



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL DERECHO DE RECESO DE LOS ACCIONISTAS EN LA FUSIÓN DE COMPAÑÍAS
ANÓNIMAS

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía
Ab. José Gabriel Terán Naranjo

Autora
Mary Paz Bueno Cadena

Año
2015

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Ab. José Gabriel Terán Naranjo
C.I. 0502272792

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Mary Paz Bueno Cadena
C.I. 1719292508

AGRADECIMIENTOS

Agradezco con todo mi corazón a Dios, a mis padres, y a mi hermano.

RESUMEN

El presente trabajo de titulación trata sobre la regulación del derecho de receso, conocido también como derecho de separación o de retiro, dentro de la legislación ecuatoriana en los casos de fusión de compañías anónimas. Nuestra legislación, al no contener una regulación clara respecto de este derecho, ha generado diversos problemas en su aplicación para los accionistas que se encuentran inconformes con una resolución de fusión aprobada por la mayoría de accionistas.

A pesar de que el derecho de receso como tal no es una novedad dentro de nuestra legislación societaria, esta ha sido poco prolija en su regulación; generando así, problemas de interpretación y aplicación como se menciona anteriormente.

Cabe igualmente recalcar que la doctrina nacional es muy escasa, por no decir inexistente; lo que ha generado conflictos dentro de la práctica societaria al pretender realizar una asesoría jurídica respecto del tema en mención.

A lo largo del presente trabajo se conceptualizan las principales instituciones jurídicas propias del derecho societario, que serán el punto de partida para comprender la importancia del correcto ejercicio del derecho de receso. De la misma manera, se ha realizado un análisis de la regulación de este derecho dentro de otras legislaciones, cuya finalidad ha sido la de obtener puntos importantes de comparación y de enriquecimiento para nuestra normativa. Finalmente, se expondrán los problemas concretos que presenta la legislación ecuatoriana en la regulación del derecho de receso; para concluir así, con una propuesta sobre lo que nuestra Ley de Compañías vigente debería considerar dentro de su articulado para una correcta y eficaz regulación de este derecho dentro de los casos de fusión de compañías anónimas.

ABSTRACT

This thesis will be focused on the regulations related to the rights of separation, commonly known in the Ecuadorian legislation as the right of separation or withdrawal in the case where two anonymous companies are merged.

Due to the fact that our legislation does not currently have a clear regulation for this right, several problems have emerged that specifically affect those stockholders who are not pleased with merging decisions approved by the majority of the its stockholders.

Even though the right of separation is not new in our country's corporate legislation, problems have always existed when it comes to interpreting and applying it, as previously mentioned.

Is also worth mentioning that the Ecuadorian legislative doctrine on the aforementioned regulation is insufficient and practically non-existent. This fact has created conflicts within the corporate practice and makes the job of a legal adviser much more difficult.

Throughout this thesis, the legal institutions involved in corporate rights law are defined and evaluated. This institutional analysis will be the starting point to understand the importance of properly using the right of separation or withdrawal.

Furthermore, an analysis within different legislations is provided with the purpose to obtain important comparison and reference data that can ultimately enrich this regulation.

To conclude this paper, concrete problems resulting from the most recent Ecuadorian legislation are exposed. This final analysis is then followed by a proposal about what our current corporate law should consider for a correct and efficient regulation in regards to the rights of separation.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
Capítulo I: Las compañías anónimas y los derechos de los accionistas.....	3
1.1 El derecho de asociación en la Constitución de la República del Ecuador.....	3
1.2 Las compañías anónimas	6
1.2.1 Introducción a las compañías anónimas.....	6
1.2.2 Características principales.....	11
1.2.3 Gobierno y administración	14
1.3 Los derechos individuales de los accionistas.....	17
1.3.1 Adquisición de la calidad de socio	17
1.3.2 Clasificación de los derechos de los accionistas	20
1.3.3 Importancia de los derechos individuales de los accionistas	23
Capítulo II: El derecho de receso y las modificaciones del contrato social	26
2.1 El derecho de receso en el derecho societario	26
2.1.1 Breves antecedentes históricos y definición del derecho de receso	26
2.1.2 Causales del derecho de receso.....	33
2.1.3 Derecho de receso vs. derecho de impugnación	38
2.2 Derecho de receso en las modificaciones del contrato social ..	43
2.2.1 Qué es y qué implicaciones tiene una reforma al contrato social	43
2.2.2 Tipos de modificaciones	47
2.2.3 La fusión de compañías.....	52
2.2.4 Derecho de receso y la fusión de compañías	58
Capítulo III: El derecho de receso en los casos de fusión en la legislación comparada.....	63
3.1 Legislación argentina	63
3.2 Legislación colombiana	67
3.3 Legislación hondureña.....	70

Capítulo IV: Los alcances y límites del derecho de receso en los casos de fusión en el Ecuador	75
4.1 El derecho de receso en el Ecuador.....	75
4.2 Procedimiento para el ejercicio del derecho de receso	77
4.3 Casos de fusión ante los cuales cabe el ejercicio del derecho de receso en el Ecuador.....	80
4.4 Propuesta: ampliación de la regulación del derecho de receso en el Ecuador.....	84
4.4.1 Redacción de la propuesta	87
CONCLUSIONES	89
REFERENCIAS	90
ANEXOS	93

INTRODUCCIÓN

Con la realización del presente trabajo de investigación se pretende realizar un análisis respecto del derecho de receso dentro de la legislación societaria ecuatoriana; de manera específica, sobre su ejercicio dentro de los casos de fusión de compañías anónimas. En este sentido, se conceptualizará a profundidad el derecho de receso, mismo que también es conocido como derecho de separación o derecho de retiro.

El problema radica en que la legislación ecuatoriana, en el tema en cuestión, no es precisa y deja lagunas jurídicas al determinar el derecho de receso en los casos de fusión de compañías, debido a que la norma se remite únicamente a lo previsto en los casos de transformación, según lo establecido por el artículo 344 de la Ley de Compañías; contemplando así este derecho de manera tácita y haciendo su aplicación confusa y con varios vacíos legales para su correcto ejercicio en los casos de fusión de compañías. En consecuencia, se considera que deberían existir normas expresas que hagan efectivo el derecho de los accionistas que deseen su receso o separación en los casos de fusión.

La investigación, por tanto, tratará de analizar el alcance y límites del ejercicio del derecho de receso dentro de las compañías anónimas ecuatorianas, así como establecer las consideraciones que los legisladores deberían tomar en cuenta para la correcta regulación de este derecho dentro de nuestra normativa societaria.

Finalmente se propondrá que la Ley de Compañías incluya de manera expresa dentro de su normativa referente a la fusión de compañías, los artículos necesarios que determinen, entre otras cosas: el derecho que tiene el accionista disidente respecto a la fusión de la compañía; de separarse de ella exigiendo el reembolso del valor de sus acciones, de conformidad con el balance final cerrado el día anterior del otorgamiento de dicha escritura de fusión. Adicionalmente, también se realizará una propuesta básica de los artículos que permitan el correcto ejercicio y la aplicación de éste derecho.

Es importante estudiar el derecho de receso o de separación porque comprende un derecho individual del accionista que impide que su interés se vea menoscabado por la mayoría decisoria. En el caso puntual de las compañías anónimas, la Ley de Compañías determina que las decisiones serán tomadas por la voluntad de la mayoría. Esta mayoría será la que gobierne con carácter soberano una sociedad; sin embargo, no por esto debe verse atropellado el derecho unilateral e individual de un accionista de desistir en ser parte de una resolución de Junta General.

En este sentido, con la investigación se logrará no solo entender más a profundidad el derecho de receso como tal, sino también en poder establecer las reglas para su efectiva aplicación y ejercicio por parte de los accionistas disidentes.

Capítulo I: Las compañías anónimas y los derechos de los accionistas

1.1 El derecho de asociación en la Constitución de la República del Ecuador

De acuerdo a lo manifestado por el autor ecuatoriano Echeverría (2009, pág. 11), con la entrada en vigencia de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número 449 el 20 de octubre de 2008, el país ha iniciado un proceso de cambio institucional. Dentro de su primer artículo, nuestra Constitución establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social. Al respecto, Echeverría menciona que “el modelo de sociedad presente en la constitución de Montecristi, permite que los actores sociales tengan más posibilidades de reclamar derechos y exigir su cumplimiento, pero quien los otorga y los realiza es en lo fundamental el Estado” (2009, pág. 14).

Dentro de este panorama, se evidencia la función principal del Estado ecuatoriano de proteger y de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos consagrados dentro de la constitución, de conformidad a lo establecido por el artículo 3, primer numeral de la carta magna. Es así que el artículo 66, nos presenta una amplia gama de derechos garantizados por el Estado referentes a la libertad de los ciudadanos, estableciendo en sus numerales 15 y 13 lo siguiente:

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

13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.

15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”. (Constitución, art. 66)

Para el autor Carbonell, la libertad de asociación consiste en:

“la libertad de todos los habitantes para conformar, por si mismos o con otras personas, entidades que tengan una personalidad jurídica distinta de las de sus integrantes; es decir, se trata de poder constituir lo que Kelsen llamaría un centro de imputación de derechos y obligaciones, con el objetivo y la finalidad que sus integrantes libremente determinen, siempre que sea lícito”. (2006, pág. 829)

En este sentido, se puede establecer al derecho de asociación consagrado en la Constitución de la República, como base constitucional para el desarrollo de las sociedades mercantiles dentro del país.

De acuerdo con lo mencionado por los autores Aparicio y Barceló i Serramalera, “el derecho de asociación, en la medida que constituye una manifestación del desarrollo de la personalidad en su dimensión colectiva, parece claramente conectado a la dignidad humana” (2012, pág. 736). De la misma manera, según los autores anteriormente mencionados, el reconocimiento del derecho de asociación a nivel constitucional da paso a “la libre creación de agrupaciones humanas con vocación de permanencia y personalidad jurídica sin condicionarla a una autorización” (Aparicio y Barceló i Serramalera, 2012, pág. 736).

El derecho de asociación se caracteriza por ser de carácter voluntario y es la expresión de un fin en común que es la base de las agrupaciones libres y permanentes de personas. El derecho de asociación es el derecho a fundar una asociación o adherirse a ella, sin impedimento de terceros, especialmente del poder público. Este derecho comprende también la libertad para organizar internamente la asociación con plena y total autonomía; esto, sin perjuicio de las normas o estatutos que regulen el funcionamiento de la sociedad. Se menciona también, que la organización interna de las asociaciones debe ser democrática, de manera que el voto se encuentre garantizado por igual a todos los asociados (Aparicio y Barceló i Serramalera, 2012, pág. 737). Por otro lado, el derecho a desarrollar actividades económicas de manera individual o colectiva, de conformidad con lo establecido por el numeral 15 del artículo 66 de nuestra Constitución, representa el derecho a la libertad de empresa; mismo en el que de conformidad con los autores Aparicio y Barceló i Serramalera, el

bien jurídico protegido es la “iniciativa económica privada como elemento esencial de una economía de mercado, de forma que las actividades de producción y distribución de bienes y servicios quedan constitucionalmente abierta a los particulares” (2012, pág. 801).

Así mismo, los autores mencionados establecen que el derecho a la libertad de empresa, debe facilitar el acceso a los particulares al libre mercado. Es por esto que se establece que:

“La eficacia de este derecho requiere de los poderes públicos una amplia actividad prestacional, en orden a garantizar el acceso al mercado y la realización de las actividades económicas en condiciones de igualdad entre todos los sujetos que tienen presencia en el mercado”. (Aparicio y Barceló i Serramalera, 2012, pág. 801)

Es de esta manera como vemos que tanto el derecho de asociación como el derecho a la libertad de empresa, son el fundamento para el desarrollo del derecho societario; y, ocupan un lugar importante dentro del derecho constitucional ecuatoriano, no únicamente por verse amparados dentro de nuestra constitución vigente, si no gracias a que son derechos fundamentales para todas las personas.

Cabe establecer, que de acuerdo a la definición de derechos fundamentales que citamos a continuación, el vínculo entre el derecho de sociedades y el derecho constitucional se refleja en la calidad de fundamentales de la que gozan tanto el derecho de asociación, como el derecho a la libre empresa:

“Derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que le son propios a la persona en cuanto tal, que por la importancia de los bienes jurídicos que representan, tienen reconocimiento constitucional, de ahí que de dicho reconocimiento se derivan consecuencias de tipo jurídico, tales como la tutela judicial efectiva y el contenido esencial”. (Benavides Ordóñez, 2013, pág. 75)

Por otro lado, y de conformidad con lo manifestado por Larrea Holguín, el derecho natural ha sido también el encargado de determinar que el ser humano, al ser un ser racional con plena capacidad para comunicarse con sus

semejantes requiere también de estos para su desarrollo, por lo que será indispensable que se reúna temporal o permanentemente con los demás para alcanzar fines que solo de esa manera los podría lograr (2000, pág. 169). El mismo autor determina que tanto el derecho de reunión y asociación, por ser derechos fundados en la esencia de la persona humana, se encuentran amparados en todos los países civilizados y han sido objeto de expresa declaración en el Pacto de Derechos Humanos suscrito en las Naciones Unidas en el año 1967, y en otros pactos regionales similares (Larrea Holguín , 2000, pág. 169).

