

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, HUMANIDADES Y EDUCACIÓN

CARRERA DE DERECHO

SEDE QUITO

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

TEMA: EL DERECHO DE RECESO EN LA TRANSFORMACIÓN DE COMPAÑÍAS
DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

AUTOR: DANIEL ALEJANDRO AGUILAR MEDINA

TUTOR: DR. JOSÉ GUILLERMO CAPITO ÁLVAREZ

Quito – 2021

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR

DR. JOSÉ GUILLERMO CAPITO ÁLVAREZ, en calidad de Asesor del Trabajo de Investigación designado por la Cancillería de la UMET, certifico que el estudiante: DANIEL ALEJANDRO AGUILAR MEDINA titular de la CC N° 1720247350, ha culminado el trabajo de investigación, con el Tema: “**EL DERECHO DE RECESO EN LA TRANSFORMACIÓN DE COMPAÑÍAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**”, quién ha cumplido con todos los requisitos legales exigidos por lo que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Atentamente.

JOSE
GUILLERMO
CAPITO
ÁLVAREZ

Firmado digitalmente
por JOSE GUILLERMO
CAPITO ALVAREZ
Fecha: 2021.01.25
19:44:18 -05'00'

DR. JOSÉ GUILLERMO CAPITO ÁLVAREZ

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, DANIEL ALEJANDRO AGUILAR MEDINA, estudiante de la Universidad Metropolitana del Ecuador “UMET”, carrera Derecho, declaro en forma libre y voluntaria que el presente trabajo de investigación que versa sobre: **EL DERECHO DE RECESO EN LA TRANSFORMACIÓN DE COMPAÑÍAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** y las expresiones vertidas en la misma, son autoría del compareciente, las cuales se han realizado en base a recopilación bibliográfica, consultas de internet y consultas de campo.

En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad de la misma y el cuidado al referirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,



Firmado electrónicamente por:

**DANIEL
ALEJANDRO
AGUILAR MEDINA**

DANIEL ALEJANDRO AGUILAR MEDINA

C.I. 1720247350

AUTOR

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, DANIEL ALEJANDRO AGUILAR MEDINA, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación, **EL DERECHO DE RECESO EN LA TRANSFORMACIÓN DE COMPAÑÍAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**, modalidad Proyecto de Investigación, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, cedo a favor de la Universidad Metropolitana del Ecuador una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservo a mi favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo a la Universidad Metropolitana del Ecuador para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El autor declara que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.



Firmado electrónicamente por:
**DANIEL
ALEJANDRO
AGUILAR MEDINA**

DANIEL ALEJANDRO AGUILAR MEDINA

C.I. 1720247350

DEDICATORIA

Les dedico a madre Narcisa Medina, quien con su bendición marcó mi camino y supo siempre protegerme, a mi padre Carlos Aguilar, ya que con su apoyo y sus consejos que me impartió supo ordenar vida y convertirme en una persona de bien, a mi hermano Emilio Aguilar, quien siempre estuvo apoyando mis momentos difíciles, y toda mi familia, que siempre aportó con un granito fundamental para forjarme como persona sin dejar de lado la familia, a mi querido padrino y tío Rolando Medina, con su ejemplo de dedicación ha sido un gran espejo para poder alcanzar mis metas. Quiero dedicar también a mi tutor el Dr. José Capito quien ha puesto su confianza en mí, para poder culminar este proyecto de grado, por su paciencia y por haber tenido las directrices que me han servido en toda mi vida universitaria y laboral. Por último agradezco a la Universidad Metropolitana la que abrió sus puertas para poder culminar una de las metas planteadas en mi vida.

RECONOCIMIENTOS

A mis padres y hermano quienes son el pilar fundamental en mi vida.

INDICE DE CONTENIDO

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR	II
CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN	III
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	IV
DEDICATORIA	V
RECONOCIMIENTOS	VI
INDICE DE CONTENIDO	VII
RESUMEN.....	IX
ABSTRACT.....	X
INTRODUCCIÓN.....	1
Situación problemática	3
Determinación del objetivo de estudio	4
Formulación del problema científico	4
Justificación.....	5
CAPÍTULO I.....	6
FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....	6
1.1. Antecedentes.....	6
1.2 Fundamentos teóricos	10
1.2.1 Contratos de sociedad.....	10
1.2.2. El socio.....	14
1.2.3. La compañía de responsabilidad limitada.....	20
1.2.4. Diferencia con la compañía anónima.....	24
1.2.5. La transformación societaria.....	27
1.2.6. La transformación en la compañía de responsabilidad limitada.....	34
1.2.7. Generalidades del derecho de receso	36
1.2.8. El derecho de receso como derecho de libertad.....	43
1.2.9. El receso como obligación de la compañía.....	46
1.2.10. Formalidades del receso	50
1.2.11. Requisitos formales	54
1.2.12. Tratamiento de los recesantes.....	57
1.2.13. Base legal comparada	59
CAPÍTULO II.....	66
METODOLOGÍA	66
2.1. Tipo de investigación	66

2.2 Concepción del plan de tesis	67
2.3 Métodos de análisis	67
2.4 Análisis de la información	68
2.5 Resultados.....	68
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	68
Conclusiones	68
Recomendaciones	70
Bibliografía.....	72

RESUMEN

Las compañías son medios jurídicos idóneos para encaminar a la reducción de riesgos en los negocios. Primero porque permite a los suscriptores de capital, compartir los niveles de riesgo de la incursión de negocios, sin comprometer su patrimonio personal o familiar, mediante la cooperación de los otros socios y a través de la actuación de la compañía. Segundo, será una persona jurídica que podrá ejercer derechos y contraer obligaciones sin limitación alguna, más que las dispuestas por la ley. Deberá ser representada legalmente por una persona, porque las compañías. Entiendo que los riesgos de las operaciones mercantiles pueden ser reducidos, pero no eliminados en su totalidad, a través de la utilización de compañías.

El derecho a la separación, o derecho de receso, es la posibilidad o facultad del socio para retirarse de la compañía y solicitar la recuperación de lo aportado al capital social. Este derecho no es totalmente de libre ejercicio, porque en el caso de la transformación de la compañía, serán requeridas ciertas formalidades, particularmente con respecto a las mayorías exigidas. El derecho a la separación en procesos de transformación, dentro de las compañías de responsabilidad limitada, en nuestro país, tiene una grave falencia legal. Debido a que únicamente puede ser ejercido conforme al artículo 331 y de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999). Podrán ejercer la separación únicamente aquellos socios que hayan estado ausente dentro de la Junta donde se decidió la transformación, o que si bien estuvieron presentes hayan votado en contra de dicha moción. Claro, tiene sentido si el receso es entendido como una muestra de inconformidad con una decisión de la Junta. Pero, el problema sale a flote con las mayorías exigidas para este tipo de compañía en cuestión, pues la normativa requiere que haya unanimidad para que sea efectiva la transformación, sin dividir claramente si se trata de una unanimidad total, es decir todo el capital social de la compañía, o de unanimidad relativa, únicamente de aquellos presentes en la Junta. La normativa societaria tiene falencias en su redacción con respecto a la transformación en compañías de responsabilidad limitada, porque el requisito de unanimidad es una limitación al ejercicio del receso, produciendo violación a los derechos del socio debido a la mencionada antinomia.

Palabras clave: Sociedad, voluntariedad, compañía de responsabilidad limitada, transformación, derecho de separación, antinomia.

ABSTRACT

Businesses are the ideal legal means to direct business risk reduction. First, because it allows capital insurers to share the risk levels of business incursion, without compromising their personal or family assets, through the cooperation of other partners and through the actions of the company. Second, it will be a legal person that may exercise rights and contract obligations without any limitation, more than those provided by law. Must be legally represented by a person, either natural or legal, because companies. For all this, I understand that the risks of business operations can be reduced, but not totally eliminated, through the use of companies.

The right of separation, or right of withdrawal, is the possibility or power of the partner to withdraw from the company and request the recovery of the amount contributed to the capital stock. This right is not entirely free to exercise, since in the case of transformation of the company, certain formalities will be required, especially with regard to the required majorities. The right to separation in transformation processes, within limited liability companies, in our country, has a serious legal flaw. Because it can only be exercised in accordance with article 331 and the Public Limited Companies Law. Only those partners who have been absent within the Board where the transformation was decided, or who, although they were present, have voted against said motion, may exercise the separation. Of course, this makes sense if the recess is understood as a sign of disagreement with a Board decision. But, the problem comes to the fore with the majorities required for this type of company in question, since the regulations require that there be unanimity for the transformation to be effective, without clearly dividing whether it is a total unanimity that is, all the capital stock of the company, or relative unanimity, only of those present at the Meeting. I understand that the corporate regulations have flaws in their wording with respect to the transformation into limited liability companies, because the requirement of unanimity is a limitation to the exercise of the recess, causing a violation of the partner's rights due to the aforementioned antinomy.

Keywords: Society, volunteering, limited liability company, transformation, right of separation, antinomy.

INTRODUCCIÓN

La humanidad, desde sus inicios, buscó siempre agruparse en diferentes figuras asociativas con miras a cumplir diferentes objetivos, partiendo desde la mera cooperación por la supervivencia hasta la asociación por objetivos políticos, sociales y, especialmente, económicos. Debido a esa tendencia latente dentro de nuestra propia naturaleza humana. Esto lo entendió el Derecho, materia que fue desarrollando campos especializados de la técnica jurídica para dar cabida a la construcción de asociaciones complejas de la muy variada índole. Es así como se dio origen al Derecho societario, materia que se ocupa de la organización, regulación y estudio de las estructuras asociativas catalogadas, en el Derecho actual, como sociedades o compañías.

La intención de asociarse es puramente voluntaria. Quienes deseen conformar una compañía, deberán, ineludiblemente, realizar una aportación de capital; lo cual es la obligación primordial de quienes adquieren la calidad de socio. Por otro lado, la aportación de capital, si bien es condición necesaria para ser socio el realizar un aporte de capital, no es del todo suficiente. Porque como socios, deberán cumplir también con diferentes obligaciones relativas a la conducción de la compañía.

Tras el cumplimiento de las obligaciones antedichas, los socios adquieren su estatus total como parte del capital social, lo que a su vez le otorga las facultades referentes a los derechos de los socios, que primordialmente radica en la posibilidad de obtener utilidades. Uno de los derechos otorgados al socio es también la posibilidad de votar para dirigir el camino comercial, jurídico y económico de la compañía. De modo que, si no está de acuerdo en una determinada situación, como lo es la transformación, podrá ejercer su derecho a la separación de la compañía y solicitar el reintegro de su aporte de capital.

Por lo que se hará una exposición de los conceptos básicos de la rama societaria, empezando por la naturaleza jurídica de la sociedad y la necesidad que obliga a las personas a asociarse dentro del campo mercantil. De modo que serán barajadas algunas propuestas de autores con respecto al concepto de sociedad, que serán posteriormente entrelazados con la definición entregada por la normativa ecuatoriana, específicamente sobre el artículo primero de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999). Seguidamente, y de forma concatenada a lo

anterior, serán revisadas las teorías de la naturaleza jurídica de la sociedad, desde la perspectiva tanto alemana como francesa, para inferir de aquello un examen sobre la tendencia tomada por nuestro legislador.

Como siguiente punto, se examinará la generalidad del concepto de socio, entendiendo cuál es su causa, desde la perspectiva doctrinaria; dilucidando la diferencia entre el estado de socio, como fase previa a la exigencia de los derechos propios del socio, y la calidad plena de socio, es decir cuando posee todas las facultades entregadas por el contrato social y la ley.

Serán distinguidos los diferentes derechos a los cuales tiene acceso quien ha obtenido la calidad plena de socios; es decir, por un lado, los derechos patrimoniales, por otro, los derechos políticos. Todo esto con la intención de resaltar el vínculo que existe entre la calidad de socio y los intereses compartidos que tiene este para con la compañía, pues para que un socio mantenga su inversión dentro del capital de una sociedad, esta última debe corresponder a los intereses del socio, porque en defecto de aquello, el socio debería tener la facultad de ejercer su derecho político al receso.

Abarcará el concepto, función, operatividad y formalidad del proceso de transformación; iniciando con la definición de este proceso como un fenómeno societario de excepción que tiene como objetivo la modificación drástica de la naturaleza jurídica de una compañía. Además, serán comentadas algunas distinciones entre la transformación, a la disolución y la fusión, con miras a explicar la real operatividad de la transformación como cambio de especie societaria de una compañía sin incurrir en un proceso de disolución ni modificando su personalidad jurídica. Con todo esto, será revisado el proceso de transformación dentro de la compañía de responsabilidad limitada, objeto de este estudio.

Se hará la revisión del concepto del derecho de receso, para posteriormente resaltar la importancia de la voluntariedad dentro del ejercicio de este derecho. Haciendo hincapié en los aspectos de voluntariedad y libertad contractual, que también son utilizados como fundamento al momento de la constitución de una compañía; por lo que mal hace el legislador al considerarlo para el derecho de receso, porque su base material es prácticamente la misma; o sea, la intención de desinvertir, en oposición a un determinado direccionamiento de la compañía. Todo esto, será verificado desde una perspectiva de protección a los derechos de las minorías

societarias, pues si participación dentro del capital, no le aporta un peso del todo determinante dentro de las decisiones de la Junta. Así pues, serán verificados los conceptos del derecho de receso, con respecto a los derechos que implican su aplicación y las vulneraciones que sobresalen cuando el legislador impone requisitos formales que no se corresponden con la realidad societaria y mucho menos con la propia normativa.

Situación problemática

En la actualidad el Ecuador en su Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999) no estipula ni enmarca en su articulado sobre el Derecho de Receso y su aplicabilidad, este derecho únicamente es nombrado en la transformación sin brindar ningún tipo de concepto y de su aplicabilidad. A través de los años se ha sometido la separación de los socios, sin embargo, no se está regulando lo que en realidad es el derecho de receso; que tengan incidencia representativa al contrato social.

De modo que, en el caso particular de la compañía de responsabilidad limitada donde le es exigible unanimidad para aprobar la transformación, no le será posible a un socio como tal ejercer su derecho porque si vota en contra de la moción de transformación, esta no podrá llevarse a cabo, por lo que, ineludiblemente, tampoco podrá hacer efectivo su derecho al receso y tendrá que buscar otras opciones para retirarse de la compañía.

Para ejercer el derecho de receso, nuestra normativa exige que el socio sea disidente, es decir que vote en contra de la moción de transformación dentro de la Junta General. Esta no es la única posibilidad, porque también está abierto para el socio ausente. No obstante, el problema esencial para el ejercicio de este derecho es que antes de existir el receso, debe existir la transformación. De modo que, en el caso particular de la compañía de responsabilidad limitada donde le es exigible unanimidad para aprobar la transformación, no le será posible a un socio como tal ejercer su derecho porque si vota en contra de la moción de transformación, esta no podrá llevarse a cabo, por lo que, ineludiblemente, tampoco podrá hacer efectivo su derecho al receso y tendrá que buscar otras opciones para retirarse de la compañía.

Determinación del objetivo de estudio

La transformación es un fenómeno societario de excepción, debido a que implica un cambio drástico en la estructura de la compañía. No obstante, este proceso solo obliga a quienes hayan estado de acuerdo con llevarlo a cabo; mientras que aquellos socios que hayan votado en contra o que hubiesen estado ausentes en la Junta en la cual se discutió la moción, podrán ejercer su derecho a separarse de la compañía; esto conforme al artículo 331 de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999). Ahora, lo antedicho no es del todo cierto dentro de la compañía de responsabilidad limitada debido a falencias en la propia norma que, a más de entregar una enorme confusión, producen una antinomia que limita derechos de los socios; específicamente sobre su libertad de desinvertir en la compañía.

Como objeto del presente, se puede notar que pese a que existe una normativa dentro de nuestro país, existen falencias dentro de ella para poder realizar la aplicación del **EL DERECHO DE RECESO EN LA TRANSFORMACIÓN DE COMPAÑÍAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**, por lo que al mantener estos vacíos legales nos da la oportunidad de realizar el análisis de legislaciones de países que ya se encuentran aplicando el derecho de receso con una mayor amplitud y también de autores que tratan acerca del tema en cuestión.

Formulación del problema científico

El derecho de asociación dentro de la actividad mercantil, y en especial en el área societaria, se ha mantenido a nivel mundial en constante evolución. Lastimosamente en Ecuador, la constante enunciada, no se ha cumplido, por lo que es necesario analizar las causas y motivos que impiden el desarrollo dentro de su legislación; en especial, con lo relacionado con la aplicación de del Derecho de Receso en la transformación de compañías de responsabilidad limitada.

En suma de ello, serán plasmadas las formalidades legales necesarias para que pueda ejercerse el derecho a la separación, lo cual es un símil del receso, realizando los puntos más discutibles de la normativa, especialmente con respecto a determinadas antinomias y disfunciones legales que limitan el ejercicio de ese derecho. Con todo este estudio, se formularán diferentes conclusiones a partir de la comparación de la normativa latinoamericana, específicamente la argentina y la peruana por ser los países que mejor tratamiento legal le han dado al derecho de

receso; pues han entendido que la defensa de los derechos de la minoría también tiene importancia en el buen funcionamiento de una compañía, porque simplemente aceptar la imposición de la mayoría no asegura un garantismo de los derechos como socios del resto del capital social.

Como objetivo general se plantea la aplicabilidad e implementación del derecho de receso en la transformación de compañías de responsabilidad limitada.

Por ende se plantearon los objetivos específicos que se detallará a continuación:

- ✓ Examinar la existencia del derecho de receso en la transformación de compañías de responsabilidad limitada.
- ✓ Demostrar que los socios o accionistas tienen legitimación para la aplicabilidad del derecho de receso dentro de la compañía.
- ✓ Determinar mediante una interpretación sistemática la aplicación del Derecho de Receso.

Justificación

Es necesario la aplicabilidad del derecho de receso dentro en las compañías de responsabilidad limitada ya que este derecho otorga la facultad hacia los socios que mantengan alguna disconformidad con las decisiones tomadas dentro de las resoluciones asamblearias societarias y que no se encuentra en el articulado de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999) expresamente.

Se podrá aplicar este derecho concurriendo en que este sea la mejor opción para los socios que sientan que sus derechos pueden ser vulnerados y puedan retirar el voto y de esta manera no perjudicar su aporte de capital invertido en la compañía.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS TEÓRICOS

1.1. Antecedentes

La institución de la empresa, en el ámbito jurídico, no se encuentra definida como tal. No obstante, en la ciencia económica esta se encuentra totalmente delimitada y ampliamente definida. Es así como se la simplifica en: “La empresa es una organización de bienes y servicios destinada a la realización de un fin determinado” (Hanna Musse, 1990). No hay que olvidar que la empresa se trata de una institución netamente económica que fue insertada al mundo jurídico siguiendo el avance de la sociedad y su aplicación tan práctica.

Aunque existen estos principios básicos de la empresa, el sistema normativo es insuficiente, en la medida que si le otorga la susceptibilidad para adquirir derechos y obligaciones pero la delimitación de conceptos es por amplitud compleja. En el país existe la confusión entre empresa y empresario, hasta el punto de que este último ni siquiera es definido en la normativa. Además, el concepto de empresa suele confundirse con el de sociedad o compañía, la cual si está ampliamente regulada por la legislación societaria.

Toda esta confusión parte de la errónea idea en que para crear una empresa es necesario una compañía, algo totalmente falso pues existe la posibilidad de un empresario que no ejerza el comercio y una empresa que no sea sociedad, pero no por ello pierden su calidad de actores económicos. Por otro lado, si bien existe el acierto de una empresa que esté sustentada mediante la constitución de una compañía, esta no es una regla obligatoria a cumplirse. La calidad de sociedad le dotará de personería jurídica, en la medida en que podrán contratar y ser susceptibles de ser representadas, judicial y extra judicialmente. Así pues, no es necesario constituir una compañía para irrumpir en negocios propios de una empresa; pero sí es necesaria para dotar de cierta seguridad jurídica. (Gómez Otalora, 1990)

La connotación de la empresa es por más exterior con respecto de los consumidores, proveedores y clientes. Pues entre ellos existen relaciones comerciales y estos a su vez practican el comercio, todo esto describe a la compleja

red económica que compone a la sociedad a partir del proceso deductivo y la toma de decisiones.

