS, 2010, p. 577)

En definitiva, como hemos venido indicando, las administraciones resultan ser gestores de los negocios de la compañía, cumpliendo diferentes funciones del órgano social algunas de ellas internas y otras externas. Dentro de las internas el administrador deberá encargarse de la “administración, dirección, y suspensión de los negocios sociales, cuando las mismas no trasciendan a terceros ni al público en general. Mientras que dentro de las funciones externas corresponde precisamente a las manifestaciones de la compañía hacia terceros, a través de los cuales esta adquieren derechos u contrae obligaciones civiles, es decir estas funciones 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 que se desenvuelve”. (Doctrina 42 de la Superintendencia de Compañías)

2.1.1 Estatutos de los administradores de las compañías

Los administradores de una compañía contraen obligaciones y adquieren derechos a nombre de esta, por cuanto las sociedades son relativamente incapaces, adquiriendo de esta manera un estatus que permite ocupar una importante posición dentro del marco judicial y extrajudicial de la compañía, siguiendo los principios de lealtad de los administradores. La actuación de ellos debe estar en función del cumplimiento del deber de buena gestión, siendo distinta su gestión al tratarse de una Sociedad Anónima o Compañía de responsabilidad limitada.

Para el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, la Ley de Compañías determina en su art. 125 que “Los administradores o gerentes, estarán obligados a proceder con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, solidariamente si fueren varios, ante la compañía y terceros por el perjuicio causado. Su responsabilidad cesará cuando hubieren procedido conforme a una resolución tomada por la junta general, siempre que oportunamente hubieren observado a la junta sobre la resolución tomada.”; y para el caso de las sociedades anónimas manifiesta en su art. 262 que “El administrador desempeñará su gestión con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente”

Bajo este marco legal, los administradores deberán actuar sujetándose a las limitaciones establecidas, siempre en miras de que la sociedad cumpla con su objeto social, tomado en cuenta que para que estas funciones se lleven a cabo, el administrador deberá cumplir con actos de disposición, transacción y compromiso en la medida que no sea contradictorios al fin para el cual la compañía haya sido creado.

A pesar de que los administradores cuenten con limitaciones tanto en la ley como en el estatuto social, cuentan con una amplia competencia, lo cual puede llegar a ser perjudicial y abrir a la posibilidad de fraudes como lo veremos más adelante.

Valga señalar en este punto que los administradores, deben tener la capacidad para ejercer el comercio y no deberán estar comprendidos en las prohibiciones o incapacidades determinados en la Ley de Compañías y el Código de Comercio, cuerpo en el cual se establecen en su art. 7 “Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, no pueden comerciar: 1.- Las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos; 2.- Los funcionarios públicos a quienes está prohibido ejercer el comercio por el Art. 242 del Código Penal, salvo las excepciones establecidas en el mismo artículo; y, 3.- Los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación.” y en su art. 8 “Las personas que por las leyes comunes no tienen capacidad para contratar, tampoco la tienen para ejecutar actos de comercio, salvo las modificaciones que establecen los artículos siguientes.” con lo cual se deja claro los requisitos mínimos indispensables para ocupar tal dignidad dentro de una compañía.

La representación legal puede ser legal o voluntaria; legal entendida como aquella que nace de la Ley y la voluntaria la que se origina del mandato del representado, en este caso el estatuto de la constitución de la compañía, que al momento de legalizarse se la hace mediante los nombramientos respectivos, dentro de los cuales se manifiesta de manera clara y por escrito la voluntad del administrador de aceptar el cargo.

El autor ecuatoriano Víctor Cevallos, respecto al tema nos explica que las “sociedades mercantiles pueden estar representadas por una o varias personas naturales o eventualmente por personas jurídicas en cuyo caso actuaran por medio del representante legal de la compañía administradora, para la consecución del fin social.” (CEVALLOS, 2010, p. 67)

Los administradores al igual que las facultades que le concede la ley, existen limitaciones de carácter interno que buscan un desarrollo regular de las actividades. El art. 12 de la Ley de Compañías ecuatoriana manifiesta “Será ineficaz contra terceros cualquier limitación de las facultades respectivas de los administradores o gerentes que se estipulare en el contrato social o en sus reformas”. Respecto a ello se debe hacer referencia a la Doctrina No. 42 de la Superintendencia de Compañías, la cual manifiesta que estas limitaciones de las facultades también pueden ser impuestas por la Ley. Uno de los ejemplos que da el citado autor, es el literal h) del art.118 de la Ley de Compañías, respecto a las atribución de la junta general de la sociedades de responsabilidad limitada “Resolver, si en el contrato social no se establece otra cosa, el gravamen o la enajenación de inmueble propios de la compañía”.

Dentro de estas limitaciones es importante manifestar que en según nuestra ley, lo administradores no podrán realizar a nombre de la compañía a la cual representan cualquier negocio u operación ajena a su objetos social, es decir a aquella tarea para la cual fue creada la compañía. En el caso de que lo haga estaría violando las obligaciones y el mandato dado por el resto de socios o accionistas según el caso. (Art. 261 Ley de Compañías). Finalmente la ley deja claro que si el representante legal no observe dichas limitaciones estaría asumiendo responsabilidad personal en esas operaciones.

2.1.2 Naturaleza y fin de los administradores

Para el autor Víctor Cevallos Vásquez existen dos posiciones fundamentales sobre el carácter o naturaleza jurídica de los administradores en las compañías:

1. Teoría contractualista: Se origina en Francia y manifiesta a que los administradores juegan un papel de mandatarios dentro de la compañía. La junta general, como órgano de gobierno de la sociedad, es quien designa a su mandatario, en este caso el administrador, quien realizará funciones designadas por sus mandantes con el objetivo de cumplir el fin para el cual la compañía haya sido creada; realizando diferentes tareas, todas relacionadas con el giro del negocio. Esta representación llamada a cumplir por los administradores, serán con terceras personas ante quienes deberá cumplir con obligación contraída.

Para algunos autores, los representantes o administradores tiene un carácter peculiar, sui iuris o sui generis, pues casi siempre ostentan acciones o participaciones dentro de la compañía a la cual representa, lo cual como opinión personal, podría perjudicar como beneficiar el manejo de la compañía; pues el ajeno no tiene los mismos intereses que sus intereses que el de un accionista o socio.

Como toda teoría, esta también ha tenido objeciones por parte de los doctrinarios, entre ellas señalaremos tres de las más importantes según el autor ya citado:

1. “El mandato es un encargo voluntario, en tanto que la designación de administradores de la compañía comerciales es obligatoria.

2. El mandatario se contrae estrictamente al mandato que lo determina el mandante; en tanto que los administradores de una compañía tiene libertad de iniciativa en la gestión de los negocios de la compañía, con el solo límite, de la ley, el estatuto social y las decisiones válidamente adoptadas por la junta general.
3. El mandato de índole bilateral, requiere del acuerdo de las voluntades; mientras que el nombramiento de los administradores de la compañía de comercio es de consecuencia o producto de un acto unilateral de voluntad de la junta general o del órgano competente para tal designación.” (CEVALLOS, 2010, p. 560)

2. Teoría organicista: Tiene su origen en Alemania, y sostiene que los administradores forman un órgano de la compañía, tal como si se tratara de la junta general. Dentro de esta teoría se hace la diferencia entre aquellos órganos de la compañía necesarios y voluntarios; es decir, sin los cuales no puede funcionar la sociedad. Con ello se llega a la conclusión que todo administrador que actúe a nombre de la compañía, no obra el órgano por la persona jurídica, sino que la compañía obra por medio de tal órgano (ACCOSI, 2011).

Los doctrinarios también han criticado esta teoría, insistiendo en el hecho de que al ser el órgano de administración parte de la compañía, no existiría una relación jurídica entre la sociedad y el administrador, pues la compañía y el órgano se confundieran e integrarían en mismo ente jurídico.

En la legislación ecuatoriana se adoptado tanto la teoría del mandato como la organicista, según diferentes preceptos en los cuales se ven reflejadas estas teorías. Para no hablar en simple

teoría, me permitiré hacer una tabla en la cual se muestra la aplicación de ambas teorías en nuestra legislación.

| Teoría contractualista | Teoría organicista |
|--|---|
| <p>Art.144 Ley de Compañías.- “...Se administra por mandatorio amovibles, socios o no”</p> | <p>Art. 207.5 Ley de Compañías “5. Integrar los órganos de administración o de fiscalización de la compañía si fueren elegidos en forma prescrita por la ley y los estatutos”</p> |
| <p>Art. 255 Ley de Compañías.- “Los administradores tendrán la responsabilidad derivada de las obligaciones que la ley el contrato social les impongan como tales y contempladas en la ley para los mandatarios...”</p> | <p>Art. 215 Ley de Compañías “...los acuerdos de las juntas generales o de los organismos de administración que no se hubieren adoptado de conformidad con la ley o estatuto social...”</p> |
| <p>Doctrina 72 de la Superintendencia de Compañías.- “El carácter legal de la representación de compañías anónimas y de responsabilidad limitada no priva a los representantes que lo ostentan de su condición de mandatarios”</p> | <p>Art. 280.1 Ley de Compañías “Es prohibido a los comisarios: 1. Formar parte de los órganos de administración de la compañía...”</p> |

De lo analizado podemos deducir que la naturaleza jurídica de la administración en nuestra legislación es de tipo mixta, encontrándose plasmados tanto en la Ley como en la Doctrina, las dos teorías antes explicadas.

Luego de analizar la naturaleza jurídica del administrado, compete abordar el fin que tiene el mismo dentro de la compañía. Como hemos venido estudiando dentro del presente capítulo, el administrador además de asegurar el correcto desarrollo de las estrategias y procesos con el fin de cumplir el objeto social de la compañía, ejerce una labora principal que es la de representación judicial y extrajudicial de la compañía; esta función implica desarrollar tareas a nombre de la compañía, con lo cual permite que varias personas con la misma idea de realizar determinada actividad dentro de la sociedad; formen una persona jurídica que deberá actuar a través de una persona natural, en este caso el administrador.

Por ello la Ley de compañías contempla limitaciones en el ejercicio de tales funciones, principalmente en cuanto a las operaciones ajenas al objeto social, pues lo administradores no podrán realizar a cuenta de la compañía, operaciones que nada tengan que ver con el giro del negocio, pues ello significaría violación a las obligaciones de administración y del mandato de los que son sujetos. Respecto a ello, para dejar claro y de manera breve, debemos citar el art. 123 de la Ley de Compañías: “Los administradores o gerente se sujetarán en su gestión a las facultades que las otorgue el contrato social y, en caso de no señalárseles a las resoluciones de los socios tomadas en junta general. A falta de estipulación contractual o de resolución de la junta general, se entenderá que se hallan facultados para representar a la compañía judicial y extrajudicialmente y para realizar toda clase de gestiones, actos y contratos, con excepción de aquellos que fueren extraños al contrato social, de aquellos que pudieren impedir que

posteriormente la compañía cumpla sus fines y de todo lo que implique reforma del contrato social”

Según el español Vicenç Ribas Ferrer, dentro de su obra “La lealtad del administrador de sociedades” el fin principal de la administración engloba principalmente dos aspectos:

1. “La determinación de un sistema que facilite el desarrollo de actividades de gestión en interés de la sociedad.
2. La articulación de un sistema que garantice el control de la gestión por parte de los socios.” (RIBAS, 2010, p. 2)

En base a ello, diversos mecanismos están puestos para el cumplimiento de estos fines, entre ellos el deber de lealtad cumple su papel en orden a la protección de los intereses sociales en el caso de que el administrador actué de forma interesada.