Finalmente, cabe mencionar que tanto el derecho de asociación, como el derecho a la libre empresa son los ejes fundamentales del desarrollo de la actividad societaria dentro de nuestro país, y al estar ambos consagrados dentro de la Constitución, garantizan a los empresarios la libertad para el desarrollo de actividades lícitas y con fines de lucro.

1.2 Las compañías anónimas

1.2.1 Introducción a las compañías anónimas

Hemos visto que dentro del derecho societario confluyen temas de gran importancia, como el derecho de asociación anteriormente mencionado, mismo que se encuentra garantizado por nuestra constitución. Con la finalidad de emprender un negocio, las personas buscan asociarse unas con otras, principalmente debido a la falta de patrimonio que cada una de ellas sufre de manera individual. Un negocio requerirá de un capital para lograr su objetivo, así como también de una justa repartición de las utilidades. Esto podrá verse materializado a través de las sociedades o las compañías.

El artículo 1 de la Ley de Compañías ecuatoriana publicada en el Registro Oficial número 312 del 05 de noviembre del año 1999, define a la compañía como “un contrato por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades” (Ley de Compañías, art. 1). Por otro lado, el artículo 2 de la ley nos

ilustra que dentro de nuestro país existen cinco tipos de compañías mercantiles, que son: la compañía en nombre colectivo; la compañía en comandita simple y dividida por acciones; la compañía de responsabilidad limitada; la compañía anónima; y, la compañía de economía mixta. El mismo artículo establece que estos cinco tipos constituyen personas jurídicas.

Para efectos de la presente investigación, se analizarán únicamente las compañías o sociedades anónimas. En este sentido, los tratadistas Richard y Muiño nos ilustran de manera específica que la sociedad anónima fue creada para lograr una realidad que parecía imposible: la opción de que los socios, cuya responsabilidad se encontraba limitada al aporte entregado, pudieran intervenir de manera directa en el gobierno de la sociedad, sin adquirir una responsabilidad ilimitada y solidaria por las decisiones tomadas durante la administración de la sociedad (2004, pág. 395). Los mismos autores advierten que la sociedad, como el conjunto de aportaciones destinadas a un fin común y a la división de los beneficios, fue una institución jurídica que ya fue conocida por el derecho romano. Así mismo, durante la edad moderna, ya se conocía de la asociación de capitales para empresas que representaban alto riesgo. Sin embargo, ninguna de estas formas contenía las características de la compañía anónima contemporánea (2004, pág. 395).

“La sociedad anónima viene a ser así una institución jurídica y económica nueva. Ella está completamente fuera del derecho común; no se podrá jamás, ateniéndose al derecho común, limitándose a la aplicación de las reglas generales sobre los contratos y obligaciones, llegar a constituirse.” (Rivarola, 1957, pág. 73)

Es así que las sociedades anónimas, como sociedades eminentemente comerciales, gozan de una gran importancia dentro del desarrollo de la economía, gracias a que facilitan la acumulación del capital y limitan la pérdida del mismo, dejando exentos a los accionistas de toda responsabilidad. En este sentido, se menciona a la compañía anónima como aquella institución que da origen a las grandes empresas y corporaciones actuales a través de la suma de las pequeñas aportaciones realizadas por los accionistas.

Históricamente, Dávila Torres afirma que las primeras sociedades donde se presentaron juntos la división del capital por acciones y la ventaja de la responsabilidad limitada establecida a favor de los accionistas, fueron las compañías indias creadas con el objetivo explotar las tierras de ultramar en los continentes de África, Asia y América (2011, pág. 2). De la misma manera, otros tratadistas afirman que dentro de las compañías indias ya aparecen algunos de los rasgos de la sociedad anónima contemporánea, como por ejemplo:

- i) La responsabilidad limitada de los socios al aporte; y,
- ii) La división del capital o representación del aporte en documentos que acreditan la calidad del socio, legitimando al titular del documento.

Pero se dice que la característica particular de dichas compañías era que su origen era exclusivamente de derecho público. Gracias a esto, gozaban de varios privilegios ya que representaban los intereses económicos de los gobiernos. Sin embargo, era el Estado quien les proporcionaba la personería jurídica como extensión de su propia soberanía (Richard y Muiño, 2004, pág. 398).

En lo que respecta al nacimiento y a la creación de la sociedad anónima contemporánea, Escuti expresa que de conformidad con el régimen legal argentino, la sociedad anónima surge de un contrato (2006, pág. 22). Dicho contrato será un contrato plurilateral y de organización que dará lugar al nacimiento de un ente, que es un sujeto de derecho, y que presentará características especiales. Esto se aplica también al régimen societario ecuatoriano, en el que la sociedad anónima surgirá de un contrato denominado “contrato social” (Escuti, 2006, pág. 22).

La doctrina menciona que para que el contrato social produzca los efectos legales que las partes contratantes pretenden, se debe cumplir con ciertos requisitos. Algunos de estos, son relativos a todos los contratos (capacidad, consentimiento, causa y objeto lícitos); y otros, son exclusivos de las sociedades (pluralidad de socios, fondo común o capital social, ánimo de lucro y *afectio societatis*) (Dávila Torres, 2011, pág. 37). Cada uno de estos

requisitos será imprescindible al momento de la suscripción del contrato social, ya que solo de esa manera, las declaraciones de las partes podrán ser plenamente eficaces.

Cabe también mencionar que dentro de nuestra legislación, los estatutos formarán parte integrante del contrato social. Richard y Muiño definen al estatuto como “el conjunto de reglas que organizarán la vida de la sociedad, fijarán los derechos y obligaciones de los socios y de los órganos societarios, y regularán su funcionamiento, disolución y liquidación” (2004, pág. 403). Este sentido, el estatuto será el encargado de asegurar el correcto funcionamiento de compañía.

Con estos antecedentes, se aproximará el concepto otorgado por la doctrina y por la legislación ecuatoriana, a las compañías anónimas. El diccionario jurídico elemental de Guillermo Cabanellas de Torres define a la sociedad anónima como: “La simple asociación de capitales para una empresa o trabajo cualquiera” (2006, pág. 349). Por otro lado, Richard y Muiño se alejan de la simplicidad y son claros al determinar que la sociedad anónima brinda la posibilidad a sus socios de limitar su responsabilidad al monto del aporte que ha sido entregado y de tener la intervención directa en el gobierno, así como manejar los intereses sociales ante terceros; sin caer en la responsabilidad solidaria e ilimitada por los actos realizados en la dirección de la sociedad como es el caso de la compañía en comandita simple, o dividida por acciones (2004, pág. 395).

Dávila Torres establece que la compañía anónima es: “una persona jurídica, cuyo capital se divide en acciones representadas en títulos libremente negociables y donde los socios sólo están obligados por las deudas de ésta hasta la concurrencia de sus aportes” (2011, pág. 1).

Dentro de la legislación ecuatoriana, la Ley de Compañías, regula los aspectos concernientes a las compañías anónimas a partir del artículo 143:

“La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones. Las

sociedades o compañías civiles anónimas están sujetas a todas las reglas de las sociedades o compañías mercantiles anónimas.” (Ley de Compañías, art. 143)

Cabe recalcar que de acuerdo al proceso tradicional de constitución de una compañía anónima, ésta adquiere la calidad de regular cuando se cumplen los siguientes tres requisitos que han sido manifestados por el autor Dávila Torres (2011, pág. 7):

- i) Contrato constitutivo otorgado ante notario;
- ii) Aprobación de la escritura pública;
- iii) Inscripción de ella y de la resolución aprobatoria en el Registro Mercantil.

Recientemente se han incorporado nuevos procesos para la constitución de compañías, mismos que permiten que dicho trámite se realice con mayor celeridad. En primer lugar, se puede presentar las escrituras de constitución de la compañía, junto con una solicitud de inscripción directamente en el Registro Mercantil del cantón correspondiente al domicilio de la compañía. Una vez hecha la revisión de las escrituras e inscripción de la compañía, será el Registro Mercantil el encargado de reemitir las escrituras a la Superintendencia de Compañías, en donde se generará un número de expediente y se remitirá la información del trámite al Servicio de Rentas Internas, que se encargará de proporcionar el número de RUC para el funcionamiento de la compañía. Finalmente, la Superintendencia de Compañías se encargará de informar que el trámite de constitución ha finalizado. De la misma manera, otro proceso para la constitución de una compañía es a través de la página web de la Superintendencia de Compañías. Dentro de este portal deberá completarse la solicitud de constitución de compañía, en la que se ingresará toda la información referente a la compañía a constituirse. Una vez ingresada toda la información dentro de la solicitud, será el notario el encargado de validar en el sistema la información ingresada y asignará fecha y hora para la firma de la escritura, así como también de los nombramientos. Una vez firmados los documentos, el sistema enviará automáticamente los documentos al Registro Mercantil mismo que también validará la información e inscribirá la escritura,

para posteriormente remitir la información a la Superintendencia de Compañías, misma que realizará el proceso anteriormente mencionado (Superintendencia de Compañías, 2015).

Cabe mencionar que una vez la escritura de constitución sea debidamente inscrita en el Registro Mercantil, la compañía adquirirá automáticamente su personería jurídica, siendo desde ese momento plenamente capaz para contratar con terceros a través de su representante legal.

Finalmente, se concluirá con esta aproximación realizada a las compañías anónimas, precisando que a lo largo del presente trabajo, se utilizarán las palabras sociedad y compañía como sinónimos en virtud de lo manifestado por el tratadista ecuatoriano Dávila Torres, en su obra “Derecho societario”:

“Encontramos, por otro lado, que esos sinónimos, sociedad y compañía, se usan tanto para nombrar al contrato social como a la persona jurídica que surge del mismo contrato. Ambas palabras aluden simultáneamente a la causa y al efecto”. (2011, pág. 2)

1.2.2 Características principales

La compañía anónima se presenta como una forma de asociación que hace posible varias realidades económicas, como por ejemplo, que se exterioricen los presupuestos de la organización productiva y distributiva de la riqueza, la especialización de las diferentes ramas del trabajo, la difusión de la producción y el intercambio de los derechos sobre los medios productivos, la adopción de sistemas que reduzcan el costo final de los productos, entre otros factores (Guzmán Carrasco, 2004, pág. 81). Son en definitiva, las características jurídicas de la sociedad anónima, las que permitirán que ésta cumpla con los fines económicos de gran importancia que han sido anteriormente mencionados.

Primeramente, y de acuerdo a Dávila Torres, es necesario mencionar que de conformidad con la clasificación de sociedades que las separa en dos bandos, las compañías de personas, y las compañías de capital; las sociedades anónimas se encuentran dentro del grupo de sociedades capitalistas (2011,

pág. 17). A los contratantes de las compañías anónimas los mueve principalmente el ánimo de lucro, sin que importe necesariamente quienes son los socios. En este sentido, la compañía nace en razón del negocio, lo que se conoce como *intuito rei o intuito pecuniae* (Dávila Torres, 2011, pág. 17).

Algunos de los caracteres más importantes de este tipo de sociedades ya han sido mencionados en párrafos anteriores, sin embargo, a continuación se los sintetizará de acuerdo a la lista propuesta por los tratadistas Richard y Muiño (2004, pág. 400), así como por el autor Dávila Torres (2011, pág. 10).

- i) El capital social de la compañía anónima se encuentra dividido en acciones. Este es uno de los mecanismos que facilitará la concentración de los recursos económicos.
- ii) La responsabilidad de los accionistas se limita a la cuantía de su aportación, es decir, que los pasivos de la compañía tendrán como garantía solo el patrimonio social. El patrimonio de los accionistas solo podrá ser perseguido por los acreedores exclusivamente en lo que representa el valor de la suscripción de acciones.
- iii) El aporte de cada uno de los accionistas se encuentra representado por acciones liberadas en concordancia con su valor. Los títulos de acciones son libremente negociables, es por ésta razón que los nombres de los accionistas pueden reemplazarse en cualquier momento, sin que para esto se requiera la previa autorización de la Junta General de accionistas.
- iv) Las decisiones de los accionistas se formalizan a través de un colegio denominado asamblea. La asamblea general de accionistas, o Junta General de accionistas, legamente convocada y reunida se encargará de dirigir y gobernar la sociedad en su calidad de órgano supremo, para resolver todos los temas relativos a los negocios sociales.
- v) Existirán personas encargadas de fiscalizar la administración societaria, quienes serán llamados comisarios. Estos podrán ser accionistas o no de la sociedad, y tendrán derecho ilimitado de control y vigilancia sobre todas las operaciones sociales, sin

dependencia de la administración. Serán nombrados por los accionistas fundadores en el contrato de compañía, y posteriormente, solo por la Junta General. De la misma manera, nuestra legislación autoriza también el control por parte de consejos de vigilancia e inspección, que deberán ser creados por la Junta General; y, en otras ocasiones, también la fiscalización podrá ser realizada por auditores externos.

- vi) La compañía anónima deberá actuar bajo una denominación objetiva. De conformidad con nuestra legislación, la denominación deberá contener primero la indicación de la empresa, es decir, si es que esta es comercial, industrial, agrícola, constructora, entre otras. A esta denominación se le deberá agregar una expresión peculiar junto con la indicación de compañía anónima o sociedad anónima, o las correspondientes siglas.