La contratación descansa sobre la noción básica del concurso de voluntades que tiene fuerza de ley para las partes. (Jiménez Sánchez, 2003). Es así como se constituye la actividad de contratar, una mera concurrencia de intereses. Llevar a cabo un negocio jurídico implica la creación, modificación y extinción de obligaciones de carácter patrimonial, en la medida en la que se contrata con miras a la obtención de beneficios económicos, en el caso de redes comerciales.

La regulación de los contratos se encuentra en el Código Civil y Comercial de la Nación. A lo que es prudente mencionar, ¿y los contratos atípicos? Estos son ampliamente utilizados en la contratación mercantil por lo que deberían estar delimitados, aunque por otra parte reducirlos a tal punto sería como una camisa de fuerza y limitaría la libertad contractual que describe e identifica a esta rama del Derecho.

Si un contrato mercantil se describe como un instrumento para la realización de actos económicos empresariales (Jiménez Sánchez, 2003) habrá de ser necesaria una amplia gama de contratos que puedan sustentar toda la actividad empresarial. Es por lo que la conjugación civil y mercantil sigue evidenciándose de manera tal que puede decirse que van a la par, algo así como un régimen especializado de contratación mercantil.

El ser humano, inevitablemente, es un ser social. Por eso a lo largo de la historia ha tendido siempre a agruparse; debido a diferentes intereses que van desde la mera supervivencia hasta la construcción de complejas figuras societarias para incurrir en operaciones mercantiles con el fin de la obtención del lucro (Chindemi, 2004). De tal modo, es posible hablar de que el ser humano sufre un fenómeno asociativo por naturaleza.

En el campo del Derecho mercantil, la rama encargada del estudio y regulación de dicho fenómeno asociativo es el Derecho Societario; que conforme lo indica (Balbín, 2015) es la rama jurídica especializada que se encarga del manejo de la sociedad mercantil tanto de sus aspectos intrínsecos, es decir el control societario,

capital, gobierno, etc.; así como también sus aspectos exógenos o sea la relación del socio o accionista para con la sociedad.

Desde antaño, la aglutinación de capital por medio de varias inversiones ha sido una fórmula, relativamente eficiente, para el manejo de riesgos; sin olvidar que el riesgo de incurrir en pérdidas al final de un ejercicio económico no puede ser eliminando de forma total (Cabanellas de las Cuevas, 1993). Pero las técnicas asociativas han evolucionado para convertir esos aportes de capital en instituciones jurídicas autos gestantes, escindidos de sus fundadores.

De este modo, es comprensible la figura jurídica de sociedad, que según el tratadista ecuatoriano (Ramírez, 2004) se trata de un ente jurídico independiente de los socios, que posee patrimonio y que, además, es capaz de adquirir obligaciones y ejercer derechos; a través de sus representantes legales.

De la definición mencionada, es posible inferir que la sociedad se trata de un incapaz relativo, conforme el artículo 1463 del Código Civil por que tiene la calidad de persona jurídica; se puede señalar que la sociedad mercantil es un incapaz relativo porque no ejerce por sí mismo sus derechos ni adquiere obligaciones de manera autónoma, sino que lo hace a través de su representante legal. Por ello es deducible que, en un acertado orden de ideas, la sociedad es un incapaz relativo porque es, primordialmente, una persona jurídica y no viceversa. En cuanto cumpla con los requisitos y formalidades dispuestas en la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), que es la ley especializada en la materia, Por otro lado, es incorrecto olvidar de mencionar que, a pesar de ser un ente jurídico independiente, la sociedad no subsiste sola o por sí misma. Debido a que son sus socios o accionistas quienes la dan la dirección que estos ameriten correcta o necesaria, pues los accionistas (en caso de la S.A) forman parte del órgano supremo o de gobierno; o sea, la asamblea legalmente convocada y reunida.

La cualidad legal de sociedad lo podrán adquirir únicamente aquellos actos o contratos constitutivos que cumplan con los requisitos y formalidades que ordena la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), esta normativa, en su artículo 1 menciona: “contrato de compañía, es aquel por el cual una o más personas, unen sus capitales o industrias para emprender en operaciones mercantiles, participar de sus utilidades y de otros beneficios sociales”

Con base en el artículo antedicho, es factible deducir que la unión de capitales para la obtención de utilidades (dividendos en el correcto sentido técnico-jurídico) es el objeto o intención común de quienes deciden participar en una operación constitutiva societaria; a lo que para cierta doctrina especializada, es el móvil societario llamado en el Derecho español como el interés social (Estordeur, 1998, p. 36-37).

En ámbitos generalizados con lo que respecta al socio, es todo aquel individuo que forma parte de una asociación; es decir, de una agrupación cooperativa con fines sociales que se presuponen ante sus intereses particulares (Monereo Pérez, 2020). En el Derecho mercantil, específicamente en el campo societario, ostentar la calidad de socio implica otras variables que se configuran a partir de derechos y obligaciones adquiridas libremente por un acto jurídico, llamado acto constitutivo. Esta diferenciación tiene una especial importancia porque para una compañía, indistintamente de su especie, sus socios o accionistas son el eje sobre el cual descansa el manejo de estas; muy aparte de la existencia de un órgano de administración claramente definitivo (Adrogué, 1996). Esencialmente porque el ostentar la calidad de socio otorga la facultad de participar en el órgano supremo de la compañía; o sea la Junta de Socios que en la teoría orgánica societaria es catalogada como órgano de gobierno (López Nieto, 2018, p. 31-32).

Hay que señalar que la transformación societaria, como su nombre mismo lo indica, es un acto de cambio o conversión en el campo del Derecho societario. En sí mismo, parte como un acto jurídico general, por lo que deberá cumplir con los requisitos necesarios para todo acto que busca efectos jurídicos perfectos (Solórzano, 2009). La omisión de los requisitos, bien sean generales o particulares, implica la nulidad de este acto jurídico. Por tal sentido, la conversión que es buscada a través de un proceso de transformación societaria no será posible si no cumple con los requisitos formales dispuestos en la norma. Por lo que cabe mencionar la cuestión en estudio correspondiente al derecho de receso (Salvatierra, 2005).

El derecho de receso, en su fundamento más básico, es representado como un derecho consagrado para la protección de las minorías societarias. El propio (Burgos Villamil, 2002) indica que, si bien existe una preponderancia por la toma de decisiones por vía democrática y mayoritaria en el manejo de las compañías; esto no

debe desmerecer el principio legal de la libre decisión de quienes participan dentro de la compañía como socio.

1.2 Fundamentos teóricos

1.2.1 Contratos de sociedad

Para entender el proceso de transformación de una compañía, es prudente primero conocer la naturaleza jurídica del contrato de sociedad, particularmente sobre las compañías de responsabilidad limitada. Ya que el dimensionamiento que entrega la normativa ecuatoriana es únicamente formalista, es decir que considera a los socios de una sociedad tan solo como parte del órgano de gobierno; sin comprender que el socio asume derechos y obligaciones para con la sociedad, en sentido bipartido y conmutativo entre los socios y la sociedad; y mas no entre ellos. (Richard & Muiño, 2004).

En vista de lo antedicho, serán expuestas las teorías societarias predominantes con respecto al acto conmutativo; estos son: la teoría contractualista o clásica y por otro lado, la teoría de actos constitutivos complejos colectivos (Villamizar, 2008). Es fundamental comprender sus diferencias y presupuestos para dilucidar en cuál de estas teorías cabe el derecho de receso como acto societario individual, bien sea concebido como una disolución parcial de la compañía o como un proceso de recompra de instrumentos representativos de capital social (acciones o participaciones) mediante el proceso de devengado de títulos accionarios.

Partiendo de que las compañías (sinónimo de sociedades mercantiles conforme el artículo 1 de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999) están incluidos dentro del género contractual, el género contractual abarca también al contrato de sociedad, lo cual es el instrumento jurídico que da vida jurídica a la compañía, con plena validez legal y personería jurídica plena (Balbín, 2015, pp. 55-63). Es prudente y correcto considerarlo de la misma manera al acto constitutivo que le da la vida jurídica a la sociedad. Es decir, que se trata de un contrato. Ahora, el punto de interés es conocer quiénes son las partes dentro de dicho contrato de sociedad. Inicialmente para explicar dicho punto, encontramos a la teoría contractualista clásica, proveniente de la doctrina francesa que está basado en el principio de libertad y voluntariedad. Defendía el principio de la bilateralidad sin perjuicio del número de suscriptores. Es decir que para esta teoría, todas las

constituyentes conformaban una parte contractual adecuándose a una especie de comunidad, en razón del interés social compartido entre los constituyentes de la sociedad (Balbín, 2015, pp. 55-63); y por otro lado, la sociedad misma como la otra parte contratante. La crítica esencial a esta teoría es que los suscriptores no deben ser considerados como una comunidad cuando solo uno de los intereses (el lucro) es el compartido. Además, la posibilidad de contratar con una sociedad que todavía no existe en *strictu sensu*, es una aberración jurídica que, en términos formalistas, se subsana por si misma al incluir el concepto de iter societario, o sea el proceso en que la sociedad existe pero es irregular porque le falta por cumplir ciertos requisitos determinados en la ley (Estordeur, 1998).

Por otro lado, la teoría de actos constitutivos complejos y colectivos la cual sigue la tradición alemana, proponía que dentro de la teoría contractualista existían ciertas falencias teorías, siendo las principales aquellas mencionadas en el párrafo anterior. La idea de una mera bilateralidad rompe con la idea de Von Gierke sobre las manifestaciones de la voluntad de los accionistas constituyentes sobre su propia individualidad (Monereo Pérez, 2020).

Es decir no se trata de un interés general compartido sino de diferentes intereses direccionados a un interés superior, que termina siendo la sociedad. En otras palabras se hablaba de un acto constitutivo complejo de naturaleza social, para después ser societario, porque la voluntad individual de las accionistas tiende a la creación de un sujeto. Por todo esto es posible deducir que la teoría alemana defendía la existencia de relaciones jurídicas entre accionista y compañía; mas no entre los propios accionistas (Balbín, 2015, p. 37).

La idea de esta diferenciación, con respecto al derecho del receso, es que para ejercer ese derecho, en el caso de la teoría contractualista la idea recae en una disolución parcial de la compañía; mientras que en la teoría alemana es tratado como una recompra de participación societaria. Es decir un devengado forzoso de acciones.

La característica esencial del contrato de sociedad, ineludiblemente, es su voluntariedad. Desde su propio concepto, hasta la definición legal entregada por el Artículo 1 de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999) es notorio que la intención de unir capitales, industrias, representa la causa de este contrato. De tal modo, la sociedad o compañía, como sujeto de derecho, tiene como base de

existencia, la intención de los socios que han decidido constituirla; por lo que mal haría el sistema legal en negar el derecho a los propios socios para dejar de conformar el sujeto de derecho al que han dado vida jurídica. Por todo esto es posible simplificar el contrato de sociedad, al igual que el derecho de receso, como un ejercicio voluntario de un derecho subjetivo.

En suma de la voluntariedad, el contrato de sociedad, por su naturaleza misma convencional, es generadora de deberes lo que en el derecho es catalogado como una fuente de obligaciones (Cordero y Fernandez, 1999). En tal sentido, quienes decidan constituir una compañía, de forma inicial, o forman parte de ella a través de la adquisición de una cuota parte de su capital bien sea como participaciones o acciones, asumirán el compromiso de cumplir con las obligaciones por la calidad que ostentan. Estas obligaciones pueden devenir, bien de la ley, conforme el Artículo 115 de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999) o del propio estatuto de la compañía bajo una modalidad de auto regulación.

La idea de analizar bajo esta óptica al contrato de sociedad de responsabilidad limitada es clasificar que, necesariamente, debe comportarse como una camisa de fuerza para los socios (con mayor intensidad debido a su carácter personalista) y, en caso de la compañía anónima, a los accionistas. Porque, si bien es cierto que la compañía, como ente autónomo, buscará la prevalencia del interés social, el contrato de sociedad podrá también tener un trasfondo económico que, ineludiblemente, deberá ser correlativo al interés individual de los aportantes del capital (Rivera & Medina , 2014). De tal modo, precautelar la obligatoriedad societaria por sobre la voluntariedad de los socios o accionistas es una grave afrenta a su libertad; en el sentido estricto de los intereses económicos que sirvieron de móvil o causa para la constitución misma de la compañía.

Dentro de la compañía de responsabilidad limitada, es verificable una característica particular, que es su tinte personalista, especialmente con relación a la cesión de sus participaciones a terceros (Martorell, 1989). Las minorías, en ese sentido tienen también un aspecto en contra, porque obtener la unanimidad de la aprobación para relación la cesión de participaciones que mantiene en el capital de la compañía, se torna una actividad titánica, porque el control de la compañía podría correr peligro si es que un tercero ingresa a ella y busca diversos medios para

aumentar su peso dentro del capital; menciónese: aumento de capital, derecho de acreencia, etc.

Por lo dicho, es posible concluir que cuando una compañía deja de corresponder a los intereses individuales de un socio o accionista, este debe tener derecho a separarse de ella; sin mayores requisitos de los que la lógica y la realidad societaria puedan entregarle. Porque la obligatoriedad de estar ligado a una compañía con la cual no mantiene interés, bien económico como también político, debe ser analizado más allá de un simple cumplimiento de obligaciones, porque ni la ley ni los estatutos sociales, posiblemente, no podrán incluir en sus textos todas las posibilidades y situaciones que salen a flote en la vida jurídica de una compañía y las relaciones que existe de esta para con sus socios, además de entre ellos también.

De tal manera, debe otorgarse a los socios la posibilidad de separarse de la compañía cuando sus intereses ya no son correlativos al manejo de la compañía, bien puede ser para los procesos de transformación, pero también es posible incluir causales voluntarias que amplíen este derechos de las minorías (esto con la reforma de diciembre de 2020); aquel es el fundamento de la existencia del derecho del receso, el cual será abordado detalladamente más adelante.

La sociedad, en el sentido estricto del Derecho mercantil, es una herramienta, relativamente eficiente para la disminución de riesgos para las inversiones, sin olvidar que no es posible eliminar de forma total los riesgos relacionados a la existencia misma de la sociedad (Pita, 2006), como lo es cuando las pérdidas son acaecidas por dos o más años consecutivos, lo cual es una causal de disolución conforme el reglamento para la disolución, liquidación, y cancelación de compañías emitido por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Entonces, a sabiendas que ningún riesgo puede ser eliminado en su totalidad, los socios de una compañía deciden unir sus capitales para reducir la posibilidad de pérdidas para su patrimonio propio, aplicar la responsabilidad limitada dentro del campo societario (Garibotto, 1991). Esto último es de vital importancia para la presente investigación. Debido a que en sociedades personalistas, el derecho del receso no toma un plano completo; esencialmente porque en el caso de una transformación, el socio únicamente podrá beneficiarse de este derecho si ha votado de forma expresa en contra de la transformación. De modo que si este, no podrá

separarse de la compañía sin la aprobación unánime de los demás socios; algo totalmente contraproducente con el propio fundamento básico del receso conforme fue descrito en aportados anteriores,

Siguiendo esta misma línea, el tráfico mercantil está completamente entrelazado con la capacidad de incursionar en nuevos negocios. Debido a que las inversiones por sí solas tienen menos capacidad para afrontar la operatividad de un negocio; o puede ser un socio capitalista. Por ello, resalta la funcionalidad económica de las compañías, son una figura jurídica dinámica y eficiente en la medida en que los intereses sociales coadyuven con las individuales.

En el campo de los contratos, los tratadistas estadounidenses Robert Cooter y Thomas Ulen propusieron una teoría de la negociación. Las relaciones jurídicas cuyo fruto son los contratos han sido consecuencia de un ejercicio negocial de promesas exigibles mutuamente, las cuales son producto de una negociación entre potenciales partes contratantes que tienen intereses, ya sean opuestos, paralelos o combinados. Ergo, según los autores mencionados: “la teoría económica de los contratos se basa en una relación fundamentada en la negociación de promesas voluntarias que obligan a las futuras partes contratantes, con la capacidad de ser exigibles”. (Cooter y Ulem, 2016, p. 343)

La exigibilidad de una promesa parte de que esta sea hecha voluntariamente dentro de una negociación racional y real; en la cual se conjuguen las voluntades contrapuestas exteriorizadas por los negociadores y potenciales contratantes.

1.2.2. El socio

Cierta doctrina suele referirse a un supuesto estado de socio, definiendo esta idea bajo la lógica de posición subjetiva derivada de un haz de relaciones jurídicas que son resultado del concurso de voluntades de los demás socios para con la sociedad; o únicamente por esta (Balbín, 2015). No obstante, la calidad de socio no deviene de las relaciones jurídicas coadyuvantes con otros socios, pues puede tratarse de una sociedad unipersonal como en la sociedad por acciones simplificadas o SAS. Sino que en realidad se trata sobre una relación directa entre socio y compañía, representado en diferentes derechos y obligaciones, donde uno u otro pueden ser titulares y a su vez obligados.

Para ejemplificar lo antedicho, tengamos en cuenta a los dividendos, pues en caso de existir, la compañía toma la posición de deudor para con el socio; en cuanto la Junta de socios haya decidido repartirlos. Por otro lado, pero en la misma línea argumentativa, el socio que haya suscrito participaciones, al igual que el accionista que suscribe acciones, asumen una obligación para con la sociedad, ya que es con quien mantiene sus relaciones jurídicas; mas no con los demás socios. Por ello, estas obligaciones y derechos son los que determinan la calidad de socio, cualidad que debe ser mantenida a través del cumplimiento de sus obligaciones. De tal manera, es posible concluir que el estado de socio, fundado en las relaciones jurídicas con los demás socios en relación con el ánimo asociativo, no basta para ser catalogado como socio. La categoría de estado de socio es el estatus que adquiere quien haya suscrito participaciones o acciones dentro de una compañía, pero que todavía no ha pagado dicha suscripción. Por ello, a pesar de estar considerado como socio dentro del libro de socios y accionistas, no adquiere todos los derechos políticos y económicos inherentes al socio, porque; en sentido estricto, no ha pagado aún sus suscripción, sino que se encuentra en un estado medio (Balbín, 2015, p. 125).

Una vez entendido que la mera intención asociativa no basta para ostentar la calidad de socio, es imprescindible entonces analizar cuál es la causa del socio (o sea, el motivo que impulsa a un individuo para decidir invertir en el capital de una compañía); en el sentido de identificar la cualidad patrimonial de un socio (Vázquez López, 2008). Ante eso, sale a flote la interrogante de si participar de los dividendos es el aspecto sustancial para la toma de obligaciones como socio. Con toda seguridad se puede deducir que esto es incorrecto. Si bien puede sonar contraproducente con lo dicho en líneas anteriores con respecto al ánimo de lucro y los intereses correlativos entre socio y compañía; vale aclarar que los dividendos en sí no representan el ánimo de lucro, sino que únicamente son un resultado del ejercicio económico donde los ingresos superan a los egresos, sin que esto sea ajeno a otros géneros asociativos como las cooperativas que bien pueden tener utilidad y excedentes y repartirlos entre sus socios sin que implique un ánimo de lucro (Chindemi, 2004).

De tal modo, con lo deducido en el párrafo anterior, se entiende que el dividendo no es la causa de la calidad de socio. Entonces, habrá de ser propuesta la idea de Vivante sobre la teoría clásica de la compañía mercantil, al estilo de siglos

pasados, donde la causa de la calidad de socio era compartir el riesgo entre los demás participantes de la inversión (Vivante, 2003).

Esta idea tiene más coherencia con el ánimo de lucro, en la esfera societaria, si se comprende al lucro como la búsqueda de acumulación de riqueza; de modo que el riesgo, necesariamente, será proporcional al interés lucrativo (Etcheverry, 2001). Por eso se defiende la idea de los intereses correlativos de los socios, pues si estos no buscaran medios para que la dirección de la compañía sea coadyuvante a su real interés; no tendría sentido mantener su inversión dentro del capital de la misma. Los socios se mantienen como tal dentro de la compañía para compartir tanto pérdidas como ganancias, a sabiendas que no es posible eliminar totalmente el riesgo de incurrir en pérdidas. En conclusión la calidad de socio se sostiene en el ánimo de compartir el riesgo, mas no en la expectativa de obtener dividendos.