Para concluir, valga señalar que tanto para Ribas como para otros autores, que este sistema de gobierno de las sociedades conlleva un problema práctico, en cuanto al riesgo constante de que el administrador aproveche su situación para satisfacer sus intereses personales, y el problema jurídico, que intenta dar una solución ante el riesgo de tal conflicto de intereses.

2.1.3 Designación de los administradores

Para que un socio o accionista pueda ser designado administrador y como tal representante legal de una compañía, debe cumplir con ciertas características que la exige la ley para ostentar dicho cargo. Tal y como se explicó en líneas anteriores, de acuerdo a nuestra legislación, para ser

administrador no es indispensable tener calidad de accionista de la compañía, y 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, tal y como señala el art. 258 de la Ley de Compañías. El Código de Comercio es claro en su art. 6 manifiesta que: “Toda persona que, según las disposiciones legales del Código Civil, tiene capacidad para contratar, la tiene igual para ejercer el comercio”, en tanto que el Código Civil señala que: “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”, respecto a ello, se habló detalladamente en el capítulo anterior.

Entendiendo ello, es importante analizar la forma de nombramiento o designación de los administradores según el tipo de compañía de la que se trate. En cuanto a las compañías anónimas, debemos recurrir al art. 299 de la Ley de Compañías la cual dispone que “El nombramiento de los administradores y la determinación de su número, cuando no los fije el contrato social, corresponde a la junta general, la cual podrá también, si no hubiere disposición en contrario, fijar garantías que deben rendir los administradores”

En referencia a lo manifestado por nuestra legislación, el autor antes citado, Víctor Cevallos, manifestar que “los administradores pueden ser nombrados en el contrato constitutivo por acuerdo de los fundadores en el caso de la constitución simultánea, aun cuando hay quienes creen que en las compañías anónimas los representantes legales o administradores solo pueden ser nombrados por la junta general o el órgano competente, porque no hay norma expresa en la ley que lo autorice” (CEVALLOS, 2010, p. 565); dejando claro que en la práctica, generalmente es en el contrato social de la compañía a constituirse, se nombran los representantes legales; lo cual es totalmente correcto. Sin embargo, según nuestra legislación, los miembros de los

organismos de administración serán nombrados por la junta general de accionistas; y los administradores unipersonales (Gerente, Presidente, etc.) podrán ser designados por la junta general o por el Directorio u otro organismo, cuando en el estatuto así lo disponga. Valga señalar en este punto, que es indispensable el nombrar representantes legales previos a cualquier acción judicial o extrajudicial que se requiera hacer.

Para el caso de las compañías anónimas, la Superintendencia de Compañías no aprueba aquellas sociedades que cuenten con el nombramiento de un administrador único, pues para evitar que la compañía tenga problema en caso de ausencia de administrador, se requiere el nombramiento de dos representantes legales.

Es importante señalar que el plazo del cargo de administrador en las compañías anónimas, deberá estar estipulado en el contrato social y según la ley, no podrá exceder de cinco años, pudiendo ser indefinidamente reelegido.

En lo que a las compañías de responsabilidad limitada se refiere, la ley no fija una estructura administrativa, por lo que el estatuto debe ser el que determine tal. Existen doctrinarios como el Dr. Carlos Ramírez, que manifiestan que la falta de estructura administrativa legal en cuanto a este tipo de compañías ocasiona problemas, pues tal y como dice el art. 113 del cuerpo legal en estudio “los administradores o gerentes” llama de forma genérica a todo quienes constituyen el órgano administrativo.

En cuanto a su designación, la cuestión no varía de las sociedades anónimas, pues los administradores podrán ser nombrados mediante junta general por mayoría absoluta (salvo el

estatuto social prevea otra mayoría) o en el mismo estatuto de constitución previamente formalizado.

Como hemos dicho, al tratarse de una escueta estructura administrativa con la que nuestra legislación cuenta, la ley no fija el número de gerentes, por lo que deberá ser establecido en el estatuto social, pudiendo fijar uno o más gerentes.

Valga recalcar, que el representante legal de la compañía podrá ser una persona jurídica que actuar a través de su representante legal, siendo en el contrato social donde se fije el plazo de duración del cargo, el cual no se podrá exceder de 5 años, pudiendo ser reelegido indefinidamente.

2.1.4 Los socios y la administración

La junta general, como máximo órgano de la administración, “es aquel cuerpo en el que confluye la voluntad social, que a su vez es puesta en práctica por los administradores quienes cumplen funciones de carácter ejecutivo, manejando recursos económicos, ingresos y egresos en las distintas transacciones relativas al objeto social de la compañía con observancia de la ley y lo estatutos de la misma.” (CEVALLOS, 2010, p. 556)

Según el ecuatoriano Víctor Cevallos, en las sociedades anónimas, si bien en teoría los administradores están sometidos a la voluntad de la Junta General, en la práctica, sobre todo en las compañías grandes, existe un fortalecimiento del poder personal de los administradores, es

decir la junta pasa a tomar un segundo plano cuando el poder de los administradores sobrepasa el poder de dicho órgano.

Según el autor español Manuel Broceta Pont dentro de su obra “Manual de Derecho Mercantil” analiza que este se debe: “En primer lugar, al hecho de que a los administradores corresponde la dirección de la explotación de la empresa. En segundo lugar, a la circunstancia de que la complejidad de la gestión y la competencia económica privan a los miembros de la junta de los conocimientos técnicos que les permitirían ejercer un control eficiente de la marcha de la sociedad y de la labor administradores. Finalmente, porque el progresivo abstencionismo de los accionistas que no asisten a juntas generales (preocupados exclusivamente por el dividendo) deja en manos de los grupos de contra (frecuentemente ligados a los administradores) las desviaciones relativas a la explotación económica del objeto social y norma funcionamiento de la sociedad” (BROSETA, 1972, p. 221)

En otras palabras, hoy en día, para las compañías grandes, resulta difícil poner a consideración de la junta ciertas cosas que pueden ser resueltas por los administradores; siempre que tales asuntos no extralimiten sus funciones. Esta situación se da principalmente debido a la falta de interés de ciertos accionistas que únicamente esperan obtener lucro de sus acciones, y mientras sea así, no van a tener quejas al respecto. Por tal motivo, tal y como afirma Garrigues “los administradores pueden realizar válidamente todos los actos y negocios jurídicos que estén incluidos en el objeto social, desde el más sencillo acto de gestión hasta el más importante acto de disposición” (BROSETA, 1972, p. 278), lo que permite efectivizar las tareas de la compañía, los administradores optan por ejecutar ciertas tareas de explotación económica.

Por otra parte, como hemos venido manifestando, los administradores cuentan con ciertas facultades otorgadas por la ley para el cumplimiento y desempeño de la compañía dentro de la sociedad. Pero dicha administración es vigilada y controlada por el resto de socios o accionistas de la compañía, razón por la cual la Ley de Compañías ha establecido algunas prohibiciones para dichos sujetos sean o no representantes legales:

1. Art. 260 de la Ley de Compañías prohíbe al administrador de la compañía la cesión o delegación de facultades, es decir, el administrador no puede encargar sus facultades a otro órgano de la compañía. “Si falta temporal o definitivamente el administrador le sustituirá aquí que según los estatutos le subroga en sus funciones”. (RAMIREZ, 2010, p. 111)
2. Art. 261 inciso 1ero de la Ley de Compañías: “Los administradores no podrán hacer por cuenta propia de la compañía las operaciones ajenas a su objeto. Hacerlo significa violación de las obligaciones de administración y del mandato que tuvieren”
3. Según el art. 261 inciso 2do del mencionado cuerpo legal, los administradores están prohibidos de negociar o contratar por cuenta propia, directa o indirecta, con la compañía que administran.

Además de estas prohibiciones manifestadas por la ley, se pueden estipular algunas otras en el contrato social, conforme al acuerdo que se llegue con los socios y accionistas previa creación de la compañía.

Es importante manifestar que los administradores cuentan con total libertad de renunciar al cargo para el cual hayan sido nombrados, en cualquier momento, sin que exista de por medio obligación alguna de permanecer en el cargo aun cuando su nombramiento este en plena vigencia.

Según nuestra legislación, la renuncia de la administración el cual no ejerce la representación legal de la compañía, surte efecto aun sin haber sido aceptada por los miembros del consejo de administración, el directorio de la compañía o la junta general de los accionistas, pues basta con haber sido conocida por dichos órganos.

Diferente es para aquel administrador único que ejerce la representación legal, pues este no podrá dejar el cargo hasta ser legalmente remplazado, a menos que haya transcurrido treinta días de haber presentado su renuncia, pues el legislador ha considerado que es un tiempo prudencial para que la junta general o el órgano competente nombre nuevo un administrador.

En el caso de que la compañía cuente con más de un administrador que ejerza la representación legal, generalmente los estatutos permiten que subroguen al ausente por cualquiera de las situaciones que se puedan presentar, por ello se recomienda que tanto el presidente como gerente cuenten con la calidad de representantes legales.

En cuanto a la remoción de los administradores, las sociedades anónimas se rigen por el principio de libre revocabilidad, consistente en la facultad para remover libremente a los administradores sin que exista de por medio condiciones o limitaciones ya sea por parte de la ley

o el estatuto social; razón por la cual, dichos administradores removidos, carecen de derecho a una indemnización por tal remoción.

2.1.5 Régimen de la administración en los tipos societarios.

En nuestra legislación el régimen de administración varía según el tipo de sociedad de la que estemos hablando, para el fin del presente trabajo, deberemos analizar la regulación que tiene el órgano de administración según los dos tipos de compañías estudiados: compañía de responsabilidad limitada y la sociedad anónimas.

El art. 144 de la Ley de Compañías, respecto a las compañías anónimas manifiesta “Se administran por mandatarios amóviles, socios o no”, es decir dichas personas que ejerzan el cargo, podrán o no ser accionistas.

Por otra parte, en cuanto a las compañías de responsabilidad limitada, el art. 139 dispone de manera expresa y sin admitir pacto en contrario, que la designación de administrador puede recaer en cualquier persona, socio o no.

Sin bien la legislación ecuatoriana no fija una estructura administrativa para las compañías de responsabilidad limitada, el estatuto de la compañía determinará tal situación. Según el ecuatoriano Carlos Ramírez, esta estructura tiene que ver con el número de socios que constituyan la compañía, pues si se constituye con un número de tres no es necesario establecer un Consejo de Administración o Directorio por ejemplo, a más del Presidente y Gerente.

En lo referente a la convocatoria, quórum, mayorías, atribuciones debe constar del Estatuto; es por ello que se autores han llegado a analizar el hecho del déficit de estructura administrativa de la que carece nuestra legislación, lo cual legamente trae problemas en la práctica. Por esta y varias razones, la Superintendencia de compañías debe realizar un trabajo minucioso al momento de aprobar los estatutos de una compañía.

