UNIVERSIDAD DEL AZUAY

MAESTRÍA EN ASESORÍA JURÍDICA DE EMPRESAS

TEMA DE TESIS: EL ACCIONISTA Y LAS ACCIONES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

AUTOR: **Dr. Juan Alejandro Serrano León.**

DIRECTOR: **Dr. Antonio Martínez Borrero.**

Cuenca-Ecuador

2014

RESUMEN EJECUTIVO

Las acciones y los accionistas son dos elementos fundamentales de la estructura jurídica, económica y funcional de la sociedad anónima, en tal virtud se plantea su análisis partiendo desde los conceptos básicos de esta especie de compañía, su historia y su regulación en la legislación ecuatoriana; se estudia por una parte a los accionistas, sus derechos fundamentales y no fundamentales y su correlación con las obligaciones que tienen para con la sociedad, y por otra parte se analiza las acciones como parte o cuota del capital y como títulos valores, su relación con su titular, sus clases e importancia, las formas de traspaso, planteándose un análisis crítico de los temas tratados, hasta la presentación de propuestas de reforma a la Ley de Compañías sobre situaciones que a nuestro criterio, no se encuentran debidamente reguladas en nuestro ordenamiento jurídico.

ABSTRACT

SHAREHOLDERS AND SHARES IN LIMITED COMPANIES

Shares and shareholders are two key elements of the legal, economic and functional structure of the corporation; therefore, we propose their analysis starting from the basic concepts of this type of company, its history and regulations under the Ecuadorian law. The shareholders, their fundamental and no fundamental rights and its correlation with their obligations to society are studied; and on the other hand shares as part or share of capital and as securities, their relationship with the holder, its types and importance, and the forms of transfer are analyzed. We proposed a critical analysis of the issues, as well as the submission of proposals to amend the Companies Act over situations that in our opinion are not properly regulated by our legal system.

UNIVERSIDAD DEL AZUAY
DPTO. IDIOMAS

Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INDICE TEMÁTICO

EL ACCIONISTA Y LAS ACCIONES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

1.1.- INTRODUCCIÓN AL TEMA……1

1.2.- CONCEPTO DE SOCIEDAD…….....3

1.2.1.- TIPICIDAD SOCIETARIA…….5

1.2.2.- SOCIEDAD Y ASOCIACIÓN……...6

1.2.3.- SOCIEDAD Y COMUNIDAD……7

1.2.4.- SOCIEDAD Y EMPRESA……..8

1.2.5.- SOCIEDAD Y COMPAÑÍA……..12

1.3.- LA SOCIEDAD CIVIL Y LA SOCIEDAD MERCANTIL…….……13

1.4.- NOCIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA Y SU REGULACIÓN EN EL ECUADOR….....17

1.4.1.- BREVE ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA……...…….17

1.4.1.1.- EN EL DERECHO ROMANO……...……17

1.4.1.2.- EN LA EDAD MEDIA……..…….18

1.4.1.3.- EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA……20

1.4.1.4.- ÉPOCA ACTUAL……...……21

1.4.2.- REGULACIÓN EN ECUADOR……..…….22

1.4.3.-CONCEPTUALIZACIÓN……...……..23

CAPÍTULO II

EL ACCIONISTA EN LA SOCIEDAD ANONIMA.

2.1.- EL ACCIONISTA, CONCEPTO Y GENERALIDADES.....……..26

2.2.- EL ESTADO DEL ACCIONISTA DENTRO DE LA SOCIEDAD...…….38

2.3.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y OTROS DERECHOS PATRIMONIALES Y NO PATRIMONIALES DEL ACCIONISTA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA…….……..40

2.3.1.- CALIDAD DE SOCIO……..…….43

2.3.2.- PARTICIPACIÓN DE BENEFICIOS SOCIALES……...……44

2.3.3.- PARTICIPAR EN LA DISTRIBUCIÓN DEL ACERVO SOCIAL EN EL MOMENTO DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD….....55

2.3.4.- DERECHO A INTERVENCIÓN EN JUNTAS GENERALES Y EL DERECHO AL VOTO……56

2.3.5.- INTEGRAR LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN O DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPAÑÍA……...…….70

2.3.6.- GOZAR DE PREFERENCIA PARA LA SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES EN EL CASO DE AUMENTO DE CAPITAL…….……73

2.3.7.- IMPUGNAR LAS RESOLUCIONES DE LA JUNTA GENERAL Y DEMÁS ORGANISMOS DE LA COMPAÑÍA……..……79

2.3.8.- NEGOCIAR LIBREMENTE SUS ACCIONES……88

2.3.9.- OTROS DERECHOS PATRIMONIALES Y NO PATRIMONIALES DEL ACCIONISTA……...…88

2.3.9.1.- DERECHO A SOLICITAR CONVOCATORIA A JUNTA GENERAL…….89

2.3.9.2.- DERECHO A DENUNCIAR A LOS ADMINISTRADORES……..……92

2.3.9.3.- DERECHO A NO SER OBLIGADO A AUMENTAR SU APORTE……..…….92

2.3.9.4.- DERECHO DE INFORMACIÓN……..…….93

2.3.9.5.- DERECHO DE RECESO, SEPARACIÓN O RETIRO…….....….95

2.3.9.6.- DERECHO A RESPONDER ÚNICAMENTE CON EL APORTE REALIZADO A LA SOCIEDAD……...……98

2.3.9.7.- LOS DERECHOS DE CRÉDITO DE LOS ACCIONISTAS FRENTE A LA SOCIEDAD…….101

2.3.9.8.- DERECHO A PRESENTAR DENUNCIAS Y SOLICITAR INTERVENCIÓN DE LA COMPAÑÍA……101

2.4.- OBLIGACIONES DEL ACCIONISTA FRENTE A LA SOCIEDAD: PATRIMONIALES Y NO PATRIMONIALES……..102

2.4.1.- OBLIGACIÓN DE PAGO DEL APORTE OFRECIDO…….……102

2.4.2.- OBLIGACIÓN DE LEALTAD Y CONSECUENCIA CON EL INTERÉS SOCIAL DE LA COMPAÑÍA……..……108

2.5.- FORMAS DE ADQUIRIR LA CALIDAD DE SOCIO……..…109

2.6.- FORMAS DE CESAR LA CALIDAD DE SOCIO……110

CAPÍTULO III.

LAS ACCIONES

3.1.- LA ACCIÓN: CUOTA DE CAPITAL SOCIAL, TÍTULO VALOR Y FUNDAMENTO DE LA CALIDAD DE ACCONISTA…….……..112

3.2.- SU CLASIFICACIÓN Y CARACTERES……..116

3.2.1.- ACCIONES NOMINATIVAS……...……..116

3.2.2.- ACCIONES AL PORTADOR…….……118

3.2.3.- ACCIONES ORDINARIAS……...……..121

3.2.4.- ACCIONES PREFERIDAS…….....121

3.3.- LA TRANSFERENCIA DE ACCIONES. ……..……125

3.4.- LA TRANSMISIÓN DE ACCIONES……..……..129

3.5.- LA COPROPIEDAD DE ACCIONES……..…….133

3.6.- EL USUFRUCTO DE ACCIONES……..……..135

3.7.- LA PRENDA DE ACCIONES…….……..136

3.8.- LA AMORTIZACIÓN DE ACCIONES……...……..137

3.9.- ADQUISICIÓN DE ACCIONES POR LA PROPIA SOCIEDAD EMISORA…….....….140

3.10.- SITUACION DE LAS ACCIONES EN LOS CASOS DE AUMENTO DE CAPITAL…….142

3.11.- SITUACION DE LAS ACCIONES EN LOS CASOS DE REDUCCION DE CAPITAL……...…..143

CAPÍTULO IV

4.1.- PROPUESTA DE REFORMAS A LA LEY DE COMPAÑÍAS SOBRE LOS TEMAS TRATADOS……...…….144

4.2.- CONCLUSIONES…….….160

BIBLIOGRAFÍA……...……..165

EL ACCIONISTA Y LAS ACCIONES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

1.1.- INTRODUCCIÓN.-

La sociedad anónima como generalmente se la conoce en el derecho iberoamericano o compañía anónima como se la identifica comúnmente en el ordenamiento jurídico nacional, es la especie de asociación mercantil que obtuvo su mayor crecimiento en la segunda mitad del siglo XX y que en la actualidad conserva una importancia significante, aún a pesar del auge que están adquiriendo las sociedades de responsabilidad limitada, las denominadas empresas familiares y las compañías unipersonales de responsabilidad limitada, figura jurídica -ésta última- de reciente introducción en el derecho positivo ecuatoriano.

Su crecimiento e importancia puede deberse a que ésta especie de sociedad por su forma, por su estructura y por su desenvolvimiento permite la acumulación fácil y segura de inversiones de capital para la formación de grandes empresas, es así que la compañía anónima desde mediados del siglo pasado hasta la actualidad se ha convertido en un instrumento fundamental para el desarrollo del capitalismo moderno.

La importancia de su crecimiento puede encontrar su razón en dos particulares motivos, el primero que a través de la división del capital en acciones valoradas y negociables permite como ya se expresó, la facilidad y el libre acceso a la inversión; y el segundo motivo, que radica en el conocimiento de los socios (accionistas) sobre su falta o ausencia de responsabilidad personal y pecuniaria frente a las deudas o

responsabilidades contra terceros por parte de la sociedad de la que forman parte, la misma que responde de manera independiente y autónoma con su patrimonio social y libera a los socios de toda erogación económica pues ellos responderán de ser el caso, únicamente con los aportes con los que conformaron el capital social de la compañía, aspecto que tiene relación con el principio de la personería jurídica de la sociedad y que ha sido tradicionalmente acogido por la doctrina y otras legislaciones incluida la ecuatoriana, sin embargo los cambios en la normativa nacional, generados por la Administración Pública a través de la función legislativa y su co-legislador, han emitido disposiciones por medio de las cuales este principio ha sido afectado, situación que será motivo de especial referencia y análisis en este trabajo más adelante.

Dentro de esta modalidad de sociedad como es la anónima, existen elementos que la conforman como lo son el capital social, las acciones, los accionistas, los órganos de administración, el estatuto o contrato social, el patrimonio, las reservas, las utilidades o beneficios, los órganos de gobierno, fiscalización, entre otros.

El presente trabajo se limitará a realizar un análisis específico de dos elementos que forman parte de la estructura jurídica, económica y funcional de la sociedad anónima, el accionista y las acciones, es decir la persona natural o jurídica sin la cual resultaría imposible constituir cualquier clase de sociedad mercantil, y las acciones que dentro de una sociedad anónima son esenciales tanto para la misma sociedad cuanto para su titular por los razonamientos que más adelante explicaremos.

Podemos decir que estos dos elementos son básicos en la compañía anónima porque sin accionistas y sin las acciones una sociedad o agrupación cualquiera podrá denominarse de cualquier forma o adquirir cualquier estructura excepto el de una sociedad anónima. En éste contexto se intenta analizar ambos elementos desde un punto de vista doctrinal, vinculándolo con lo que dispone la legislación ecuatoriana, concretamente en la Ley de Compañías, sus reglamentos, resoluciones administrativas, doctrinas y pronunciamientos, en el Código de Comercio, Código Civil y de Procedimiento Civil en lo que corresponda, y relacionarlo además con normas del derecho comparado con el

objeto de obtener un compendio de ideas que nos permita entender clara, concreta y cabalmente los conceptos del accionista y de las acciones dentro de la sociedad mercantil antes mencionada.

1.2.- CONCEPTO DE SOCIEDAD.-

El concepto de sociedad resulta sumamente amplio y se podría decir que es imposible dar un sólo concepto o definición de su significado que contenga todos sus lineamientos, pues podemos conceptualizarlo desde muchas perspectivas, así desde el aspecto sociológico lo definirán de una manera diferente al aspecto religioso, cultural, y que decir del aspecto jurídico dentro del cual existen también diversos enfoques sobre el término. En este punto del presente trabajo nos referiremos específicamente a intentar esclarecer el concepto que de sociedad presenta el campo del derecho concretamente.

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental precisa algunas acepciones de Sociedad pues lo define entre otras como "cualquiera agrupación o reunión de personas o fuerzas sociales/ Agrupación natural o convencional de personas, con unidad distinta y superior a la de sus miembros individuales, que cumple, con la cooperación de sus integrantes, un fin general, de utilidad común/ Asociación/ Contrato en que dos o más personas ponen en común bienes o industria, para obtener una ganancia y repartirse los beneficios.[1]

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española describe al término Sociedad entre otras definiciones como la "Reunión mayor o menor de personas, familias, pueblos o naciones"; "Agrupación natural o pactada de personas, que constituyen unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida."[2]

Según Aristóteles, el hombre es un ser social por naturaleza, desde que nace hasta que muere pasa su vida en sociedad, por lo que no es novedad que desde los orígenes del ser

[1] Cabanellas de Torres, Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental, 6° reimpresión, Editorial Heliasta S.R.L; Buenos Aires Argentina 1983.
[2] Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española; Editorial Espasa-Calpe S.A.; Madrid España 1970.

humano éste busque la convivencia, la agrupación con otros individuos de su misma especie. El hombre ha vivido en sociedad desde sus orígenes, miles de años antes que el derecho positivo entre a regir en su vida, formando agrupaciones de diversa índole siempre para lograr un fin u objetivo colectivo y común que beneficie a los intereses del grupo, y que con el paso del tiempo ha visto la necesidad de crear y aplicar normas regulatorias sobre su estructuración y funcionamiento cualquiera que fuese la naturaleza de la agrupación, hasta su concepción actual.

Para algunos autores, entre ellos Efraín Richard, definen a la sociedad desde tres puntos de vista, el primero como la sociedad desde un sentido amplio, en segundo lugar en sentido menos lato y tercero en sentido estricto. Desde un sentido amplio se la concibe como toda congregación o reunión de personas, familias o pueblos que tiene una unidad distinta y superior a la de sus miembros cuyo objetivo o fin es general y de utilidad común. En sentido menos lato lo considera como un contrato por el cual dos o más personas ponen bienes o industria en común para percibir una ganancia y poder repartirla.

En sentido estricto, a decir del autor en mención, la sociedad es un sujeto de derecho típico, es decir el hecho de encuadrar la sociedad en formación en uno de los tipos societarios establecidos por la ley cuya característica primordial es la realización de una actividad o más concretamente de una negociación en común exteriorizada y que actúa a nombre colectivo, con un objetivo autónomo distinto de quienes lo conforman, con ánimo de lucro y participación de beneficios y pérdidas y cuya característica es la organización, en tanto que la sociedad en sentido lato es una concepción genérica que no requiere tantos requisitos más que los siguientes: a) el fin u objeto común y b) la actividad negocial, que a decir del autor no incluyen fines económicos sino elementos de goce únicamente, como el de la sociedad en participación por ejemplo, donde existe un fin común de resultado o de participación de las ganancias que produzca el negocio llamados también por la doctrina "negocios participativos o contratos con pacto de resultados"[3] que pueden contemplar una amplia gama de formas asociativas no personificadas como las ya enunciadas sociedades accidentales, los Joint Ventures, sociedades de hecho entre otras.

[3] Richard, Efraín Hugo; Muiño, Orlando Manuel; Derecho Societario; 5° reimpresión, pag. 12; Editorial Astrea; Buenos Aires, 2004.

La doctrina española coincide también con la argentina en el sentido de que la sociedad es una forma legal típica de agrupación de dos o más personas, que ponen en común dinero bienes o industria con el exclusivo ánimo de lucro y para repartir las ganancias obtenidas. El autor hispano Francisco Vicent Chuliá también analiza a la sociedad desde un sentido estricto y desde un sentido amplio del concepto, que en síntesis, la diferencia entre los dos puntos de vista a criterio de éste autor, radica en el ánimo de lucro que es característica esencial en la estructura de las sociedades en sentido estricto o sociedades lucrativas, lo que lo distingue de las sociedades en sentido amplio, pues para éste autor éstas son "todas las agrupaciones voluntarias de personas (sociedades, cooperativas, mutuas y mutualidades de previsión social.)"[4]

Personalmente concuerdo con la teoría argentina en cuanto se refiere a que las sociedades en sentido amplio no quedan excluidas del ánimo lucrativo por parte de sus integrantes aunque no todas por supuesto, puesto que la sociedad en participación generalmente al poner dinero, bienes o servicios en común, buscan una ganancia económica al igual que en muchas sociedades de hecho, sin embargo éstas no necesitan cumplir todos los requisitos de las sociedades típicas como lo es el realizar sus actividades de negociación común de manera exteriorizada actuando a "nombre colectivo", es decir de manera autónoma de sus conformantes, con el ánimo de lucrar y repartir los beneficios.

De acuerdo a los planteamientos teóricos esgrimidos tendríamos como ejemplos de sociedad en sentido amplio a las sociedades civiles, cooperativas, corporaciones, consorcios, asociaciones o fundaciones y como sociedades en sentido estricto a las sociedades mercantiles o comerciales tipificadas por una legislación nacional.

1.2.1.- Tipicidad societaria.-

Por regla general el término "tipicidad" es analizado dentro del Derecho Penal como la adecuación típica de la conducta al tipo penal, es decir el encuadramiento de la conducta

[4] Chuliá, Francisco Vicent; Introducción al Derecho Mercantil; 16° Edición, pag. 244; Tirant lo Blanch; Valencia España 2003.

humana en el supuesto jurídico creado por el legislador en la ley penal. Es decir la tipificación indica establecer ciertas conductas determinadas como delitos a ser imputadas por las consecuencias jurídicas que originan. En consecuencia en el derecho penal los tipos penales determinan conductas prohibidas.

En el Derecho Societario se produce una especie de tipicidad, que a contrario censu del derecho penal (derecho público donde lo que no se permite se entiende prohibido), la tipicidad es la "disciplina legislativa particular impuesta a las sociedades que permite diferenciar una de otras a través de ciertos requisitos esenciales que le son propios."[5]

Por lo tanto, la tipicidad societaria debe entenderse cuando la normativa legal es la que establece las formas o estructuras societarias a las que deben adecuarse las personas naturales o jurídicas que intenten formar una sociedad mercantil y no a su libre albedrío, consecuentemente deben enmarcarse únicamente en lo que la norma les permite y entendiéndose prohibido lo que no se encuentra taxativamente regulado.

La tipicidad le otorga a las sociedades el reconocimiento de sociedades mercantiles y las distingue del resto de organizaciones asociativas como por ejemplo una fundación sin fines de lucro o una sociedad de hecho, reconociéndoles además como sujetos de derechos, con personalidad jurídica y además regula las relaciones jurídicas internas de los sujetos que la conforman dentro de la estructura adoptada y las características especiales de cada estructura, con un fundamento esencial, la protección de terceros.

1.2.2.- Sociedad y Asociación.-

Al concepto de sociedad comúnmente se lo tiende a asimilarlo con otros términos como el de la asociación, entendiéndose como vocablos sinónimos en el argot popular, empero es necesario advertir que si bien desde el punto de vista fáctico y común son equivalentes, desde el punto de vista técnico jurídico la sociedad no equivale exactamente a la asociación ya que esta última, por su amplísimo margen de concepciones y formas, es considerada como el género y la sociedad una especie dentro del género asociación.

[5] Richard, Efraín Hugo; Muiño, Orlando Manuel; Derecho Societario; 5° reimpresión, pag. 49; Editorial Astrea; Buenos Aires, 2004.

Ambas se conforman por la agrupación de varias personas que tienen un objetivo común, puesto que no puede existir ninguna organización cuyos integrantes no ostenten intereses o ideales comunes, diferenciándose así las asociaciones y las sociedades de cualquier otra reunión de personas o agrupaciones que se congreguen por su sola voluntad.

En cuanto a su objeto, la diferencia radica en que si bien la asociación es la reunión de personas con intereses comunes, con una organización reglada y determinada, sin embargo su objeto puede radicar en asuntos de índole deportiva, social, artística, literaria o de otro género, más no así la sociedad, que su estructura y organización es similar de alguna manera, pero su objeto es particular y eminentemente económico - el lucro-, característica esta última que no es compatible con la razón u objeto de la asociación.

Desde el punto de vista funcional se denotan también diferencias, puesto que en la asociación se produce una simple colaboración de voluntades de los miembros que la integran, en cambio en la sociedad existe una unión bien consolidada de las voluntades de los socios mediante el aporte de su potencial financiero y de trabajo.

En este sentido Brunetti con acertado criterio afirma que "la affectio societatis distingue la sociedad con fin lucrativo de la asociación, aún cuando tenga un objetivo económico."[6] Es decir que mientras en la asociación, la colaboración de sus miembros es ideal para la consecución del objeto, en la sociedad la colaboración de los socios se la realiza a través de medios materiales y morales siempre encaminadas para alcanzar el mejor desarrollo de la misma con el único objetivo común en unir sus voluntades, el lucro.

1.2.3.- Sociedad y Comunidad.-

Otro vocablo que tiene particularidades similares al de sociedad es el de "comunidad", sin embargo, sin perjuicio de sus posibles y certeras similitudes en varios aspectos, no

[6] Brunetti, Antonio; Sociedades Mercantiles, Serie Clásicos del Derecho Societario, Volumen 1; pag. 8, Editorial Jurídica Universitaria, México 2001.

se los puede confundir y peor asimilarlos como iguales, y su diferencia primordialmente radica en el fin lucrativo que persigue la sociedad desde su origen conceptual y no así la comunidad.

En nuestro ordenamiento jurídico se establece una marcada diferencia y separación de los conceptos de sociedad y de comunidad, así la sociedad se encuentra regulada tanto en la Ley de Compañías cuanto en el Título XXVI del Código Civil, en tanto que la comunidad esta regulada en el Título XXXII del último cuerpo legal enunciado, referente a los cuasicontratos que se producen efectivamente cuando se suscita la comunidad entre dos o mas personas sobre una cosa universal o singular sin que de por medio haya existido contrato o convención entre los mismos.

1.2.4.- Sociedad y Empresa.-

Comúnmente, cuando se emplean términos como sociedad y empresa se tiende a confundir éstas acepciones considerándolas como términos sinónimos, por lo que es preciso hacer ciertas puntualizaciones.

El Código Civil ecuatoriano, en su artículo 1957 establece que *"Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan…"*, disposición que guarda relación con el artículo 1959 del mismo cuerpo legal que expresa: "*No hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero…"*

En este contexto nuestra legislación define lo que es la sociedad y explica claramente para qué se forma dicha sociedad al manifestar que los socios deben poner algo en común sea dinero o efectos para la realización de actividades industriales, de servicio o de trabajo, es decir que la sociedad es la forma jurídica por el cual los socios pueden unir sus capitales o aportes con seguridad jurídica para realizar una actividad determinada con el objeto de obtener réditos financieros.

En cambio la empresa es el concepto económico propiamente de dicha actividad societaria, es decir es "la organización de los factores de producción, dirigida a la obtención de ganancia o utilidad."[7]

Por consiguiente la empresa entendida como actividad empresarial, es una compleja organización jurídico-económica, autónoma e independiente de sus socios –sociedad- cuyo objeto es obtener beneficios lucrativos sobre la base de la dirección técnica y profesional de los factores de producción disponibles.

De lo expuesto, el término sociedad engloba el concepto jurídico de la actividad empresarial, en tanto que el término empresa hace referencia más concretamente al concepto de desarrollo económico de dicha actividad, conceptos que generalmente están en intima relación, pero cuya unión desde el punto de vista doctrinario, no es siempre necesaria o indispensable, se debe más a una formalidad jurídica para que la actividad empresarial-económica pueda desarrollarse adecuadamente.

Ahora bien, existen empresas que deben constituirse como sociedades, así nuestro ordenamiento jurídico determina que las empresas de transporte o aquellas que brinden servicios financieros a través de la captación de recursos del público como los bancos o financieras, deben conformarse o constituirse como una forma de sociedad sea o no mercantil, así se deduce del texto del artículo 56 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito, y Seguridad Vial que dispone "*El servicio de transporte público podrá ser prestado por el Estado, u otorgado mediante contrato de operación* ***a compañías o cooperativas legalmente constituidas."****,* por lo que, de la norma transcrita se puede verificar que en el campo del transporte terrestre, las empresas deben por imperativo legal constituirse en sociedades, ya sean mercantiles como las compañías anónimas, limitadas y porque no mixtas, o no mercantiles como las cooperativas; por su parte el artículo 3 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero establece que "*La Superintendencia autorizará la constitución de las instituciones del sistema financiero privado. Estas instituciones se* ***constituirán bajo la forma de una compañía anónima****, salvo las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda…"*,

[7] Salgado Valdez, Roberto; Manual de Derecho Societario; Tomo 5, Vol. 1, pag. 10; Fondo de Cultura Ecuatoriana, Segunda Edición; Cuenca Ecuador 1989.

norma que evidencia el mandato legal de que las empresas dedicadas a la actividad financiera deberán constituirse en este caso en compañías mercantiles como lo son las sociedades anónimas.

Sin embargo la doctrina, como ya se anunció en líneas anteriores, indica que no siempre las sociedades conllevan una actividad empresarial, tal es el caso de sociedades cuyo objeto sea el ejercicio de una profesión intelectual como las sociedades de consultoría o como sociedades conformadas para el ejercicio del derecho o de la propiedad intelectual entre otras actividades similares, así lo entiende Brunetti al afirmar que "todas las empresas con base colectiva asumen la forma de sociedad, pero no todas las sociedades son empresas mercantiles."[8]

Particularmente se discrepa con la teoría doctrinal arriba expuesta, por cuanto si bien no todas las sociedades tienen una finalidad estrictamente mercantil como el ejemplo de las sociedades de consultoría o jurídicas, que no ostentan construcciones industriales o disponen de factores de producción industrial, empero al coligarse sus socios jurídicamente, empleando bienes propios sean éstos tangibles o intangibles con el ánimo de obtener réditos o ganancias, nos encontraríamos ante una sociedad de carácter mercantil propiamente dicha.

Para Brunetti, "las sociedades que tienen por objeto el ejercicio de una actividad comercial son empresas colectivas comerciales, mientras que las sociedades que tienen por objeto el ejercicio de una actividad económica distinta (no comercial) son empresas (colectivas) no mercantiles y las denomina sociedades simples."[9]

En la mayoría de casos, una empresa, entendida como actividad de desarrollo económico, puede pertenecer a una sociedad, pero en otras ocasiones la empresa puede pertenecer a una sola persona como es el caso de las empresas unipersonales de responsabilidad limitada, que no deben confundirse con el concepto de sociedades, y así lo ha establecido correctamente nuestra legislación cuando el entonces Congreso Nacional promulgó la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada

[8] Brunetti, Antonio; Sociedades Mercantiles, Serie Clásicos del Derecho Societario; Volumen 1; pag. 24, Editorial Jurídica Universitaria, México 2001
[9] Brunetti, Antonio; Sociedades Mercantiles, Serie Clásicos del Derecho Societario; Volumen 1; pag. 24, Editorial Jurídica Universitaria, México 2001

publicada en el Registro Oficial No. 196 del 26 de Enero de 2006, por la cual una persona natural puede constituir una empresa con personería jurídica, siendo éste el único dueño y responsable de los actos de la empresa hasta el monto de su aporte a la misma de conformidad con la ley.

La norma en mención no le ha dado a la empresa unipersonal de responsabilidad limitada el carácter de sociedad o compañía, simplemente porque su naturaleza así lo impone, lo cual es lógico ya que no es posible vislumbrar que una sola persona pueda constituir una sociedad si entendemos el concepto de sociedad como una pluralidad de personas; la Ley de Compañías por su parte, en su artículo primero, menciona que el contrato de sociedad es el que contraen dos o más personas, lo cual guarda relación con lo que establece el artículo 92 ibídem que se refiere a la constitución de las compañías limitadas, sin embargo, el artículo 147 segundo inciso de la Ley societaria que tiene relación con las compañías anónimas y aplicación supletoria para las limitadas, indica que no podrán subsistir tales sociedades con menos de dos accionistas, salvo el caso de aquellas cuyo capital social total o mayoritario pertenezca a una entidad del sector público, disposición con la que no podemos concordar por cuanto aunque la totalidad del capital pertenezca a una sola entidad pública (una sola persona), la sociedad por su propia naturaleza jurídica y por su esencia debe mantener la pluralidad de sujetos; en tal sentido debería buscarse una solución legislativa al caso de las sociedades conformadas por una institución del Estado, sin referirme a las personas naturales o jurídicas privadas por cuanto la misma ley propone la solución constante en el artículo 361 numeral 8) del mismo cuerpo legal, al indicar que de no incorporarse otro socio o accionista y así conformar el mínimo legal, la compañía entra en causal de disolución de pleno derecho.

Existen casos que por mandato legal una empresa no necesita constituirse en sociedad para su ejercicio, aún cuando su actividad sea comercial, quedando exentas de la obligación de ser sociedad mercantil como es el caso de las empresas artesanales de acuerdo con la Ley de Defensa del Artesano consagrada en nuestra legislación.

Consecuentemente, los términos sociedad y empresa no tienen igual significado, son acepciones que en la mayoría de oportunidades pueden estar íntimamente relacionadas o ligadas, sin embargo no resulta una regla general ya que como se ha enunciado, no siempre ocurre aquello.

1.2.5.- Sociedad y Compañía.-

Otros términos que cabe analizar y que suelen emplearse como sinónimos son el de sociedad y el de compañía. Nuestro propio Código Civil los identifica al expresar en su artículo 1957 que "*Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan…*"

A simple vista resultaría que son conceptos iguales, sin embargo hay que denotar que el concepto de sociedad presenta una bifurcación de acuerdo a lo que denota el artículo 1963 del propio cuerpo sustantivo civil al aducir que la sociedad puede ser civil o comercial. En tal sentido, las sociedades que tengan el carácter de civiles están regidas por el Código Civil y las sociedades comerciales de acuerdo a las reformas legales que más adelante se expresarán, se rigen por la Ley de Compañías, en tal virtud el tipo de "sociedad" civil no puede ser a la vez una compañía legalmente constituida y viceversa.

En consecuencia el término compañía cualquiera que fuese su clase (anónima, limitada, mixta, etc.), siempre se encontrará dentro del ámbito conceptual de la sociedad pero no todo concepto de sociedad (civil en particular) encajará en el de compañía, al menos en lo que a nuestra legislación se refiere.

1.2.5.- Sociedad y Estado.-

El derecho público considera al Estado como una parte de la sociedad, y a ésta como algo más que la simple reunión de personas, ya que la misión de los seres humanos es el "hacer común", partiendo que la relación entre los hombres y la sociedad se asienta sobre la base del orden para poder alcanzar esa asociatividad que a la postre les permita obtener el fin buscado, resumiéndose en que la naturaleza asociativa de las personas se basa en la persecución de su bien personal y además del bien de su comunidad, así lo entiende el tratadista Roberto Dromi quien al respecto expresa que "…Sociedad, Estado, comunidad y otras formas asociativas son realidades accidentales, motivadas por los individuos, en cumplimiento de una voluntad común. La realidad sustancial está en las partes, en los individuos. La realidad social no tiene un ser independiente de sus

integrantes. No es un ente con existencia distinta de la de los hombres que la constituyen. Es más: en su constitución predomina la intencionalidad o relación inmaterial de los hombres con miras al orden comunitario. Consecuentemente, la sociedad, aunque unidad real, es un ser accidental, que no posee sustancia, dado que su existencia le viene por inherencia mediante una conjunción compositiva de individualidades."[10]

1.3.- LA SOCIEDAD CIVIL Y LA SOCIEDAD MERCANTIL.-

El Código Civil ecuatoriano en el artículo 1957 establece que "*sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados."* y de la misma manera el mismo cuerpo legal en el artículo 1963 expresa que "*La sociedad puede ser civil o comercial. Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles."* De esta manera nuestra legislación civil puntualiza un concepto de sociedad y clasifica a la sociedades en civiles y comerciales o también denominadas mercantiles.

Era el Código de Comercio el que regía a las sociedades de carácter comercial pues en su Título VI que establecía "De las Compañías de Comercio y de las Cuentas en Participación" fue derogado expresamente por la Codificación de la Ley de Compañías de Seguros, publicada en el Registro Oficial No. 83 del 13 de Marzo de 1967 y su normativa está actualmente regida por la Ley de Compañías en vigencia.

Es así que la Ley de Compañías expresa su concepto de sociedad al manifestar en su primer artículo que "*Contrato de compañía es aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades."*

[10] Dromi, Roberto; Derecho Administrativo; 10° edición actualizada; pag. 88; Editorial Ciudad Argentina; Buenos Aires-Argentina 2004.

Nuestra legislación civil dispone que las sociedades indistintamente civiles o comerciales pueden ser colectivas, en comanditas o anónimas, es decir que sub-clasifica a la sociedad en sólo tres tipos de sociedades como son las enunciadas, mientras que la Ley de Compañías señala cuales son las sociedades de carácter comercial o mercantil como así expresamente lo indica y que a saber son la compañía en nombre colectivo, la compañía en comandita simple y dividida por acciones, la compañía de responsabilidad limitada, la compañía anónima y la compañía de economía mixta, a más de reconocer a una sociedad sui géneris como lo es la compañía accidental o cuentas en participación.

Ahora, podemos subrayar la existencia de ciertos aspectos que permiten diferenciar a una sociedad civil de una mercantil, entre ellas podemos citar las siguientes:

- Las sociedades comerciales en nuestro ordenamiento jurídico son esencialmente solemnes, es decir deben constituirse mediante escritura pública, las civiles en cambio no requieren esa solemnidad excepto las sociedades civiles anónimas que establece el artículo 1968 del Código Civil se sujetarán al régimen dispuesto para las comerciales anónimas. En el derecho argentino pasa lo contrario, así "la sociedad civil debe ser constituida por escritura pública; la comercial basta que se forme por instrumento público o privado, a excepción de la sociedad anónima, que se constituye por instrumento público"[11]
- Las compañías comerciales para adquirir vida jurídica deben necesariamente inscribirse en el Registro Mercantil, excepto la denominada sociedad accidental o cuentas en participación que no requiere tal requisito, en cambio las sociedades civiles no tienen que cumplir con tal requerimiento.
- Las sociedades de carácter civil pueden estar regidas por normas de derecho mercantil para su desenvolvimiento, excepto para las sociedades anónimas que de acuerdo con el artículo 1968 del Código Civil se regirán por la normativa aplicable para las sociedades comerciales anónimas. Las sociedades comerciales se rigen en la actualidad por la Ley de Compañías, por el Código de Comercio, por el convenio de las partes y por lo que establezca el Código Civil en ese orden de prelación normativa.

[11] Richard, Efraín Hugo, Muiño, Orlando Manuel; Derecho Societario; pag. 17 y 18; Editorial Astrea, 5ª reimpresión; Buenos Aires Argentina 2004.

- Las compañías de carácter comercial deben llevar los libros de comercio y societarios respectivos, en cambio las sociedades civiles no tienen esta obligación según la doctrina salvo que por su crecimiento económico la ley así les imponga, tal cual sucede en el Ecuador ya que de acuerdo a la Ley de Régimen tributario Interno en su artículo 19 obliga a todas las sociedades a llevar contabilidad y declarar impuestos a todas las sociedades sin distinguir sean civiles o mercantiles.
- En tratándose de responsabilidad de los socios o accionistas, en la sociedad civil los socios salvo pacto expreso en contrario no responden solidariamente por las obligaciones de la sociedad, es decir de no existir convenio que estipule lo contrario, las pérdidas como las ganancias se repartirán a prorrata de sus respectivos aportes a la saciedad. En las sociedades mercantiles no hay solidaridad ya que se responde hasta el monto de los aportes entregados a la sociedad, excepto cuando se trata de los socios colectivos y comanditarios que responden solidaria e ilimitadamente por los actos de la compañía de aplicarse lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley de Compañías.
- Las acciones que se derivan de contratos de sociedades civiles prescriben de acuerdo a las normas del Código Civil, en tanto que los contratos originados por sociedades mercantiles tienen tiempos más perentorios de prescripción.

La Superintendencia de Compañías de Ecuador en su Doctrina número 2 distingue entre sociedades civiles y sociedades mercantiles al expresar lo siguiente:

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

b) Alcance de la diferenciación: atenta la sujeción de las compañías anónimas civiles a todas las reglas de las compañías comerciales anónimas, el criterio por el cual se puede distinguir a las primeras de las segundas, y que se deja expresado en el literal anterior sirve únicamente a fines de especulación doctrinaria, por la razón de que las compañías son mercantiles bien por su objeto, bien por la forma que adoptan, y son mercantiles por la forma todas las compañías anónimas; lo que no impide que de todas ellas, unificadas por el común denominador de la forma y del carácter mercantil, unas lo sean por el objeto y por la forma y otras resulten compañías de comercio por la forma, y civiles por su objeto específico."[12]

Hay opiniones que concuerdan con lo planteado en la doctrina enunciada, sin embargo se puntualiza que no puede existir una sociedad anónima que sea a la vez civil por la actividad que desarrolla y comercial por la forma de organización que adopte, creyendo que dicha sociedad no puede tener las dos características al mismo tiempo, debiendo ser civil o únicamente comercial.

En tal virtud, aunque doctrinaria e históricamente se les de una connotación opuesta e incompatible a las sociedades civiles y mercantiles entre sí, creemos que en la realidad fáctica la situación no es tan radical, pues si bien se ha dicho se las puede diferenciar, las causas originarias entre la materia civil y la comercial tienden a desaparecer como acontece ya en algunos países europeos puesto que las sociedades comerciales tienen tácticamente –reitero- aspectos de carácter civil y las civiles de carácter comercial. "Esa división entre lo civil y lo comercial no está tanto en la realidad de las cosas como en el cerebro de los hombres."[13]

[12] Doctrina Societaria No. 2; Superintendencia de Compañías.
[13] Richard, Efraín Hugo; Muiño Orlando Manuel; Derecho Societario; 5ª reimpresión; pag. 19; Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina 2004.

1.4.- NOCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.- BREVE ANTECEDENTE HISTÓRICO.- SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.- CONCEPTUALIZACIÓN.-

1.4.1.- BREVE ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.-

Las sociedades anónimas tienen un origen ulterior al aparecimiento de las sociedades colectivas y comanditarias, las que ya tuvieron previamente su génesis, discrepando los autores en su verdadero origen puesto que algunos encuentran sus gérmenes en el derecho romano, otros en la edad media y otros en la época moderna, sin embargo, la historia de la sociedad anónima ha propuesto que las primeras compañías existentes no tenían únicamente un carácter comercial sino además político, proyectando la soberanía de los países y reflejando dicha soberanía en dichas compañías, asimilando a éstas como pequeñas repúblicas, en el sentido de que así como el Estado, las compañías en base al poder constituyente y a la soberanía, constituyen su estructura organizacional y por la cual distribuyen poderes (funciones), derechos y obligaciones. Esta clase de sociedad, ya sea entendida desde su concepción en la era romana o en nuestra concepción contemporánea, ha existido y se ha mantenido, con los cambios normales y naturales que genera el derecho a lo largo del tiempo, como la especie de sociedad más difundida e importante desde el aspecto jurídico mercantil.

1.4.1.1.- EN EL DERECHO ROMANO.- No hay concordancia entre los autores sobre el origen exacto de la sociedad anónima, sin embargo se ha intentado encontrarla en imperio romano, analizando el derecho romano antiguo y concretamente en las denominadas sociedades publicanorum o “societas publicanorum” regidas por el derecho público, por medio de las cuales los ciudadanos romanos hacían aportes de bienes con ánimo de lucro tomando en arriendo del Estado o de las municipalidades la recaudación de impuestos o la realización de obras públicas, suministros del pueblo y del ejército, notándose que más que una actividad de colaboración entre socios lo que se producía era una simple participación capitalista.

Estas sociedades que por su formación colegiada y por su función de derecho público, se las englobaba dentro de las corporaciones, y como tales ostentaban personería

jurídica ya que por la función pública que desarrollaban adquirieron caracteres y reglas sui generis que las hacían diferentes al resto de sociedades privadas, sin embargo en aquellas sociedades si bien contaban con esa personería jurídica, no se vislumbraba otros componentes que caracterizaran a las sociedades anónimas tal como las conocemos actualmente, así como tampoco podemos desconocer rasgos influyentes de aquellas sociedades que pudieron incidir en la estructura moderna de las sociedades anónimas contemporáneas como la ya enunciada "personalidad jurídica" por la cual se verifica la diferencia de los socios individualmente considerados y la sociedad o la libre transferencia de cuotas o participaciones a terceros.

1.4.1.2.- EN LA EDAD MEDIA.- Otras tendencias mercantilistas, al no encontrar un origen exacto de las sociedades anónimas en el derecho romano, encuentran sus principios en la edad media, época en que según Mariano Gagliardo, "las ciudades medievales, para atender a sus erogaciones, recibían empréstitos de los particulares y, ante la imposibilidad de afronta los pagos en concepto de capital e intereses, otorgaban a sus acreedores el derecho de cobrar los impuestos como garantía del crédito y sus réditos. El total del empréstito se dividía en partes iguales, consideradas como cosas muebles, transferibles y que concedían derecho a una participación proporcional en los ingresos."[14]

Aproximadamente en el siglo XV se produjo el aparecimiento de los grandes bancos en Italia y las compañías marítimas en Holanda, Rusia, Africa, Portugal entre otras. En Italia, la gran mayoría de las diferentes sociedades financieras que prestaban dinero a la República, se fusionaron en el año 1407 en una sola sociedad llamada Banca de San Giorgio o Banco de San Jorge, en Génova, para cobrar deudas a cargo del Estado mediante la garantía consistente en impuestos, mejor explicado por Brunetti al señalar que "la deuda pública unificada en *monti, masse o compere*, quedaba subdividida en tantas cuotas iguales consideradas como cosas muebles, enajenables y aptas para producir frutos, que daban derecho a una participación correspondiente a aquellas entradas del estado que habían sido cedidas en garantía del crédito y de sus

[14] Gagliardo, Mariano; El Directorio de la Sociedad Anónima; Segunda Edición Ampliada y Actualizada; pag. 6; Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina 2007.

intereses…"[15], vislumbrándose ya un primer concepto de participación accionaria. La aparición del Banco de San Giorgio constituye un antecedente relevante para la conformación de la estructura actual de la Sociedad Anónima, sin embargo cabe resaltar que en el histórico precedente no había un ánimo de lucro propiamente dicho, elemento básico y principal de las sociedades anónimas modernas.

Por otra parte, algo posterior al antecedente señalado, la historia mercantil nos traslada a Holanda e Inglaterra entre los siglos XV y XVI, con la incursión de travesías marítimas a gran escala, cuyo desenlace fueron los descubrimientos de entre otros lugares, el continente americano, que se desarrollaban por medio de compañías como la de Rusia, de África, del Este y de Levante entre las más importantes, que requerían de importantes sumas dinerarias para el cumplimiento de sus propósitos colonialistas, cuyos riesgos evidentemente eran altos, así como altos significaban también los beneficios obtenidos.

En 1602, la Compañía Holandesa de Indias Orientales es considerada la primera sociedad donde se vislumbra la responsabilidad limitada del accionista, época en la cual el Estado ejercía notable influencia en el desarrollo de este tipo de compañías, puesto que las mismas se creaban mediante una concesión –*octroi*-, otorgada por el Estado quien regulaba y controlaba su vida jurídica, personalidad, derechos y obligaciones, en donde el accionista si bien tenía una responsabilidad limitada y las acciones eran de fácil circulación, sin embargo dichas sociedades mantenían un vínculo arraigado y controlado por el derecho público, lo cual tuvo su ocaso al terminar el concepto de la monarquía absoluta.

Por lo que las entidades antes mencionadas cumplían una importante función económica como gérmenes de las sociedades anónimas, mediante las limitaciones de las responsabilidades de los socios y la representación de sus aportaciones por medio de acciones como títulos de crédito de libre circulación, permitiendo una contribución

[15] Brunetti, Antonio; Sociedades Mercantiles, Serie Clásicos del Derecho Societario; Volumen 1; pag. 189, Editorial Jurídica Universitaria, México 2001

efectiva de la circulación de la riqueza del país, sin haber consolidado el concepto actual de la sociedad anónima.