Tras el análisis realizado con respecto a la calidad de socio y su real interés o causa para adquirirlo, se entiende como un aspecto primordial la participación dentro del órgano de gobierno. Conforme el Artículo 116 de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999) la Junta General formada por los socios debidamente convocados y reunidos es el órgano supremo de la compañía. Por ello, los socios, a través de su voto, tienen la potestad de decidir sobre los aspectos que consideren necesarios para la conducción de la compañía. No hay que olvidar que en el caso de la sociedad anónima, este examen únicamente tiene sentido si existiesen acciones ordinarias.

En la compañía de responsabilidad limitada, debido a su tinte personalista, la lógica presume que todos quienes ostentan la calidad de socio tienen el interés de influir en el desempeño de la compañía. En el sentido de que participen activamente en su administración. La idea de un socio desinteresado se contrapone a la naturaleza de esta especie de compañía; sin perjuicio de que en la práctica esto sea probable (Chomer, 2004).

A modo de conclusión del presente acápite quisiera dilucidar los puntos resaltables para el objeto de esta investigación. Primero, la cualidad de socio se basa en las relaciones jurídicas oponibles entre la compañía y el propio socio, sin interferencia de las relaciones jurídicas de los socios entre sí. Segundo, la causa de la calidad de socio no es en sí misma la obtención de los dividendos, que bien pueden

no llegar, sino sobre la búsqueda del lucro al compartir el riesgo con los otros socios, riesgo que es transmitido a su vez a la compañía.

Finalmente, hay que tomar en cuenta que la calidad de socio no puede ser esquiva, ni mucho menos excluyente, a la participación en el órgano supremo de la compañía; es decir a la Junta General. Con todo esto, deduzco que la calidad de socio conlleva varias complejidades que son mejor analizadas desde el examen de los derechos y obligaciones que el socio adquiere.

1.2.2.1. Derechos del socio

Los derechos patrimoniales, dentro del campo societario, son aquellos vinculados directamente con el ánimo de lucro o a beneficiarse de la sociedad; por ejemplo como lo es en las partes de interés. (Romano, 2001, p. 506). El derecho a participar de los beneficios económicos tras el ejercicio económico de la compañía es el derecho por excelencia de los socios; que, a primera vista, inspira un determinado afán por adquirir una cuota parte del capital social bajo la modalidad de participaciones. No obstante, el alcance de este derecho es limitado y subordinado a que exista utilidad. Esta última situación, a pesar de que sea un resultado positivo, no asegura que los beneficios económicos sean entregados a los socios, pues depende de la decisión de la Junta General.

Por otro lado, bajo el mismo género de derechos, encontramos el derecho a la suscripción preferente y el derecho a acrecer. Este derecho, es evidentemente opuesto al derecho de receso (que es político) porque en el primer caso, el interés del socio es aumentar o mantener su participación en el capital social de la compañía; en cambio en el receso, el interés final es la separación del socio con la compañía (Pita, 2006). No obstante de ello, el derecho a acrecer es netamente patrimonial por su relación directa con el capital social; lo que a su vez repercute en su participación en las utilidades a entregarse, es decir los dividendos.

Los derechos políticos de los socios están estrechamente relacionados con la dirección de la compañía. Primero porque implica una participación activa dentro del órgano de gobierno; sin perjuicio de que un socio tenga la calidad de administrador y representante legal de la sociedad. Segundo porque, si bien el derecho político por excelencia es el voto, la participación con voz dentro de las juntas pueden representar eximentes de responsabilidad para el socio, por ejemplo, la aplicación del

desvelamiento societario dispuesto en el artículo 17.1 de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999). Finalmente, es deducible que los derechos políticos son el carácter personalista del socio para con la compañía, pues implica una relación cercana con el manejo comercial, jurídico y práctico, que se pretende aplicar a la compañía.

Tomando parte de lo concerniente a la Junta General, este es el órgano supremo de la compañía, el cual está conformado por todos los socios debidamente convocados y reunidos. No obstante, la participación dentro de la junta, bien sea con voz y voto o solo con este último, no es una obligación *per se*. En realidad se trata de un derecho subjetivo que tiene la calidad de facultativo para el socio. En la medida de que este puede elegir no concurrir a las Juntas y cuando lo haga, votar en blanco o abstenerse de hacerlo, ante las mociones que realicen el presidente o los demás socios. A pesar de ser una evidente afectación a la dirección de la compañía, decidir no hacer uso efectivo de los derechos políticos no es una causal de exclusión del socio; muy aparte de que sea ética y comercialmente discutible. Debido a que la exclusión del socio, al igual que el derecho de receso, es una medida excepcional y taxativa, misma que únicamente puede ser accionada por las causales dispuestas en el artículo 83 de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999).

Por todo esto insisto que los derechos políticos de voz y voto en la junta son meramente facultativos y no son determinantes con relación a la calidad de socios; a menos, claro, que exista pacto en contrario debidamente dispuesto dentro de los estatutos sociales.

Por otro lado, aunque no del todo relacionado a los derechos políticos del socio, los socios pueden también ostentar la calidad de administradores. Es decir, ser quienes tienen a su cargo la representación legal, judicial y extrajudicial de la compañía. Esta investidura, sin lugar a duda, repercute en el direccionamiento de la sociedad, pero bajo una modalidad de ejecutivo y de representante legal. En el sentido de que toda la actuación del administrador estará subordinada al cumplimiento de los mandatos dispuestos por la Junta General, un signo más de su confirmación como órgano supremo.

A más de eso es prudente recordar que para ser administrador de la compañía no es necesario ser socio de ella, obviamente esto depende de la especie de

compañía, pero para efectos de la presente investigación, solo ha sido tomada en cuenta la compañía de responsabilidad limitada. Así pues, podría decirse que ostentar el cargo de administrador, bajo ciertas circunstancias como es el caso de pacto expreso dentro de los estatutos sociales que sólo los socios pueden ser administradores, podría llegar a considerarse como un derecho político del socios, por su relación con el manejo de la sociedad. No obstante, es crucial tener en claro que los derechos políticos propiamente dichos del socios es la voz y el voto dentro de la Junta General, porque estos derechos podrían ser determinante en las decisiones sociales; tal como es en los procesos de transformación, ya que este proceso requiere de unanimidad de los socios, conforme lo indica el artículo 330 de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), tema que será abordado detenidamente más adelante en esta investigación.

1.2.2.2. Obligaciones del socio

La compañía, en su forma más básica, no es otra figura autónoma. Sino que se trata de un contrato, como ha sido explicado en apartados anteriores. Por ello, habrá de ser reducido, en la medida de lo posible, a sus requisitos esenciales; que son: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita. La conjugación de estos elementos, que son inexcusables para los socios, se obtiene como resultado la generación de obligaciones que los socios habrán de cumplir en pro del interés social; que, a su vez, es también compartido por los socios. De tal forma, es acertado distinguir al contrato de sociedad como una fuente de obligaciones, equiparables, para todos los socios; siendo posible que ellos mismos, de forma parasocial (o sea por fuera de los estatutos) se auto impongan una mayor carga de obligaciones que posee una modalidad accesoria, dependiente del contrato principal que, en este caso, es el contrato de sociedad (Peña, 2017, p. 25).

A raíz de la creación de las obligaciones correspondientes al contrato de sociedad, la compañía se convierte en un acreedor para con el socio; específicamente con respecto a su obligación primordial del pago del capital suscrito por dicho socio. El artículo 115 de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999) especifica las obligaciones de los socios en una forma genérica, ya que el contrato social puede imponer obligaciones adicionales; así como también prestaciones accesorias. Para retornar con la obligación principal de los socios hay que tener presente que la suscripción del capital, la promesa de aportar una determinada

cantidad de dinero o un bien en específico, no es libre. Está condicionada de forma temporal.

En el caso de la compañía de responsabilidad limitada, la cancelación del capital suscrito no puede ser menor al cincuenta por ciento del valor prometido en pago al momento de la constitución de la compañía, siendo posible cubrir su remanente en un plazo no mayor a doce meses desde la fecha de constitución; todo esto en concordancia con el artículo 102 del mencionado cuerpo legal. A modo de sanción, el socio que se encontrase en mora del cumplimiento de dicha obligación, perderá ciertos derechos como el de la suscripción preferente o de convocar la junta general; sin que esto importe la pérdida del estatus de socio, situación que por regla general no puede ser privada (esto incluiría también el derecho de receso).

1.2.3. La compañía de responsabilidad limitada

La actividad de asociarse, no es nuevo. No así, las sociedades de responsabilidad limitada, porque apenas sus manifestaciones iniciales se remontan a las Private Companies inglesas; las cuales fueron a su vez una derivación de la normativa alemana de finales del siglo XIX.

Esta especie de compañías aparecen para satisfacer las necesidades y exigencias de las industrias o comercios de pequeña envergadura dentro del mercado que no podían competir de manera directa con las compañías públicas, que son las formas básicas de antaño de lo que hoy en día es llamada compañía anónima. Además de la compañía pública, existían también otros tipos de especies de *companies* que no tenían las mismas consideraciones, porque los riesgos eran compartidos de forma ilimitada para sus socios.

Es así como clásicamente se clasificaban en diferentes formas de asociación mercantil que hasta el día de hoy perdura; a saber: colectiva, comanditaria y la ya mencionada anónima.

La Company Act inglesa de 1892 significó para el mundo jurídico mercantil un enorme avance, que si bien utilizó la tradición consuetudinaria, reglamentó de una forma ordenada y, más importante, condensada de la regulación necesaria de las compañías; siendo la novedad de la época las compañías privadas; la actual compañía de responsabilidad limitada. A través de esa normativa, la legislación

británica de sociedades brindó un aporte fundamental al campo societario, al permitir la introducción del principio de la limitación del riesgo en compañías que tenían cierto matiz personalista; como en el caso de la compañía de responsabilidad limitada.

Durante un marcado tiempo, las disposiciones de dicha norma fueron aplicadas, en Inglaterra, exclusivamente a las compañías públicas, compuestas por numerosos accionistas, con plazos largos de constitución y con fuertes capitales abiertos al ingreso de nuevos accionistas.

No obstante, se aplicaron estas normas a la formación y funcionamiento de compañías privadas, partiendo del reconocido del principio de la limitación de responsabilidad, empezó una desviación de la tendencia del comercio del Partnership; es decir de los modelos asociativos que fue la única forma de sociedad privada reconocida por el common law inglés, que imponía una responsabilidad ilimitada a los asociados (semejante a la responsabilidad que, conforme a nuestra legislación, pesa sobre los socios de las compañías colectivas), acogiéndose a la forma de la compañía, a pesar de que estaba pensada para su aplicación en compañías de gran capital.

A través de esta creatividad legislativa, desde hace ya varios siglos atrás se pudo demarcar la separación entre las compañías públicas (anónimas) y las compañías privadas (de responsabilidad limitada). Esta separación es fundamental en diversos aspectos, pero esencialmente con respecto a su capital; aspecto esencial de análisis para efectos de la presente tesis. Las public companies estaban establecidas a través de un capital abierto basado en la libre circulación de sus acciones a nuevos inversores interesados. No así, las compañías privadas estaban dirigidas a constituir un capital cerrado, para evitar el ingreso de muchos socios inversores sino que sean unos pocos que mantengan un nivel de confianza fortalecido entre sí; pero aprovechándose de ciertos beneficios que son propios de la compañía anónima, como la limitación del riesgo a solo el aporte dado a la compañía.

Esta distinción, muy aparte del carácter consuetudinario del Derecho comercial, fue aceptada y repetida dentro de las decisiones de los tribunales británicos; lo que a su vez repercutió en el crecimiento de la normativa legal a inicios del siglo XX (Richard & Muiño, 2004). En Alemania, no solo continuando con esa tendencia sino también ampliando su desarrollo, a través de un limitado desarrollo

normativo produjo que las compañías privadas o de responsabilidad limitada logran un marcado desarrollo en el comercio y la industria; pero, paradójicamente, se tropezó con la falta de una regulación particular para sistematizar la limitación del riesgo en los negocios. El propio tratadista argentino Ramón Castillo, en su Tratado de Derecho Comercial:

La necesidad de limitar la responsabilidad en el comercio ejercido por personas, asociaciones o corporaciones, se ha dejado sentir con mayor intensidad en los países en que se confunde el patrimonio de los socios con el de la Sociedad a los efectos de responder de las obligaciones sociales y en los cuales no podía hallarse esa ventaja en las otras formas de sociedad, salvo que se recurriera a formas que no se armonizan con las exigencias de la industria y del comercio medios (Castillo, 1998)

El problema en la normativa alemana siempre fue que la directriz fundamental siempre estaba direccionada hacia el manejo y regulación de las compañías anónimas, las cuales tenían una regulación transversal desde su constitución hasta su liquidación. De modo que la regulación no estaba direccionada a su aplicación para compañías de pequeña envergadura; que en su enorme mayoría era compañías familiares. Pero la política colonialista alemana de fines del siglo XIX obligó al desarrollo societario de su normativa, lo que también alcanzó a las compañías de responsabilidad limitada de tinte personalista.

La compañía de responsabilidad limitada es una sociedad capitalista en su esencia, con respecto al manejo del capital social; que, a pesar de ello, mantiene ciertas características y particularidades de las compañías personalistas o tradicionales. A pesar de ello, que en realidad es un manejo teórico bastante doctrinal, nuestra normativa societaria no considera ninguna diferencia capitalista o personalista de la compañía de responsabilidad limitada, para efectos tributarios. Es así como la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999) dentro del artículo 97 es aclarado que: “para los efectos fiscales y tributarios las Compañías de Responsabilidad Limitada son sociedades de capital”. A más de ello, la misma Ley aclara en su artículo 93 que: “la Compañía de Responsabilidad Limitada es siempre mercantil, pero sus integrantes, por el hecho de constituirla, no adquieren la calidad de comerciantes”

Estas distinciones legales que nos ofrece la norma nos dan luces para entender la naturaleza jurídica de la compañía de responsabilidad limitada que, con base en lo dicho por los artículos citados, es puramente capitalista con matices personalistas pero que no convierte a sus integrantes en integrantes; a pesar de que mantener participaciones sociales dentro de una compañía constituida conforme a la ley es un acto de comercio, conforme el artículo 3 numeral 18 del Código de Comercio.

Además del mencionado concepto, es prudente agregar que: “Es una sociedad de naturaleza mercantil, cuyo capital, (...), se divide en participaciones iguales e indivisibles, que no podrán incorporarse a títulos negociables ni llamarse acciones y cuyos socios (...) no responderán personalmente de las deudas sociales”. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2019)

Las compañías de responsabilidad limitada no tienen limitación de ejercicio de actividades económicas, exceptuando aquellas que la propia norma le otorga la exclusividad de ejercicio a las compañías anónimas. Es decir, una compañía de responsabilidad limitada no podrá ejercer actividades de banca o seguros. Esta limitación tiene una lógica directamente proporcional a la constitución de su capital social. Porque las compañías anónimas, al manejarse a través de libertad de transferencia de su paquete accionario, podrá permitir de una forma más práctica el aumento de capital, en el caso de que fuese necesario; incluyendo la suscripción pública, la cual no es posible dentro de las compañías de responsabilidad limitada.

Con respecto a quienes pueden conformar el capital social de una compañía de responsabilidad limitada, este puede estar conformado por cualquier persona que tenga capacidad legal para contratar y obligarse. No obstante, sí existe limitación con relación a su número, como medio de representación de su esencia personalista; debido a que no puede exceder a quince socios, de modo que si los socios de la compañía quieren sobrepasar esa franja numérica, deberán, ineludiblemente, o transformarse en una compañía anónima o disolverse.

Las participaciones sociales son representadas en certificados de aportación no negociables; los cuales, para su cesión, será necesaria la votación aprobatoria unánime de la Junta de Socios y su elevación a escritura pública para su posterior inscripción. Con respecto a la responsabilidad de los socios, como su propio nombre lo dice, esta es limitada. Ahora, la limitación está matizada por el valor del aporte al

capital social de la compañía por parte del socio; sin comprometer su capital personal o familiar.

De tal manera, para aclarar que la compañía de responsabilidad limitada:

Se contrae entre dos o más personas y máximo quince, quienes solamente responden por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales y hacen comercio bajo una razón social o denominación objetiva, a la que añade las palabras “Compañía Limitada” o su abreviatura (Cornejo Costas, 1989)

1.2.4. Diferencia con la compañía anónima

La sociedad anónima es una especie de compañía, con personalidad jurídica propia y naturaleza capitalista. Es decir que su órgano de administración puede recaer en personas que no sean accionistas conforme lo aclara el artículo 144 de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999); de modo que, para sus fines, le interesa más la existencia de acciones, su transmisión y negociación, que la calidad de las personas que tienen su titularidad; esencialmente porque dichas acciones son libremente negociables y, según Balbín, esa es la diferencia sustancial para separar a la compañía anónima de las demás especies de compañías personalistas. Una compañía anónima no es una empresa, es el empresario que la organiza

Toda compañía, en mayor o menor medida según su modalidad societaria, es manejada a través de órganos sociales. En primera línea, se encuentra el órgano de gobierno, el encargado de la toma de decisiones, por otro lado, está el órgano de administración, el cual se encarga de ejecutar las actividades tendientes a la buena conducción de la compañía. Finalmente, encontramos al órgano de fiscalización, que hace las veces de un contralor interno. Para efectos de esta investigación, nos ocuparemos únicamente de los dos primeros órganos societarios mencionados, poniendo énfasis en el organismo de administración.

a) Órgano de gobierno

Es el órgano supremo de la compañía, representado a través de la Junta General de accionistas (llamada comúnmente Asamblea para diferenciarla de la compañía de responsabilidad limitada), legalmente convocados y reunidos; todo esto en concordancia con el artículo 230 de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999) Es llamado órgano de gobierno porque tiene amplísimas potestades

para resolver todos los asuntos de la compañía y toma de decisiones significativas sobre ella. Por ejemplo, este órgano decide sobre actos societarios sustanciales como disminución de capital o cambio de domicilio.

Con respecto a la toma de decisiones, le es aplicado el sistema de la mayoría, legal o estatutaria, de los accionistas con derecho a voto. Los accionistas preferentes, aunque también forman parte de la Junta, solo tienen voz en ella y, al no tener potestad de incidir en las decisiones de la junta, los accionistas preferentes no son responsables de las decisiones estatutarias del órgano de gobierno, así como tampoco lo son de actuaciones e ilegalidades realizadas por la Junta.

Conforme al artículo 170 de la Ley de Compañías, las acciones preferentes o preferidas son aquellas que no tienen derecho a voto. Así que los accionistas que sean sus titulares únicamente tienen derechos patrimoniales con respecto a la compañía.

b) Órgano de administración

En el contrato social de la compañía, dentro de los estatutos, es fijada la estructura del órgano de administración de la compañía anónima. Es prudente recordar que la ley no ofrece una estructura estricta de una construcción tipo para estos órganos societarios; de modo que faculta a cada compañía para manejarlo según sus mejores intereses.

Así, la administración de una compañía anónima puede entregarse a diferentes figuras; a saber: gerentes, administradores, mandatarios, factores, cuerpos colegiados, directores o consejos de administración. Sin olvidar que ostentar la administración no necesariamente implica la representación legal de la persona jurídica; aunque pueden ser ejecutados a la vez por la misma figura societaria. En defecto de ello, la administración que no ostente la representación legal podrá ser solidariamente responsable por todo acto que implique a la compañía, derivado de su obligación legal de gestión y cuidado, descrita en el artículo 255 de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999)

El órgano de administración, en la amplia generalidad, suele recaer en hombros del gerente general. Sin embargo, esto no es una regla, pues es posible designar un cuerpo colegiado para que realice las actividades administrativas. En dicho caso, la

responsabilidad será solidaria para todos quienes compongan el cuerpo colegiado. Todo esto depende del contrato social de la compañía, aunque en el caso de que nada diga sobre ello, será la junta la encargada de estructurar la administración de la compañía y no simplemente designar un administrador, pues en ese caso la responsabilidad del administrador será amplia y general en todo lo relativo a la sociedad anónima.

El administrador de una compañía anónima puede no ser un accionista ni su representante legal. A pesar de ello, puede tener amplias facultades sobre el manejo de la persona jurídica que administra. Dependiendo del campo de actuación que tenga el administrador, sus facultades y poderes sobre los integrantes o dependientes de la compañía pueden ser superiores. Por ello, el grado de responsabilidad de los administradores es amplísimo, aún en actos cometidos por subordinados sin aprobación o conocimiento de este en el caso de que estos se comporten como representantes de la compañía y el gerente no muestre ningún tipo de negativa hacia ello, conforme el artículo 52 del Código de Comercio (Ecuador, Asamblea Nacional, 2019).