En cuanto a las sociedades anónimas, según el ecuatoriano Carlos Ramírez, rigen dos principios y normas generales:

1. “La administración de la compañía esta desligada de la titularidad del capital, es decir que los accionistas no pueden reservarse para sí de manera exclusiva la administración de la compañía. Para la compañía anónima se exige una administración de tipo profesional.
2. La compañía se administra por mandatarios a móviles; es decir que los nombramientos de administradores, unipersonal o miembros de los organismos administrativos, es temporal y revocable. La junta general de accionistas puede remover a los administradores con toda libertad, sin que tenga que justificar las causas de la remoción ni sujetarse a exigencias o condición alguna” (RAMIREZ, 2010, p. 109)

Al igual que lo que ocurre con la compañía limitada, en la sociedad anónima, según el art. 251 de la Ley de Compañías, se deja a libertad de los socios para que dentro del contrato social determinen la estructura administrativa de la compañía, reconociéndose que la estructura básica de una compañía de este tipo comprende la Presidencia y, Gerencia y dependiendo del número de accionistas podrá existir un Directorio, Comité Ejecutivo o Consejo de administración.

Si bien los accionistas de la compañía contarán con libertad para determinar la estructura legal de la compañía, en cuanto a la designación, remoción, atribuciones, obligaciones, responsabilidades y prohibiciones, deberán atenerse a las normas contenidas en el párrafo 9no - De la administración y de agentes de la compañía - contenidos en la Ley de Compañías.

2.1.6 Obligaciones y responsabilidades de los administradores de las compañías.

De acuerdo a lo estudiado previamente, la personalidad jurídica con la que cuentan las compañías es limitada, siendo su actuar válido mientras se mantenga dentro de los fines lícitos perseguidos y previstos por la ley. Su principal limitante es el de actuar única y exclusivamente por intermedio de personas físicas, cuya conducta es imputada a la sociedad por ser órganos de ella.

Tal como hemos indicado, la calidad de socios no otorga facultades para ejercer derechos y contraer obligaciones a nombre de la empresa, sino ello surge del momento en que la sociedad nombre de común acuerdo a una persona como administrador, dividiéndose de manera clara los patrimonios de los socios y de la sociedad.

Por los antecedentes antes descritos, los llamados administradores deben cumplir con ciertas obligaciones dentro de la compañía, y de actuar fuera de los límites establecidos, responderá por una serie de responsabilidades ante la compañía, como veremos a continuación.

2.1.6.1 Naturaleza y régimen normativo de la responsabilidad en la administración.

La labor del administrador dentro de la compañía busca el cumplimiento del objetivo social para el cual la compañía fue creada, pero este actuar puede en ciertas situaciones chocar con intereses distintos al propio, originándose un conflicto de tipo civil, penal e incluso administrativo por parte de la compañía hacia terceros, lo conlleva a la imputación al ente moral de responsabilidad contractual o extracontractual según el caso que se presente.

Como hemos venido anunciando, la responsabilidad de la persona jurídica encierra algunos problemas, ya sea para la compañía como ente ficticio y a las personas físicas quienes actúan materialmente en función del objeto social de la compañía. Estas personas son precisamente los administradores.

Para ello, la ley ha establecido ciertas normas que limiten el actuar de los administradores de la compañía y responsabilicen a los mismos en caso de que existan irregularidades en el manejo de los diferentes recursos que están en manos de tales sujetos. Estas regulaciones las encontramos en la Ley de Compañías, como lo analizaremos a continuación.

El art. 17 del cuerpo legal citado, enumera a todos quienes serán responsables en caso de fraudes, abusos o vías de hecho cometidos a nombre de la compañía y otras personas naturales o jurídicas; determinando que serán personal y solidariamente responsables:

1. Quienes los ordenaren o ejecutaren,
2. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga este; y,

3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución.

Aparentemente el citado artículo es claro, sin embargo el escritor ecuatoriano Víctor Cevallos, explica que cuando se refiere a los fraudes, el articulado alude a la estafa, el abuso de confianza y otros delitos que se encuentran tipificados en nuestra Código Penal, mientras que las vías de hecho son identificadas como otro tipo de abusos que se comenten a nombre de la compañía. Así también, el autor manifiesta su opinión de desacuerdo en cuanto en la mala regulación en lo referente a la “responsabilidad que por esas mismas infracciones adquieren quienes actúen en nombre de las personas naturales y otras personas jurídicas distintas de la compañías de comercio por no ser materia del derecho societario” (CEVALLOS, 2010, p. 104); pues analizado desde ese punto de vista la legislación estaría combinando dos ramas distintas del derecho.

Por otra parte el art. 30 del citado cuerpo legal, manifiesta que aquellos que contraten a nombre de la compañía que no se hubieren establecido legamente serán solidariamente responsables de todos los perjuicios que por la nulidad de los contratos se causen a los interesados; es decir que todos aquellos quienes sin ostentar el nombramiento de representantes legal realicen actos contractuales, responderán por ellos ante la nulidad de los mismos, siendo castigados incluso con una pena de prisión de seis meses a cinco años y una multa de ocho a cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, según el art. 563 del Código Penal Ecuatoriano. La norma en el mismo articulado responsabiliza a aquellos que a nombre de la compañía legalmente constituida, realicen negociaciones distintas a su objeto social determinado en el estatuto legal. Ello podría provocar, además de la responsabilidad civil y penal, la disolución de sociedad, según el numeral 11 del art 361 de la Ley de Compañías, pues

en este se declara que la Superintendencia de Compañías tiene la potestad de declarar la disolución de las compañías por incumplimiento de sus estatutos.

Otro de los principales artículos de la Ley de Compañías que enmarca legalmente la conducta de los administradores, es el art. 128, el cual establece que los administradores o gerentes responderán ante la compañía por los daños y perjuicios causados:

1. Por dolo,
2. Por abuso de facultades,
3. Por negligencia grave o incumplimiento de la ley o del contrato social.

En el caso de lesionar intereses de terceras personas también deberán hacerse responsables civil y penalmente por el delito de estafa en el caso de que se hubiesen hecho inventarios o se presenten inventarios fraudulentos.

Además de los artículos antes estudiados, la Ley de Compañías en Sección VI, en su el párrafo 8, “De la administración y los agentes de la compañía” determina la estructura administrativa de la compañía y de sus obligaciones.

Es importante destacar dentro del presente análisis que la responsabilidad solidaria o *in solidum* se da únicamente en los casos en que la ley o el contrato social así lo disponga; es decir que en tales casos, todos ellos responderán de igual forma cuando han incurra en determinada conducta.

El art. 256 manifiesta que los administradores son solidariamente responsables para con la compañía y terceros:

1. De la verdad del capital suscrito y de la verdad de la entrega de los bienes aportados por los accionistas;
2. De la existencia real de los dividendos declarados;
3. De la existencia y exactitud de los libros de la compañía;
4. Del exacto cumplimiento de los acuerdos de las juntas generales; y,
5. En general, del cumplimiento de las formalidades prescritas por la Ley para la existencia de la compañía.

La responsabilidad establecida en los cuatro primeros numerales que preceden se limita a los administradores en sus respectivos períodos. Para los numerales 1, 2 y 3 del art. anteriormente citado, en caso de incumplimiento estaríamos hablando de falsedad de un instrumento privado, lo cual da lugar a un delito debidamente tipificado y sancionado, pues al cometer dicho ilícito el administrador estaría manipulando instrumentos con el objetivo de ocultar la verdad y obtener beneficios principalmente de tipo económico.

Por otra parte el art. 263 en su numeral 4 manifiesta los administradores, entre otras obligaciones, deberá presentar a la Junta General por lo menos una vez al año un informe a cerca de la situación económica de la compañía, junto con el balance e inventario preciso, así como también una cuenta de pérdidas y ganancias reportadas por el cuerpo social. De no hacerlo, el administrador podrá ser removido por la junta general, quien exigirá las responsabilidades en caso de irregularidades.

Además de lo que la ley como tal establece, existen casos en los que el estatuto social establece otro tipo de exigencias al momento de presentar información sobre la compañía. Para el caso de aquellas compañías que realizan prácticas de Buen Gobierno Corporativo, establecen exigencias dentro del informe e incluso se exige que tal rendición de cuentas se la realice tres veces al año.

Como hemos analizado hasta el momento, los administradores tiene la obligación de desempeñar su labor de manera transparente y prudente, en observancia de las limitaciones que tanto la ley y el estatuto social establecen. Así también en caso de irregularidades cualquier accionista estará en su derecho de denunciar por escrito, ante los comisarios, quienes en caso de no tomar las medidas necesarias de manera oportuna, serán solidariamente responsables con los administradores de cualquier irregularidad presentada. (Art. 214 y 279 numeral 11 Ley de Compañías).

2.1.6.2 Obligaciones de los administradores y efectos de su incumplimiento

Los administradores ejecutan la voluntad expresada por el órgano de gobierno que tenga relación con el objeto social para el cual la compañía fue creada. El administrador al ejercer una influencia patrimonial ajena, según el español Vicenç Ribas, realiza una actividad con cierta autonomía que principalmente busca el regular y reglamentar los intereses comunes de la sociedad, por lo que el sujeto está obligado a actuar en interés de la sociedad desarrollando el objeto social, y por otra parte participa en la propia estructura organizativa que dirige la sociedad. Es decir, el administrador, en el cumplimiento de su obligación de gestión participa en

la toma de decisiones relevantes para la determinación del objeto social y fines sociales.
(RIBAS, 2010, p. 347)

El sujeto que ejerce la administración de la compañía, deberá cumplir con ciertas obligaciones establecida en la ley como en el estatuto social, con el objeto de que sus facultades estén limitadas en el cumplimiento de su capacidad de dirección y decisión.

Bajo el fiel cumplimiento de la Ley de Compañías, señala las principales obligaciones de los gerentes o administradores contenidas en distintos articulados analizados a continuación:

1. El art. 13 señala que el administrador deberá inscribir su nombramiento, con la razón de su aceptación, en el Registro Mercantil, dentro de los treinta días posteriores a su designación, en el caso de los administradores que tengan la representación legal.
2. Según el Art. 20 las compañías constituidas en el Ecuador, a través de sus administradores, enviarán al ente regulador como es la Superintendencia de Compañías, en el primer cuatrimestre del año, copias autorizadas del balance general anual, del estado de la cuenta de pérdidas y ganancias, así como de las memorias e informes de los administradores y de los organismos de fiscalización establecidos por la Ley, así como también la nómina de los administradores, representantes legales y socios o accionistas. En el caso de que no se envíen tales documentos dentro del plazo establecido, o si los mismos no se encontraren debidamente autorizados, según lo señalador por el art. 25, se impondrá al administrador de la compañía recibirá una multa de conformidad con el Art. 457, es decir la multa podrá llegar hasta el monto de doce salarios mínimos vitales

generales; salvo se hubiese autorizado una prórroga por haberse comprobado imposibilidad de presentar oportunamente los documentos antes mencionados.