1.4.1.3.- EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA.- La Revolución Francesa trajo aparejada una sensible reducción del papel del Estado en la vida económica de las naciones. La libertad, como un derecho regulado, adquirió un papel fundamental en las diferentes legislaciones.

El Código de Comercio francés de 1807 constituyó el primer cuerpo normativo en consagrar una regulación general de la actividad comercial y prever allí el régimen jurídico de las sociedades comerciales. Este cuerpo legisló la sociedad colectiva, haciendo una marcada diferenciación respecto del régimen de las sociedades de capital. Introdujo dos institutos importantes: la empresa y la sociedad anónima.

La empresa apareció como un acto de comercio configurativo de la calidad de comerciante; mientras que la sociedad anónima, fue considerada como adecuación de la empresa bajo la forma de sociedad comercial. Con relación a la libertad de constitución de sociedades, otorgó una libertad total para las sociedades en comandita por acciones, pero la restringió en referencia a las sociedades anónimas, en razón de que todos los socios de este tipo limitaban su responsabilidad, y no necesitaban estar identificados individualmente a través de una razón social, ya que podían carecer de ella. La autorización para la constitución de las sociedades anónimas bajo este régimen, era otorgada por la autoridad gubernativa, a través del Consejo de Estado.

Esta restricción se extendió en el sistema jurídico francés hasta 1867, año en el cual se reformó el Código autorizándose la libre constitución de sociedades anónimas. El Código de Comercio francés de 1807 tuvo una importante influencia en los posteriores cuerpos normativos semejantes, tales el español de 1829, el portugués de 1830, el brasileño de 1850, el Código alemán de 1861 y el italiano de 1865; y fundamentalmente en nuestro Código de Comercio de 1862.

Durante estos años se produjo en Europa la Revolución Industrial, la que trajo aparejada la expansión de las sociedades por acciones, principalmente la sociedad anónima, como instrumento para el funcionamiento de las grandes empresas industriales, sin embargo

éstas sociedades tenían un alto costo de constitución y funcionamiento, lo que determinaba que a los pequeños y medianos empresarios les fuera difícil acceder a este tipo societario como lo fue la sociedad limitada.

1.4.1.4.- ÉPOCA ACTUAL

Desde su creación las sociedades anónimas han presentado una serie de ventajas comerciales, que en la actualidad aún se mantienen vigentes, entre ellas las más importantes son:

1. Constitución de rápido proceso y un mantenimiento con bajos costos.
2. Protección reconocida legalmente de la identidad de los accionistas inversores y
3. Límite de la responsabilidad de los inversionistas con respecto a las obligaciones de la sociedad.

En la actualidad, cuando la diversificación de las inversiones es una de las estrategias más seguras para administrar el patrimonio personal, ya sea contando con un negocio cuyo capital se mantenga separado del resto de los bienes del inversor, o una serie de negocios independientes cuyas obligaciones individuales no interfieran entre ellos, las sociedades anónimas son la herramienta perfecta a utilizar.

Una sociedad anónima permite destinar una porción del capital del inversionista a un negocio específico, sin que el resto del patrimonio se vea afectado por el desarrollo comercial que tenga la inversión. A través de una sociedad anónima es posible controlar un capital determinado, contrayendo obligaciones y adquiriendo bienes sin que los riesgos de dicho negocio afecten el resto del patrimonio personal del inversionista.

Esta ventaja, es tomada como un factor estimulante para la aperturas de nuevos negocios o como forma de inversión en negocios con futuros prometedores, que sin embargo requieren un control del riesgo, ya que el inversionista solo destina la parte de su capital que está interesado en aportar a dicho proyecto, permitiéndole mantener libre el resto de su patrimonio, sin ningún tipo de restricción relacionada con la nueva empresa en la que está invirtiendo.

Actualmente, las sociedades anónimas son utilizadas como herramienta comercial para un sin número de actividades en todos los países del mundo y aunque existen ciertas

limitaciones a algunas actividades que una sociedad anónima puede realizar, las mismas se concentran a nivel mundial en el negocio de la intermediación financiera, es decir prestar servicios bancarios o financieros, así en nuestro país deben constituirse para tal efecto solo sociedades anónimas, sin embargo su constitución, regulación y control corresponde a la Superintendencia de Bancos y Seguros y no al órgano de control societario, así lo prescribe el artículo 3 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero ecuatoriano vigente, al manifestar "*la Superintendencia autorizará la constitución de las instituciones del sistema financiero privado. Estas instituciones se constituirán bajo la forma de una compañía anónima, salvo las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda…*"

1.4.2.- REGULACIÓN EN ECUADOR.-

Las compañías mercantiles en el Ecuador han sido reguladas desde el primer Código de Comercio de 1831, época en la cual se acogió el Código Mercantil español en vigencia, desde entonces las mentadas sociedades han estado establecidas y legisladas en el mentado cuerpo legal a través de las sucesivas reformas a dicho Código, sin embargo desde su inicio la normativa que las establecía era muy reducida, es decir, sin ostentar un ámbito de aplicación suficiente, lo cual es entendible por cuanto su regulación ha ido desarrollándose con el transcurso del tiempo a medida en que los actos de comercio van produciéndose.

Sin embargo, no es sino hasta el año de 1964 cuando se presenta un proyecto de Ley de Compañías por parte del Dr. Francisco J. Salgado , Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central de Quito, el mismo que sirvió de base para que la Junta Militar que se encontraba al frente del gobierno en aquel entonces dicte la primera ley de Compañías y la promulgue "mediante Decreto Supremo No. 142 del 27 de enero de 1964, promulgado en el Registro Oficial No. 181 de 15 de febrero del mismo año."[16] Desde su año de promulgación hasta la actualidad la Ley de Compañías ha sido objeto de numerosas reformas, empero volviendo al tema que nos ocupa, lo importante de ésta ley y de su innovación introductoria en nuestro ordenamiento

[16] Salgado Valdez, Roberto; Manual de Derecho Societario, Tomo 5, volumen 1; pag. 60; Fondo de Cultura Ecuatoriana; Cuenca Ecuador -1989.-

jurídico es la separación, la independencia o el desmembramiento de las figuras jurídicas de las sociedades mercantiles, entre ellas la sociedad anónima, del Código de Comercio a la nueva ley.

Actualmente, la Ley de Compañías en vigencia se encuentra regulando en lo relativo a la sociedad anónima en su Sección VI, desde el artículo 143 hasta el artículo innumerado agregado por la Disposición Final Segunda, numeral. 1.5, de la Ley s/n publicada en el Registro Oficial 48-S del 16 de octubre de 2009, que se ubica a continuación del artículo 300.

1.4.3.- CONCEPTUALIZACIÓN.-

El artículo 1 de la Ley de Compañías prescribe lo siguiente, "***Contrato de compañía es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades. Este contrato se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil."***

Del texto que reza el artículo transcripto, nuestra legislación considera a una compañía como un contrato, acogiendo la corriente contractualista a diferencia de otras legislaciones que entienden a la compañía, a decir del Dr. Carlos Ramírez Romero, "como un acto de creación de una persona jurídica…"[17] Este contrato, que supone la asociación de personas que mediante su consentimiento unifican sus esfuerzos mediante el aporte de capitales ya sean estos dinero o especies, o su industria a través de su intelecto o fuerza de trabajo, para realizar actos de comercio con el objetivo de obtener una utilidad, es decir un incremento lucrativo, por lo que al tratarse de un contrato debe cumplir con los requisitos de fondo y de forma que permita producir efectos jurídicos válidos y eficaces, requisitos contractuales como la capacidad y consentimiento de las partes, objeto lícito y causa lícita a más de los requisitos de forma o solemnidades establecidas en la ley para cada tipo de sociedad o compañía, que por no tratarse del tema central de este trabajo, no se profundiza en su análisis.

Las compañías en general, al ostentar personería jurídica propia, les es inherente tener atributos de la personalidad, en este caso de su personalidad jurídica, entre ellos se encuentra el nombre de la sociedad, atributo fundamental por medio del cual se reconoce a una compañía y se la diferencia de las demás que no pueden adquirir el mismo nombre o uno similar con el que se la pueda confundir, este nombre es de propiedad de la misma y puede ser de dos clases, a) la razón social que es una formula o

[17] Ramírez Romero, Carlos; Curso de Derecho Societario, Volumen I; pag. 13; Universidad Técnica Particular de Loja- Ecuador 2001.

combinación de los nombres de los socios y b) la denominación objetiva que determina el nombre en referencia a la actividad que realiza o a nombres de fantasía.

Otro de los atributos de la personalidad de las compañías es el domicilio, que conforme al artículo 5 de la Ley de la materia, éstas deberán tener un domicilio principal dentro del territorio de la República siempre que se constituyan en el Ecuador. Por otra parte está la representación legal, puesto que entendiendo a una sociedad o compañía como una persona jurídica de carácter ficticio, es decir que únicamente existe en la mente de los seres humanos, solo puede actuar por medio de un representante legal que recaerá siempre en una persona natural que cumpla dicha función o cargo de conformidad con lo que se establezca en los respectivos estatutos que las rijan.

El artículo 143 de la Ley de Compañías conceptúa a la sociedad anónima como aquella "**cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones. Las sociedades o compañías civiles anónimas están sujetas a todas las reglas de las sociedades o compañías mercantiles anónimas.**"

Del concepto legal se colige que este tipo de compañía es una sociedad caracterizada necesariamente por el capital, por cuanto lo que es realmente importante en ella es el capital aportado por los accionistas cuya responsabilidad se encuentra limitada a la aportación que cada uno de ellos haya efectuado a la misma, en tal virtud esta clase de sociedad no es un contrato celebrado en consideración a las personas como otros tipos de sociedades intuito personae, sino exclusivamente al capital, de ahí que la doctrina señala que el nombre o denominación que se ha dado a esta clase de sociedades, proviene del anonimato de los accionistas, en tal razón "se trata de una sociedad eminentemente capitalista en la que lo fundamental son los aportes , es el capital social, no interesa quienes sean las personas que como accionistas conforman la compañía ni sus lazos de relación entre ellos.."[18]

El capital conformado por los aportes de los accionistas se encuentra dividido en acciones, que del concepto que nos trae la norma invocada, son libremente negociables, es decir que su titular puede en cualquier tiempo y sin restricción de ninguna naturaleza, comercializarlas o efectuar negocios jurídicos sin la necesidad de obtener aprobación o consentimiento de los demás accionistas. De este precepto la doctrina cataloga a los aportes sociales en esta compañía como aportes fungibles, y en tal virtud, sus accionistas se convierten en socios fungibles, es decir sustituibles por otros, sin que dicha sustitución afecte en ningún sentido la vida jurídica de la compañía.

El capital, a decir de la norma en cuestión, establece además que los accionistas que realizan la aportación, responderán únicamente por el monto de sus acciones, es decir

[18] Salgado Valdez, Roberto; Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana; Tomo IX ; Derecho Societario; Tomo 9, pag. 154; Fundación Latinoamericana Andrés Bello; Quito-2006.

que en caso de pérdidas, no involucran su patrimonio personal sino hasta el valor que represente su aporte dentro de la sociedad, sin que importe quienes son sus accionistas –anónimos- así como tampoco su responsabilidad, sino únicamente su capital aportado. Al respecto Garrigues señala que "el accionista arriesga, en el peor de los casos, todo lo más su acción. No hay responsabilidad personal del socio por las deudas sociales, sino sólo responsabilidad del patrimonio social…"[19]

Si bien, no consta dentro del concepto que da el artículo 143 de la Ley de Compañías sino de forma genérica y abstracta, sin embargo es menester indicar que la aportación de los accionistas debe tener un consentimiento general para conformar la sociedad o ser parte de ella, este consentimiento radica por tanto en el ánimo de los mismos en formar una sociedad por acciones como lo es la anónima, sin desmerecer al resto de tipos de sociedad que también requieren de esta característica, el ánimo de asociarse conocida como Affectio Societatis.

[19] Garrigues, Joaquín; Curso de Derecho Mercantil; 9° Edición, Segunda Reimpresión; pag. 417; Editorial Porrúa, México-1998.

CAPÍTULO II

EL ACCIONISTA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

2.1.- EL ACCIONISTA, SU CONCEPTO Y GENERALIDADES.-

La Ley de Compañías en su artículo 143 primer inciso establece que la compañía anónima es una sociedad cuyo capital "*está formado por la aportación de los* ***accionistas*** *que responden únicamente por el monto de sus acciones."* De su parte el inciso tercero del artículo 147 del mismo cuerpo legal dispone *que "La compañía anónima no podrá subsistir con menos de* ***dos accionistas****, salvo las compañías cuyo capital total o mayoritario pertenezca a una entidad del sector público."*

En este sentido, se puede afirmar que la Ley de Compañías no ha dado un concepto particular o concreto de la significación de accionista, por lo que de las normas enunciadas en correlación con otras normas de la misma ley, podría deducirse tal significación a la persona natural o jurídica del aportante o inversionista dentro de la sociedad constituida, cuyo número no podrá ser inferior a dos personas salvo la excepción legalmente establecida.

El Diccionario de la Lengua Española al definir al accionista lo conceptúa como "dueño de una o varias acciones en una compañía comercial, industrial o de otra índole."[20]

El Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas presenta una definición más particular en el campo del derecho societario, y manifiesta que "accionista es el dueño de una o más acciones en compañía mercantil o de otra clase. El socio de la compañía y, por lo mismo, condueño de su capital. Más estrictamente se denomina accionista al que no ejerce además cargo directivo en la sociedad. Sus deberes se traducen en la aportación del capital suscrito y en sufrir las eventuales pérdidas hasta ese límite. Entre sus derechos está el de conducir el de concurrir a las asambleas o juntas generales de accionistas, hablar y votar si por su antigüedad y cuantía tiene reconocida tal facultad por los estatutos, intervenir en las comisiones fiscalizadoras, participar en los beneficios

[20] Diccionario de la Lengua Española; Real Academia Española; Vigésima Segunda Edición; Editorial Espasa- España-2001.

de la empresa y percibir la parte proporcional que a su acción o acciones corresponda en caso de disolución voluntaria, estatutaria o forzosa de la sosiedad."

Isaac Halperín define lo siguiente: "La designación o nombre de acción en esta materia tiene un triple significado. Se refiere a una fracción del capital; al derecho patrimonial a esa fracción; y al título que la representa."[21]

Farina entiende que "cada acción es una parte alícuota del capital social y como parte del capital social la acción tiene un valor aritméticamente correspondiente a una fracción de esta y por ello todas han de ser de igual valor." [22]

Si bien la ley en sentido estricto no determina la conceptualización de accionista como ya se manifestó, sin embargo destaca otras circunstancias adicionales por medio de las cuales ha pretendido el legislador determinar quien ostenta o podría ostentar dicha calidad, con ciertas ambigüedades que en un momento dado puede generar duda o confusión, como se analizará más adelante.

Nuestra legislación positiva por tanto establece que la calidad de accionista se puede adquirir por la suscripción, transferencia o transmisión de acciones, sin embargo interpone un requisito sine qua non, esto es la inscripción en el Libro de Acciones y Accionistas, así el artículo 187 de la Ley de Compañías dice textualmente lo siguiente: "*Se considerará como dueño de las acciones a quien aparezca como tal en el Libro de Acciones y Accionistas.*", norma jurídica que guarda estrecha relación con lo que establece el artículo 200 ibídem que reza: "*Las compañías anónimas considerarán como socio al inscrito como tal en el libro de acciones y accionistas.*" Del texto de la ley se infiere una presunción de carácter legal al considerar como dueño de las acciones de una compañía anónima a la persona que aparezca inscrita como tal en el libro de acciones y accionistas.

Esta presunción legal que generalmente no admite prueba en contrario, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones podrá aceptar pruebas que determinen que quien consta en el

[21] Halperin, Isaac; Sociedades Anónimas", pag. 261, Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina-1975.
[22] Farina, Juan M.; Tratado de Sociedades Comerciales - Parte especial, II-B; pag. 97., Editorial. Zeus, Rosario Argentina-1979.

libro de acciones y accionistas no es el titular de la acción o de las acciones, todo esto sobre la base de lo que dispone el tercer inciso del artículo 32 del Código Civil al manifestar que *"se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias"*, y en el caso que nos ocupa, la propia norma societaria no ha rechazado expresamente la prueba en contra de tales actos.

Ejemplificativamente, si un socio de una compañía anónima, mediante nota de cesión transfiere sus acciones a un tercero cumpliendo con lo que dispone el artículo 189 de la ley societaria, empero, el administrador de la misma no procede a inscribir dicho acto en el libro de acciones y accionistas, cabe cuestionarse quien es el titular de las acciones en el caso mencionado, el socio cedente o el tercero cesionario, tomando en consideración que la falta de inscripción puede ocasionar muchos inconvenientes a los intervinientes en cuanto al ejercicio de sus derechos y obligaciones sociales, a la misma sociedad y hasta terceros.

En este contexto, muchas veces dependerá de la conveniencia o no del cedente y cesionario para reclamar o rechazar sus derechos y sus obligaciones como socios, ya que en ocasiones podrán existir jugosos dividendos o utilidades a repartir donde entrarán en pugna por acceder a la cuota correspondiente, y en otras ocasiones dicha pugna radicará en el hecho de desligarse de la titularidad de las acciones como cuando la entidad de control impositiva, la entidad competente del seguro social o el Ministerio de Relaciones Laborales persiga a los administradores y accionistas de la sociedad deudora en aplicación de la Ley Orgánica de Protección de los Derechos Laborales que será motivo de análisis posteriormente.

En principio, parecería ser que la Ley de Compañías estaría normando claramente mediante los artículos 187 y 200, la titularidad de las acciones señalando como tal a quien conste inscrito en el libro de acciones y accionistas, lo cual hasta cierto punto guarda lógica, sin embargo del ejemplo antes expuesto, debemos resolver el cuestionamiento sobre que sucede con las personas que han realizado una transacción comercial por esas acciones en calidad de cesionarios y no han sido inscritos por el administrador encargado de hacerlo, por la razón que fuere, en el mentado libro social.

En el caso planteado, considerando que cedente y cesionario han comunicado oportunamente al administrador sobre la transferencia accionarial para que realice el trámite de ley, y éste no lo ha hecho, la norma legal entiende que no se lo considera al cesionario como accionista por no constar inscripto en el mentado libro, aunque el contrato de transferencia entre cedente y cesionario, llámese compraventa, donación, permuta, esté legalmente celebrado.

En este sentido le corresponderá al cesionario acudir a las instancias judiciales competentes para ejercer sus derechos por la falta de cumplimiento de obligaciones legales en contra de la persona del administrador, de cuya omisión deberá responder al cesionario perjudicado por los daños y perjuicios ocasionados por la falta de inscripción, debido a su negligencia, inobservancia o mal fe que, según el caso, haya procedido, todo lo cual sin perjuicio que la entidad de control societario imponga a petición de parte, las correspondientes multas al representante legal de la compañía en base a lo que establece el artículo 189 de la Ley de Compañías.

Sin embargo, si bien el cesionario tiene los medios judiciales para reclamar los daños ocasionados por la falta de inscripción, no entendemos que por el simple hecho que el administrador no haya inscrito la transferencia en el Libro de Acciones y Accionistas, no deba considerarse como accionista al cesionario. Es decir, hasta que punto resultaría factible acoger y aplicar únicamente el texto de la ley y en función de esto no considerar al cesionario como el nuevo titular de las acciones, sabiendo que en el nuevo marco constitucional de derechos y justicia, que consagra entre otros el principio de que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades como lo prescribe el artículo 169 de la Carta Fundamental, se defiende y garantiza los derechos de las personas, considerando además que la codificación a la Ley de Compañías en vigencia data de noviembre de 1999, y la Constitución de la República como norma suprema en jerarquía normativa y protectora de derechos y garantías tiene vigencia desde el año 2008, consecuentemente en este nuevo panorama jurídico constitucional, a nuestro criterio, el cesionario en el caso concreto debería ser considerado como accionista.

La teoría de que el accionista es quien consta inscrito como tal en el Libro de Acciones y Accionistas tiene además otra disyuntiva dentro de la misma Ley que podría contrariar

dicho principio, así, el artículo 249 numeral 4) referente a los procesos de apelación de las minorías a cerca de las decisiones o resoluciones de las Juntas Generales, establece que para plantear la apelación los accionistas minoritarios no requieren presentar o acreditar su calidad con el libro de acciones y accionistas, sino depositar sus títulos o certificados de acciones anexados a la demanda respectiva, situación que la jurisprudencia ecuatoriana en uno de los fallos de casación ha determinado que la calidad de accionista para plantear el proceso de apelación, no es con la presentación del libro social en mención sino con los certificados o títulos accionariales, en cuyo sentido lo ha resuelto mediante sentencia, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso signado con el número 698-98 publicado en el Registro Oficial **No. 102 del 06 de enero de 1999**, cuyo considerando séptimo de su parte resolutiva me permito transcribir a continuación, indicando que la letra negrita ha sido resaltada intencionalmente:

"SÉPTIMA.- El actor Ing. A.M. no ha depositado los títulos o certificados de sus acciones con su demanda. ***Ha venido alegando que la calidad de accionista de la Compañía, la ha justificado con el Libro de Acciones y Accionistas, conforme dispone el Art. 200 de la ley de la materia. Dicho Libro, de acuerdo con lo imperativamente ordenado por el numeral 4 del Art. 291 de la (Art. 249), no puede reemplazar a los títulos o certificados de las acciones. Además, de acuerdo con el oficio de 18 de septiembre de 1989, dirigido por el Ing. A.M., como Gerente General de la Compañía C. C.A., al Intendente de Compañías de Quito (...), se ha probado que él ha transferido sus acciones, 48.715, a la Compañía 'Empresa M. S.A.' y, aprovechando tener a su cargo el Libro de Acciones y Accionistas, no ha anotado en el mismo aquella transferencia de sus acciones; en este aspecto por consiguiente, el Libro de Acciones y Accionistas agregado a los autos no hace mérito****, a más de ser manifiesto que el actor no ha observado buena fe y lealtad procesales, que es una carga procesal para los litigantes. Es necesario enfatizar que la acción de nulidad de los acuerdos o resoluciones de la Junta General de Accionistas, de una compañía anónima, con arreglo a la Ley de Compañías puede ejercitarse exclusivamente por la voluntad colectiva de la minoría de socios que representen la cuarta parte o más del capital pagado; que se convierte así en un órgano de defensa social contra el mal uso que la mayoría haya hecho de sus facultades; sin perjuicio, por cierto, de que un tercero o cualquier socio, representen o no el 25% del capital social, pueda ejercitar contra las*

decisiones de la junta general de accionistas, como contra cualquier declaración de voluntad, las acciones de que se cree asistido ante el Juez de lo Civil y por el procedimiento común establecido por el Código de Procedimiento Civil. En esta virtud la demanda presentada por el Ing. A.M., es improcedente. La Tercera Sala de la Corte Superior de Quito, para dar trámite a la demanda debió disponer que el actor cumpla los requisitos correspondientes, con sujeción a lo ordenado por los Arts. 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil. Por las consideraciones expuestas, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia por el error de derecho en declarar la prescripción de la acción planteada, y, ***en cambio desecha la demanda por no haberse depositado los títulos y certificados de acciones, que de acuerdo con el artículo 291 (Art. 249) de la Ley de Compañías es la prueba idónea de la calidad de socio que representa la minoría con más del 25% de las acciones y por tanto el titular del derecho de resistencia a los acuerdos o resoluciones de la junta general de accionistas..."***

De los planteamientos enunciados se puede apreciar, que la teoría legalista que afirma que el accionista es la persona que se encuentra inscrita en el libro de acciones y accionistas, tiene su contrapeso en la propia ley como se acaba de analizar con la jurisprudencia antes señalada, sin embargo como se expuso en líneas anteriores, es necesario superar el marco legalista en el sentido de aplicar estrictamente lo que reza el texto de la ley, e intentar, con la debida objetividad, la aplicación del marco jurídico constitucional, en este sentido, es nuestro criterio que tal como se encuentra regulada esta cuestión en la Ley de Compañías, en los casos de conflicto como el señalado en el ejemplo motivo de análisis, la falta de inscripción por parte del administrador, repetimos, por la razón que ésta fuere, no debería menoscabar los derechos de quien ha adquirido legal y transparentemente acciones de una sociedad, por lo que en aplicación del principio del no sacrificio de la justicia por la omisión de meras formalidades, el accionista sería el cesionario que ha adquirido las mismas, aún así no conste como tal en el libro de acciones y accionistas, bastando probar a través de las formas probatorias permitidas por la ley, que ha adquirido y por tanto le corresponde la titularidad de las acciones .

El artículo 702 del Código Civil establece para la perfección de la tradición como modo de adquirir el dominio de bienes raíces, un requisito consistente en la inscripción del título en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad, luego de lo cual perfeccionada la tradición el adquirente del inmueble se convierte en propietario del bien operando en este caso la tradición ficta por no poderse entregar un bien raíz en las manos del nuevo dueño, sin embargo dicha situación no puede ni debe confundirse o asimilarse con lo que disponen los artículos 187 y 200 en relación con el primer inciso del artículo 189 de la Ley de Compañías, ya que en este caso las acciones, sin entrar a analizar en este capítulo si son bienes, títulos valores o créditos, al ser los títulos de acciones en definitiva bienes muebles, opera perfectamente la tradición como modo de adquirir el dominio con la sola entrega por parte del tradente al adquirente del título en mención, consecuentemente, a nuestro criterio, no necesariamente quien únicamente conste inscrito en el libro de acciones y accionistas como tal es el accionista de la sociedad, sino también puede serlo quien demuestre legal y legítimamente por los medios permitidos que le han sido transferidas acciones a su favor mediante la figura jurídica pertinente.

.

En consecuencia, creemos conveniente en este aspecto la introducción de una reforma que contemple los aspectos que se han dejado señalados, con el objeto de que se minimicen los conflictos que ocasiona la ambigüedad de la ley vigente y se adecúe la normativa a los principios y garantías consagrados en la Constitución de la República, a fin de que prime la lógica jurídica, los derechos de las partes y la justicia.

Por otra parte, es preciso analizar la titularidad de las acciones dentro de una compañía en lo que respecta a la sociedad conyugal, en este sentido se debe indicar que el artículo 200 de la Ley de Compañías, establece que las compañías anónimas considerarán como socio al inscrito como tal en el libro de acciones y accionistas, por lo que hay que dilucidar cualquier duda en lo que respecta a la calidad de accionista cuando las acciones han sido adquiridas por marido o por mujer habiendo sociedad conyugal de por medio.

Sobre el particular se ha pronunciado la Superintendencia de Compañías con buen criterio a través de sus doctrinas societarias, así la doctrina No. 130 cuyo título expresa ´PARA EFECTOS SOCIETARIOS SE CONSIDERA COMO DUEÑO DE LAS

ACCIONES O PARTICIPACIONES DE UNA SOCIEDAD SUJETA AL CONTROL Y VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS AL CÓNYUGE QUE INTERVINIERE EN LA CONSTITUCIÓN O EN EL AUMENTO DE CAPITAL RESPECTIVOS, SUSCRIBIENDO O RECIBIENDO ACCIONES O PARTICIPACIONES A SU SOLO NOMBRE¨, en su parte concluyente y pertinente manifiesta:

"*Por consiguiente, las acciones o participaciones que figuraren a nombre de la mujer casada, aún cuando fueren bienes pertenecientes al haber de la sociedad conyugal que tuviere formada con su marido, se consideran, respecto de terceros, de propiedad de dicha mujer, sin perjuicio de continuar teniendo tales acciones o participaciones la calidad de "bienes sociales".*

Y por lo mismo, para efectos societarios, se debe considerar como dueño de las acciones o participaciones de una sociedad sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías al cónyuge que interviniera en la constitución o en el aumento de capital respectivos, suscribiendo o recibiendo acciones o participaciones a su solo nombre."[23]

La doctrina en mención aclara correctamente el sentido que la ley da a quien consta como accionista en el libro de acciones y accionistas, sin menoscabar los derechos que sobre tales acciones le corresponde al otro cónyuge cuyo nombre no consta en el citado libro, con lo que, se establece para efectos exclusivamente de carácter societario, el contar únicamente con quien aparezca inscrito como accionista, sin perjuicio de que los derechos de propiedad que se tiene sobre las acciones dentro de una compañía por parte del otro cónyuge, puedan ejercerse, de ser vulnerados, a través del derecho común, mediante las normas y reglas relativas a la sociedad conyugal determinadas en el Código Civil.

El artículo 1 de la Ley de Compañías establece que el contrato de compañía es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades, y el artículo 1957 del Código Civil al referirse al concepto de contrato de sociedad expresa que la sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan.

[23] Ediciones Legales EDLE S.A.; Régimen de Compañías, Tomo II. Pag. 838.

Del contexto de dichas normas se infiere que para nuestro ordenamiento jurídico, la sociedad o compañía es un contrato, que por celebrarse entre dos o más personas es, o sería, un contrato bilateral.

Cabe hacer dos análisis sobre el tema propuesto, el primero a cerca de las personas que pueden constituir una compañía anónima, puesto que la ley no determina taxativamente; y en segundo lugar, la real bilateralidad o no, que tendría un contrato de compañía.

Primeramente, la ley expresa que la sociedad se constituye por dos a más personas, así como también se dispone que tanto la compañía limitada como la anónima pueden ser constituidas por personas naturales que tengan la capacidad civil para contratar, encontrándose la diferencia en lo que respecta a las personas jurídicas que podrían constituirlas, así el artículo 100 de la Ley de Compañías establece que "*Las personas jurídicas, con excepción de los bancos, compañías de seguro, capitalización y ahorro y de las compañías anónimas extranjeras, pueden ser socios de las compañías de responsabilidad limitada*", en tanto que el artículo 145 en su inciso segundo de la mentada norma dispone "*Las personas jurídicas nacionales pueden ser fundadoras o accionistas en general de las compañías anónimas…"*

De lo expuesto, las compañías anónimas pueden ser constituidas por personas jurídicas en general sea cual fuese su naturaleza, no existe límites, así lo ha entendido la Superintendencia de Compañías en diversas absoluciones, como la contenida en la Gaceta Societaria No. 27 respecto de los fideicomisos mercantiles que señala que éstos son parte de las compañías anónimas o de responsabilidad limitada, ya sea como fundadores, promotores o como accionistas y socios, puesto que el fideicomiso mercantil, de acuerdo con el Artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, está dotado de personalidad jurídica y por lo tanto, capaz de ejercer derechos y contratar obligaciones acorde a las instrucciones del contrato.

Otra absolución sobre el tema, que no deja dudas sobre lo expuesto es la contenida en la misma Gaceta Societaria No. 27, en lo referente a las fundaciones, al respecto dicha absolución indica que las fundaciones como personas jurídicas, tienen plena capacidad jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representadas judicial y extrajudicialmente conforme a la Ley y a sus estatutos de constitución,

teniendo así capacidad jurídica para contratar, han participado en sociedades en calidad de accionistas o socias, siempre que sus fines sean lícitos, con el propósito de participar de sus utilidades lo cual no se contrapone con el concepto de que éstas 'no tienen fines de lucro", puesto que, quienes se benefician de ellas serán sus destinatarios, mas no sus fundadores o administradores, todo esto con fundamento en los artículos 564 del Código Civil, 6° del Código de Comercio, 98 y 145 de la Ley de Compañías.

Por otra parte, el Estado a través de las diferentes instituciones que lo conforman, sea que pertenezcan a la Administración Pública Central o Institucional de la Función Ejecutiva, la Función Legislativa, Función Judicial, Gobiernos Autónomos Descentralizados, sus diferentes empresas públicas y demás entidades de las establecidas en el artículo 225 de la Constitución de la República, pueden también ser accionistas de una compañía anónima o conformar compañías de economía mixta, empero, tratándose de sociedades anónimas, surge a mi criterio una duda por la posible contradicción que se generaría en el marco legal, en el sentido que la norma societaria y el mismo Código Civil como ya se manifestó en líneas anteriores, conceptúan a la sociedad o compañía como un “contrato”, sin embargo la misma Ley de Compañías establece en el inciso segundo del artículo 147, que la compañía anónima no podrá subsistir con menos de dos accionistas, salvo las compañías cuyo capital total o mayoritario pertenezca a una entidad del sector público, por lo que consecuentemente creemos que la misma norma tiene dos preceptos contradictorios, por una parte, señalar que la sociedad o compañía es un contrato, y por otra parte la posibilidad que cuando se trate de cualquier entidad del sector público que haya adquirido la totalidad de acciones de la sociedad, al no ser necesario que en estos casos la compañía en el plazo dispuesto por ley se encuentre conformada por lo menos con dos accionistas como ocurre cuando queda un accionista privado, sino que podría subsistir indefinidamente con uno solo –Estado-, se produciría un rompimiento por decir lo menos, de la teoría contractual de la sociedad o compañía.

Sin intentar entrar a hacer un análisis profundo sobre las características de los contratos de sociedad, por cuanto no es objeto del presente trabajo, se hace imperioso referirse lacónicamente al tema, en concreto a las personas que intervienen en el mismo, en este sentido el artículo 1454 del Código Civil codificado manifiesta “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna

cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.", norma que guarda relación con el artículo 1455 ibídem que reza "el contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente."

El contrato de sociedad o compañía de acuerdo al artículo 1 de la Ley de Compañías, como ya se ha enunciado anteriormente, es en el que intervienen dos o más personas uniendo sus capitales, por lo que sobre la base de las normas legales citadas, siempre deberá existir dos o más personas para que exista esta forma contractual.

En el presente caso, el contrato de sociedad es un contrato bilateral, o acogiendo lo manifestado por el Dr. Juan Larrea Holguín al estudiar las características del contrato de sociedad, expone que "se trata de un contrato plurilateral, aunque en rigor baste la presencia de dos personas"[24], llegando hasta manifestar dicho autor que este contrato es de tracto sucesivo por cuanto no se agota en un solo acto, "sino que implica una vida jurídica prolongada."[25]

Sin embargo, trátese o no de un contrato bilateral o plurilateral según los diversos criterios doctrinarios, el contrato en mención para cumplir su propósito contractual, hace necesaria la presencia de dos o más personas, razón por la cual, si es que se mantiene en la legislación ecuatoriana la teoría contractualista de la sociedad, no podría aceptarse que una sociedad pueda subsistir indefinidamente con un solo socio, por más que éste sea una institución estatal, ya que de acoger esta postura, en primer lugar se quebrantaría el principio de la mercantilidad de la sociedad, en el sentido que el Estado o sus Instituciones no pueden buscar el lucro en beneficio particular sino el bienestar de la colectividad a través de la prestación de servicios públicos adecuados y eficientes; y en segundo lugar, por cuanto desde el aspecto etimológico hasta el más tecnificado jurídica o económicamente hablando, no resulta admisible la participación de una sola persona y menos aún el otorgarle a ésta la calidad de sociedad o compañía cuando en la realidad no lo es, situación que vulnera la esencia del contrato que como queda dicho

[24] Larrea Holguín, Juan; Derecho Civil del Ecuador, Volumen XIII; pag. 252; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-2001.
[25] Larrea Holguín, Juan; Derecho Civil del Ecuador, Volumen XIII; pag. 253; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-2001.

en líneas anteriores es el acuerdo de voluntades –dos o más personas- para dar, hacer o no hacer alguna cosa, o como enseña el tratadista Arturo Alessandri al referirse a los contratos como "acuerdos de voluntades destinados a crear obligaciones."[26]

Originalmente, tanto en la doctrina como en otras legislaciones se aceptaba a la sociedad anónima como un contrato, donde el accionista se lo consideraba como un socio y dueño de la actividad empresarial que realizaba la sociedad, sin embargo, la tendencia ha ido cambiando en el sentido que no se justificaría considerar como un contrato a un tipo de sociedad conformada por personas que en primera instancia no se conocen y además que cambian constantemente en la vida jurídica de la misma, con administradores que si bien son designados por los propios accionistas, toman decisiones por su cuenta, ente otros aspectos criticados, por lo que, la tendencia doctrinal y de derecho comparado actualmente han abandonado paulatinamente la concepción contractual y han acogido a su vez la concepción institucional de la compañía anónima, en la que se considera a dicha compañía como una institución jurídica en la que los accionistas ya no son considerados como propietarios o empresarios, sino como aportantes de capital y consecuentemente, interesados directos en los resultados económicos de la empresa.

"Este interés está presente en toda la vida social, lo que los hace aparecer como acreedores de la sociedad en el sentido más amplio del término. Al efecto se señala que desde el momento que se acuerda el dividendo nace para el accionista el derecho de reclamarlo. Cuando aumenta el capital tiene opción preferente para la suscripción. En la liquidación le corresponde percibir los repartos de devolución del capital, pero por sobre todo, tiene la facultad de exigir de los administradores el correcto y fiel cumplimiento de su cometido."[27] Nuestra legislación si bien establece que la sociedad es un contrato, en parte acoge estos conceptos de la institucionalización jurídica de la sociedad.

El Estado como parte de las sociedades mercantiles en nuestra legislación, al parecer debía tener una vigencia temporal puesto que su función como accionistas mayoritarios o únicos de las compañías mercantiles era poder vender empresas en marcha y trasladar

[26] Alessandri Rodríguez, Arturo; Derecho Civil de los Contratos; pag. 7; Editorial Zamorano y Caperán; Santiago Chile 1976.
[27] Castro Ossandón, Hernán; Estatuto del Accionista; pag. 14; Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1985.

la propiedad accionaria a nuevos inversionistas privados, pero en la actualidad dicha finalidad no se ha cumplido, por el contrario sigue el Estado mediante sus entidades, enquistado en las sociedades anónimas, y sobre el particular el Dr. Roberto Salgado Valdez manifiesta, que "las compañías anónimas creadas al amparo del derecho privado continúan en manos del Estado sin que se conozca, a ciencia cierta, si se trata de personas jurídicas de derecho privado o de derecho público, lo cual representa, sin duda, una terrible inseguridad jurídica…"[28]

Por esta razón, creemos que debe exigirse una reforma legal donde, o bien se establezca un plazo o término para que la compañía en ésta situación, pueda continuar conformada por al menos dos socios, o en su defecto, que el socio único –Estado- se transforme en otra organización jurídica previo las formalidades de ley que el caso amerite. Lo contrario sería guardar un silencio cómplice en una situación mal regulada por la norma que atenta hasta en contra del concepto natural y común del término "compañía".

2.2.- EL ESTADO DEL ACCIONISTA DENTRO DE LA SOCIEDAD.

El estado o status de socio o accionista, se refiere al conjunto de derechos y obligaciones que tiene en la sociedad, y que surgen de la titularidad de la acción que posee en la misma. El término "estado" debe entenderse como la relación directa entre una persona y un ordenamiento jurídico, y concede a su titular una calidad diferente al resto de personas, calidad de socio que origina para dicho titular una serie de derechos y obligaciones.

Dentro de los derechos que se concede al socio por su status, se encuentra principalmente el de percibir proporcionalmente los dividendos o utilidades que llegase a producir la compañía y a participar así mismo en forma proporcional del acervo de liquidación al momento de extinguir a la misma, sin embargo la doctrina también incluye otros derechos conocidos como políticos o económicos, dentro de los primeros se encuentran aquellos por los que el socio puede participar de la dirección,

[28] Salgado Valdez, Roberto; Sociedades Mercantiles con Participación del Estado; Derecho Societario, Revista No. 9; Órgano de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario; pag 121, Editorial Edino, Guayaquil Ecuador-2008.

administración y debida información de la sociedad, mientras que entre los económicos están aquellos que pretenden salvaguardar la inversión del socio.

Entre las obligaciones mas importantes se destacan el pago o cancelación del capital suscrito o comprometido así como el de lealtad y colaboración con los asuntos tendientes al cumplimiento de su objeto social.

Según parte de la doctrina, partiendo de la personalidad jurídica de la sociedad anónima, entiende que el socio no mantiene una relación de comunidad o condominio de los bienes sociales, así como tampoco considera que el socio sea un acreedor de la compañía, mas bien se habla del concepto de condición de socio como la que mejor explica ese conjunto de deberes, derechos, funciones y facultades que le corresponden al socio respecto de la sociedad, enunciando que el status abarca un conglomerado de relaciones entrelazadas entre socio y sociedad provenientes de la titularidad de su acción, Brunetti al respecto señala que "los derechos y obligaciones inherentes son, pues, recíprocos: del socio para con la sociedad y de la sociedad para con el socio."[29]

Según este autor, la acción no incorpora ni un derecho real ni un derecho de crédito, sino un status al que van unidos derechos de especial naturaleza así como especiales obligaciones, status el que se ostenta en virtud de la acción.

Este status del socio en referencia a los derechos y obligaciones frente a la sociedad, la doctrina lo asemeja en un ámbito proporcionalmente reducido a lo que representa el status de un ciudadano con respecto a esa gran corporación política llamada Estado, por lo que a decir de Joaquín Rodríguez, por este status "el socio tiene una calidad jurídica y no un simple derecho frente a la sociedad y que esta calidad le concede derechos varios y le impone diversas obligaciones por lo que la calidad de socio significa un auténtico status jurídico."[30]

[29] Brunetti, Antonio; Sociedades Mercantiles, Serie Clásicos del Derecho Societario; Volumen 1; pag. 122, Editorial Jurídica Universitaria, México 2001.
[30] Rodríguez Rodríguez, Joaquín; Tratado de Sociedades Mercantiles; Tomo I, Quinta Edición, pag. 75; Editorial Porrúa S.A.; México 1977.

2.3.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y OTROS DERECHOS PATRIMONIALES Y NO PATRIMONIALES DEL ACCIONISTA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

Como se ha expuesto en el punto anterior, la acción le otorga al socio un status consistente en el conjunto de derechos, facultades y obligaciones que tiene respecto de la sociedad y de ésta con el socio. La doctrina se ha pronunciado sobre varias clasificaciones en lo referente a los derechos de los accionistas en una sociedad anónima, con diferentes rasgos pero iguales conclusiones entre sí.

Así el tratadista español Fernando Sánchez Calero en su obra Instituciones de Derecho Mercantil, señala una primera clasificación de acuerdo al sometimiento de la voluntad de la mayoría en derechos comunes del accionista y en derechos especiales, una segunda clasificación según la posibilidad de ejercicio, en derechos individuales cuando los derechos pueden ser ejercitados por el accionista independientemente del número de acciones que ostente, y en derechos de minoría cuando el accionista únicamente puede ejercer los mismos ya sea de forma individual o colectivamente, si posee un determinado porcentaje del capital; una tercera agrupación de acuerdo al contenido del derecho, en derechos patrimoniales o económicos como el derechos a participar de las utilidades o dividendos y en derechos políticos o no patrimoniales relativos a la administración y organización de la sociedad como lo es entre otros el derecho al voto, elegir y ser elegido o a la impugnación de las resoluciones del órgano de gobierno; y una cuarta clasificación denominada derechos de doble carácter, esto es patrimonial y no patrimonial como lo pueden ser el derecho de suscripción preferente o el derecho de separación.

El tratadista Joaquín Rodríguez, en similar forma pero con términos algo diferenciadores de su homólogo español, explica una clasificación de los derechos del socio dividiendo los mismos en cuatro categorías a saber, la primera, en razón de su origen dependiendo si tales derechos provienen de las normas legales serán derechos legales o de originarse en acuerdos sociales serán derechos sociales, los que a su vez el autor los subdivide en derechos convencionales estatuarios si provienen del estatuto social, o en derechos convencionales simples si su nacimiento radica en los diversos acuerdos de las Juntas Generales. La segunda, nos indica en razón del contenido de los

derechos, así si éstos son otorgados en beneficio económico y que pueden ser ejercidos contra la sociedad, serán derechos patrimoniales y aquellos que otorgados a los socios en su beneficio, solamente sirven de garantía para el ejercicio de los derechos patrimoniales, a los que el autor los denomina derechos de consecución. En una tercera agrupación se los ubica por su titularidad, estableciendo en este campo a los derechos comunes u ordinarios que corresponden a todos y cada uno de los accionistas, y en derechos particulares o privilegiados que se otorgan en beneficios solamente a una o más personas determinadas en la sociedad. Rodríguez propone una cuarta categoría en razón de su carácter, y que tiene relación con el status del socio en lo que respecta a la modificación o supresión de derechos de acuerdo a las resoluciones de las juntas generales.