De acuerdo a lo que se ha manifestado en párrafos anteriores, la personalidad de los accionistas quienes forman parte de la sociedad anónima, resulta indiferente ya que a estos no se les concede la representación de la sociedad ni están tampoco autorizados para manejar las operaciones sociales. En este sentido, y gracias a que los títulos de acciones son de libre negociación, la composición del grupo de accionistas varía constantemente. El hecho de que el capital se encuentre dividido en acciones, facilita esta realidad, debido a que las acciones se encuentran incorporadas en un título que es necesario para “ejercer o transferir, uno o más derechos subjetivos, de naturaleza literal y autónoma” (Dávila Torres, 2011, pág. 29), y por lo tanto, los accionistas podrán entrar y salir de la sociedad a través de un mecanismo simple. Esta sustitución de los titulares generada por la circulación de las acciones, puede producirse a través de una nota de cesión, una sucesión por causa de muerte o una adjudicación judicial; y ninguno de estos actos modifica el contrato social, ni altera el funcionamiento o las gestiones de la compañía. Esto evidentemente producirá la separación entre la persona jurídica y los accionistas (Dávila Torres, 2011, pág. 29).

Cabe recalcar que los títulos de acciones son susceptibles de ser negociadas dentro del mercado bursátil, por lo que diariamente estas circulan libremente de un accionista a otro dentro de todas las bolsas de valores alrededor del mundo. Finalmente y para concluir, se tratará de sintetizar la esencia general de las sociedades anónimas, con las siguientes palabras textuales del tratadista ecuatoriano Dávila Torres:

“La compañía anónima es un capital con personalidad jurídica. La futura y contingente distribución de utilidades agrupa a los fundadores y los conduce a otorgar la escritura constitutiva y, luego despierta el interés en otros inversionistas y les motiva a buscar la manera de ingresar, suscribiendo acciones cuando se efectúan aumentos de capital o, con más frecuencia, adquiriéndolas en el mercado cuando se las oferta (carácter apersonal de la compañía anónima). Al accionista se lo aprecia por lo que tiene en la sociedad y no por lo que es.” (2011, pág. 14)

1.2.3 Gobierno y administración

Para efectos de la presente investigación, será muy relevante el análisis del gobierno y la administración de las compañías anónimas, ya que el primero será el encargado de tomar las decisiones correspondientes a la vida jurídica de la sociedad (como las modificaciones que se pretendan hacer al contrato social); y, la administración será la encargada de ejecutar dichas decisiones.

En este sentido, el autor Guzmán Carrasco analiza algunas de las virtudes de las compañías anónimas, y entre ellas hace mención a su estructura interna, estableciendo que esta es muy eficiente en distinguir y en separar la propiedad de la dirección; o en otras palabras, la titularidad de la administración (2004, pág. 80). El autor establece que esta distinción crea condiciones adecuadas para “la mejor aplicación de los principios de división del trabajo, lo que da a la empresa mayor capacidad para adaptarse a las exigencias económicas y técnicas del instante” (Guzmán Carrasco, 2004, pág. 80).

Podremos ver también como, el autor Dávila Torres resalta el hecho de que si bien los accionistas tienen injerencia en el órgano de gobierno, estos no

participarán en la administración o en la fiscalización de la sociedad; ya que estas funciones se encuentran reservadas exclusivamente para funcionarios expertos, sean estos o no accionistas, siempre y cuando su nombramiento sea efectuado de manera legal (2011, pág. 15).

La doctrina separa los conceptos de gobierno y administración dentro de la compañía anónima, y nos explica que esta se encuentra gobernada por el conjunto de accionistas reunidos en asambleas llamadas juntas generales de accionistas, a las que les corresponde el gobierno y la dirección de la sociedad y que, “manifiestan mediante resoluciones la voluntad social” (Dávila Torres, 2011, pág. 84). Por otro lado se encuentra la administración de la compañía, “que ejecuta y cumple las resoluciones tomadas por la junta, representa la sociedad frente a terceros, y, efectúa la gestión de oferta y venta de productos y servicios al público consumidor” (Dávila Torres, 2011, pág. 84). Esta generalmente es llevada por funcionarios temporales y susceptibles de remoción, sean estos accionistas o no (Dávila Torres, 2011, pág. 84).

Dentro de este marco, nuestra Ley de Compañías, en su artículo 230 establece lo siguiente: “La Junta General formada por los accionistas legalmente convocados y reunidos, es el órgano supremo de la compañía” (Ley de Compañías, art. 230). Adicionalmente, Escuti explica que las reuniones de la asamblea de accionistas deberán realizarse en la sede o en el domicilio social de la compañía, y que las decisiones tomadas por la asamblea son obligatorias para absolutamente todos los accionistas (2006, pág. 230). La Junta de Accionistas se reunirá para cumplir con las normas establecidas dentro de los estatutos sociales y también se reunirá para la modificación de dichos estatutos o por disposición de la ley ante hechos de carácter jurídico, como por ejemplo, la aprobación de estados financieros, el nombramiento y remoción de los administradores y miembros de los órganos de vigilancia, la determinación de la remuneración de los administradores, entre otros (Escuti, 2006, pág. 230).

De conformidad con lo afirmado por Escuti, la Junta General de accionistas se deberá reunir para la reforma de los estatutos sociales, cuando la compañía pretenda celebrar los siguientes actos jurídicos, mismos que de manera ejemplificativa se mencionan a continuación: aumento de capital, rescate o

reembolso de acciones, la adquisición de acciones por la sociedad, la transformación, la fusión, prórroga o escisión, el cambio de domicilio, entre otros supuesto contemplados en la ley (2006, pág. 230).

Es necesario establecer que la Junta de Accionistas deberá cumplir con los requisitos establecidos en la ley, para poder ser considerada como válida. El tratadista ecuatoriano Dávila Torres enumera algunos de dichos requisitos:

- i) “Que la Junta General haya sido debidamente convocada,
- ii) que su instalación se haga con presencia de dos o más socios que representen, por lo menos, la fracción de capital exigida para constituir el quórum,
- iii) que los concurrentes hayan sido oportunamente convocados sobre el orden del día,
- iv) que la mayoría de los votos válidos se haya pronunciado a favor de los acuerdos;
- v) y, que el contenido de las decisiones tomadas sea concordante con el objeto social”. (2011, pág. 177)

Adicionalmente a esto, cabe recalcar que el artículo 233 de la Ley de Compañías, clasifica los tipos de Juntas Generales de Accionistas en ordinarias y extraordinarias. Al respecto, Dávila Torres explica que las juntas ordinarias serán las que se convoquen dentro de los siguientes tres meses de la finalización de cada ejercicio económico (2011, pág. 189). Dentro de esta Junta se conocerán los resultados de las operaciones del ejercicio económico del año anterior, y también resolverán el destino de las utilidades obtenidas. Para esto, se deberá presentar a los accionistas los estados financieros, así como también los informes de los administradores y fiscalizadores, de manera oportuna. Es necesario mencionar que los accionistas deberán reunirse en asamblea ordinaria, como mínimo una vez al año (Dávila Torres, 2011, pág. 189).

Por otro lado, las juntas generales extraordinarias serán aquellas celebradas a partir del cuarto mes de ejercicio económico, con el objeto de resolver sobre toda clase de asuntos distintos a los que se conocen en la asamblea ordinaria (Dávila Torres, 2011, pág. 190).

A más de la clasificación anteriormente mencionada, Dávila Torres también divide a las asambleas generales en universales y comunes. Las juntas universales serán aquellas en las que se encuentre presente la totalidad de los accionistas, y exista entre ellos consenso para instalarla. Las juntas comunes por otro lado, serán aquellas en las que se exige realizar una convocatoria para su validez. La convocatoria a los accionistas para que asistan a la asamblea podrá ser realizada por la prensa, y por los medios que los accionistas hubieren pactado en los estatutos (2011, pág. 191).

Una vez se ha realizado una breve explicación jurídica general sobre las compañías anónimas, se procederá a tratar el tema de los derechos de los accionistas. Ha sido importante realizar esta aproximación a la institución societaria de las compañías anónimas, ya que será dentro de las mismas, y en sujeción a sus normas de funcionamiento, que los accionistas deberán cumplir con sus obligaciones, y ejercer sus derechos.

1.3 Los derechos individuales de los accionistas

1.3.1 Adquisición de la calidad de socio

Antes de iniciar con la clasificación de los derechos de los accionistas de una sociedad, es necesario determinar que, en primer lugar, para poder ser el titular de dichos derechos será indispensable gozar de la calidad de socio. De esta calidad de socio, será de donde se deriven los derechos y deberes de los accionistas para con la compañía. En este sentido, Narvárez García, señala:

“Entendiendo por status la relación entre una persona y determinada ordenación jurídica, el status socii hace referencia al conjunto de derechos y deberes del asociado, pues pone de manifiesto la participación de una persona en una forma asociativa y las facultades y obligaciones que la ley impone.” (1998, pág. 179)

Dávila Torres, al respecto señala:

“Calidad significa situación o estado y entraña sometimiento a las normas que rigen la constitución, la estructura de los órganos y la

actividad de la compañía-persona jurídica. En definitiva, es la suma de derechos, obligaciones y responsabilidades que le atribuye la ley". (2011, pág. 133)

De conformidad con lo mencionado, la condición de socio es otorgada por la ley a quienes constituyen la sociedad, y también a quienes los sustituyen o ingresan a la sociedad posteriormente. Esta condición es tomada de manera voluntaria por cada uno de los socios al momento de ser incorporados dentro de la sociedad. La doctrina se ha encargado de mencionar las maneras en las que se adquiere el status socii, mismas que serán sintetizadas a continuación (Narvárez García, 1998, pág. 181).

El tratadista Narvárez García afirma que se adquiere el estado de socio de manera convencional cuando una persona da su consentimiento, promete hacer, o realiza una aportación y participa directamente, o a través de un representante en la celebración del contrato social. Estos serán los socios fundadores de una sociedad.

La segunda manera de adquirir el status socii es cuando la persona es admitida como nuevo socio con su respectiva aportación. En estos casos, como la incorporación se realiza después del acto constitutivo, hablamos de socios agregados (Narvárez García, 1998, pág. 181).

Se adquiere también el estado de socio por derivación cuando un socio transfiere total o parcialmente a otro, sus cuotas o acciones de conformidad con lo establecido por los estatutos o por la ley. El autor afirma que "la transmisión del status socii se efectúa en el momento en que se produce válidamente el traspaso de la titularidad de la parte de interés, las cuotas o las acciones" (Narvárez García, 1998, pág. 181).

El estado de socio es transferible de diferentes maneras según el tipo de sociedad que se trate. En el caso de las sociedades con carácter intuitu pecuniae, como la compañía anónima, no será necesario el acuerdo de los demás accionistas, para que un tercero pueda acceder al estado de socio. Esto, gracias a la libre negociabilidad de las acciones (Narvárez García, 1998, pág. 182).

El tratadista Gutierrez Falla nos ilustra que a diferencia de las sociedades de tipo personalista, en las cuales la ley autoriza la exclusión los socios que no hubieren sido responsables en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, en las sociedades anónimas no existe ninguna norma que legitime la separación de un accionista por acuerdo de la propia sociedad, a excepción de los casos de disolución o disminución de capital de la compañía. En este sentido, dentro de las compañías anónimas, el accionista tiene el derecho inderogable de seguir siendo accionista de la compañía mientras no pida su separación o receso (1988, pág. 229).

Para precisar más sobre lo dicho, el artículo 82 de la Ley de Compañías contempla las causales por las cuales un socio de las compañías en nombre colectivo, en comandita simple, y compañía de responsabilidad limitada puede ser excluido:

“Pueden ser excluidos de la compañía:

1. El socio administrador que se sirve de la firma o de los capitales sociales en provecho propio; o que comete fraude en la administración o en la contabilidad; o se ausenta y, requerido, no vuelve ni justifica la causa de su ausencia;
2. El socio que interviniere en la administración sin estar autorizado por el contrato de compañía;
3. El socio que constituido en mora no hace el pago de su cuota social;
4. El socio que quiebra; y
5. En general, los socios que falten gravemente al cumplimiento de sus obligaciones sociales.

El socio excluido no queda libre del resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiere causado”. (Ley de Compañías, art. 82)

Mientras que para las compañías anónimas, nuestra legislación no prevé causales de exclusión para los accionistas que forman parte de la sociedad. En este sentido, un accionista de cualquier sociedad anónima podrá seguir siendo parte de la misma siempre, es decir, podrá mantener el status socii mientras no

ejercite su derecho de separación, y la compañía anónima no se disuelva, disminuya su capital social; o en sentencia firme, por haberse rematado el certificado de acciones (Gutiérrez Falla, 1988, pág. 229).

1.3.2 Clasificación de los derechos de los accionistas

En lo que respecta a la clasificación de los derechos de los accionistas, la doctrina nos presenta varias clasificaciones. El autor Narvárez García establece que:

“Los derechos inherentes al status socii pueden reducirse a dos categorías: los patrimoniales, que son de contenido económico y miran el interés particular del asociado; y los administrativos, que son medios previstos en la ley para que el asociado asegure el cumplimiento de los que tienen significación netamente patrimonial” (1998, pág. 183)

Por otro lado, y en una clasificación similar a la descrita anteriormente, el tratadista Gutiérrez Falla determina que para facilitar el entendimiento, los derechos individuales de los accionistas suelen dividirse en dos grandes grupos: los derechos de índole patrimonial, y por otro lado, los derechos de índole social, político o administrativo (1988, pág. 219). De acuerdo al mismo autor, tal distinción se realiza en virtud “de que las posiciones orgánicas y administrativas del socio son diversas y distintas de sus derechos patrimoniales, que consisten en la percepción de los beneficios sociales durante la vida de la sociedad”. (1988, pág. 220)

Los derechos de índole patrimonial, tienen el único fin de hacer partícipe al accionista de las utilidades percibidas como resultado de la gestión social. Este tipo de derechos se hacen efectivos a través de la participación en los beneficios mediante la declaración de dividendos, en la cuota de liquidación (en los casos de disolución total o parcial de la sociedad), y en el ejercicio de derecho de opción en los aumentos de capital. Por otro lado, los derechos sociales, políticos y administrativos, tienen una función que puede ser dividida en dos fases: primero, la tutela del interés patrimonial del accionista y segundo, su influencia en el funcionamiento integral de la sociedad. Son derechos que

tienen una naturaleza heterogénea en comparación a los derechos de carácter patrimonial (Gutiérrez Falla, 1988, pág. 220).