Además de esta responsabilidad pasiva, también tendrán responsabilidad por actos cometidos de forma directa o activa por él, o por medio de dependientes por orden directa de la administración, debido a que incumple su deber de actuación diligente o incurre en actividades ajenas al objeto social de la compañía. (Velasco, 2006)

La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), en el artículo 271, posibilita también que la administración de una sociedad anónima sea entregada a un Consejo de Administración, el cual puede ser un cuerpo colegiado, o de leal saber, que tendrá responsabilidad solidaria con respecto a sus miembros en todas las actuaciones y decisiones tomadas por el consejo debido a que a cada uno de los integrantes del consejo le son aplicables los derechos, obligaciones y responsabilidades de los administradores.

Al ser un cuerpo de administración, colegiado o no, estará encargada de las labores de dirección de la compañía a través de su presidente; sin que esto exima de responsabilidad a los demás miembros, conforme lo indica el artículo 271 de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999) El consejo de administración no

es lo mismo que un directorio, ya que este último asume facultades de la toma de decisiones en calidad de representante del órgano de gobierno; sin perjuicio que uno de los directores tenga la calidad de administrador.

Para efectos didácticos, en el presente escrito asumiremos que un gerente es el administrador de una Sociedad Anónima, y lo es de forma individual, además, asumiremos que dicho gerente es su representante legal. Considerando las demás variables expuestas, en tanto de su complejidad y amplitud, planteamos la siguiente estructura de órgano de administración de una sociedad anónima, para que en base de esta se individualice los niveles de participación criminal en los delitos de cohecho y manipulación genética.

Veamos: una sociedad anónima con dos accionistas, uno de ellos ostenta la calidad de presidente y el otro es el gerente general; este último es el administrador por sí mismo y a su vez representante legal. Posee amplísimas facultades de dirección y puede actuar conforme a su buen saber sobre gestión. Además, para poder identificar de mejor manera su responsabilidad como administrador, no es necesario la aprobación de la junta de accionistas para la toma de decisiones gerenciales o de gestión; exceptuando aquellas que sean actos societarios determinantes como: disolución, liquidación, fusión, escisión o transformación de la compañía, disminución de capital, cambio de objeto social, prórroga del plazo del contrato social o cambio de domicilio.

1.2.5. La transformación societaria

La transformación societaria, como su nombre mismo lo indica, es un acto de cambio o conversión en el campo del Derecho societario. En sí mismo, parte como un acto jurídico general, por lo que deberá cumplir con los requisitos necesarios para todo acto que busca efectos jurídicos perfectos (Solórzano, 2009). La omisión de los requisitos, bien sean generales o particulares, implica la nulidad de este acto jurídico. Por tal sentido, la conversión que es buscada a través de un proceso de transformación societaria no será posible si no cumple con los requisitos formales dispuestos en la norma (Chomer, 2004).

El marco societario, o la especie societaria como es llamada en la normativa ecuatoriana, tienen una importantísima repercusión para las sociedades mercantiles. En la medida de que existen diferentes elementos a ser analizados al momento de

elegir una u otra especie. Inicialmente si es elegida una especie personalista, estará pensada esa sociedad a un círculo muy cerrado, que no permite la libre circulación de sus participaciones ni al ingreso y salida de sus socios. Esto sucede en compañías en nombre colectivo, donde ni siquiera por transmisión sucesoria, es posible acceder a la calidad de socio; a menos que exista determinación expresa en contrario dentro de los estatutos de la propia compañía.

Por otro lado, las sociedades puramente capitalistas, como la sociedad anónima o la sociedad por acciones simplificada, tienen como perspectiva la libre circulación de sus acciones en pro de la libertad de ingreso y salida de sus accionistas. Esta es una clave determinante para elegir este tipo de especie societaria, muy aparte de que suelen tener un mayor control gubernamental por las instituciones regulatorias y contraloras. En fin, la transformación societaria es una herramienta para acoplar la naturaleza de una sociedad mercantil al real interés de sus socios o accionistas, con miras a tomar parte de una especie societaria distinta a la que fue dispuesta en su contrato constitutivo.

Como concepto, encontramos que la transformación societaria es el fenómeno societario con efectos jurídicos particulares que tiene como función la reforma del contrato social de una compañía para cambiar su naturaleza societaria, con base a la voluntad social de la sociedad (Vega, 2014, p. 161).

La normativa ecuatoriana, de forma muy acertada, no entrega un concepto de lo que llamamos transformación. Esto tiene sentido debido a que la conceptualización de un fenómeno societario tan radical podría limitar los motivos o la funcionalidad práctica real que pudiesen las compañías darle a este proceso, convirtiéndose en una camisa de fuerza innecesaria porque la decisión de los socios o accionistas de la compañía no debe ser fundamentada para proceder con la transformación. Por ello, la normativa únicamente se limita a definirla como la situación en la cual una compañía adopta una figura jurídica distinta, sin que eso implique su disolución ni pérdida de personería.

Esto último es indicado dentro del artículo 330 de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999) entendiendo que la transformación y la disolución son fenómenos societarios distintos, cuyas funciones y objetivos no tienen un punto de encuentro. Debido a que la disolución es la figura legal mediante la cual

se busca terminar con la existencia de la sociedad, mediante la cancelación de su personería jurídica. Esto no puede ser aplicable bajo la óptica de la transformación, porque, en la práctica, las sociedades incurren en muchos riesgos que pueden o no, ser correlativos con la figura societaria elegida al momento de la constitución (Vega, 2014, p. 159).

Por estos riesgos, es plausible que en algún punto de su vida jurídica, sea necesario, por fines económicos, comerciales, regulatorios, etc., el cambio de la figura jurídica de la sociedad, sin que eso implique una disolución de la compañía porque este será la misma a miras del Derecho, solo que con otra figura societaria; lo que se contrapone con los efectos de la disolución porque para que los socios o accionistas incursionen en otras operaciones mercantiles bajo un modelo asociativo, deberán crear una nueva persona jurídica, lo que no tiene una lógica práctica coherente.

Por todo esto, entiendo que la transformación societaria es la herramienta jurídica correcta para permitir un cambio drástico del rumbo económico y jurídico de una compañía. Primero porque no implica la disolución de la misma, lo que permite subsistir los demás elementos que están funcionando bien dentro de sí, como puede ser el tratamiento de los estatutos con respecto a la representación societaria o el gobierno de la compañía, sin extinguir la personería jurídica de esta. Segundo, porque es un acto jurídico que cuya validez y perfección depende de ciertos requisitos formales que sirven como un filtro para que esta medida llamada transformación societaria sea utilizada únicamente cuando sea necesario un cambio de la naturaleza jurídica de la compañía, mas no a cambios de otra índole que no corresponden a su estructura societaria.

Es así como se debe conceptualizar a la transformación como la herramienta por excelencia de manipulación de la naturaleza jurídica, especie societaria, de una compañía con la intención práctica de cambiar su esencia, sin modificar su personería jurídica.

1.2.5.1 Diferencias con la disolución y la fusión

La transformación no debe entenderse como un símil, ni mucho menos uno como consecuente de otro, de la disolución. Porque se trata de fenómenos societarios distintos no solo en su forma sino también en su fondo. Formalmente, la disolución tiene un mecanismo de aplicación más aperturado a diferentes opciones. En ese

sentido, la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999) indica claramente que la disolución de una compañía bien puede ser en pleno derecho o de forma voluntaria. Siendo la primera aquella que no requiere de formalidad alguna para dar como disuelta a la sociedad; específicamente en situaciones como el cumplimiento del plazo dispuesto para la compañía.

Además de la disolución en pleno derecho, encontramos también la disolución voluntaria, cuya mecánica es en ciertos puntos parecida a la transformación, porque requiere de la decisión del órgano de gobierno de la sociedad, es decir la Junta General, en su calidad de órgano supremo de la misma.

El artículo 370 de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999) aclara que los socios o accionistas podrán notificar al ente contralor, es decir la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguro (S.C.V.S.) su decisión de disolver la sociedad, aclarando que será necesario el cumplimiento de lo dispuesto en el estatuto social, a más de, obviamente, la ley.

Los estatutos sociales pueden moldear los requisitos formales para un procedimiento de disolución, teniendo como mínimos los dispuestos por la ley. En tal sentido, puede que el estatuto social requiera unanimidad, no como algo obligatorio sino como un medio de control para evitar que se tome a la ligera esta herramienta jurídica tan drástica.

Sobre ese punto encontramos una diferencia muy notoria con respecto a la transformación; en el sentido de que esta última requiere de unanimidad de los socios para poder dar apertura al proceso, así lo dispone claramente el artículo 331 del mencionado cuerpo legal, en su segundo inciso. La disolución, por su parte, únicamente requerirá unanimidad de la Junta General cuando el objetivo de la sociedad sea someterse al procedimiento abreviado de disolución, lo cual está especificado en el artículo 414.5 en el numeral segundo de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999).

Por otro lado, con relación a la fusión, este proceso es completamente distinto al de la transformación. Debido a que la fusión, propiamente dicha y de forma general, implica la unión de dos sociedades distintas, bien para crear una tercera completamente nueva o bien que una absorba a la otra. La particularidad que

diferencia de fondo a estos fenómenos societarios es que la fusión requiere, inexcusablemente, la disolución de al menos una de las compañías, la que será absorbida; aunque también puede requerirse la disolución de ambas compañías.

La fusión posee una mecánica relativamente compleja que es brindada por la propia normativa, limitando severamente a los estatutos sociales a la determinación del requerimiento de votos de la Junta, pero no más allá. Se puede encontrar su regulación a partir del artículo 337 y siguientes de la L.C.

Los procesos de fusión son dos: la primera un proceso de fusión propiamente dicha, que tiene como consecuencia la creación de una tercera persona jurídica con vida propia e independiente de las otras compañías fusionadas. Operando en estas últimas la disolución obligatoria, para que se posible la combinación de sus patrimonios, lo que incluye tanto los activos como los pasivos. Esto tiene una lógica muy razonable si es vista desde la perspectiva de la Teoría de las Obligaciones, debido a que en este punto sucede una especie de transferencia de obligaciones, más no una transmisión de las mismas porque la nueva persona jurídica creada, menciónese compañía C, no podrá hacer efectivo un beneficio de inventario, porque debe asumir como parte del proceso de fusión todas las obligaciones adquiridas por las compañías que le dieron origen, compañías A y B.

Por otro lado, la segunda categoría de fusión es aquella que se aplica una absorción. En este caso, una compañía A, subsiste en la vida jurídica y asume la obligación de absorber todas las obligaciones, activos, pasivos, derechos y demás elementos que constituyan el patrimonio de una compañía B, la cual deberá primero disolverse e iniciar un proceso de liquidación para poder transferir su patrimonio a la nueva compañía. Como consecuencia de este proceso de absorción, la compañía A, irremediablemente, deberá hacer un aumento de capital y, consecuentemente, una reforma de sus estatutos porque al adquirir todo el patrimonio de la compañía B, ahora disuelta, modifica su estatus operativo, estructural y estatutario.

Ahora, en cualquiera de los dos casos descritos de fusión, no opera una modificación en su figura jurídica societaria. Porque si bien modifica sus estatutos, esta reforma únicamente surtirá efectos con respecto al apartado del capital social, lo que no obsta que también se modifique otros elementos como la denominación, objeto o su duración, porque ha aumentado su capital social pagado, sin necesidad

de suscripción. De modo que la diferencia entre la disolución y la transformación radica en que para la primera, la disolución es un requisito *sine qua non* para su procedencia. Lo que en la transformación no tiene operatividad porque una compañía transformada no deberá disolverse, pero sí deberá modificar sus estatutos sociales en el apartado correspondiente; a saber: especie y denominación de la compañía.

En su más básica concepción, es innegable que la transformación societaria se trata de un acto jurídico tendiente a que, tras su perfección, se produzcan efectos jurídicos específicos con relación a la figura jurídica de una compañía; la cual a su vez es una ficción jurídica que crea un ente distinto de sus suscriptores que es capaz de ejercer derechos y adquirir obligaciones. Como acto jurídico, entenderíamos que debe igual subsumirse a la normativa entregada por el Código Civil, pues se trata de un incapaz relativo, conforme lo determina el artículo 1463 del mencionado cuerpo legal.

El acto societario podría ser considerado como un acto jurídico especializado. Porque requiere de condiciones muy particulares para que pueda surtir los efectos deseados. Una de las iniciales condiciones es el acuerdo de quienes conforman la persona jurídica. Pues bien los socios o los accionistas de una compañía deben decidir a través de la Junta Social respectiva, si toman parte del fenómeno societario de la transformación.

Por otro lado, como acto societario típico, hay que puntualizar que únicamente podrá efectuarse la transformación de una compañía hacia otra especie societaria reconocida por la ley; específicamente aquellas mencionadas en el artículo 331 de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999). De modo que la compañía anónima podrá transformarse únicamente en compañía de economía mixta, en colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada o viceversa.

Esta limitación tiene sentido desde un análisis personalista de los tipos sociales, debido a que no tendría mucho sentido que una compañía en nombre colectivo se transforme en una compañía en comandita cuando su regulación es prácticamente idéntica, motivo por el cual comparten varias disposiciones comunes como bien lo indica la sección IV de dicha Ley.

Debido a que existe la enunciación taxativa de la posibilidad de transformación de una compañía, es plausible pensar que, en el caso de no llevar a cabo la transformación conforme a la ley, pueda afectar a la personalidad jurídica de la compañía. Porque si bien los socios o accionistas de una compañía pueden tomar la decisión y aprobarlo democráticamente en Junta la transformación de la misma, esta solo surtirá sus efectivos desde el momento de su inscripción en el Registro Mercantil. Pero antes de dicha inscripción, existe una revisión *ex ante* por el órgano contralor; es decir, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Así lo aclara la disposición general cuarta de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999).

Por ese motivo, la normativa está siendo contraproducente, debido a que determina que la transformación es un acto societario no dispositivo y que la sanción por no realizarlo conforme a la ley puede poner en peligro la personalidad jurídica de la compañía; aun cuando esto es operativamente improbable porque para que produzca sus efectos jurídicos, su inscripción en el registro mercantil correspondiente es obligatorio, tras su aprobación respectiva de la S.C.V.S.; En conclusión, encuentro que la disposición que sanciona con nulidad a la transformación que no sea realizada conforme a la ley es incongruente con los propios requisitos de la ley porque entrega la facultad aprobatoria al ente contralor, el cual; debería entenderse, realiza un examen de procedencia y legalidad del acto societario antes de aprobarlo; porque si no simplemente debería negarlo.

Sin poner en tela de duda la razón por la cual la reforma de mayo del 2014, con la Ley de Fortalecimiento del sector Societario y Bursátil, incluyó la disposición general cuarta que hice mención anteriormente, el respecto de ente de control de la S.C.V.S., debe entenderse como un medio para garantizar la seguridad jurídica y el cumplimiento de la normativa societaria especializada, a más de las demás materias que están bajo el control de esta institución pública.

No obstante, la exagerada e innecesaria normativa, es contraproducente entre una disposición y otra dentro de diferentes secciones de la propia Ley de Compañías (Congreso Nacional, 1997). Esto provoca que exista un enorme grado de confusión con respecto a su tratamiento operativo porque en la particular situación de la transformación, es posible llegar a la conclusión de que, en cierto sentido, no es

probable que una transformación pueda ser declarada como nula, más allá que la decisión social tomada en junta si pueda considerarse como inoperante, porque esta únicamente tendrá efectos jurídicos desde su inscripción en el Registro Mercantil, pero para ello deberá tener la aprobación administrativa por parte de la S.C.V.S., entidad que no la aprobará por no estar conforme a la ley.

1.2.6. La transformación en la compañía de responsabilidad limitada

La compañía de responsabilidad limitada es una especie societaria que está debidamente reconocida por la ley como tal. De modo que permite obtener la personalidad jurídica y reconoce como un ente jurídico distinto de sus socios a esta ficción legal que fue creada a partir de una voluntad social de sus suscriptores (Hundskopf Exebio, 2012, p. 145-146).

Esta especie de compañía es considerada como de una naturaleza jurídica mixta; porque contiene dentro de sí varios aspectos de las compañías personalistas, como lo es la importancia de la calidad de socio con respecto a la voluntad social, así como también su participación en el órgano supremo de la compañía siempre a través del voto y no únicamente con voz. Por otro lado, también posee aspectos capitalistas en el campo societario, como lo dice su propio nombre; pues los socios únicamente serán responsables hasta el monto de sus aportaciones y no comprometerán su patrimonio personal por las obligaciones adquiridas por la compañía.

La compañía de responsabilidad limitada tiene únicamente la posibilidad de transformarse en una sola especie societaria, la compañía anónima. Esto va encaminado a que su naturaleza misma no se contrapona a la de la compañía anónima, pues tiene varias disposiciones comunes que bien pueden ser aplicadas a la compañía de responsabilidad limitada y que son propias de la compañía anónima; tanto en cuanto no se opongan a su naturaleza (López, 2008, p. 67). Así lo dispone el propio artículo 142 de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999).

Por esta correlación de disposiciones comunes, entiendo que tiene una lógica bastante coherente que estas dos especies de compañías puedan transformarse entre una u otra conforme su realidad así lo amerite. Ahora, con relación a su proceso de transformación hay que tener en claro que existen marcadas diferencias, derivadas principalmente de las cualidades personalistas que presenta la compañía de

responsabilidad limitada y que no son identificables, ni compatibles, con la naturaleza jurídica de la compañía anónima.

En la compañía de responsabilidad limitada, para que sea efectiva la transformación será necesaria la unanimidad de los votos de los socios. A esto es lo que la doctrina llama una mayoría legal calificada. Es decir, cuando la propia normativa impone un requisito de voluntad social mayor a la común mayoría absoluta.

Esto es observable en situaciones donde el fenómeno societario es drástico y altamente determinante para la sostenibilidad o la conducción de la compañía. Lo cual es completamente evidenciable dentro de la situación descrita. Ya que un proceso de transformación para una compañía de responsabilidad limitada en una sociedad anónima implicará admitir la funcionalidad de esta última con relación a todos los mandatos legales, sus prohibiciones y facultades.

Esencialmente, el cambio más notorio, a más de la mayor rigurosidad en el control por parte de la S.C.V.S., es la libre negociabilidad del capital social. Debido a que, los ahora accionistas, no podrán limitar la libre circulación de sus acciones, como si era posible dentro de la compañía de responsabilidad limitada¹.

La rigidez de la compañía de responsabilidad limitada con respecto al proceso de transformación plantea diferentes interrogantes por el erróneo tratamiento que la normativa ecuatoriana le ha entregado a dicho fenómeno societario. Específicamente con relación al ejercicio del derecho de receso. Porque el requisito de unanimidad que menciona el artículo 331, en su segundo párrafo, de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999) se contrapone al sentido mismo del derecho de receso que posee el socio por su propia calidad. Debido a que, no será posible que exista una transformación de una compañía de responsabilidad limitada sin el voto de todos sus socios, pero tampoco será posible que ninguno de estos socios pueda ejercer alguna

¹ Es posible limitar la circulación de las acciones de una forma parcial; mediante la imposición de acuerdos para sociales. Estos acuerdos, también llamados convenios de accionistas, como bien lo menciona el profesor Diego Peña, 2017, tienen como función limitar varios aspectos que son de libre disposición para los accionistas con miras a la sostenibilidad de la compañía, para el control de su rumbo o para cualquier objetivo social que tenga a bien el mejoramiento de la situación de la compañía.

vez el derecho de receso porque esta facultad es únicamente otorgada, en nuestra normativa, para situaciones de transformación societaria.

Así pues, es identificable una relación de qué fue primero, el huevo o la gallina. Para el mejor entendimiento del planteamiento antedicho, es prudente analizar el derecho de receso para entender su operatividad y tratamiento jurídico, con lo cual se justificará la posición tomada por el presente autor.

1.2.7. Generalidades del derecho de receso

El propio Burgos Villasmil (2002) indica que, si bien existe una preponderancia por la toma de decisiones por vía democrática y mayoritaria en el manejo de las compañías; esto no debe desmerecer el principio legal de la libre decisión de quienes participan dentro de la compañía como socio.