Para este doctrinario mexicano la clasificación de base, -criterio con el que compartimos por ser la de mayor importancia dentro de una sociedad mercantil como lo es la anónima, donde el principio más trascendental para los socios es el aspecto patrimonial y el nivel de ganancia por sus inversiones-, es la clasificación anotada en referencia a los derechos patrimoniales y a los derechos de consecución.

Dentro de los primeros –patrimoniales-, el autor los sub clasifica de acuerdo a la participación económica, sea directa o accesoria en derechos patrimoniales principales y accesorios, constando dentro de los principales la participación en los beneficios o utilidades, y el acervo a repartir en la liquidación y dentro de los accesorios derechos tales como la transmisión de la calidad de socio, obtención de documentos que acrediten la calidad de accionista, aportación limitada etc.

Dentro de los derechos de consecución, los sub clasifica así mismo en derechos de consecución administrativos y en derechos de consecución de vigilancia, constando dentro de los primeros los derechos por medio de los cuales los accionistas intervienen directa o indirectamente en las resoluciones y toma de decisiones de la sociedad como por ejemplo, la participación en las juntas generales o en directorios, designación o remoción de administradores y representantes legales; en cambio dentro de los derechos de consecución de vigilancia constan los derechos mediante los cuales los accionistas pueden informarse y denunciar los actos societarios directamente o a través de los

órganos de vigilancia, entre estos derechos se encuentran la información, denuncias, designación de órganos de vigilancia y fiscalización, aprobación del balance, etc.

Otra parte de la doctrina a su vez, clasifica a los derechos en dos grandes grupos, así lo entiende José María Martínez Val quien aduce que tales derechos se dividen en derechos administrativos o políticos dentro de los cuales se encuentran el de asistir a juntas generales, el derecho al voto, solicitar convocatorias, derecho de información, derecho a sr elegidos, derecho a impugnación de las decisiones o resoluciones entre otros; y en derechos económicos donde figuran el reparto de las ganancias que haya generado la sociedad, el derecho al patrimonio de liquidación, de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones etc.

En el derecho positivo y concretamente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a través de la Ley de Compañías se establecen derechos y obligaciones de los socios. Con respecto a los derechos dicha norma determina la existencia de derechos sustanciales o fundamentales y de otros derechos que se derivan de aquellos, concretamente el artículo 207 de la mentada ley establece cuales son los derechos fundamentales los mismos que analizaremos cada uno de ellos para luego entrar a analizar a su vez los otros derechos que la norma concede a los socios, en este sentido es necesario transcribir lo que el artículo de la norma jurídica invocados establece, en los siguientes términos:

"Art. 207.- Salvo lo dispuesto en el artículo innumerado que le sigue al Art. 221 de esta Ley, son derechos fundamentales del accionista, de los cuales no se le puede privar:
1.- La calidad de socio;
2.- Participar en los beneficios sociales, debiendo observarse igualdad de tratamiento para los accionistas de la misma clase;
3.- Participar, en las mismas condiciones establecidas en el numeral anterior, en la distribución del acervo social, en caso de liquidación de la compañía;
4.- Intervenir en las juntas generales y votar cuando sus acciones le concedan el derecho a voto, según los estatutos.
La Superintendencia de Compañías controlará que se especifique la forma de ejercer este derecho, al momento de tramitar la constitución legal de una compañía o cuando se reforme su estatuto. El accionista puede renunciar a su derecho a votar, en los términos del Art. 11 del Código Civil.

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

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

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

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

8.- Negociar libremente sus acciones."

2.3.1.- Calidad de Socio.- Del texto del primer numeral del artículo en mención, se infiere como derecho fundamental la calidad de socio, sobre este punto no es necesario extenderse sobre su análisis puesto que al tratar en líneas anteriores sobre su status, se manifestaba que el estado del socio es una calidad que tiene con respecto a la compañía, traducida en un conjunto de derechos y obligaciones recíprocos, y por tanto los derechos fundamentales del accionista están basados en la calidad de socio que ostenta por ser el titular de la acción o acciones dentro de la compañía, en este contexto, dicha calidad no puede ser vulnerada o violentada por ningún otro accionista, así como tampoco por la asamblea de socios o por terceros, conforme lo garantiza el artículo 178 de la Ley de Compañías que expresa *"La acción confiere a su titular legítimo la calidad de accionista y le atribuye, como mínimo, los derechos fundamentales que de ella se derivan y se establecen en esta Ley.";* en concordancia con lo que reza el inciso tercero del artículo 221 ibídem, cuyo texto dice: *"También serán nulos, salvo en los casos que la Ley determine, los acuerdos o cláusulas que supriman derechos conferidos por ella a cada accionista."*

Las compañías anónimas por su naturaleza, al encontrarse conformadas por una pluralidad de personas naturales o jurídicas –que actúa a través de una persona natural-, son un universo de ideologías, pensamientos y personalidades distintas, que en frecuentes ocasiones derivará en desacuerdos y pugnas entre los socios, problemática que puede ocasionar rupturas en las relaciones y que al final pueden terminar en la toma de decisiones arbitrarias, ilegales e inconstitucionales como separar a un socio de la

compañía o al menos intentar buscar los mecanismos de su exclusión por parte de los administradores o del órgano de gobierno.

Sobre lo anotado, y en base al derecho fundamental de la calidad de socio, ningún accionista de una sociedad anónima está sujeto a una separación de la misma que no sea de forma voluntaria, por lo tanto una persona que tiene la calidad de accionista por ser titular de una acción dentro de una sociedad anónima, solamente dejará de ostentar tal calidad en el momento en que voluntariamente transfiera su acción a otro socio o un tercero a través de cualquiera de las modalidades permitidas por la ley, caso contrario mantendrá dicha calidad de forma indefinida sin que pueda persona alguna atentar contra sus derechos, salvo el caso de embargo y remate de las acciones por orden judicial, que será analizado oportunamente.

2.3.2.- Participación de beneficios sociales.- El numeral segundo de la norma en mención, concede al accionista otro derecho fundamental consistente en participar en los beneficios sociales, debiendo observarse igualdad de tratamiento para los accionistas de la misma clase, sobre este particular creemos que este numeral debía ubicarse como el primero dentro del artículo mencionado en razón de que el primer numeral correspondiente a la calidad de socio como consta del texto actual, no es en sí un derecho propiamente dicho sino su status que como ya analizamos en líneas previas, consiste justamente en el conjunto de derechos y obligaciones del socio respecto de la sociedad por ser el titular de una o varias acciones.

Al respecto, cuando se analizó la conceptualización del contrato de sociedad, se había indicado que la Ley de Compañías en su primer artículo manifiesta que éste es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y **participar de sus utilidades**, lo cual guardaba relación con lo que dispone el artículo 1957 del Código Civil que define a la compañía como un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el **fin de dividir entre sí los beneficios** que de ello provengan.

En líneas anteriores se manifestó que en nuestra opinión, debía enumerarse éste derecho como el primer derecho fundamental en la norma societaria pertinente antes citada, en

razón de que si el fin del contrato es el obtener ganancias económicas y distribuirse entre sí los dividendos, éste es sin duda el derecho más importante y transcendente concedido por la ley en favor del socio, por el hecho de servir justamente para cumplir con la finalidad lucrativa que persiguen los accionistas.

Ahondando en la importancia de este derecho, la Ley de Sociedades Comerciales No. 19.550 de la República Argentina enuncia también un concepto de sociedad y sobre todo una finalidad similar a lo que establece nuestro marco jurídico al disponer en su artículo primero lo siguiente: *"Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios* ***participando de los beneficios*** *y soportando las pérdidas."* (lo subrayado nos corresponde).

La norma que concede este derecho establece además que la participación de los beneficios sociales deberá efectuarse aplicando igual tratamiento para los accionistas de la misma clase, lo que significa que, en tratándose de acciones ordinarias, los accionistas titulares de las mismas tendrán derecho a la distribución de utilidades de acuerdo a la proporción de lo que hayan desembolsado en el pago de su capital suscrito, así lo establece el artículo 195 de la Ley de Compañías que dice "*…las acciones darán derecho al titular o accionista a percibir dividendos en proporción a la parte pagada del capital suscrito a la fecha del balance."*, mientras que si son acciones preferidas, los accionistas titulares percibirán las utilidades que les correspondan según lo que determine el contrato social, así lo dispone el artículo 186 ibídem que reza "*En los estatutos de la compañía se podrá acordar la emisión de acciones preferidas y los derechos que éstas confieren…"*

La participación en los beneficios sociales a la cual se refiere el artículo 207 numeral 2 de la Ley societaria se traduce en la distribución y percepción de utilidades o dividendos por parte de los accionistas, y que guarda por tanto estrecha conformidad con lo que establecen los artículos 208 y 209 de la mencionada normativa que será analizada en líneas posteriores.

Como ya se señaló anteriormente, entre los derechos patrimoniales del accionista en la sociedad anónima, el derecho al dividendo o utilidades es el más importante que le reconoce la ley, sobre todo por el fin de la obtención de ganancias para el cual unieron sus capitales en la constitución de la sociedad. Joaquín Rodríguez al tratar sobre el dividendo en la sociedad anónima indica que es el beneficio neto pagadero periódicamente a cada acción, y lo define diciendo que "es el que tiene el titular de cada acción de participar en el beneficio neto periódicamente distribuido." [31]

Brunetti por su parte afirma que el derecho al dividendo acordado afecta a la parte proporcional del beneficio neto que la asamblea ha atribuido a toda acción en trámite de aprobación del balance del ejercicio. Este derecho se deriva del acuerdo…"[32] Garrigues siguiendo la legislación española al igual que Rodríguez, manifiesta que el dividendo "es la parte de ganancia correspondiente a cada acción en un ejercicio social determinado, y su fijación definitiva le corresponde a la junta general."[33]

Antiguamente este derecho se lo ejercía cuando las utilidades se repartían al fin de la vida jurídica de la sociedad, es decir solo podían reclamar su ganancia al fin de la gestión de la compañía, sin embargo con la introducción de la figura contable del ejercicio económico anual, los resultados se conocen al finalizar el ejercicio, surgiendo para los accionistas el derecho a reclamar sus ganancias una vez que la junta haya conocido los resultados y haya acordado su distribución.

En este sentido, actualmente el desarrollo de la vida jurídica de una sociedad anónima es de duración anual, iniciando el ejercicio fiscal el primero de enero y concluyendo el treinta y uno de diciembre de cada año, luego de lo cual se determinará el estado de resultados durante ese ejercicio y la presentación de balances ante la junta general de accionistas para su resolución respectiva, donde una vez realizadas las deducciones que implican gastos financieros, logísticos, costos de explotación, rubros laborales, fiscales, de seguridad social y demás egresos económicos contemplados en la ley, ordenanzas y

[31] Rodríguez Rodríguez, Joaquín; Tratado de Sociedades Mercantiles; Tomo I, Quinta Edición, pag. 388; Editorial Porrúa S.A.; México 1977.

[32] Brunetti, Antonio; Sociedades Mercantiles, Serie Clásicos del Derecho Societario; Volumen 1; pag. 445, Editorial Jurídica Universitaria, México 2001.

[33] Garrigues, Joaquín; Curso de Derecho Mercantil; 9° Edición, Segunda Reimpresión; pag. 519; Editorial Porrúa, México-1998.

en el propio estatuto social, si resultare un remanente de ganancia será éste el beneficio social o marco de utilidad susceptible de participación entre los accionistas de acuerdo a lo que la junta de socios decida, entendiendo a ésta utilidad líquida de cada ejercicio como "el marco de referencia que fija la ley para determinar la parte de los beneficios sociales que se atribuye a cada accionista a título de dividendo."[34]

El derecho fundamental en mención que la ley otorga al accionista, es un derecho-poder patrimonial y principal como lo indica Joaquín Rodríguez, sin embargo la calidad de socio no le concede la facultad al socio para exigir la participación de los posibles beneficios que establezca el balance, sino únicamente después de su aprobación por parte de la Junta General y de la resolución de la asamblea donde se acuerde la forma de distribución de toda la utilidad o de una parte de ella.

Este derecho a la participación de los beneficios sociales o utilidades, se ramifica en dos derechos autónomos, el primero denominado ideal, abstracto, potencial, social o derecho al dividendo, como lo califica la doctrina, que consiste en el derecho que tiene cada accionista a solicitar a la junta el participar en las futuras ganancias de la sociedad pues ese es su finalidad, y el segundo, el derecho concreto o aquel que nace de la determinación de un beneficio susceptible de ser repartido referente a un determinado ejercicio social como lo entiende Brunetti, determinación que lo realiza la junta general de accionistas a través de la **aprobación del balance y distribución de utilidades**, generando un auténtico derecho de crédito a partir de ese momento para el accionista, quien en esta situación a más de socio, se convierte por el derecho de crédito sobre el dividendo que hemos mencionado, en un tercero frente a la sociedad pudiendo cederlo, transferirlo o hasta actuar como acreedor en caso de quiebra de la compañía.

Nuestro ordenamiento jurídico guarda concordancia con los criterios doctrinales, así, en referencia al primer derecho abstracto, potencial o al dividendo que hemos dejado señalado, el artículo 208 de la Ley de Compañías lo acoge diciendo *"La distribución de las utilidades al accionista se hará en proporción al valor pagado de las acciones. Entre los accionistas sólo podrá repartirse el resultante del beneficio líquido y*

[34] Castro Ossandón, Hernán; Estatuto del Accionista; pag. 25; Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1985.

percibido del balance anual. No podrá pagárseles intereses.”, en tanto que el derecho concreto o de crédito se encuentra regulado en la ley ecuatoriana de la materia, en el artículo 209 al disponer que “…*acordada por la junta general la distribución de utilidades, los accionistas adquieren frente a la compañía un derecho de crédito para el cobro de los dividendos que les correspondan.”*

La Ley argentina de Sociedades Comerciales No. 19.550 difiere en cierta medida de lo expuesto por cuanto, del contexto de la norma se infiere que basta solamente la aprobación del balance por parte de la junta para que los dividendos o utilidades puedan ser distribuidos y por tanto, originen un derecho de crédito a favor del socio, en este sentido la ley invocada en su artículo 68 dice lo siguiente: “ *Los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos a los socios, sino por ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto y aprobado por el órgano social competente.*”

No concordamos con la redacción de esta norma por cuanto, al aprobarse únicamente el balance, sin que se haya fijado la cuantía que ha de repartirse como dividendo o cualquier otra decisión que adopte la junta sobre las utilidades, mal podría tener un derecho de crédito el accionista sobre algo que aún no sabe cuanto le correspondería, por esta razón consideramos que sobre el particular, el legislador nacional de forma paralela a los criterios de la doctrina internacional y en relación con normas positivas similares tales como la española o mexicana, ha redactado de mejor forma los artículos pertinentes.

Por lo tanto, es importante indicar y reiterar que el derecho de crédito que se ha hecho alusión no nace para el socio únicamente con los resultados del balance y su aprobación por parte de la junta, sino que éste se perfecciona desde que la junta resuelve la forma y los montos de distribución de las utilidades, así lo ha determinado nuestra legislación cuando nos referimos a los artículos últimamente citados; Garrigues al respecto menciona que “este momento de la perfección jurídica del crédito de dividendo es de gran significación para el accionista, porque, a partir de él, la posición del socio se equipara a la de un acreedor extraño a la sociedad: una vez adquirido por el accionista el derecho al dividendo, tiene carácter irrevocable para ella.” [35]

[35] Garrigues, Joaquín; Curso de Derecho Mercantil; 9° Edición, Segunda Reimpresión; pag. 519; Editorial Porrúa, México-1998.

Desde el momento de perfeccionamiento de la figura del derecho de crédito sobre el dividendo que tiene el accionista, éste podrá demandar su pago y hasta exigir intereses sobre el mentado crédito, hasta el momento que pueda ejecutar su cobro, tomando en cuenta lo que establece el artículo 298 de la Ley de Compañías que en su inciso tercero claramente determina su plazo de prescripción para ejercitar la acción de cobro al manifestar : "*La acción para solicitar el pago de dividendos vencidos prescribe en cinco años.*" Sobre este particular, la legislación española guarda concordancia puesto que el artículo 947 del Código de Comercio de aquel país establece que "el derecho del socio a la percepción de los dividendos prescribirá a los cinco años contados desde el día señalado para comenzar su cobro."[36]

Los intereses a los que nos hemos referido tienen relación con el derecho de crédito que tienen el accionista desde la resolución de la junta general, mas no se refieren a intereses que se puedan pactar en las utilidades distribuibles, así lo dispone el artículo 208 de la Ley de Compañías que señala que entre los accionistas solo se podrá repartir el resultante del beneficio líquido y percibido del balance anual, prohibiendo la norma expresamente el pago de intereses como consecuencia del balance y distribución, hasta que la junta resuelva su distribución y como decíamos, se convierta desde ahí en un derecho de crédito que si genera por su naturaleza, intereses.

El fundamento de no pagar intereses sobre los dividendos o utilidades radicaría en el hecho de que siendo el resultado de la actividad mercantil aleatorio, es decir condicionado a no conocer con antelación si ha de arrojar el balance pérdida o ganancia, se podría afectar a la integridad del capital atentando a su función de suma mínima de responsabilidad, desnaturalizando por otra parte el concepto y fines que persiguen las sociedades comerciales en relación con las que ejercen actividades de intermediación financiera.

La ley mexicana a criterio de Rodríguez, admite como excepción al concepto aleatorio de la distribución o no de dividendos, la posibilidad de pago de intereses al manifestar

---

[36] Sánchez Calero, Fernando; Instituciones del Derecho Mercantil; Volumen I, Vigésima Séptima Edición; pag. 320; Editorial Mc Graw Hill; Madrid España-2004.

que el artículo 123 de la Ley General de Sociedades Mercantiles "permite que las acciones, por un período que no exceda de tres años, contados desde la fecha de su emisión, tengan derechos a intereses no mayores del 9% anual. Estos intereses…aseguran una rentabilidad determinada a las acciones dentro de los límites que el precepto mencionado señala"[37], lo cual a criterio del autor se produce a forma de compensación para los inversionistas en tratándose de sociedades cuya etapa de planteamiento, preparación e inversión es prolongada; en nuestra legislación no cabe este tipo de excepciones al principio de aleatoriedad de dividendos ya que de forma expresa la ley societaria en el artículo 208 prohíbe el pago de intereses sobre las utilidades líquidas a repartir.

El derecho fundamental que tienen los accionistas para participar en las utilidades, no radica únicamente en la facultad de poder exigir el reparto de los dividendos una vez cumplidas las condiciones de aprobación de balance y resolución de distribución por parte de la Junta, sino que de acuerdo con la ley se convierte en un imperativo legal el reparto de al menos un cincuenta por ciento de las utilidades líquidas como lo dispone el inciso cuarto del artículo 297 de la Ley de Compañías que textualmente dice "*De los beneficios líquidos anuales* ***se deberá*** *asignar por lo menos un cincuenta por ciento para dividendos en favor de los accionistas, salvo resolución unánime en contrario de la junta general.*" Situación similar aunque más radical, por cuanto no deja opción a la resolución unánime en contrario de la junta, es el contenido del último inciso del artículo en mención, cuando expresa que de manera obligatoria en las compañías cuyas acciones se hubieren vendido en oferta pública, se reparta al menos el treinta por ciento de las utilidades líquidas del ejercicio.

Por su parte, no queda **únicamente** en el derecho del socio la exigencia del reparto sino además se traduce en una obligación societaria de los administradores, también por imperativo de la ley, la de presentar en el plazo establecido la propuesta de distribución de beneficios para que sea conocido y resuelto por la junta, como requisito previo para posibilitar al accionista el ejercicio de sus derechos, sobre este particular el artículo 289 ibídem expresa "*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*

[37] Rodríguez Rodríguez, Joaquín; Tratado de Sociedades Mercantiles; Tomo I, Quinta Edición, pag. 398; Editorial Porrúa S.A.; México 1977.

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..”*

Otro aspecto que debe ser considerado es el que establece el artículo 298 de la Ley de Compañías que en su primer inciso expresa “*sólo se pagarán dividendos sobre las acciones en razón de beneficios realmente obtenidos y percibidos o de reservas expresas efectivas de libre disposición…”* Este precepto señala por tanto que las utilidades a repartir no únicamente se distribuirán de las ganancias realmente obtenidas, ya que podrán haber ejercicios donde no existan ganancias para la compañía, sino que, el legislador ha permitido a través de esta norma, la posibilidad de constituir reservas especiales, facultativas y de libre disposición para poder distribuir los dividendos o utilidades a favor de los accionistas contra tales reservas, situación que no se encuentra prohibida por la ley, por el contrario el Dr. Jorge Egas Peña señala al respecto que ésta práctica “es considerada una sana política societaria que contribuye a mantener el valor de mercado de los títulos accionarios y satisfacer las expectativas de los accionistas que obran como meros inversionistas.”[38]

La participación en los beneficios sociales que, como ya se ha enunciado en reiteradas ocasiones, se lo ejerce una vez aprobado el balance y resuelta la distribución de las ganancias por parte de la junta general, se traduce en el reparto de las ganancias o utilidades obtenidas por la compañía, reparto que debe ser realizado de forma proporcional de acuerdo al valor que han pagado los propios accionistas por las acciones que han suscrito y de las cuales son sus titulares a la fecha de la sesión de la junta general en la cual se ha resuelto su distribución; tal situación claramente lo establece el artículo 208 de la Ley de la materia que en su parte pertinente dice *“…La distribución de las utilidades al accionista se hará en proporción al valor pagado de las acciones…”*, norma que guarda relación con lo que reza el segundo inciso del artículo 298 que dice *“…La distribución de dividendos a los accionistas se realizará en proporción al capital que hayan desembolsado.”*

De lo anotado se colige que, si un accionista ha suscrito determinado monto y ha pagado únicamente una parte del mismo y no su totalidad, tendrá derecho al reparto de la

[38] Egas Peña, Jorge; El Estatus del Accionista; La Compañía Anónima, Análisis Sistemático de su Normativa; pags. 108 y 109; Ediciones Legales, Quito Ecuador-2006.

ganancia únicamente en el valor proporcional de lo que efectivamente ha cancelado por sus acciones. Al respecto, la Superintendencia de Compañías sobre este principio de proporcionalidad se ha pronunciado mediante la emisión de la Doctrina Societaria No. 26 referente a "LA EMISIÓN DE ACCIONES Y EL DESEMBOLSO MÍNIMO DEL VEINTICINCO POR CIENTO DEL VALOR DE CADA UNA DE ELLAS AL MOMENTO DE LA SUSCRIPCIÓN", que en su numeral décimo primero, expresa: "**Dependen del monto del valor pagado de las acciones suscritas, como se deja dicho, cuestiones fundamentales como el derecho a participar de las utilidades** y el derecho de Voto…. Alrededor de ellas se estructura en nuestra Ley la protección de los derechos de las minorías y no se alcanza a ver cómo podría tener lugar una protección efectiva de tales derechos si se dejase abierta la posibilidad efectiva de la existencia de socios que nada pagasen al momento de suscribir las acciones y que sólo se viesen obligados a una integración paulatina, en plazos que por no haberse establecido en la Ley pueden fácilmente ocultar manejos perjudiciales para la propia Compañía."[39]

Por otra parte, aunque no compete a este capítulo el referirse a la transferencia de acciones, tema que será analizado posteriormente, sin embargo es importante destacar lo que sucede cuando se produce dicho acto societario –transferencia accionaria-, sin que las utilidades o dividendos hayan sido distribuidos oportunamente o cuando han estado acumulados durante varios ejercicios. Al respecto, debemos indicar que las utilidades o beneficios sociales desde el aspecto societario en nada tienen relación con las utilidades o beneficios sociales referentes al campo laboral, donde en primer lugar los derechos de los trabajadores son personales e irrenunciables, y en segundo lugar dichos beneficios son proporcionales al tiempo de labor ejercido efectivamente por el trabajador.

En el ámbito societario, los dividendos o ganancias al ser el resultado aleatorio de una inversión económica voluntaria, son derechos sociales y renunciables por parte del accionista, que a diferencia de los derechos laborales, no son proporcionales en relación al tiempo de ejercicio de accionista, es decir que, si un accionista mantiene utilidades acumuladas de varios ejercicios en la compañía o simplemente del último ejercicio, y procede a transferir su paquete accionario, no por este hecho puede exigir, las utilidades que le correspondieron de los ejercicios anteriores, salvo acuerdo en contrario con el

[39] Doctrina Societaria No. 26; Superintendencia de Compañías.

propio adquirente cesionario, lo cual se ampara en la autonomía de la voluntad, al respecto Carlos Ramírez refuerza esta posición al manifestar que "cuando el accionista cede sus acciones pueden establecerse pactos sobre las utilidades, pero ello sólo rige para el cedente y cesionario."[40]

Este criterio lo sostenemos puesto que al momento de transferir una acción, el cedente traspasa al cesionario o adquirente, todos los derechos y obligaciones derivadas de lo que significa el título de acción, por tanto en el precio de la transferencia, de haberlo, deberá estar implícito todos los valores económicos que a criterio del tradente contenga la acción que voluntariamente transfiere, entiéndase entre otros, las utilidades aún no distribuidas que contiene además un derecho de crédito como ya se analizó oportunamente, sin que tenga nada que reclamar posteriormente al adquirente por la cesión efectuada.

Es importante tratar en este punto, sobre el requisito sine qua non que significa la distribución de las utilidades como logro que persigue toda sociedad mercantil, puesto que en la actualidad no todas las actividades que desarrollan las sociedades anónimas en particular y mercantiles en general, generan utilidades al final del ejercicio económico, sin querer decir con esto que por no generar ganancia para la compañía, ésta no esté cumpliendo su objeto social o que se encuentre a pérdida, situaciones que haría incurrir en las causales de disolución establecidas por la ley, por el contrario, dichas sociedades pueden ejercer su objeto social, sin pérdidas económicas pero sin generar tampoco utilidades.

Para explicar lo antedicho, de acuerdo con la legislación nacional, las sociedades mercantiles y en concreto la compañía anónima son el resultado de la unión de capitales para desarrollar un objeto o actividad que le permita generar ganancias y sus socios participen a prorrata de su inversión de sus utilidades, reparto que de acuerdo al artículo 297 de la Ley de Compañías, será periódicamente por anualidades, donde el derecho fundamental consiste en el hecho mismo de participar de los beneficios sociales alcanzados.

[40] Ramírez Romero, Carlos; Manual de Práctica Societaria; pag. 280; Segunda Edición, Loja Ecuador 2003.

No siempre todas las actividades de las sociedades anónimas generan utilidades para la compañía que les permita a través de sus socios resolver anualmente sobre su reparto, ya que existen sociedades tales como aquellas dedicadas al transporte público, que en la práctica societaria y cotidiana son numerosas, en las cuales se reúnen dos a más personas uniendo sus capitales para dedicarse a la actividad mencionada, con el propósito de obtener del órgano de tránsito competente nacional o local, el correspondiente permiso de operación que les permita a sus socios ejercer el transporte de forma lícita y legal como medio laboral, con lo cual, cada socio genera sus ingresos de forma diaria, semanal o mensual producto de su trabajo como transportista, quedando la compañía sin obtener ingresos directos por el objeto para el cual fue constituida y por ende sin utilidades que repartir, subsistiendo de los aportes voluntarios y convencionales que sus socios le brinden.

Sobre el caso en particular se puede observar que el objetivo por el cual se unen los capitales, no recae en el lucro a repartir al final del ejercicio económico anual, sino en el beneficio particular del día a día que persiguen los socios en esta clase de sociedades, desviándose de los principios y objetivos de constitución y de la naturaleza histórica de las sociedades mercantiles. Sin embargo no se puede manifestar que tal práctica sea contraria a derecho, y en aplicación del principio universal de que en el derecho privado se puede todo lo que la norma no lo prohíba, esta clase de prácticas seguirán aconteciendo.

La doctrina no se pronuncia sobre casos particulares como el enunciado, empero Brunetti afirma que para la doctrina alemana, el derecho a la participación de los beneficios sociales "no es esencial ya que una sociedad puede constituirse con objeto de utilizar en común determinados bienes sociales acordando que no se distribuya ningún dividendo."[41]

Este criterio de la doctrina germana asume en el fondo de la cuestión casos como el expuesto, por esto consideramos que, como todo se modifica dentro del mundo del

[41] Brunetti, Antonio; Sociedades Mercantiles, Serie Clásicos del Derecho Societario; Volumen 1; pag. 445, Editorial Jurídica Universitaria, México 2001.

derecho, al variar las circunstancias, las relaciones y actividades de las sociedades y sus accionistas, es necesario adecuar la normativa vigente a estos cambios, en consecuencia, particularmente creemos oportuna una reforma legal sin el ánimo de excluir a la participación en los beneficios sociales como derecho fundamental del accionista, sino que permita un cambio o dicho de mejor manera, una ampliación a la visión de la conceptualización de la sociedad o compañía, abriendo la posibilidad que su formación o constitución no lleve implícito únicamente el fin de repartir sus ganancias sino que posibilite la opción de simplemente utilizar sus bienes o su nombre para el desarrollo de la actividad para la cual se fundó, en beneficio de sus socios.

El Código Civil en su artículo 1959 dispone que no hay sociedad sin que exista participación de beneficios, y entiende por beneficio únicamente al que puede ser apreciable en dinero; a su vez el artículo 221 de la Ley de Compañías establece la sanción de nulidad para toda cláusula o pacto que atente contra los derechos reconocidos a los accionistas, por lo que la participación en los beneficios sociales como derecho fundamental del accionista y como el más importante a nuestro concepto, se encuentra plenamente garantizado por nuestro ordenamiento jurídico, sin que nuestra legislación permita la distribución de utilidades consistentes en otros bienes que no sea dinero, como ocurre en otras legislaciones como la mexicana, la que permite en ciertos casos y bajo ciertas circunstancias la distribución de utilidades concediendo otros bienes no dinerarios, como lo son las acciones de la propia compañía o en acciones que la sociedad como titular posea en otras compañías.

2.3.3.- Participar en la distribución del acervo social en el momento de liquidación de la sociedad.- Cuando la sociedad entra en un proceso de disolución, el siguiente paso es liquidar la compañía, procediendo a la cobranza de créditos y a la extinción de las deudas sociales por parte del liquidador designado, generando un balance final de liquidación donde, de acuerdo con la ley, realizado el activo y el pasivo, de existir un remanente debe distribuirse entre los accionistas de forma proporcional a lo que a cada uno le corresponda según su porcentaje de aportación.

Este derecho que tienen los accionistas es un derecho de carácter patrimonial, principal y propio de los socios, que no puede ser vulnerado o afectado de ninguna forma porque simplemente le corresponde como derecho de propiedad, por lo que este derecho a

diferencia del derecho a la participación en los beneficios sociales, se encuentra supeditado a una auténtica condición suspensiva consistente en la existencia real, cuando se produzca la liquidación, de un activo sobrante que sea susceptible de ser repartido.

La Ley de Compañías lo regula como un derecho fundamental del accionista y sobre el particular manifiesta que este derecho se lo ejercerá aplicando las mismas condiciones que para el caso de la participación de beneficios sociales analizado en el punto anterior de este trabajo, esto se refiere a la igualdad de trato, en este sentido el artículo 398 de la citada norma expresa que en caso que la sociedad disponga de bienes, el liquidador debe observar entre otras reglas la consignada en el numeral 5° que textualmente dice "*Procederá a la distribución o adjudicación del remanente en proporción a lo que a cada socio o accionista le corresponda, una vez aprobado el balance final que se protocolizará conjuntamente con el acta respectiva...*"

Esta igualdad de trato tiene relación con dos aspectos, el primero ya enunciado como lo es la participación proporcional en la distribución del remanente luego de la liquidación, y el segundo que se relaciona sobre la equivalencia en la distribución de acciones de la misma clase, en consecuencia, los accionistas titulares de acciones ordinarias tendrán derechos de distribución equivalente, mientras que de existir acciones preferidas, sus titulares recibirán en el reparto con los beneficios o prebendas que otorguen dichas acciones conforme al estatuto, ya sea en mayor cantidad económica o en la antelación de recepción de su cuota que las que confieren las acciones ordinarias.

Como corolario, Egas Peña sostiene que "el ejercicio de este derecho tiene la misma naturaleza del derecho a percibir utilidades, pero diferido al tiempo de la conclusión de la existencia de la sociedad." [42]

2.3.4.- Derecho a intervención en juntas generales y el derecho al voto.- A diferencia de los dos puntos anteriores que se referían a dos derechos exclusivamente patrimoniales, este derecho pertenece al grupo de los llamados por la doctrina, derechos de consecución, por no tener un fin lucrativo directo como ya se analizó, sino que sirven

[42] Egas Peña, Jorge; El Estatus del Accionista; La Compañía Anónima, Análisis Sistemático de su Normativa; pag. 110; Ediciones Legales, Quito Ecuador-2006.

para garantizar justamente los derechos patrimoniales del accionista a través de otros derechos, los de administración y los de control o fiscalización; dentro de este grupo de derechos de consecución, el derecho fundamental de análisis se encuentra entre los derechos de administración, los mismos que se han establecido para asegurar la intervención del socio en la formación de la voluntad colectiva de la sociedad.

El numeral 4° del artículo 207 de la Ley de Compañías determina este derecho fundamental de la siguiente manera: "*Intervenir en las juntas generales y votar cuando sus acciones le concedan el derecho a voto, según los estatutos…"* El contexto de la norma transcrita ramifica en dos los derechos fundamentales que tiene el accionista de una sociedad anónima con respecto al numeral citado, el primero, la facultad de intervenir en las juntas generales, y el segundo, la facultad del voto cuando sus acciones le otorguen dicho derecho ya que pueden existir acciones sin derecho al sufragio. El segundo inciso del mismo numeral del artículo ya invocado continúa señalando que "*La Superintendencia de Compañías controlará que se especifique la forma de ejercer este derecho, al momento de tramitar la constitución legal de una compañía o cuando se reforme su estatuto. El accionista puede renunciar a su derecho a votar, en los términos del Art. 11 del Código Civil."*

Comenzaremos analizando el primero de los derechos antes indicados, esto es el derecho a intervenir en las juntas generales, sobre el cual podemos anotar que este es un derecho que tiene el accionista para formar parte y por tanto participar activamente de las asambleas generales de la compañía, garantizándose a través de la convocatoria y demás formalidades legales, su participación en la formación de la voluntad de la sociedad como persona jurídica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.

La Junta General como órgano supremo de gobierno de toda sociedad anónima, se conforma con la asistencia de de sus socios o accionistas, quienes previa convocatoria legalmente efectuada se reúnen en asamblea, con la finalidad de emitir las resoluciones y decisiones relativas a los negocios sociales de la compañía, actuando con plenos poderes para tal efecto, resoluciones que se adoptan a través de la mayoría de votos del capital pagado concurrente a la reunión y que significa la expresión de la voluntad de la persona jurídica llamada compañía, por lo tanto los accionistas tienen derecho a comparecer a las reuniones, intervenir, deliberar y plasmar su criterio y su intención a

favor de tal o cual propuesta, mediante su voto cuando sus acciones le conceden ese privilegio.

Esta intervención, consistente en la facultad del accionista de estar presente en la reunión del órgano supremo de la sociedad, donde puede proponer sus puntos de vista y su posición frente a las tendencias presentadas, pueden surtir efecto únicamente a raíz de otro derecho, si bien no fundamental por no estar dentro de los enumerados en el artículo 207 de la ley societaria, sin embargo resulta importante puesto que a más de ser un derecho, es una formalidad o solemnidad sustancial para la validez jurídica de las juntas como es la convocatoria, pues a través de ella los accionistas llegan a tener conocimiento de la realización de la junta, el lugar, día y hora y los puntos a tratar.

Las convocatorias como instrumentos de notificación, acabamos de sostener, sirven para hacer saber a los socios la realización de la junta y sus circunstancias, empero tienen además una doble connotación, por una parte es un derecho intrínseco del accionista y coetáneamente una obligación para el administrador de la sociedad que es encargado de ejecutarla.

En las sociedades anónimas, las convocatorias se deben realizar imperativamente por la prensa en uno de los periódicos de mayor circulación del domicilio de la sociedad, como así lo dispone claramente el artículo 236 de la Ley de Compañías ya sea que se trate de juntas ordinarias o extraordinarias, y en los tiempos y forma establecidos por el artículo 234 ibídem, sin embargo el accionista en este sentido tiene otro derecho, un derecho que se reconoce a favor de las minorías al manifestar el artículo 213 de la ley últimamente señalada, que el o los accionistas que representen el veinte y cinco por ciento del capital social, podrán solicitar en cualquier tiempo la convocatoria al administrador para tratar los puntos que se solicite, en caso de no convocarse, tienen la facultad de requerir a la Superintendencia de Compañías la realización de la misma.

Una vez realizada la convocatoria en la forma prescrita por la ley, los accionistas pueden ejercer su derecho de asistencia a la sesión del órgano de gobierno, asistencia o intervención que puede hacerlo de dos formas, personalmente o por medio de un tercero que actuará como su representante. En tal virtud, un accionista que no acuda personalmente a una junta general, podrá comparecer a hacer valer sus derechos

sociales por medio de un representante, representación que puede ser de dos clases, convencional o legal, al respecto el artículo 211 de la Ley de Compañías establece que "*Los accionistas podrán hacerse representar en la junta general por persona extraña, mediante carta dirigida al gerente, a menos que los estatutos dispongan otra cosa. No podrán ser representantes de los accionistas los administradores y los comisarios de la compañía*."

Del texto legal se infiere que la representación aludida puede otorgarse mediante una simple carta dirigida al administrador, sin embargo esta carta debe cumplir con un mínimo de formalidades entre ellas la establecida en el literal e) del artículo 17 del Reglamento sobre Juntas Generales de Socios y Accionistas emitido por la Superintendencia de Compañías, que dispone se inserte en dicha carta, el nombre, apellidos y firma autógrafa del socio o accionista representado, lo que le brindaría un contingente de seguridad al documento. El mentado reglamento, en su artículo 15 por su parte establece la representación mediante poder, pudiendo por tanto el accionista ser representado por un tercero mediante poder general o especial incorporado a instrumento público o privado.

La parte final del artículo 211 ya transcrito en correlación con el artículo 18 del Reglamento de Juntas Generales, señala una prohibición dirigida a los administradores o comisarios de la compañía para ser representantes de los accionistas; existe el criterio doctrinario que establece que dicha prohibición en principio solo atañe al caso del otorgamiento de la representación mediante una simple carta para cada sesión en razón de que tal representación obedece a circunstancias de carácter ocasional, mientras que la representación concedida a través de poder general o especial celebrado ante notario público, al tener una duración de carácter permanente o estable, no estaría afectada por la prohibición antes mencionada.

Particularmente no compartimos el hecho de que la prohibición a los administradores y comisarios de la compañías para poder a su vez ser representantes convencionales de los accionistas, se refiera únicamente a los casos en los que se haya otorgado una carta poder de carácter privado y ocasional para cada sesión, y no se haga extensiva cuando exista un poder general o especial conferido ante notario público, ya que la ocasionalidad o la permanencia de la representación no la confiere el documento que la

contiene o la forma de haberse otorgado la representación, lo cual constituye un hecho subjetivo, pues aunque parezca permanente un poder conferido ante notario para la representación de una persona que se encuentra fuera del país, este poder puede ser revocado de forma inmediata y otorgarse a favor de otro mandatario en cualquier momento, consecuentemente la permanencia de la representación no está asegurada por el simple hecho de la forma de conceder la representación.

Discordamos además de tal criterio por cuanto la propia ley no establece tal diferencia, pues simplemente se limita a disponer que no podrán ser representantes de los accionistas los administradores y comisarios de la compañía, en tal virtud la norma invocada no deja margen a interpretaciones ambiguas por ser clara y expresa, siendo aplicable en este aspecto lo que dispone como norma de interpretación de la ley, el artículo 18 del Código Civil en su regla primera que dice "*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu."*

La Doctrina No. 29 emitida por la Superintendencia de Compañías, referente a la prohibición a los administradores y comisarios para representar a los accionistas en las juntas generales, manifiesta que el fundamento de tal impedimento radica en el régimen de la responsabilidad que emana de los actos de administración de la sociedad y en las funciones de vigilancia que se respaldan en la posibilidad de aplicar sanciones, lo cual guarda concordancia como no puede ser de otra manera, con varias disposiciones de la Ley de Compañías como lo son los artículos 263 numeral 4, 265 y 272 que se refieren a la entrega de informes, estados financieros y balances elaborados por los administradores y puestos a consideración de la junta para su resolución, extinción de responsabilidad y las acciones pertinentes en contra de los mismos.

En este sentido puede intuirse que prevalece la lógica jurídica plasmada en la norma a cerca de la mentada prohibición, puesto que lo contrario significaría la posibilidad de que los administradores -sean presidentes, gerentes, directores o miembros de consejos de administración- o los comisarios -cuya función es la fiscalización de las actividades financiero administrativas-, puedan representar en las juntas a los accionistas, lo cual los convertiría en juez y parte en las resoluciones que adopte la junta sobre sus actos, su responsabilidad e improbables sanciones de ser el caso, existiendo un evidente conflicto de intereses que no podría aceptarse desde ningún punto de vista.

En nuestra legislación, la prohibición en mención únicamente es extensiva como ya lo hemos visto, a las representaciones voluntarias o mandatos, más no son aplicables a las representaciones legales que puedan ostentar los administradores o comisarios, representación legal que de acuerdo al artículo 28 del Código Civil lo ejercen "… *el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el Art. 570",* normativa que guarda concordancia con lo que establece el segundo inciso del artículo 18 del Reglamento de Juntas Generales que dice *"Esta prohibición no comprende a los representantes legales de los socios o accionistas…",* resultando consecuentemente que un administrador o un comisario puede representar en las juntas generales a su hijo menor accionista sobre el que ejerza la patria potestad, tutoría o curaduría, o en su defecto a la persona jurídica socia de la compañía de la cual es su representante legal y donde a su vez ejerce su función de administrador o comisario.

No concordamos con la disposición del Reglamento de Juntas Generales antes citado, que determina cual representación de los administradores o comisarios es válida y cual no, al establecer como inválidas a las representaciones convencionales y como viables a las que contienen una representación legal, y el argumento de la discordancia se asienta en los mismos principios anteriormente expuestos, esto es, por una parte que los administradores o comisarios, con la representación que ostenten, no pueden ser juez y parte en las decisiones de la junta que atañe sobre todo a su propia actuación y responsabilidad dentro de la compañía, y por otra parte, que la ley no ha establecido que representación está prohibida y cual no, ya que la ley prohíbe de forma general y expresa que los administradores o comisarios puedan representar a los accionistas en una junta general, por lo que mal podría un reglamento crear situaciones jurídicas sobre ésta situación, pues no es su función legislar sino establecer los caminos de aplicación de la ley en respeto siempre a la jerarquía de las normas establecida en el artículo 425 de la Constitución de la República.

Por lo tanto, consideramos importante que sobre este aspecto deba plantearse una reforma al artículo 211 de la Ley de Compañías, puesto que la representación legal a diferencia de la convencional, es una representación forzosa, y en tal virtud el texto del Reglamento que hemos aludido tendría lógica, empero dicho texto debería estar

plasmado en la norma legal para que la excepción a la prohibición de la representación, en tratándose de una representación legal pueda ser efectiva a favor de los administradores o comisarios, creyendo siempre que la norma debería ir más allá y exigir en estos casos, que los administradores o comisarios se excusen de participar en la junta o en su defecto se rinda caución suficiente por las posibles responsabilidades que se podrían generar por su participación como representantes de otros accionistas, en las resoluciones de la junta.