Según lo señalado por el autor Gutiérrez Falla, dentro de los derechos sociales, políticos o administrativos se encuentran los siguientes: derecho a obtener el certificado de acciones, derecho a la igualdad, derecho a la información, derecho a denunciar irregularidades, derecho a la participación, derecho al voto, derecho de receso, entre otros (1988, pág. 220). Y de la misma manera, dentro de los derechos patrimoniales de los accionistas, se encuentran los siguientes: derecho a la responsabilidad limitada, derecho de opción, derecho a las utilidades, derecho al dividendo, derecho a la cuota de liquidación, entre otros (Gutiérrez Falla, 1988, pág. 220).

De igual forma, es necesario añadir que independientemente de la clasificación de derechos que se adopte, será necesario tener en cuenta que no existe una relación de jerarquía entre los derechos de los accionistas, sino que habrá una relación de interdependencia y que todos los derechos son otorgados por la ley en virtud del status socii (Narvárez García, 1998, pág. 186).

El artículo 207 de la Ley de Compañías presenta una lista de derechos de los cuales los accionistas de todas las compañías anónimas son titulares.

“Salvo lo dispuesto en el artículo innumerado que le sigue al Art. 221 de esta Ley, son derechos fundamentales del accionista, de los cuales no se le puede privar:

1. La calidad de socio;
2. Participar en los beneficios sociales, debiendo observarse igualdad de tratamiento para los accionistas de la misma clase;
3. Participar, en las mismas condiciones establecidas en el numeral anterior, en la distribución del acervo social, en caso de liquidación de la compañía;
4. Intervenir en las juntas generales y votar cuando sus acciones le concedan el derecho a voto, según los estatutos.

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

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

7. Impugnar las resoluciones de la Junta General y demás organismos de la compañía en los casos y en la forma establecida en los Arts. 215 y 216.

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

8. Negociar libremente sus acciones.” (Ley de Compañías, art. 207)

En la opinión del tratadista Dávila Torres, la lista presentada anteriormente se encuentra incompleta, ya que existen otros derechos mencionados a lo largo de la ley y que constan en distintos artículos de nuestra normativa societaria (2011, pág. 137). Algunos de ellos fueron nombrados en la presente sección. De acuerdo al mismo tratadista, es un error que la ley incluya en el encabezado de su enumeración el presunto derecho a la calidad de accionista, cuando dicha calidad es adquirida al momento de la suscripción o transferencia de la titularidad, y es lo que otorga al accionista derechos y obligaciones concretos (Dávila Torres, 2011, pág. 137).

Igualmente se debe añadir que la lista de derechos que consta anteriormente no hace ninguna distinción entre los derechos de los accionistas de carácter patrimonial y los derechos de los accionistas de carácter político, administrativo y social. Todos se encuentran indistintamente enumerados. El derecho de receso, que no consta dentro del artículo 221 de la ley, forma parte de los derechos de carácter político, administrativo y social de los que gozan los accionistas, según ha sido mencionado con anterioridad; de manera específica, se considera que este se encuentra clasificado dentro de los derechos sociales.

1.3.3 Importancia de los derechos individuales de los accionistas

Gutiérrez Falla, en su libro “Contrato societario y derechos individuales de los accionistas”, nos explica que gran parte del derecho societario se focaliza en el análisis de las situaciones de conflicto que pueden surgir entre los accionistas y, entre estos y la sociedad como persona jurídica (1988, pág. 192).

Una primera visión de este tipo de conflictos trata justamente sobre la regulación de los derechos individuales de los accionistas, en su modalidad de derecho de las minorías; de manera que el grupo mayoritario de una sociedad no pueda abusar de su posición de primacía, violentando los intereses de los accionistas minoritarios (Gutiérrez Falla, 1988, pág. 192).

Se establece que en el siglo XIX, surge la necesidad de proteger de manera individual a los accionistas de una compañía contra el dominio de la mayoría, desarrollándose dentro de la escuela iusnaturalista, la teoría de los derechos individuales de los accionistas. Este crecimiento de la teoría de los derechos individuales de los accionistas llevo a buscar un límite al voto mayoritario, estableciendo que este no puede encontrarse por sobre los derechos del individuo. De la misma manera, se podría mencionar que a raíz del mencionado surgimiento de los derechos individuales, y su manifestación corporativa a través de los derechos de las minorías, nace también la idea del interés social, con el objeto de limitar los poderes de la mayoría mediante el interés de la persona jurídica creada por ellos, y no únicamente con la barrera que representa el interés de cada accionista de manera individual (Gutiérrez Falla, 1988, págs. 196-201).

La importancia de los derechos individuales de los accionistas abarca también otras temáticas como la corriente moderna del Buen Gobierno Corporativo. Se conoce que los orígenes de esta corriente se dan a raíz de la crisis de Wall Street en el año 1929, presentándose así la primera señal de transparentar y lograr que los directivos de las compañías respondan a los accionistas por sus prácticas de negocios. En este sentido, fue a inicios de la década de los 30 donde se desarrollan poco a poco los comportamientos que debe cumplir una corporación dentro de la sociedad, lo que formaría las bases para la

construcción del concepto moderno del Buen Gobierno Corporativo (Muñoz Orellana , 2011, pág. 8).

El académico ecuatoriano Muñoz Orellana nos ilustra que el Buen Gobierno Corporativo es “un amplio conjunto de medidas que tienen por objeto remediar los derivados de la disociación, existente entre las referidas sociedades, entre propiedad (accionistas) y poder (administrativos ejecutivos), para de ese modo garantizar una gestión social eficiente” (2011, pág. 137). En este sentido, establece que como primer punto a considerar por parte de un Buen Gobierno Corporativo es el: “trato igualitario y la protección de los de los intereses de todos los accionistas” (2011, pág. 8).

Es así, que a continuación citamos las palabras del autor Muñoz Orellana, que resaltan nuevamente la relevancia de los derechos individuales de los accionistas dentro del buen funcionamiento integral de las sociedades anónimas:

“En adición, la legislación, regulación y el poder judicial en la región son menos efectivos en promover y hacer cumplir las buenas prácticas que en mercados más desarrollados. Las reformas legales deben ser introducidas para impulsar la protección al accionista minoritario considerando básicamente tres grupos: estructura de la propiedad del negocio, el directorio y los auditores, poniendo especial énfasis en aquellos países donde sus sistemas jurídicos son débiles”. (2011, pág. 11)

Nuestra legislación societaria dedica también uno de sus artículos a la protección de los derechos de los accionistas, estableciendo así el artículo 221 lo siguiente:

“Los derechos de terceros y los derechos de crédito de los accionistas frente a la compañía no pueden ser afectados por los acuerdos de la Junta General.

Será nula toda cláusula o pacto que suprima o disminuya los derechos atribuidos a las minorías por la Ley.

También serán nulos, salvo en los casos que la Ley determine, los acuerdos o cláusulas que supriman derechos conferidos por ella a cada accionista” (Ley de Compañías, art. 221)

A manera de conclusión, el autor Gutiérrez Falla señala que el derecho individual de los accionistas nace del contrato social y este no puede verse menoscabado por la mayoría, aunque se encuentre en un escenario en el que la voluntad de la mayoría gobierne con carácter soberano (1988, pág. 216). De la misma manera, el autor Dávila Torres afirma que los derechos que han sido otorgados a los accionistas, en virtud de la titularidad de las acciones, son de carácter esencial y su ejercicio no puede ser impedido, ni son legítimas las decisiones de la Junta General que modifiquen o perjudiquen el ejercicio de estos derechos (2011, pág. 137).

Personalmente, coincidimos con la opinión de los autores anteriormente mencionados. Los accionistas deben ser capaces de ejercer libremente y con eficacia sus derechos ya que gracias a ellos y a su capital, es que una compañía existe.

Capítulo II: El derecho de receso y las modificaciones del contrato social

2.1 El derecho de receso en el derecho societario

2.1.1 Breves antecedentes históricos y definición del derecho de receso

Como antecedentes históricos, podemos mencionar que el derecho de receso surge en Europa Occidental, en el transcurso del siglo XVIII. Con el surgimiento de la teoría de los derechos individuales de los accionistas, se buscó dar la misma importancia al interés social y a los derechos individuales de los accionistas, dentro de los casos de modificación de estatutos sociales (Batalla Garrido y González Roesch, 2008, pág. 11).

Batalla y González señalan que el derecho de receso fue incorporado en el Código de Comercio alemán de 1861, así como también en la legislación francesa de sociedades anónimas de 1867. En ambos casos se establecía que los accionistas podrán ejercer el derecho de receso siempre y cuando existiera una cláusula expresa que lo contemplara en el estatuto de la sociedad (2008, pág. 11).

Por otro lado, el autor ecuatoriano Romero Parducci nos ilustra que el derecho de receso no fue conocido por el Derecho Romano, ni tampoco por el Derecho Medieval. Dicho autor menciona como el origen más antiguo del derecho de receso, el artículo 158 del Código de Comercio italiano de 1882, que facultaba el ejercicio del derecho de receso para los casos de fusión, reintegro o aumento de capital, cambio de objeto y prórroga del plazo de duración de la sociedad (1999, pág. 219).

Vale la pena mencionar, que el derecho de receso no es una novedad en el derecho ecuatoriano. Nació con la Ley de Compañías publicada en el Registro Oficial el 15 de febrero de 1964, para las dos nuevas instituciones societarias que estaban siendo incorporadas: la transformación y la fusión. Posteriormente, en el año 1993, la primera Ley de Mercado de Valores hizo extensivo el

ejercicio del derecho de receso para los casos de escisión (Romero Parducci, 1999, pág. 219).

Romero Parducci añade también que:

“La mencionada Ley de Compañías de 1964, en su artículo 67, también previó un derecho parecido al de receso, para las minorías de las Compañías en Nombre Colectivo y en Comandita Simple en desacuerdo con cualquier reforma al contrato social, pero con la liquidación de la compañía como resultante de su ejercicio; situación que mejoró con la reforma de 1971, en la que se identificó ese derecho al de separación que años atrás se había creado para la transformación, tal como ahora se puede comprobar en el artículo 79 de la codificación actual”. (1999, pág. 219)

En lo que a la definición de derecho de receso respecta, el tratadista Reyes Villamizar lo describe como:

“La posibilidad que tienen los asociados de separarse con anticipación de la sociedad, con el consecuente reembolso del capital aportado, cuando la asamblea general o Junta de Socios adopte una determinación que aparezca expresamente contemplada en la ley como presupuesto del mencionado derecho”. (2006, pág. 245)

El mismo autor señala que el derecho de receso se fundamenta en el cambio substancial de circunstancias, que “puede hacer que algunos socios pierdan el interés de continuar asociados” (Reyes Villamizar, 2006, pág. 245). Se menciona también que la finalidad del derecho de receso “es evitar que en determinaciones de gran trascendencia, la ley de las mayorías se convierta en un mecanismo de abuso, empleado contra los socios minoritarios”. (Reyes Villamizar, 2006, pág. 246)

Los autores Batalla y González, determinan que el derecho de recesos es “un acto voluntario en el que una parte sujeta a una relación jurídica, y por lo tanto a determinadas obligaciones, declara querer retirarse de la relación y liberarse con eficacia vinculante, de las obligaciones que los asocian con el otro sujeto de la relación” (2008, pág. 14). De la misma manera, los autores anteriormente

mencionados determinan que el derecho de receso es un acto facultativo, ya que el accionista disidente puede o no ejercerlo, y su destinatario no tendrá oportunidad de oponerse, una vez que se verifiquen los presupuestos de su ejercicio (Batalla Garrido y González Roesch, 2008, pág. 15).

Para Gutiérrez Falla, el objeto del derecho de receso es solucionar el conflicto que se da entre la mayoría de una compañía y los accionistas disconformes, frente a la inmutabilidad o no de las cláusulas del contrato social (1988, pág. 359). Lo define como:

“La forma de proteger a los accionistas individuales contra la agravación de las cargas derivadas de los vínculos sociales, resolviendo el arduo problema de la tutela de los derechos individuales del accionista frente al poder de la mayoría, pero dejándole a ésta la facultad de modificar, aun en forma radical, el contrato societario en la forma que fue prevista en las escrituras sociales”. (Gutierrez Falla, 1988, pág. 359)

Por otro lado, los autores Richard y Muiño definen al derecho de receso como:

“Un derecho individual de todo accionista, de carácter inderogable, consistente en la facultad conferida por la ley a los accionistas disconformes al tratarse ciertos asuntos de importancia trascendente para la sociedad, de retirarse de ella, mediante su declaración unilateral recepticia e inequívoca de voluntad, con reembolso del valor de sus acciones”. (2004, pág. 496)

A través del ejercicio de este derecho, el accionista individual que no esté conforme con una decisión de la Junta General de Accionistas que modifique el contrato social o modifique su situación dentro de la sociedad o el giro de la empresa de la que es titular, tiene la facultad de solicitar su separación o receso de la compañía mediante la entrega de sus acciones, a cambio de la parte que le corresponda del patrimonio de la compañía (Gutierrez Falla, 1988, pág. 359).