Esto debido a que, a más de ser beneficiarios de ciertos derechos, también son acreedores de la compañía porque tiene aportado un capital dentro de ella; es decir, son inversores. Si bien pueden o no ser inversores profesionales o al menos educados, esto no obsta que ejerzan sus derechos al participar dentro de la conducción de la sociedad, más aún si nos encontramos en una especie societaria personalista o medianamente personalista; como lo es en el caso de la compañía en nombre colectivo, donde existe una administración promiscua (Pascual Ezama, 2017, p. 42-44).

La protección de las minorías societarias ha sido uno de los temas que más ha ocupado a la doctrina en el campo del Derecho societario. Porque encontramos que el sistema legal, particularmente el romano-germánico, entiende a las compañías bajo una figura autárquica en donde la mayoría tiene la legitimidad de decidir ante cualquier fenómeno societario que incumbe a la compañía.

De modo que es probable, particularmente en la compañía anónima, que alguien acapare una pesada participación en el capital, lo que le otorga el control de la compañía hasta el punto de poder afectar los derechos de los demás accionistas, donde podrán tener voz en las Juntas Generales, pero su voto se convierte en un ínfimo obstáculo nada potencial para la decisión del mayoritario.

En tal sentido, el derecho de receso está pensado como un medio de igualdad societaria, en la cual aquellos que no estén de acuerdo con una decisión social que

tenga consecuencias determinantes en la compañía, pueda solicitar su retiro de la misma y la devolución de sus aportes.

En el Ecuador, el derecho de receso únicamente está consagrado para efectos de la transformación, porque si bien no está limitado taxativamente, no hay una figura comparable para las demás decisiones sociales que pudieren acontecer dentro de la operatividad de la compañía. Pues, en caso de que un socio o accionista faltare a sus obligaciones como tal, esto será causal para efectos de la exclusión, que nada tiene que ver con el derecho de receso, pues este último es una facultad voluntaria que tiene cada uno en su calidad misma de acreedor de la compañía para la devolución del capital invertido; mientras que al exclusión es una sanción, que es decidida por los demás inversores de la compañía.

Ineludiblemente, al hacer mención del derecho de receso, tengo que referirme de forma habitual a la compañía anónima y al accionista. Porque, como será explicado más adelante, el derecho de receso en el sistema jurídico societario del Ecuador no existe para las compañías personalistas, en general, y menos aún para la compañía de responsabilidad limitada, en particular, a pesar de estar consagrado en la normativa.

Al ser un derecho subjetivo, podría entenderse que el derecho de receso del accionista es un derecho facultativo y dispositivo. Por su sentido de voluntariedad, este derecho puede ser renunciado. Esto, de manera inversamente proporcional, liberaría a la compañía de su obligación de devolver los importes aportados como capital cuando el accionista decidiera estar en contra de un proceso de transformación, que ya ha sido aprobado por los demás accionistas. La renuncia de este derecho tiene dos implicaciones particulares: por un lado, el accionista que decida asumir la obligación de no hacer en la cual se comprometa a tolerar las decisiones asamblearias que sean tomadas con respecto a la naturaleza jurídica de la compañía; y por otro, se compromete a no pedir el reintegro de sus acciones cuando se proceda con la transformación.

De modo que en el caso de una renuncia del derecho de receso, la cual debe ser expresa dentro del propio estatuto social de la compañía, el accionista disidente deberá transferir sus acciones para dejar de formar parte de la compañía; lo cual no puede ser comparado bajo ninguna óptica con el derecho de receso porque en el

primer caso es efectuada una operación de libre disposición entre el accionista y un tercero o con otro accionista; en cambio en la situación de ejercerse el receso, se ejecuta una obligación de la compañía por el reintegro de un capital aportado a sus cuentas por parte del accionista.

1.2.7.1. Concepto de receso

En el campo de los contratos, en su generalidad, el aspecto de la voluntariedad es un elemento inherente a su propia validez (Rendón Ángel & Londoño Vásquez, 2014, p. 26). Esto no puede excluirse también del contrato de sociedad, donde la voluntad de un socio no solo es considerada al momento de la constitución de la compañía, sino también durante su plazo, es decir el lapso en la cual mantiene su vida jurídica. Por eso entiendo al receso como un derecho, que si bien es facultativo, no implica que pueda ser eliminado. Porque depende del propio socio para ejercerlo, y solo en aquella situación en la cual su propia voluntad lo exteriorice, no será ejercido.

El derecho de receso es, ineludiblemente, un derecho subjetivo voluntario. Este requisito es excluyente para su completa validez; más allá de los requisitos legales que fueron revisados en párrafos pasados. Es subjetivo porque admite un control sobre su posibilidad de ejecución o no. Es decir, el socio tiene a su libre arbitrio el ejercicio de dicho derecho, sin ni siquiera mostrar justificativo alguno a la Junta de socios, más allá de que si debe ser expresa su negativa a la transformación de la sociedad.

La voluntad, conforme lo indica los tratadistas Rendón y Londoño (2014), indica que la voluntad jurídica es, efectivamente, un requisito obligacional. Porque la considera, conjuntamente con la deliberación, como elementos propios del consentimiento. Si bien el socio se subsume a lo dispuesto por el estatuto social, este únicamente puede limitar el derecho de receso dentro de su texto cuando existe convenio entre los socios constituyentes, más no los adherentes, para limitar su propia libertad y voluntad en un elemento dispositivo.

Por ello, considero también a la voluntad como un elemento del receso. En la medida de que, en algún punto, será necesaria el empresario voluntario de una intención, que posteriormente será categorizada como consentimiento negativo ante un fenómeno societario; lo cual da cabida a la existencia del receso. En otras

palabras, sin expresión de una negativa ante la transformación, o sea voluntariamente decir que el socio no está de acuerdo, no podrá existir el derecho de receso.

Ahora, con todo lo dicho anteriormente, es prudente considerar a los acuerdos parasociales. Estos son acuerdos voluntarios entre uno, varios o todos quienes conforman una parte del capital social. En la compañía de responsabilidad limitada, son llamados convenios de socios. En dichos documentos, que no están insertos dentro de los estatutos sociales, uno o varios socios puede considerar obligaciones mayores para sí mismo, con miras a mantener el control de la sociedad, convirtiéndola en una compañía de un grado de rigidez societaria, en algunos casos, bastante considerable. Obviamente, estos convenios de socios únicamente pueden modular las obligaciones ya contraídas para con la compañía en los estatutos, aunque también es posible aumentarlas. Pero, lo que está expresamente prohibido por la ley es que sean reducidas para un determinado grupo de socios, porque esto importaría la utilización de cláusulas leoninas, que a su vez desembocan en un abuso del derecho (Arango Grajales, 2016, p. 12).

A sabiendas que los acuerdos de socios pueden modular sus obligaciones, entonces entiendo que es posible imponer que los socios firmantes se nieguen a ejercer su derecho al receso, porque este es estrictamente voluntario y además facultativo; sin que implique la reducción de sus demás derechos como socios. No obstante, esto resultaría en la particularidad que en el caso de que uno solo de los socios se comprometa a no ejercer su derecho al receso, este no podrá ser posible de aplicarse en la compañía de responsabilidad limitada, porque conforme el artículo 331 de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), en sus segundo párrafo, es claramente descrito que para que fuese posible la transformación, es necesario la voluntad unánime de los socios. En conclusión, considerar a la voluntariedad del derecho de receso, como categorizador de este derecho subjetivo, tiene una inmensa importancia porque representa la puerta abierta a que este no sea ejercido.

Por otro lado, esta limitación de no ejercer el derecho de receso, no podría incluirse dentro de los estatutos. Debido a que existe una norma imperativa que forma parte del orden público, por lo que no es disponible, a menos que expresamente sea renunciada. En tal sentido, que los estatutos refieran a una negativa de los socios a

tener la posibilidad para ejercer el receso, sería un paralelismo, utilizando palabras coloquiales, a decirles que no pueden estar en contra de las decisiones sociales; lo cual es un absurdo jurídico porque, como será expuesto de manera seguida, la facultad de tomar una decisión, bien sea aprobando o negando una determinada situación, es una expresión de libertad, misma que no puede, ni debe, ser limitada sino solo cuando un individuo, en este caso el socio, por sí mismo decide limitarla.

Debido a que es un acto puramente voluntario, el ejercicio del derecho de receso no puede ser forzado. De modo que no existe una manera, ni siquiera voluntaria, de obligarse a ejercer el derecho de receso de manera obligatoria. No obstante, es posible limitar su ejercicio, cuando entre los socios decidan, por el interés social de la compañía, comprometerse a limitar su ejercicio para que sea la decisión de la junta como palabra final para la conducción de la sociedad.

Para el ejercicio del receso, es requisito indispensable que se cumplan un de las siguientes situaciones: que el socio no asista a la junta en la cual se discutirá en el orden del día la transformación de la compañía, y; por otro lado, que el socio efectivamente sea convocado debidamente y que asista a la junta pero que vote en contra de la moción de transformación; es decir, que sea un socio disidente. Únicamente en estos casos, podrá hacerse efectivo el ejercicio del derecho de receso, por lo que entenderíamos que tiene la calidad de ejercicio expreso.

Ahora, la ausencia del socio a la junta no puede tomarse como ejercicio tácito de este derecho porque, conforme el artículo 333 de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), el socio que haya cumplido con alguna de las dos circunstancias descritas, deberá notificar por escrito su decisión de receder, debidamente dirigida a la administración de la compañía. Por todo eso, entiendo que el derecho de receso no solo es un derecho facultativo voluntario, sino que su ejercicio es únicamente expreso.

Su carácter de expreso implica que no existe ningún tipo de presunción, inclusive en *iuris tantum*. Por este motivo, el socio que desea hacer efectivo su derecho deberá notificar debidamente su decisión. Esto no implica, necesariamente, que esta decisión deba ser justificada, más allá de que se cumplan con uno de los requisitos detallados en el párrafo precedente.

La transformación, únicamente obligará a los socios que hayan votado a su favor dentro de la junta convocada para el efecto. No obstante, y en línea con lo explicado, quienes hayan votado en contra o que no hayan asistido a dicha junta, son aptos para ejercer su derecho facultativo al receso. Ahora. Esta aptitud solo aplica a esas dos situaciones mencionadas, pero ante ello surge la inquietud de saber qué sucede con aquellos que decidieron abstenerse de votar o que votaron en blanco, es decir que anularon su voto premeditadamente. Para responder a esta inquietud hay que tomar en cuenta lo dispuesto por el artículo 117 de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), con respecto a la administración en las compañías de responsabilidad limitada, donde claramente especifica que las abstenciones y los votos en blanco se sumarán a la mayoría. Pero no hay que olvidar, de forma paralela, que la transformación requiere de unanimidad de los socios de la compañía para que pueda ser efectiva; de modo que, bajo el examen descrito, es plausible pensar que no es necesario que voten todos los socios expresamente a favor de la transformación, sino que pueden también votar en blanco o abstenerse de hacerlo y aun así estarán obligados por el proceso de transformación; por lo tanto, no son aptos para ejercer el derecho de receso.

Como otro fundamento que apoya la idea de que el derecho de receso únicamente puede ser voluntario es que está limitado en el tiempo; es decir, la posibilidad de ejercerlo caduca. La caducidad, como lo expresa la tratadista peruana (Ariano, 2014) es el fenómeno jurídico por el cual un derecho, o una obligación, se extingue por efecto del paso del tiempo y que no han sido ejercida conforme la ley (p. 323-324). En el caso del derecho al receso, existe una limitación temporal de quince días contados desde la fecha de la junta en la cual se tomó la decisión de transformación. Esta limitación tiene una lógica social, en el sentido de que si lo que se busca mediante ese fenómeno societario es la reconducción de la compañía, mal haría la ley en entorpecer su proceso, a sabiendas de que se trata de una medida excepcional, más no habitual. Pero, hay que recordar que este análisis es únicamente aplicable para la compañía anónima, pues en la compañía de responsabilidad limitada no es posible ejercer el derecho de receso cuando el socio vota en contra de esta decisión, porque la transformación requiere unanimidad para ser efectiva y válida; mientras que el derecho de receso requiere ausencia a la junta por parte del socio o la votación en contra de dicha moción.

Al hablar del receso, como derecho subjetivo del socio, me refiero a la facultad que tiene el socio disconforme con determinadas decisiones sociales tomadas en Junta que fue legalmente convocada y reunida; lo que le da apertura de retirarse o separarse de la sociedad, tomando en cuenta ciertas circunstancias y condiciones. Por ello, al decir que es facultativo, es por su calidad dispositiva, no porque depende enteramente de la decisión del socio que busca separarse; porque existen consideraciones legales que no pueden ser obviadas de parte del socio. Como aportante de una cuota parte del capital social, el socio que no está de acuerdo con una decisión social, podría considerarla como una vulneración a sus derechos, por lo que buscará la devolución o el reembolso de su participación en la sociedad porque su deseo es ya no formar parte de ella ni mantener relaciones jurídicas para con ella, esto incluye también las obligaciones como socio.

Efectivamente, se trata de un derecho individual inherente a la calidad de socio, derecho individual que puede o no ser accionado, bien sea porque el socio ha decidido mantener su inversión en la compañía por dejar regir la ley consuetudinaria de la mayoría o porque no cumple con los requisitos legales, como puede ser no estar al día en su obligación del pago del capital suscrito.

El derecho a ejercer el receso no está aperturado a todos los socios, sino que sólo está aperturado para aquellos no conformes con una decisión de transformación de la compañía; que voten en contra de dicha moción planteada en Junta. Además, también podrán aplicar a este derecho quienes hayan estado ausentes en la Junta donde fue planteada la moción de transformación, pero que sí hubieren sido debidas y legalmente convocados.

No debe ser confundido el Derecho de receso, con el retiro voluntario, el cual fue incluido dentro de la reforma de fecha 10 de diciembre de 2020, cuando fue publicada en el Registro Oficial la Ley de Modernización a Ley de Compañías (Ecuador, Asamblea Nacional, 2020); pues esta norma permite a los socios de una compañía de responsabilidad implementes causales facultativas o voluntarias mediante las cuales un socio puede separarse de la compañía. No obstante, esta lógica no puede ser aplicada para el objeto de estudio en cuestión, porque la transformación no sufrió ningún tipo de reforma, por lo cual se mantienen los

requisitos exigidos dentro del artículo 331 y siguientes de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999).

A más de tener la posibilidad de ser aplicado únicamente para situaciones especiales, estas deben ser planteadas dentro de un plazo establecido por la propia ley, que son quince días conforme el artículo 333 de la norma antes mencionada. Por ello reitero que es un derecho facultativo, únicamente autorizado en ciertos supuestos previstos en la ley, para el caso de la transformación, o pactados por todos los socios dentro del contrato social, para el caso de derecho voluntario de separación. Por todo esto, cierta doctrina especializada defiende la idea de que el derecho de receso que opera como un factor disuasorio en ciertas situaciones de la existencia de deficiencias en la tutela de minorías (Peña, 2017).

La herramienta jurídica societaria del receso tiene por objeto satisfacer dos intereses legítimos: por un lado, el derecho que le asiste a la Sociedad, como persona jurídica, de modificar los estatutos; en el caso de que la especie societaria elegida en un inicio ya no otorga el sostén legal necesario para que la compañía logre completar su operativa mercantil; o, por otro, El derecho individual de los socios, de no aceptar modificaciones societarias y estatutarias que no sean acordes a sus intereses individuales porque implican una modificación sustancial de las bases esenciales de la compañía que en un inicio atrajo su inversión, que bien si existían antes de invertir en ella, el ahora socio recesante no hubiese hecho.

1.2.8. El derecho de receso como derecho de libertad

El derecho de receso, no puede ser concebido únicamente bajo una óptica restringida a nivel societario. Sino que, por el contrario, es necesario analizarse en un espectro mucho mayor; a nivel constitucional como medio de expresión del derecho de libertad, garantizado en la constitución. Si bien está entrelazado con diferentes derechos de libertades garantizadas en el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador (C.R.E. Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008), ineludiblemente se debe comenzar su análisis desde el derecho de la libre asociación. Este derecho, dispuesto en el numeral 13 del mencionado artículo, garantiza a las personas que podrán asociarse libremente con quien estas decidan, para el ejercicio de cualquier que fuere la actividad de su interés, que en este caso es netamente mercantil.

De igual manera, en el mismo artículo 66, en su numeral 15, encontramos al derecho a desarrollar libremente las actividades económicas que cada individuo desee, bien sea de manera individual o colectiva, sin más limitaciones que las dispuestas por la ley. De tal modo, si la propia constitución garantiza que las personas tendrán el derecho a decidir si asociarse para ejercer actividades económicas, es entendible que también tienen el derecho a decidir sobre separarse de una asociación, con la cual ya no mantiene un interés coadyuvante.

Esto es evidenciable claramente en el caso del derecho de receso, porque trata sobre la decisión de cada socio para no continuar formando parte de la compañía que pudo haber constituido o bien adherido. Tener la libertad de separarse de una sociedad que no replica los intereses del socio, y además de solicitar el reintegro de sus participaciones, es una expresión clara de un derecho de libertad. Porque no puede concebirse que las obligaciones impuestas dentro del estatuto social obliguen de forma perpetua, forzada y obligatoria a sus socios, cuando estos deberían tener la posibilidad de separarse.

Por eso, y en la misma línea de lo mencionado anteriormente, el socios, en su esfera de reales intereses, tiene el derecho a decidir si mantiene o no la inversión dentro de la sociedad. Porque, al tratarse de sociedad puramente mercantiles, el fin de lucro es el determinante clave en el móvil de aportar al capital de una sociedad; más allá de si la compañía tiene ciertos tintes personalistas como es el caso de la compañía de responsabilidad limitada. Por ello, el socio deberá atender a sus intereses con relación al proceso de transformación y verificar si existen incentivos válidos para que el mantenga su inversión o definitivamente solicite el reintegro del capital aportado.

Pero, el problema surge cuando sale a flote la crítica que la presente tesis presenta, que efectivamente no es posible, en el sentido técnico-jurídico, llevar a cabo la ejecución del derecho de receso en las compañías de responsabilidad limitada como socio disidente dentro de la normativa ecuatoriana. Los argumentos para esta hipótesis han sido planteados con anterioridad. Ahora, con relación a las garantías constitucionales estudiadas, debemos entender que la antinomia con respecto a la transformación en esta especie de compañías, violenta el derecho de los socios, en la medida en la que no tienen un real derecho de libre asociación colectiva, porque si

no tienen la posibilidad de abandonar una sociedad que ya no es de su interés por un fenómeno societario que implica un cambio severo a la estructura jurídica de la misma, no podemos concebir un derecho de libertad plena.

Por otro lado, aunque entiendo que la voluntad general es un principio societario que rige la toma de decisiones, esto no puede ir en contra de los derechos de las minorías que puedan encontrarse dentro del capital social. Primero porque, a pesar de ser minorías, los socios que no están de acuerdo con la conducción de una compañía, bien sea a nivel administrativo o a través del órgano supremo que es la junta general, tienen el derecho a retirarse de ella, porque a pesar de tener voz dentro de las juntas, su voto, siendo único, no representa un peso real y suficiente que permita influir en las decisiones. Ahora, en las compañías de responsabilidad limitada, de forma paralela las compañías anónimas, cada participación representa un voto, indistintamente del socio que haya hecho la aportación en el capital, a pesar de conservar un sentido personalista.

Pero esto no limita el hecho de que existan mayorías ya bastante definidas, donde ser un voto disidente no podría afectar en mayor medida las decisiones de la junta, porque en la enorme mayoría de las situaciones es tan solo requerida mayoría absoluta o, con pacto específico dentro de los estatutos o por mandato de la ley, mayoría calificada.

El análisis realizado en el párrafo anterior no es aplicable en el caso de la transformación de las compañías de responsabilidad limitada, porque como la ley exige unanimidad para la toma de esa decisión, el voto disidente de un socio repercute enormemente en la decisión. Si no hay unanimidad, no es posible la transformación en la compañía de responsabilidad limitada. Pero esto, en cambio, violenta los derechos de la mayoría; debido a que no respeta las decisiones de un concentrado grupo del capital social, limitando sus derechos; obviando que no solo las minorías tienen derechos que deben ser protegidos, sino también las mayorías, ya que representan la decisión más aceptada dentro del capital social, entendida que la moción fue considerada racionalmente por los socios quienes votaron a favor de un fenómeno societario de transformación.