3. El art. 21, por otra parte, señala que los administradores deberá comunicar a la Superintendencia de Compañías la transferencia de acciones y de participaciones de las compañías constituidas en el Ecuador, indicando su nombre y nacionalidad de cedente y cesionario dentro de los ocho días posteriores a la inscripción en los libros correspondientes.
4. El art. 124 en concordancia con el art. 118 los administradores, en el plazo de sesenta días a contarse de la terminación del respectiva ejercicio económico, deberán a presentar el balance anual y la cuenta de pérdidas y ganancias. En su parte final hace referencia al deber de cumplir y hacer cumplir la Ley, el contrato social y las resoluciones de la junta general. Adicionalmente, el art. 125 señala que tales sujetos deberán proceder con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente.
5. El art. 130 en concordancia con el inciso segundo del art. 261, los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo género de comercio que constituye el objeto de la compañía, salvo autorización expresa de la junta general. Es decir que para “aquellos administradores de una sociedad de responsabilidad limitada no pueden intervenir por sus propios derechos, como socio, en la fundación de una compañía en la que también administra, porque ello anularía en forma absoluta las intervenciones.”
(CEVALLOS, 2010, p. 293)

6. El art. 132 hace referencia a la aplicabilidad de las disposiciones contenidas del art. 129 al art. 133 del Código de Comercio, que entre otras regulaciones, manifiesta que en las operaciones que ejecuten deberán expresar que lo hacen a nombre de la compañía, y por tal no se estarán obligando personalmente; salvo se actué en nombre propio o se salgan de las instrucciones de la junta general, o inobserven los estatutos y la ley.
7. El art. 262 se dispone que el administrador desempeñará una gestión con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente.
8. En el Art. 263 se enumera obligaciones especiales que los administradores deben cumplir, entre las 6 que se consagran, se encuentran principalmente:
 1. El numeral 1) Obliga a Cuidar, bajo su responsabilidad, que se lleven los libros exigidos por el Código de Comercio, los cuales según el art. 39 del citado cuerpo legal son: Diario, Mayor, de Inventarios y de Caja. A su vez se deberá cumplir con el art. 440 de la Ley de Compañías el cual manifiesta que se deberá “... examinar la situación activa y pasiva de la compañía, si lleva los libros sociales, tales como los de actas de juntas generales y directorios, el libro talonario y el de acciones y accionistas o de participaciones y socios...”
 2. Según el numeral 4) se deberá entregar a los comisarios y presentar por lo menos cada año a la junta general una memoria razonada acerca de la situación de la compañía acompañada del balance y del inventario detallado y preciso de las exigencias, así como la cuenta de pérdidas y ganancias. La falta de entrega y presentación oportuna del balance

por parte del administrador será motivo para que la junta general acuerde su remoción, sin perjuicio de las responsabilidades en que hubiera incurrido.

3. Numeral 5, convocar a las juntas generales de accionistas conforme a la Ley y a los estatutos; y, de manera particular cuando conozcan que el capital de la compañía ha disminuido, a fin de que resuelva si se la pone a liquidación conforme a lo dispuesto en el art. 198, el cual manifiesta que cuando las pérdidas alcancen el 50% o más del capital suscrito y del total de las reservas.
4. Numeral 6, interceder en calidad de secretarios en la junta general, si en el estatuto no se hubiere contemplado la designación del secretario.
5. El art. 289 los administradores de la compañía están obligados a elaborar, en el plazo máximo de tres meses contados desde el cierre del ejercicio económico anual, el balance general, el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias y la propuesta de distribución de beneficios, y presentarlos a consideración de la junta general con la memoria explicativa de la gestión y situación económica y financiera de la compañía.

Valga recalcar finalmente, que los administradores también se encuentran obligados al pago de los impuestos y las contribuciones pertinentes a la Superintendencia de Compañías.

2.1.6.3 Responsabilidad civil, penal y administrativa de los administradores

Luego del estudio de las obligaciones del administrador, es pertinente analizar la responsabilidad que asume este sujeto en ejercicio de sus funciones; pues de no cumplir con algunas de las obligaciones manifestadas tanto con la ley como en el estatuto social, debe atenerse a las consecuencias tanto de tipo civiles como penales y entendida esta última de tipo tributario.

El autor Víctor Cevallos explica que la palabra responsabilidad proviene del latín “*responderé*”, que significa estar obligado. Como hemos venido indicando, aquellos sujetos que ejercen el cargo de administradores dentro de una compañía son responsables de absolutamente todos los actos que realicen a nombre de la compañía, aún cuando cumplieren órdenes ilegales de las que no hayan manifestado su inconformidad, pudiendo ser por descuido u omisión en el cumplimiento de sus funciones dando como resultado actos jurídicos contrarios a la ley o contrato social.

En cuanto a la responsabilidad de las personas jurídica ha sido materia de discusión y análisis, pues doctrinariamente este ente es inimputable, es decir no es sujeto de responsabilidad de ningún ilícito, pues como bien hemos manifestado es una creación del derecho que ha permitido el desarrollo económico de personas naturales con un objetivo en común. Al asumir que es un ente ficticio, la responsabilidad por lo actuado recae sobre los autores directos del hecho que causo el daño a ser reparado.

La responsabilidad puede ser civil, penal y solidaria si son varios administradores, extendiéndose a la compañía y a terceros por los perjuicios causados, la misma que cesa cuando se proceda conforme a una resolución o acuerdo adoptado por la junta general.

Para el autor Robert Joseph Pothier, “la responsabilidad de los administradores, ya sea esta civil o penal, se derivan de las obligaciones siendo de su esencia que:

1. Exista una causa de donde nazca la obligación;
2. Personas entre las cuales se haya contratado
3. Que alguna cosa haya sido objeto de la misma.

La causa de las obligaciones son los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos, algunas veces la ley o la simple equidad” (POTHIER, 1978, p. 11)

En cuanto a la responsabilidad civil, entendida tal como la consecuencia de un acto ilícito que causa daño a otro y obliga al que lo cometió a resarcir o reintegrar el patrimonio del perjudicado. Por ello, en atención al daño causado se podrá incurrir civilmente en daños de tipo contractual y extracontractual, pudiendo originarse de la violación de un contrato o por la violación de una norma, incurriendo en tales violaciones con dolo, culpa o por omisión. (VAZQUEZ, 2008, p. 55).

Al haberse ocasionado el daño, la ley civil lo que busca es el resarcimiento del daño causado, es decir, restaurar el patrimonio del perjudicado por la violación al contrato o a la norma cometido. Los autores han clasificado la responsabilidad civil de dos formas:

1. la responsabilidad con relación a terceras personas
2. la responsabilidad con relación a los socios o accionistas de la compañía

En nuestra legislación la Ley de Compañías, establece en su art. 255 que los administradores tendrán la responsabilidad derivada de las obligaciones que la ley y el contrato social les impongan como tales y las contempladas en la ley para los mandatarios; igualmente, la tendrán por la contravención a los acuerdos legítimos de las juntas generales. El articulado toma en cuenta que será nula toda estipulación que tienda a absolver a los administradores de sus responsabilidades o a limitarlas; y que los administradores no contraen por razón de su administración ninguna obligación personal por los negocios de la compañía.

Valga precisar que según el art. 308 del Código de Trabajo, aquella persona que tenga el poder para representar y obligar a la empresa, será considerado mandatario y no empleado, salvo el mandato se refiera únicamente al régimen interno de la empresa.

Si se trata de compañías de responsabilidad limitada, deberemos citar el art. 125 de la Ley de Compañías el cual dispone que los administradores que faltaren a sus obligaciones son responsables, solidariamente si fueran varios, ante la compañía y terceros por el perjuicio causado.

Además de ello, el legislador al considerar insuficiente la regulación en cuanto a la responsabilidad de los administradores en las compañías de responsabilidad limitada, ha determinado que se aplicará las demás disposiciones referentes la sociedad anónima en cuanto a

la responsabilidad de los administradores, siempre que no se oponga a la naturaleza de las compañías de responsabilidad limitada.

El art. 126 de la Ley de Compañías, anteriormente citado, habla sobre la responsabilidad civil que asumen los administradores al incurrir en uno de los cuatro literales que se especifican, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal de la cual también deben responder. Para el autor Guillermo Cabanellas, dentro de su Diccionario Enciclopedia del Derecho Usual, en referencia al este artículo, precisa que la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que excuse ello.

Este artículo en conjunto con el art. 124 del mismo cuerpo legal que señala que los administradores responderán por que se lleve correctamente la contabilidad, nos dan las principales pautas de responsabilidad civil que existe en la legislación sobre las compañías en el Ecuador.

En cuanto al ámbito penal, deberemos recordar que para que se cometa un acto ilícito se debe violar una norma jurídica, en el caso de que dicho acto este tipificado por la Ley penal de un país estaremos frente a la comisión de un delito, siendo el autor de mismo el que responda por las sanciones civil y penales a las que se lo condene.

Respecto al tema y adentrándonos en la responsabilidad penal, debemos analizar el art. 128 de la Ley de Compañías, antes citado, el cual hace responsable penalmente a los administradores de la compañía por:

1. Dolo
2. Culpa
3. Negligencia grave o incumplimiento de la Ley o el contrato social.

De la misma forma, tales sujeto también responde frente a los acreedores de la compañía y los socios de ésta, cuando hubieren lesionado directamente los intereses de cualquiera de ellos. Respecto a ello el jurista Víctor Cevallos critica al manifestar que el legislador hizo mal al tipificar en la Ley de Compañías, modalidades de estafa que no encajan en ningún tipo descrito en el antiguo Capítulo Quinto del Código Penal, ni tampoco a lo descrito dentro de tal delito en el art. 186 del Nuevo Código penal integral, como tampoco se ajusta a los elementos que configura dicho delito.

Debido a los múltiples casos en los que los administradores no han respondido plenamente por las infracciones, la nueva regulación del Código Penal Integral, inscrito en el Registro oficial hace pocos meses, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido una de las innovaciones de dicho código. Como todo cambio, ha generado un sin número de críticas y un extenso debate en torno a la incorporación de esta figura de manera clara y precisa dentro de este cuerpo legal.

En concreto, nos referimos al Capítulo Quinto de la Responsabilidad de las personas jurídicas, el cual en su art. 49 especifica “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración...” además de ello, la norma

manifiesta que “La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito..”

Ello ha generado críticas a favor y en contra de la regulación. Por un lado ha existido juristas quienes manifiestan que no es nueva la aplicación de esta figura, pues ya esta siendo ejecutada en otros cuerpos legales tales como la Ley de Compañías que sanciona con multas o suspensiones a la persona jurídica que actué en perjuicio de terceros; de tal forma que no puede ser criticada bajo el argumento de quienes están en contra de la incorporación de tal figura al sostener que las compañías no pueden ser privadas de su libertad.

Si bien es cierto, el legislador ha buscado la manera de que ciertas actuaciones queden impunes bajo el argumento de tratarse de entes ficticios, pues no se ha llegado a comprobar que las compañías pueden cometer infracciones como estafa, delito que con la ley anterior solo se podía sancionar a sus representantes pero la compañía podía seguir en pleno funcionamiento. Por tal motivo se ha visto la necesidad de buscar otro tipo de sanciones, que lógicamente, no consistan en la privación de libertad, sino con multas, clausura de sus establecimientos, suspensión de sus actividades, prohibición de realizar las mismas actividades por las que fuera sancionada, servicio comunitario y la disolución, liquidación y cancelación de la compañía.