El segundo derecho que establece el numeral 4° del artículo 207 tiene íntima relación con el derecho arriba analizado, por cuanto de nada serviría su intervención y asistencia a las juntas sin que tenga la posibilidad de participar en las resoluciones de la asamblea, este es a criterio de Garrigues el principal de los derechos de soberanía que ostenta el accionista, es el derecho al voto, derecho principal, no patrimonial y personal del accionista por medio del cual tiene la facultad de participar en el gobierno de la sociedad y de fiscalizar la actuación administrativa a través de emitir su criterio aprobando o desaprobando la misma, resultando un instrumento jurídico para asegurar su participación en ganancias de la compañía, el mismo que puede ser ejercido personalmente o por medio de su representante.

Al respecto Brunetti sintetiza que "por medio del voto el accionista concurre en la formación de la voluntad social en aquellas materias que, por ley o por el estatuto, pertenecen a la competencia de la asamblea. El derecho de voto es un derecho individual, inderogable, en cuanto es ejercitado en interés de la sociedad. El mecanismo del órgano, asamblea general, en donde es ejercitado, no podría funcionar sin que por lo menos mediante un voto de mayoría, no se pudiere expresar la voluntad social."[43]

Los artículos 230 y 231 de la Ley de Compañías establecen que la junta general legalmente convocada y conformada por los accionistas es el órgano supremo de la sociedad y podrá resolver todos los asuntos relacionados con los negocios sociales de la compañía, por lo que para llegar a tomar decisiones o resoluciones que afectan la vida de la sociedad, es indispensable que los socios como partes fundamentales en la

[43] Brunetti, Antonio; Sociedades Mercantiles, Serie Clásicos del Derecho Societario; Volumen 1; pag. 441, Editorial Jurídica Universitaria, México 2001.

conformación de la voluntad de la compañía, exterioricen su voluntad individual que a la postre, con la suma de voluntades encaminadas a un mismo objetivo, obtendrán la resolución a adoptarse, que en definitiva es la voluntad de la compañía.

Esta exteriorización de la voluntad del socio, se traduce en su derecho al voto en las reuniones de junta general, al respecto el artículo 210 de la Ley de Compañías dispone que "*Las acciones con derecho a voto lo tendrán en proporción a su valor pagado. Es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas que tengan derecho a votar",* norma que guarda relación con el numeral cuarto del artículo 207 que establece como derecho fundamental la intervención en la junta general y el voto cuando sus acciones le concedan ese derecho, declarando además en su parte final del numeral en mención, la facultad del accionista de renunciar a su derecho al voto de conformidad con el artículo 11 del Código Civil, en virtud, entendemos, de la factibilidad que tiene una persona de renunciar a los derechos que por ley dicha renuncia no esté prohibida.

De la normativa jurídica invocada, se establece la posibilidad de la existencia de acciones que confieren derecho a voto y otras acciones que no otorgan este derecho, así lo establece la propia ley al manifestar en su artículo 170 que las acciones pueden ser de dos clases, ordinarias, que confieren todos los derechos fundamentales a favor del accionista, y preferidas, a las que la ley no ha conferido el derecho fundamental del voto, otorgándole en cambio, otros derechos de carácter pecuniario como prebendas o beneficios en el reparto de utilidades o en casos de liquidación de la sociedad, lo cual será motivo de análisis en el siguiente capítulo de este trabajo, sin embargo pueden asistir a la junta, mocionar y deliberar tal como establece el artículo 19 del Reglamento sobre Juntas Generales de Socios y Accionistas de las compañías de Responsabilidad Limitada, Anónimas, en cuyo texto reza "*En las juntas generales de las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, los accionistas que no tuvieren derecho a voto, tendrán voz para hacer mociones e intervenir en las deliberaciones…*"

Entonces, el voto podrá ser ejercido por el accionista que sea titular de acciones ordinarias, empero no podrá ejercer su derecho por la totalidad de las acciones que le corresponden en base al capital que ha suscrito en la constitución de la sociedad o en los diferentes aumentos de capital, sino únicamente en la parte proporcional al valor pagado

por las mismas, esto es, si ha pagado el valor de toda la acción, podrá ejercer el voto por toda la acción que ha sido liberada, caso contrario se computará su voto solamente en la parte porcentual de lo que haya cancelado por la misma hasta la fecha de la sesión de junta general, en este sentido no puede entenderse como en la práctica comúnmente se lo hace, quizá por el desconocimiento de los accionistas, que el voto se compute por persona del socio y no por el valor proporcional pagado por su acción para fines de resoluciones de la asamblea.

Cabe en este punto cuestionarse la posibilidad de que el accionista que ostente acciones que concedan derecho a voto, pueda votar utilizando parte de sus acciones en favor de una propuesta y con otra parte de su paquete accionario a favor de otra propuesta diferente, como por ejemplo cuando va a elegirse al gerente existiendo dos nombres mocionados, y con una parte de acciones vote por un candidato y con la otra parte de acciones vote por el otro.

La ley de Compañías en su artículo 179 señala el principio de la indivisibilidad de la acción en referencia a la copropiedad de acciones, indivisibilidad que está plenamente regulada en el sentido que cuando una acción, cuyo dominio corresponda a varios propietarios, se deba nombrar voluntaria o judicialmente a un representante para que ejerza en su nombre los derechos que concede la misma, sin embargo ni dicha disposición así como ninguna otra norma regula el supuesto de análisis, consecuentemente si la ley no prohíbe la posibilidad de ejercer el derecho al voto segregando el mismo conforme al valor de sus acciones pagadas en parte a favor de una propuesta y en parte a favor de otra, en base a la autonomía de la voluntad y de lo que permite el artículo 8 del Código Civil, que establece que *"A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley..."*, este acto estaría por tanto plenamente permitido.

Particularmente pensamos que si bien, un voto en la junta general no es por persona sino por la parte proporcional del capital pagado traducido en el número de acciones que confieren ese derecho y que esta forma de expresar la voluntad a través del voto, otorgando parcialmente una cantidad de acciones en favor de una moción y parte en favor de otra es legítima y legal, no es menos cierto que el titular de las acciones con derecho a voto es una persona –natural o jurídica- que debería tener una posición

determinada y elocuente y por lo tanto idóneo para expresar su voluntad de manera unívoca tomando tal o cual posición, sin hacer el desmembramiento aludido, por lo que creemos, que para que no existan este tipo de posibilidades que generan controversia y no evidencian la posición frontal del accionista sobre un asunto determinado, resulta importante incluir una reforma legal que establezca concretamente, sin querer con esto restringir su derecho, la posibilidad del voto únicamente sobre una u otra posición.

En la práctica existen estatutos sociales que establecen, en tratándose de casos de representación del accionista en las juntas generales, que el representante no podrá votar a nombre de su representado, en favor de una moción con unas acciones y en contra de la misma con otras, es decir a manera de ejemplo de la cuestión, de tener mil quinientas acciones no podría votar mil acciones a favor de la aprobación del balance y quinientas acciones en contra, lo cual si bien el contrato social lo prohíbe, la ley establece con sanción de nulidad la convención que restrinja la libertad del voto a favor del accionista, en este sentido si la norma con carácter de ley no ha prohibido esta facultad al accionista mal podría el contrato limitar tal posibilidad, y en el caso en particular el representante del socio actúa por él por lo que es absurdo que no pueda ejecutar actos o tomar decisiones que el accionista de estar presente lo podría hacer. Por estas consideraciones, reiteramos nuestro criterio sobre una reforma que regule esta situación por las controversias, dificultades, casos ilógicos y demás razonamientos que ya enunciamos anteriormente, indicando que mientras esto no ocurra, el socio, representado o no, puede ejercer su derecho fundamental en las condiciones ya anotadas.

Por otra parte, decíamos que las acciones ordinarias conceden todos los derechos al accionista, entre ellos el derecho al voto en proporción a valor pagado, sin que pueda limitarse por tanto este derecho en el contrato social por atentar contra la esencia de los derechos políticos del accionista y por ende contraria a la naturaleza jurídica de la sociedad anónima, sin embargo puede darse el caso de que las acciones, ya sea en la constitución de la compañía o en una reforma posterior, puedan tener un valor nominal diferente, sin que con ello se menoscabe el ejercicio igualitario del derecho al voto de los accionistas que la conforman.

A este respecto la Doctrina Societaria No. 82 emitida por la Superintendencia de Compañías, referente a las acciones de distintos valores nominales expresa lo siguiente

"Aunque resulta algo irregular, en tratándose de Compañías Anónimas (o en Comandita por Acciones o de Economía Mixta) sí es posible la emisión de acciones con distintos valores nominales; lo cual supone la puesta en circulación de acciones de distintas series, que para efectos prácticos pueden identificase con letras y de manera sucesiva (por ejemplo: Serie A, Serie B, etcétera). Claro que esto podría aceptase únicamente si las diferencias de valores entre las acciones que tuvieren derecho a voto no ocasionaren diferencias injustas en el ejercicio de tal derecho. Por ello, cuando tales diferencias de valores existieron, los Estatutos de la Compañía respectiva deberían reconocer el derecho a voto de las acciones que lo tuvieren (artículos 220 (207) numeral 4 y 223 (210) de la Ley de Compañías) no por unidad de acción sino por unidad de valor monetario. Así, si en una Compañía Anónima existieron acciones de cinco mil sucres y de diez mil sucres, todas con derecho a voto, los Estatutos Sociales respectivos deberían reconocer tal derecho no diciendo que por cada acción totalmente pagada se tendrá derecho a un voto, sino que por cada un mil sucres pagados de cada acción se tendrá ese derecho; pues el ejercicio del derecho a voto respecto de las acciones que lo tuvieren debe ser siempre igualitario (aunque no necesariamente "idéntico" o "exactamente igual", porque bien pueden darse en un Estatuto Social pequeñas diferencias en el ejercicio del derecho a voto de acciones de dos series, por ejemplo, siempre que esas diferencias resulten compensadas recíprocamente en el mismo Estatuto Social; tal como ocurriría en el caso de que en una Compañía Anónima el capital social estuviera dividido por mitades en acciones de dos series, pudiendo las de la una serie votar en todas las deliberaciones de la Junta General, menos en la relativa a la designación del Primer Comisario, y, las de la otra serie, votar también en todas las deliberaciones de dicha Junta, menos en la designación del Segundo Comisario)."[44]

De su parte la Doctrina Societaria No. 145 que relaciona en parte a la doctrina arriba expuesta, explica la imposibilidad de que las acciones ordinarias no tengan derecho al voto por cuanto existe mandato imperativo plasmado en el artículo 170 de la Ley de Compañías, empero manifiesta que es factible una modificación contractual en referencia al derecho al voto de las acciones ordinarias estableciendo otros mecanismos distintos a la regla general de que por cada acción liberada se tiene derecho a un voto, siempre que conste el particular expresamente establecido en el contrato social y que se

[44] Doctrina Societaria No. 82; Superintendencia de Compañías; Régimen de Compañías, Tomo II; pag. 782; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.

refiera únicamente al voto en la designación de administradores o comisarios de la compañía.

Las acciones preferidas que trataremos con mayor detalle más adelante, no otorgan derecho al voto como ya se expresó anteriormente, sin embargo el Reglamento para la Emisión de Acciones Preferidas, excepcionalmente confieren este derecho en casos concretos, al respecto el artículo 4 del mentado reglamento expresa "*Las acciones preferidas confieren todos los derechos establecidos por la ley, menos el derecho a voto, que sólo lo tendrán cuando la ley lo impone o en los casos en que el Contrato Social lo conceda expresamente pero sólo en los siguientes casos: cambio de objeto social, disolución anticipada y modificación de privilegios de las correspondientes acciones preferidas."*

Los socios tienen derecho a un trato igualitario en el ejercicio de su derecho a voto, sin querer decir con esto que las acciones de unos y otros no puedan tener valores nominales distintos, a este respecto Gagliardo manifiesta que "el principio de igualdad en el valor nominal no obsta a que las respectivas participaciones societarias de los accionistas sean disímiles, pues el número de acciones que cada uno posea será proporcional al importe de sus respectivos aportes y éstos pueden ser desiguales."[45]

Por el principio de proporcionalidad se entiende a "la ecuación entre la medida del derecho de voto de cada accionista y la participación del socio en el capital social"[46], en consecuencia, el derecho al voto de forma proporcional al valor pagado por las acciones, está supeditado al pago efectivo de las acciones suscritas que concederán la totalidad del voto por acción o en su defecto el porcentaje correspondiente dependiendo el monto cancelado, según el caso. Sánchez Calero menciona un criterio similar al decir que "en principio, todo socio por el simple hecho de serlo tiene derecho al voto y debe existir una proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el voto."[47]

[45] Gagliardo, Mariano; El Directorio en la Sociedad Anónima; Segunda Edición; pag. 27; Editorial Abeledo- Perrot; Buenos Aires, Argentina 2007.
[46] Gagliardo, Mariano; El Directorio en la Sociedad Anónima; Segunda Edición; pag. 28; Editorial Abeledo- Perrot; Buenos Aires, Argentina 2007.
[47] Sánchez Calero, Fernando; Instituciones del Derecho Mercantil; Volumen I, Vigésima Séptima Edición; pag. 322; Editorial Mc Graw Hill; Madrid España-2004.

El segundo inciso del artículo 207 de la Ley de Compañías, establece la posibilidad de renunciar al derecho al voto por parte del accionista en los términos del artículo 11 del Código Civil, esto es cuando la renuncia no esté prohibida por ley y solo afecte los intereses del renunciante, situación que fue introducida en la Ley de Compañías a través de la Ley Interpretativa No. 53 emitida por el Congreso Nacional el 21 de enero de 1998 y publicada en el Registro Oficial No. 242 del 23 de enero de 1998. Esta reforma ya codificada en el texto de la ley en vigencia ha generado discrepancias a nivel doctrinal, por cuanto parece ser innecesaria la renuncia a todo derecho de conformidad con el artículo 11 del Código Civil, por cuanto si ya está regulada dicha renuncia en el mentado código, para que incluir esa redacción en la ley societaria.

Por el contrario, hay quienes consideran que el derecho al voto no admite limitaciones ni renuncias y su violación sería una causa de nulidad del acto, a este respecto Ripert, enunciado por la Doctrina Societaria No. 145, en su obra "Derecho Comercial" indica que ningún accionista puede renunciar a su derecho al voto por cuanto es un derecho esencial inherente a su calidad; por lo que la posibilidad de renuncia al derecho al voto en la forma de su redacción en el texto legal, a más de innecesario "abre la posibilidad al pacto de sindicación de acciones, por el cual un grupo de accionistas se conciertan sobre la manera de votar o influir en las decisiones de la Junta General, a fin de mantener un criterio unitario sobre determinados aspectos de los negocios sociales."[48] A este respecto debemos anotar que la Doctrina Societaria No. 145 además explica que en el Ecuador, la sindicación de acciones se encuentra prohibida en virtud de los artículos 210 y 221.

Permitida por la ley la renuncia del derecho al voto, en la forma como se halla redactada efectivamente puede traer varias interpretaciones, sin embargo creemos que no se trata de una renuncia total y definitiva al ejercicio de ese derecho fundamental, ya que de renunciarse al voto de forma general por parte de todos los accionistas, imposibilitaría la formación de voluntad y por ende la toma de resoluciones por parte de la sociedad, sino de una abstención a adoptar una postura a favor o en contra de una moción u otra, por lo tanto su ejercicio democrático no es renunciable sino se traduce en su pronunciamiento de inhibición o abstinencia sobre una determinada moción

[48] Egas Peña, Jorge; El Estatus del Accionista; La Compañía Anónima, Análisis Sistemático de su Normativa; pag. 114; Ediciones Legales, Quito Ecuador-2006.

planteada a la asamblea para su adopción, por lo tanto al intervenir y estar presente en la deliberación, ejerce su derecho a voto mediante su expreso pronunciamiento de abstención, ya que el voto no necesariamente debe ser a favor o en contra de una propuesta, tomando en cuenta además que la propia ley en su artículo 241 establece que el cómputo de los votos blancos y las abstenciones se sumarán a la mayoría numérica.

Consecuentemente, consideramos debería plantearse una reforma legal al segundo inciso del numeral 4° del artículo 207, donde se redacte un texto que clarifique la imposibilidad de renunciar al derecho a voto por su naturaleza esencial como derecho inherente al accionista, y en su defecto, se proponga que dicho ejercicio se lo puede ejercer mediante el pronunciamiento de abstención, término que difiere de la renuncia por cuanto renuncia significa retiro o dimisión del derecho, en el caso no se trata de retiro de su ejercicio, sino que lo ejerce a través de su pronunciamiento inhibitorio.

Finalmente el ejercicio del derecho de voto puede tener dos formas de expresión de acuerdo al tratadista chileno Hernán Castro Ossandón, la primera como dictamen o parecer para aprobar o rechazar proposiciones en las juntas de accionistas, y la segunda para elegir o ser elegido miembro de los órganos de administración o fiscalización de la sociedad. Estas formas de expresión en nuestro país se lo ejerce a través del pronunciamiento del accionista en la junta general, sin embargo otras legislaciones como la española, han adoptado otras formas de ejercer el voto mediante correo postal y sobre todo acogiendo los diferentes medios que ofrece el desarrollo tecnológico en la actualidad, sobre este tema Chuliá manifiesta que este derecho se intensificará en la era de la información, sobre todo cuando en la ley se encuentre regulada la junta virtual y el voto electrónico.

El autor mencionado manifiesta que la Ley de Sociedades Anónimas española en su artículo 5 añade dos importantes apartados con referencia al tema antes señalado, el primero de ellos establece que “de conformidad con lo que disponga en los estatutos, el voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el orden del día de cualquier clase de junta general podrá delegarse o ejercitarse por el accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia (conferencia oral múltiple, videoconferencia), siempre que se garantice debidamente la

identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto"[49], y el otro apartado expresa de acuerdo al autor que "los accionistas que emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la junta como presentes."[50]

Nuestra legislación, en tratándose de notificaciones sobre actos administrativos emitidos por las autoridades competentes de las instituciones y entidades del sector público, especialmente las que forman parte de la Administración Pública Central e Institucional, a través del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ya regula como medios idóneos de notificación a los administrados los medios telemáticos, por lo que podríamos sostener la posibilidad que la Ley de Compañías, de manera paralela con el desarrollo informático y tecnológico, mediante una reforma incluya los medios tecnológicos antes enunciados para llevar a cabo por una parte juntas virtuales y por otra se permita la presencia o intervención del socio mediante video conferencias u otros medios que permitan cerciorarse de la identidad del socio, así como la votación del accionista a través de tales mecanismos.

2.3.5.- Integrar los órganos de administración o de fiscalización de la compañía.- En las compañías anónimas rige el principio de separación entre la administración de la sociedad y los accionistas como titulares del capital social, sin embargo el artículo 144 de la Ley de Compañías establece la posibilidad que las sociedades anónimas sean administradas por mandatarios amovibles, sean o no socios, por lo que en base a la normativa legal, el derecho a elegir le permite además poder ser elegido para conformar los órganos de administración o de fiscalización de la compañía tales como las de ser administrador a través de sus diferentes instancias, esto es gerencia, presidencia, directorio, consejos de administración, comisarios, consejos de vigilancia, etc., pudiendo el accionista emitir su voto por si mismo en la elección por no existir norma jurídica que lo prohíba.

En la práctica societaria se han presentado casos de escrituras públicas de constitución de compañías anónimas o de reformas del estatuto social, en las que se ha estipulado por parte de los accionistas la reserva exclusiva de éstos para ser elegidos administradores, o

[49] Chuliá, Francisco Vicent; Introducción al Derecho Mercantil; 16° Edición, pag. 322; Tirant lo Blanch; Valencia España 2003.
[50] Chuliá, Francisco Vicent; Introducción al Derecho Mercantil; 16° Edición, pag. 322; Tirant lo Blanch; Valencia España 2003.

por el contrario, para que únicamente puedan ser administradores personas que no sean accionistas, ambas situaciones establecidas en los diferentes contratos sociales no están adecuándose a lo que establece la ley, por lo tanto debería tenerse por no escritas o inaplicables por ser contrarias a una norma jerárquicamente superior, ya que el artículo 144 de la ley societaria antes mencionado, claramente establece que la administración será ejercida por administradores amovibles **socios o no**, dejando claramente regulado esa doble posibilidad sin que restrinja en modo alguno la forma de administración, por lo que la exigencia de tener la calidad de accionista al igual que la exigencia para que no pueda ser administrador de la sociedad un accionista, carecen de valor legal.

La Doctrina Societaria No. 127 así lo ha entendido, en la que fundamenta claramente los razonamientos del porque no se puede imponer este impedimento en las sociedades anónimas y porque si es viable en otras especies de compañías, en este sentido la mentada doctrina manifiesta en la parte pertinente lo siguiente:

"Al aprobar un acto societario de una de aquellas compañías en el que precisamente aparecía violada la exigencia estatutaria de la calidad de accionista para ser su Presidente (pues su Presidente no era accionista a pesar de la exigencia estatutaria), la Superintendencia de Compañías ha determinado que no tiene valor legal alguno la exigencia estatutaria de la calidad de accionista para ser administrador de una sociedad anónima. Las razones para llegar a tal conclusión son las siguientes:

Según el numeral 3 del artículo 37 (38) de la Ley de Compañías, en concordancia con el artículo 43 (44) de la misma Ley, los administradores de la compañía en nombre colectivo tienen necesariamente que ser socios de la misma.

En cambio, por tratarse de una sociedad tan distinta de la compañía en nombre colectivo, para el caso de la compañía anónima, el primer inciso del artículo 156 (144) de la Ley de Compañías establece, a niveles de orden público, que los administradores de una Sociedad Anónima pueden ser socios o no de la Compañía respectiva; lo cual consta preceptuando sin admitirse el pacto en contrario que otros muchos artículos de dicha Ley permiten, como los artículos 193 (180), 224 (211), 230 (217), 278 (236), 283(241) y 318 (276), entre otros, en los que se aprecia claramente la presencia de la

conocida frase "salvo pacto en contrario" o "a menos que los Estatutos dispongan otra cosa".

En otras palabras, lo que ha hecho el primer inciso del artículo 156 (144) de la Ley Compañías es aclarar que en el caso de las Sociedades Anónimas no se produce la exigencia legal que se ofrece en las Compañías en Nombre Colectivo, en las que sus administradores deben ser siempre socios de las mismas,

Y esto tiene a su vez relación evidente con el inciso quinto del artículo 220 (207) de la Ley de Compañías, que es el que establece los "derechos fundamentales" de los accionistas, en donde se garantiza para ellos el derecho a integrar los organismos de administración de la compañía, si fueren elegidos para ello, sin que sea lícita la disposición estatutaria que pretenda privarlos de tal derecho.

Confirma lo antedicho Joaquín Rodríguez ("Curso de Derecho Mercantil", Tomo I, Editorial Porrúa, 1976) cuando dice: "La Ley establece que la Administración de la sociedad estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales, revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad". Otro tanto hace Francisco Ferrara ("Empresarios y Sociedades", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid), al decir: "Puede ser nombrado administrador (de la Compañía Anónima) quien no es socio".

Por su parte, Antonio Brunnetti, a niveles de Derecho Comparado, ratifica lo expresado al manifestar: "En diversos países, la Ley exige expresamente que los administradores (de las Compañías Anónimas) sean accionistas, y en otros se dice expresamente que pueden no serlo. En fin, en otros nada dice la Ley, y se interpreta que no habiendo exigencia alguna legal, no es necesaria (para ser administrador) la condición de accionista".[51]

De lo expuesto, no puede establecerse en ningún contrato social como requisito para ser elegido administrador o fiscalizador, la de ser accionista o no ser accionista de la sociedad, por cuanto la ley no lo ha prescrito, careciendo de valor legal tales exigencias, tanto más cuanto que la propia ley dispone con claridad meridiana la posibilidad de que

[51] Doctrina Societaria No. 127; Superintendencia de Compañías; Régimen de Compañías, Tomo II; pags. 829, 830; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.

los administradores sean o no socios, criterio aceptado por la doctrina, el derecho comparado y la Superintendencia de Compañías como entidad rectora dela regulación y control de sociedades mercantiles en el Ecuador.

2.3.6.- Gozar de preferencia para la suscripción de acciones en el caso de aumento de capital.- Mascheroni y Muguillo en referencia al derecho en mención manifiestan que "el derecho preferencial de los accionistas a la suscripción de las acciones que la sociedad emita con posterioridad a su constitución, es una consecuencia y aplicación del principio de preservación de las proporciones correspondientes a los socios en la composición del capital social."[52]

Este derecho fundamental consagrado en el numeral 6° del artículo 207 de la Ley de Compañías, se complementa con las disposición del artículo 181 y 175 de la ley ibídem. El artículo 181 reza lo siguiente:

"*Los accionistas tendrán derecho preferente, en proporción a sus acciones, para suscribir las que se emitan en cada caso de aumento de capital suscrito. Este derecho se ejercitará dentro de los treinta días siguientes a la publicación por la prensa del aviso del respectivo acuerdo de la junta general, salvo lo dispuesto en el Art. 175. El derecho preferente para la suscripción de acciones podrá ser incorporado en un valor denominado certificado de preferencia. Dicho certificado podrá ser negociado libremente, en bolsa o fuera de ella. Dichos certificados darán derecho a sus titulares o adquirentes a suscribir las acciones determinadas en el certificado, en las mismas condiciones que señala la Ley, con el estatuto y las resoluciones de la compañía, dentro del plazo de vigencia. Los certificados deberán ser puestos a disposición de los accionistas que consten en el libro de acciones y accionistas dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha del acuerdo de aumento de capital."*

Por su parte el artículo 175 expresa: "*Siempre que se haya pagado el cincuenta por ciento, por lo menos, del capital inicial o del aumento anterior, la compañía podrá acordar un aumento del capital social. Los accionistas que estuvieren en mora del*

[52] Mascheroni H., Fernando; Muguillo A., Roberto; Régimen Jurídico del Socio; pag. 67; Editorial Astrea; Buenos Aires Argentina 1996.

pago de la suscripción anterior no podrán ejercer el derecho preferente previsto en el Art. 181, mientras no hayan pagado lo que estuvieren adeudando por tal concepto."

De las normas transcriptas se puede deducir que éste derecho fundamental tiene su origen en las resoluciones del órgano de gobierno de la sociedad cuando la junta general decide aumentar el capital suscrito, y se traduce en el hecho de otorgar preferencia a los accionistas para que puedan suscribir las nuevas acciones que se emitan como resultado o producto de dicho aumento. Dice la norma además que el derecho de preferencia para proceder con la suscripción señalada en el aumento de capital, se lo realizará en proporción a las acciones que tenga el accionista, a este respecto el artículo 175 arriba transcripto establece una limitación al derecho en mención, limitación consistente en que el accionista, para poder hacer uso de su derecho, deberá haber pagado la totalidad de la suscripción de capital anterior, es decir no encontrarse en mora de sus acciones.

Habíamos manifestado que este derecho se origina con la resolución del aumento de capital adoptada por la junta general, sin embargo no se ejecuta en ese momento, pues la ley establece que se lo puede ejercer por parte del accionista dentro de los treinta días siguientes a partir de la publicación de un aviso de oferta por la prensa sobre la resolución de aumento de capital, que por no especificar si los treinta días se refiere a término, de acuerdo a las normas del derecho civil deberá entenderse que es plazo.

Este aviso o publicación por la prensa sirve para dar a conocer a los accionistas que estuvieron presentes en la junta y con mayor razón a quienes estuvieron ausentes, sobre su derecho a la suscripción de acciones en el aumento de capital así resuelto, sin embargo para evitar injusticias suscitadas en la práctica en contra de uno o más accionistas que puedan desconocer dicha decisión por realizarse la mentada publicación en cualquier medio de prensa escrito, la Superintendencia ha establecido, mediante Resolución No. 01.ICQ.019 del 17 de diciembre de 2001, publicada en el Registro Oficial No. 494 del 15 de enero de 2002, que las publicaciones deberán realizarse en el periódico de mayor circulación del domicilio de la compañía o en su defecto, a menos que no se emita ningún periódico en el domicilio, será en el de mayor circulación en el lugar.

Por otra parte, la ley no especifica con claridad, sin embargo se entendería que el accionista que se encuentra en mora del pago de la suscripción anterior podría ejercer su derecho si cancela los valores adeudados dentro del plazo señalado, por lo que consideramos que si bien puede entenderse de esa forma, y en la práctica de hecho se realiza así, para evitar controversias o arbitrariedades por parte de los administradores de turno, sería conveniente una reforma que introduzca expresamente este procedimiento, permitiendo a los accionistas morosos ejercer su derecho preferente previo pago de lo que se adeuda en el plazo legal para hacerlo.

El derecho preferente es catalogado por la Doctrina Societaria No. 104 como un derecho absoluto que no puede ser desconocido ni aún por la resolución unánime de la junta general de accionistas, puesto que se trata de un derecho fundamental que solo puede renunciarse o ejercerlo parcialmente, únicamente mediando la voluntad del accionista, situación que no ocurre en las compañías de responsabilidad limitada, donde también existe el derecho preferente para sus socios, pero en este caso no se trata de un derecho absoluto sino de un derecho relativo, por cuanto en tales sociedades, por ley el derecho preferente puede ser alterado o suprimido en los casos en que estuviese estipulado en el contrato social o cuando la junta general así lo ha dispuesto.

Por su parte la Doctrina Societaria No. 77 también se ha ocupado de este fundamental derecho y sostiene que se trata de un derecho un derecho intangible que no puede dejar de respetarse ni siquiera cuando el aumento de capital pueda ser pagado , en todo o en parte, mediante compensación de créditos o por aportación inmobiliaria, pertenezca o correspondan a accionistas o no, señalando también que el derecho en mención tiene aplicación solamente cuando se trata de aumentos de capital mediante emisión de nuevas acciones excepto el caso de capitalización de reservas o por revalorización de activos por cuanto, a decir de la doctrina antedicha, en esos casos de excepción no se trata de un derecho de suscripción sino de un derecho de atribución.

Al respecto la Doctrina 77 en su parte atinente dice: “Por todo lo dicho es que, en puro Derecho, la "preferencia" de que tratan el artículo 194 (181) y el numeral 6 del artículo 220 (207) de la Ley de Compañías solo tienen aplicación real en los aumentos de capital que se resuelvan hacer mediante emisión de nuevas acciones, y siempre que no se trate

de capitalización de reservas (facultativas o legales) o de capitalización de alguna reserva o superávit por revalorización de activos, ya que en tales casos no hay propiamente "suscripción" de acciones sino el llamado "Derecho de atribución" que tienen los accionistas para participar de pleno derecho en el aumento de capital según la proporción que les corresponda de acuerdo a sus acciones. Y por eso es que para estos dos últimos casos de capitalización lo más apropiado resulta ser el sistema de la elevación del valor de las acciones ya emitidas que menciona el artículo 195 (182) de la Ley de Compañías."[53]

Por lo tanto, salvo las excepciones citadas, en todos los demás casos de aumento de capital a través de emisión de nuevas acciones, los accionistas pueden ejercer su derecho fundamental de preferencia para la suscripción de las acciones que a cada uno le corresponda a prorrata de las que posee, sin que se pueda restringir de alguna manera su derecho en el contrato social así como tampoco por decisión de la junta general so pena de nulidad dela acto conforme a ley.

El derecho de preferencia a criterio de algunos autores estaría fundamentado en el hecho de que "este acto jurídico altera las ecuaciones poder -propiedad y riesgo- poder, en la sociedad."[54] Por lo tanto nuestra legislación, al igual que la española, establece la preferencia como un derecho fundamental que no puede ser resquebrajado por ningún motivo, elevándolo a la condición de un derecho intangible, intocable, lo cual impide y restringe a las compañías ofrecer o reservar directamente la suscripción de nuevas acciones a terceras personas o grupos financieros, sin embargo cuya participación a concepto de Garrigues, puede ser interesante económicamente para la sociedad emisora.

Para Reyes Villamizar, la importancia del derecho se encuentra en la posibilidad que tiene cada accionista de mantener constante su participación en el capital suscrito, caso contrario, de asumir terceros dichas acciones, su capital se vería notablemente afectado, al respecto el autor explica que el la legislación colombiana, el derecho preferencial "se refiere a toda nueva emisión de acciones e implica la posibilidad de suscribir, con

[53] Doctrina Societaria No. 77; Superintendencia de Compañías; Régimen de Compañías, Tomo II; pag. 775, 776; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.
[54] Cevallos Vásquez, Víctor; Nuevo Compendio de Derecho Societario, Primera Edición, Tomo II; pag. 485; Editorial Jurídica del Ecuador; Quito- Ecuador 2008.

anterioridad a cualquier tercero, una cantidad proporcional a las que el accionista posea en la fecha en que se formule el aviso de oferta."[55]

Sin embargo para la legislación colombiana, el derecho de preferencia a pesar de ser un derecho importante para los accionistas, no es un derecho intangible, pudiéndose suprimir tal derecho por parte del órgano de gobierno si por ejemplo se cumple con las estipulaciones contractuales, esto es que lo resuelva una mayoría superior al 70 por ciento de las acciones presentes, así el mismo autor antes mencionado manifiesta "La innegable relevancia de esta prerrogativa se patentiza en la excepcional mayoría calificada que se exige en las normas vigentes para esos casos en que la asamblea pretenda renunciar al derecho de preferencia a favor de terceros."[56]

Si bien sabemos que la legislación ecuatoriana establece el derecho de preferencia como un derecho fundamental, al grado de considerarlo como intangible y del que no se le puede privar al accionista, sabemos también que la sociedad anónima es una sociedad capitalista, es decir que no interesa el aspecto personal del accionista como ocurre con las sociedades personalistas y hasta en la de sociedad responsabilidad limitada donde prima este aspecto por la confianza que supuestamente debe existir entre sus socios, entonces creemos que tal como ocurre en la legislación colombiana, debería plasmarse una reforma legal en la que no se menoscabe este derecho a favor del socio, pero si se abra una puerta para que pueda existir inversión externa de terceros en casos concretos y bajo ciertas circunstancias, donde la junta general mediante un porcentaje elevado del capital que permita proteger a los socios antiguos, resuelva la posibilidad de renunciar al derecho preferente en favor de terceros con el objeto de introducir capital fresco para el correcto cumplimiento del objeto social y que sea beneficioso para la compañía.

Por otra parte, la ley actualmente reconoce el derecho de preferencia para la suscripción de nuevas acciones, empero nada dice respecto al caso de que un accionista no haga uso de su derecho así como tampoco el procedimiento a seguir para que otros accionistas puedan acceder a suscribir esas acciones no deseadas por el accionista con derecho originario, en este caso estamos frente a lo que la doctrina conoce como el derecho de

[55] Reyes Villamizar, Francisco; Derecho Societario; Tomo I, Segunda Edición; pag. 398; Editorial Temis, Bogotá-Colombia 2009.
[56] Reyes Villamizar, Francisco; Derecho Societario; Tomo I, Segunda Edición; pag. 398; Editorial Temis, Bogotá-Colombia 2009.

acrecer que puede tener un accionista para adquirir acciones emitidas en un aumento de capital cuando no fueran asumidas por otro accionista.

En la práctica se acostumbra a establecer en el estatuto social esta posibilidad, sin embargo hay estatutos sociales donde no se expresa explícitamente o de hacerlo no se especifica el procedimiento o en su defecto no se dice absolutamente nada, ante lo cual se procede a conceder el derecho a cualquier otro accionista a criterio de la administración de turno, lo cual puede generar así mismo, arbitrariedades, divergencias, injusticias y malestar entre los demás socios.

Con el fin de evitar posibles conflictos y llenar el vacío de ley, se debe proponer una reforma que conduzca a establecer clara y expresamente el derecho de acrecer que tienen los demás accionistas en caso de que el socio originario del derecho, del cual renuncia o no hace uso del mismo, puedan suscribir las acciones no ejercidas por éste, estableciendo las condiciones para la suscripción, indicándose que luego de los treinta días de publicado el aviso de oferta, las acciones no suscritas se ofertarán por quince días para los demás accionistas, vencido dicho plazo saldrán a oferta para la suscripción de terceros, entendiéndose que de existir varios accionistas interesados en la suscripción, se concederán las acciones ya sea a prorrata del capital suscrito y pagado, o mediante el reparto equitativo de las mismas entre los interesados sin importar su porcentaje de capital, o en su defecto por cualquier otra forma que considere el legislador como justa y legítima.

Mascheroni y Muguillo en su obra “Régimen Jurídico del Socio”, explican que en la legislación argentina se establece el procedimiento cuando existe renuncia del derecho preferente por parte de los accionistas, sobre el tema manifiestan que una vez vencido el plazo para el ejercicio del derecho, el mismo caduca abriéndose una nueva instancia en la que se dan dos etapas, la primera en la cual se oferta la suscripción a los restantes accionistas de la sociedad emisora, quienes ejercerán el derecho de suscripción sobre las acciones renuentes, a prorrata de sus respectivas acciones, y una segunda etapa ofertándose a terceros no socios, debiendo ambas clases de ofertas estar “reglamentadas por los estatutos o contratos de sociedades, en los cuales se fijarán los plazos para las

respectivas etapas y, además, se deberá prever el destino final de las acciones no suscriptas[57], una vez agotadas todas las instancias mencionadas."

En nuestra legislación, el accionista que no hace uso del derecho de suscripción preferente de acciones en su favor y beneficio, tiene dos opciones, la primera, renunciar a su derecho en virtud del artículo 11 del Código Civil en concordancia con lo que dispone el artículo 217 de la ley de Compañías que manifiesta *"Ningún accionista podrá ser obligado a aumentar su aporte, salvo disposición en contrario de los estatutos."*, dejando las acciones no suscritas para que sean asumidas por otros accionistas o terceros tal como se explicó en líneas anteriores; y la segunda, ejerciendo temporalmente el derecho suscribiendo el certificado de preferencia pero negociándolo libremente en la bolsa o fuera de ella, certificado que a posteriori otorgará derecho a sus titulares o adquirientes a adquirir las acciones contenidas en el mismo.

2.3.7.- Impugnar las resoluciones de la junta general y demás organismos de la compañía.- Una compañía anónima salvo los casos de excepción que se encuentran establecidos en la ley, está conformada por dos o más personas en sus calidades de accionistas, por lo tanto existen una pluralidad de intereses, aportaciones y posiciones que buscan primeramente el desarrollo de la actividad productiva de su objeto social en pro de aumentar el volumen de producción que mejore la capacidad económica de la compañía, en segundo lugar se busca un interés administrativo cuyo fin es lograr la dirección administrativa de la sociedad dirigida a la toma de decisiones para la obtención de las antedichas ganancias, y por último un interés particular del socio traducido en la obtención personal de la mayor cantidad de ganancia posible.

Estos intereses en principio son comunes entre los accionistas de la sociedad, sin embargo en la práctica se producen las más variadas controversias y conflictos, ya que varían los objetivos perseguidos por los accionistas, así por ejemplo los socios minoritarios buscan la distribución periódica de las utilidades alcanzadas obteniendo así rentabilidad frente a su menor inversión, mientras que los accionistas mayoritarios buscan que la sociedad cada días alcance la mayor y mejor solvencia económica y financiera resolviendo para tal fin la reinversión de las utilidades, razón como muchas

[57] Mascheroni H., Fernando; Muguillo A., Roberto; Régimen Jurídico del Socio; pag. 74; Editorial Astrea; Buenos Aires Argentina 1996.

otras, por las cuales la legislación nacional ha impuesto el derecho de impugnación que tienen los accionistas de los acuerdos sociales.

El derecho en mención se encuentra consagrado en el numeral 7° del artículo 207 de la Ley de Compañías, que lo preceptúa como un derecho fundamental establecido, como hemos dicho en líneas previas, en favor de los accionistas minoritarios que no concuerdan con las resoluciones que adopta la junta general a través de los accionistas que conforman la mayoría del capital.

Este derecho que si bien consta en la Ley de Compañías, cuya última reforma y codificación data del año 1999 a excepción de algunas últimas reformas parciales, también se encuentra garantizado por la Constitución de la República del año 2008 actualmente vigente, en la que se establece el principio y garantía del doble conforme, contenido en la letra m) del artículo 76 referente a las reglas del debido proceso y que dice "*Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos."* Consecuentemente, el derecho de impugnación no únicamente tiene un control de legalidad sino que se encuentra establecido como una garantía de carácter constitucional que no puede ser vulnerado o menoscabado así no conste expresamente en el texto legal.

El artículo 207 en su numeral siete establece que este derecho se lo puede ejercer conforme a los artículos 215 y 216 de la ley societaria, los mismos que determinan la forma, requisitos y condiciones en las que se puede plantear el derecho de impugnación, sin embargo el artículo 249 por su parte regula la apelación que se puede plantear a las resoluciones que adopte la mayoría, detectándose sobre este punto la existencia de una duplicidad de regulaciones que establecen dichas normas, produciéndose similitudes y diferencias entre las mismas, artículos que a continuación nos permitimos transcribir para su análisis.

El artículo 215 establece: "*Los accionistas que representen por lo menos la cuarta parte del capital social podrán impugnar, según las normas de esta Ley y dentro de los plazos que establece, los acuerdos de las juntas generales o de los organismos de administración que no se hubieren adoptado de conformidad con la ley o el estatuto*

social, o que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la compañía. Se ejercitará este derecho conforme a lo dispuesto en el Art. 249."

El artículo 216 expresa: "*La acción de impugnación de los acuerdos o resoluciones a que se refiere el artículo anterior deberá ejercitarse en el plazo de treinta días a partir de la fecha del acuerdo o resolución.*

No queda sometida a estos plazos de caducidad la acción de nulidad de los acuerdos contrarios a la Ley. Las acciones se presentarán ante la jueza o juez de lo civil del domicilio principal de la compañía, quien las tramitará verbal y sumariamente. Las acciones serán deducidas por una minoría que represente por lo menos la cuarta parte del capital social.

De la sentencia dictada cabe deducir los recursos que señala la ley.

El artículo 249 por su parte dispone: "*En toda compañía anónima una minoría que represente no menos del veinticinco por ciento del total del capital pagado podrá apelar de las decisiones de la mayoría. Para la apelación se llenarán los siguientes requisitos:*

1. Que la demanda se presente ante la jueza o el juez de lo civil del distrito del domicilio de la compañía demandada dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la clausura de la junta general;

2. Que los reclamantes no hayan concurrido a la junta general o hayan dado su voto en contra de la resolución;

3. Que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido, o el concepto de la violación o el del perjuicio; y,

4. Que los accionistas depositen los títulos o certificados de sus acciones con su demanda, los mismos que se guardarán en un casillero de seguridad de un banco.

Las acciones depositadas no se devolverán hasta la conclusión del juicio y no podrán ser objeto de transferencia, pero el juez que las reciba otorgará certificados del depósito, que serán suficientes para hacer efectivos los derechos sociales.

Los accionistas no podrán apelar de las resoluciones que establezcan la responsabilidad de los administradores o comisarios.

Las acciones concedidas en este artículo a los accionistas se sustanciarán en juicio verbal sumario."

Los artículos 215 y 249 fueron motivo de reforma por la Disposición Reformatoria cuarta, numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 544 del 09 de marzo de 2009, reforma que únicamente, como no puede ser de otra manera, se refiere sobre ante que autoridad judicial debe presentarse la impugnación o apelación que señalan el mencionado articulado, indicándose que desde la fecha de entrada en vigencia de la norma reformatoria, serán los jueces de los civil del domicilio de la sociedad los competentes para conocer y resolver los asuntos de esta naturaleza, y que hasta antes de dicha fecha, la ley societaria establecía ambiguamente que se debía presentar ante la Corte Superior del domicilio de la compañía, situación con la que concordamos, sin embargo la reforma legal no fue sobre el fondo de la cuestión sino únicamente sobre un aspecto de forma eminentemente procesal, en razón de la función de la ley reformatoria.