El autor ecuatoriano Egas Peña (2006, pág. 131) indica que así la transformación, fusión y escisión, de una compañía haya sido adoptada legalmente por la mayoría debida, no obligan a los accionistas que no están de acuerdo con ellas. Esto debido a que modifican a profundidad el contrato social a través del cual se asociaron los accionistas que discrepan con estos actos jurídicos, por lo que estos pueden hacer ejercicio de su derecho al receso o a retirarse de la compañía, y exigir que se les reembolse el valor patrimonial de sus acciones, de conformidad con el balance final que se ha realizado, como si tratase de un balance para la liquidación de la compañía (Egas Peña, 2006, pág. 131).

El mismo autor establece respecto del derecho de receso que:

“concilia el interés de la compañía por adoptar una nueva forma social, por decisión de la mayoría; y, el derecho de una minoría para retirarse de la sociedad cuya estructura jurídica inicial va a ser modificada, variando las características iniciales de su participación”. (Egas Peña, 2006, pág. 132)

A manera de síntesis sobre las distintas definiciones que han sido presentadas sobre el derecho de receso, se mencionan a continuación dos de las características de mayor importancia sobre éste, mismas que han sido determinadas por el autor Velázquez Guido (1999, pág. 21):

- i) El derecho de receso es un derecho personal del accionista que no puede ser disentido por la sociedad. Es una atribución otorgada al accionista por la ley y por lo tanto no puede verse menoscabada.
- ii) El derecho de receso es un derecho irrenunciable e inderogable por los estatutos y es de orden público. Que sea de orden público significa que es un derecho que debe ser protegido por el estado. Con respecto a esto, el autor se refiere a la legislación paraguaya, estableciendo que esta es “clara y categórica al determinar que será nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio”. (Velázquez Guido, 1999, pág. 21)

Adicionalmente, el autor Pennacca determina cuales son los requisitos que deben ser cumplidos por el del derecho de receso, mismos que se resumen a continuación (1978, pág. 39):

- i) El derecho de receso, por tratarse de una declaración unilateral del accionista, no requiere ningún tipo de aceptación por parte de la sociedad.
- ii) El derecho de receso puede ser ejercido por los accionistas disidentes, ausentes o abstenidos al tratarse de asuntos de importancia trascendente para la sociedad. Sin embargo según lo mencionado por Pennacca, no existe uniformidad respecto de este requisito ya que, legislaciones como la mexicana y la hondureña, confieren este derecho a quienes votan en contra del acuerdo, negándolo así para los accionistas ausentes. Por otra parte la ley italiana se refiere a los accionistas disidentes, entendido por la doctrina que se incluyen también a los ausentes (Pennacca, 1978). También será necesario considerar que quien ejercita su derecho de receso deberá probar su calidad de accionista al momento en que la Junta General haya adoptado la resolución.
- iii) La manifestación de la voluntad de los accionistas disidentes debe llegar a conocimiento de la sociedad antes de vencerse el término establecido en la ley.
- iv) La declaración de receso por parte del accionista disidente deberá ser dirigida contra la sociedad en la persona que la represente legalmente.

En lo personal, se considera al derecho de receso como la facultad otorgada a favor de los accionistas de una compañía, de separarse de ésta ante las resoluciones trascendentes de la Junta General con las que no se encuentren de acuerdo. Para esto, la sociedad se encargará de reembolsar a dicho accionista disconforme, el valor total de sus acciones, y este dejará de ser así parte de la sociedad.

Es necesario mencionar que la legislación societaria ecuatoriana contempla el derecho de receso únicamente dentro de los artículos 29, 79 y 333. Cabe

mencionar que el artículo 29 se encuentra en la sección I, referente a “Disposiciones generales”; el artículo 79 se encuentra dentro de la sección IV, referente a las “Disposiciones comunes a las compañías en nombre colectivo y a la en comandita simple”; y, el artículo 333 se encuentra dentro de la sección X, referente a la “Transformación, fusión y escisión”.

Finalmente, cabe aclarar que en lo que respecta al término utilizado por la doctrina para referirse al derecho de receso, esta utiliza también la acepción de “derecho de separación” o “derecho de retiro”. De la bibliografía consultada, así como de la entrevista realizada al Dr. Roberto Salgado Valdez que consta en el anexo 1 del presente trabajo, se puede concluir que todas estas acepciones hacen referencia al mismo derecho conceptualizado en párrafos anteriores y no son contrarias entre sí, sino que variarán dentro del derecho comparado de una legislación a otra.

Es así que por ejemplo, dentro la legislación colombiana, el derecho de receso es mencionado como derecho de retiro. Se cita a continuación el artículo que realiza dicha mención:

“Art. 12.- Ejercicio del derecho de retiro. Cuando la transformación, fusión o escisión impongan a los socios una mayor responsabilidad o impliquen una desmejora de sus derechos patrimoniales, los socios ausentes o disidentes tendrán derecho a retirarse de la sociedad. En las sociedades por acciones también procederá el ejercicio de este derecho en los casos de cancelación voluntaria de la inscripción en el registro nacional de valores o en bolsa de valores (...).” (Ley 222 de 1995, art. 12)

Por otro lado, tendremos que en la legislación hondureña, el derecho de receso también será referido principalmente como derecho de retiro; aunque en otras ocasiones la ley también se referirá a derecho de separación. Constan a continuación dos artículos que evidencian lo anteriormente mencionado:

“Art. 192.- Las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas son obligatorias aun para los ausentes o disidentes, salvo los derechos de oposición y retiro en los casos que señala la ley”. (Código de Comercio, art. 192)

“Art. 311.- La exclusión o el retiro de uno o más socios puede lograrse mediante la disolución parcial del contrato de sociedad”. (Código de Comercio, art. 311)

Del mismo modo, podemos establecer que dentro de la legislación argentina, el derecho de receso es referido bajo ese mismo término, es así que de conformidad con lo establecido por el segundo inciso del artículo 160 de la ley 19.550 se establece lo siguiente:

“Art. 160.- (...) La transformación, la fusión, la escisión, la prórroga, la reconducción, la transferencia de domicilio al extranjero, el cambio fundamental de objeto y todo acuerdo que incremente las obligaciones sociales o la responsabilidad de los socios que votaron en contra, otorga a estos derecho de receso conforme a lo dispuesto por el art. 245. (...)”.
(Ley de Sociedades Comerciales, art. 245)

Se considera finalmente a la legislación española, misma que se refiere al derecho de receso como derecho de separación. Será el tercer inciso del artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital, el que se refiera al derecho de separación anteriormente mencionado.

“Art. 346.- (...) En los casos de transformación de la sociedad y de traslado de domicilio al extranjero los socios tendrán derecho de separación en los términos establecidos en la Ley 3/2009, del 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” (...).
(Ley de Sociedades de Capital, art. 346)

Si bien con la legislación comparada que se analiza en los párrafos anteriores se ha pretendido demostrar las varias acepciones de las que goza el derecho de receso, resulta de suma importancia resaltar los elementos comunes que relucen entre estas legislaciones respecto del derecho en mención.

Este sentido, cabe establecer que las legislaciones hondureña y colombiana consideran este derecho para los socios ausentes y o disidentes. Mientras que por otro lado, la legislación argentina se referirá a los socios que votaron en contra de una determinada resolución.

También es necesario notar que tanto la legislación argentina como la española, hacen referencia al ejercicio del derecho de receso ante modificaciones trascendentes dentro de la vida de la sociedad.

En el apartado que consta a continuación, se analizarán de manera específica las causales y las modificaciones dentro de la legislación ecuatoriana ante las cuales los accionistas podrán ejercitar su derecho al receso.

2.1.2 Causales del derecho de receso

De las definiciones que la doctrina presenta sobre el derecho de receso podemos establecer que la tipificación, o la mención expresa en la ley de los presupuestos bajo los cuales puede ejercerse el derecho de receso, es de suma importancia. En este sentido, determinaremos los supuestos que la ley ecuatoriana prevé para el ejercicio de este derecho.

De conformidad con lo establecido por el autor Reyes Villamizar, “las causales de retiro son los presupuestos legales que le permiten al asociado separarse de la compañía y obtener una compensación justa por su participación en el capital de la sociedad” (2006, pág. 252).

El autor Dávila Torres, establece en su obra “Derecho societario” que el derecho de receso puede ser ejercido “en caso de inconformidad con las decisiones de transformación, fusión y escisión de la compañía” (2011, pág. 166). Estas decisiones solo comprometerán a los accionistas que han votado a favor de dichas decisiones. Por otro lado, los accionistas disidentes con la resolución adoptada por la Junta General podrán ejercer a voluntad, el derecho de receso (Dávila Torres, 2011, pág. 166).

De la misma manera, Dávila Torres menciona al presupuesto contemplado en el artículo 29 de la Ley de Compañías, como un presupuesto adicional para el ejercicio del derecho de receso dentro del país, a más de las mencionadas transformación, fusión y escisión. El artículo 29 determina que se podrá ejercer el derecho de receso cuando “en la formación de una compañía no se llenaren oportunamente las formalidades prescritas por esta ley, y cuando no se

cumplieren cualquier socio podrá separarse de la compañía notificándolo a los demás” (Ley de Compañías, art. 29).

Cabe también establecer que, de conformidad con lo establecido por las Doctrinas Jurídicas de la Superintendencia de Compañías, el artículo 29 de la Ley de Compañías, otorga el “derecho del socio a separarse, en cualquier momento, de una compañía irregular; es decir, de una sociedad en formación en la que no se hubieren llenado oportunamente las respectivas formalidades legales” (Resolución 97.1.7.3.0011, 1997).

De acuerdo a lo establecido por el artículo 29 de la Ley de Compañías, el resultado de la notificación por parte de uno de los socios de separarse de la compañía, será la disolución de la misma. Esta consecuencia se evidencia únicamente para este supuesto, y no para los casos de transformación, fusión y escisión anteriormente mencionados.

Cabe mencionar que la regulación realizada por el artículo 29 de nuestra legislación societaria se presenta como un supuesto especial ante el cual podrá ejercerse el derecho de receso. Como se ha mencionado en el párrafo anterior, el ejercicio del derecho de receso en el caso presentado por el artículo 29 implicará la disolución de la compañía, lo que en principio no es una consecuencia natural del ejercicio del derecho de receso. En segundo lugar, tenemos que en el caso del artículo 29, no existe una decisión de Junta General ante la cual los accionistas puedan sentirse disconformes, sino que en el caso de que durante la formación de una compañía no se cumplan con las formalidades prescritas por la ley, cualquier socio podrá separarse de la compañía previa notificación. A pesar de estas consideraciones, para efectos del presente trabajo si se tomará el artículo 29 de la Ley de Compañías, como un supuesto para el ejercicio del derecho en mención dentro de la legislación ecuatoriana; en primer lugar, por estar expresamente contemplado en el ley, y porque a pesar de no existir una decisión de Junta General ante la cual los accionistas puedan sentirse disconformes, si existe un cambio de la circunstancias principales que motivaron a los accionistas constituyentes para la creación de la compañía, lo que se considera que es razón suficiente para que un accionistas quiera separase de la sociedad.

El autor Romero Parducci también tiene una opinión muy definida respecto a las causales bajo las cuales se puede ejercer el derecho de receso en el Ecuador:

“El derecho de receso sólo puede ejercerse legalmente frente a resoluciones de asamblea que sean legítimamente adoptadas y, dado el hecho de que la compañía es un contrato, únicamente en los casos previstos por la ley. Y esos casos expresamente previstos por la ley suelen ser los de modificaciones contractuales de gran trascendencia, en las cláusulas sustanciales del contrato social”. (Romero Parducci, 1999, pág. 216)

El autor anteriormente citado, se encarga de precisar que desde hace mucho tiempo que se discute que la legislación ecuatoriana ha sido mezquina en su adopción de normas que tengan relación con el derecho de receso o de separación del accionista disconforme, pues esta únicamente lo considera, de manera expresa, para los casos de transformación de compañías (artículo 333 de la Ley de Compañías); y, en los casos de modificación del contrato social de las compañías en nombre colectivo y comandita simple (artículo 79 de la Ley de Compañías) (Romero Parducci, 1999, pág. 223).

En este sentido, es necesario mencionar que con respecto a la fusión y a la escisión, la ley no menciona el posible ejercicio del derecho de receso, sino que en los artículos 344 y 352 de la Ley de Compañías se establece que, “en aquello que no estuviera expresamente estipulado en esta sección se estará a lo dispuesto para los casos de transformación” o, “en aquello que no estuviera expresamente estipulado en éste párrafo, son aplicables las normas de la fusión”; es así que gracias a la referencia tácita y análoga que realiza la norma, entendemos que el derecho de receso también es aplicable para los casos de fusión y escisión (Romero Parducci, 1999, pág. 223).