Por otra parte, quienes se encuentran en contra de la nueva regulación manifiestan que desde épocas romanas se ha establecido de manera fundamentada que las penas recaen necesariamente sobre las personas naturales - individuales, de acuerdo al principio "*societas delinquere non potest*", que significa que las sociedades no pueden delinquir, pues el delito no puede ser

cometido sino por un hombre en contra de otro. Sin embargo, tales argumentos han sido dejados totalmente de lado dentro de la nueva regulación penal, que sin reparo alguno a ha ido en contra de estas antiguas precepciones y ha añadido tal figura de responsabilidad penal en nuestro ordenamiento jurídico.

De la misma forma valga señalar que según el último inciso del art. 49 cuando el delito es cometido por cualquier persona natural en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica, no habrá lugar a la determinación de responsabilidad para esta última; a si también de manera precisa el art. 50 manifiesta que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos punibles.

En cuanto a la Ley de Compañías, el artículo que habla sobre la estafa, el abuso de confianza y otras defraudaciones, es el art. 17 de la Ley de Compañías, el cual trata sobre la responsabilidad personal y solidaria de las personas naturales o jurídicas por defraudaciones o abusos que cometan a nombre de las compañías. Como se criticó anteriormente, este artículo mezcla indebidamente el derecho penal con el derecho societario, al regular lo referente a aquellos que actúen de personas naturales o jurídicas.

A todo ello valga añadir que según el art, 361 de la Ley de Compañías, además de las sanciones de tipo civil y penal, si el administrador realiza actos ajenos al objeto social de la compañía, la misma podrá ser disuelta por el ente regulador de la mismas, es decir la Superintendencia de Compañías.

Además de la responsabilidad penal y civil, algunas actuaciones de los administradores pueden generar responsabilidad administrativa, y precisamente por no ser consiente de ella, el administrador debe asumir graves consecuencias.

La responsabilidad administrativa es entendida como aquella que surge de la comisión de una contravención de tipo administrativo, es decir que este tipo de responsabilidad se origina de todo acto realizado ante entidades que ejercen algún tipo de control, como es el caso de la Superintendencia de Compañías, de Bancos, de Telecomunicaciones, el Mercado de Valores, entre otras. Dependiendo de la autoridad o ente del que se trate, la sanciona por el daño o perjuicio estará dirigido a la compañía, al administrador o a los dos solidariamente.

De igual forma, según la entidad de la que se trate, se podrán imponer diferente tipo de sanciones, que pueden ser multas, clausuras, suspensiones entre otras.

Si bien no es común su cometimiento, la responsabilidad administrativas es de las más amplias pues abarca desde las infracciones al medio ambiente, pasando por la responsabilidad tributaria, hasta aquella que es ante el mercado de valores. Debido a la importancia que alcanzado actualmente este último, analizares brevemente a continuación, su regulación administrativa.

Actualmente, cuando una sociedad anónima, alcanza un capital elevado los accionistas optan por negociar sus acciones a nivel del mercado de valores. Sin embargo, para que estas acciones sean negociadas, la compañía debe cumplir una serie de requerimientos, en especial en cuanto al estatuto social, que debe contar con el llamado Buen Gobierno Corporativo (BGC).

Este mecanismo es empleado por algunas compañías que actúan dentro del mercado de valores, pues con el paso de los años se ha llegado a demostrar que las empresas que han perdurado a través del tiempo, son aquellas que manejan adecuadamente los intereses relaciones entre su Gerencia, la Junta Directiva y principalmente sus accionistas, objetivo que se logra a través de tales prácticas.

Los administradores que ejercen la representación legal dentro de una compañía son precisamente quienes actúan en representación del ente ficticio para la realización de las actividades dentro del mercado de valores en el Ecuador, siempre que la ley y el estatuto social así lo determinen.

A manera de ejemplo analizaremos el caso de la responsabilidad administrativa de acuerdo a la ley de Mercado de Valores, la cual ubicamos en el Título XXII. Su art. 203 hace referencia a la responsabilidad civil, administrativa o penal que acarrea la infracción a la ley, reglamentos e incluso resoluciones del Consejo Nacional de Valores; que para el caso de la mayor parte de las compañías, la asumirán los administradores que ejerzan la representación legal, siempre que el estatuto no determina que algún cuerpo colegiado, como el caso del directorio, represente a la compañía ante el Mercado de Valores.

El Art. 204 de la ley en mención, responsabiliza civil y administrativamente a las persona jurídicas, que actúan a través de sus administradores, y también a las personas naturales, cuando fuere culpables de las infracciones correspondientes, como son las transgresiones a la Ley de Mercado de Valores, sus reglamentos y otras normas y resoluciones complementarias y a las demás disposiciones que regulan el mercado de valores. Por su parte el art. 206 determina que

las infracciones administrativas son sancionadas por la Superintendencia de Compañías en conformidad con esta Ley y con las resoluciones que expida el Consejo Nacional de Valores.

El art. 207 enumera aquellas infracciones que se consideran de tipo administrativo, como son no divulgar en forma veraz, oportuna, completa y suficiente la información determinada por este cuerpo legal, o el negociar valores sin cumplir las normas establecidas por la ley, los reglamentos y demás normas del mercado; entre otras infracciones; sancionadas, según el art. 208, por la Superintendencia de Compañías que teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad de la infracción administrativa, es decir la magnitud del perjuicio causado, que según la ley pueden ser leves, graves o muy graves. Se sancionará de acuerdo a lo señalado en tal artículo, sanciones que van desde multas, remociones del cargo o función, suspensión temporal o definitiva hasta por tres años para participar dentro del Mercado de Valores.

De esta forma se regula la principales responsabilidad administrativa que pueden tener los administradores, sin dejar de lado la responsabilidad laboral, tributaria e incluso a nivel ambiental que puedan llegar a tener.

2.1.6.4 Eximentes de responsabilidad de los administradores.

Si bien es cierto, según el segundo inciso del art. 255 de la Ley de Compañías, es nula toda estipulación que tienda a absolver a los administradores de sus responsabilidades o a limitarlas. Es por ello que al considerar el legislador que se atenta contra el orden público y ser contraria a

la moral y las buenas costumbres, se prohíbe la liberación de la responsabilidad adelantada por cualquier acuerdo que contenga el contrato social de la compañía.

A pesar de lo antes dicho, respecto a la responsabilidad de los administradores por conductas culposas o dolosas, el administrador se encuentra exento de responsabilidad cuando hubiere hecho constar su inconformidad, en el plazo de diez días a contarse desde la fecha que conocieron la resolución y dieron noticia inmediata a los comisario, según el art. 264 de la Ley de Compañías.

Dicha inconformidad no debe limitarse a la mera disconformidad con lo resuelto, sino que la misma debe ser concreta y precisa, permitiendo que los integrantes del órgano de gobierno examinen las razones o no de sus objeciones. Sin embargo, “si la sociedad no posee comisario, la responsabilidad del administrador queda eximida cuando se cumpla con los demás condiciones que señala el citado artículo.” (VAZQUEZ, 2008, p. 61)

A su vez el art. 125 del cuerpo legal en análisis en su último inciso señala que la responsabilidad solidaria de los administradores en las compañías de responsabilidad limitada, cesa cuando hubieren procedido conforme a una resolución tomada por la Junta General, siempre que oportunamente hubieren observado a la junta sobre la resolución tomada; el legislador considera que al ser una resolución de la junta y al estar de acuerdo los miembros que la conforma, han realizado todo tipo de cambios y sugerencias que no perjudiquen a la compañía.

Por su parte, la regulación en cuanto a la extinción de la responsabilidad de los administradores en las compañías anónimas, expresa 4 causas en las cuales cesa o se extingue la responsabilidad, estas son:

1. Por aprobación de balances y sus anexos: al exigir la responsabilidad de los administradores, para la mayor parte de tratadistas, ente ellos el ecuatoriano Víctor Cevallos, es una aprobación implícita de su gestión. En el caso de que el balance hubiese sido aprobado con datos no verídicos, o existiere acuerdo no expreso de reserva o ejercer la acción e responsabilidad, tal aprobación no excluye de responsabilidad a los administradores.
2. Cuando hubieren procedido en cumplimiento de acuerdo de la junta general, a menos que tales acuerdos fuesen notoriamente ilegales: Dentro de este literal existen dos aspectos relevantes: el primero en cuanto a lo que el autor Joaquín Rodríguez manifiesta que “no sería lícito ni moral que estando obligados los administradores a cumplir los acuerdos de las asambleas, pudieran estas mismas exigirle responsabilidad por haber obrado en obediencia debida” (RODRIGUEZ, 1981, p. 137), y el segundo aspecto, en cuanto a la expresión “notoriamente ilegales” pues para el autor Víctor Cevallos abre las puertas a un campo subjetivo, pues lo que para alguien es notoriamente ilegal para otro sujeto puede no serlo.
3. Por aprobación de la gestión, o por renuncia expresa a la acción, o por transacción acordada por la Junta General: tal y como es competencia de la Junta General.

4. Cuando hubiere dejado constancia de su oposición conforme a lo indicado en el art. 264 de la Ley de Compañías, el cual ha sido citado anteriormente, pero valga la pena recordar que se refiere a la extinción de responsabilidad de los administradores siempre que aquellos actos u omisiones que estén libre de culpa y siempre que hayan expresa su inconformidad en el plazo de diez días desde la fecha de la resolución y den noticia inmediata a los comisarios. Para estos casos la inconformidad debe ser manifiesta ya sea pronunciándose ante la Junta o mediante escrito en los días posteriores.

2.1.6.5 Resarcimiento de daños causados

Como hemos venido estudiando, el patrimonio de una sociedad es distinto del patrimonio de los socios, tal y como patrimonio de los socios es distinto del patrimonio de la sociedad; por tal razón es el patrimonio social el que responde por las obligaciones de la sociedad, existiendo una obligación por parte de los socios respecto de la sociedad a cumplir con el pago de las aportaciones prometidas.

Gracias a la existencia del patrimonio autónomo de la sociedad, se ha la responsabilidad de los socios o accionistas frente a las obligaciones sociales, de manera que las sociedades o compañías sean utilizadas para distintos fines. Sin embargo, debido a esta marcada división de patrimonios se han dado distintos caso de abusos de esta responsabilidad limitada, nos referimos al hecho de que las personas vinculadas a una sociedad haciendo prevalecer su calidad de socio, se extralimiten en sus derechos que como tales tienen, realizando diferentes actos para los cuales no han sido facultados, y de manera maliciosa abusan de su calidad de administradores y/o representantes legales cometiendo diferentes tipos de fraudes de los que ya hemos venido analizando en el transcurso del presente trabajo.

Con el objeto de que tales actos de abuso o mal uso no queden impunes, la ley además de imponer determinadas sanciones, también obliga al administrador a resarcir los daños causados. Respecto a ello, la doctrina ha establecido una distinción entre los llamados daños primarios o directos, en otras palabras, hablamos de la acción social, entendida como aquel daño causado a la sociedad; y la acción individual entendida como el daño que se produce al individuo.

El art. 272 de la Ley de Compañías respecto a las sociedades anónimas, nos dice que la acción de responsabilidad contra los administradores o miembros de los consejos de administración vigilancia o directorios será entablada por la compañía previo acuerdo de la Junta General, aún cuando no figure en el orden del día; es decir que la Junta General como principal órgano de la compañía será la que tome las acciones correspondientes al haberse comprobado la irresponsabilidades de los administradores al momento de realizar gestiones a nombre de la compañía a la cual representa, y una determinada persona designada por el mismo órgano se encargara de que dicha acción interpuesta sea ejercida por el administrador.