Por tal motivo, las situaciones coyunturales de una determinada realidad pueden orillar a la toma de una decisión de esta índole, por lo cual mal hace la norma en

requerir unanimidad del capital social para la aprobación y validez de un proceso de transformación.

Si bien la norma erra de forma escandalosa con la antinomia entre unanimidad y derecho de receso, hay que entender que la relación entre una y otra es excluyente. Primero porque la voluntad general responde a intereses de la compañía como ente independiente de sus socios constituyentes y adherentes. Segundo, debido a que los intereses particulares de los socios no necesariamente deben ir acorde a los de los demás socios, pero al tener tan solo un voto, el sistema democrático societario hace lo suyo al otorgar el poder de decisión donde exista un número mayor de socios que concuerdan con una determinada decisión.

Finalmente porque el derecho de receso no es una facultad abierta ni del todo libre, en la normativa ecuatoriana, sino que es únicamente ejecutable para los procesos de transformación, la cual no es posible sin el voto de todos los socios. Por todo esto, que la exigencia de este requisito violenta el derecho de libertad de decisión sobre las operaciones económicas que tengan sus socios, en el caso de tomar la decisión de desinvertir, en una compañía de responsabilidad limitada porque carecen de la facultad de retirarse de la sociedad mediante el derecho de receso.

1.2.9. El receso como obligación de la compañía

Tras la celebración del contrato de sociedad entre los socios constituyentes, entra a la vida jurídica una compañía, que constituye una persona jurídica distinta de sus constituyentes, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través de su representante legal, también se dan entre sí, un abanico de derechos y obligaciones que le son entregados.

Por lógica, cuando existe la garantía de un derecho para una de las partes, inherentemente a ello y de forma directamente opuesta, se creará una obligación para la compañía. Es así como el receso se constituye como una garantía a ser cubierta por la compañía, que si bien está subordinada a lo dispuesto en los estatutos sociales y la ley, operativamente debe entregar apertura al socios que quiera separarse de la compañía, teniendo abiertas las posibilidades de notificación, dentro del marco de la ley.

Ahora, para corroborar que el derecho al receso también constituye una obligación, en la medida en que cumple con los requisitos esenciales de la obligación; esto es: posibilidad jurídica y material, determinada o determinable, y valoración patrimonial.

Es necesario analizar cada uno de estos puntos desde una óptica crítica, entendiendo que el derecho a receso no puede ser limitado de forma externa, a menos que exista voluntad propia de hacerlo por el propio socios; es decir, al ser un derecho subjetivo de carácter facultativo, puede el socio no hacer uso del mismo y no ejercer la separación en caso de transformaciones de la compañía, conservando siempre la posibilidad de hacerlo cuando así lo requiera, si está dentro del plazo dispuesto en el artículo 331 de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999); pero esto no implica que pueda ser prohibido este derecho, porque sería una violación a sus derechos como minoría, como socio y además una afrenta al derecho de libre contratación.

Como lo mencioné, los requisitos sustanciales de toda obligación para ser exigible serán: material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y representar un interés patrimonial o extra patrimonial del acreedor (Borda, 2016, pp. 11-23). De tal manera, para que un socio pueda exigir el cumplimiento de sus derechos a separarse de la compañía y la devolución o reintegro de su capital aportado, también deberán ser verificables dichos fundamentos dentro del derecho de receso.

1.2.9.1. Posibilidad jurídica y material

Sobre el primer requisito, la posibilidad de la obligación versa sobre la efectiva probabilidad de que esta pueda ser cumplida y que solamente será nula cuando el objeto de esta sea imposible de forma absoluta, tal cual como lo es una relacionada a cosas extra-comercio. Además, esta posibilidad no se limita al momento actual de la adquisición de la obligación, porque el derecho de receso de los socios habrá de mantenerse activo durante toda la vida jurídica de la compañía.

Al partir del principio básico: nadie puede ser obligado a lo imposible; "*Impossibile nulla obligatio est*", es entendido que si la normativa prohibiera de forma expresa la realización de la separación de un socios dentro de una compañía de responsabilidad limitada, esto lo convertiría en una obligación imposible. No obstante, esta no es la situación de la norma societaria; porque expresamente está dispuesto

este derecho en el artículo 331 de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999). De tal modo, solo si la obligación adquirida es imposible de cumplir, no podrá ser exigible; lo cual no es el caso del receso, que es totalmente posible solicitar el reintegro del capital aportado tras el ejercicio de la separación.

Al igual que las demás obligaciones contraídas en un contrato de sociedad, como también la compañía en sí misma, no podrán ser perpetuas. Porque esto implicaría una inseparabilidad entre la persona-socio con la persona jurídica-compañía. Si bien en determinadas especies societarias les es permitido tener una vida jurídica indefinida, como en el caso de las Sociedades por Acciones Simplificadas, esto no obsta que la obligación de otorgar el receso o separación de un socio es temporalmente finita.

Específicamente en los casos de transformación, pues este derecho solo puede ser exigido durante los quince días posteriores a la celebración de la junta donde fue aceptada la moción de transformación; por lo que la obligación únicamente será exigible, o sea posible, si fue presentada dentro de este plazo; porque si no esta obligación, a pesar de que no pierde su naturaleza como tal, deja de ser exigible por parte del socio hacia la compañía.

1.2.9.2 Lícita

Evidentemente, para que el principal quiera hacer exigible una prestación esta deberá ser lícita; es decir, tiene que ser acorde a la ley, la moral y las buenas costumbres. Por otro lado, la licitud se relaciona directamente con que las prestaciones que sean parte de la obligación no incumplan el ordenamiento jurídico, tanto en el objeto como en su causa. En el caso del receso, su licitud está en evidencia. Ahora, con respecto a la limitación del ejercicio de este derecho es el que carece de legalidad. Si bien es posible incluir diversas causales voluntarias dentro de los estatutos de la compañía para ejercer la separación, dentro de la transformación, esto está determinado por la propia ley, de modo que si el socio que quisiese separarse, podrá exigir el cumplimiento de lo dispuesto en la norma, si este ha cumplido con las formalidades dispuestas en ella mismo.

1.2.9.3. Determinada o determinable

La determinabilidad de la obligación de reintegrar los valores aportados por el socio para el capital social de la compañía, es innegable. Los valores serán conforme

a peso de sus participaciones dentro del capital. De tal modo, el socio que se ha separado de la compañía continúa siendo un acreedor de la misma, pero por obligaciones distintas a las cuales fueron adquiridas por la compañía en un inicio. Después de haber ejercido el receso conforme a las formalidades dispuestas en la norma, la acreencia será puramente patrimonial, determinada en el valor nominal de sus participaciones al momento de separarse. Entonces, si el valor nominal de cada participación es de un dólar, deberá multiplicarse por el número de participaciones que ostente el socio recedente al momento de su salida de la compañía; por lo que se encuentra determinada la obligación de reintegro desde un inicio.

Al conocer la determinabilidad de la obligación de reintegro de los valores por participaciones sociales tras el ejercicio de un derecho de un receso, no solo está en el aspecto valorativo; sino también temporal. Porque tras ese proceso, la compañía tiene un tiempo determinado para realizar la devolución de los valores aportados por el socio recedente; conforme el artículo 331 de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), determina que los socios de la compañía deberán celebrar la escritura de transformación dentro de los treinta días posteriores a la celebración de la Junta en la cual fue aprobada esa moción; momento en el cual debe existir un balance de estado de situación de la compañía, sumado además el balance con la respectiva disminución de capital, si así se decidiese por parte de la Junta, aunque también es posible realizar amortización de participaciones con cargo al activo.

Entonces, los valores correspondientes a las participaciones del socio que decidió ejercer su derecho a la separación, deberán ser cancelados dentro de esos treinta días; por lo cual concluyo que no solo es una obligación determinable con respecto al aspecto patrimonial, sino también es determinada en el ámbito temporal.

1.2.9.4. Valoración económica y patrimonial

La valoración económica está relacionada a la posibilidad de incumplimiento de la obligación, que por ende deberá ser resarcida de una forma pecuniaria (Batalla Garrido & Gonzales Roesch, 2008). El carácter patrimonial de la obligación de la restitución de valores aportados al capital social cuando se es ejercido el receso en contratos de sociedad de responsabilidad limitada. Bajo ese entender, Según (Anaya, Alegría, Chomer, & Sicoli, 2008), las compañías o sociedades mercantiles tendrán siempre fin de lucro, por lo cual su valoración económica es innegable, por lo que las

acciones que se relacionen con su capital social, aportaciones y disminuciones, tendrán esa misma calidad de patrimoniales; por lo que la obligación de respetar la decisión de un socios que ha decidido separarse de la compañía, así como también la obligación de exigir el pago de los valores a devolverse, son obligaciones perfectamente exigibles.

Si bien ha sido demostrado que se trata de una obligación por parte dela compañía, la doctrina prefiere analizar desde la perspectiva de un derecho subjetivo y facultativo, por lo que no siempre será una obligación en esencia, sino cuando determinadas circunstancias coadyuben, particularidades que fueron ya mencionadas en el apartado sobre la legalidad de la norma y de su determinabilidad.

1.2.10. Formalidades del receso

1.2.10.1. Unanimidad en la transformación

La reunión de los socios, legalmente convocados, es un acto societario, subgénero a su vez de los actos jurídicos en su generalidad. Por esta caracterización, entiendo que su objetivo es el de producir efectos jurídicos válidos y eficientes que son traducidos en la toma de decisiones dentro de la compañía. El derecho de voto que posee cada socio, en razón de su número de participaciones conforme el artículo 114 inciso b de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), representa el derecho político por excelencia dentro del campo societario.

Voluntariamente, la propia compañía, mediante una cláusula expresa dentro de los estatutos, puede determinar qué porcentaje de votos van a ser necesarios para la toma de decisiones en situaciones particulares. Además, la propia normativa puede imponer distintos niveles de mayoría que son requeridos para llevar a cabo un determinado fenómeno societario.

La unanimidad es el requerimiento máximo para la toma de decisiones dentro de una compañía. Existen dos tipos de unanimidad, la voluntaria o estatutaria, que es aquella en la cual los propios socios incluyen dentro de los estatutos sociales que todas o algunas de las decisiones de la compañía deberá tomarse por unanimidad. Este tipo de cláusulas estatutarias no suelen ser muy usadas por las complejidades que representa al momento de la toma de decisiones, aunque sí es una excelente herramienta para mantener un hermetismo fuerte en el caso de que se le quiera otorgar un tinte aún más personalista a la compañía de responsabilidad limitada.

Por otro lado, encontramos la unanimidad legal, es decir aquella en que la propia norma especializada, en este caso La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), determina los casos específicos donde será requerida la unanimidad de los votos de los socios que representan el capital social para llevar a cabo aprobación de alguna moción ofrecida en junta (Moro, 2010, p. 79-80). A modo de ejemplo, encontramos dentro de la norma ecuatoriana, de forma particular en la compañía de responsabilidad limitada, este requerimiento legal en el caso de la transferencia de acto entre vivos de las participaciones de un socio, quien deberá requerir obligatoriamente la unanimidad de los votos favorables de los demás socios para realizar dicho acto; así lo dispone el artículo 113 de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999).

Como otro ejemplo del requerimiento de unanimidad, objeto de estudio de la presente tesis, es en la transformación. Debido a que, para que sea aprobada en junta la decisión de iniciar con un proceso de transformación de una compañía de responsabilidad limitada es necesario unanimidad de los socios, es decir que todos y cada uno de ellos, en proporción a sus participaciones dentro del capital social, deberán estar de acuerdo con dicho acto societario.

Para entender por qué la norma requiere en ciertos casos un proceso de votación distinto, hay que entender los diferentes tipos de mayoría que existen dentro del campo societario para la toma de decisiones; estos son: mayoría simple o absoluta, y mayoría califica. En primer lugar encontramos a la mayoría absoluta, es decir aquella situación en la cual los votos necesarios para la aprobación de una moción en junta son de, al menos, el 50% + 1 de los socios legalmente convocados y reunidos. Esta es la regla general bajo la cual se maneja el sistema societario ecuatoriano con respecto a las decisiones asamblearias; así lo dispone el artículo 117 de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), aclarando que salvo estipulación en contrario de la ley o del contrato social, las decisiones se toman por mayoría absoluta de los socios presente.

Evidentemente, la mayoría simple o absoluta está pensada para decisiones del diario vivir de una compañía, que no pueden ser tomadas directamente por el órgano de administración de manera independiente (Abramovich, 2016, p. 52).

Por su parte, la mayoría calificada tiene una cualificación especial, debido a que está direccionada a comportarse como un requisito que eleve la rigidez a la toma de decisiones de la junta. La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999) aclara determinadas situaciones donde será aplicable la mayoría calificada, es decir aquella donde se exige al menos el voto favorable de los tercios del capital social para que sea aprobada una moción. Esto lo aclara en, por ejemplo, el artículo 133 de la referida ley, que en su segundo párrafo ordena que en caso de que los socios quieran remover a un administrador de su puesto, deberán cumplir con el mencionado requisito.

En el caso de la transformación, el tratamiento es mixto. Porque dependiendo de la especie de compañía de la cual se trate, el requerimiento de mayoría puede variar. Así, mientras en el caso de la compañía anónima, para darse como aprobada la transformación en asamblea de accionistas, será necesaria el voto aprobatorio de, al menos, dos tercios de los accionistas debidamente convocados y reunidos. Por su parte, en el caso de la compañía de responsabilidad limitada, como lo he aclarado ya, es necesario unanimidad.

Tras el examen realizado y el ejemplo propuesto, pienso que es posible emitir un concepto de unanimidad. Conforme el diccionario jurídico elemental del tratadista argentino Guillermo Cabanellas de Torres unanimidad es la "Totalidad de votos conformes con un partido, personaje o propuesta" (Cabanellas de Torres, 1992). Mi postura es muy coincidente con lo dicho por Cabanellas de Torres, en el sentido de que la unanimidad implica la conformidad íntegra de todos los socios. La unanimidad no puede considerarse entonces como una especie de mayoría, porque esta última admite la posibilidad de una negativa ante la moción a deliberar y aun así, podrá tomarse la decisión. Sin embargo en el caso de que los estatutos sociales, o la propia ley como en el caso de la transformación, requieran unanimidad, enfocándome únicamente en la compañía de responsabilidad limitada, quiere decir que no es admisible ningún tipo de inconformidad a nivel de votación, aunque puede darse efectivamente mediante voz dentro de la junta.

La unanimidad es un requisito *sine qua non* de la transformación de las compañías de responsabilidad limitada. Seguramente esto tiene su base en que para algunos aspectos puntuales, esta especie de compañía sigue teniendo un tratamiento

personalista; como es el caso de la transferencia de las participaciones de sus socios por acto entre vivos. El legislador lo entendió de la misma manera, porque agrupa a la compañía de responsabilidad limitada con la de nombre colectivo y en comandita simple como las compañías que requieren unanimidad para dar paso a la transformación. El espíritu de este requisito, entiendo, está direccionado a precautelar que las obligaciones adquiridas por los socios sean cumplidas cabalmente y que la cooperación entre los propietarios del capital social sea total.

Ahora, si la propia normativa exige que exista unanimidad para proceder con la transformación, cuál es el sentido de que la misma norma, en el artículo siguiente, faculte a los socios disidentes o que hayan estado ausentes en la junta en la cual fue tomada la decisión a poder separarse de la compañía. Ya que, a pesar de que no utilizar exactamente la palabra receso, es posible comprender a lo que se refiere el artículo 333, en su real sentido y espíritu; es decir, al ejercicio de un derecho de receso. Pero, por qué entregar una facultad que no podrá ser ejercida como tal, porque para que existe el derecho de receso, llamado de separación en nuestra normativa, ineludiblemente será necesario primero la decisión de la junta con relación a ese fenómeno societario; porque no es posible ejercer la separación sin que esté en pie el motivo legal que lo faculta.

Tratadistas como Balbín insisten en que el derecho de receso no debe ser limitado a procesos de transformación únicamente, sino que deberían ser considerados también como facultades de los socios también para otros fenómenos societarios o decisiones en junta que puedan tener una incidencia considerable dentro de la compañía y que pueda crear incentivos negativos para que un socio decida abandonar la sociedad (p. 314). De tal modo, decisiones como cambios de domicilio de la compañía, extensión del plazo social o la exclusión del socio, deberían ser también susceptibles de aplicárseles el derecho de receso.

Otros autores como el coterráneo Stordeur (1998) considera, en opuesto sentido, que el derecho de receso debe mantenerse como una medida severa, excepcional y de estricta necesidad. Es así como defiende la hipótesis de mantener al receso como un derecho conexo, o subsecuente, con los procesos de transformación. No obstante, consciente de las antinomias que existían en la normativa argentina en la cual se exigía unanimidad para la transformación de la

sociedad de responsabilidad limitada, al igual que en la normativa ecuatoriana, entendió que la reforma de los requisitos de la transformación a tan solo requerir unanimidad cuando así lo hayan decidido los propios socios y esté expresamente dispuesto en los estatutos era acertada, porque en ese escenario, sí es posible ejercer el derecho de receso en la transformación de compañías de responsabilidad limitada, pues se da cabida a que algún socio vote en contra y que esto no interrumpa el proceso (Benseñor, 2019, p. 27).

Por todo lo considerado, concluyo que no es posible que un socio de una compañía de responsabilidad limitada ejerza su derecho de receso cuando esté presente en la junta y no esté a favor de dicha decisión, o sea vote en contra. Porque es necesario que exista unanimidad con respecto al proceso de transformación en la junta de socios. En la medida de que, la transformación debe ser previa, considerada y aprobada debidamente en junta legalmente convocada y reunida, con la totalidad de los votos del capital social presente. Por lo que, únicamente podrá ser posible ejercer su derecho al receso, cuando no esté presente el socio en la junta, pero que si haya sido debidamente convocado; pues su inobservancia podría ocasionar la nulidad del acto societario.

1.2.11. Requisitos formales

Como todo acto societario, deberá cumplir con requisitos formales dispuestos por la norma, que son ineludibles para su perfección y validez legal. Con respecto al receso, encontramos que debe existir una seguidilla de requisitos y fases societarias antes de que pueda hacerse efectivo dicho derecho, debido a que, como lo he indicado, la normativa ecuatoriana solo entiende al derecho de receso como una opción dable en los procesos de transformación. Entonces, para que pueda existir receso, o derecho de separación como lo llama La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), es necesario cumplir con requisitos formales para la aprobación de la transformación.

De modo que, para iniciar el proceso de transformación será necesario convocar a la junta general de socios. Esta convocatoria deberá llevarse a cabo conforme lo que determina el artículo 119 de la norma citada, en la cual deberá convocarse con, por lo menos, cinco días de anticipación; sin contar con el día de la convocatoria y el día en la cual se llevará a cabo la junta. Esta convocatoria podrá ser

realizada conforme lo estatutos de la compañía, los cuales pueden disponer diferentes medios idóneos para la efectiva validez de la convocatoria y así evitar vicios en los actos societarios y las decisiones que se tomen en ella. Por otro lado, con la reforma del mes de octubre de 2018, es posible realizar la convocatoria directamente por correo electrónico. El mensaje enviado para la convocatoria deberá remitirse al correo que los propios socios hayan proporcionado al administrador de la compañía, acusando su recibo debidamente al administrador, quien tiene la obligación de mantener actualizados dichos correos electrónicos para evitar confusión con respecto a la convocatoria.

En la convocatoria deberá disponerse claramente los puntos del día, donde ineludiblemente debe reflejar la consideración y aprobación de la transformación de la compañía. A más de eso, debe ser señalado el lugar, que deberá corresponder al domicilio de la compañía, día, hora y objeto de la reunión.

No obstante, es posible prescindir del requisito de convocatoria cuando los socios decidan, voluntariamente, reunirse en Junta Universal, donde deberá estar presente el total del capital pagado de la compañía. Para la plena validez de lo antedicho, deberá cumplirse con lo dispuesto en el artículo 238 de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), debido a que la suscripción del acta de junta será emitida bajo pena de nulidad, si los socios no aceptasen por unanimidad constituirse en Junta Universal.

La discusión y aprobación de la transformación deberá estar incluido dentro del orden del día, bajo pena de nulidad. Debido a que, generalmente este tipo de procesos son revisados en juntas extraordinarias, donde la norma no exige ningún punto obligatorio a discutirse, sino, únicamente, aquellos que estén dispuestos en el orden del día. Este requisito será verificado bajo pena de nulidad, de forma concatenada a lo que dispone el artículo 331 de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), donde es aclarado que solo aquellos procesos de transformación que cumplan con todos los requisitos y formalidades dispuestos en la norma, tendrán plena validez legal y no alterarán la naturaleza jurídica de la compañía.