Para poder tener un panorama más claro sobre los casos ante los cuales los accionistas pueden hacer efectivo su derecho al receso, citamos a continuación las normas de la ley societaria ecuatoriana que lo consideran:

“Art. 29.- Si en la formación de la compañía no se llenaren oportunamente las formalidades prescritas por esta Ley, y mientras no se cumplieren, cualquier socio podrá separarse de la compañía notificándolo a los demás. La compañía quedará disuelta desde el día de la notificación. Respecto de terceros la compañía se tendrá como no existente en cuanto pueda perjudicarlos; pero los socios no podrán alegar en su provecho la falta de dichas formalidades” (Ley de Compañías, art. 29).

“Art. 79.- El contrato social no podrá modificarse sino con el consentimiento unánime de los socios, a menos que se hubiere pactado que para la modificación baste el acuerdo de una mayoría; sin embargo, los socios no conformes con la modificación podrán separarse dentro de los treinta días posteriores a la resolución, de acuerdo con el artículo 333 de esta Ley” (Ley de Compañías, art. 79).

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

Este balance, en lo relativo al reembolso del valor de las participaciones o de las acciones, podrá ser impugnado por el accionista o socio disidente en el plazo de treinta días contados desde su fecha, ante la Superintendencia de Compañías, la que dictará resolución definitiva previos los exámenes y peritajes que fueren del caso”. (Ley de Compañías, art. 333)

A más de los artículos anteriormente citados, es necesario tomar en cuenta a los artículos 344 y 352, mismos que se remiten a las normas de la transformación.

Cabe precisar que el autor Romero Parducci no menciona al referido artículo 29 de la Ley de Compañías como presupuesto para el ejercicio del derecho de receso dentro de la legislación ecuatoriana; sin embargo y como se ha mencionado anteriormente, para efectos de la presente investigación si se lo considerará como causal de ejercicio del derecho de receso en concordancia con lo señalado por el autor ecuatoriano Dávila Torres, mismo que si lo toma en consideración.

De la misma manera, a pesar de que los casos de modificación del contrato social de las compañías en nombre colectivo y comandita simple, no sean considerados por el autor Dávila Torres también serán tomados en cuenta para el presente trabajo. Lo anterior, en virtud de que estos presupuestos se encuentran también considerados de manera expresa por la ley.

En otra perspectiva, de conformidad con la opinión del autor ecuatoriano Egas Peña, el derecho de receso debería hacerse extensivo para otro tipo de modificaciones trascendentales del contrato social; como sería por ejemplo, la prórroga del plazo de duración, la reactivación de la compañía, entre otras. Esto, debido al hecho que las mismas modifican de manera substancial las condiciones contractuales que motivaron la inclusión de un accionista a una determinada compañía (2006, pág. 132).

Por otro lado, el autor Reyes Villamizar es de la opinión que los supuestos de aplicación del derecho de receso no admiten discusión, es decir, son taxativos. Esto debido a que los principios de conservación de la sociedad y la integridad del capital, podrían verse afectados si se admitiera libertad para la determinación contractual de los presupuestos que configuran la eficacia del derecho de separación o retiro (2006, pág. 252).

A pesar de estas consideraciones, es necesario establecer que la doctrina no ha sido unánime respecto a cuales deben ser los supuestos del ejercicio del derecho de receso. Esto, debido a que algunas veces se prefiere limitarlo a casos muy específicos de modificación del contrato social; y otras veces, se consideran supuestos no implican una modificación pero que pueden llegar a limitar un derecho fundamental en la sociedad (Batalla Garrido y González Roesch, 2008, pág. 102).

En nuestra opinión, consideramos que es fundamental que los presupuestos ante los cuales pueda ejercerse el derecho de receso representen cambios fundamentales y trascendentes en la vida jurídica de una sociedad, justamente por las consecuencias que trae el ejercicio de este derecho, mismas que serán profundizadas en los próximos capítulos. Sin embargo, concordamos con lo establecido por el autor Reyes Villamizar al mencionar que será también necesario precautelar la conservación de una sociedad, considerando que el ejercicio del derecho de receso implicará una eventual reducción del capital social de la compañía.

En este sentido, consideramos sin duda que los supuestos más importantes ante los cuales se puede ejercer el derecho de receso serán las modificaciones estructurales de transformación, fusión y escisión de la sociedad.

2.1.3 Derecho de receso vs. derecho de impugnación

El derecho de impugnación es también un derecho individual del que gozan los socios de una compañía, que será ejercido ante resoluciones de Junta General que causen un perjuicio a los socios. En este sentido, y en vista de que tanto el derecho de receso como el derecho de impugnación nacen de la disconformidad de los socios, consideramos necesario realizar una distinción entre ambos derechos. Así, podremos también generar una idea todavía más clara sobre el derecho de receso y sus implicaciones.

El autor Gutiérrez Falla nos ilustra que el derecho de impugnación tiene su origen en la legislación alemana, y consiste en:

“La facultad que tiene todo accionista de extinguir la relación jurídica (en este caso, acuerdo de la asamblea) que perjudique su derecho, solicitando la anulación de los acuerdos de las asambleas que, no siendo radicalmente nulos, violen preceptos legales, o cláusulas de las escrituras sociales. (1988, pág. 320)”

El mismo autor establece que este derecho puede ser ejercido exclusivamente por parte de los socios. También se menciona que el socio de la compañía que pretenda ejercer éste derecho, debe haber asistido a la asamblea de accionistas en la que se haya adoptado la resolución que se pretenda impugnar, y debe también haber votado en contra de la misma (Gutierrez Falla, 1988, pág. 321).

De acuerdo a lo establecido por el autor Dávila Torres, la ley considera al derecho de impugnación como un recurso o acción a favor de los accionistas minoritarios; y, como tal no puede nunca verse suprimido ni disminuido (2011, pág. 153).

De conformidad con el mismo autor, serán susceptibles de impugnación aquellas resoluciones de la Junta General que “no se hubieren adoptado de conformidad con la ley o con el estatuto social, o que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, o los intereses de la compañía” (Dávila Torres, 2011, pág. 154). Dichas resoluciones de la Junta General deberán perjudicar directamente a los socios que presenten la demanda de impugnación ante la Corte Superior del domicilio principal o sede de la compañía (Dávila Torres, 2011, pág. 154).

De la misma manera, Dávila Torres determina que la minoría de accionistas que impugna una resolución adoptada por la Junta General, a más de cumplir con los requisitos que determine la norma procesal, incluirá también en su impugnación la justificación de los actores de haber estado ausentes en la Junta General en la que se aprobó dicha resolución; o que si asistieron, votaron en contra o manifestaron su discrepancia; a más de la determinación de la norma legal o estatutaria infringida, o del perjuicio que se les causa. Todo esto con la respectiva justificación de que los comparecientes representan el 25% o más del capital pagado. (2011, pág. 158).

Respecto del interés tutelado en el derecho de impugnación, Gutiérrez Falla determina que existen tres teorías destacadas que se encargan de explicar dicha cuestión (1988, pág. 332). Con la finalidad de entenderlas mejor, dichas teorías se sintetizan en el cuadro que consta a continuación:

Tabla 1 Teorías sobre el interés tutelado en el derecho de impugnación

Primera	Segunda	Tercera
Se reconoce el derecho de impugnación con el fin de tutelar la buena marcha de la sociedad y de valorar el interés social, que es propio de los socios de la compañía. El interés de impugnar una resolución adoptada por la Junta General está justificado por el interés en el buen desenvolvimiento de la sociedad, interés que nace de cada uno de los socios (1988, pág. 332).	La acción de impugnación realiza una función de tutela social. Se trata de una acción de la sociedad, en el ejercicio de la cual el socio actúa como verdadero y propio órgano social (1988, pág. 333).	La acción de impugnación es otorgada al socio en su interés general, y no en su calidad de órgano social, debido a que como base de la impugnación siempre se encontrará el interés personal del socio, que será lo que en definitiva motive la presentación de la acción (1988, pág. 333).

Con respecto a las teorías anteriormente expuestas, consideramos que la más precisa en su explicación del interés tutelado dentro del derecho de impugnación, es la tercera. Tanto en el derecho de impugnación como en el derecho de receso, al ser derechos personales de los que gozan socios, la principal motivación para su ejercicio será justamente el interés del propio socio integrante de una sociedad; mismo que si se ve menoscabo, podrá ser protegido a través diferentes acciones.

Dentro de nuestra legislación, el derecho a impugnar las resoluciones de la Junta General de Accionistas o de otros órganos de la administración de la compañía se encuentra regulado en el artículo 215 de la Ley de Compañías, que establece:

“Los accionistas que representen por lo menos la cuarta parte del capital social podrán impugnar, según las normas de esta ley y dentro de los plazos que establece, los acuerdos de las Juntas Generales o de los organismos de administración que no se hubieren adoptado de conformidad con la ley o el estatuto social, o que lesionen en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la compañía”. (Ley de Compañías, art. 215)

Con estas definiciones que tanto la doctrina como la ley nos proporcionan, se puede concluir que, a pesar de que tanto el derecho de receso como el derecho a impugnar las resoluciones de la Junta General son derechos que protegen a los accionistas minoritarios, es evidente que las diferencias entre ambos derechos son fundamentales. A continuación enumeramos algunas obtenidas de las definiciones que tanto la ley como la doctrina proporcionan respecto de ambos derechos.

- i) El derecho de impugnación procede contra las resoluciones de la Junta General u organismos de administración que se hubieran adoptado de conformidad con la ley o con el estatuto social; o, que lesionen en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la compañía (Egas Peña, 2006, pág. 123). Mientras que el derecho de receso es “la facultad acordada al socio de solicitar el reintegro de su capital social cuando se producen determinados cambios en la dirección empresarial” (Pennacca, 1978, pág. 18).
- ii) La demanda realizada por los accionistas con la finalidad de impugnar una resolución de Junta General, deberá ser presentada por los comparecientes en la Corte Superior del domicilio de la compañía, dentro del plazo de 30 días a partir de la fecha del acuerdo o resolución (Egas Peña, 2006, pág. 123). Mientras que en el derecho de receso, en caso de inconformidad por parte de alguno

de los accionistas ante las decisiones de transformación fusión y escisión de la compañía, el accionista disconforme “notificará su separación al gerente o administrador de la compañía, por escrito, dentro de los 15 días contados desde la fecha de la Junta General en el que se tomó el acuerdo” (Dávila Torres, 2011, pág. 166).

- iii) El derecho de impugnación es un derecho del que goza la minoría de socios que represente por lo menos la cuarta parte del capital social de la compañía (Egas Peña, 2006, pág. 122). Mientras que Pennacca, quien a su vez cita a Alegria, establece que:

“El receso es la facultad conferida por la ley a los accionistas disidentes o ausentes o abstenidos al tratarse ciertos asuntos de importancia trascendente para la sociedad, de separarse de ella mediante su simple declaración unilateral de voluntad en términos perentorios, recibiendo su participación social íntegra de conformidad con el último balance societario aprobado”. (1978, pág. 40)

En este sentido, los accionistas que pretendan ejercer el derecho de receso no requieren representar ningún porcentaje del capital social. Los accionistas pueden hacer efectivo su derecho de manera individual.

A pesar de las diferencias mencionadas, el derecho de receso y el derecho de impugnación se asemejan en el hecho de que ambos son derechos de carácter fundamental para las minorías accionarias de una compañía. Ambos pretenden resguardar el interés del accionista minoritario ante decisiones de la Junta General con las que no estén de acuerdo, o se vean de una u otra manera perjudicados.

2.2 Derecho de receso en las modificaciones del contrato social

2.2.1 Qué es y qué implicaciones tiene una reforma al contrato social

A pesar de que la doctrina distingue el contrato social, como el origen de la sociedad; y a los estatutos, como el conjunto de normas que regirán la conducta de la sociedad; en la práctica, el acto constitutivo que da vida a la sociedad y los estatutos, se unen para crear el conjunto de las estipulaciones convencionales y normas que regirán y gobernarán a la sociedad. Estas reglas serán obligatorias para todos los socios y una vez se registren, en cumplimiento del principio de publicidad mercantil, serán oponibles a terceros. A pesar de la fuerza obligatoria de estas normas legales, es necesario tomar en cuenta que estas son susceptibles de ser modificadas, adicionadas, o sustituidas parcial o totalmente a través de los mecanismos y procedimientos que han sido instituidos legalmente para ese objeto; y que, van siempre de conformidad de una manifestación de voluntad que coincide con determinadas mayorías. Mientras estos preceptos no sean modificados o derogados de conformidad con los mecanismos establecidos para el efecto, todos estos se considerarán vigentes (Narváez García, 1998, pág. 231).

Narváez García determina que la persona jurídica siempre se ve expuesta a cambiar una y otra vez su manera de operar en diversos ámbitos. Es debido al carácter de cambiante que tiene el régimen convencional de una sociedad, que éste puede sufrir de modificaciones, tales como adiciones, enmiendas, aclaraciones, o sustituciones con la finalidad de adaptarlo a las actividades sociales y a las exigencias de los nuevos tiempos, o también la expansión de los negocios, nuevas exigencias legislativas, adelantos tecnológicos o simplemente al propósito u objetivo específico de los asociados. Todos estos tipos de acoplamientos son las reformas estatutarias (1998, pág. 232).