Los artículos 215 y 216 antes transcritos se refieren a la acción de impugnación entre tanto el artículo 249 hace relación con la apelación a la que tienen derecho los accionistas, por lo que es necesario aclarar el concepto de estos dos preceptos, así el Diccionario Jurídico Elemental del Dr. Ramiro López Garcés enseña que impugnación significa "la refutación, objeción, contradicción…Los recursos que se interponen en los procesos son actos de impugnación procesal."[58] El mismo autor en su diccionario manifiesta que por apelación se entiende como el "recurso que la parte que se considera

[58] López Garcés, Ramiro; Pequeño Diccionario Jurídico Elemental, Universidad Central del Ecuador; pag. 218 ; Quito Ecuador 2008.

agraviada eleva a un juez o tribunal superior, para que revoque, modifique o anule la sentencia…"[59]

El Código de Procedimiento Civil en su artículo 320 dispone que "*La ley establece los recursos de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso."* Y concomitantemente el artículo 323 ibídem señala que lo siguiente "A*pelación es la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace a la jueza o el juez o tribunal superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior."* En el derecho público, entre otras normas, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva también reseña como recursos de impugnación de las resoluciones y actos administrativos emanados del poder público los recursos de apelación, reposición y revisión.

No corresponde hacer un análisis extensivo de la naturaleza, clases y objetivos de la impugnación y del término apelación por no ser el tema central de este trabajo, sin embargo se debe tener claro que la impugnación es la facultad otorgada a las partes en un proceso jurídico para obtener la revisión de una sentencia o fallo judicial o de una resolución administrativa pública o privada, siendo el recurso de apelación uno de los medios o recursos de impugnación, consecuentemente podemos hablar de género y especie respectivamente, por lo tanto tales medios impugnatorios permiten a la parte afectada, recurrir de la resolución ante un órgano superior diferente para su decisión.

En este contexto, creemos como ya se expuso anteriormente, que existe duplicidad de regulación entre las normas transcritas, en tal virtud bien podría derogarse una de ellas (art. 215 o 249) tomando los aspectos no contemplados en la otra, unificando de esta manera conceptos como el anotado, estableciendo a nuestro criterio una reforma que establezca solamente la apelación como forma de impugnación por cuanto se especificaría que éste es el recurso o medio de impugnación que tendrían derecho los accionistas para refutar las decisiones de los órganos de gobierno o administración, y no el género impugnación por cuanto no se especifica a través de qué recurso se lo plantea.

[59] López Garcés, Ramiro; Pequeño Diccionario Jurídico Elemental, Universidad Central del Ecuador; pag. 50 ; Quito Ecuador 2008.

Haciendo un análisis de dichas normas y en sustento a lo expresado en el párrafo inmediato anterior, encontramos varias similitudes y diferencias entre la impugnación establecida en los artículos 215 y 216 con la apelación que dispone el artículo 249; así mientras el artículo 215 y el 249 coinciden en que la impugnación y la apelación pueden ser ejercidas por los accionistas que representen una cuarta parte en el un caso o un 25% en el otro que es lo mismo, difieren y hasta existe contradicción cuando a continuación establecen que la impugnación se propondrá con la cuarta parte del **capital social** en tanto que la apelación se la planteará con el 25 % del **capital pagado**.

No concordamos con la redacción impuesta en el artículo 215 que establece el derecho de impugnación ya que contradice lo que establece el artículo 249 referente a la apelación, pues hay una marcada diferencia entre lo que significa el capital social y lo que es el capital pagado, en consecuencia, al referirse al capital social pueden ejercer la impugnación la cuarta parte de accionistas cuyo capital hayan simplemente suscrito, sin embargo en la compañía anónima todos los derechos que nacen en favor de los accionistas se basan en la proporción de su capital pagado mas no del suscrito, así lo establece imperativamente entre otras normas, el inciso primero del artículo 210 de la ley de la materia referente al caso de votación en junta general al decir que *"Las acciones con derecho a voto lo tendrán en proporción a su valor pagado."*

Consecuentemente, mal se puede interponer una impugnación como socios minoritarios que alcancen la cuarta parte del capital social, si no han pagado efectivamente el 25% del mismo como ordena la ley, por lo que lo correcto sería unívocamente hablar del capital pagado, debiendo proponerse una reforma legal al respecto, tanto más cuanto que el propio artículo 207 de la Ley de Compañías ordena que no podrá ejercerse el derecho de impugnación si el accionista está en mora en el pago de sus aportes.

Otro aspecto a tener en cuenta es el objeto de la impugnación y de la apelación, sobre este punto el artículo 215 establece que la impugnación puede presentarse contra los acuerdos de la juntas generales o de los organismos de administración, llámese directorios, consejos de administración, etc., siempre que estos acuerdos no se hubiesen adoptado conforme a la ley o al estatuto o que lesionen en beneficios de uno o varios socios, los intereses de la compañía; en cambio el artículo 249 expresa que se podrá apelar de las decisiones de la mayoría, esto es de la mayoría accionarial de la junta

general más nada dice acerca de los órganos de administración, expresando además el numeral 3° que para tal efecto, deberá señalarse la cláusula del estatuto social o la norma legal infringida o el concepto de violación o el perjuicio.

Debe proponerse una reforma que unifique criterios, en el sentido que el medio de impugnación, llámese como tal o como apelación, ataque procesalmente a las decisiones tanto de junta general cuanto de los órganos de administración, órganos que en muchos casos tienen facultades otorgadas por la propia junta o por el estatuto y que pueden en determinados casos, vulnerar derechos de los accionistas al actuar arbitrariamente desacatando o violando normas estatuarias, legales o hasta constitucionales.

Además, debería también ser objeto de reforma ciertas ambigüedades en la redacción de la ley sobre este punto, en procura de una mayor concreción que evite confusión o amplias interpretaciones tanto en el artículo 215 cuanto en el 249, como el referirse al hecho que los acuerdos o resoluciones de la junta lesionen, en beneficio de uno o varios socios, los intereses de la compañía, pues cabe la interrogante de qué pasaría si no se beneficia a uno o varios accionistas en perjuicio de la sociedad, sino se beneficia a terceros con igual perjuicio; o en el caso del artículo 249, que se exige que los socios en la demanda señalen el concepto de violación o del perjuicio, convirtiéndose en asuntos que pueden llegar a caer en la subjetividad o susceptibilidad de los socios, debiendo por tanto, puntualizarse simplemente que se podrá impugnar o apelar de las resoluciones de la junta general o de los órganos de gobierno que se adopten violando o contraviniendo las disposiciones de la Constitución, la ley o el estatuto social, en perjuicio de los derechos y garantías de los accionistas, de la compañía o de terceros.

En cuanto al plazo para ejercitar el derecho de impugnación, el artículo 216 establece que será dentro de los treinta días a partir de la fecha del acuerdo o de la resolución, por su parte el artículo 249 numeral 1 establece que la demanda que contenga la apelación se presentará dentro de los treinta días siguientes a partir de la fecha de clausura de la junta general, lo cual en principio se pensaría que es el mismo día el de la toma de la resolución que el de la terminación de la junta, empero no siempre será coincidente, ya que puede tomarse una resolución sobre una moción en el día de la convocatoria a sesión, sin embargo para tratar otros puntos puede ser diferida la junta por petición de los socios y por tanto terminar la asamblea en otro día distinto, por lo tanto debe

mediante reforma a la ley, unificarse el criterio del plazo para ejercer el derecho, que a nuestro criterio, por mayor seguridad jurídica, se propondría que los treinta días de plazo para la interposición del recurso se cuente a partir de la fecha de conclusión de la sesión de la junta general en la que se adoptó la resolución motivo de la impugnación.

El segundo inciso del artículo 216 referido a la impugnación, curiosamente establece que no queda sometida a los plazos de caducidad antes analizados, la acción de nulidad de los acuerdos contrarios a la ley, lo cual es absurdo por cuanto la caducidad se refiere a la pérdida del derecho por la falta de su ejercicio en un tiempo determinado y en tal sentido no es aplicable la caducidad a la nulidad, ya que ésta no es un derecho sino una acción judicial que en lugar de caducar, prescribe cuando luego de cierto tiempo no se ha planteado la acción.

Conforme a la misma Ley de Compañías, los casos que producen nulidad de las resoluciones de la junta general son los recogidos en los artículos 243 y 247, por lo que no nos explicamos la razón por la cual el legislador ha ubicado a la acción de nulidad dentro de la de impugnación de las resoluciones, confundiendo dos figuras jurídicas distintas, y que en nuestra opinión los plazos para su presentación prescriben en los plazos ordinarios, al igual que no puede ejercitarse por vía verbal sumaria como indica el artículo 216 para la impugnación, sino por la vía ordinaria por corresponder a su naturaleza procesal, en consecuencia estimamos pertinente la respectiva reforma legal en la que no se considere a la acción de nulidad como parte del derecho fundamental de los socios para impugnar las resoluciones sociales ya que se trata de una acción judicial cuando se ha actuado específicamente contra ley expresa siendo la nulidad justamente su sanción.

Otro asunto con el cual no compartimos es el requisito establecido para la presentación de la apelación que contiene el numeral 4 del artículo 249, por medio del cual se plantea la exigencia que los accionistas depositen los títulos o certificados de sus acciones conjuntamente con la demanda, los que serán guardados en un casillero judicial y no podrán ser transferibles mientras dure el proceso judicial, discordancia que radica en la falta de lógica existente en la ley, por cuanto por una parte los artículos 187 y 200 de la ley societaria reconocen como socio o accionista a quien conste inscrito en el libro de acciones y accionistas y por otra parte el artículo 249 requiere la presentación del título

de la acción para corroborar la calidad de accionista, requisito sin el cual no se califica la demanda, a más que no existe tampoco fundamento técnico o jurídico alguno para tal exigencia, coartándose además el principio y el derecho de la libre transferencia de acciones.

En la práctica se han producido casos en los que el juez competente no califica la demanda por cuanto el o los socios demandante no han cumplido con este requisito, ya sea porque los títulos de acciones se han extraviado, se han destruido o simplemente la compañía no se los ha entregado, y en razón de ser un requisito legal para el proceso se ha negado la petición, lo cual indudablemente genera confusión ya que si el o los demandantes pueden comprobar que están inscritos en el libro de acciones y accionistas como titulares de las acciones, es absurdo en base a la lógica jurídica que no se les permita ejercer su derecho por la no presentación física del título, pudiendo en este caso apelar a la norma constitucional del artículo 169 que dispone que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades, caso contrario la falta de presentación de los títulos por la razón que fuese dejaría a los accionistas en la indefensión.

Por último, creemos que el penúltimo inciso del artículo 249, que dispone que los accionistas no podrán apelar de las resoluciones que establezcan la responsabilidad de los administradores o comisarios, en la actualidad no es aplicable en función de la vigencia de la Constitución de la República de 2008, que como ya se enfatizó anteriormente, establece el principio del doble conforme contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Carta Fundamental, por el cual toda resolución judicial o administrativa es factible de ser recurrida como garantía constitucional del debido proceso.

En conclusión, recalcamos la necesidad de que exista un solo criterio legal sobre este derecho fundamental a la impugnación de los acuerdos sociales por parte de los accionistas, proponiendo una reforma en la que se derogue una de las dos figuras –impugnación y apelación-, propugnando la apelación como el recurso de impugnación idóneo de acuerdo a lo que hemos expuesto, debiendo considerarse los aspectos más importantes de las normas involucradas para conformar la redacción más adecuada que permita el pleno ejercicio del mentado derecho.

2.3.8.- Negociar libremente sus acciones.- Conforme se ha enunciado en otros acápites de este trabajo, la compañía anónima se caracteriza por su enfoque en el capital antes que las personas que la conforman, por lo tanto lo que interesa es la inversión realizada a cambio de un paquete accionarial en favor del socio inversor, es decir prevaleciendo el factor capital y no la persona del titular de las acciones, razón por la cual se aplica el principio de la libre transferencia de acciones de una persona a otra sin limitación alguna, salvo las establecidas por ley, anotando que el artículo 221 de la Ley de Compañías establece como nulos los acuerdos sociales o pactos que supriman o limiten este derecho del accionista, pudiendo éste negociar libremente sus acciones a favor de otros socios o de terceros según su conveniencia y voluntad.

Jorge Egas Peña al respecto manifiesta que "el ejercicio de este derecho en nada debe afectar a la compañía ni a los accionistas de la misma ni a los terceros; pues, tratándose de una compañía de capital, éste queda objetivamente inalterable por la salida de un accionista y la entrada de otro, ya que el aporte efectuado para integrar el capital de la sociedad ya fue hecho y el cambio que se experimenta es en la titularidad de las acciones cedidas."[60]

La Superintendencia de Compañías al respecto se ha pronunciado a través de sus Doctrinas Societarias No. 65 y 141, manifestando la inadmisibilidad de estipulaciones que vulneren, supriman o limiten el derecho a la libre negociabilidad de acciones, entendiéndolo como un precepto de orden público que no puede ser contrariado por el contrato social.

2.3.9.- Otros derechos patrimoniales y no patrimoniales del accionista.- El socio de una compañía anónima a más de los derechos fundamentales reconocidos taxativamente por la ley, tiene otros derechos de carácter patrimonial y no patrimonial que le confieren dicha calidad, y que en su mayoría se derivan precisamente de los derechos fundamentales descritos y analizados en líneas anteriores, sin embargo haremos un breve recuento acerca de lo que se tratan los mismos.

[60] Egas Peña, Jorge; El Estatus del Accionista; La Compañía Anónima, Análisis Sistemático de su Normativa; pag. 126; Ediciones Legales, Quito Ecuador-2006.

2.3.9.1.- Derecho a solicitar convocatoria a junta general.- Este no se trata de un derecho patrimonial sino de los denominados derechos de administración, y que tiene mucha relación con el derecho fundamental a la intervención en la juntas generales y voto consagrado en el numeral 4° del artículo 207 de la Ley de Compañías, sin embargo tiene regulación propia como así lo disponen los artículos 212 y 213 de la ley antedicha.

El artículo 212 señala lo siguiente: "*Si dentro del plazo que fija esta Ley no hubiere conocido la junta general de accionistas el balance anual, o no hubiere deliberado sobre la distribución de utilidades, cualquier accionista podrá pedir a los administradores de la compañía o a los comisarios que convoquen a junta general para dicho objeto, y, si dicha convocatoria no tuviere lugar en el plazo de quince días, cualquier accionista podrá pedir a la Superintendencia de Compañías que convoque a la junta general, acreditando ante ella su calidad de accionista.* **"**

Por lo tanto, si la junta general no ha sido convocada hasta el último día del mes de marzo del año correspondiente, para conocer los balances y resolver sobre el destino de las utilidades conforme lo dispone el artículo 234 de la Ley de Compañías, se faculta a cualquier accionista para que pueda solicitar a la administración o en su defecto a los comisarios dicha convocatoria, la misma que lo deberán realizar en el plazo de quince días, caso contrario se podrá solicitar por parte de cualquier accionista a la Superintendencia de Compañías para que efectúe la convocatoria, siempre que acredite su calidad de socio, sin embargo previo a presentar la solicitud a la Superintendencia mencionada, deberá realizar la solicitud a los administradores o comisarios según el caso, por escrito con el objeto de forjar prueba de que este requisito legal se ha cumplido.

En el derecho español, según el autor ecuatoriano Víctor Cevallos, la convocatoria que no ha sido efectuada por los administradores la suple el juez, al respecto el autor transcribe el artículo 57 de la Ley de Sociedades Anónimas de aquel país en los siguientes términos "Si la Junta General Ordinaria no fuere convocada dentro del plazo legal, podrá serlo a petición de los socios y con audiencia de los Administradores, por el Juez de Primera Instancia del domicilio social, quien además, designará la persona que

habrá de presidirla."[61] En nuestro país no podría suplir el juez la convocatoria por cuanto no tiene la competencia para hacerlo, siendo por mandato legal el órgano competente la Superintendencia del ramo.

En referencia sobre la acreditación de su calidad de accionista para presentar la solicitud a la Superintendencia de Compañías, se había expuesto anteriormente que nuestra legislación considera como tal a quien conste inscrito en el libro de acciones y accionistas, en tal virtud, atentos a lo que reza el texto legal, para acreditar su calidad debería solicitar al administrador de la compañía que presente cada vez el libro social en dicha entidad, lo cual no guarda lógica, lo cual refuerza nuestro criterio que la inscripción en el libro de acciones y accionistas debe ser únicamente uno de los medios de prueba de la calidad de accionista y no el requisito sine qua non que brinde tal calidad, por lo tanto deberíamos entender que la entidad de control societario debería aceptar tal acreditación con el medio probatorio idóneo que puede radicar ya sea en una certificación del representante legal, en la presentación de la copia notariada del título o en su defecto la certificación del Registro de Sociedades de la misma institución en la que conste el solicitante como socio de la compañía entre otros.

Por su parte, el artículo 213 establece *"El o los accionistas que representen por lo menos el veinticinco por ciento del capital social podrán pedir, por escrito, en cualquier tiempo, al administrador o a los organismos directivos de la compañía, la convocatoria a una junta general de accionistas para tratar de los asuntos que indiquen en su petición. Si el administrador o el organismo directivo rehusare hacer la convocatoria o no la hicieren dentro del plazo de quince días, contados desde el recibo de la petición, podrán recurrir al Superintendente de Compañías, solicitando dicha convocatoria."*

Se puede observar que la antedicha norma establece en términos similares al artículo precedente aspectos como el plazo y doble instancia de presentación en caso de negativa por parte de la administración de la sociedad para hacer la convocatoria, con la diferencia que por una parte, a más del administrador se puede solicitar la ejecución de la convocatoria a los órganos de administración, en caso de haberlos y no a los

[61] Cevallos Vásquez, Víctor; Nuevo Compendio de Derecho Societario, Primera Edición, Tomo II; pag. 480; Editorial Jurídica del Ecuador; Quito- Ecuador 2008.

comisarios como lo determina el artículo 212, y por otra parte no podrá solicitar la convocatoria cualquier accionista, sino que concibe indispensable la facultad de solicitar la misma a los accionistas que representen al menos un veinte y cinco por ciento del capital social.

Al respecto caben dos observaciones, la primera tiene relación con el porcentaje que se ha establecido, esto es el de al menos un veinte y cinco por ciento del capital para que se pueda solicitar la convocatoria por parte de los accionistas, en este sentido nos preguntamos la razón por la cual se fijo en el 25% y no en más o en menos. Entendemos que la respuesta puede deberse a evitar el fomento indiscriminado de convocatorias a juntas generales para tratar asuntos tal vez no de transcendencia para la sociedad y que en lugar de coadyuvar para el desarrollo de la compañía, puedan resultar óbices para la administración de turno, sin embargo a nuestro criterio, si bien este porcentaje permite a una minoría solicitar se realice una junta, sería adecuado que una verdadera minoría pueda efectuarlo, por eso consideramos que el porcentaje debería se reducido al quince por ciento del capital, ampliando dicha facultad a favor de los accionista minoritarios.

La segunda observación al respecto radica en el hecho de que el articulado menciona que para solicitar una convocatoria, el porcentaje mínimo para hacerlo debe ser del 25 % del **capital social**, por lo que nuevamente el legislador redacta la norma aludiendo al capital social y no al capital pagado, puesto que, como ya lo hemos señalado en los puntos previos, los derechos de los accionistas en la compañía anónima a diferencia de la compañía limitada, dependen del capital pagado.

La Doctrina Societaria No. 63 con respecto a este derecho manifiesta que los estatutos sociales no pueden modificar, ni en más ni en menos, los porcentajes legales establecidos en los artículos 120 y 213 de la Ley de Compañías.

Tal como se encuentra redactada la norma, actualmente tienen derecho los accionistas que representen al menos el 25 % del capital social, esto es del capital suscrito, a solicitar la convocatoria así no se encuentre pagado el resto del capital suscrito, lo cual no nos parece concordante con las demás normas societarias que rigen la vida jurídica de la sociedad, en especial con los derechos fundamentales de los que se derivan derechos como el que se analiza, creyendo en tal virtud conveniente, plantear una

reforma legal que modifique este error del legislador y en lugar de que se exprese capital social, se establezca que se refiere al porcentaje correspondiente al capital pagado.

2.3.9.2.- Derecho a denunciar a los administradores.- Los administradores y sobre todo los representantes legales como mandatarios de los socios, conforme a las reglas del derecho común, se encuentran en la obligación de emplear la mayor diligencia y cuidado en el desempeño de sus cargos, diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente, con la respectiva observación y cumplimiento a las normas establecidas en la Constitución, en la ley, en el contrato social y demás normas internas que rigen la vida de la sociedad.

Sobre este derecho el artículo 214 de la ley de Compañías es muy claro al manifestar que *"Cualquier accionista podrá denunciar por escrito, ante los comisarios, los hechos que estime irregulares en la administración; y los comisarios, a su vez, deberán mencionar las denuncias en sus informes a las juntas generales de accionistas, formulando acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que estimen pertinentes."*

2.3.9.3.- Derecho a no ser obligado a aumentar su aporte.- Uno de los actos societarios más comunes es el aumento o incremento del capital, ya sea para lograr mayor liquidez, adquirir medios o maquinaria de productividad, compensar pérdidas, mejorar la solidez financiera en pro de adquisiciones crediticias, etc. Cuando la junta general ha acordado un aumento de capital y por ende la reforma del estatuto, cada accionista tiene derecho a ser preferido en la suscripción del capital que se aumenta a prorrata de su capital pagado, sin embargo este es un derecho opcional que de acuerdo a la conveniencia del accionista, suscribirá o no dicho aumento en lo que le corresponda, siendo un derecho renunciable de acuerdo a su voluntad, por lo tanto no es posible obligar a un accionista a que aumente el capital en contra de su voluntad, salvo que el propio contrato social que es ley para las partes, establezca su obligatoriedad, pues así lo dispone taxativamente el artículo 217 de la Ley de Compañías al manifestar que *"Ningún accionista podrá ser obligado a aumentar su aporte, salvo disposición en contrario de los estatutos."*

En consecuencia, se puede decir que la regla es la no obligatoriedad de realizar nuevos aportes para aumentar el capital de la compañía, y por excepción esta obligación puede estar establecida únicamente en el estatuto social, más la junta general no tiene la prerrogativa o potestad de resolver la obligatoriedad de aumento para el socio, caso contrario dicha resolución carecería de valor cuyo efecto sería la nulidad en los términos del artículo 9 del Código Civil.

La cuestión de la excepcionalidad cuando se establezca la obligatoriedad en el estatuto social no es del todo clara, puesto que cabe la interrogante de qué pasaría si el contrato establece la obligatoriedad de efectuar el aumento cuando la junta así lo resuelva, y el accionista simplemente no quiere o no puede realizarlo. La ley no establece sanción alguna al respecto, por lo tanto creemos que debe la ley establecer una reforma enunciando cual es la sanción para el caso que el estatuto obligue a realizar el aumento y el accionista no lo ejecuta. Salgado Valdez se pronuncia en el sentido que resultaría aplicable las reglas del Código Civil como norma supletoria o subsidiaria de la ley societaria, y al respecto manifiesta que "bien pudiera aplicarse lo establecido en el artículo 1991 de dicho Código, es decir que el accionista podría retirarse y deberá hacerlo si sus consocios lo exigen, en un verdadero acto de separación, de disolución parcial."[62]

2.3.9.4.- Derecho de información.- Los accionistas que han participado con su inversión en la constitución de la sociedad o en el transcurso de su desarrollo empresarial, tienen el derecho de solicitar a la administración de turno, la información necesaria a cerca de la actividad y el estado en que se encuentran los negocios sociales, sin embargo este derecho de información se encuentra limitado en nuestra legislación, en función de precautelar que las estrategias, planes comerciales o secretos industriales puedan ser fácilmente conocidos por terceros, con el objeto de prevenir una posible competencia desleal en contra de los intereses de las sociedades.

El artículo 15 de la ley de Compañías, al respecto manifiesta "*Los socios podrán examinar los libros y documentos de la compañía relativos a la administración social;* ***pero los accionistas de las compañías anónimas,*** *en comandita por acciones y de*

[62] Salgado Valdez, Roberto; Manual de Derecho Societario; Tomo 5, Vol. 1, pag. 44; Fondo de Cultura Ecuatoriana, Segunda edición; Cuenca Ecuador 1989.

economía mixta, sólo tendrán derecho a que se les confiera copia certificada de los balances generales, del estado de la cuenta de pérdidas y ganancias, de las memorias o informes de los administradores y comisarios, y de las actas de las juntas generales; así mismo, podrán solicitar la lista de accionistas e informes acerca de los asuntos tratados o por tratarse en dichas juntas."

Los socios en las compañías limitadas como se observa del texto del artículo enunciado, no tiene limitaciones en el ejercicio de este derecho, sin embargo los accionistas de la compañía anónima, cuyos derechos de información en un sentido estricto, se relacionan exclusivamente con las celebraciones de juntas generales y de la necesidad que los accionistas tengan pleno y cabal conocimiento de los puntos que van a tratarse, debidamente contenidos en la respectiva convocatoria; y en un sentido amplio, se refieren a la información de carácter documental, que les permita saber sobre la marcha de la compañía, información que la administración no puede negarse a proporcionarla.

El artículo antes citado tiene relación con el artículo 292 ibídem que trata de la entrega de información documentaria a los accionistas para su conocimiento, con la antelación necesaria previa a la realización de la junta, norma que establece expresamente lo siguiente: *"El balance general y el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias y sus anexos, la memoria del administrador y el informe de los comisarios estarán a disposición de los accionistas, en las oficinas de la compañía, para su conocimiento y estudio por lo menos quince días antes de la fecha de reunión de la junta general que deba conocerlos."*

La Doctrina Societaria No. 111 emitida por la Superintendencia de Compañías, al respecto indica que los balances señalados por el artículo 292 antes referido, al no ser documentos definitivos por cuanto la junta aún no se ha reunido y aprobado, no son documentos que la compañía se encuentre en obligación de conferir ni siquiera copias simples de dicha documentación con la anticipación expuesta, señalando la entidad de control a través de la antedicha doctrina, que tales documentos al no estar aprobados por la junta, merecen un cierto trato reservado.

Particularmente, no estamos de acuerdo con las limitaciones que plantea la ley así como tampoco con los criterios jurídicos expuestos por la Superintendencia de Compañías,

puesto que la tendencia moderna, como acontece en otras legislaciones como la española, en lugar de limitar el derecho a la información, tiende a facilitar la publicación adecuada de su información con el objetivo de que el público, esto es, inversionistas, proveedores, trabajadores, entidades públicas de contratación, etc., tengan conocimiento de la situación económico financiera de la compañía. En este contexto, debería plantearse una reforma legal que modifique el artículo 15 de la ley societaria, otorgando el mismo derecho de acceso a la información de la compañía que tienen los socios de las compañías limitadas, a los accionistas de las sociedades anónimas.

De este derecho de información, se deriva otro derecho a favor del accionista, es el que plantea el artículo 248 de la antes mencionada ley, por medio de la cual el accionista puede solicitar el diferimiento de la junta general si se considera que no se encuentra o no ha sido suficientemente informado de los asuntos a tratar en una junta general.

Por otra parte, los accionistas además tienen derecho a solicitar información a la entidad de control societario en función del artículo 92 de la Constitución de la República y 15 de la Ley de Compañías, sobre información documentaria que repose en los archivos de dicha entidad y que pertenezcan o se relacionen con el accionista solicitante, así lo establece el Reglamento de Concesión de Información de la Superintendencia de Compañías publicada en el Registro Oficial No. 923 del 01 de abril de 2013, que en su artículo13 en referencia al accionista establece que "*sólo tendrá derecho a que se le confiera informaciones relativas a los balances generales, estado de la cuenta de pérdidas y ganancias y memorias o informes de los administradores, comisarios y, cuando fuere del caso, los informes de los auditores externos y peritos de la compañía respectiva. También lo tendrá para solicitar y obtener informaciones concernientes a las actas de las juntas generales cuyas copias reposen en el archivo institucional, e incluso para que se le conceda copia de la notificación de la transferencia de acciones que hubiere recibido respecto a la sociedad de que forme parte el peticionario. En esta última información se dejará constancia que la Superintendencia de Compañías la concede sin asumir responsabilidad alguna sobre la veracidad y exactitud de los datos que en ella figuren.*"

2.3.9.5.- Derecho de receso, separación o retiro.- El significado etimológico de la palabra "receso" equivale a los términos retiro, alejamiento o separación. El derecho de

receso debe ser entendido como **"**la facultad o el derecho de los socios disidentes y ausentes a separarse de la sociedad cuando ésta, a través de sus órganos competentes adopta una resolución de tal naturaleza que les confiere derecho –manifestable unilateralmente- a retirarse del acuerdo y exigir el reembolso de sus participaciones sociales."[63]

La Ley de Compañías en el artículo 245 establece la obligatoriedad de cumplimiento de las resoluciones de la junta general a todos los accionistas, hayan o no participado en las mismas, pudiendo éstos acogerse a una regla excepcional como es el derecho de oposición de conformidad con la ley.

Sin embargo la ley además establece que en tratándose de actos societarios como la transformación, la fusión y la escisión, por tratarse de actos trascendentales en la vida y estructura jurídica de la compañía, aunque tales actos emanen de resoluciones adoptadas legalmente por la mayoría que conforma la junta general respectiva**,** pero que modifica sustancialmente el contrato original motivo de la asociación de los accionistas, los accionistas que no quieran seguir formando parte de la misma, no están en la obligación de cumplir la resolución de junta respectiva pudiendo para tal efecto separarse o abandonar la compañía, ejerciendo lo que la doctrina denomina el derecho de receso o retiro de la sociedad.

Si bien el accionista que no está de acuerdo con las resoluciones de la junta general, puede negociar sus acciones transfiriendo las mismas a otros accionistas o terceros en base a su derecho de libre negociación accionarial, sin embargo tales actos dependerán de muchos factores que incidan en la negociación, por lo que el legislador ha querido precautelar sus intereses independientemente de su voluntad de transferencia y ha impuesto en la ley la facultad del retiro.

Para el ejercicio de este derecho, no es necesaria que opere la liquidación de la compañía de forma previa a perfeccionar cualquiera de los actos societarios arriba aludidos, pues simplemente el socio que desea retirarse por no estar de acuerdo con los cambios de fondo que experimenta la compañía, puede exigir el reembolso del valor

[63] Mascheroni H., Fernando; Muguillo A., Roberto; Régimen Jurídico del Socio; pag. 313; Editorial Astrea; Buenos Aires Argentina 1996.

patrimonial de sus acciones de conformidad con el balance final que debe elaborarse de manera similar al balance que se elabora para los casos de liquidación de la sociedad.

La Ley de Compañías en los artículos 332 y 333 establece expresamente que la transformación de la compañía como cambio fundamental de la misma implica la facultad de acogerse al derecho de receso a favor del accionista disidente, debiendo indicarse que para el caso de fusión y escisión contenidas en los artículos 344 y 352 ibídem, se aplica como normas supletorias las reglas de la transformación.

Al efecto, el primer inciso del artículo 332 de la ley enunciada manifiesta que "*La transformación se hará constar en escritura pública y se cumplirá con todos los requisitos exigidos por la ley para la constitución de la compañía cuya forma se adopte. Además se agregará a la escritura el acuerdo de transformación, la lista de los accionistas o socios que hayan hecho uso del* ***derecho de separarse de la compañía por no conformarse con la transformación,*** *y el balance final cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura, elaborado como si se tratare de un balance para la liquidación de la compañía."*

De su parte el primer inciso del artículo 333 dice "*El Acuerdo de transformación sólo obligará a los socios o accionistas que hayan votado a su favor. Los accionistas o socios no concurrentes o disidentes con respecto a la transformación de la compañía,* ***tienen el derecho de separarse de ella, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones*** *o de su participación, en conformidad con el balance a que se refiere el artículo anterior. Para la separación, el accionista notificará al gerente o administrador de la empresa, por escrito, dentro de los quince días contados desde la fecha de la junta general en que se tomó el acuerdo"*.

Sobre este particular, consideramos que el derecho de receso como ocurre en otras legislaciones como la argentina, no debe ceñirse únicamente a los actos de transformación, fusión o escisión como lo regula nuestro ordenamiento jurídico, pues si lo que importa es velar por los intereses de los accionistas frente a cambios trascendentales que ocurren en la compañía, los tres actos mencionados no son las únicas reformas que afectan a los intereses de los socios.

Por lo dicho, creemos conveniente que debería considerarse una reforma a la ley que permita ejercer este importante derecho por parte del socio, que no quiere seguir formando parte de la sociedad por no existir las mismas condiciones en las que participó en la constitución o de forma posterior mediante su inversión en la adquisición de acciones, haciendo extensivo su ejercicio para los demás actos que impliquen reforma del contrato social original, tales como la reactivación, cambio de objeto social, cambio de denominación objetiva, prórroga del plazo, casos particulares de aumento de capital que como en la ley 19.550 de la República Argentina, se establecen ciertas condiciones para el ejercicio del receso, tal el caso de que la junta resuelva un aumento de capital en numerario del quíntuplo del capital actual, lo cual evidentemente afecta a los accionistas minoritarios que por atentar a sus intereses pueden decidir su alejamiento o retiro.

Mascheroni y Muguillo expresan que el derecho de receso viene a conciliar dos aspectos, "la libertad de la sociedad de modificar y alterar sus estatutos, con el respeto a la liberta del socio de separarse de aquella al no compartir tales alteraciones, resguardando el derecho de ambos; el de la primera a desarrollar su labor dentro de sus nuevas metas u objetivos, y el del segundo a reasumir su libertad de acción individual al alterarse las originarias condiciones de creación o de su acceso a la sociedad."[64]

2.3.9.6.- Derecho a responder únicamente con el aporte realizado a la sociedad.- El artículo 143 de la Ley de Compañías, implícitamente otorga un derecho a los accionistas al manifestar que éstos únicamente responden por el monto de sus acciones, destacándose el principio de la personalidad jurídica de la compañía que deberá responder por sus obligaciones sociales como persona jurídica que es, considerada como diferente e independiente de los socios que la conforman.

De acuerdo a la norma legal mencionada, en caso de existir obligaciones pendientes, la sociedad es la llamada a responder por las mismas, salvo el caso de que ésta no lo pueda hacer deberán responder los accionistas pero solamente hasta el monto de los aportes que efectivamente han invertido en la sociedad, sin que pueda involucrarse sus respectivos patrimonios individuales para el cumplimiento de obligaciones sociales.

[64] Mascheroni H., Fernando; Muguillo A., Roberto; Régimen Jurídico del Socio; pag. 314; Editorial Astrea; Buenos Aires Argentina 1996.

Sin embargo, el 26 de septiembre de 2012, se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 797, la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, que por tener el carácter de orgánica, prevalece sobre leyes ordinarias como lo es la Codificación a la Ley de Compañías, y que viene a trastocar el principio de la personalidad jurídica señalada en la norma que se analiza, al establecer en el artículo 1, la posibilidad de que cuando existan obligaciones con entidades públicas que tengan jurisdicción coactiva, puedan ejercer su acción no únicamente contra el directamente obligado sino de todos los obligados por ley, estableciendo para el caso que nos ocupa, el hecho de poder llegarse hasta el último nivel de propiedad.

Es importante transcribir el texto de la norma en mención que expresa lo siguiente: "*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 sólo 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.*

Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán, motivadamente, ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros existan indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos, lo cual deberá constar en el proceso y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación."

Creemos que deben tomarse otro tipo de medidas legales que permitan tener mayor control y efectividad en la vigilancia de las sociedades, del respeto a los derechos de los trabajadores, de las obligaciones a la seguridad social y al pago estricto de impuestos por parte de todas las personas naturales o jurídicas, empero no estamos de acuerdo en que la ley orgánica mencionada destruya el principio de la personalidad jurídica, so pretexto de cobrar deudas sociales, laborales o tributarias, afectando directamente el patrimonio de los socios, pues se está atentando contra personas diferentes a la sociedad, encontrándose en riesgo las inversiones en toda compañía mercantil por el

recelo a perder sus patrimonios, en muchas ocasiones por la negligencia o culpabilidad del administrador de turno.

En este sentido consideramos que la ley orgánica de defensa de los derechos laborales es una norma arbitraria y restrictiva de los derechos de los accionistas, que debe ser derogada a la brevedad posible, y en su lugar establecer mecanismos de control laboral, de seguridad social e impositivo más rigurosos para que malas administraciones de sociedades anónimas no puedan burlar los derechos fundamentales de trabajadores y de los intereses del Estado, sin agraviar la situación económica de los socios.

No ha resultado suficiente para el legislador desbaratar el principio de la personalidad jurídica de la sociedad mediante la ley antes citada, pues le ha extendido finalmente su acta de defunción al expedir recientemente la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil publicado en el Registro Oficial No. 249 del 20 de mayo de 2014 que reforma parcialmente la Ley de Compañías, por medio de la cual se establece que en casos de actos o contratos celebrados por la compañía en violación a la norma citada, no responderá ésta sino sus administradores y los **socios o accionistas,** quienes responderán personal y solidariamente por los posibles daños y perjuicios causados a terceros de buena fe; de igual forma se atenta contra los derechos fundamentales de los socios cuando por el hecho de que por ser deudores de terceros que hayan embargado sus acciones, éstos puedan ejercer los derechos económicos que le corresponden al socio embargado, lo cual es incomprensible puesto que se le está imponiendo una doble sanción al accionista deudor, por una parte con el embargo como medida judicial y por otra parte el no permitírsele ejercer sus derechos inherentes de socio otorgándole ese derecho a un tercero ajeno a la compañía, sabiendo que el acreedor ostenta legalmente los medios procesales y judiciales expeditos para exigir el cobro de su acreencia, situaciones con las que no nos encontramos de acuerdo por cuanto esta ley destruye el principio universalmente aceptado de la personalidad jurídica de la sociedad entendida como persona jurídica diferente a los socios que la conforman y a la limitación de responsabilidad de éstos últimos por los actos u obligaciones de aquella. Este aspecto será tratado además en el capítulo correspondiente a las conclusiones del presente trabajo.

Sin perjuicio de lo que establece la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, y la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del sector Societario y Bursátil, la Ley de Compañías si bien establece que los accionistas responden únicamente por el monto de sus acciones, dispone en su artículo 220 una excepción referente cuando hubieren percibido pagos de la compañía en perjuicio de los acreedores de la misma con infracción a la ley, en cuyo caso la responsabilidad se extiende hasta el monto de los valores percibidos antijurídicamente, salvo que haya existido buena fe en la recepción de cantidades por concepto de participación en los beneficios.

2.3.9.7.- Los derechos de crédito de los accionistas frente a la sociedad.- De acuerdo al artículo 221 de la Ley de Compañías, los derecho de crédito de los accionistas frente a la sociedad no pueden ser afectados de ninguna manera por los acuerdos de la junta general, estableciéndose la nulidad como sanción cuando existan cláusulas o pactos que supriman o disminuyan los derechos conferidos por la ley a las minorías.

2.3.9.8.- Derecho a presentar denuncias y solicitar intervención de la compañía.- Los accionistas tienen también derecho a presentar denuncias contra los administradores de la compañía por actos irregulares que se cometan en el ejercicio de sus cargos y que afecten a sus intereses, siempre que se cumplan con todos los requisitos de forma y de fondo que debe contener una denuncia de acuerdo a las normas que para el efecto establece el Reglamento de Denuncias de la Superintendencia de Compañías publicada en el Registro Oficial No. 694 del 02 de mayo de 2012.

Además de conformidad con el numeral 1° del artículo 354, los accionistas que representen al menos el diez por ciento del capital pagado, tienen el derecho para solicitar a la entidad de control, realice una intervención a la compañía por el incumplimiento o violación a la ley, sus reglamentos o estatutos que puedan cometer los administradores, siempre que se puntualice cuales son los actos irregulares y cuales son los perjuicios que sufren o pudiesen sufrir los accionistas por tales actos u omisiones.

2.4.- OBLIGACIONES DEL ACCIONISTA FRENTE A LA SOCIEDAD: PATRIMONIALES Y NO PATRIMONIALES.

De la misma forma como existen derechos patrimoniales y no patrimoniales, las obligaciones de los accionistas también tienen ese carácter, sin embargo podemos decir que las obligaciones de los socios son reducidas en comparación con los derechos que la ley les concede.

Algunos autores contrarios a la tendencia de reconocer una sola obligación del accionista como Joaquín Rodríguez, son del criterio que la obligación de cumplir su aportación a la sociedad no es la única que tienen dentro de la misma, manifestando que si bien es la única de carácter patrimonial, existen otras obligaciones, diferenciando a ésta obligación patrimonial de carácter individual del socio como lo afirma el autor, de las obligaciones colectivas entre las que se encuentran las de colaboración o de fidelidad.

Ente tanto existen otros autores que consideran que la única obligación del accionista es la de carácter patrimonial, así, tomando las palabras del tratadista Garrigues, dice que básicamente "todas las obligaciones del accionista se reducen a una: la de realizar íntegramente la aportación de capital ofrecido al fundar la sociedad o al ingresar en una sociedad existente."[65]

De lo que se vislumbra en la vida práctica en la gran mayoría de compañías anónimas, la principal y única obligación del accionista es justamente el cumplimiento del aporte ofrecido en la constitución de la sociedad o en su acceso a la misma, sin embargo existen otras obligaciones que los mismos socios se imponen por permisibilidad de la propia ley y que se plasman en los respectivos estatutos sociales, como los son las aportaciones suplementarias.

2.4.1.- Obligación de pago del aporte ofrecido.- Como queda expuesto por la doctrina, esta es una obligación de tipo patrimonial, que liga jurídica, individual y directamente al accionista para con la sociedad y viceversa, dando origen a los derechos y obligaciones recíprocas entre las partes. El artículo 218 de la Ley de Compañías

[65] Garrigues, Joaquín; Curso de Derecho Mercantil; 9° Edición, Segunda Reimpresión; pag. 525; Editorial Porrúa, México-1998.

impone expresamente ésta obligación al socio al manifestar "*El accionista debe aportar a la compañía la porción de capital por él suscrito y no desembolsado, en la forma prevista en el estatuto o, en su defecto, de acuerdo con lo que dispongan las juntas generales. El accionista es personalmente responsable del pago íntegro de las acciones que haya suscrito, no obstante cualquier cesión o traspaso que de ellas haga.*"

En este sentido, el accionista contrae la obligación desde el momento que suscribe la parte respectiva de capital, debiendo cancelar el valor total de dicha suscripción de acuerdo a la forma que se haya estipulado en el contrato social o de acuerdo a lo que dispongan las juntas generales, y su responsabilidad no cesa por el hecho que haya transferido sus acciones a un tercero.

Para constituir una sociedad anónima debe estar suscrito la totalidad del capital y estar pagado al menos una cuarta parte del mismo, conforme lo reza el artículo 147 de la ley societaria, lo que significa que cada accionista debe haber aportado para la fundación de la compañía, por lo menos el 25% de la parte del capital que haya suscrito; en los casos de aumento de capital mediante suscripción de nuevas acciones, el artículo 183 en su penúltimo inciso establece, de manera similar para el caso de constitución, que para proceder a dicho aumento, deberá pagarse por lo menos el 25% del valor del mismo, por lo tanto, así mismo, cada accionista debe pagar necesariamente al menos la cuarta del capital por él suscrito, debiendo en consecuencia entenderse que los porcentajes indicados en la normas precitadas, no se refieren, como muchos lo entienden, al capital total de la sociedad, sino a cada acción individualmente considerada por ser una cuota o parte alícuota del capital social, así lo entiende la Doctrina Societaria No. 26 de la Superintendencia de Compañías.

En las compañías de responsabilidad limitada, la ley establece un plazo no mayor a doce meses para el pago del saldo de capital, sin embargo en lo tocante a las compañías anónimas la ley se limita a decir que el pago del saldo de capital suscrito y no desembolsado se pagará de acuerdo a lo que establezca el estatuto o de conformidad con las resoluciones de la junta general. Cabe preguntarnos que pasaría si en el contrato social no se ha estipulado sobre el particular y las juntas generales tampoco se pronuncian sobre el plazo en mención, quedando la obligación en comento, postergada en el tiempo de acuerdo a la conveniencia y voluntad del socio.