Tras la verificación de la convocatoria, así como también la instalación del quórum de la junta general, será necesario que el presidente de la junta ponga a

consideración de los socios presentes la moción de transformar la compañía, que no podrá ser en otra especie que la compañía anónima. Tras esta consideración, y como ha sido explicado a lo largo de esta tesis, es necesario la unanimidad de los socios. Entiendo que habla sobre la unanimidad de los socios presentes, mas no de la totalidad del capital social, pues en ese caso no solo le sería imposible ejercer el derecho de receso para aquellos socios que votaron en contra de la moción de transformación, sino también aquellos ausentes, puesto que bajo el examen de que solo requiere unanimidad de los socios presentes en la junta, debidamente convocada e instalada.

Entendiendo que la unanimidad requerida por el artículo 331 de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), en su segundo párrafo, únicamente es por los socios presentes en la junta, aquellos que hayan estado ausentes en la junta, deberán presentar su negativa de continuar dentro de la compañía en calidad de socio. Para ello, la solicitud deberá ser dirigida para a la administración de la sociedad, en un máximo de quince días contados desde la fecha de celebración de la junta. Sobre si esta solicitud debe ser motivada o no, la doctrina como Dasso (1985) ha entendido que la motivación del derecho de receso deberá interpretarse en que el socio no tiene más interés en seguir manteniendo su inversión dentro de la sociedad y que, además, no está conforme con su direccionamiento.

Finalmente, si es que se ha hecho efectivo el derecho de receso, tras el proceso de verificación previa de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, las participaciones que le corresponden al socio que ha decidido separarse, deberán ser entregadas a la superintendencia de compañías para su extinción, o puede ser posible que la sociedad las conserve y permita el ingreso de un nuevo socio, que tras la transformación formará parte del capital mediante la figura de accionista. Tal cual lo indica el artículo 335 de la ley en cuestión.

Exista o no disconformidad con la transformación de una compañía de responsabilidad limitada, el proceso deberá ser sometido a aprobación previa por el ente de control. Esto en concordancia con la disposición cuarta agregada por Ley de modernización del sector societario y bursátil, publicada en Registro Oficial Suplemento 249 de 20 de Mayo del 2014.

Con el análisis de sus requisitos y formalidades, es posible evidenciar una clara antinomia con relación al derecho de receso. En primer lugar, interpretando el requerimiento de la unanimidad únicamente para los socios presentes dentro de la junta, porque la norma exige para las compañías de responsabilidad limitada que exista unanimidad con respecto a la toma de decisión de la transformación.

De modo que, si es ineludible que primero debe existir un proceso de transformación para que sea posible ejercer el derecho de receso, hay un evidente choque de normas, específicamente porque el derecho de receso requiere el voto en contra para que pueda ser ejercido. El socio disidente no tiene opción a separarse, por lo que su única manera para realizar el receso sería no asistir a la junta, lo que no le permitiría tener voz para explicar sus motivos o justificar su desinversión. Por todo esto, entiendo que los requisitos con respecto al receso para los socios disidentes están erróneamente legislados en nuestra normativa; por lo que creo prudente que la norma únicamente exija la mayoría calificada para que se de paso con la transformación, tal y como funcione en las compañías anónimas.

1.2.12. Tratamiento de los recesantes

Explicado que los socios disidentes, en un sentido estrictamente legalista, no tienen una real opción a ejercer el derecho de receso. Los socios de una compañía de responsabilidad limitada que estuvieron ausentes en la junta dentro de la cual se tomó esa decisión; sí pueden hacer efectivo ese derecho (Núñez-Copa, 2018). De manera que, si presentaron la solicitud de separación de la compañía dentro del plazo que otorga la normativa, es decir de quince días posteriores a la celebración de la junta, estos socios tendrán derecho a exigir el reembolso de su participación. Ahora, con relación esto debo hacer una pequeña acotación; en realidad no existe una devolución ni reembolso de valores. Porque esto afectaría al capital de la compañía, que ineludiblemente deberá disminuir, por lo que antes de llevar a cabo la transformación, tendrá que realizar el acto societario de disminución de capital, lo que podría afectar severamente el proceso de transformación, si es considerado el hecho de que la compañía de responsabilidad limitada únicamente puede transformarse en una compañía anónima, la cual tiene un requerimiento de capital mayor al de la primera; que, específicamente, es el doble.

Si bien esto no interesaría en compañías que ya tengan un prolongado tiempo de existencia legal, de igual manera antes de la transformación, deberá presentarse un balance que represente la situación real y actual de la compañía (Núñez-Copa, 2018). Por lo que una variación dentro de su capital social, modificaría también dicho proceso. Ahora, es posible que dentro del mismo acto de escrituración de la transformación, sea realizada la reducción del capital, pero esto no sería lo ideal porque interferiría con la revisión *ex ante* que realiza la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Primero porque se trata de procesos distintos con consecuencias jurídicas diferentes. Segundo porque en el sentido técnico-legal, la S.C.V.S. deberá emitir un informe motivado para la aprobación de cada uno de estos actos jurídicos, porque ambos son alcanzados por la disposición general cuarta que fue mencionada en párrafos pasados.

Las participaciones de un socio que hace efectivo su derecho a separarse de la compañía no pueden ser reembolsadas. Porque esto implicaría la destrucción de dichas participaciones de la vida jurídica y, consecuentemente, la disminución del capital social. Por ello, entiendo que estas participaciones deben ser recompradas; bien por los demás socios o bien por la propia compañía. Ahora, los socios no tienen derecho a exigir que se les ofrezca inicialmente las participaciones, porque en la transformación no es factible el derecho de acrecentar, como si lo es en los procesos de aumento de capital.

En la compañía anónima es distinto, es posible la transformación sin unanimidad. Pero como tal el receso es para la separación y el reembolso del capital invertido pero ¿y en casos de suscripción secundaria? En ese caso el capital, como tal, únicamente tiene un titular, no susceptible de reembolso. Estamos hablando más de un proceso de devengado de acciones, que puede ser con cargo al capital o al activo para la recompra de las acciones que después pueden ser revendidas o extinguidas.

Es por todo esto que menciono la imposibilidad de la devolución de participaciones mediante un proceso de reintegro, como lo menciona la norma. Sino, en un sentido estrictamente jurídico, estamos hablando de una recompra de participaciones por parte de la compañía, tras lo cual podrá esta decidir si las vende a los demás socios que sí estuvieron de acuerdo con la transformación y se mantienen

dentro de la compañía, o bien destruirlas de la vida jurídica a través de la extinción de dichas participaciones (Almeida, 2017).

1.2.13. Base legal comparada

Dentro de la normativa latinoamericana, el tratamiento del derecho de receso, como es llamado en la Argentina, o el derecho de separación como se cataloga en países como Colombia y Perú, es bastante heterogéneo. Porque, a pesar de existir principios básicos comunes entre estas normativas, la funcionalidad de este derecho se encuentra matizada por diferentes requisitos y también poseen una operatividad distinta.

Dentro de la reforma del mes de diciembre del año 2020, la Ley de Modernización a La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), incluyó la posibilidad de sumar situaciones en las cuales pueda ser ejercido el derecho a la separación dentro de las compañías de responsabilidad limitada. Esto a partir de la inclusión en del artículo 137.1 en La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), que permite la inclusión de causales para la separación voluntaria, siguiendo la tendencia de la legislación peruana en la reforma del año 2007. No obstante, esto se trata de causales voluntarias, que no modifican el tratamiento de los procesos de transformación ni tampoco el receso dentro de los mismos.

En la República Argentina, el derecho de receso está regulado de manera expresa dentro de su normativa. Así, la Ley General de Sociedades, (Argentina, Congreso Nacional, 2017), especifica en su artículo 74 que: “Hay transformación cuando una sociedad adopta otro de los tipos previstos. No se disuelve la sociedad ni se alteran sus derechos y obligaciones”. En ese concepto, no existe mayor diferencia con la normativa ecuatoriana, porque incluye las dos aclaraciones principales de la transformación; esto es: por un lado, la asunción de una nueva figura jurídica y; por otro, la no alteración ni pérdida de la persona jurídica de la compañía. Estos son los elementos fundamentales del proceso de receso.

En tanto del concepto de transformación, la legislación peruana también aclara de forma expresa que no varía la personalidad jurídica de la compañía transformada, indicando que la transformación no extraña cambio de personería jurídica. No obstante, como uno de sus puntos particulares, tanto en la legislación argentina como la peruana, no existe limitación de especie societaria a la cual una compañía puede

transformarse. Es decir, cualquier compañía constituida en el Perú, puede asumir la especie que así lo desee y que esté regulado dentro de su Ley General de Sociedades. De igual forma, la normativa austral no menciona limitación alguna para que un acuerdo de transformación sea únicamente a un determinado tipo societario.

En la norma ecuatoriana, esta libertad de elección para transformarse en otra especie de compañía no es palpable. Primero porque la ley admite únicamente transformaciones determinadas en el artículo 331 de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), es decir que las de nombre colectivo, mixta, comandita y compañía de responsabilidad limitada sólo podrán transformarse en compañías anónimas y viceversa.

La ley es tajante al incluir en su redacción que solo cuando la transformación es llevada a cabo conforme a la ley no modificará la personería jurídica de la compañía, abriendo la posibilidad de que si dicho proceso no es concluido, la sociedad pueda llegar a considerarse como irregular (Morales Acosta, 2014, p. 51-52).

Otro punto importante para considerar en las legislaciones analizadas es que la unanimidad no es un requisito generalizado, sino que es únicamente para ciertas especies societarias. Así, en la Argentina, la unanimidad es requerida solamente para las compañías en nombre colectivo y en comandita simple. No así en la compañía de responsabilidad limitada, donde únicamente requiere una mayoría calificada de las tres cuartas partes del capital social. La norma no indica al respecto de la junta, porque la transformación es llevada a cabo por medio de un acuerdo de transformación, que si bien puede ser discutido en junta, esto no es un requisito esencial para su validez, pues la firma del acuerdo puede ser asincrónica, es decir firmada por los socios en momentos distintos sin necesidad de estar reunidos en junta.

De igual manera, en el Perú la operatividad del susodicho fenómeno societario es a través de un acuerdo de transformación. Este acuerdo deberá ser publicado en un periódico de libre circulación del domicilio de la compañía por tres ocasiones, mediando un intervalo de cinco días entre cada publicación. Así lo indica el artículo 337 de la Ley General de Sociedades peruana. Con este proceso, para el cálculo del plazo para el derecho de separación se tomará como inicio del mismo el último día de publicación.

Con respecto al derecho de receso, como tal, la ley 19.550 (Argentina) dispone expresamente el proceso mediante el cual deberá llevarse a cabo el receso, a partir de su artículo 78, que a letra reza:

En los supuestos en que no se exija unanimidad, los socios que han votado en contra y los ausentes tienen derecho de receso, sin que éste afecte su responsabilidad hacia los terceros por las obligaciones contraídas hasta que la transformación se inscriba en el Registro Público de Comercio.

Es crucial para fines de esta investigación resaltar que en la normativa argentina se aclara que solo en los casos en los que no se exige unanimidad, los socios podrán hacer parte del derecho de receso.

Ante un examen puntual de lo que dispone la norma expuesta, es posible inferir que la unanimidad no es coherente con el derecho de receso, por lo cual el legislador argentino entendió que solo en aquellos casos en los cuales la unanimidad no sea un requisito para la transformación, podrá ejercerse ese derecho del socio.

Por otro lado, en la normativa peruana encontramos una novedad con respecto a la homogeneidad de las demás normativas latinoamericanas. Porque en el artículo 200 de la Ley General de Sociedades del nuestro vecino del sur, el derecho a la separación no se circunscribe únicamente a los procesos de transformación, sino que también en las decisiones asamblearias sobre: El cambio del objeto social, el traslado del domicilio al extranjero y la creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes y las demás que disponga los estatutos sociales y la ley (dentro de lo cual se incluye a la transformación).

La mencionada normativa únicamente aclara sobre el derecho de los socios o accionistas que hayan hecho constar en acta de junta su negativa ante la decisión de la asamblea con respecto a la transformación, sin indicar un porcentaje mínimo de mayoría para que dichas decisiones sean aceptadas. Ante eso, es lógico inferir que únicamente se exige mayoría absoluta para que pueda llevarse a cabo el proceso de transformación, si es que los estatutos sociales no imponen un requisito mayor para sus decisiones; siendo posible hasta que se auto imponga a la compañía que se requiera unanimidad de los socios para producirse el mencionado proceso societario.

Otro particular en la legislación peruana es que no permite la renuncia del derecho de separación. A pesar de que, como fue explicado en párrafos pasados dentro de esta tesis, se trata de un derecho subjetivo cuya cualidad de disponible es inherente a su propia naturaleza jurídica, la norma de este país entiendo que la separación del socio es un derecho fundamental para el socio, por lo que cataloga como nulo a todo pacto que excluya o dificulte el ejercicio del derecho de separación (Salvatierra, 2005).

Dentro de la normativa ecuatoriana, en razón del artículo 36 de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), todo acuerdo libremente celebrado por los socios tendrá validez y será obligatorio para los firmantes; de modo que permite a los socios limitar su derecho de receso a través de acuerdos parasociales; en oposición a lo dispuesto por la normativa peruana.

Siguiendo el ejemplo argentino, (Argentina, Congreso Nacional, 2017) la ley 19.550, artículo 78 menciona al derecho de receso, pero sin mencionar la unanimidad para las compañías de responsabilidad limitada, lo cual lo delega directamente al contrato social la facultad de imponer dicho requisito, debido a que no tiene una limitación legal para ello como si la hay en el Perú. Entiende, además, que sería una limitación no válida como derecho del socio, a menos que este voluntariamente quiera no hacer efectiva esa facultad.

La ley argentina comprende que las sociedades deben tener al libertad de decidir si quieren permitir a sus socios aplicar el receso, por eso delega su manejo a los propios estatutos particulares; lo cual debería también hacer la ley ecuatoriana. Porque nuestra normativa, al exigir unanimidad para la compañía de responsabilidad limitada, a más de dar apertura a confusiones de si se refiere a unanimidad en junta o del capital social, provoca que exista una antinomia porque no es posible votar en contra de la transformación para ejercer posteriormente el derecho de separación, porque no fue efectiva la transformación inicial.

Continuando con el análisis de la legislación austral argentina, (Argentina, Congreso Nacional, 2017) La ley 22.903, reformatoria de la Ley General de Sociedades (LGS) determinó la actual redacción del artículo 160 del régimen de sociedades comerciales (Ley 19.550), que rige el sistema de mayorías necesarias para formar la voluntad social en las Sociedades de Responsabilidad Limitada. En su

cuarto párrafo, dicha norma, el legislador consagra expresamente el derecho de receso a los socios que votaron en contra de la decisión social que modifica sustancialmente el acto constitutivo societario (en los supuestos de fusión, escisión y los otros mencionados en la norma legal), que en línea con la legislación peruana, hace suya la tendencia de ampliar las causales para ejercer dicho receso.

En el citado artículo, la ley argentina no menciona nada sobre los socios ausentes, a diferencia de la normativa ecuatoriana que es expresa con respecto a esa situación. De igual manera, tampoco menciona nada con respecto a consultas solicitadas por parte del Gerente General, siendo esa también una modalidad de decisión a través de comunicaciones no simultáneas; es decir a través de medios de comunicación tales como correo electrónico.

Esta manera de toma de decisiones de Junta fue implementada en la normativa ecuatoriana a través de la reforma de diciembre de 2020, permitiendo a los socios que son presentes dentro de la Junta a través de medios telemáticos, dar su voto a una moción de la Junta a través de correo electrónico directo al Gerente General.

Considero que todos los socios que no estuvieron conformes con aquellas decisiones sociales que fueron adoptadas en forma legítima por la mayoría, vale llamarlos "disidentes" que no contribuyeron a la formación de la voluntad social, deben contar con la posibilidad de ejercer el derecho de receso, frente a aquellas modificaciones sustanciales del contrato social que suscribieron (en el caso de que se trate de socios fundadores), o que adhirieron al tiempo de incorporarse a la sociedad comercial.

En primer lugar, se considera que hay que tener en cuenta que el derecho de receso es una prerrogativa otorgada por el legislador para la tutela de las minorías; para que estos socios que no contribuyeron a formar la voluntad social, no se vean perjudicados por la decisión de la mayoría de modificar sustancialmente las bases del contrato que ellos firmaron y aceptaron cumplir, al tiempo de ingresar a la sociedad. Por este motivo no encontramos razón suficiente que justifique otorgar la posibilidad de receder sólo a algunos de los "disidentes", y no a todos. Por otro lado, si bien el artículo (que es la norma que regula el derecho de receso en las SRL) no consagra expresamente esta prerrogativa para los socios ausentes, tampoco lo prohíbe; y mediante una interpretación sistemática del régimen societario nacional, es decir

considerando que en la parte general (artículo 78 LS) y en las Sociedades por acciones (artículo 245 LS) les ha sido conferido expresamente tal derecho, debemos concluir en los términos mencionados supra.

Un tema a tener en cuenta dentro de la regulación argentina es que, como los principales precursores de la sociedad por acciones simplificada dentro de la normativa latinoamericana, buscaron mecanismos que permitan viabilizar el derecho de recesso para dicha especie de compañía. Es así como, de forma subsidiaria utilizaron la regulación de las compañías de responsabilidad limitada, cuando no fuese previsto por los accionistas de la SAS dentro de los estatutos.

Si bien en primera medida, este interrogante podría tenerse por respondido de manera afirmativa, con el artículo 33 de la Ley 27.349 argentina (Argentina, Congreso Nacional, 2017), cuando dice: "Supletoriamente, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, 19.550, en cuanto se concilien con las de esta ley", tal punto no es del todo claro.

De esta manera, el derecho de recesso, en la normativa argentina, tendría que ser previsto en el estatuto de la S.A.S. para poder ejercerse, y que, ante la omisión de ello, no podría aplicarse por remisión supletoria el ordenamiento de la LGS. Para clarificar este punto existen diferentes argumentos. Primero, el artículo 1 de la LGS, dispone que regula "los tipos previstos en esta ley"; y no en otra ley, como sería el caso de la S.A.S., que a diferencia del Ecuador forma parte de un mismo cuerpo normativo, cuyo articulado se encuentra en la Ley 27.349. Por otro lado, si bien la ley 27.349 recurre de forma supletoria en más de una oportunidad a la LGS para su aplicación supletoria, no significa que siempre y bajo cualquier contexto, habrá que aplicarse de manera imperativa la regulación de la LGS a la S.A.S.

Por otro lado, la LGS sólo resultará aplicable en forma supletoria cuando se concilia con la Ley 27.349, es decir que las disposiciones de una compañía de la ley 19.550 no contravengan la naturaleza de una SAS, por lo que no es descabellado pensar que no le son aplicables las disposiciones de las compañías en nombre colectivo, por ejemplo. Finalmente, toda norma que proteja exclusivamente al socio puede ser reducida a un juego de voluntades a través del principio de libertad de contratación. Por lo que, en caso de omisión estatutaria, podrán aplicarse de manera supletoria las reglas de la LGS, cuando estas protejan a terceros.

Ahora bien, si bien es difícil dilucidar si existe un orden público en materia societaria, esto no obsta que la normativa encuentre grupos de individuos que se encuentren en un mayor riesgo de vulneración de derechos. Es así como son consideradas las minorías, porque a pesar de participar dentro del capital social, su porcentaje no le permite tener un peso determinante dentro de la compañía cuando exista una votación importante, como lo es la transformación.

Por ello, es una vulneración de derechos de los socios minoristas cuando la normativa argentina no permitía el ejercicio del derecho si es que este no se encuentra regulado dentro de los estatutos sociales. Razonablemente, el legislador argentino sostuvo lo; o sea que el derecho de receso pueda ser prohibido por los socios en el instrumento constitutivo o en el estatuto es una facultad de su propia libertad de contratación, pero si nada dicen, se entenderá que es posible ejercerlo; es decir, la idea central del receso se trasladó a una visión negativa.