Para la autora Sánchez Ruiz, el objetivo de una modificación a los estatutos sociales de una compañía es:

“la introducción de una reforma en las normas de organización de una determinada sociedad previstas en sus estatutos. Formalmente, consiste

en un cambio de la redacción de los estatutos sociales inscritos en el Registro Mercantil y exige el cumplimiento de los requisitos previstos por la Ley.” (Sánchez Ruiz , 2015)

Por otro lado, Vanasco nos ilustra que durante la existencia de la sociedad, los socios pueden modificar el contrato social “a través de las mayorías que se requieren en el mismo contrato o en las disposiciones legales aplicables a cada tipo social” (2006, pág. 259). Adicionalmente, el mismo autor menciona que no existe razón para que las cláusulas del contrato constitutivo de una sociedad permanezcan sin ser modificadas a lo largo de toda la vida jurídica de la sociedad debido al dinamismo y a la evolución que enfrentan constantemente los aspectos mercantiles y societarios (Vanasco, 2006, pág. 259).

De acuerdo a Vanasco existen varias modificaciones o reformas que pueden ser realizadas dentro del contrato de sociedad; como lo son por ejemplo, el cambio en el capital social, la razón social, el plazo de duración de la sociedad e incluso el objeto social. Para estos tipos de modificaciones, la legislación argentina exige en lo que se refiere a las compañías anónimas, una mayoría especial y reforzada (Vanasco, 2006, pág. 259).

Los tipos de modificaciones mencionadas en el párrafo anterior, no alteran a la sociedad en lo que respecta a su tipo social, para cambiarlo por otro que se encuentre contemplado en la ley, ya que esas son “reformas que no cambian sus elementos tipificantes ni varía la personalidad de la sociedad, que continúa siendo la misma pese a las modificaciones del acto constitutivo” (Vanasco, 2006, pág. 259).

El autor Narvárez García nos indica que el proceso que ha de seguirse para introducirse cualquier mutación social deberá ser “con base en que los derechos esenciales inherentes a la condición de socio (status socii) no sean vulnerados” (1998, pág. 232). Adicionalmente a esto, el mismo autor menciona que para que surtan a plenitud los efectos de las modificaciones sociales deberán realizarse trámites de distinta naturaleza (Narvárez García, 1998, pág. 232):

- i) Trámites de fondo, relativos a la aprobación por parte del órgano social correspondientes, a la formación de la voluntad social, así como a la eficacia de la modificación.
- ii) Trámites de forma, como la elevación de la reforma a escritura pública.
- iii) Trámites de publicidad, ya que es un acto sujeto a inscripción en el Registro Mercantil.

En lo que respecta a las formalidades que deben ser cumplidas de conformidad con la legislación ecuatoriana, el autor Dávila Torres menciona que las reformas estatutarias que cambien total o parcialmente el texto estatutario gracias a la apertura de una sucursal, por aumento o disminución del capital social, por prórroga o disminución del plazo, por cambio de nombre, por traslado de sede a otro lugar dentro del territorio ecuatoriano; o también por la codificación de normas cuando esto sea necesario, deberán realizarse a través de escritura pública debido a que, para que sean eficaces, dichas modificaciones deberán cumplir con las mismas solemnidades exigidas para la validez del contrato social. Estas mismas solemnidades deberán ser también cumplidas en los actos de transformación, disolución anticipada, convalidación, fusión, o escisión; así como también, la exclusión del socio en las especies de compañías donde ella procede (2011, pág. 132).

Por otro lado, los autores Richard y Muiño se encargan de recalcar que todas las modificaciones que se realicen al contrato social deben ser inscritas en el registro correspondiente, con la finalidad que de estas puedan ser oponibles a terceros. Los autores mencionados establecen que la falta de inscripción de las modificaciones que se realicen al contrato social, impide que estas tengan efectos para con terceros; sin embargo estas modificaciones no inscritas si podrán ser oponibles en contra de la sociedad por parte de terceras personas, salvo en la sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada dentro de la legislación argentina (2004, pág. 171).

Narváez García presenta un listado sobre los efectos que genera un acuerdo de reforma válidamente aprobado, mismo que sintetizamos a continuación:

- i) “Aprobada la reforma, ésta obliga a los asociados aunque no se solemnice por escritura pública.
- ii) Para los terceros la reforma solo entra en vigencia a partir de la inscripción en el Registro Mercantil del instrumento público que lo contiene.
- iii) Si no se observan los requisitos externos de toda reforma, esta no queda viciada de nulidad. Sencillamente, para los terceros los estatutos venían rigiendo, como si no existiera reforma.
- iv) Así como el pacto generador de la sociedad es consensual y las estipulaciones cobran vigor entre ellos desde cuando son acordadas, también las reformas introducidas al régimen convencional que los vincula imperan entre ellos, aunque no se lleve a cabo tal formalidad”. (1998, pág. 236)

Respecto de las reformas que son posibles realizar dentro de una sociedad, Narváez García determina que no cabe duda sobre la posibilidad de realizar reformas de naturaleza trascendental a lo largo de la vida de una compañía. Sin embargo, también menciona que existen otro tipo de reformas que son menos complejas y que también son reformas estatutarias, y que no se oponen a la esencia de la sociedad si no que se acoplan a la su característica de ser mutable; por ejemplo, el cambio de denominación o razón social, o del domicilio, el aumento o la disminución del capital, el retiro o sustitución de socios en las compañías por parte interés o por cuotas, las modificaciones en la administración, la ampliación o restricción del objeto social, la prórroga del término de duración, la creación de reservas estatutarias, la modificación de la mayoría necesaria para aprobar ciertas determinaciones, la estipulación de nuevas causales de disolución anticipada, la forma como ha de liquidarse el patrimonio social, etc (1998, pág. 237).

El mismo autor anteriormente citado menciona que también existen muchos acuerdos y decisiones de la Junta de Socios que son simples actos de ejecución o desarrollo del régimen convencional plasmado en los estatutos. A pesar de la trascendencia que estos actos aparenten, no son considerados como reformas; como por ejemplo (Narváez García, 1998, pág. 238):

- i) La creación de reservas
- ii) La apertura de agencias
- iii) El acuerdo que determina la emisión de acciones
- iv) La designación o sustitución de administradores

La sección que consta a continuación tratará sobre aquellas modificaciones que si implican un cambio en la estructura dentro de la sociedad. Dentro de la legislación ecuatoriana, estas modificaciones deberán realizarse a través de una reforma a los estatutos sociales de la compañía, debidamente elevada a escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil.

Finalmente, cabe mencionar que también existen reformas ante las cuales terceras personas podrán oponerse a su inscripción en el Registro Mercantil, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de nuestra Ley de Compañías, mismo que en su segundo inciso establece que:

“La oposición de terceros a la inscripción de la disminución del capital, cambio de nombre, disolución anticipada, cambio de domicilio o convalidación de la compañía, se sujetará al trámite previsto en los Arts. 86, 87, 88, 89 y 90”. (Ley de Compañías, art.33)

Según lo establecido en el citado artículo, dentro de aquellas determinadas reformas, terceras personas podrán oponerse a la inscripción de las mismas siempre que se vean perjudicadas. Para esto, y de conformidad con lo establecido por el artículo 86 de nuestra Ley de Compañías, el opositor deberá presentar la correspondiente solicitud escrita en la que se expresan los motivos de la oposición ante el Juez de lo Civil, dentro de los siguientes seis días contados desde la última publicación del extracto de la respectiva modificación.

2.2.2 Tipos de modificaciones

El primer tipo de las modificaciones estructurales de las compañías que se tratará dentro del presente apartado será la transformación. El autor Escuti establece que la transformación “es la adopción de una compañía de otro de los tipos sociales previstos por la ley” (2006, pág. 389). Esto quiere decir que,

una sociedad constituida bajo una forma social, adopta otro de los tipos sociales previstos en la norma (Escuti, 2006, pág. 389).

En la legislación ecuatoriana, la transformación está regulada en la Ley de Compañías a partir del artículo 330; y, la norma es clara al determinar que en el proceso de transformación la sociedad no se disolverá, ni tampoco cambiarán los derechos y obligaciones de la persona jurídica.

El tratadista Escuti nos ilustra que a lo largo de la historia del derecho comparado el cambio de tipo social realizado por las compañías, se ha dado generalmente de una sociedad personalista a una sociedad de tipo capitalista. Esto, debido a que en su mayoría se trata de compañías que nacen como sociedades familiares, y que con el paso del tiempo se incrementaba el número de socios al mismo tiempo que se incrementaba también la cantidad de actividad dentro de la compañía. Estas sociedades *intuitu personae*, con la finalidad de mantener una estructura organizada y que pudiera abarcar esos negocios, se transformaban en sociedades de responsabilidad limitada, y finalmente terminaban como sociedades anónimas, cuando se requería captar más capital del público o tener un mayor acceso al crédito (2006, pág. 389).

Vanasco ilustra que es común que los socios deseen modificar el tipo social de la sociedad para adoptar otro de los tipos sociales previstos por la ley societaria, bien porque la complejidad de sus operaciones requiere una organización jurídica más compleja que la que eligieron en un principio y necesitan trabajar bajo el tipo de la sociedad anónima, o porque tienen interés en limitar su responsabilidad personal, si la sociedad inicial fuera una sociedad colectiva; recurriendo así a la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada. O por el contrario, puede suceder que los socios quieran trabajar dentro de un tipo social más sencillo, como el de una sociedad de carácter colectivo, debido a la disminución del giro de su negocio y se requiera simplificar la organización interna adoptada inicialmente (2006, pág. 260). Para todos estos casos, la legislación crea la institución jurídica de la transformación, que es considerada como:

“una operación de técnica jurídica que importa el cambio de un tipo social a otro sin necesidad de disolver la sociedad originariamente

constituida y reconociéndose, no obstante la mutación, la misma personalidad jurídica a la sociedad transformada, que continúa siendo el mismo sujeto de derecho, con todos los atributos que ello importa (mismo patrimonio, domicilio, razón social, o denominación)". (Vanasco, 2006, pág. 260)

Es por esta razón que, cuando se lleva a cabo una transformación, el sujeto de derecho que puede ser deudor o acreedor es el mismo, así como también es el mismo titular de los derechos reales y personales que puedan encontrarse registrados a su nombre. En sentido, se dice que nada cambia, a excepción del tipo social, y serán los mismos socios los que pasen a ser recogidos por el nuevo tipo adoptado (Vanasco, 2006, pág. 261).

Es así, que la transformación es considerada como un "instrumento de técnica societaria aplicada a la conservación de la empresa y a la continuidad del sujeto de derecho nacido bajo otro tipo social" (Vanasco, 2006, pág. 262).

En efecto, mencionan Richard y Muiño, que:

"la transformación de la sociedad de un tipo en otro no hace desaparecer su identidad, así como lo hace desaparecer la modificación de otros elementos de su contrato social. En sustancia, la sociedad permanece formalmente idéntica, no obstante la importancia de las modificaciones que se aportan a su estatuto". (2004, pág. 822)

Uno de los efectos que acarrea la transformación es el eventual problema que puede surgir respecto de la responsabilidad de los socios frente a terceros. Esta responsabilidad puede ser cambiada con la adopción de un nuevo tipo social. Por ejemplo, los socios de una sociedad colectiva quienes responden personal e ilimitadamente, pueden transformar su compañía en una de responsabilidad ilimitada, en donde esta extensión de la responsabilidad desaparecerá. De igual manera, puede ocurrir que una sociedad de responsabilidad limitada se transforme en una colectiva. Para estos casos, tanto la legislación ecuatoriana como la argentina establecen que la transformación no modifica la responsabilidad solidaria e ilimitada anterior de los socios, de las obligaciones contraídas con anterioridad a la transformación

de la compañía, salvo que los acreedores hayan consentido expresamente la transformación (Vanasco, 2006, pág. 265).

El segundo tipo de modificación que se abordará dentro del siguiente apartado será la escisión, siendo ésta de conformidad con el autor Vanasco, “una moderna tendencia de la economía de mercado dirigida hacia la descentralización empresarial” (2006, pág. 380). Esto se debe a varias razones, entre ellas, la necesidad de diversificar las distintas actividades llevadas a cabo por una gran empresa, para lograr un mejor manejo y control de cada una de dichas actividades, así como para dividir el capital invertido en cada una de la áreas con la finalidad de disminuir el riesgo relativo a otro sector, de manera que cada área responda por cada una de sus deudas (Vanasco, 2006, pág. 380).

En términos jurídicos, la escisión comprende:

“la reorganización de la sociedad titular de una empresa en distintos sujetos jurídicos, independientes entre sí e independientes de la sociedad que se ha escindido, de manera tal que cada sector empresario desmembrado de la empresa madre tendrá como titular a un nuevo sujeto de derecho, que será la sociedad creada por efecto de la escisión” (Vanasco, 2006, pág. 381).

Richard y Muiño establecen que la división patrimonial de una sociedad puede servir para alcanzar varios objetivos; como por ejemplo, para dividir el capital de la sociedad entre los socios, entregando a algunos de ellos la parte patrimonial escindida, y permitiendo que la sociedad pueda lograr distintitos enfoques operativos sin liquidar la sociedad (2004, pág. 844).

Vanasco determina que a diferencia de la fusión, que puede darse de dos formas, se reconocen y se definen varios tipos o clases de escisión, “según la compañía escidente participe en el proceso con otras sociedades existentes o continúe subsistiendo como sociedad luego de haber transferido parte de su patrimonio, o que, con motivo de la escisión, desaparezca porque se disuelve” (2006, pág. 383).