La respuesta a lo mencionado se encuentra en la Resolución No. 99.1.1.3.0006 emitida por la Superintendencia de Compañías por medio de la cual se expidió el "Reglamento sobre el procedimiento de aumento del capital suscrito dentro del autorizado, en las compañías anónimas y de economía mixta", que en el segundo inciso del artículo 4 dispone que "*El saldo por pagar del capital suscrito, deben integrarlo los accionistas en el plazo máximo de dos años, contados desde la inscripción de la constitución de la compañía o del respectivo aumento de capital, en el Registro Mercantil correspondiente.*"

Dicha normativa entonces, es la que actualmente fija el plazo máximo de cumplimiento de la obligación del pago del aporte aún no desembolsado, sin embargo se puede hacer dos puntualizaciones al respecto, la primera a cerca del título del reglamento que se refiere al capital suscrito dentro del autorizado, algo incongruente con el fondo, puesto que lo que se reglamenta se refiere además a los casos en los que no hay capital autorizado; y la segunda, que si bien un reglamento emitido por la entidad de control viene a regular el plazo que no lo establece la ley, creemos que si bien la ley se encuentra regulando el plazo de cumplimiento taxativamente para la sociedad limitada, en tratándose de la sociedad anónima considerada como la sociedad mercantil por excelencia, debe acontecer de la misma forma, debiendo no buscarse soluciones de remiendo a la ley mediante resoluciones administrativas y plantearse una reforma en la que, tal como se lo hace en la compañía limitada, se regule en la ley el plazo de cumplimiento también para el caso de la anónima.

En el caso de que los suscriptores no cumplan con el pago de su aportación al momento de constituir la sociedad, el artículo 206 de la Ley de Compañías establece la facultad a los promotores de "*exigirle judicialmente el cumplimiento; podrán también tenerse por no suscritas las acciones, y, en ambos casos, tendrán derecho a exigir el resarcimiento de daños y perjuicios. Una vez constituida la compañía este derecho le corresponderá a ella."*

Constituida la compañía, el o los accionistas que no cubran el saldo comprometido en la escritura de constitución o en el aumento de capital correspondiente, se encuentran sujetos a medidas legales que están encaminadas a ejecutar el pago de los aportes que no han sido efectuados, es decir, la compañía tiene de conformidad con el artículo 219

de la Ley de Compañías, acciones en concreto que puede plantear para que el accionista moroso cumpla con la obligación que se ha comprometido originalmente.

El artículo 219 antes indicado expresa que en estos casos la compañía podrá 1) "*Reclamar por la vía verbal sumaria el cumplimiento de esta obligación y el pago del máximo del interés convencional desde la fecha de suscripción"*, otorgándose por tanto a la compañía la posibilidad de presentar una acción judicial para cobrar dicha acreencia, trámite procesal que persigue el cobro de la aportación más los intereses devengados desde la fecha de suscripción de las acciones.

El numeral 2 de la norma aludida le faculta a *"Proceder ejecutivamente contra los bienes del accionista, sobre la base del documento de suscripción, para hacer efectiva la porción de capital en numerario no entregada y sus intereses según el numeral anterior";* en este sentido, de forma similar al numeral anterior se otorga a la sociedad una acción judicial de carácter ejecutiva, sin embargo al ser ejecutiva la acción debe ser ejecutivo el título, es decir que la obligación contenida en el título en que se base debe cumplir con los requisitos de ser pura, líquida, determinada y de plazo vencido. Siendo este título el documento de suscripción, debería contener los requisitos mencionados so pena que no se califique a la demanda por parte del juez competente por no cumplir con la ejecutividad del título.

El numeral 3 por su parte expresa: "*Enajenar los certificados provisionales por cuenta y riesgo del accionista moroso. Cuando haya de procederse a la venta de los certificados, la enajenación se verificará por intermedio de un martillador público o de un corredor titulado. Para la entrega del título se sustituirá el original por un duplicado. La persona que adquiera los certificados acciones se subrogará en todos los derechos y obligaciones del accionista, quedando éste subsidiariamente responsable del cumplimiento de dichas obligaciones. Si la venta no se pudiere efectuar, se rescindirá el contrato respecto al accionista moroso y la acción será anulada, con la consiguiente reducción del capital, quedando en beneficio de la compañía las cantidades ya percibidas por ella, a cuenta de la acción. La anulación se publicará expresando el número de la acción anulada. Los estatutos pueden establecer cláusulas penales para los suscriptores morosos."*

El principio de lo que reza el inciso arriba expuesto es correcto por cuanto lo que se tiene que enajenar son los certificados provisionales más no las acciones como lo expresaba la codificación anterior de la ley, lógicamente porque las acciones aún no se emiten mientras no se pague el valor total de cada una de ellas, certificados provisionales cuyo producto ingresará al capital y a cambio la compañía entregará los correspondientes títulos de acciones a los adquirentes. Sin embargo continúa el inciso indicando que cuando deba procederse a la venta, se lo realizará a través de martillador público o corredor titulado, situación que dificulta la venta en gran medida por cuanto en muchos cantones importantes a excepción de Quito y Guayaquil, no existen martilladores o corredores titulados, tornando en letra muerta la aplicación de esta disposición legal.

La norma establece que si la venta no se pudiere efectuar, **se rescindirá** el contrato respecto al accionista moroso y que la acción será anulada, con la consiguiente reducción del capital, quedando en beneficio de la compañía las cantidades ya percibidas por ella, todo lo cual nos conduce a que se está permitiendo una verdadera exclusión del socio, exclusión que no figura en ninguna otra parte de la ley para este tipo de compañías, siendo la única forma de exclusión legal el incumplimiento en el pago del aporte ofrecido.

Al respecto debemos resaltar dos puntualizaciones, la primera referente a la "rescisión" que se establece como sanción por la norma analizada, manifestando nuestra inconformidad con el término o vocablo usado por el legislador, ya que en nuestro ordenamiento jurídico, la recisión equivale a la nulidad relativa ocasionada por la incapacidad relativa de una de las partes o por existir vicios en el consentimiento, lo cual evidentemente no se produce cuando se incumple una obligación contractual por una de ellas, siendo lo correcto hablar de terminación del contrato pues el contrato de sociedad como lo enunciamos al principio de este trabajo, es un contrato de tracto sucesivo cuya forma de disolución es la figura de la terminación.

Con respecto a la terminación como forma de conclusión de las obligaciones, el profesor Hernán Coello García, enseña que la terminación "cabe en los contratos de tracto sucesivo como el matrimonio, el arrendamiento, **la sociedad**, el contrato de trabajo, etc., frente al incumplimiento de una de las partes o frente al acuerdo de

voluntades de los dos contratantes, para dejar sin efecto el contrato,"[66] Por lo tanto, es necesario en este aspecto introducir una reforma a la ley que permita corregir tan craso error, empleando el léxico jurídico correspondiente y reemplazando en tal sentido los términos "*se rescindirá"* por los vocablos "*se terminará.*"

La segunda consideración tiene relación con nuestra discrepancia acerca de la parte del texto legal que expresa que, si la venta de los certificados provisionales mediante un martillador público o corredor titulado no se pudiere efectuar, se podrá proceder a la mal llamada rescisión del contrato como lo revisamos en líneas anteriores, discrepancia que radica en la ambigüedad de la redacción, pues no da claridad sobre este procedimiento, debiéndose precisar en que casos o bajo que condiciones o circunstancias debemos entender que la venta no se ha podido efectuar, es decir, si no se puede efectuar por no existir martilladores públicos en el domicilio de la compañía, o de existir por no poder venderlos, o por cualquier otra razón que debería estar taxativamente establecida para evitar interpretaciones innecesarias, pues en los cantones donde no hay martilladores ni corredores titulados, no podría enajenarse dichos certificados, sin embargo no se sabe que criterio al respecto podrá tener un juez de lo civil o constitucional, cuando se impugne o se presente una acción de protección por la aplicación de esta norma en tal sentido.

Somos del criterio que debe establecerse otra reforma al respecto, estableciéndose simplemente que en caso que de no haber martillador público o corredores titulados en el domicilio de la compañía o de existirlos no se llegare a enajenar los certificados provisionales, se pueda facultar a la compañía la terminación del contrato respecto al socio moroso en los términos antes expuestos, previa la certificación de la entidad competente que certifique la no existencia de tales funcionarios.

La doctrina tiene criterios similares sobre la falta de cumplimiento de esta obligación, así Brunetti expresa que "La sanción por la inobservancia de esta obligación consiste en la pérdida de la participación accionaria mediante una forma de autoejecución por la

[66] Coello García, Hernán; Teoría del Negocio Jurídico; pag. 88; Universidad del Azuay; Cuenca Ecuador 1992.

que el acreedor por sí mismo (sine ministerio judicis) está autorizado a proceder a la expropiación del deudor."[67]

2.4.2.- Obligación de lealtad y consecuencia con el interés social de la compañía.- Esta obligación no patrimonial por sí misma no tiene una norma expresa determinada en nuestro ordenamiento jurídico que la regule, lo que tiene es un contenido que obedece a principios de ética y moral entre los consocios que se traduce en la protección del interés social, es decir en la intención que buscaban los socios fundadores al momento de constituir la compañía para lograr la finalidad trazada.

Esta obligación tiene mucha relación con el sentido de colaboración que debe tener un accionista con la sociedad y que por tanto ataca los actos de competencia que realicen los propios accionistas en contra de los intereses de la compañía, lo que se consideraría una deslealtad para con la misma, como por ejemplo aprovecharse de información privilegiada para beneficio propio o de otras personas, o formar parte directa o indirectamente de otras sociedades que tengan el mismo objeto social.

La Constitución de la República en su artículo 66 numeral 16, garantiza a las personas el derecho a la libertad de contratación, por lo tanto la obligación de lealtad o consecuencia se vería afectado por la norma constitucional al estar facultada toda persona, sin restricciones, a contratar en la forma que sea y con quien lo desee dentro del marco legal, situación que evidentemente atentaría contra el interés social de las compañías al permitírseles a los accionistas que puedan participar en otras sociedades de la competencia entregando información o llevando clientes comerciales de una a otra compañía a manera de ejemplo.

Por lo tanto somos del criterio que el derecho de libre contratación si bien está regulado por la Constitución, sin embargo ha de entenderse que el desarrollo del marco constitucional se sostiene en la aplicación de las leyes que deben estar acordes con la Carta Fundamental, por lo que ésta obligación debería estar establecida en la ley y su no acatamiento debidamente sancionado, tal como hacen otras legislaciones entre ellas la argentina, la peruana o la hondureña, en las que los accionistas que tienen intereses en

[67] Brunetti, Antonio; Sociedades Mercantiles, Serie Clásicos del Derecho Societario, Volumen 1; pag. 449, Editorial Jurídica Universitaria, México 2001.

conflicto con la compañía no se les concede el derecho al voto, o de hacerlo serán responsables de los daños y perjuicios que ocasione la resolución de la junta, cuando sin su voto no se habría conseguido la mayoría necesaria para la validez del acuerdo adoptado.

Antonio Brunetti sobre éste deber del accionista emplea la terminología de la obligación de ser correcto, entendiendo por tal el hecho de que el accionista no persiga intereses personales a costa de la sociedad, lo que se conoce como conflicto de intereses, indicando que debe abstenerse de participar en acuerdos en los que por cuenta propia o de terceros, tenga un interés en conflicto con la sociedad, acuerdos que a decir del autor, pueden anularse y hasta exigírsele el resarcimiento del daño.

2.5.- FORMAS DE ADQUIRIR LA CALIDAD DE SOCIO.- La calidad de accionista de una compañía anónima puede adquirirse de diversas formas, así de forma originaria al momento de constituir la sociedad los fundadores o promotores en la constitución simultánea o sucesiva respectivamente, pueden llegar a tener la calidad de accionistas por el hecho de haber suscrito para sí, una o más acciones en el capital inicial de la constitución.

De forma derivada se puede adquirir la calidad de accionista en los casos de aumento de capital, cuando en el evento que los accionistas originales no hacen uso de su derecho preferente para la suscripción de acciones ha emitirse como efecto del aumento acordado y los demás accionistas tampoco hacen uso del derecho que no ejerció su titular, las acciones pueden venderse a terceros ajenos a la sociedad, quienes de suscribir las acciones que ningún accionista original ha suscrito, pasan a ser también accionistas de la compañía.

Otra forma derivada como lo conoce la doctrina se suscita cuando una persona se convierte en socio de la compañía por la transferencia de acciones que hace en su favor un socio original, transferencia entendida como el acto entre vivos que opera mediante una simple nota de cesión, sin perjuicio que la transacción que lo contiene se refiera a compraventa, permuta, donación, etc., como lo veremos más adelante en el capítulo correspondiente.

Se puede llegar a ser accionista de una sociedad anónima a través de la sucesión por causa de muerte del accionista titular –otra forma derivada, operando en este caso la transmisión de acciones a los herederos o legatarios según el caso, ya sea en tratándose de sucesión testamentaria o de sucesión intestada o abintestato, por medio de las cuales el heredero o legatario han sido favorecidos por la ley o por el testamento para recibir una o más acciones que le correspondían al causante dentro de la sociedad, quienes de aceptar la herencia o legado pasan a ser los nuevos accionistas de la compañía.

Las acciones de acuerdo al artículo 31 de la Ley de Compañías son plenamente embargables, por lo que de plantearse acciones judiciales en contra del socio deudor por parte de terceros acreedores, una vez embargadas las acciones, de no cumplir con el pago, las mismas se podrán a remate cuyo producto servirá para cumplir la obligación no satisfecha por el socio, y quien adquiera las acciones, de ser un tercero ajeno a la sociedad, adquirirá la calidad de socio desde la adjudicación mediante sentencia y su correspondiente inscripción en el Libro de Acciones y Accionistas, es decir puede adquirir la calidad de accionista mediante ejecución forzosa de las acciones.

Las acciones que se cotizan en bolsa pueden ser adquiridas por la compra que haga cualquier inversor interesado en el mercado bursátil.

2.6.- FORMAS DE CESAR LA CALIDAD DE SOCIO.- La calidad de accionista puede terminarse por la transferencia que se haga a favor de un tercero o de otros accionistas, del total de las acciones que un socio mantiene en la compañía, transferencia que puede ser a través de cualquier transacción como ya se manifestó en el punto anterior, esto es compraventa, donación o permuta.

Otra causa por la que se pierde la calidad de socio, es la exclusión que por ejecución forzosa de sus acciones ocasionada por el incumplimiento en el pago de la mismas a la sociedad emisora, ésta en base a lo que dispone el artículo 219 de la Ley de Compañías, puede demandar vía verbal sumaria, ejecutiva el pago pudiendo llegar hasta el remate de las acciones o en su defecto en virtud del numeral 3 de la norma antes enunciada, tiene la posibilidad de excluir al socio definitivamente de la compañía mediante la

terminación del contrato con el accionista moroso, anulando las acciones y quedando para su beneficio las cantidades que anteriormente haya cancelado el accionista.

Finalmente, el accionista dentro de sus derechos, ostenta la facultad de retirarse o separarse voluntariamente de la sociedad porque así lo permite la norma jurídica, dejando su calidad de accionista por ejercer el derecho de receso en los casos de fusión, transformación y escisión de la compañía, como ya se analizó en líneas anteriores.

CAPÍTULO III.

LAS ACCIONES

3.1.- LA ACCIÓN: CUOTA DE CAPITAL SOCIAL, TÍTULO VALOR Y FUNDAMENTO DE LA CALIDAD DE ACCONISTA.- De acuerdo al jurisconsulto Dr. Rómulo Gallegos, el término acción citado por Lehmann a su vez citado por Jesús Rubio, "aparece por primera vez en 1606, para identificar a la pretensión encaminada a conseguir el pago de un dividendo y de allí el origen de la palabra accionista."[68]

Para Joaquín Rodríguez, en sus orígenes la acción o título significaba el recibo que se entregaba por la aportación cuya cuantía era inscrita en el libro y el nombre de la persona que se comprometía en realizarla, entendida como un documento probatorio para efectos de transferencia de derechos sociales, más en la actualidad a decir de este tratadista, la acción a más de ser un documento meramente probatorio, contiene todos los derechos que le competen a su titular, es un documento libremente negociable y su transferencia conlleva el traspaso de todos sus derechos al nuevo titular.

La doctrina tradicional entiende a la acción desde un triple aspecto, a saber, como una parte del capital, como fundamento de la calidad de accionista y como un título valor, aspectos que no deben ser considerados como excluyentes sino que se encuentran íntimamente relacionados entre sí

En nuestro derecho positivo se acepta el triple enfoque que contiene el término acción, así la Ley de Compañías en su artículo 143 al establecer el concepto de la sociedad anónima, determina cuales son las características de la compañía y nos dice: "*La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones.*"

Dentro de este concepto podemos destacar que la compañía anónima se caracteriza por ser una compañía de capital conformado por los accionistas para constituir la sociedad

[68] Gallegos Vallejo, Rómulo; La acción como parte del capital, como título y como fundamento de la condición de accionista; La Compañía Anónima, Análisis Sistemático de su Normativa; pag. 93; Ediciones Legales, Quito Ecuador-2006.

y que dicho capital se encuentra dividido en acciones, es decir que cada acción representa una parte, fracción o alícuota del capital social, por lo tanto de la suma de tales partes, fracciones o alícuotas, se obtiene como resultado la totalidad del capital en mención, donde el socio será titular de tantas cuotas sociales, como porcentaje de participación tenga en el capital social.

Las acciones como partes, fracciones o cuotas del capital deben tener un valor económico, el mismo que varía según algunos factores, así el artículo 150 numeral 5 y 166 de la Ley de Compañías establecen que en la escritura de constitución debe indicarse el importe del capital, con la expresión del número de acciones en que se divide, su valor nominal y sus clases. Sin embargo las acciones a más de contener un valor nominal establecido en la escritura de constitución de la sociedad, tienen un valor real y un valor de mercado.

Sobre el valor nominal, la ley no dispone cual debe ser el monto mínimo que se tiene que establecer a cada acción, sabiendo que las acciones pueden tener valores nominales distintos según su clase como ya se había analizado en el capítulo pasado cuando se trató de los derechos que conferían, sin embargo la Superintendencia de Compañías a partir de la crisis económica suscitada en el Ecuador a finales de los años noventa e inicio del nuevo milenio, a raíz de la Ley de Transformación Económica por medio de la cual se extinguió el sucre como moneda nacional y se adoptó el dólar de los Estados Unidos de América, emitió la resolución No. 00.Q.IJ.008 que contiene las "Normas de aplicación de las reformas a la Ley de Compañías, introducidas en la Ley para la transformación económica del Ecuador", publicada en el Registro Oficial No. 69 del 03 de mayo del 2000, en el que su artículo 4 señala "*En la escritura constitutiva de una compañía anónima, de economía mixta, en comandita dividida por acciones o de responsabilidad limitada, siempre que dicha escritura hubiere sido otorgada en cualquier fecha a partir del 13 de marzo del 2000, el valor nominal de las acciones o de las participaciones en que, según el caso, se divida su capital, será de un dólar o múltiplo de un dólar de los Estados Unidos de América.*"

Por lo tanto, el valor mínimo de las acciones de conformidad con esta normativa es de un dólar o múltiplos de dólar de los Estados Unidos de América, anotando que esta obligatoriedad es a partir del 13 de marzo del 2000; a las compañías constituidas antes

de la fecha indicada les está permitido mantenerse en el mismo valor nominal con el que se constituyeron, aumentar a la fracción de dólar que decida la junta o elevar el valor a un dólar o múltiplos de dólar según su conveniencia, destacando que el valor nominal de las acciones tiene el carácter de permanencia e invariabilidad, salvo disposición de elevación del valor nominal resuelto por la junta general o por disposición legal que lo determine.

El valor real en cambio, es el que se obtiene haciendo una operación aritmética, dividiendo el monto del patrimonio para el número de acciones que posee el accionista titular de las mismas, debiendo indicarse que únicamente el valor nominal y el valor real de las acciones coinciden en el momento de la constitución, pero conforme la sociedad desarrolla su actividad empresarial, estos valores se diferencian entendiéndose que el valor real será superior al nominal si el ejercicio económico alcanzado es positivo, mientras que de existir pérdidas en el ejercicio económico, el valor real será inferior al nominal, consecuentemente el valor nominal debe reflejar el efectivo aporte patrimonial que han realizado los accionistas.

El valor de mercado en cambio se refiere a las acciones que se encuentran inscritas en el Mercado de Valores y que se negocian a través de las Bolsas de Valores, en donde el valor depende de la clasificación del riesgo y del endeudamiento de la sociedad a corto, mediano y largo plazo, a políticas de distribución de utilidades, si los servicios o productos atienden al mercado interno o externo, si existe demanda de los títulos de renta variable en el mercado entre otros aspectos.

Martínez Val coincide en la diferencia existente entre el valor real y el valor de mercado, al respecto manifiesta que el valor real es el "calculable por la relación entre el total del patrimonio efectivo y el número de acciones, y el valor de Bolsa o valor de mercado, que es el que se obtiene en las transacciones, influyendo sobre todo el reparto de dividendos, aunque sometido también a otros factores, algunos imponderables y hasta extraeconómicos."[69]

[69] Martínez Val, José María; Derecho Mercantil, pags. 160, 161; Casa Editorial Bosch S.A.; Barcelona-España 1979.

En referencia a la acción como título valor, hemos de indicar primeramente y sin entrar en análisis de la significación y la adecuada terminología a utilizar entre títulos de crédito y títulos valores, que en las legislaciones de América Latina a decir del profesor y jurisconsulto Dr. Santiago Andrade, se ha optado por utilizar la figura de los títulos valores, que siguiendo la tesis de Garrigues, existen títulos que no sólo atribuyen un derecho de crédito a su titular como en el caso de las acciones en la sociedad anónima, sino que les otorga un conjunto de derechos subjetivos.

Esto se debe a que si bien por regla general todo documento en tanto y en cuanto sirva para contener un derecho, recibe valor no por el papel que constituye el título mismo sino por el derecho que éste contiene, otorgándole valor por el derecho en sí, sin embargo existen documentos en los que el derecho sin el título no tienen valor y es por esta razón que al título se lo ha denominado con el adjetivo de valor, concluyendo que "como en ellos el título tiene valor los llamamos títulos-valores."[70]

La Ley de Compañías no proclama concepto alguno de acción, menos lo conceptúa expresamente como un título valor, sin embargo de su normativa se infiere que le da tal calidad al referirse los artículos 168, 173, 176 y 177 de la mentada norma, a las reglas para la emisión y expedición de los títulos, por su parte los artículos 188 y 189 ibídem que se refieren a las reglas de cesión, inscripción y transferencia de los mismos, o el caso del artículo 197 que hace relación con el procedimiento a seguir en los casos de extravío o destrucción de los títulos.

De lo expuesto se puede colegir que para nuestro ordenamiento jurídico la acción es un título valor que no contiene ni representa un crédito sino un derecho del accionista, y que al incorporarse los derechos del socio en el título, éste cumple un doble propósito, por una parte una función probatoria de tales derechos y por otra parte, una función dispositiva con su circulación.

Para Martínez Val, el título debe contener tres requisitos que son, personales, reales y funcionales, en este sentido el artículo 176 de la Ley de Compañías recoge dichos requisitos encontrándose dentro de los personales, los nombres del titular de la acción y

[70] Andrade Ubidia, Santiago; Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano; Tomo I; Segunda Edición; Pag. 7; Ediciones Legales; Quito-Ecuador 2002.

de la sociedad quien emite el título, nombre del notario y firma de las personas autorizadas; dentro de los requisitos reales que se refieren a las características del título se encuentran la cifra del capital autorizado y suscrito y el número de acciones en que se divide el capital, su valor nominal, el número de la acción y del título y si este representa una o más acciones y la clase a la que pertenece; y como requisito funcional, es decir aquellos relacionados con el régimen internos de la sociedad, que involucra la indicación si las acciones que representa el título son nominativas y si son ordinarias o preferidas, en este caso que tipo de privilegios otorgan.

La acción como fundamento de la calidad de accionista otorga el conjunto de derechos y obligaciones que forman parte del status del socio, derechos y obligaciones que fueron motivo de análisis en el capítulo precedente por lo que no es necesario volver a analizar el mismo en este acápite.

3.2.- SU CLASIFICACIÓN Y CARACTERES.- De acuerdo con la doctrina, puede haber varias clases de acciones conforme a diversos criterios, realidades y legislaciones, ya sea en base a su relación al capital, por su forma textual, por su número, por su forma de pago, por los derechos que contiene y confiere, por su valor, etc., en este sentido nuestro ordenamiento jurídico no hace una clasificación concreta y expresa de las acciones, empero las ha ubicado de cierta forma conforme a los criterios de la doctrina, así ha establecido acciones únicamente nominativas en cuanto a la titularidad de las mismas, no reconociendo otras clases como las acciones al potador, y dentro de las nominativas se encuentran las acciones liberadas o no liberadas; además clasifica desde el punto de vista de los derechos que conceden, en acciones ordinarias y en acciones preferidas.

3.2.1.- ACCIONES NOMINATIVAS.- El artículo 168 de la Ley de Compañías dispone: *"Las acciones serán nominativas. La compañía no puede emitir títulos definitivos de las acciones que no están totalmente pagadas. Las acciones cuyo valor ha sido totalmente pagado se llaman liberadas."*

Remitiéndonos a la historia del Derecho Mercantil, encontramos los primeros antecedentes de las acciones nominativas "impuestas por las tablas de Amalfi y luego en la Compañía Holandesa de la Indias Orientales."[71]

Del contexto de la norma se puede observar, que con carácter imperativo se establece únicamente la existencia de acciones nominativas, por lo que nuestra ley no permite la emisión de acciones al portador o cualquier otra clase donde no se constate el nombre o identidad del titular. Al respecto la doctrina señala que se llaman acciones nominativas aquellas que se emiten a nombre de una determinada persona y su transferencia ha de regirse por las normas de la cesión a partir de cuya celebración el acto tiene plena eficacia entre las partes, ésta cesión debe notificarse a la sociedad emisora o a la entidad que lleva el registro por escrito y debe inscribirse en el libro social correspondiente.

Por lo dicho, las acciones nominativas entonces, son aquellas representadas por títulos que expresan el nombre de una persona cierta y determinada que coincide con el que figura como poseedor del mismo título en los libros de la sociedad que los ha emitido. A esta clase de acciones se las conoce en la doctrina como acciones de legitimación nominal, "porque gozan del derecho de exigir a la compañía la emisión del título que acredita su calidad de accionista y lo legitima para el ejercicio de los derechos corporativos en él incorporados y porque, además, por la naturaleza del título que la contiene, goza del beneficio de libre circulación."[72]

En lo tocante a las acciones nominativas, la ley dispone que si las mismas se han pagado en su totalidad se denominan acciones liberadas, y en este caso la compañía puede y debe entregar al titular de las mismas el título definitivo de la acción, caso contrario, de no pagarse la totalidad de la acción, ésta no se encuentra liberada y por tanto la sociedad no le concede el título definitivo, sino en su lugar le proporciona al socio un certificado provisional de su capital suscrito para efectos del ejercicio de derechos y obligaciones.

[71] Gagliardo, Mariano; Sociedades Anónimas, Segunda Edición; pag. 47; Abeledo-Perrot S.A.E.e.I; Buenos Aires Argentina.
[72] Gallegos Vallejo, Rómulo; La acción como parte del capital, como título y como fundamento de la condición de accionista; La Compañía Anónima, Análisis Sistemático de su Normativa; pag. 98; Ediciones Legales, Quito Ecuador-2006.

Las acciones nominativas son contrarias como veremos a las acciones al portador y pueden transferirse por acto entre vivos mediante la figura de la cesión o transmitirse mediante las reglas de la sucesión mortis causa, consecuentemente en la legislación ecuatoriana, las acciones nominativas al ser un título valor, por su naturaleza puede ser transferible a otras personas mediante la cesión o como lo denomina la doctrina "endoso", llamándolas acciones nominativas endosables.

En Ecuador no se hallan reguladas las acciones nominativas no endosables como si lo hace la legislación argentina, al respecto Gagliardo diferencia estas dos clases de acciones nominativas indicando que "La acción nominativa según su circulación puede ser endosable o no endosable, las primeras son aquellas que se transmiten por una cadena ininterrumpida de endosos. En éstas para el ejercicio de sus derechos, el endosatario deberá solicitar el registro; las no endosables son aquellas que su transmisión sólo se opera mediante una declaración de enajenación formulada por enajenante y adquirente, debidamente inscripta en el libro de registro de acciones."[73] El autor indica que los títulos nominativos no endosables no deben transferirse mediante cesión, y citando a Efraín Richard añade, que la transferencia no significa cesión del derecho sino la transferencia de propiedad del título como cosa.

Finalmente las acciones nominativas conforme a la ley societaria pueden ser de dos clases, acciones ordinarias y acciones preferidas que se analizarán más adelante, acotando que unas u otras tienen la particularidad de ser indivisibles.

3.2.2.-ACCIONES AL PORTADOR.- La ley de Compañías en la actualidad no establece la emisión de acciones al portador, por lo tanto nuestra legislación no permite la circulación de esta clase de acciones, desde que el Ecuador adoptó la Decisión No. 24 del Acuerdo de Cartagena hoy Comunidad Andina, cuya finalidad era mantener un control de las inversiones extranjeras y que actualmente se mantiene vigente para evitar temas como lavado de dinero proveniente del narcotráfico y combatir los riesgos que representan el monopolio de capitales y la recaudación efectiva de impuestos, estableciéndose como sanción para quienes continuaren como tenedores de estas

[73] Gagliardo, Mariano; Sociedades Anónimas, Segunda Edición; pag. 48; Abeledo-Perrot S.A.E.e.I; Buenos Aires Argentina.

acciones, el no poder ejercer los derechos inherentes a la calidad de accionistas mientras no transformen las acciones al portador por acciones nominativas.
Sin embargo la doctrina conceptúa a ésta clase de acciones señalando que son aquellas que se transfieren por la mera entrega, por la simple tradición del título correspondiente, sin requerir cesión ni inscripción alguna, la posesión del título basta para ejercer sus derechos tanto frente a la sociedad como frente a terceros, acreditándose la calidad de accionista con la posesión del título, por lo que, quien posea el título se encuentra legitimado para ejercer los derechos inherentes a la calidad de socio.

En legislaciones como la mexicana tienen regulación jurídica similar en cuanto a que las sociedades anónimas no pueden emitir acciones al portador, sino tan solo acciones nominativas. Si relacionamos estas acciones al portador con las acciones nominativas, observamos que en estas últimas figura el nombre de su propietario, el cual también será inscrito en el libro de acciones y accionistas para su validez probatoria y funcional, y si se desea realizar un cambio en el accionariado, será necesario endosar o ceder la acción y proceder a registrar el cambio en el mentado libro.

Por el contrario, en las acciones al portador no figura ningún nombre, sino que se reconoce como propietaria a cualquier persona que las tenga en su poder. En caso de querer transferir estas acciones a un tercero, basta con entregarle los títulos. No se realizan trámites ni cambios en el registro de la empresa, en el que únicamente figurará la cantidad de acciones al portador que se emitió al crear la sociedad y sus numeraciones, pero sin hacer ninguna referencia a sus propietarios, pudiendo compararse con el funcionamiento del cheque al portador, con el que cualquier persona que lo presente, podrá cobrar la cantidad que figura en él.

A simple vista resulta extremadamente sencillo transferir acciones en una sociedad constituida con acciones al portador, pues basta con entregar los títulos al comprador y en ese mismo momento se produce el cambio de titularidad, sin más trámites. Sin embargo las medidas contra el blanqueo de capitales y el fraude fiscal que están adoptando organizaciones como la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), han estigmatizado y cuestionado de manera importante a las acciones al portador.

Así pues, desde el ámbito tributario, la presión ejercida sobre los gobiernos de los paraísos fiscales han logrado que muchas jurisdicciones offshore se hayan visto obligadas a limitar su uso. Normalmente, estas limitaciones consisten en la inmovilización de los títulos. Es decir, las acciones al portador deben quedar en depósito y custodia de un banco, una entidad fiduciaria o del agente residente (registeredagent) de la sociedad. El objetivo de esta medida es que quede registrado cualquier cambio en la titularidad de la misma y que se pueda conocer en cada momento quien ostenta su propiedad legal.

Con este tipo de limitaciones, no sólo se pierde toda la esencia y flexibilidad de las acciones al portador, sino que hacen muy complicada su transferencia, al no estar directamente en manos de su propietario legítimo. Al igual que ocurre con los gobiernos de los paraísos fiscales, también los bancos han recibido importantes presiones para colaborar en la lucha contra el blanqueo de capitales. En este caso es el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional), en inglés FATF, el que ha instado a los bancos a ejercer un mayor control sobre el origen de sus depósitos bajo la amenaza de ser incluidos en la temida lista negra del GAFI y ser marginados del sistema bancario, ha provocado que todos los bancos medianamente serios, apliquen políticas de "knowyourcustomer" (conoce a tu cliente).

Esto implica que el banco exigirá conocer la identidad de la persona que es la propietaria real de la empresa y cual es el origen de los fondos que va a depositar. En este sentido, las entidades bancarias son enormemente reticentes a aceptar como clientes a compañías cuyo capital está suscrito en acciones al portador, ya que al perder el control sobre la identidad de los propietarios de la sociedad, la cuenta bancaria pasaría a ser prácticamente anónima. Por este motivo, una parte importante de los bancos directamente rechaza trabajar con sociedades que utilicen acciones al portador. Los que sí las aceptan, normalmente obligarán al cliente a depositarlas en el propio banco (contra la emisión de un recibo), para que no puedan ser transferidas sin su conocimiento.

Debido a los inconvenientes mencionados, las acciones al portador han perdido popularidad, por lo que actualmente se suele recurrir a una fórmula alternativa que consiste en utilizar los servicios de directores y accionistas fiduciarios, pues éstos

figurarán en los papeles de la empresa, en lugar de su propietario real, el cual tendrá reconocidos sus derechos sobre la misma, mediante un contrato privado llamado "declaration of trust" o declaración de confianza. De este modo se evita la utilización de las acciones al portador y se obtiene un nivel de confidencialidad similar, aunque sin la descrita flexibilidad de transferencia.

3.2.3.- ACCIONES ORDINARIAS.- Esta clase de acciones, son las que confieren a su titular la facultad de adquirir todos los derechos y de asumir todas las obligaciones inherentes a su calidad y que se encuentran establecidos en ley, especialmente los determinados en el artículo 207 que ha sido motivo de análisis previamente, en este sentido el artículo 170 de la Ley de Compañías reza: "*Las acciones pueden ser ordinarias o preferidas, según lo establezca el estatuto. Las acciones ordinarias confieren todos los derechos fundamentales que en la ley se reconoce a los accionistas."*

El status de accionista deviene principalmente de esta clase de acciones, cuyos derechos y obligaciones generan lo que la doctrina denomina régimen ordinario o común. Charles Gerstemberg citado por Víctor Cevallos expone que la característica e esta clase de acciones es que "sus tenedores tienen un interés ilimitado en las utilidades y activo de la corporación. Participan de los dividendos después de que los derechos de los accionistas preferentes a los dividendos, se han satisfecho y participan en la distribución del activo, después de que todas las reclamaciones de prioridad se han atendido. Ya que los accionistas ordinarios son los últimos son los últimos a quienes se paga con el producto de la disolución de una corporación, tienen poderes de voto que les permiten participar en la administración."[74]

3.2.4.- ACCIONES PREFERIDAS O PREFERENTES.- Esta clase de acciones al parecer tendrían su origen en el siglo XIX, con las reorganizaciones de las compañías de ferrocarriles, donde por la necesidad de atraer capitales de inversión, surgió la alternativa de otorgar un nuevo producto a manera de privilegio o prerrogativa menos especulativa a decir de la doctrina, prebendas tales como pagarse sobre las utilidades un

[74] Cevallos Vásquez, Víctor; Nuevo Compendio de Derecho Societario, Primera Edición, Tomo II; op cit, pag. 424; Editorial Jurídica del Ecuador; Quito- Ecuador 2008.

interés mayor a su valor nominal o en casos de liquidación, los aportes por las acciones invertidas así como los intereses devengados sean pagados a sus titulares de forma prioritaria que al resto.

En este sentido se puede decir que las acciones preferidas son las que confieren derechos especiales a los accionistas que las poseen, como el caso ante dicho de cobrar sus dividendos antes que cualquier accionista ordinario, así lo entiende el Reglamento sobre emisión de acciones preferidas cuyo artículo 1 lo conceptúa así: "*Acciones preferidas o privilegiadas son las que otorgan a su titular preferencias o ventajas en la distribución y pago de utilidades y en el reembolso del capital en caso de liquidación. Las preferencias o privilegios deberán estar expresamente establecidas en el contrato social y no podrán contradecir los principios que rigen a las sociedades anónimas."*

En otras legislaciones como la argentina, estas acciones pueden ser patrimoniales o referidas al voto, O´Donell afirma que "las acciones con privilegios patrimoniales pueden conferir diversas ventajas a sus titulares cobro preferente de utilidades; pago de un dividendo fijo siempre que haya utilidades; pago de dividendos fijos acumulativos, siempre que existan utilidades; preferencia en el patrimonio de liquidación"[75], algo similar a lo que acontece en nuestra legislación, y por el hecho que se puede otorgar privilegios tanto patrimoniales como privilegios con derecho al voto, dicho autor además señala que los privilegios en los derechos de voto son incompatibles al mismo tiempo con los privilegios con los derechos patrimoniales.

En nuestro país, la Ley de Compañías no concede expresamente el derecho al voto para esta clase de acciones, sin embargo también confiere otros derechos especiales sobre todo patrimoniales, en cuanto se refiere al pago de dividendos y en la liquidación de la sociedad; al respecto el tercer inciso del artículo 170 de la ley ibídem señala: "*Las acciones preferidas no tendrán derecho a voto, pero podrán conferir derechos especiales en cuanto al pago de dividendos y en la liquidación de la compañía."* Y el cuarto y último inciso dice: "*Será nula toda preferencia que tienda al pago de intereses o dividendos fijos, a excepción de dividendos acumulativos.*"

[75] O´Donnell, Gastón; Derecho Privado Empresarial; Obligaciones y Contratos; Tercera Edición; pag. 366; Ediciones Macchi; Buenos Aires Argentina 2004.

De las normas precitadas se puede colegir el carácter patrimonial que establece la ley a los derechos o privilegios que nacen de esta clase de acciones, sin que se les otorgue un derecho importantísimo como el derecho al voto para sus titulares, lo que sí ocurre en otras legislaciones. Sin embargo, a pesar que la ley no ha establecido posibilidad de voto para los accionistas preferidos, es menester señalar que mediante Resolución administrativa No. 97.1.7.3.0012 del 02 de septiembre de 1997, la Superintendencia de Compañías emitió el Reglamento sobre Acciones Preferidas, publicado en el Registro Oficial No. 148 del 09 de septiembre del mismo año, por medio del cual en cierta forma concedería derecho al voto a sus titulares bajo ciertas circunstancias, repetimos no establecidas ni como casos e excepción por la ley societaria.

El artículo 4 del mentado Reglamento reza: "*Las acciones preferidas confieren todos los derechos establecidos por la ley, menos el derecho a voto, **que sólo lo tendrán cuando la ley lo impone** o **en los casos en que el Contrato Social lo conceda expresamente pero sólo en los siguientes casos: cambio de objeto social, disolución anticipada y modificación de privilegios de las correspondientes acciones preferidas.** En los casos en que las acciones preferidas no confieran derecho a voto, las mismas no se computarán para el cálculo del quórum respectivo, sea de instalación, de presencia o votación, en las Juntas Generales de Accionistas."* (negrita y subrayado nos corresponde)

Del texto transcrito podemos observar que el Reglamento, sin respetar la jerarquía de las normas que es un principio constitucional desde la época en que fue dictado, propone formas excepcionales a la regla general dispuesta en la ley, y determina que las acciones preferidas concederán derecho al voto en los casos que la ley lo imponga, sabiendo que la ley no impone ningún caso, tornándose la norma en este aspecto, absurda, ilógica e ilegal; y por otra parte establece que además, concederán derecho al voto cuando así lo establezca el estatuto social en los casos de cambio de objeto social, disolución anticipada y modificación de los privilegios o derechos especiales que confieren las acciones preferidas, lo cual hasta cierto punto tendría lógica y garantizaría cierta seguridad a los accionistas preferidos en la defensa de sus legítimos intereses como ocurre en otros ordenamientos jurídicos, sin embargo, a pesar de considerar correcta ésta medida desde el punto de vista lógico jurídico, empero no deja de ser dicho

reglamento atentatorio contra una norma de mayor jerarquía como lo es la Ley de Compañías.

Por lo tanto, este Reglamento originado en un acto administrativo normativo de carácter general para los administrados, debería ser motivo de revisión por parte de la autoridad ejecutora que lo emitió en pro de corregir los errores incurridos, hasta que se produzca una reforma a la ley como norma jerárquica superior, que permita esta clase de derechos a las acciones preferidas como así lo dispone el derecho comparado; y pese a que no ha sido motivo de impugnación constitucional mediante una acción de inconstitucionalidad, o de impugnación judicial por la vía contencioso administrativa para que se lo deje sin efecto, creemos que tanto los funcionarios como los servidores de la entidad de control, en aplicación del artículo 226 de la Constitución que establece "*las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley*" y de los principios constitucionales de la jerarquía de las normas y la aplicación directa e inmediata de la norma fundamental, deberían omitir la aplicación de la norma reglamentaria en mención.

El reglamento establece en su artículo 5, los derechos de los accionistas titulares de las acciones preferidas, siendo las mismas que establece el artículo 207 de la ley societaria, excepto el derecho al voto que ya se analizó, situación que pensamos es innecesaria conste en el Reglamento porque ambas circunstancias están plenamente determinadas en la norma superior, al igual que otras figuras como la libre transferencia de accione preferidas, como no podía ser de otra manera.

El artículo 7 del Reglamento expresa que "*En el contrato social o en sus reformas podrá estipularse que las acciones preferidas puedan o deban convertirse en acciones ordinarias, determinando las condiciones, plazos, valor de conversión y demás términos a los que deberá sujetarse."* Por su parte el artículo 186 de la ley, en referencia al cambio del tipo de acciones, establece simplemente que dicho cambio implicará una reforma del contrato social.

Si bien la ley no establece claramente en que consiste el cambio o convertibilidad de acciones, el Reglamento, que no podría crear derecho, de alguna forma viene a regular

esta situación que, como hemos dicho en otras partes del este trabajo, los reglamentos no están para crear normas jurídicas sino para encaminar sus procedimientos de aplicación, por lo que sería plausible una reforma al artículo 186 de la Ley de Compañías, para que sea ésta la que disponga esta convertibilidad, dejando al reglamento para que efectivamente determine en qué forma se lo haría

Es de notar que el cambio o convertibilidad del tipo de acciones de acuerdo al reglamento, únicamente operaría para las acciones preferidas en su transformación a acciones ordinarias, sin embargo no se dice nada sobre la conversión de acciones ordinarias a preferidas, por lo que se debería entender que esta no es una posibilidad cierta en nuestro ordenamiento jurídico, pero no encontramos una causa o fundamento para esta omisión.

3.3.- LA TRANSFERENCIA DE ACCIONES.- Como prólogo de este tema en particular, debemos señalar que en muchas legislaciones así como numerosos autores doctrinarios, al referirse al traspaso de propiedad de las acciones de una persona a otra, utilizan comúnmente el término “transmisión” y no “transferencia”, sin embargo en el derecho ecuatoriano, el Código Civil cuyo origen es el Código chileno de Andrés Bello, diferencia los términos transmisión y transferencia, el primero para referirse al traspaso de los bienes, derechos y obligaciones del de cuius en la sucesión por causa de muerte contenida en el libro tercero del Código Civil, en tanto que la transferencia se la conoce como el traspaso que la propiedad de las cosas corporales o incorporales entre vivos, distinción de los términos cuya semántica jurídica no se la amplía por no ser objeto principal del presente trabajo, sin embargo para efectos del desarrollo el mismo, entenderemos dicha diferencia en los términos que se ha anotado.