Por las razones expuestas, considero arbitrario impedir el ejercicio del al derecho de receso a un socio cuando este no haya sido previsto, lógica que la jurisprudencia argentina ha tomado parte, hasta el punto de determinar que debe en dichos casos que al socio no le permita receder, deberá acudirse a la normativa societaria. En el Ecuador, el derecho de receso no puede ser prohibido por los socios, porque es un derecho dispositivo que sí puede ser renunciado o auto limitado, pero por el propio socio como titular de aquel derecho. Pero, los demás socios, aún si lo hiciesen a través de votación en Junta, no podrán limitar a otro socio el ejercicio del derecho al receso, aún si así lo mencionen los estatutos sociales, porque estos deberán ser considerados como no escritos.

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA

El presente capítulo que hace referencia al marco teórico del presente trabajo busca justificar la amplitud de temas que fueron tratados para la aplicabilidad de trabajo en cuestión, se los ha insertado desde lo señalado como introducción, sin embargo estos tienen que ser detallados.

El presente trabajo de investigación atribuye a una investigación jurídica, también se utilizó los conocimientos impartidos a lo largo de la carrera correspondientes a la teoría general de conocimiento científico, los cuales tienen una amplia aplicabilidad. Siendo así se realizó un estudio empezando de sus generalidades hasta poder alcanzar lo particular que corresponde al derecho de receso en la transformación de compañías limitadas.

En el estudio realizado surge la interrogante sobre los conceptos que se plantean dentro del derecho de receso por tanto se hace la compilación de estos para que no existiera ningún vacío a la hora de adentrarnos en el tema central del derecho de receso en la transformación de compañías de responsabilidad limitada.

El análisis que se realiza en este trabajo emanó de un vacío legal y la mala aplicabilidad del derecho de receso que se encuentra establecido en la normativa ecuatoriana, de esta manera se incurre en la verificación de la bibliografía, en la cual se trata de este derecho a profundidad, para así satisfacer los vacíos que presenta nuestra normativa. Lo que llevó también a que se haga el análisis tomando como base las legislaciones de países vecinos, en donde se encuentra a la normativa con mayor amplitud en el tema antes dicho. De tal manera que esto ha permitido que se realice el estudio correspondiente al derecho de receso en la transformación de compañías de responsabilidad limitada.

2.1. Tipo de investigación

Se debe mencionar que el análisis que se realiza en este trabajo emanó de un vacío legal y la mala aplicabilidad del derecho de receso que se encuentra establecido en la normativa ecuatoriana, de esta manera se incurre en la verificación de la bibliografía, en la cual se trata de este derecho a profundidad, para así satisfacer los vacíos que presenta nuestra Ley.

El presente trabajo investigativo se puede indicar que es de tipo documental debido a que la información compilada es proveniente de fuentes bibliográficas y con la aplicación de normativas de países de Latinoamérica, haciendo del análisis de este trabajo novedoso ya que se amplía el conocimiento acerca de las nuevas doctrinas existentes en otros países y pone en cuestión la normativa ecuatoriana.

2.2 Concepción del plan de tesis

Con el fin de que se cumpla con lo establecido en el plan de tesis o plan de investigación, es notable que se hace cumplir con los objetivo principal o general que refiere a la aplicación e implementación del derecho de receso en la transformación de compañías de responsabilidad limitada.

Previo a la realización del proyecto investigativo, se obtuvo un análisis verificando que exista la factibilidad de aplicación del derecho de receso, para que de esta manera exista la aprobación de la propuesta de investigación. Así se pudo enmarcar la problemática y se realizó su estudio.

2.3 Métodos de análisis

El presente trabajo de investigación presenta métodos teóricos como los que se detalla a continuación:

- ✓ **Método histórico** el cual facilitó la conceptualización y las generalidades de los temas tratados en la investigación, por ejemplo el surgimiento de las compañías de responsabilidad limitadas.
- ✓ **Método de Derecho comparado**, método utilizado para la comparación de las normativas ecuatorianas con las normativas latinoamericanas que fueron empleadas para el desarrollo del presente estudio.
- ✓ **Razonamiento deductivo**, método que fue implementado dentro del cuestionamiento del objetivo principal y al realizar los análisis de las legislaciones de los países vecinos.

2.4 Análisis de la información

Después de que se haya seleccionado la información pertinente al trabajo investigativo, se procedió con un análisis sistemático de la misma, empezando desde la conceptualización básica referente al derecho societario y sus antecedentes históricos. Para posteriormente centrarnos en el tema de estudio, el cual se desarrolla conforme la información obtenida a través de distintos medios y que estos mantengan coherencia en relación con el mencionado plan investigativo.

2.5 Resultados

Del análisis que se obtuvo dentro de la investigación, se hizo la acotación sobre la normativa ecuatoriana, la cual se observó las deficiencias conforme al derecho de receso, para lo cual se hizo el análisis de las normativas comparadas de Latinoamérica.

Para entender esta falencia, planteo la revisión de la normativa comparada a nivel latinoamericano, contrastando las principales características de las legislaciones examinadas para obtener una conclusión sobre si el manejo de la norma ecuatoriana con respecto al receso en procesos de transformación en compañías de responsabilidad limitada está acorde a la tendencia progresista del Derecho societario actual.

Si bien es cierto no todas se aplican de igual manera que en el Ecuador, sin embargo estas mantienen mayor amplitud en la aplicación, el Ecuador presenta únicamente dos elementos por los cuales sería factible el receso. En el análisis comparado también se puede acotar que la doctrina presentada por varios autores enmarca la relación que mantiene nuestra Ley de Compañías (Congreso Nacional, 1999), conforme a sus conceptos y la aplicación de la misma.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Como conclusiones del trabajo investigativo se presentan las siguientes conclusiones:

- Cuando los intereses no tienen esa relación de coherencia, es factible que el socio tenga derecho a separarse de la compañía por no ser más de su preferencia la conducción de la misma. Si bien en países como Perú, es posible ejercer ese derecho de separación por varios motivos que su propia normativa

provee. En el Ecuador únicamente es posible en los casos de transformación. Solo cuando el socio ha votado en contra o ha estado ausente a la junta de socios donde se ha tomado esa decisión, podrá ejercitar su derecho de receso y separarse de la compañía, conforme la normativa pero que no plausible en la práctica.

- El derecho de receso es efectivamente un derecho político del socio, porque a pesar de estar de acuerdo con la obtención de dividendos en caso de tener ganancias; o, en su defecto, de tolerar las pérdidas, puede que no esté de acuerdo en que una compañía decida transformarse en otra especie societaria; por lo cual decide separarse de ella.
- La transformación es un fenómeno societario que tiene como objetivo la conversión de una especie societaria a otra. El cumplimiento de los requisitos legales es una condición *sine qua non* para que se logren los efectos jurídicos deseados, sin alterar la personalidad jurídica de la compañía transformada. En la normativa ecuatoriana, los procesos de transformación de las especies de compañías reconocidas por la ley no son totalmente libres. Porque únicamente la compañía de responsabilidad limitada, comandita y en nombre colectivo podrán transformarse en una compañía anónima y viceversa. Es decir que cualquier otra transformación se reputará nula. La transformación debe entenderse como una medida excepcional que altera sustancialmente la estructura jurídica de la compañía, sin modificar su personería, en tanto sea llevada a cabo conforme a la ley. Por todo esto, la transformación societaria es una herramienta jurídica excepcional para incurrir en un cambio drástico del rumbo económico y jurídico de una compañía, sin que opere la disolución de la misma.
- El ejercicio del derecho de receso dentro de un proceso de transformación de una compañía de responsabilidad limitada puede ser analizado de dos puntos de vista: por un lado, la negativa total de este derecho, debido a una antinomia. Porque el artículo 331 de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999) exige que para esta especie societaria, la decisión para la transformación requerirá unanimidad. No obstante, dos artículos más adelante, en el artículo 333, dispone que podrán ejercer su derecho a separarse de la

compañía quienes hayan votado en contra de la transformación o hayan estado ausentes. A sabiendas que la unanimidad implica la totalidad de la voluntad social, el voto negativo de un socio invalida la decisión de llevar a cabo la transformación, por ende si no inicia este proceso, menos aún podrá ser ejercido el derecho de receso. Por otro lado, en una segunda situación posible, podríamos entender a la unanimidad que dispone el artículo 333 de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999) como un tipo de unanimidad relativo, es decir que requiere la totalidad de los votos de los socios presentes en la Junta General debidamente convocada.

- En vista de lo revisado dentro de la presente tesis, es posible llegar a la conclusión de que en las S.A.S acertadamente al implementarse en febrero del 2020, las S.A.S tienen el Derecho a la Separación de los accionistas, no de una forma de libre transacción de sus acciones sino para que se reintegre su capital y esas acciones dejen, de estar en el mercado. Si bien es cierto esto no fue analizado por la legislación argentina con la Ley del 2014 donde no se dio esta opción únicamente se pensó para libre transacción de sus acciones mas no para un reembolso de sus acciones ahora no así en las de responsabilidad limitada por lo antes dicho.

Recomendaciones

1. se propone que la normativa societaria comprenda que la extensión del derecho de receso no debe circunscribirse únicamente a la transformación, en su forma más primitiva; sino que incluya diversas figuras que dejen detrás el arcaico sistema de la unanimidad total.

2. Esta tesis propone y recomienda firmemente que los profesionales del derecho, en especial quienes apliquen insistentemente el Derecho Societario, busquen maneras correctas de dinamizar el uso del derecho a la separación dentro de las diversas especies de compañías para minimizar el riesgo de abuso de los derechos de la mayoría; más aún si existiese un grupo considerable de socios disidentes

3. Esta tesis propone una reforma de La Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), en su parte pertinente con respecto a la transformación, para evitar la confusión que puede generar, por el tratamiento de fenómenos societarios que requieren actos previos; como en este caso por unanimidad en Junta.

Debería considerarse una reforma del artículo 331 de la Ley de Compañías (Ecuador, Congreso Nacional, 1999), con relación al requisito de unanimidad de la compañía de responsabilidad limitada; sino que le sea requerido únicamente una mayoría calificada de los dos tercios del capital social, con lo que abre la posibilidad de que un socio sea disidente sin interrumpir el proceso de transformación.

Bibliografía

- Abramovich Ackerman, D. (2016). Apuntes acerca del quórum y mayoría según la Ley General de Sociedades y el proyecto sustitutorio. *Us et veritas*, 51-63. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de <file:///C:/Users/jburneo/Downloads/15729-Texto%20del%20art%C3%ADculo-62498-1-10-20161128.pdf>
- Adrogué, M. (1996). *La publicidad societaria*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Almeida, N. (2017). Análisis crítico de la fusión y transformación de las compañías de comercio en el Ecuador. Quito, Pichincha, Ecuador. Recuperado el 31 de marzo de 2021, de <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/10129/Tesis%20ANALISIS%20CRITICO%20DEL%20PROCESO%20DE%20TRANSFORMACION%20Y%20FUSION%20DE%20COMPANIAS%20DE%20COMERCIO%20EN%20EL%20ECUADOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Anaya, J. L. (2008). *Derecho comercial: sociedades comerciales: doctrinas esenciales*. Buenos Aires.
- Arango Grajales, M. (2016). La causa jurídica de las cláusulas abusivas. *Estudio Socio -jurídico*, 1(18), 2041-264. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de <file:///C:/Users/jabur/Downloads/Dialnet-LaCausaJuridicaDeLasClausulasAbusivas-5283252.pdf>
- Argentina, Congreso Nacional. (2017). *Ley General de Sociedades*. Buenos Aires: Ley 19.550 R.O.
- Ariano, E. (2014). Reflexiones sobre la prescripción y la caducidad a los treinta años del Código Civil. *Thesmis Revista de Derecho*, 1(66), 329-336. Recuperado el 31 de 03 de 2021
- Balbín, S. (2015). *Manual de Derecho Societario*. Buenos Aires : Abeledo Perrot.
- Batalla Garrido, M., & Gonzales Roesch, E. (2008). *Derecho de recesso: apuntes sobre sus limitaciones y propuesta para un nuevo marco jurídico comercial*. Recuperado el 31 de marzo de 2021, de <http://www.kerwa.ucr.ac.cr/bitstream/handle/10669/73003/Derecho%20de%2>

0Receso.%20Apuntes%20sobre%20sus%20limitaciones%20y%20propuesta
%20para%20un%20nuevo%20marco%20juridico%20comercial.pdf?sequenc
e=1&isAllowed=y

Benseñor, N. (2019). Reorganización societaria. *Revista del Notariado*(901), 164-2011. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/55899.pdf>

Borda, A. (2016). *Derecho Civil: Contratos*. Buenos Aires: Astrea.

Burgos Villamil, J. (2002). *El derecho de receso*. Caracas: Universidad Andrés Bello.

Cabanellas de las Cuevas, G. (1993). *Derecho societario. Introducción al Derecho societario*. Buenos Aires: Heliasta.

Cabanellas de Torres, G. (1992). *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Heliasta. Obtenido de <http://www.iterra.edu.mx/centro/wp-content/uploads/2019/02/88047784-Diccionario-Juridico-Elemental-Guillermo-Cabanellas-de-Torres-1.pdf>

Castillo, R. (1998). *Curso de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Ariel.

Chindemi, M. (2004). *Régimen de utilidades de las sociedades anónimas*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Chomer, H. O. (2004). Dos inusuales temas societarios: la fusión y el receso desde la perspectiva de los acreedores. *Revista argentina jurídica La Ley*, 4, 956-978.

Cooter, R., & Ulem, T. (2016). *Derecho y Economía*. México: Pearson Education Inc.

Cordero, A., & Fernandez, M. (1999). *Elementos de Derecho Comercial*. Buenos Aires : Oxford.

Cornejo Costas, E. (1989). *Derecho Societario*. Buenos Aires : De Palma.

Dasso, A. Á. (1985). *El derecho de separación o receso del accionista*. Buenos Aires : La Ley.

Ecuador, Asamblea Nacional. (2019). *Código de Comercio*. Quito: Registro Oficial N° 497 del 29 de mayo de 2019.

- Ecuador, Asamblea Nacional. (2020). *Ley de modernización a la ley de compañías*. Quito: Registro oficial No. 347 21 de diciembre de 2020.
- Ecuador, Congreso Nacional. (1999). *Ley de Compañías*. Quito: Registro Oficial 312 de 05-nov.-1999.
- Escuti, I. (1978). *Receso, exclusión y muerte del socio*. Buenos Aires: De Palma.
- Escuti, I. (1983). *La ley 22.903 y el receso*. Buenos Aires: Rdco.
- Estordeur, E. (1998). *Manual de derecho de sociedades*. Buenos Aires : La Ley.
- Etcheverry, R. (2001). *Derecho Comercial y Económico, parte general* . Buenos Aires : Astrea.
- Fernandez, J. L. (1991). *Fundamentos de Derecho Mercantil*. Madrid : Revista de Derecho Privado.
- Garibotto, J. C. (1991). *Teoría general del Acto Jurídico*. Buenos Aires: De Palma.
- Gómez Otalora, H. (1990). *Derecho y Desarrollo*. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de <https://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/1328>
- Halperín, I. (2002). *Curso de Derecho Comercial: sociedades parte general* (Vol. 1). Buenos Aires: De Palma.
- Hanna Musse, A. (1990). *Lecturas de Derecho Económico*. Quito: Banco Central del Ecuador.
- Hundskopf Exebio, O. (2012). *Manual de Derecho Societario* . Buenos Aires : Gaceta Societaria .
- Jiménez Sánchez, G. (2003). *Derecho Mercantil*. Barcelona : Ariel S.A.
- López Nieto, E. (2018). Modelos de organización del órgano de administración en sociedades cotizadas. Madrid, España. Obtenido de https://biblioteca.cunef.edu/files/documentos/TFG_GDOBLE_D_2019-22.pdf
- Martorell, E. (1989). *Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Buenos Aires: De Palma.
- Monereo Pérez, J. L. (2020). Derecho Social y sujetos colectivos: construcción jurídica fundamental de Von Gierke. *Revista jurídica de los Derechos Sociales*. Lex

- Social*, 10(2), 682-735. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5080/4445
- Morales Acosta, A. (2014). Transformación de sociedades: perspectiva desde la nueva Ley General de Sociedades. *Themis*(37), 51-58. Obtenido de <file:///C:/Users/jabur/Downloads/Dialnet-TransformacionDeSociedadesPerspectivaBajoElMarcoDe-5109675.pdf>
- Moro, E. (2010). Es posible pactar unanimidad para tomar resoluciones sociales en una SRL? *VII Congreso iberoamericano de Derecho societario y de la empresa*, (págs. 77-87). Mar del Plata. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/2061/CDS11010077.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Núñez-Copa, C. (2018). Fusión de sociedades y derecho de separación. Piura, Perú. Obtenido de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3483/DER-L_017.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Olivera García, R. (2012). El derecho de receso: cinco lustros después. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 55-71. Obtenido de <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Olivera-Garcia-El-derecho-de-receso-Cinco-lustros-despues.pdf>
- Pascual Ezama, D. (2017). *Análisis del comportamiento de los inversores individuales en los mercados bursátiles: utilidad de la información contable y financiera para la toma de decisiones*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Obtenido de <https://eprints.ucm.es/40727/1/T38206.pdf>
- Pennacca, C. (1978). *El Derecho de Receso*. México D.F. : Astrea.
- Peña, D. (01 de julio de 2017). Validez del convenio de accionistas en el Ecuador. Quito, Pichincha, Ecuador. Recuperado el 31 de marzo de 2021, de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5467/1/T2174-MDFBS-Pe%c3%b1a-Validez.pdf>
- Pita, E. (2006). La sociedad de responsabilidad limitada . En A. Rouillon, *Código de Comercio: comentado y anotado* (págs. 91-135). Buenos Aires : La Ley.

- Ramirez, C. (2004). *Derecho Societario*. Quito: Ediciones Universidad Técnica Particular de Loja.
- Rendón Ángel, J. E., & Londoño Vásquez, D. A. (2014). La manifestación declarativa de la voluntad jurídica como requisito obligacional. En P. A. Garcés Vásquez, *El Consentimiento: su formación y sus vicios* (págs. 23- 56). Bogotá: Institución Universitaria de Envigado. Obtenido de <https://www.iue.edu.co/portal/documentos/fondo-editorial/ElConsentimiento-Suformacionyvicio.pdf>
- Richard, E. (1997). *Del derecho de receso por prórroga y de su evolución en la legislación argentina*. Buenos Aires: RDCO.
- Richard, E. H., & Muiño, O. M. (2004). *Derecho Societario* (5 ed.). Buenos Aires : Astrea.
- Rivera, J. C., & Medina , G. (2014). *Código civil y comercial de la nación comentado*. Buenos Aires: La Ley. Obtenido de <https://static-laley.thomsonreuters.com/LALEYARG/product/files/41715654/41715654.pdf>
- Romano, A. A. (2001). Los derechos patrimoniales de los socios y un "valor equitativo". *VIII Congreso Argentino de Derecho Societario* (págs. 505-512). Rosario: IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Obtenido de <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/1135/CDS08020505.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Salvatierra, L. (2005). Nulidad del acto jurídico societario. *Revista Argentina de Derecho Empresario*, 12-32. Recuperado el enero de 2021, de <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=36923&print=1>
- Solórzano, M. d. (2009). *Inexistencia y nulidad absoluta como efecto de la falta de formalidades en los actos y declaraciones de la voluntad*. Recuperado el 20 de 12 de 2020, de Universidad de las Américas: <file:///C:/Users/jburneo/Downloads/UDLA-EC-TAB-2009-09.pdf>
- Vázquez López, V. (2008). La administración de las compañías de responsabilidad limitada y sociedades anónimas. Cuenca, Ecuador. Recuperado el 3 de

diciembre de 2020, de
https://www.uazuay.edu.ec/bibliotecas/derecho/la_administracion.pdf

Vega, J. A. (2014). Problemas en la transformación de las sociedades mercantiles. *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*(26), 157-173. Obtenido de <https://core.ac.uk/download/pdf/304885944.pdf>

Velasco, R. (31 de 03 de 2006). *Título*. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de Universidad de las Américas: <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/366/1/UDLA-EC-TAB-2006-04.pdf>

Verón, A., & Zunino, J. (1984). *Reformas al régimen de las sociedades comerciales* . Buenos Aires: Astrea.

Villamizar, F. (2008). *Derecho Societario*. Bogota: Tamesis.

Vivante, C. (2003). *Derecho Mercantil: reimpresión texto 1978*. Madrid : Tribunal superior de justicia federal.