El administrador no puede apelar la resolución tomada por la Junta General, pudiendo tal órgano transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre y cuando no exista oposición de accionistas que representen al menos la décima parte del capital pagado y como no puede ser de otra forma, según el último inciso de la citada norma, el administradores será destituido de su cargo.

En cuanto a las compañías de responsabilidad limitada, no se aplica el artículo analizado, pues la remoción de los administradores puede ser acordada por la Junta General por una mayoría que represente las dos terceras partes del capital pagado, debiendo figurar en el orden del día, caso contrario la junta podrá ser nula. Además según el art. 118 literal k) de la Ley en estudio, una de las atribuciones de la Junta General es el disponer que se establezcan las acciones correspondientes en contra de los administradores o gerentes, acciones que podrán ser de además de sanción, que comprenda el respectivo resarcimiento de daños. En el mismo articulado, la ley prevé que en el caso de que la Junta General no llegase a disponer acciones en contra de administradores, una minoría representada por al menos un veinte por ciento del capital social, podrá recurrir al juez para entablar las acciones necesarias de acuerdo a la ley. El legislador ha señalado dicha opción para el caso de que las personas involucradas no quieran iniciar acciones, el resto de socios tengan la oportunidad de hacerlo.

2.1.7 Acciones legales que se pueda interponer a los administradores

Como hemos venido analizando, el incumplimiento del deber de lealtad por parte de los administradores que hayan actuado desautorizadamente, o extralimitando las funciones otorgadas por la ley y el estatuto; origina un acto ilícito que lleva como consecuencia la aplicación de las acciones previstas por el ordenamiento jurídico.

La Ley de Compañías, en su art. 275 sobre lo antes indicado, señala que la acción de responsabilidad contra los administradores corresponde a la junta general, que mediante junta ordinaria o extraordinaria, deberá resolver sobre la acción nombrando paralelamente a un socio que cumpla dicho cometido. La ley no permite que sea el accionista individual quien

promueva la acción de responsabilidad, así como protege los intereses de la minoría impidiendo que la junta trance de alguna forma la acción de responsabilidad.

Por su parte, el jurista ecuatoriano Víctor Cevallos hace referencia a dos tipos de responsabilidad que tiene los accionistas:

1. Responsabilidad frente a los accionistas: en la legislación ecuatoriana, los accionistas no tienen la potestad individual de entablar la acción de responsabilidad contra los administradores, pues estos responden ante la sociedad y de manera excepcional frente a terceros. Según el citado autor los administradores deberán responder civilmente por daños causados a uno o varios administradores en sus bienes o intereses de carácter patrimonial.
2. Responsabilidad frente a terceros: la Ley de Compañías prevé la responsabilidad personal de los administradores con respecto a terceros, a diferencia de legislaciones como la italiana o la mexicana las cuales han suprimido la responsabilidad personal de los administradores. El autor en estudio, respecto al tema hace referencia específicamente al art. 17 de la Ley de Compañías, el cual responsabiliza personal y solidariamente a quienes comentan fraudes, abusos o vías de hecho a nombre de la compañía. De la misma forma se responsabiliza a los administradores por el cometimiento de cinco numerales especificados en el art. 256 de la Ley de Compañías, que ya ha sido analizado anteriormente.

A pesar de que estos dos tipos de responsabilidades se encuentren, aparentemente regulados por la norma, resulta sumamente difícil el establecer la responsabilidad sobre personas naturales que actuaron a nombre de la compañía perjudicando principalmente a

terceras personas. Es aquí entonces donde es necesario adentrarnos en la doctrina del llamado levantamiento del velo societario, como lo haremos en el siguiente capítulo del presente trabajo.

CAPITULO 3

RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS Y ACCIONISTAS EN EL ECUADOR

3.1 Levantamiento del velo societario

La Doctrina del Levantamiento del Velo Societario, es una creación del Derecho Anglosajón, que surgió con el objeto de crear un mecanismo que permitiera superar la estructura de la persona jurídica, alcanzando a las personas naturales que se han escondido detrás del llamado “velo societario” con la finalidad de realizar actos prohibidos al ser contrarios al ordenamiento jurídico, de manera que con la aplicación de esta doctrina se logra descubrir los fraudes cometidos por determinados socios o accionistas en contra de terceros, utilizando para ello la figura de persona jurídica.

El origen de la doctrina se dio al hecho que la persona jurídica ha ido evolucionando de manera positiva; sin embargo, como toda evolución trae cosas positivas y negativas, debido estas últimas ser corregidas por la ley. Para que este sistema continúe funcionando, deben concurrir “copulativamente dos elementos: primero, que la persona sea un centro de imputación diferenciado de los socios; y segundo, que estos limiten su responsabilidad frente a terceros por

las operaciones societarias únicamente al monto del aporte comprometido” (ANDRADE, 2009, p. 9) De suprimirse cualquiera de estos pilares básicos, caería el sistema económico vigente.

Como hemos venido analizando, la doctrina del Levantamiento del Velo Societario permite que se evite posibles abusos que se vayan a dar a nombre de la compañía por parte de los administradores, imponiendo siempre los principios de buena fe y seguridad jurídica ante la autonomía del patrimonio del ente, para que así la figura de la persona jurídica no fracase.

En el sistema anglosajón, del cual se originó la doctrina en estudio, dispone su utilización excepcional, y para el caso de que los tribunales de derecho no conceda ningún tipo de protección ante una actuación abusiva de una persona jurídica; pues dado el caso, el tribunal de equidad puede prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica, para alcanzar a las personas y a los bienes que se escudan bajo tal figura

3.1.1 Concepto y características.

Para algunos tratadistas, como es el caso de Juan Dobson, la teoría del levantamiento del velo societario o desestimación de la persona jurídica, se trata de un “remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular.” (DOBSON, 1985, p. 12) de tal concepto se desprende que no limita la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica sino la extiende a otras formas de asociación que pueden darse.

Por su parte el jurista americano Wormser, al que hace referencia el ecuatoriano Juan Trujillo en su obra, manifiesta que para esta doctrina conocida en Estados Unidos como *disregard of the*

legal entity, “cuando el concepto de persona jurídica se utiliza para defraudar a los acreedores, ya sea para sustraerse de una obligación existente, para desviar la aplicación de la ley, para constituir o conservar un monopolio o para proteger facinerosos y/o delincuentes, los tribunales pueden prescindir de la personalidad jurídica y considerar que la sociedad es un conjunto de hombres que participan activamente de los actos societarios, justificándose entonces considerar que se trata de un negocio convenido entre personas reales.” (TRUJILLO, 2011, p. 59)

Cabanellas por su parte, sostiene que la “personalidad societaria se fundamenta en un conjunto de reglas que determinan las conductas que se imputan a la sociedad como persona jurídica. En virtud de ciertas normas que alteran tal atribución, los efectos generales de esas reglas pueden verse modificados pasando a imputar las conductas que normalmente serían atribuibles a la sociedad como persona jurídica, a otras personas físicas o de existencia ideal, como pueden ser socios u otras personas que contralan la sociedad. De manera que esta modificación de las reglas en materia de imputación, propias de la personalidad societaria, es denominada desestimación de la personalidad societaria.” (CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 1994, p. 66)

De lo analizado por los autores citados se desprende que en el caso de existir un abuso de la personalidad jurídica de la que se encuentra dotada toda compañía, puede aplicarse el llamado remedio jurídico que consiste en allanamiento de la persona jurídica, es decir el llegar a responsabilizar jurídicamente a aquellos quienes integran y utilizan dicha estructura en perjuicio de terceros o en fraude de la ley, con el objeto de proteger a los principios generales de buena fe, lealtad, y equidad, llevando a la jurisprudencia a desestimar la personalidad jurídica.

El jurista ecuatoriano, Santiago Andrade, señala que el levantamiento del velo societario cuenta con algunos elementos importantes de precisar, cita que a pesar de ser un tanto extensa,

dejar completamente claro el concepto de la siguiente forma “es una figura exclusivamente procesal, no pertenece al derecho material; constituye un instrumento que le permitirá a juez llegar a establecer la verdad real cuando la verdad formal encubre un fraude a la ley o un abuso de derecho; es un remedio extraordinario, que aplicará el juez excepcionalmente ante la evidencia de que está ante una conducta abiertamente ilegítima, que busca mediante el empleo desviado de la forma asociativa, cometer un fraude a la ley o abusar del derecho, no habrá una vía directa para remediar la situación por lo que la medida tiene carácter subsidiario; se funda en los principios generales del derecho y básicamente en el principio de la buena fe; por regla general no produce nulidad de la figura societaria sino únicamente su imposibilidad y, en el campo patrimonial, deja de tener eficacia el principio de limitación de la responsabilidad, la que extiende a las personas que se encuentran detrás del velo societario, quienes serán personal y solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados a terceros” (ANDRADE, 2009, p. 14)

La doctrina del Levantamiento jurídico presenta algunas que le son esenciales, sin importar en el sistema jurídico que nos encontremos, como pueden ser:

a) Es una técnica o práctica judicial.- Al tratarse de una doctrina que no está codificada en nuestra legislación, no la podemos considerar como norma, de manera que debemos hablar únicamente de una técnica o práctica judicial que aplican los jueces al momento de emitir fallos en los que se responsabiliza a las personas naturales que se han protegido tras el “velo societario”.

b) Es una institución de verdad.- Si bien es cierto y como lo habíamos mencionado, al no encontrarse en nuestra legislación como norma, la podemos ubicar como una institución que ha sido estudiada como doctrina y aplicada en muchas legislaciones a pesar de no ser concebida como norma legal.

c) Es una doctrina de carácter no unitario.- Al tener un carácter amplio, no podríamos hablar de esta doctrina de manera unitaria; el abarcar varios supuestos ha permitido que se sancione delitos como el fraude a la ley, el abuso del derecho todo ello en base al principio de tutela del legítimo interés del tercero perjudicado.

d) Tiene un carácter excepcional.- Una de sus principales características es la excepcionalidad, que se refiere al aplicación de la doctrina, única y excesivamente como un recurso último, siempre que se haya detectado injusticia y daño a un tercero.

e) Produce efectos relativos.- De acuerdo al supuesto para el cual la doctrina sea aplicada, producirá efectos distintos, siempre en mira da la protección de terceros perjudicados y la sanción de las personas naturales que han cometido el ilícito.

f) Constituye un medio o un resultado.- Esta doctrina, según el caso que se trate, podrá ser utilizada como medio o como resultado. Como medio, para descubrir a los socios o accionistas cuando hayan utilizado a la persona jurídica como medio para cometer, dilucidando de esta manera sus intenciones; y por otra parte como resultado cuando es utilizada para encontrar a las personas naturales que utilizaron a la persona jurídica con otros fines.

3.1.2 Fraude a la ley y abuso del derecho.

El jurista alemán Rolf Serick fue quien desarrollo a profundidad la doctrina analizada y adoptada actualmente en varias legislaciones del mundo; con el objeto de sancionar los posibles fraudes a la ley o abusos del derecho que puedan dar origen la separación entre el ente social y los miembros que la componen, lo que algunos llaman la crisis del concepto de la persona jurídica.