El Código Civil señala a la tradición como uno de los modos de adquirir el dominio, término que proviene del latín “tradere” cuyo significado en castellano es "entrega". La tradición como modo de adquirir el dominio necesita siempre de un antecedente, es decir que se haya dado una circunstancia mediante la cual, una persona esté en la obligación de entregar un bien a otra persona, para que ésta se convierta en el nuevo propietario, antecedente que se denomina título y que a su vez puede ser de varias clases como la compraventa, que dicho sea de paso es el más utilizado en la vida cotidiana, la donación, la permuta, el mutuo, etc.

El Código Civil ecuatoriano en el artículo 686 conceptúa la tradición de la siguiente forma: "*La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales.*"

El artículo 188 de la Ley de Compañías indica, en referencia a la transferencia de acciones lo siguiente: "*La propiedad de las acciones se* ***transfiere mediante nota de cesión*** *firmada por quien la transfiere o la persona o casa de valores que lo represente. La cesión deberá hacerse constar en el título correspondiente o en una hoja adherida al mismo; sin embargo, para los títulos que estuvieren entregados en custodia en un depósito centralizado de compensación y liquidación, la cesión podrá hacerse de conformidad con los mecanismos que se establezcan para tales depósitos centralizados.*"

La norma establece que la transferencia se hace a través de una nota de cesión, y el artículo siguiente hace referencia a denominación de las partes intervinientes como cedente y cesionario, en este aspecto es importante señalar que en la práctica societaria existen contratos de compraventa, permuta o donación de las acciones, por lo que cabe analizar que significa la cesión y en que consiste la presencia de tales contratos en la transferencia de acciones y la relación entre sí.

Sobre el tema, Arturo Alessandri nos enseña como el derecho civil chileno clarifica la cuestión, manifestando el real significado de la cesión en el sentido de si es un contrato o si es una manera de hacer la tradición de los derechos personales, entendiendo a la acción como un título valor que contiene un derecho personal como ya se analizó anteriormente.

Para el autor, la cesión de derechos "es la manera de efectuar la tradición de éstos; no es el contrato generador de obligaciones, sino la manera de consumar ese contrato, la manera de operar la transferencia del dominio sobre el derecho; puede definirse según esto la cesión como el acto jurídico mediante el cual una persona transfiere o enajena un

crédito a la otra…en virtud de un contrato traslaticio de dominio"[76], por lo que este tratadista, acertadamente a nuestro criterio, considera que la cesión no es la venta, permuta o donación sino su tradición, agregando que viene a ser lo que es la inscripción en la venta de los derechos reales sobre inmuebles o como lo es la entrega ficta en la venta de bienes muebles como un vehículo.

En el derecho español, Sánchez Calero afirma que la transmisión –entiéndase transferencia-, se produce de acuerdo a los principios generales del ordenamiento de aquel país, esto es mediante acuerdo entre las partes o negocio de disposición, y la entrega de la cosa, al respecto dice que en la transmisión "ha de producirse, por tanto, un negocio de transmisión (normalmente un contrato de compraventa de acciones) y la entrega de los títulos."[77]

Por lo tanto la cesión como se encuentra enmarcada en la ley, es la forma o manera en que se ejecuta la tradición o transferencia de las acciones, cuyo título puede estar plasmado en cualquier clase de contrato sea de compraventa, permuta o donación según el caso, y que debe ser efectuada mediante una nota de cesión firmada por quien la transfiere o la persona o casa de valores que la representa, debiendo ésta cesión ejecutarse haciéndola constar en el título mismo o en una hoja adherida al mismo, excepto en los casos en que los títulos se encuentren hayan sido entregados en custodia a un depósito centralizado de compensación y liquidación.

La cesión por tanto puede hacerse en el propio título, al reverso del documento, sin embargo por ser de libre negociación, es muy posible que no exista espacio suficiente para la firma de quien la transfiere luego de agotadas algunas cesiones, por lo que se acostumbra emitir una nota adherida al título que se entrega. Cabe destacar que la cesión se haga constar ya sea en el título o en una nota adherida al mismo, en caso de que la acción haya sido adquirida en sociedad conyugal del cedente, será necesario en base a lo que dispone el artículo 181 del Código Civil, que dicha cesión sea suscrita por el otro cónyuge cedente.

---

[76] Alessandri Rodríguez, Arturo; Derecho Civil de los Contratos; pag. 148; Editorial Zamorano y Caperán; Santiago Chile 1976.
[77] Sánchez Calero, Fernando; Instituciones del Derecho Mercantil; Volumen I, Vigésima Séptima Edición; pag. 333; Editorial Mc Graw Hill; Madrid España-2004.

Otro aspecto que merece una observación, es aquel por el cual la ley establece que la nota de cesión únicamente deberá ser firmada para la transferencia por el cedente, existiendo en este caso una importante omisión como es la falta de necesidad legal que firme dicho documento además el cesionario, tanto más cuanto que si hemos manifestado que en la transferencia de acciones como acto entre vivos, el modo de adquirir el dominio es la tradición, el artículo 686 antes transcripto del Código Civil que conceptúa éste modo, expresa que debe existir dos elementos indispensables para su perfeccionamiento, por un lado la facultad e intención de transferir, en este caso por parte de cedente, y por el otro lado, la capacidad e intención de adquirirlo, por parte del cesionario; por lo tanto, entendemos que debe proponerse una reforma a la ley mediante la cual, para perfeccionar la tradición como modo de adquirir el dominio de las acciones en una sociedad anónima, debe establecerse expresamente que la nota de cesión deberán ser suscritas tanto por cedente cuanto por cesionario.

De acuerdo con el artículo 189 de la Ley societaria, como ya se analizó cuando se trató sobre el status del accionista, su calidad de socio se perfecciona desde el momento en que se inscribe la cesión en el Libro de Acciones y Accionistas para que la transferencia surta efecto contra la compañía y contra terceros; sin embargo, podrá tomar acciones legales contra el cedente por vicios que pueda contener el contrato del que se origina la cesión, y contra la compañía si la cesión no ha sido oportuna y debidamente inscrita por culpa, negligencia o mala fe de la administración social, cuando la misma ha cumplido con todos los requisitos legales para tal efecto.

El mismo artículo últimamente señalado especifica la forma como se realizará tal inscripción, disponiendo que lo deberá hacer el representante legal con su sola firma, a la presentación de una comunicación firmada conjuntamente por cedente y cesionario o en forma separada por cada uno de ellos. En muchas ocasiones se tiende a confundir ente la transferencia que abarca la cesión del título o la nota adherida al mismo, con la notificación que deben hacer cedente y cesionario a la compañía, individual o conjuntamente, para que se proceda con la inscripción en el Libro de Acciones y Accionistas.

De hecho en la práctica societaria, se observa con frecuencia que las comunicaciones individuales o conjuntas enviadas a la compañía por cedente y cesionario, se las considera como cesión y por tanto el representante legal procede a inscribir la transferencia, situación que es incorrecta puesto que éstas comunicaciones son simples notificaciones, es decir documentos por medio de los cuales se hace conocer a la compañía que se ha producido una figura distinta y autónoma a dicha notificación, como lo es la cesión o transferencia de dominio de las acciones.

Sobre este particular, Salgado Valdez de forma acertada manifiesta que "el contrato que se perfecciona a través de la cesión de acciones o una donación que se perfecciona también a través de dicha cesión tiene efectos, al momento de dicha cesión, entre las partes. Es decir el contrato o la donación tienen validez desde el momento mismo en que se firma la cesión, pero solo tiene valor entre las partes y resulta, todavía, inoponible para terceros y para la compañía. Así que para que dicha cesión tenga efectos frente a terceros y frente a la compañía es necesario que se notifique a la compañía para que proceda en conocimiento de que la cesión se ha realizado legalmente, a inscribirla en el Libro de Acciones y Accionistas."[78]

Finalmente, al ser libre la negociabilidad de acciones en la compañía anónima de acuerdo al artículo 191 de la Ley de Compañías, se debe recalcar que la transferencia de las mismas no tiene restricciones salvo los casos que lo establezca la ley. En tal virtud, toda persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, puede ser sujeto de transferencia, como tradente o adquirente, sin que se le pueda imponer mediante reglamentos o estipular en el contrato social cláusulas que tiendan a impedir la libre transferencia de sus acciones.

3.4.- LA TRANSMISIÓN DE ACCIONES.- En el punto anterior manifestamos la distinción conceptual de las dos figuras jurídicas, transferencia y transmisión, entendiendo a la primera como el acto entre vivos por el cual se traspasa el dominio de una persona a otra, y la transmisión como aquella por la cual, de la misma forma, se traspasa el dominio cuando opera el modo de la sucesión por causa de muerte.

[78] Salgado Valdez, Roberto; Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana; Tomo IX ; Derecho Societario; Tomo 9, pags. 28 y 29; Fundación Latinoamericana Andrés Bello; Quito-2006.

El término sucesión proviene del latín successio ó successionis, que significa suceder y como modo de adquirir el dominio evocamos el fallecimiento de una persona y de la necesidad de que ese sujeto de derechos que dejó de ser persona de acuerdo al artículo 64 del Código Civil, sea reemplazado por otra que pueda hacerse cargo del patrimonio relicto. De forma similar a lo que acontecía en la transferencia, la transmisión es la forma en que opera la sucesión por causa de muerte, cuyo título que no siempre en este caso es un antecedente, puede ser el testamento o la propia ley, produciéndose así la sucesión testamentaria o la sucesión intestada según el caso.

Se tiende a confundir sobre que el objeto de la sucesión por causa de muerte es la transmisión de la propiedad del causante, sin embargo debemos señalar que si bien en parte esto es cierto puesto que se puede transmitir el dominio de bienes por la sucesión, sin embargo la sucesión por causa de muerte abarca más allá de la transmisión de la propiedad, esto es que se transmite también sus derechos y obligaciones, es decir derechos reales y personales, cargas, limitaciones y obligaciones, por lo que, empleando un léxico jurídico más adecuado podemos decir que esto resulta más exacto referirse a la transmisión del patrimonio del de cuius, abarcando así todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles

De producirse la sucesión testamentaria, ésta puede ser a título universal llamada herencia o a título singular denominado legado, y en tratándose de sucesión intestada ésta se encuentra regida por la ley la que establece los respectivos órdenes de sucesión.

Con este prefacio sobre la sucesión, se puede advertir que cuando fallece un accionista de una sociedad anónima, como regla general se produce la delación o llamamiento a suceder sobre su patrimonio a quienes tuvieren derecho de acuerdo con las reglas de la sucesión, comprendiéndose dentro del cual, las acciones que fueran del causante con los derechos y obligaciones que éstas generan.

La transmisión de acciones se encuentra establecida en el segundo inciso artículo 190 de la Ley de Compañías que transcrito dice: "*Los herederos de un accionista podrán pedir a la compañía que se haga constar en el Libro de Acciones y Accionistas la transmisión de las acciones a favor de todos ellos, presentando una copia certificada de inscripción de la posesión efectiva de la herencia. Firmarán las notas y avisos respectivos todos*

ellos e intervendrán en su nombre, y, mientras no se realice la partición, el apoderado o en su falta el administrador común de los bienes relictos si los hubiere y, en caso contrario, el o los herederos que hubieren obtenido la posesión efectiva."

La norma supone que para el caso de fallecimiento del accionista titular, sus herederos podrán pedir a la compañía se haga constar en el libro de acciones y accionistas la transmisión de las acciones a favor de ellos con la sola presentación de una copia certificada de inscripción de la posesión efectiva de la herencia, de lo cual se debe destacar dos observaciones, la primera, referente a que la ley no indica donde debe estar inscrita la posesión efectiva, situación que ha debido ser suplida por el numeral 12 del artículo 18 de la Ley Notarial en vigencia, que dispone que la posesión efectiva deberá inscribirse en el respectivo Registro de la Propiedad, sin embargo entendemos que si la Ley de Compañías alude que se presentará copia certificada de la inscripción, debería ser la propia norma la que establezca la dependencia de donde requiere que conste la inscripción de la mentada posesión efectiva.

La segunda, atinente a que la norma legal dispone que la inscripción de la transmisión les corresponde únicamente a los herederos, dejando de lado a los legatarios que también son sucesores dentro de la sucesión testamentaria. Roberto Salgado al respecto señala que la ley no dice nada con respecto al legado de acciones por lo que para su criterio, bastaría por parte del legatario "la simple presentación del testamento en el que conste el legado para que pueda realizarse la transmisión de las acciones a favor del legatario."[79]

Para el profesor Hernán Coello García, el legatario es también un sucesor que puede llegar a adquirir el dominio por el mismo modo que los herederos, esto es mediante la transmisión por sucesión por causa de muerte, y enseña las varias diferencias existentes entre heredero y legatario, entre ellas las siguientes:

"El heredero adquiere el derecho de domino de los bienes sucesorios que se le adjudiquen en la partición, tan pronto como fallece el causante, si acepta la asignación

[79] Salgado Valdez, Roberto; Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana; Tomo IX ; Derecho Societario; Tomo 9, pag. 30; Fundación Latinoamericana Andrés Bello; Quito-2006.

que se le defiere… el legatario adquiere un derecho de crédito para requerir del heredero o del albacea el pago del legado. Si el legado es de género, tan pronto como se individualice el objeto del legado."[80]

"El heredero adquiere la posesión de los bienes desde que se le defiere la herencia, si llega a aceptarla; no así el legatario que requiere de la entrega real de la cosa objeto del legado."[81] Además que "la posesión efectiva de los bienes hereditarios que concede el juez o el notario, según las normas del Código de Procedimiento Civil o de la Ley Notarial, en su caso, solamente puede beneficiar al heredero. Esta institución no es aplicable al legatario."[82]

De lo expuesto se puede observar la omisión de la ley en establecer a los legatarios como peticionarios de la inscripción de la transmisión en el libro de acciones y accionistas, otorgando esa prerrogativa solamente a los herederos, sin embargo, a pesar que el legatario únicamente tiene un derecho de crédito contra el patrimonio del causante y que debe ser satisfecho por los herederos al momento de la partición, creemos que debe tener la posibilidad de solicitar dicha inscripción con la presentación del testamento en donde consta su legado por cuanto tiene también la calidad de sucesor.

Por lo que a nuestro criterio, entendemos que debe establecerse una reforma al artículo 190 de la ley societaria que corrija dicha omisión, disponiendo que la solicitud de inscripción de transmisión de las acciones en el libro de acciones y accionistas pueda ser pedida por los sucesores del causante, término que involucra a las dos clases de derechohabientes, tanto más cuanto que, según la ley actual solo puede hacerlo los herederos presentando la declaratoria de posesión efectiva de bienes, cuando sabemos que el legatario no tiene la facultad de solicitar la posesión efectiva cuya facultad corresponde solo a los herederos, debiendo decirse en consecuencia, "con la presentación de la copia certificada de la inscripción de la posesión efectiva

[80] Coello García, Hernán; La Sucesión por Causa de Muerte; pag. 47; Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia; Cuenca Ecuador, 2002.
[81] Coello García, Hernán; La Sucesión por Causa de Muerte; pag. 48; Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia; Cuenca Ecuador, 2002.
[82] Coello García, Hernán; La Sucesión por Causa de Muerte; pag. 48; Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia; Cuenca Ecuador, 2002.

debidamente inscrita en el respectivo Registro de Propiedad o del testamento según corresponda."

El artículo motivo de análisis expresa además que deberán firmar las notas y avisos todos los herederos, y mientras no se realice la partición, intervendrán en su nombre el apoderado, el administrador común de los bienes relictos o caso contrario o en su defecto el o los herederos que hubieren obtenido la posesión efectiva. Autores como Salgado Valdez entienden que si las notas de aviso la deben hacer todos los herederos sería porque los títulos de acciones están en su poder, criterio con el cual discrepamos en primer lugar porque no es frecuente que los herederos estén en posesión de los títulos accionariales, y en segundo lugar porque entendemos que no se trata de notas de cesión ya que tales documentos sirven para los casos de transferencia de las acciones y no para el caso que nos ocupa que es la transmisión de las mismas.

A nuestro entender las notas o avisos que expresa la norma se refieren a las comunicaciones que deben hacer los herederos a la compañía sobre su intención que se inscriba la transmisión en su favor por haber fallecido su antecesor, por lo que en la práctica societaria, se ha aceptado que una vez fallecido el titular, cualquiera de sus herederos solicite la inscripción ajuntando la posesión efectiva –debería decir también testamento-, para que la compañía proceda a la inscripción de los herederos –debería decir sucesores- del causante en el libro de acciones y accionistas y su posterior registro en la Superintendencia de Compañías.

Finalmente consideramos que no es un requisito práctico que las notas y avisos entendidas como comunicaciones a la compañía, deban ser firmadas por todos los herederos, puesto que se está imponiendo una formalidad que en muchas ocasiones resultaría irreal al no conocerse a todos los herederos del causante, a quienes recién se conocería cuando se haga el correspondiente llamamiento en la partición a los herederos presuntos y desconocidos que comparezcan alegando tal calidad, o en su defecto, que uno de ellos simplemente se niegue a firmar el aviso.

3.5.- LA COPROPIEDAD DE ACCIONES.- La Ley de Compañías establece claramente que las acciones no son susceptibles de fraccionamiento reconociendo así la

indivisibilidad de las mismas, e imponiendo además a la sociedad en la imposibilidad de emitir fracciones de acciones así como tampoco a los accionistas el negociar fracciones o ser titular de ellas.

El artículo 179 de la ley invocada manifiesta: "*La acción es indivisible. En consecuencia, cuando haya varios propietarios de una misma acción, nombrarán un apoderado o en su falta un administrador común; y, si no se pusieren de acuerdo, el nombramiento será hecho por el juez a petición de cualquiera de ellos. Los copropietarios responderán solidariamente frente a la compañía de cuantas obligaciones se deriven de la condición de accionista.*"

La acción es un bien mueble y como tal puede pertenecer en propiedad a diversas personas, produciéndose en este caso la figura de la copropiedad de la acción, cotitularidad cuya regulación se rige de manera subsidiaria a las reglas del Código Civil en lo atinente al cuasicontrato de comunidad como lo ha señalado la Doctrina Societaria No. 24 de la Superintendencia e Compañías, siendo sus titulares comuneros entre sí.

En este caso, al ser una comunidad conformada por comuneros mientras no se realice la partición, podría surgir una duda sobre si cada comunero es accionista o no de la sociedad, al respecto el tratadista colombiano Francisco Reyes Villamizar, refiriéndose a un pronunciamiento de la Superintendencia de Sociedades de aquel país nos clarifica la cuestión manifestando que "los comuneros, como su nombre lo indica, no son individualmente accionistas, sino que lo es la comunidad, más aún si se tiene en cuenta que la acción es indivisible. En consecuencia, es el representante de la comunidad en quien residen los derechos."[83]

Esta copropiedad de acciones puede originarse por diversas circunstancias, así por la suscripción de una acción por varias personas al momento de la constitución de la sociedad, o bien por el mismo hecho en los casos de aumento de capital suscrito, por la compra en común entre dos o más personas de la acción de un socio o por sucesión por causa de muerte.

[83] Reyes Villamizar, Francisco; Derecho Societario; Tomo I, Segunda Edición; pag. 390, 391; Editorial Temis, Bogotá-Colombia 2009.

En cuanto a la relación de los copropietarios frente a la sociedad, como hemos señalado, la ley obliga a la designación de una sola persona para que, actuando en representación de los comuneros, haga uso de los derechos inherentes a la acción. También establece la Ley de manera expresa que los copropietarios responden solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones le sean propias como accionistas.

La copropiedad terminará con la partición judicial o extrajudicial, por medio de la cual se adjudique la acción a uno solo de los copropietarios, en quien se consolidarán todos los derechos de los demás copropietarios a cualquier título.

3.6.- EL USUFRUCTO DE ACCIONES.- El usufructo se encuentra regulado por el Código Civil que en su artículo 796 expresa lo siguiente: "*El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa, con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible*", seguidamente el artículo 797 del Código en mención reza: "*El usufructo supone necesariamente dos derechos coexistentes, el del nudo propietario y el del usufructuario.*"

En este sentido desde el punto de vista del derecho civil, podemos decir que se considera al usufructo como una figura legal que establece la posibilidad de separar o desmembrar los derechos de goce y de disposición que radican en una persona, el propietario o dueño, para otorgar cada uno de ellos a dos personas diferentes, el nudo propietario y el usufructuario. Se trata de una desmembración de derechos que se traduce en una situación particular en el cual existe el concurso de un doble derecho, el del usufructuario que puede usar y gozar el bien objeto de usufructo, y del propietario quien conserva un dominio despojado de la mayor parte de sus ventajas, recibiendo el nombre de nuda propiedad.

En el usufructo de acciones es importante señalar que no se ejerce el usufructo por el hecho de ser tenedor del título de acción, sino por la potestad que tiene el socio que se halle inscrito en el libro de acciones y accionistas, para ejercer todos sus derechos que le otorga el status de socio, y que uno de sus derechos sea afectado por el usufructo otorgado en favor de una tercera persona. El derecho de usufructo de las acciones, al

igual que otros usufructos puede constituirse por mandato legal, por negocio jurídico o por prescripción.

Desde el punto de vista societario, tratándose del usufructo de acciones, el artículo 180 de la Ley de Compañías concede la calidad de accionista al nudo propietario, teniendo quien funge de usufructuario solamente el derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período que dure el usufructo y que se repartan dentro de dicho lapso, por lo que el ejercicio de los demás derechos de accionista le corresponden su pleno ejercicio al nudo propietario, salvo disposición expresa establecida en el contrato social que establezca lo contrario.

La norma societaria establece además otra particularidad, esto es que cuando el usufructo recayere sobre acciones que no se encuentran aún liberadas, el usufructuario que desee conservar su derecho, tendrá imperativamente que efectuar el pago de los dividendos pasivos, teniendo en caso de ejecutar tal acto, un derecho de repetición contra el nudo propietario cuando fenezca el usufructo.

3.7.- LA PRENDA DE ACCIONES.- La prenda es al igual que el usufructo otro de los derechos reales que contempla la legislación nacional, y cuyo concepto lo establece el artículo Art. 2286 del Código Civil que expresa: "*Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario.*"

De su parte, el Código de Comercio en el artículo innumerado a continuación del artículo 568 manifiesta que "*El contrato de prenda debe celebrarse por escrito y cumplir las formalidades que determina la ley para cada clase de contrato. El contrato de prenda puede ser de tres clases: prenda comercial ordinaria, prenda especial de comercio y prenda agrícola e industria.*"

El artículo 569 de la norma ibídem expone: "*El contrato de prenda debe celebrarse por escrito, bien sea dada la prenda por un comerciante, bien por uno que no lo sea, si es por acto de comercio.*" Y el artículo 570 en su segundo inciso explica que "*Respecto de acciones, obligaciones u otros títulos nominativos, de compañías industriales,*

comerciales o civiles, la prenda puede constituirse por traspaso hecho en los registros de la compañía, por causa de garantía."

La Ley de Compañías complementa las normas civiles y comerciales enunciadas y en su artículo 177 determina en su parte pertinente que: "*Los títulos y certificados nominativos se inscribirán, además, en el Libro de Acciones y Accionistas, en el que se anotarán las sucesivas transferencias,* ***la constitución de derechos reales*** *y las demás modificaciones que ocurran respecto al derecho sobre las acciones."*

La prenda o pignoración accionaria como derecho real supone la relación directa de la cosa con respecto a determinada persona, por lo tanto el título de acción debe ser entregado al acreedor prendario, y en cuanto a ejercicio de los derechos de accionista que le concede las acciones, le corresponderá al propietario de las mismas, salvo estipulación en contrario entre los contratantes. Sin embargo el acreedor prendario queda obligado a facilitar el ejercicio de esos derechos presentando las acciones a la compañía cuando este requisito fuere necesario para tal ejercicio. El deudor prendario recibirá los beneficios sociales, excepto cuando exista acuerdo en contrario.

3.8.- LA AMORTIZACIÓN DE ACCIONES.- Para el tratadista español Joaquín Garrigues, amortizar acciones significa "anular cierto número de derechos de asociado mediante actos singulares de extinción de esos derechos. La amortización de acciones puede realizarse con fondos del patrimonio vinculado de la sociedad (amortización con el capital) o empleando el patrimonio disponible de la misma (beneficios o reservas libres).[84]

En nuestro ordenamiento jurídico, la figura de la amortización con la adquisición de acciones por la propia sociedad emisora son muy similares, encontrándose ciertas diferencias como lo veremos en su oportunidad.

El artículo 196 de la Ley de Compañías define la amortización en los siguientes términos: "*La amortización de las acciones, o sea el pago del valor de las mismas y su retiro de la circulación en el mercado, se hará con utilidades repartibles y sin*

[84] Garrigues, Joaquín; Curso de Derecho Mercantil; 9° Edición, Segunda Reimpresión; pag. 461; Editorial Porrúa, México-1998.

disminución del capital social, cuando la junta general de accionistas acordare dicha amortización, siempre que las acciones amortizables se hallaren íntegramente pagadas. Si la amortización fuere a cargo del capital, se requerirá, previamente, el acuerdo de su reducción, tomado en la forma que esta Ley indica para la reforma del contrato social. La amortización de acciones no podrá exceder del cincuenta por ciento del capital suscrito."

La mentada norma hace referencia a que la sociedad, para sacar del mercado cierto número de acciones debe pagar un precio por dicho acto mediante el desembolso de utilidades líquidas y en este caso, se afirma, no incurriría en una reducción del capital, debiendo para tal efecto existir el acuerdo de la junta general, pudiendo entenderse por tal acuerdo al de mayoría simple del capital pagado concurrente a la junta, sin embargo las Doctrinas Societarias No. 97 y 98 actualmente vigentes establecen aún en el caso de las compañías anónimas, que para la resolución de la amortización de acciones se necesita de la unanimidad del capital suscrito; en tanto que por otra parte puede procederse también a la amortización de acciones con cargo al capital, en cuyo caso de acuerdo con la ley, habrá necesariamente de realizarse una reducción del capital.

Si bien la norma ecuatoriana dispone que cuando la amortización se haga con cargo a las utilidades líquidas no habrá reducción del capital, al respecto concordamos plenamente con Garrigues, quien menciona que la amortización realizada aún con cargo a los beneficios sociales entraña una reducción del capital puesto que si la cifra del capital social representa la suma del valor nominal de todas las acciones, dicha cifra deberá reducírsela cuando un grupo de sumandos desaparece, consecuentemente la cifra del capital debe reducirse en el balance en la misma cuantía que represente la suma del valor nominal de las acciones amortizadas.

La amortización regulada por el artículo 196 antes transcrito, a nuestro criterio es una figura que permite el retiro de una cierta cantidad de acciones de circulación, y por tal efecto éstas acciones "mueren" definitivamente, debiendo por tal motivo indefectiblemente disminuirse el capital, ya sea que se lo haga con cargo a las utilidades líquidas, y con mayor razón habrá tal reducción si previo acuerdo de la junta se resuelve hacer con cargo al capital social.

Por otra parte, nuestro ordenamiento jurídico no considera admisible realizar la amortización de acciones con cargo a las reservas facultativas sino únicamente con cargo a las utilidades líquidas y repartibles, en este sentido un sector de la doctrina nacional manifiesta que no existen fundamentos o razones contundentes para plantear este impedimento, pues en otras legislaciones como la argentina o la española se encuentra plenamente permitido y admitido.

El artículo 196 se refiere a la amortización como el pago que se hace por el valor de las acciones para su retiro de circulación, extinguiendo jurídicamente a las mismas, por lo tanto, si la norma habla de un pago, se entiende que de por medio debe existir un acuerdo entre la sociedad y el accionista para que éste acepte voluntariamente vender dichas acciones a la compañía y ésta acepte comprar tales acciones para amortizarlas, debiendo operar en este caso la transferencia de acciones que como ya se analizó, se produce por el modo de adquirir el dominio que es la tradición de la acción, cuyo título es el contrato de compraventa entre tradente –sociedad- y adquirente –socio-, en base a la aplicación de los artículos 188 y 189 de la ley de Compañías, quedando desvirtuada la posibilidad que por medio de la amortización se pueda excluir al socio de la compañía, primeramente porque en las sociedades anónimas no cabe la exclusión del socio, y en segundo lugar porque la adquisición de las acciones por parte de la compañía para amortizarlas, requiere de la voluntad del accionista en cederle, caso contrario sería una arbitrariedad que incurriría en acciones ilegales no admisibles para el caso en concreto.

Ahora bien, la ley únicamente alude a la amortización como el pago de las acciones, sin embargo nos interrogamos que pasaría si el accionista quiere hacer una donación de las acciones a la sociedad, en ese caso existiría un contrato de donación, el modo sigue siendo la tradición, empero si la ley no permite la amortización sino solamente mediante el pago de las acciones, podríamos decir que no cabría realizar la amortización de acciones cuando se produzca una donación así exista el acuerdo de la junta en amortizarlas, aflorando de esta manera un vacío legal que debería ser subsanado, puesto que el artículo 192 referente a la adquisición de acciones por la propia compañía, como se verá más adelante, tampoco en principio permitiría tal operación, o al menos no indicaría la forma en que se perfeccione dicha donación de acciones para que éstas pasen a pertenecer a la sociedad.

Por último la norma establece una restricción cuando se acuerde la amortización de acciones, y radica en el hecho que el monto accionario a ser amortizado no podrá ser superior al cincuenta por ciento del capital social.

3.9.- ADQUISICIÓN DE ACCIONES POR LA PROPIA SOCIEDAD EMISORA.- José Martínez Val sobre el tema expresa: "La norma general es que la sociedad no puede adquirir sus propias acciones, porque comprometería la realidad y existencia del capital social, que tiene una esencial función de garantía frente a terceros. Pero las legislaciones han tenido que prever varias situaciones posibles, que justifican la excepción, es decir, la adquisición de acciones propias."[85]

El autor considera a la adquisición de las propias acciones por parte de la compañía como una excepción a la regla general que impediría tal situación, excepción que la plantea en los supuestos de reducción del capital con devolución de aportaciones; en la compra o permuta de acciones con beneficios libres con la sola intención de amortizarlas; y la adquisición de acciones para evitar un daño grave, a cargo de los beneficios o reservas libres sin limitar el número de acciones a adquirirse, pero con la obligación de enajenarlas en el tiempo más breve posible con la suspensión de los derechos del socio.

En nuestra realidad jurídica, como ya se anticipó al tocar el punto anterior, existe mucha similitud entre esta figura y la amortización, difiriendo trascendentalmente en que la amortización retira definitivamente del mercado la circulación de las acciones, en tanto que, cuando la compañía adquiere las acciones de su emisión no las retira definitivamente sino temporalmente con la posibilidad de volver a ponerlas en circulación tal como se encuentra expresado en el tercer caso de excepción del derecho español arriba anotado.

El artículo 192 de la Ley de Compañías establece la adquisición de acciones por la propia compañía, señalando que "*La compañía anónima puede adquirir sus propias acciones por decisión de la junta general, en cuyo caso empleará en tal operación*

[85] Martínez Val, José María; Derecho Mercantil, pag. 173; Casa Editorial Bosch S.A.; Barcelona-España 1979.

únicamente fondos tomados de las utilidades líquidas y siempre que las acciones estén liberadas en su totalidad.
Mientras estas acciones estén en poder de la compañía quedan en suspenso los derechos inherentes a las mismas. También se necesitará decisión de la junta general para que estas acciones vuelvan a la circulación."

La norma en mención contiene tres requisitos para que esta figura pueda aplicarse, el primero referente a que el órgano de gobierno de la sociedad adopte la resolución al respecto, segundo, que para la adquisición de acciones se utilicen únicamente fondos provenientes de las utilidades líquidas, y tercero, que las acciones se encuentren liberadas es decir totalmente suscritas y pagadas.

Al respecto es preciso referirnos nuevamente a que la Doctrina Societaria No. 97, aludida en el punto anterior, establece que la decisión de la junta general de accionistas para adquirir a título oneroso las propias acciones –para amortizarlas o no- requiere del consentimiento unánime del capital suscrito, en razón, según la doctrina enunciada, que la resolución tomada así, permite que la operación afecte a unos accionistas y a otros no, porque entonces todos ellos -los afectados y los no afectados- habrían participado en la votación, precautelando de esta manera los derechos e intereses de todos los socios en igualdad de condiciones.

Por otra parte el artículo 192 ibídem, al igual que el artículo 196 referente a la amortización, disponen que tanto la una como la otra figura –adquisición de acciones y amortización- requieren para su ejecución la utilización de fondos provenientes de utilidades líquidas, en este sentido se colige que la adquisición de acciones por la propia compañía, de forma similar a la amortización, únicamente puede realizarse a título oneroso mediante la compraventa de acciones entre tradente –socio- y adquirente-sociedad-, debiendo así mismo existir la voluntad del primero en vender y entregar las acciones, y de la segunda en comprar y recibir las mismas.

De manera similar al caso de la amortización, la norma invocada tampoco dice nada a cerca de la adquisición de acciones a título gratuito, como si lo dispone expresamente el derecho comparado, pues a decir de Garrigues y Martínez Val que enuncian el artículo 47 de la Ley de Sociedades Anónimas española, la sociedad anónima si puede adquirir

sus propias acciones a título gratuito. A más de esta omisión, nuestra ley tampoco se pronuncia sobre que cantidad de acciones mínima o máxima puede adquirir en relación con el capital suscrito como si se especifica en el caso de la amortización que establece un máximo del 50% del capital suscrito, lo cual vuelve a la norma peligrosa si la junta desea adquirir la totalidad de acciones o un porcentaje muy elevado del paquete accionario con relación al capital.

La figura de la adquisición o readquisición de acciones por la propia sociedad, no quiere decir que la compañía llegue a ser socia de sí misma, en este caso opera simplemente una mera tenencia de las acciones cuyos derechos quedan suspendidos hasta que la junta general resuelva por unanimidad, como quedó indicado, la vuelta a la circulación en el mercado de las mismas, sin embargo el artículo 192 presenta vacíos que deben ser llenados ya que dicha norma no dispone nada a cerca de situaciones como el caso de qué tiempo deben conservarse las acciones en poder de la sociedad, cómo y quien establece los precios en la reventa, qué pasa con las acciones que sean donadas por el accionista a la sociedad y como ingresarían si no se encuentra regulada esta temática.

En la práctica societaria, no es muy frecuente la aplicación de la adquisición de acciones por la propia sociedad emisora así como tampoco la amortización de acciones, sin embargo creemos que debería plantearse una reforma que llene los vacíos legales mencionados, complete y corrija los errores existentes y sobre todo unifique las dos figuras similares en una que contenga los dos principios, evitando confusión por la similitud de su regulación.

3.10.- SITUACION DE LAS ACCIONES EN LOS CASOS DE AUMENTO DE CAPITAL.- Cuando la junta general de accionistas en la sociedad anónima, acuerda realizar un aumento de capital, éste puede ejecutarse de dos formas conforme al artículo 182 de la Ley de Compañías, mediante la emisión de nuevas acciones o por medio de la elevación del valor nominal de las que ya han sido emitidas, y de conformidad con el artículo 183 ibídem, el pago o el aporte que el accionista debe entregar como contraprestación de sus acciones pueden hacerse en numerario, es decir en dinero en efectivo, o en especie, si la junta general hubiere aprobado aceptarla y hubieren sido legalmente aprobados los avalúos conforme a lo dispuesto en los Arts. 156, 157 y 205;

por compensación de créditos; por capitalización de reservas o de utilidades; y por la reserva o superávit proveniente de la revalorización de activos, con arreglo al reglamento que expedirá la Superintendencia de Compañías.

Si bien se ha manifestado que el aumento de capital lo resuelve la junta general de conformidad con las mayorías establecidas en el estatuto o en la ley, sin embargo se requerirá de acuerdo unánime cuando se trate de un aumento de capital mediante capitalización de utilidades o cuando se produce mediante vía de elevación del valor nominal de las acciones ya que implica la obligatoriedad a los socios que suscriban, de efectuar nuevos aportes sea en numerario o en especies.

3.11.- SITUACION DE LAS ACCIONES EN LOS CASOS DE REDUCCIÓN DE CAPITAL.- Como se sabe, el capital social es el monto mínimo de inversión que deben realizar los accionistas para que la compañía que han formado pueda cumplir con el objeto que ellos mismo han establecido, sin embargo, pueden producirse circunstancias en las cuales se necesita restringir el objeto social y el capital social resulta muy elevado para el cumplimiento del objeto ya restringido, por lo que los accionistas a través de la junta general, pueden resolver la disminución del capital con la consiguiente devolución a los socios de los aportes que excedan del monto del nuevo capital reducido.

El artículo 199 de la Ley de Compañías establece lo siguiente en cuanto a la reducción de capital se refiere: "*La reducción de capital suscrito, que deberá ser resuelta por la junta general de accionistas, requerirá de aprobación de la Superintendencia de Compañías, la que deberá negar su aprobación a dicha reducción si observare que el capital disminuido es insuficiente para el cumplimiento del objeto social u ocasionare perjuicios a terceros. Para este efecto, la Superintendencia dispondrá la publicación por tres veces consecutivas de un aviso sobre la reducción pretendida, publicación que se hará en uno de los periódicos de mayor circulación en el lugar o lugares en donde ejerza su actividad la compañía. Si transcurridos seis días desde la última publicación no se presentare reclamación de terceros, el Superintendente podrá autorizar la reducción del capital.*"

La ley como se observa, contempla que la reducción de capital al tratarse de un caso de excepción a los principios de conservación del capital, ha impuesto una serie de requisitos y formalidades que permiten obtener un control riguroso y previo a la realización de dicha disminución, principalmente para evitar con dicho acto societario causar perjuicios a la propia sociedad o a terceros, sin embargo, en el tema que nos ocupa, la reducción del capital involucra la devolución de los aportes a los accionistas y por tanto la amortización de las acciones de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 196 de la ley societaria, amortización que significa el retiro definitivo de las acciones de su circulación en el mercado y por tal efecto paga su valor al accionista titular.

4.1.- PROPUESTA DE REFORMAS A LA LEY DE COMPAÑÍAS SOBRE LOS TEMAS TRATADOS.-

- Los artículos 187 y 200 en relación con el artículo 189 establecen que el titular de las acciones es quien consta inscrito como tal en el libro de acciones y accionistas, no permiten otro medio idóneo que pruebe la calidad de accionista, y siendo los títulos de acciones en definitiva bienes muebles cuya transferencia puede ocurrir mediante tradición como modo de adquirir el dominio con la sola entrega por parte del tradente al adquirente del título en mención, y más aun siendo títulos nominativos como ya se analizó, consideramos que no necesariamente quien conste inscrito en el libro de acciones y accionistas siguiendo la teoría registral es el accionista de la sociedad, sino también puede serlo quien demuestre legal y legítimamente que le han sido transferidas acciones a su favor, cuya prueba podría hacerlo por los medios permitidos tales como el contrato de compraventa, donación o permuta, una nota de cesión suscrita por ambas partes o el mismo título donde conste la transferencia, etc., en tal sentido se propone reformar los artículos en mención para que los mismos contemplen los aspectos que se han dejado señalados, ampliando el espectro de posibilidades que la ley otorga a una persona para que pueda ser considerada accionista, con el objeto de que se minimicen los conflictos que ocasiona la ambigüedad de la ley vigente y se adecúe la normativa a los principios y

garantías consagrados en la Constitución de la República, a fin de que prime la lógica jurídica, los derechos de las partes y la justicia.

- La regla general que impone que una compañía anónima deba estar integrada por dos o más personas en calidad de accionistas como mínimo, no debe tener excepciones como lo hace nuestra ley, puesto que actualmente la normativa permite a dicha sociedad la posibilidad de subsistir con un solo accionista cuando éste se trata del Estado o de una de sus instituciones, sin la necesidad de que deba integrar al menos otro socio para que la compañía no se encuentre en causal de disolución conforme al artículo 361 de la ley societaria, lo cual consideramos atentatorio contra los principios constitucionales de igualdad ante la ley, de equidad y de proporcionalidad, por lo que consideramos que tal norma conlleva a que actualmente se proponga una reforma al artículo 147, donde, o bien se equipare al Estado en calidad de accionista único de una sociedad anónima, en cuanto al plazo o término determinado para las demás personas naturales o jurídicas privadas, para que la compañía en ésta situación, pueda continuar conformada por al menos dos socios; o en su defecto, que el socio único –Estado- se transforme en otra organización jurídica que no sea una compañía anónima, previo las formalidades de ley que el caso amerite. Lo contrario sería guardar un silencio cómplice en una situación mal regulada por la norma que atenta hasta en contra del concepto natural y común de los términos “contrato” y “compañía”.

- El derecho fundamental del accionista referente a la participación en los beneficios sociales denominados también utilidades, no debería ser un derecho exclusivo y un fin único de la sociedad, sin que se permita otras posibilidades, así como enseña la doctrina alemana, la cual no considera al derecho de participación de los beneficios sociales como un derecho esencial ya que una sociedad puede constituirse con objeto de utilizar en común determinados bienes sociales acordando que no se distribuya ningún dividendo. Entre otros casos en los que puede volverse aplicable este criterio es en el caso analizado de las compañías de transporte, donde sus socios no buscan necesariamente utilidades a repartir a principio de año, sino conformarse para adquirir las autorizaciones del órgano competente que les permita trabajar en dicha

actividad, por lo que, de la práctica societaria, creemos necesario adecuar la normativa vigente a los cambios que sufre el derecho por las variaciones en las necesidades de la población, debiendo proponerse una reforma legal a los artículos 1 y 207 numeral 2) de la Ley de Compañías, sin querer con esto excluir a la participación en los beneficios sociales como derecho fundamental del accionista, sino que permita una ampliación a la visión de la conceptualización de la sociedad o compañía, abriendo la posibilidad que su formación o constitución no lleve implícito únicamente el fin de repartir sus ganancias sino que posibilite la opción de simplemente utilizar sus bienes o su nombre para el desarrollo de la actividad para la cual se fundó, en beneficio de sus socios.

- No concordamos con la aplicación de la disposición del artículo 18 del Reglamento de Juntas Generales, que determina qué clase de representación de los administradores o comisarios es válida y cual no, al establecer como inválidas a las representaciones convencionales y como válidas a las que contienen una representación legal, puesto que los administradores o comisarios, con la representación que ostenten sea legal o convencional, no podrían ser juez y parte en las decisiones de la junta que atañe sobre todo a su propia actuación y responsabilidad dentro de la compañía, y por otra parte, la ley no ha establecido qué clase de representación está prohibida y cual no, ya que la ley prohíbe de forma general y expresa que los administradores o comisarios puedan representar a los accionistas en una junta general, en este sentido no puede un reglamento creado mediante resolución administrativa, crear situaciones jurídicas sobre ésta situación, pues contradice lo establecido en la norma de carácter legal, ante lo cual la solución estaría simplemente en la aplicación del artículo 425 de la Constitución de la República referida a la jerarquía de las normas. La discordancia radica en que una norma reglamentaria no puede imponerse a la norma legal, sin embargo debe tenerse presente que la representación legal a diferencia de la convencional, es una representación forzosa, y en tal virtud el texto del Reglamento que hemos aludido tendría lógica, pero su aplicación sería jurídica si su texto estuviera expresamente plasmado en la norma de jerarquía legal, solo así la excepción a la prohibición de la representación, en tratándose de una representación legal pueda ser

efectiva a favor de los administradores o comisarios, creyendo siempre que la norma debería ir más allá y exigir en estos casos, que los administradores o comisarios se excusen de participar en la junta o en su defecto se rinda caución suficiente por las posibles responsabilidades que se podrían generar por su participación como representantes de otros accionistas, en las resoluciones de la junta. Con éstas observaciones consideramos que debe reformarse el artículo 211 de la Ley de Compañías.

- Entre los derechos fundamentales se encuentra el derecho al voto, derecho electoral que no se ejerce por persona sino por la parte proporcional del capital pagado traducido en el número de acciones que confieren ese derecho. La ley no restringe de ninguna manera la forma de su ejercicio, pudiendo el accionista repartir sus acciones a favor o en contra de diferentes mociones pues, repetimos, no hay prohibición legal al respecto y cualquier tipo de restricción es considerada nula por la ley, ante lo cual consideramos que el accionista que ejerce su derecho debería tener una posición determinada y elocuente para expresar su voluntad de manera unívoca al momento de ejercer su derecho ya que lo contrario podría afectar los derechos de la propia sociedad, consecuentemente para evitar que existan este tipo de posibilidades que generan controversia y no evidencian la posición frontal del accionista sobre un asunto determinado, resulta importante incluir una reforma legal al artículo 207 numeral 4), que establezca concretamente, sin querer con esto restringir su derecho, la posibilidad del ejercicio del voto que le concede su paquete accionario, únicamente sobre una u otra posición.