Bien sea que se trate de un posible fraude a la ley o abuso del derecho, este autor manifiesta que al ser una estructura delicada, es necesario determinar cuándo se puede prescindir de la misma de manera que se pueda penetrar en ella y llegar a sus miembros, quebrantado de esta forma aquellos principios que hemos venido analizando a lo largo de presente trabajo, respecto a la autonomía patrimonial que existe en la sociedad, todo ello para evitar resultados injustos.

Por tal motivo, Serick ha agrupado en tres categorías los motivos por los cuales se admite romper con la estructura sólida de la persona jurídica de manera que se pueda llegar a los miembros que la conforman, “cuando por intermedio de la persona jurídica se posibilita la burla de una suposición legal, una obligación contractual o se causa un perjuicio a terceros”. (DOBSON, 1985, p. 19)

1. Fraude a la ley: en el caso de que el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro medio no permitido, contraviniendo a lo establecido legalmente.
2. Fraude o contrato o al quebrantamiento de obligaciones contractuales: cuando a través de las sociedades se incumpla un contrato como consecuencia de desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la de sus socios.

3. Daño fraudulento a terceros: principalmente en el caso de “préstamo o mutuo a favor de la sociedad, ya sea que esta pertenezca a un solo socio o a varios pero concentrado en uno solo la mayor participación y por ende su control.” (TRUJILLO, 2011, p. 65)

Lo que el autor en su doctrina manifiesta es que, se podrá penetrarse hasta el sustrato de la persona jurídica excepcionalmente, cuando se cumpla la regla general, es decir cuando haya de por medio un abuso de la personalidad jurídica, siendo insuficientes los remedios específicos previstos por el derecho general, que de ser utilizados a raja tabla provocaría resultados inequitativos e incluso injusto a la vista de todos quienes participaron dentro de la sociedades y los terceros perjudicados por la misma.

Serick con el objetivo de dejar claro las posibilidades de penetrar hasta el sustrato de la sociedad de la persona jurídica, elabora cuatro reglas:

1. “Si la estructura es formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a Derecho que persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y lo socios.
2. No basta alegar que si no se descarta la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidad de la norma o de un negocio jurídico.
3. Las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas también deben aplicarse a la persona jurídica cuando la finalidad de la norma corresponda a esta clase de personas.

4. Si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presupone que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no es puramente nominal sino verdaderamente efectiva.” (TRUJILLO, 2011, p. 67)

3.2 Alcance de la legislación ecuatoriana frente a la responsabilidad y obligaciones de los socios y accionistas.

En lo que a la legislación ecuatoriana se refiere, nuestro ordenamiento jurídico no contaba con una regulación específica referente a doctrina del levantamiento del velo societario, por ello en varias ocasiones se vio la necesidad de aplicar doctrina y jurisprudencia cuando se detectaba razones suficientes para sospechar de fraude a la ley o abuso del derecho. De tal manera, al ser un remedio procesal extraordinario, el juez debía estar completamente seguro de la necesidad de aplicarlo, es decir, “la prueba del dolo o mala fe con que se ha procedido quien pretende beneficiarse indebidamente de la figura societaria debe ser concluyente” (ANDRADE, 2009, p. 15)

Sin embargo, desde hace algunos años el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha adecuado ciertas normas para que esta doctrina sea establecida dentro de una ley positiva.

Las primeras muestras de ello encontramos en nuestro Código Civil en su art. 1957 segundo inciso, el cual señala que la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, aludiendo a la existencia de la separación patrimonial entre la sociedad y el socio; precepto que para juristas como Eduardo Carmignani, debe ser aplicado de manera obligatoria para evitar dudas que se pudieran dar al respecto, no con el propósito de que

tal principio de autonomía patrimonial sea considerado una dogma indestructible, sino que únicamente se respete tal principio que gobierna la persona jurídica.

Dado que esta regulación no era suficiente y traía como consecuencia arbitrariedad por parte de los juristas y por otro lado un abuso por parte de los miembros que conforman la sociedad, y considerando que la figura societaria está siendo utilizada para alcanzar una meta por la ley prohibida defraudando a la ley (fraude a la ley) o que se emplee abusando del derecho, por parte de quienes actúan bajo el nombre de la persona jurídica; los legisladores vieron la necesidad imperiosa de que tal doctrina se vea reflejada en un cuerpo que regule de manera clara y precisa esta situación. Por ello en el año 2013 se presentó el Proyecto de Ley para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, el mismo que ha sido aprobado y en los próximos días será inscrita en el Registro Oficial, pasando a formar parte de nuestra legislación, por ello lo estudiaremos a continuación.

La Ley para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, reforma algunas de las leyes que conforman nuestro ordenamiento jurídico, siendo preciso estudiar la reforma realizada a la Ley de Compañías en su art. 17 y al Código de procedimiento civil en su art. 412, leyes que han abordado la doctrina del levantamiento del velo societario.

El actual art. 17 de la Ley de Compañías el cual ha sido objeto de estudio de la presente tesis, pues aún no se encuentra oficialmente reformado, responsabiliza solidariamente de los fraudes o abusos cometidos para la sociedad a quienes los ordenaren, ejecutaren o quienes obtuvieron algún provecho, aplicable, según el jurista ecuatoriano Juan Trujillo, para “aquellos casos en los que el abuso se produce como consecuencia de la influencia dominante ejercida sobre una sociedad, de manera tal que el controlante –buscando su beneficio exclusivo- desvía la actividad de la controlada hacia la consecución de fines extrasocietarios.” (TRUJILLO, 2011, p. 111).

A pesar de que el artículo en estudio da pasó a la doctrina del levantamiento jurídico, quebrantado el llamado hermetismo de la persona jurídica; según Ley para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil amplio mucho más este precepto señalando en su art. 94 que se sustituya el art. 17 manifestando en sus partes principales que:

1. “La compañía de comercio goza de personalidad jurídica propia, y en consecuencia, constituye un sujeto de derechos distinto a sus socios.”

Con ello la norma deja claro que, en principio, si existe una autonomía patrimonial entre personas jurídica y las persona naturales que la conforman.

2. Dicha distinción “...no tendrá lugar ni será oponible en caso de comprobarse judicialmente que el contrato social fue celebrado para violar la ley, el orden público o la buena fe; para encubrir las consecución de fines ajenos a la compañía; o como mero recurso para evadir alguna exigencia o prohibición legal, mediante simulación o fraude a la ley, o por cualquier otro medio semejante, siempre que ello se deriven perjuicios a terceros.”

La autonomía de la cual se trata el inciso primero se mantendrá siempre que no se compruebe acciones fraudulentas por parte de la compañía que deberá responder ante terceros por perjuicios a ellos causados.

3. complementando lo antes manifestado, este artículo manifiesta que “...se imputarán directa y personalmente a la persona o personas que se hubieran aprovechado o se estuvieren aprovechando de la simulación o del fraude a la ley”

de manera que queda totalmente clara la aplicación de la doctrina estudiada, pues bajo justificadas razones, y en miras de precautelar intereses de terceros, se admite el imponer responsabilidades a las personas que busque obtener beneficios personales bajo la figura de persona jurídica.

4. Una vez que haya sido declarado mediante sentencia la inoponibilidad de la persona jurídica o también conocido como el levantamiento societario "...se dispondrá que, de ser posible, las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la simulación, del fraude a la ley o de cualquier otra vía de hecho semejante, y que los responsables de los perjuicios respondan personal y solidariamente por los mismos, mediante la correspondiente indemnización; pero en todo caso se respetarán y no podrán afectarse los derechos adquiridos por terceros de buena fe."

Este inciso deja clara lo que los jueces debe disponer cuando se pruebe que efectivamente a existido razones suficientes para declarar el develamiento de la compañía, de forma que terceros perjudicados de buena fe, se vean afectados en lo menos posible y, valga decir en este punto, que la inoponibilidad no ataca la validez del acto mismo, pues a diferencia de la nulidad, el acto produce todos sus efectos con relación a las partes, pero el acto válido para las partes no produce efectos o no tiene eficacia respecto de terceros ya que la inoponibilidad esta establecida para la protección de los terceros de buena fe.

5. El artículo establece de forma general que "...los fraudes, simulaciones o vías de hecho que se comentan en perjuicio e terceros, a nombre de una compañía o valiéndose de ella, serán personal y solidariamente responsables..." siendo éstos, otros casos, además de los ya manifestados en los incisos anteriores.

6. El artículo en su último inciso determina que “Salvo los casos excepcionales expresamente determinados en la ley, la inoponibilidad de las personas jurídicas solamente podrá declararse jurídicamente, de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la persona jurídica de la compañía deducida ante un juez de lo civil y mercantil del domicilio de la compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor. La acción de inoponibilidad de la persona jurídica seguirá el trámite especial previsto en el art. 412-A del Código de Procedimiento Civil”

En este punto, de manera precisa y clara, la ley manifiesta la forma en que se deberá declarar la inoponibilidad, evitando la confusión y completando la precaria regulación con la que la legislación ecuatoriana ha venido actuando respecto al tema. De la misma forma, el artículo manifiesta quiénes serán los jueces competentes para declarar el develamiento de la compañía, siguiendo el trámite que a continuación nos especifica el art. 412 dentro de la ley en estudio.

1. En cuanto al trámite se especifica que “La demanda de develamiento societario o inoponibilidad de la persona jurídica podrá ponerse contra una o mas compañías y contra los presuntos responsables”

Con ello se deja claro que la demanda irá también en contra de socios o administradores que hayan cometido la falta, pudiendo presentarse la demanda en el domicilio que decida el actor.

2. “En la demanda se podrá solicitar, como medidas cautelares, las prohibiciones de enajenar o gravar los bienes y derechos que estuvieren relacionados con la pretensión procesal y, de manera particular, de las acciones o participaciones o partes sociales de la o las compañías respectivas, así como la suspensión de cualquier proceso de liquidación”

Estas medidas buscan precautelar los intereses del actor como de terceros perjudicados, las mismas que serán ordenadas antes de la citación con la demanda; siendo el juez quien deberá notificar a la Superintendencia de compañías para que se proceda a registrar en su base de datos tales medidas, pudiendo el mismo solicitar que se realice una inspección para determinar si las medidas han sido debidamente anotadas en el libro de acciones u accionistas.

3. “Si en el transcurso del proceso el juez hubiere advertido el cometimiento de alguna infracción pena, en su Sentencia así lo declarará y notificará con la misma al correspondiente Fiscal Distrital para que procesa en consecuencia.”

Es decir, la ley prevé la posibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica, tal y como habíamos revisado en capítulos anteriores.

4. “La acción de desvelamiento societario o inoponibilidad de la persona jurídica prescribirá en seis años, contados a partir del hecho correspondiente, si hubiera sido uno solo, o del ultimo de ellos, si hubieren sido varios.”

Finalmente este artículo determina el plazo de prescripción para esta acción, así como en su último inciso establece que esta acción se aplicara sin perjuicio del derecho de presentar impugnaciones o acciones de nulidad de la constitución o de actos o contratos de las compañías.