- La renuncia al derecho al voto se encuentra permitida por la ley, pero la forma como se halla redactada efectivamente puede traer varias interpretaciones, creemos que no se trata de una renuncia total y definitiva al ejercicio de ese derecho fundamental, ya que de renunciarse al voto de forma general por parte de todos los accionistas, imposibilitaría la formación de voluntad y por ende la toma de resoluciones por parte de la sociedad, sino que se trata de una abstención a adoptar una postura a favor o en contra de una moción u otra, por lo tanto su ejercicio democrático no es renunciable sino se traduce en su pronunciamiento de inhibición o abstinencia sobre una determinada moción

planteada a la asamblea para su adopción, por lo tanto al intervenir y estar presente en la deliberación, ejerce su derecho a voto mediante su expreso pronunciamiento de abstención, ya que el voto no necesariamente debe ser a favor o en contra de una propuesta, tomando en cuenta además que la propia ley en su artículo 241 establece que el cómputo de los votos blancos y las abstenciones se sumarán a la mayoría numérica. Consecuentemente debería plantearse una reforma legal al segundo inciso del numeral 4° del artículo 207, donde se redacte un texto que clarifique la imposibilidad de renunciar al derecho a voto por su naturaleza esencial como derecho inherente al accionista, y en su defecto, se proponga que dicho ejercicio se lo puede ejercer mediante el pronunciamiento de abstención, término que difiere de la renuncia por cuanto renuncia significa retiro o dimisión del derecho, en el caso no se trata de retiro de su ejercicio, sino que lo ejerce a través de su pronunciamiento inhibitorio.

- El ejercicio de los derechos del accionista, particularmente el derecho al voto en las juntas generales, puede adaptarse a los medios y mecanismos tecnológicos e informáticos que brinda la actualidad, por lo que podríamos sostener la posibilidad de una modernización a la Ley de Compañías, para que de manera paralela con el desarrollo informático y tecnológico, mediante una reforma al artículo 207 numero 4), incluya los medios tecnológicos antes enunciados para llevar a cabo por una parte juntas generales virtuales y por otra se permita la presencia o intervención del accionista mediante video conferencias u otros medios que permitan cerciorarse de la identidad del socio, así como la votación del accionista a través de tales mecanismos sin la necesidad de su presencia física, lo cual ayudaría a una mayor participación de los mismos en los órganos de gobierno, participación tan disminuida en las juntas actuales que exigen su participación física.

- Art. 175 en relación con el 181 (Aviso del derecho preferente al accionista moroso). En alusión a la facultad de ejercer el derecho de suscripción preferente del accionista que se encuentra en mora del pago de la suscripción anterior, si bien la ley no especifica con claridad, podría entenderse que el accionista ejercería su derecho si cancela los valores adeudados dentro del plazo señalado en el primer inciso del artículo 181 de la Ley de Compañías, es decir dentro de

los treinta días siguientes a la publicación del aviso por la prensa, sin embargo, para evitar controversias o arbitrariedades por parte de los administradores de turno, sería conveniente una reforma al artículo 175 de la ley ibídem, por medio de la cual se introduzca expresamente este procedimiento, permitiendo a los accionistas morosos ejercer su derecho preferente previo pago de lo que se adeuda, en el plazo antes referido para hacerlo.

- La legislación ecuatoriana establece el derecho de preferencia como un derecho fundamental del accionista, sin embargo al ser la sociedad anónima una sociedad inminentemente capitalista, creemos que como ocurre en la legislación colombiana, debería plasmarse una reforma al artículo 181 por medio de la cual, no se menoscabe este derecho a favor del socio, pero si amplíe la posibilidad de permita introducir inversión externa de terceros en casos concretos y bajo ciertas circunstancias, donde la junta general mediante un porcentaje elevado del capital permita proteger a los socios originarios, resuelva la posibilidad de renunciar al derecho preferente en favor de terceros con el objeto de introducir capital fresco para el correcto cumplimiento del objeto social y que sea beneficioso para la compañía.

- Con relación al mismo derecho de preferencia, con el fin de evitar posibles conflictos y llenar el vacío de ley, debe implementarse otra reforma al artículo 181 en el que además del señalado en el punto inmediato anterior, establezca clara y expresamente el derecho de acrecer que tienen los demás accionistas en caso de que el socio originario del derecho, del cual renuncia o no hace uso del mismo, para que puedan suscribir las acciones no ejercidas por éste, estableciendo las condiciones para la suscripción, indicándose que luego de los treinta días de publicado el aviso de oferta, las acciones no suscritas se ofertarán por quince días para los demás accionistas, y una vez vencido el mismo, las acciones sobrantes saldrán a oferta para la suscripción de terceros no socios, entendiéndose que de existir varios accionistas interesados en la suscripción, se concederán las acciones ya sea a prorrata del capital suscrito y pagado, o mediante el reparto equitativo de las mismas entre los interesados sin importar

su porcentaje de capital, o en su defecto por cualquier otra forma que considere el legislador como justa y legítima.

- En cuanto al derecho de impugnación que establece el artículo 207 numeral 7) en relación con los artículos 215, 216 y 249, creemos que existe duplicidad de regulación entre los artículos 215 y 249 debiendo derogarse una de ellas tomando los aspectos no contemplados en la otra, unificando de esta manera conceptos, estableciendo a nuestro criterio una reforma que establezca solamente la apelación como forma de impugnación por cuanto se especificaría que éste es el recurso o medio de impugnación que tendrían derecho los accionistas para refutar las decisiones de los órganos de gobierno o administración, y no el género impugnación por cuanto no se especifica a través de qué recurso se lo plantea, puesto que mientras el artículo 215 y el 249 coinciden en que la impugnación y la apelación pueden ser ejercidas por los accionistas que representen una cuarta parte en el un caso o un 25% en el otro que es lo mismo, difieren y hasta existe contradicción cuando a continuación establecen que la impugnación se propondrá con la cuarta parte del capital social en tanto que la apelación se la planteará con el 25 % del capital pagado, pues se sabe que existe una diferencia entre lo que significa el capital social y lo que es el capital pagado, en consecuencia, al referirse al capital social pueden ejercer la impugnación la cuarta parte de accionistas cuyo capital hayan simplemente suscrito, sin embargo en la compañía anónima todos los derechos que nacen en favor de los accionistas se basan en la proporción de su capital pagado mas no del suscrito, por lo tanto mal se puede interponer una impugnación como socios minoritarios que alcancen la cuarta parte del capital social, si no han pagado efectivamente el 25% del mismo como ordena la ley, por lo que lo correcto sería unívocamente hablar del capital pagado, debiendo reformarse los artículos mencionados, sea que se mantengan por separado o se los unifiquen, tanto más cuanto que el propio artículo 207 de la Ley de Compañías ordena que no podrá ejercerse el derecho de impugnación si el accionista está en mora en el pago de sus aportes. Otro aspecto a tener en cuenta es el objeto de la impugnación y de la apelación, sobre este punto el artículo 215 establece que la impugnación puede presentarse contra los acuerdos de la juntas generales o de los organismos de administración, llámese directorios,

consejos de administración, etc., siempre que estos acuerdos no se hubiesen adoptado conforme a la ley o al estatuto o que lesionen en beneficios de uno o varios socios, los intereses de la compañía; en cambio el artículo 249 expresa que se podrá apelar de las decisiones de la mayoría, esto es de la mayoría accionarial de la junta general más nada dice acerca de los órganos de administración, expresando además el numeral 3° que para tal efecto, deberá señalarse la cláusula del estatuto social o la norma legal infringida o el concepto de violación o el perjuicio. En este sentido cabe una reforma que unifique criterios, en el sentido que el medio de impugnación, llámese como tal o como apelación, ataque procesalmente a las decisiones tanto de junta general cuanto de los órganos de administración, órganos que en muchos casos tienen facultades otorgadas por la propia junta o por el estatuto y que pueden en determinados casos, vulnerar derechos de los accionistas al actuar arbitrariamente desacatando o violando normas estatuarias, legales o hasta constitucionales. Además, debería también ser objeto de reforma ciertas ambigüedades en la redacción de la ley sobre este punto, en procura de una mayor concreción que evite confusión o amplias interpretaciones tanto en el artículo 215 cuanto en el 249, como el referirse al hecho que los acuerdos o resoluciones de la junta lesionen, en beneficio de uno o varios socios, los intereses de la compañía, pues cabe la interrogante de qué pasaría si no se beneficia a uno o varios accionistas en perjuicio de la sociedad, sino se beneficia a terceros con igual perjuicio; o en el caso del artículo 249, que se exige que los socios en la demanda señalen el concepto de violación o del perjuicio, convirtiéndose en asuntos que pueden llegar a caer en la subjetividad o susceptibilidad de los socios, debiendo por tanto, puntualizarse simplemente que se podrá impugnar o apelar de las resoluciones de la junta general o de los órganos de gobierno que se adopten violando o contraviniendo las disposiciones de la Constitución, la ley o el estatuto social, en perjuicio de los derechos y garantías de los accionistas, de la compañía o de terceros. En cuanto al plazo para ejercitar el derecho de impugnación, el artículo 216 establece que será dentro de los treinta días a partir de la fecha del acuerdo o de la resolución, por su parte el artículo 249 numeral 1 establece que la demanda que contenga la apelación se presentará dentro de los treinta días siguientes a partir de la fecha de clausura de la junta general, lo cual en principio se pensaría que es el mismo

día el de la toma de la resolución que el de la terminación de la junta, empero no siempre será coincidente, ya que puede tomarse una resolución sobre una moción en el día de la convocatoria a sesión, sin embargo para tratar otros puntos puede ser diferida la junta por petición de los socios y por tanto terminar la asamblea en otro día distinto, por lo tanto debe mediante reforma a la ley, unificarse el criterio del plazo para ejercer el derecho, que a nuestro criterio, por mayor seguridad jurídica, se propondría que los treinta días de plazo para la interposición del recurso se cuente a partir de la fecha de conclusión de la sesión de la junta general en la que se adoptó la resolución motivo de la impugnación. El segundo inciso del artículo 216 referido a la impugnación, curiosamente establece que no queda sometida a los plazos de caducidad antes analizados, la acción de nulidad de los acuerdos contrarios a la ley, lo cual es absurdo por cuanto la caducidad se refiere a la pérdida del derecho por la falta de su ejercicio en un tiempo determinado y en tal sentido no es aplicable la caducidad a la nulidad, ya que ésta no es un derecho sino una acción judicial que en lugar de caducar, prescribe cuando luego de cierto tiempo no se ha planteado la acción. Conforme a la misma Ley de Compañías, los casos que producen nulidad de las resoluciones de la junta general son los recogidos en los artículos 243 y 247, por lo que no nos explicamos la razón por la cual el legislador ha ubicado a la acción de nulidad dentro de la de impugnación de las resoluciones, confundiendo dos figuras jurídicas distintas, y que en nuestra opinión los plazos para su presentación prescriben en los plazos ordinarios, al igual que no puede ejercitarse por vía verbal sumaria como indica el artículo 216 para la impugnación, sino por la vía ordinaria por corresponder a su naturaleza procesal, en consecuencia estimamos pertinente la respectiva reforma legal en la que **no** se considere a la acción de nulidad como parte del derecho fundamental de los socios para impugnar las resoluciones sociales ya que se trata de una acción judicial cuando se ha actuado específicamente contra ley expresa siendo la nulidad justamente su sanción. Otro asunto con el cual no compartimos es el requisito establecido para la presentación de la apelación que contiene el numeral 4 del artículo 249, por medio del cual se plantea la exigencia que los accionistas depositen los títulos o certificados de sus acciones conjuntamente con la demanda, los que serán guardados en un casillero judicial y no podrán ser transferibles mientras dure el proceso judicial, discordancia que

radica en la falta de lógica existente en la ley, por cuanto por una parte los artículos 187 y 200 de la ley societaria reconocen como socio o accionista a quien conste inscrito en el libro de acciones y accionistas y por otra parte el artículo 249 requiere la presentación del título de la acción para corroborar la calidad de accionista, requisito sin el cual no se califica la demanda, a más que no existe tampoco fundamento técnico o jurídico alguno para tal exigencia, coartándose además el principio y el derecho de la libre transferencia de acciones. En la práctica se han producido casos en los que el juez competente no califica la demanda por cuanto el o los socios demandante no han cumplido con este requisito, ya sea porque los títulos de acciones se han extraviado, se han destruido o simplemente la compañía no se los ha entregado, y en razón de ser un requisito legal para el proceso se ha negado la petición, lo cual indudablemente genera confusión ya que si el o los demandantes pueden comprobar que están inscritos en el libro de acciones y accionistas como titulares de las acciones, es absurdo en base a la lógica jurídica que no se les permita ejercer su derecho por la no presentación física del título, pudiendo en este caso apelar a la norma constitucional del artículo 169 que dispone que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades, caso contrario la falta de presentación de los títulos por la razón que fuese dejaría a los accionistas en la indefensión. Por último, creemos que el penúltimo inciso del artículo 249, que dispone que los accionistas no podrán apelar de las resoluciones que establezcan la responsabilidad de los administradores o comisarios, en la actualidad no es aplicable en función de la vigencia de la Constitución de la República de 2008, que como ya se enfatizó anteriormente, establece el principio del doble conforme contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Carta Fundamental, por el cual toda resolución judicial o administrativa es factible de ser recurrida como garantía constitucional del debido proceso. En conclusión, recalcamos la necesidad de que exista un solo criterio legal sobre este derecho fundamental a la impugnación de los acuerdos sociales por parte de los accionistas, proponiendo una reforma en la que se derogue una de las dos figuras –impugnación y apelación-, propugnando la apelación como el recurso de impugnación idóneo de acuerdo a lo que hemos expuesto, debiendo considerarse los aspectos más importantes de las normas involucradas para

conformar la redacción más adecuada que permita el pleno ejercicio del mentado derecho.

- En relación a las convocatorias, actualmente la norma establece que tienen derecho a solicitarla los accionistas que representen al menos el 25 % del capital social, a solicitar la convocatoria así no se encuentre pagado el resto del capital suscrito, lo cual no nos parece concordante con las demás normas societarias que rigen la vida jurídica de la sociedad, en especial con los derechos fundamentales de los que se derivan derechos como el que se analiza, creyendo en tal virtud conveniente, plantear una reforma al artículo 213 que modifique este error del legislador y en lugar de que se exprese capital social, se establezca que se refiere al porcentaje correspondiente al capital pagado.

- El accionista tiene derecho a no ser obligado a aumentar el capital salvo que el contrato social disponga otra cosa, en consecuencia, se puede decir que la regla es la no obligatoriedad de realizar nuevos aportes para aumentar el capital de la compañía, y por excepción esta obligación puede estar establecida únicamente en el estatuto social, más la junta general no tiene la prerrogativa o potestad de resolver la obligatoriedad de aumento para el socio, caso contrario dicha resolución carecería de valor cuyo efecto sería la nulidad en los términos del artículo 9 del Código Civil. Esta excepción sobre la obligatoriedad de aumentar el capital cuando así lo establezca el estatuto social no es del todo clara, puesto que cabe la interrogante de qué pasaría si el contrato establece la obligatoriedad de efectuar el aumento cuando la junta así lo resuelva, y el accionista simplemente no quiere o no puede realizarlo, sin establecer la ley sanción alguna al respecto, por lo tanto creemos que debe la ley establecer una reforma al artículo 217 en el que se plasme la sanción concreta para el caso que el estatuto obligue a realizar el aumento y el accionista no lo ejecuta, sanción que podría ser el retiro obligatorio del socio si sus consocios así lo exigen.

- El artículo 15 de la ley de Compañías dispone que los socios en las compañías limitadas no tiene limitaciones en el ejercicio de este derecho, sin embargo los accionistas de la compañía anónima si los tienen, cuyos derechos de información en un sentido estricto, se relacionan exclusivamente con las

celebraciones de juntas generales y de la necesidad que los accionistas tengan pleno y cabal conocimiento de los puntos que van a tratarse, debidamente contenidos en la respectiva convocatoria; y en un sentido amplio, se refieren a la información de carácter documental, que les permita saber sobre la marcha de la compañía, información que la administración no puede negarse a proporcionarla. Particularmente, no estamos de acuerdo con las limitaciones que plantea la ley así como tampoco con los criterios jurídicos expuestos por la Superintendencia de Compañías, puesto que la tendencia moderna, como acontece en otras legislaciones como la española, en lugar de limitar el derecho a la información, tiende a facilitar la publicación adecuada de su información con el objetivo de que el público, esto es, inversionistas, proveedores, trabajadores, entidades públicas de contratación, etc., tengan conocimiento de la situación económico financiera de la compañía. En este contexto, debería plantearse una reforma legal que modifique el artículo 15 de la ley societaria, otorgando el mismo derecho de acceso a la información de la compañía que tienen los socios de las compañías limitadas, a los accionistas de las sociedades anónimas.

- A cerca del derecho de receso**,** debería asimilarse a legislaciones como la argentina en el sentido que el derecho de separación del socio no debería ceñirse únicamente a los actos de transformación, fusión o escisión como lo regula nuestro ordenamiento jurídico, pues si lo que importa es velar por los intereses de los accionistas frente a cambios trascendentales que ocurren en la compañía, los tres actos mencionados no son las únicas reformas que afectan a los intereses de los socios de manera que debería considerarse una reforma a la ley añadiendo al artículo 207 otro derecho fundamental que permita ejercer este importante derecho por parte del socio, que no quiere seguir formando parte de la sociedad por no existir las mismas condiciones en las que participó en la constitución o de forma posterior mediante su inversión en la adquisición de acciones, haciendo extensivo su ejercicio para los demás actos que impliquen reforma del contrato social original, tales como la reactivación, cambio de objeto social, cambio de denominación objetiva, prórroga del plazo, casos particulares de aumento de capital como el caso de que la junta resuelva un aumento de capital en numerario del quíntuplo del capital actual como ocurre en

Argentina a manera de ejemplo, es decir cuestiones que evidentemente afectarían a los intereses de los accionistas minoritarios y por los cuales tengan una posibilidad legal de decisión sobre su alejamiento o retiro.

- En las compañías de responsabilidad limitada, la ley establece un plazo no mayor a doce meses para el pago del saldo de capital, sin embargo en lo tocante a las compañías anónimas la ley se limita a decir que el pago del saldo de capital suscrito y no desembolsado se pagará de acuerdo a lo que establezca el estatuto o de conformidad con las resoluciones de la junta general, y si en éstos no se establece el plazo, se estará a lo que establece el Reglamento sobre el procedimiento de aumento del capital suscrito dentro del autorizado, en las compañías anónimas y de economía mixta que establece que e*l* saldo por pagar del capital suscrito, deben integrarlo los accionistas en el plazo máximo de dos años, contados desde la inscripción de la constitución de la compañía o del respectivo aumento de capital, en el Registro Mercantil, sin embargo, si bien un reglamento emitido por la entidad de control viene a regular el plazo que no lo establece la ley, creemos que si la ley se encuentra regulando el plazo de cumplimiento taxativamente para la sociedad limitada, en tratándose de la sociedad anónima considerada como la sociedad mercantil por excelencia, debe acontecer de la misma forma, y en tal sentido el artículo 218 debe reformarse a fin de que se establezca legalmente el plazo expreso y concreto de dos años para dar cumplimiento al pago del capital suscrito y no pagado en las sociedades anónimas.

- En virtud de que el contrato de sociedad como contrato de tracto sucesivo que es, no se rescinde sino termina por el incumplimiento de una de las partes, es necesario en este aspecto introducir una reforma al artículo 219 numero 3) que permita corregir el error cuando la norma se refiere a la rescisión del contrato con el accionista moroso, y en su lugar debe emplearse el léxico jurídico adecuado reemplazándose el término rescisión por el de terminación.

- El artículo 219 numero 3) además establece que si la venta de los certificados provisionales mediante un martillador público o corredor titulado no se pudiere efectuar, se podrá proceder a la mal llamada rescisión del contrato, empero la

redacción de la norma es ambigua ya que no aclara el procedimiento, debiéndose precisar en que casos o bajo que condiciones o circunstancias debemos entender que la venta no se ha podido efectuar, es decir, si no se puede efectuar por no existir martilladores públicos en el domicilio de la compañía, o de existir por no poder venderlos, o por cualquier otra razón que debería estar taxativamente establecida para evitar interpretaciones innecesarias, pues en los cantones donde no hay martilladores ni corredores titulados, no podría enajenarse dichos certificados, sin embargo no se sabe que criterio al respecto podrá tener un juez de lo civil o constitucional, cuando se impugne o se presente una acción de protección por la aplicación de esta norma en tal sentido, por lo que en este aspecto debe hacerse otra reforma a la norma antedicha, estableciéndose simplemente que en caso que de no haber martillador público o corredores titulados en el domicilio de la compañía o de existirlos no se llegare a enajenar los certificados provisionales, se pueda facultar a la compañía la terminación del contrato respecto al socio moroso, previa la certificación de la entidad competente que certifique la no existencia de tales funcionarios.

- En relación a los derechos que conceden las acciones preferidas a sus titulares, el Reglamento que regula esta clase de acciones establece en concordancia con la ley, que las mismas no confieren derecho a voto, sin embargo va más allá e indica que sólo lo tendrán cuando la ley lo impone o en los casos en que el Contrato Social lo conceda expresamente pero sólo en los siguientes casos: cambio de objeto social, disolución anticipada y modificación de privilegios de las correspondientes acciones preferidas. De lo expuesto podemos observar que el Reglamento, sin respetar la jerarquía de las normas como principio constitucional, propone formas excepcionales a la regla general dispuesta en la ley, y determina que las acciones preferidas concederán derecho al voto en los casos que la ley lo imponga, sabiendo que la ley no impone ningún caso, y por otra parte establece que además, concederán derecho al voto cuando así lo establezca el estatuto social en los casos de cambio de objeto social, disolución anticipada y modificación de los privilegios o derechos especiales que confieren las acciones preferidas, lo cual hasta cierto punto tendría lógica y garantizaría cierta seguridad jurídica a los accionistas preferidos en la defensa de sus legítimos intereses como ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en tal virtud

consideramos que no debería estar establecido esta posibilidad únicamente en el reglamento porque se torna no aplicable al establecer la ley una situación diferente que no admite excepciones, pero creemos que por lo saludable que se torna esta posibilidad, debe plantearse una reforma de los artículos 170 y 207 número 4) de la ley como norma jerárquica superior, que permita esta clase de derechos a las acciones preferidas como así lo establece la legislación comparada.

- En cuanto a la convertibilidad de acciones de ordinarias a preferidas, el artículo 7 del Reglamento para la emisión de acciones preferidas señala que el contrato social o en sus reformas podrá estipularse que las acciones preferidas puedan o deban convertirse en acciones ordinarias, determinando las condiciones, plazos, valor de conversión y demás términos a los que deberá sujetarse. Por su parte el artículo 186 de la ley, en referencia al cambio del tipo de acciones, establece simplemente que dicho cambio implicará una reforma del contrato social. Si bien la ley no establece claramente en que consiste el cambio o convertibilidad de acciones, el Reglamento, que no podría crear derecho, de alguna forma viene a regular esta situación, sin embargo, al igual que lo indicado en el punto inmediato anterior, sería plausible una reforma al artículo 186 de la Ley de Compañías, para que sea ésta como norma jerárquica superior, la que disponga esta convertibilidad, dejando al reglamento para que efectivamente determine en qué forma se lo haría.

- Con respecto a la transferencia de acciones, es necesaria una observación a la ley cuando establece que la nota de cesión únicamente deberá ser firmada para la transferencia por el cedente, existiendo en este caso una importante omisión como es la falta de necesidad legal que firme dicho documento además el cesionario, tanto más cuanto que si hemos manifestado que en la transferencia de acciones como acto entre vivos, el modo de adquirir el dominio es la tradición, el artículo 686 del Código Civil que conceptúa éste modo, expresa que debe existir dos elementos indispensables para su perfeccionamiento, por un lado la facultad e intención de transferir, en este caso por parte de cedente, y por el otro lado, la capacidad e intención de adquirirlo, por parte del cesionario; por lo tanto, entendemos que debe proponerse una reforma al artículo 188

mediante la cual, para perfeccionar la tradición como modo de adquirir el dominio de las acciones en una sociedad anónima, debe establecerse expresamente que la nota de cesión deberán ser suscritas tanto por cedente cuanto por cesionario.

- Art. 190 transmisión de acciones.- En cuanto a la transmisión de acciones consideramos que la ley omite establecer a los legatarios como peticionarios de la inscripción de la transmisión en el libro de acciones y accionistas, otorgando esa prerrogativa solamente a los herederos, sin embargo, a pesar que el legatario únicamente tiene un derecho de crédito contra el patrimonio del causante y que debe ser satisfecho por los herederos al momento de la partición, creemos que debe tener la posibilidad de solicitar dicha inscripción con la presentación del testamento en donde consta su legado por cuanto tiene también la calidad de sucesor, por lo que a nuestro criterio, entendemos que debe establecerse una reforma al artículo 190 de la ley societaria que corrija dicha omisión, disponiendo que la solicitud de inscripción de transmisión de las acciones en el libro de acciones y accionistas pueda ser pedida por los sucesores del causante, término que involucra a las dos clases de derechohabientes, tanto más cuanto que, según la ley actual solo puede hacerlo los herederos presentando la declaratoria de posesión efectiva de bienes, cuando sabemos que el legatario no tiene la facultad de solicitar la posesión efectiva cuya facultad corresponde solo a los herederos, debiendo decirse en consecuencia, "con la presentación de la copia certificada de la inscripción de la posesión efectiva debidamente inscrita en el respectivo Registro de Propiedad o del testamento según corresponda."

- Finalmente, la amortización y adquisición de acciones por la propia compañía si bien no son instituciones de diaria aplicación por parte de las sociedades anónimas, merece una revisión que amerite una reforma para llenar los vacíos legales y se complete y corrija los errores existentes, unificando las dos figuras que en el fondo son muy similares, reforma que contenga a la vez la derogatoria de los artículos 196 y 192 y plasme en un solo artículo los dos principios, evitando confusión por la similitud de su regulación, y que a través de la cual se establezca que la sociedad anónima pueda adquirir sus propias acciones para revenderlas o para amortizarlas, y en caso de amortizarlas que dicha operación,

ya sea con cargo a utilidades líquidas o con cargo al capital - a nuestro criterio-, debería producirse una reducción del capital, por cuanto si la cifra del capital social representa la suma del valor nominal de todas las acciones, dicha cifra deberá reducírsela cuando un grupo de sumandos desaparece, consecuentemente la cifra del capital debe reducirse en el balance en la misma cuantía que represente la suma del valor nominal de las acciones amortizadas. Y en referencia a la adquisición de acciones para revenderlas, los derechos que confieren las acciones que estén en posesión de la sociedad quedan en suspenso hasta que la junta decida su puesta en circulación, debiendo en la reforma establecerse un límite de tiempo para que la junta tome dicha resolución como lo plantea otras legislaciones al decir que se enajenen en el tiempo más breve posible, o caso contrario, por imperativo legal dichas acciones o se amorticen o se pongan a la venta ipso iuris. Debería además agregarse que la adquisición de acciones, ya sea para revenderlas o para amortizarlas, no únicamente podría realizarse a título oneroso sino también a título gratuito, dejándose establecido que el porcentaje máximo para la adquisición de acciones para las dos formas sea de un 50% pues actualmente solo se establece dicho porcentaje para la amortización. Además que actualmente los fondos utilizados para la adquisición de acciones únicamente se lo realiza con cargo a las utilidades líquidas, sin embargo no existe fundamento para que no se incluya una reforma que posibilite se lo haga también con cargo a las reservas facultativas como se lo concibe en otras legislaciones.

4.2.- CONCLUSIONES.- Las acciones y los accionistas en la sociedad anónima es un tema importante cuyo estudio personalmente nos ha enriquecido, y que ha sido motivo de amplios análisis doctrinarios nacionales como internacionales, pues no es para menos que al tratarse de aspectos fundamentales en la sociedad anónima, el uno personal –el accionista- y el otro real –la acción-, los diferentes autores hayan profundizado estos asuntos.

Con el presente trabajo hemos intentado plasmar una visión general en lo que concierne a las acciones y los accionistas en su engranaje dentro de la sociedad anónima, partiendo desde los conceptos fundamentales e historia de esta clase de compañía, el

análisis particular por una parte de los accionistas, sus derechos fundamentales y no fundamentales y su correlación con las obligaciones para con la sociedad y por otra parte las acciones como parte o cuota del capital y como títulos valores, su relación con su titular, sus clases e importancia, hasta el planteamiento de propuestas de reforma a la ley sobre situaciones que a nuestro criterio el ordenamiento jurídico nacional presenta errores, vacíos e incongruencias.

No únicamente hemos tratado de hacer un análisis resumen de los tópicos objeto de estudio, sino se ha tratado de exponer un análisis crítico de todos los aspectos expresados con sustento en la doctrina nacional, extranjera y al derecho comparado.
En los días en que se concluye este trabajo, coincidencialmente entró en vigencia la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, publicada en el Registro Oficial No. 240 de fecha 20 de mayo de 2014, que reforma parcialmente la Ley de Compañías, reformas que tienen relación principalmente con la inclusión de que objeto social deberá tener una sola actividad empresarial que puede comprender varias fases o etapas vinculadas entre sí o complementarias, a diferencia de antes de la reforma, cuando el objeto social podía referirse a todas las actividades deseadas por los constituyentes a excepción del transporte cuyo objeto social exclusivo ya se encontraba regulado por la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

En lo principal esta nueva ley reforma además aspectos que tienen relación con el sistema de ejecución de los actos societarios como los de constitución, aumentos de capital, prórroga de plazo y demás reformas del estatuto que constaban en el artículo 33 de la Ley de Compañías, los mismos que antes de la reforma debían ser aprobados por la Superintendencia de Compañías, pero que en la actualidad en virtud de la derogatoria tácita al artículo mencionado, la entidad de control ya no tiene a la obligación legal de aprobarlos, debiendo la escritura pública que los contiene ser presentada ante el Registro Mercantil para su inscripción, siendo función de la Superintendencia de Compañías ejercer el control ex post de los actos societarios antes mencionados y que han sido realizados bajo responsabilidad de la sociedad.

Esta ley recientemente en vigencia, reforma entonces la inclusión de nuevos requisitos formales para los actos societarios y asuntos procedimiento, así como las funciones y

facultades del órgano de control y vigilancia, sin embargo no presenta reformas sustanciales de fondo sobre temas como el objeto de la presente tesis u otros cambios que ameritaban ser tratados para evitar las varias anomalías y ambigüedades que contiene, en pro de solventar los problemas que diariamente se suscitan.

Es menester comentar dos aspectos que la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil presenta en referencia a temas que nos incumbe sobre el objeto del presente trabajo, el primero que hace relación al derecho del accionista de responder únicamente por el monto de su aportación, lo cual mediante la nueva ley, de forma peligrosa se ha introducido el levantamiento del velo societario, rompiendo con un principio societario importantísimo de aceptación mundial como lo es el de personalidad jurídica de la sociedad, así el último inciso del artículo 3 de la Ley de Compañías reformado establece que cuando no se tenga un objeto social real, lícito y único y que los actos o contratos celebrados en contra de tal disposición "*no obligarán a la compañía, pero los administradores que los hubieren ejecutado o celebrado, o los socios o accionistas que los hubieren autorizado, serán personal y solidariamente responsables frente a los terceros de buena fe, por los daños y perjuicios respectivos.*"

De igual forma el artículo 17 de la Ley de Compañías reformada establece. "*Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables: 1. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar; 2. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y, 3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución. Salvo los casos excepcionales expresamente determinados en la ley, la inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente podrá declararse judicialmente, de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad 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 personalidad jurídica seguirá el trámite especial previsto en el Código de Procedimiento Civil.*"

De las normas expuestas, se vislumbra el resquebrajamiento de la personalidad jurídica de la sociedad que hemos mencionado, reforma que pensamos tiene su fundamento en evitar negocios ilícitos como el lavado de activos y evitar perjuicios a la sociedad y terceros por tales irregularidades, sin embargo consideramos que no ha sido socializada y elaborada con detenimiento estas reformas, pues somos del criterio que habían otras formas de controlar y regular las prácticas monopólicas, fraudulentas o ilegales estableciendo mayores y más drásticas facultades al órgano de control societario, y no desaparecer la personalidad jurídica de la compañía para perseguir a los socios o accionistas de forma directa e indiscriminada a sus patrimonios personales, con lo cual personalmente no nos encontramos de acuerdo, primero por atentar contra uno de los principales principios del derecho societario y segundo, porque esta regulación va a desincentivar la inversión y la producción con las consecuencias que tal situación acarrea.

El segundo tema es el referente a la reforma del artículo 31 de la ley de Compañías que dice "*Los acreedores personales de un socio o accionistas durante la existencia de una compañía, podrán: 1. Solicitar la prohibición de transferir participaciones o acciones. 2. Embargar las acciones que le correspondan, las cuales podrán ser rematadas a valor de mercado, de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.* ***Los derechos económicos inherentes a la calidad de accionista, serán ejercidos por la persona en cuyo beneficio se dictó el embargo."***

El numeral 2 se refiere a la posibilidad de embargar las acciones de un socio moroso por parte de un tercero, otorgándole al acreedor la facultad de ejercer los derechos económicos del socio mientras la acción se encuentre embargada, lo cual tampoco nos parece correcto pues se atenta contra uno de los derechos fundamentales del accionista establecidos en el artículo 207, pues el acreedor cuenta con los medios y mecanismos legales necesarios para ejecutar la acción a través del remate de la misma, sin que se tenga que menoscabar los derechos inherentes al socio so pretexto de cobrar acreencias externas y no perjudicar a terceros de buena fe, reforma de la cual no compartimos empero estamos obligados a acatar por tratarse de una Ley Orgánica que modifica una ley ordinaria como lo es la Ley de Compañías.

Finalmente, creemos que a más de introducir las reformas que plantea la Ley Orgánica de Fortalecimiento del Sector Societario y Bursátil, es necesario que el legislador revise la Ley de Compañías, no solo en la forma sino en el fondo de sus instituciones y que a la brevedad posible, se establezcan las modificaciones y reformas acordes con la realidad jurídica actual y se corrijan los errores, vacíos, ambigüedades e incongruencias que actualmente contiene, no únicamente sobre el tema motivo de ésta tesis, sino en su totalidad, en beneficio de todo el sector societario, productivo y de la ciudadanía en general.

BIBLIOGRAFÍA

Cabanellas de Torres, Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental, 6° reimpresión, Editorial Heliasta S.R.L; Buenos Aires Argentina 1983.

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española; Editorial Espasa-Calpe S.A.; Madrid España 1970.

Diccionario de la Lengua Española; Real Academia Española; Vigésima Segunda Edición; Editorial Espasa- España-2001.

López Garcés, Ramiro; Pequeño Diccionario Jurídico Elemental, Universidad Central del Ecuador; Quito Ecuador 2008.

Richard, Efraín Hugo; Muiño, Orlando Manuel; Derecho Societario; 5° reimpresión; Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

Chuliá, Francisco Vicent; Introducción al Derecho Mercantil; 16° Edición; Tirant lo Blanch; Valencia España 2003.

Brunetti, Antonio; Sociedades Mercantiles, Serie Clásicos del Derecho Societario, Volumen 1; Editorial Jurídica Universitaria, México 2001.

Salgado Valdez, Roberto; Manual de Derecho Societario; Tomo 5, Vol. 1; Fondo de Cultura Ecuatoriana, Segunda Edición; Cuenca Ecuador 1989.

Salgado Valdez, Roberto; Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana; Tomo IX ; Derecho Societario; Tomo 9; Fundación Latinoamericana Andrés Bello; Quito-2006.

Salgado Valdez, Roberto; Sociedades Mercantiles con Participación del Estado; Derecho Societario, Revista No. 9; Órgano de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario; Editorial Edino, Guayaquil Ecuador-2008.

Dromi, Roberto; Derecho Administrativo; 10° edición actualizada; Editorial Ciudad Argentina; Buenos Aires-Argentina 2004.

Gagliardo, Mariano; Cuestiones Societarias; Primera Edición; Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires Argentina 2005.

Gagliardo, Mariano; El Directorio de la Sociedad Anónima; Segunda Edición Ampliada y Actualizada; Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina 2007.

Gagliardo, Mariano; Sociedades Anónimas, Segunda Edición; Abeledo-Perrot S.A.E.e.I; Buenos Aires Argentina.

Ramírez Romero, Carlos; Curso de Derecho Societario, Volumen I; Universidad Técnica Particular de Loja- Ecuador 2001.

Ramírez Romero, Carlos; Manual de Práctica Societaria; Segunda Edición, Loja Ecuador 2003.

Garrigues, Joaquín; Curso de Derecho Mercantil; 9° Edición, Segunda Reimpresión; Editorial Porrúa, México-1998.

Halperin, Isaac; Sociedades Anónimas"; Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina-1975.

Farina, Juan M.; Tratado de Sociedades Comerciales - Parte especial, II-B; Editorial. Zeus, Rosario Argentina-1979.

Larrea Holguín, Juan; Derecho Civil del Ecuador, Volumen I; Quinta Edición; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito Ecuador 1991.

Larrea Holguín, Juan; Derecho Civil del Ecuador, Volumen XIII; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-2001.

Larrea Holguín, Juan; Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador; Nociones Preliminares sobre el Derecho, la Ley y las Personas; Volumen I; Quito Ecuador 2001.

Alessandri Rodríguez, Arturo; Derecho Civil de los Contratos; Editorial Zamorano y Caperán; Santiago Chile 1976.

Castro Ossandón, Hernán; Estatuto del Accionista; Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1985.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín; Tratado de Sociedades Mercantiles; Tomo I, Quinta Edición; Editorial Porrúa S.A.; México 1977.

Sánchez Calero, Fernando; Instituciones del Derecho Mercantil; Volumen I, Vigésima Séptima Edición; Editorial Mc Graw Hill; Madrid España-2004.

Egas Peña, Jorge; El Estatus del Accionista; La Compañía Anónima, Análisis Sistemático de su Normativa; Ediciones Legales, Quito Ecuador-2006.

Carmigniani, Eduardo; El Capital Social; La Compañía Anónima, Análisis Sistemático de su Normativa; Ediciones Legales, Quito Ecuador-2006.

Mascheroni H., Fernando; Muguillo A., Roberto; Régimen Jurídico del Socio; Editorial Astrea; Buenos Aires Argentina 1996.

Cevallos Vásquez, Víctor; Nuevo Compendio de Derecho Societario, Primera Edición, Tomo II; Editorial Jurídica del Ecuador; Quito- Ecuador 2008.

Reyes Villamizar, Francisco; Derecho Societario; Tomo I, Segunda Edición; Editorial Temis, Bogotá-Colombia 2009.

Coello García, Hernán; Teoría del Negocio Jurídico; Universidad del Azuay; Cuenca Ecuador 1992.

Coello García, Hernán; La Sucesión por Causa de Muerte; Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia; Cuenca Ecuador, 2002.

Gallegos Vallejo, Rómulo; La acción como parte del capital, como título y como fundamento de la condición de accionista; La Compañía Anónima, Análisis Sistemático de su Normativa; Ediciones Legales, Quito Ecuador-2006.

Martínez Val, José María; Derecho Mercantil; Casa Editorial Bosch S.A.; Barcelona-España 1979.

Andrade Ubidia, Santiago; Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano; Tomo I; Segunda Edición; Ediciones Legales; Quito-Ecuador 2002.

O´Donnell, Gastón; Derecho Privado Empresarial; Obligaciones y Contratos; Tercera Edición; Ediciones Macchi; Buenos Aires Argentina 2004.

Parraguez Ruiz, Luis; Manual de Derecho Civil Ecuatoriano; Teoría General de las Obligaciones; Volumen I; Primera Edición; Quito Ecuador 1986.

Bonnecase, Julien; Tratado Elemental de Derecho Civil; Biblioteca Clásicos del derecho; Primera Serie, Volumen I; Oxford University Press; México 1999.

Sánchez Andrés, Aníbal; El Derecho de Suscripción Preferente del Accionista; Reimpresión; Editorial Civitas S.A.; Madrid España, 1990.

Dávila Torres, Cesar; Derecho Societario; Parte General y Sociedades Personalísticas, Volumen I, Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito Ecuador 1999.

Narváez García, José Ignacio; La Compañía de Responsabilidad Limitada; Primera Edición; Ediciones Bonnet & Cía. S en C.; Bogotá Colombia 1987.

Meza Barros, Ramón; Manual de Derecho Civil; Décima Edición actualizada; Colección Manuales Jurídicos; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile 2007.

Revista No. 4 Derecho Societario; Editorial Edino; Guayaquil Ecuador 1999.

Revista No. 8 Derecho Societario; Editorial Edino; Guayaquil Ecuador 2008.

Revista No. 9 Derecho Societario; Editorial Edino; Guayaquil Ecuador 2008.

Constitución de la República del Ecuador.

Ley de Compañías.

Código Civil del Ecuador.

Código de procedimiento Civil.

Ley Orgánica para la Protección de los Derechos Laborales

Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil.

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

Reglamento sobre el ejercicio del derecho de suscripción preferente en las compañías anónimas y de economía mixta.

Reglamento sobre juntas generales de socios y accionistas de las compañías de responsabilidad limitada, anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta.

Reglamento para la emisión de acciones preferidas.

Reglamento para el pago del capital insoluto de la constitución o aumento de capital de las compañías de responsabilidad limitada, anónimas y de economía mixta.

Normas de aplicación de las reformas a la Ley de Compañías, introducidas en la Ley para la Transformación Económica del Ecuador.

Normas para la elevación del valor nominal de las acciones o participaciones a un dólar o múltiplos de un dólar de los Estados Unidos de América, o para la fijación de este valor en fracción de dólar.

Gaceta Societaria No. 16 de la Superintendencia de Compañías.

Gaceta Societaria No. 26 de la Superintendencia de Compañías.

Doctrina Societaria No. 2; Superintendencia de Compañías; Régimen de Compañías, Tomo II; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.

Doctrina Societaria No. 24; Superintendencia de Compañías, Régimen de Compañías, Tomo II; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.

Doctrina Societaria No. 26; Superintendencia de Compañías, Régimen de Compañías, Tomo II; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.

Doctrina Societaria No. 28; Superintendencia de Compañías, Régimen de Compañías, Tomo II; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.

Doctrina Societaria No. 29; Superintendencia de Compañías, Régimen de Compañías, Tomo II; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.

Doctrina Societaria No. 63; Superintendencia de Compañías, Régimen de Compañías, Tomo II; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.

Doctrina Societaria No. 65; Superintendencia de Compañías, Régimen de Compañías, Tomo II; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.

Doctrina Societaria No. 77; Superintendencia de Compañías; Régimen de Compañías, Tomo II; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.

Doctrina Societaria No. 82; Superintendencia de Compañías; Régimen de Compañías, Tomo II; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.

Doctrina Societaria No. 94; Superintendencia de Compañías; Régimen de Compañías, Tomo II; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.

Doctrina Societaria No. 97; Superintendencia de Compañías; Régimen de Compañías, Tomo II; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.

Doctrina Societaria No. 98; Superintendencia de Compañías; Régimen de Compañías, Tomo II; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.

Doctrina Societaria No. 104; Superintendencia de Compañías; Régimen de Compañías, Tomo II; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.

Doctrina Societaria No. 127; Superintendencia de Compañías; Régimen de Compañías, Tomo II; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.

Doctrina Societaria No. 130; Superintendencia de Compañías; Régimen de Compañías, Tomo II; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.

Doctrina Societaria No. 145; Superintendencia de Compañías; Régimen de Compañías, Tomo II; Ediciones Legales EDLE S.A., 2002.