Esta regulación se presenta en términos claros y generales, lo que permitirá que en lo venidero se aplique con mayor propiedad la doctrina del levantamiento societario, evitando de esta forma abusos y perjuicios cometidos en contra de terceros, siendo posible ampararse a lo dispuesto en el art. 4 del Código Civil manifiesta “En el juzgamiento sobre materias arregladas por leyes orgánicas y especiales, no se aplicarán las disposiciones de este Código, sino a falta de

esas leyes”, sin que quepa ninguna discusión al respecto, como existía antes entre el conflicto de leyes existentes.

A manera de opinión personal y concluyendo el presente capítulo, considero que la regulación que entrará en pocas semanas en vigencia, evitará inseguridad jurídica tanto par los miembros de la compañía e incluso para los juristas, pues al tratarse de un tema de política legislativa, los jueces deben actuar con total prudencia al momento de casos de abusos de la personalidad jurídica; siendo pertinente el uso de esta doctrina como herramienta fundamental para evitar usos indebidos y malas practicas que se cometan a través de la sociedad, mas aún, cuando esta materia finalmente tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien es cierto, la dinámica de las situaciones que se puedan presentar en cuanto al fraude y al abuso de la ley, podrían dejar sin aplicación a tal regulación, ello no es un argumento de peso al analizar que la existencia de tales reglas proporcionan los supuestos sobre los cuales se debe aplicar la norma.

3.3 Análisis de la Ley Orgánica de Defensa de los Derechos Laborales frente a la responsabilidad de los socios y accionistas.

Considerando que las compañías muchas de las veces no cumple con lo prescrito en el código de trabajo, respecto al pago de las utilidades y demás beneficios de ley, y en vista de que no se ha podido evitar el incumplimiento de la obligación antes referida por la existencia de testaferros; el legislador ha visto la necesidad de “establecer los mecanismos a través de los cuales el Estado pueda hacer efectiva la responsabilidad de los empleadores, que superen las medidas tomadas por ellos para evadir sus responsabilidades” tal y como contiene los mismo considerandos de mencionado reglamento.

De esta manera, mediante Registro oficial No. 797 del 26-09-2012, se promulgó la llamada Ley orgánica para la defensa de los derechos laborales, ley en la que su art. 1 rompe por completo el principio de autonomía patrimonial existente entre el patrimonio de la persona natural y la persona jurídica, provocando para muchos juristas, una violación a tal principio además de provocar inseguridad jurídica.

El art. 1 al cual hacemos referencia nos dice: “Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no solo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador.”

Mencionado artículo tiene total concordancia con lo manifestado en la Codificación del Reglamento de afiliación, recaudación y control contributivo en cuanto al art. 72, agregando un segundo inciso que prescribe lo siguiente: “....El juez de coactivas de la jurisdicción, en el auto inicial o en cualquier estado de la causa acorde a lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley de Seguridad Social y 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, dispondrá el cobro de los valores adeudados al IESS al obligado principal en cada periodo que ejerció tal representación o subsidiariamente a los mandatarios, representantes o administradores y más obligados, de acuerdo a la Ley, incluyendo a los herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario; en el caso de personas jurídicas usadas para defraudar, condición debidamente declarada, dichas obligaciones podrán recaudarse hasta el

último nivel de Propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador. Cuando el obligado principal no cumpla con su obligación, las medidas cautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Todo esto sin perjuicio de las demás acciones permitidas por la Ley.”

De esta forma queda claro, que el legislador en busca de evitar los abusos y fraudes por parte de la persona jurídica, y basado en el principio *In dubio pro operario*, ha expedido la norma antes prescrita, la cual permite perseguir el patrimonio de aquellas personas naturales que utilizaron esta figura con fines ilícitos.

Para algunos de los juristas esto representaba un atentado a la seguridad jurídica, pues no se establecía quién debería declarar el levantamiento del velo de la personalidad jurídica, pero, tal y como analizamos anteriormente, ello será competencia del juez civil y mercantil del domicilio donde el actor decida demandar.

A criterio personal, si bien la norma en estudio ha sido expedida bajo consideraciones de peso, y en busca de solucionar los problemas que han surgido bien sea a causa del incumplimiento de las obligaciones patronales o por la falta de acceso a seguridad social de calidad, entre otros conflictos que actualmente se presentan; ello implica el quebrantando del más fuerte de los principios que ha permitido que la persona jurídica se mantenga como una figura que brinda seguridad a quienes deciden conformarla. El hecho de violar tal principio de autonomía patrimonial, produce inseguridad jurídica, aún más cuando esta ley fue expedida cuando aun no se establecía el órgano quien declara el levantamiento del velo, sino se limitaba a sancionar a los socios o accionistas detrás de la empresa.

Por ello, la doctrina del levantamiento de velo societario necesitaba una regulación urgente como se lo esta haciendo, más aún cuando nuestra cultura jurídica extremadamente positivista, no permite darnos el lujo de motivar sentencias o resoluciones en base a doctrinas internacionales.

CONCLUSIONES

Luego de la investigación realizada en el presente trabajo, debo manifestar lo interesante que me ha resultado el análisis a he realizado de un tema que si bien ha sido estudiado en varias ocasiones, nunca se ha llegado a una conclusión definitiva. Bajo este contexto he llegado a las siguientes conclusiones:

- a. A través de estudio de concepto y reconocimiento la persona jurídica hemos podido analizar la capacidad con la que cuenta para contraer obligaciones y ejercer derechos a través de su representante legal, quien estará autorizado por los miembros de la sociedad, para actuar a su nombre.

- b. Se ha podido analizar la crisis que esta figura esta atravesando. Los distintos tipos de abuso cometidos a través del este ente ficticio, razón por la cual se ha tenido que recurrir a distintas doctrinas para atenuar de alguna manera el deterioro de la misma. La manipulación de la persona jurídica ha provocado que sea utilizada para alcanzar fines que no son los propios de la realidad social para la cual fue creada, sino aquellos intereses particulares de los individuos que la integran o la representan, provocando que lo legisladores busquen la manera de sancionarlos.

- c. Según los principios estudiados, las sociedades cuentan con patrimonio autónomo, es decir los socios o accionistas de una compañía responderán hasta el límite de sus aportaciones, dividiendo totalmente aquel patrimonio con que cuenta la persona natural del que se ha creado a través de la persona jurídica; situación que permite la limitación de la responsabilidad de los socios que la conforman.

- d. Si bien, tanto al Ley de Compañías como el estatuto social que rige a determinada compañía, se establecen obligaciones y responsabilidades de los socios y administradores, el privilegio de la autonomía patrimonial, ha sido visto a manera de incentivo para cometer abusos y fraudes a la ley, en miras de obtener ventaja de dicho privilegio.

- e. La legislación norteamericana ha desarrollado una doctrina que permite desestimar a la persona jurídica, pudiendo alcanza a las personas naturales que se encuentran detrás de ella, haciéndolas responsables por los daños ocasionados. La doctrina del levantamiento del velo societario, a la cual hacemos referencia, permite que, bajo ciertas circunstancias y parámetros, se pueda determinar responsabilidad individual de los socios, accionistas o administradores que hayan cometido fraudes o abusos escudándose en la figura de la persona jurídica. Si bien es cierto, esta doctrina rompe con el principio antes señalado de autonomía patrimonial, permite que alguien responda por los perjuicios causados a terceros, evitando que tales delitos queden en la impunidad, otorgando una verdadera la

confianza jurídica y seguridad de los socios y a terceros que contraten con la compañía.

- f. Al permitir el levantamiento del velo societario se produce la llamada inoponibilidad o nulidad de los actos realizados en fraude a sus acreedores, o la reparación de daños; siendo totalmente válida aquellas actuaciones lícitas.

- g. Una nueva regulación que entrará en vigencia en los próximos días, desarrolla una normativa que presenta la posibilidad de aplicación del levantamiento del velo societario, mediante la cual los juristas no se basaran en esta doctrina para lograr imputar a aquellas personas que han cometido abusos al derecho o fraudes a la ley; sino dicho actuar estará amparada en las normas respectivas, evitando de esa forma que fallos emitidos en base a una doctrina no regulada sean motivo de crítica e inseguridad.

- h. Finalmente, se analizó la Ley orgánica de defensa de los derechos laborales, ley que rompe totalmente el principio de autonomía patrimonial, al responsabilizar a las personas naturales que se hayan tras la persona jurídica por el incumpliendo de obligaciones laborales, lo que podría ser motivo de inseguridad si es que no se aplica correctamente la norma.

RECOMENDACIONES

El Ecuador finalmente cuenta con una regulación sobre el levantamiento del velo societario, que permitirá contar con mecanismos idóneos que impidan que se sigan dando abusos y fraudes por parte de personas que, bajo la figura de persona jurídica, realizan actos de ilícitos, perjudicando a la sociedad, a terceros y al Estado mismo. Sin embargo considero que es de gran importancia que el legislador trabaje en la concordancia debida que debe existir entre uno y otro cuerpo legal, pues es sumamente necesario que se hagan un estudio previo y profundo de nuestro sistema legal, evitando aprueben leyes discordantes y que dejen cabos sueltos y produzcan inseguridad.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCOSI, A. P. (2011). *Sociedades Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RABINOVICH-BERKMAN, R. (2001). *Derecho Romano*. Buenos Aires: Astrea.
- RICHARD, E. (1981). *Manual de Derecho Societario*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- VASQUEZ, V. C. (2010). *Nuevo Compendio de Derecho Societario*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- LARREA HOLGUIN, J. (2002). *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana*. Quito.
- TOBAR RIBADENEIRA, L. (1956). *Las Personas Jurídicas en el Ecuador*. Quito.
- Código Civil Ecuatoriano. (2011). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- GONZALEZ, E. (1998). *Son relativamente incapaces las personas jurídicas?* Bogotá.
- Compañías, L. d. (1999). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- RAMIREZ, C. (2010). *Manual de Proactiva Societaria Tomo I*. Loja.
- VAZQUEZ, V. (2008). "La Administración en las compañías de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas". Cuenca: Trabajo de Graduación previo a la obtención del título de Master en Asesoría Jurídica de Empresas".
- CEVALLOS, V. (2010). *Nuevo Compendio de Derecho Societario*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- VALDEZ, R. S. (2002). "Obligaciones y responsabilidades de los administradores de las Compañías". Editorial "Pedro José Vela".
- FARINA, J. (1980). "Tratado de Sociedades Comerciales". Rosario: Editora Zaus.
- RODRIGUEZ, J. (1981). "Tratado de sociedades mercantiles" Tomo II. México: Editorial Porrúa S.A.

RIBAS, V. (2010). "El deber de lealtad del administrador de sociedades". Madrid: La Ley.

BROSETA, M. (1972). "Manual de Derecho Mercantil". Madrid: Tecnos.

POTHIER, R. J. (1978). "Tratado de las obligaciones". Buenos Aires: Heliasta S.R.L.

ANDRADE, S. (2009). "Levantamiento del velo en la doctrina y jurisprudencia ecuatoriana".

Quito, Ecuador: Revista de Derecho No.11 UASB-Ecuador/CEN.

DOBSON, J. M. (1985). "El abuso de la personalidad jurídica". Buenos Aires: Depalma.

TRUJILLO, J. (2011). "El abuso de la personalidad jurídica societaria". Guayaquil: EDILEX

S.A.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (1994). "Derecho Societario" tomo III (Heliasta ed.).

Buenos Aires.