El autor Escuti (2006, pág. 401) establece que hay escisión en los siguientes casos:

- i) Cuando una sociedad sin disolverse, destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o; para formar con ellas una nueva sociedad.
- ii) Cuando una sociedad sin disolverse, destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas.
- iii) Cuando una sociedad se disuelve, sin liquidarse, para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades.

De la misma manera, los autores Richard y Muiño mencionan que dentro de la legislación argentina, la norma regula la escisión de compañías en base a tres supuesto: “1) la fundación de un nuevo ente con otras sociedades; 2) la incorporación de una parte del patrimonio a una sociedad existente; y, 3) la creación de una nueva sociedad con parte del patrimonio de la sociedad que se escinde” (2004, pág. 842). Los autores determinan que para todos los supuestos la escisión produce una reducción proporcional del capital, y que las partes sociales y acciones correspondientes por el aporte del patrimonio social corresponden directamente a los socios o accionistas, estableciendo así que estos son los titulares de las acciones y no, la sociedad que se escinde (Richard y Muiño, 2004, pág. 843).

Escuti establece que para que opere la escisión, la ley exige el cumplimiento de ciertos requisitos como son; en primer lugar, la resolución por parte de la Junta General que apruebe la escisión; y lo mismo para los casos de transformación o fusión (2006, pág. 402).

Al respecto, Vanasco establece que:

“En primer lugar, los socios deben adoptar una decisión acerca de la escisión que pretenden llevar a cabo. Se trata pues, de una resolución que atañe a los propios socios y no a los administradores de la sociedad escidente. Habrá que tener en cuenta el tipo de sociedad para establecer las condiciones que deben reunirse para tomar esta decisión”. (2006, pág. 391)

Cabe recalcar que dentro de nuestra Ley de Compañías, la escisión se encuentra regulada a partir de artículo 345, estableciendo que: “la Junta General de socios podrá acordar la división de la compañía, en una o más sociedades” (Ley de Compañías, art. 215).

El tercer tipo de reorganizaciones societarias existente, es la fusión de compañías. Sin embargo, esta figura jurídica se analizará en el apartado que consta a continuación.

Finalmente, Escuti menciona que no necesariamente las modificaciones que se pueden dar al contrato social tienen realizarse por separado. En la práctica, puede existir una absorción, una escisión, o puede haber una transformación, y pueden también darse todas juntas (2006, pág. 403).

2.2.3 La fusión de compañías

A continuación se analizará la fusión de compañías, como institución jurídica ante la cual los accionistas podrán hacer efectivo su derecho al receso.

En los que respecta el concepto de fusión, el Diccionario Jurídico Elemental de Cabanellas de Torres la considera como:

“El acto mediante el cual dos o más sociedades unen, o mejor dicho funden sus o bienes o elementos, tanto personales como patrimoniales, para dar nacimiento a un nuevo ente jurídico”. (2006, pág. 171)

De la misma manera, Vanasco establece que la fusión “se trata de una operación de naturaleza societaria que puede asumir dos formas: la fusión propiamente dicha, y la fusión por absorción” (2006, pág. 342). Se podrá apreciar que en las dos situaciones el fenómeno es el mismo; sin embargo, presentan marcadas diferencias en el proceso que en un caso y en otro se llevan a cabo (Vanasco, 2006, pág. 342).

Los tratadistas Richard y Muiño también presentan su definición de la fusión de sociedades, estableciendo que la fusión:

“implica actos de naturaleza corporativa o social de dos o más sociedades, que tiene como vehículo de ejecución un acuerdo de

carácter contractual entre esos entes corporativos, por virtud del cual se opera la transmisión del total del patrimonio de una o varias sociedades en favor de una tercera que, como contrapartida, entrega acciones propias a los accionistas de la sociedad o sociedades transmitentes, que se disuelven sin liquidarse”. (2004, pág. 833)

Los mismos autores determinan que la fusión es una institución jurídica compleja, misma que se realiza de una manera igualmente compleja y no como un mero pacto o contrato celebrado entre las sociedades que se someterán a un proceso de fusión (Richard y Muiño, 2004, pág. 844).

Como se ha visto en las otras modificaciones que puede sufrir el contrato social (transformación y escisión), la fusión de compañías también tiene sus implicaciones de carácter económico, siendo estas “la racionalización del proceso productivo o de la distribución, o una mejor prestación de servicios, con reducción de costos lo cual representa una ventaja, por cuanto es posible afrontar la competencia extranjera”, según lo determinado por el autor Narváez García (1998, pág. 250). El mismo autor establece también que a través de la fusión se puede evitar la competencia dañina entre sociedades, y que es un medio idóneo y saludable para que las pequeñas y medianas empresas que se encuentren necesitadas de capital, de tecnología, o de otro tipo de recursos, se integren con la finalidad de unir esfuerzos a pesar de la competencia que representan las grandes compañías a nivel mundial (Narváez García, 1998, pág. 250).

Dentro de este aspecto, García Narváez también menciona la importancia de diferenciar la fusión como institución jurídica, de las uniones económicas o la concentración de empresas que pueden ser muy semejantes a la fusión. En este sentido, es necesario establecer que la adquisición realizada por una sociedad de todas las partes de interés, cuotas o acciones, de otra compañía (a pesar de que esto implicará la disolución y la liquidación de ésta sociedad); es considerada desde el punto estrictamente económico como una de las formas de realizar una concentración, sin embargo, jurídicamente no es una fusión debido a que sus consecuencias son diferentes (1998, pág. 250).

De lo dicho, podemos decir que la fusión es el acto jurídico a través del cual dos o más compañías unen sus patrimonios con la finalidad de formar una sola persona jurídica. Se unirán también los socios de cada una de las sociedades, quienes pasarán a formar parte de la nueva compañía creada.

Los autores Richard y Muiño (2004, pág. 834) presentan las siguientes características de la fusión de sociedades:

- i) La sociedad que se incorpora a la nueva o a la sociedad ya existente se extingue, disolviéndose sin liquidarse.
- ii) La sociedad resultante de la fusión adquiere el patrimonio de la sociedad incorporada. Es así que se produce una sucesión a título universal, de modo que todos los bienes, créditos y deudas de la sociedad que se extingue, pasan a la sociedad creada con la fusión.
- iii) Los socios de la sociedad que se extingue se convierten en socios de la nueva sociedad, o de la sociedad a absorbente; sin embargo, en la práctica esto puede o no ser así.

Es así, que la fusión significa entonces “la reunión de dos o más sociedades en una sola y puede ser llevada a efecto de dos maneras: por creación de una nueva sociedad y por absorción o anexión” (Richard y Muiño, 2004, pág. 834).

Nuestra Ley de Compañías, ha considerado a la fusión a partir del artículo 337, determinando en el mismo que:

“Art. 337.- La fusión de las compañías se produce:

- a) Cuando dos o más compañías se unen para formar una nueva que les sucede en sus derechos y obligaciones; y,
- b) Cuando una o más compañías son absorbidas por otra que continúa subsistiendo.” (Ley de Compañías, art. 337)

En este sentido, podemos establecer que la existencia de dos tipos de fusión. El autor Narvéez García es muy ilustrativo al determinar que la fusión de compañías se lleva a cabo por cualquiera de las dos modalidades que se presentan a continuación:

“Por absorción, cuando una sociedad absorbe o incorpora el patrimonio, los asociados y la totalidad de los derechos y obligaciones de las

sociedades absorbidas; o por creación, llamada también en la doctrina como fusión *strictu sensu*, cuando dos o más sociedades se disuelven y funden todos sus elementos patrimoniales en una nueva compañía que las sucede en sus derechos y obligaciones, caso en el cual desaparecen las compañías que concurren a crear la nueva sociedad”. (1998, pág. 252)

Richard y Muiño también son claros al determinar que la fusión de compañías puede ser realizada de dos modos: a través de la constitución o creación de una nueva sociedad que junte a las sociedades pre existentes; o mediante la absorción o incorporación a una sociedad de una u otras varias sociedades (2004, pág. 834).

Adicionalmente, Escuti determina que la fusión es la unión de sociedades tanto en sus patrimonios como en sus socios y que, para la legislación argentina existirá un proceso de fusión cuando dos o más sociedades se disuelven pero que no llegan a liquidarse, con la finalidad de constituir una nueva sociedad; por ejemplo, cuando dos compañías anónimas pasan a formar una sola, de manera que se transfieren todos los bienes de las dos sociedades a la compañía resultante, así como también todos los socios pasarán a ser accionistas de la nueva sociedad. La legislación argentina también considera otra forma de fusión por medio de la cual, una sociedad A absorbe a una sociedad B, por lo que la sociedad A seguirá subsistiendo pero se realiza un traslado de todo el patrimonio y todos los socios de la sociedad B a la A. En este segundo caso no surge una nueva sociedad, sino que una de ellas absorbe a la otra; y, esta última desaparecerá como sujeto de derecho (2006, pág. 394).

Es así, que la fusión por creación presenta sus propias características, siendo estas la disolución y extinción que afectarán a todas las compañías que participarán en la fusión y, la creación de una nueva sociedad destinada a suceder, a título universal, a las compañías fusionadas. Por otro lado, en la fusión por absorción subsistirá la sociedad absorbente y esta aumentará su capital social hasta la concurrencia del valor de los activos netos que incluye en su patrimonio (Narvárez García, 1998, pág. 253).

A pesar de las diferencias encontradas entre los dos tipos de fusión, cabe recalcar que ambas tienen características comunes; siendo estas que, en ambas clases una o varias sociedades se extinguen para confundir sus activos y pasivos; y, las que se extinguen consolidarán sus patrimonios en la fusionante. También se establece que la fusión de compañías siempre estará precedida de una resolución aprobada por el órgano de gobierno de la compañía encargado de conformar la voluntad social dentro de cada una de las compañías que pretenden fusionarse. Finalmente, se recalca el hecho de que los socios de las sociedades que se extinguen se convierten en asociados de la nueva sociedad; sin embargo, este factor no limita la posibilidad de que algunos socios ejerzan el derecho de receso (Narváz García, 1998, pág. 253).

En lo que respecta al proceso de fusión, podemos establecer de acuerdo a lo ilustrado por Narváz García, “la fusión es un negocio jurídico complejo porque requiere una serie de pasos sucesivos y escalonados, cada uno de los cuales corresponde a un propósito concreto” (1998, pág. 253). Dentro de nuestra legislación societaria, el trámite y los efectos del proceso de fusión constan a partir del artículo 338, en el que se evidencia que el primer paso será el proceso de disolución de las sociedades correspondientes, para posteriormente iniciar el traspaso en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la compañía fusionante.

De igual manera, es importante considerar que a más del balance final de la compañía fusionada, o absorbida, la escritura contendrá “las modificaciones estatutarias resultantes del aumento de capital de la compañía absorbente y el número de acciones que hayan de ser entregadas a cada uno de los nuevos socios o accionistas” (Salgado Valdez, 2006, pág. 283).

Es también necesario considerar la mayoría decisoria que se necesitará dentro de la Junta General para la aprobación de una fusión. En el caso de las compañías anónimas, esta situación se encuentra regulada por el artículo 241 de la Ley de Compañías, mismo que establece que:

“Salvo las excepciones previstas en la ley o en el estatuto, las decisiones de las Juntas Generales serán tomadas por mayoría de votos del capital

pagado concurrente a la reunión. Los votos en blanco y las abstenciones se sumarán a la mayoría. (...). (Ley de Compañías, art. 241)

Por otro lado, en el caso de las compañías de responsabilidad limitada, las resoluciones se tomarán por mayoría absoluta de los socios presentes. De la misma manera, los votos en blanco y las abstenciones se sumarán a la mayoría (Ley de Compañías, art. 117).

Sin embargo, y a pesar de lo mencionado por los artículos 117 de nuestra ley, es necesario tomar en consideración lo establecido por el artículo 331, mismo que si bien hace referencia a los casos de transformación, también es aplicable a la fusión debido a la referencia tácita que realiza nuestra normativa en su artículo 344. El referido artículo 331 establece:

“La compañía anónima podrá transformarse en compañía de economía mixta, en colectiva, en comandita de responsabilidad limitada o viceversa. Cualquier transformación de un tipo distinto será nula.

La transformación de una compañía en nombre colectivo, en comandita simple o de responsabilidad limitada, a otra especie de compañía, requerirá el acuerdo unánime de los socios”. (Ley de Compañías, art. 331)

En este sentido, y gracias que dentro de los artículos destinados a regular la fusión no existe uno que determine el quorum necesario para resolver sobre una fusión, entendemos que el quorum requerido para resolver respecto de una fusión dentro de las compañías de responsabilidad limitada es la unanimidad. Esto, en aplicación a lo establecido por el artículo 344 de la Ley de Compañías, mismo que realiza la referencia tácita mencionada anteriormente.

Así, concordamos con lo mencionado por el autor Romero Parducci, quien a pesar de referirse a la transformación en el texto que consta a continuación, cabe adoptar la misma opinión con respecto a las resoluciones de Junta General de las compañías de responsabilidad limitada:

“A propósito de la unanimidad que exige el artículo 331 para algunas transformaciones, es obvio que en tales casos el derecho de separación resultaría totalmente improcedente; con lo cual se deja destacado que

no en todos los casos de transformación se puede hablar correctamente del derecho receso”. (1999, pág. 225)

2.2.4 Derecho de receso y la fusión de compañías

Como ha sido mencionado anteriormente, uno de los supuestos considerados por la legislación ecuatoriana ante los cuales los accionistas pueden ejercer su derecho al receso, es la fusión de compañías.

Se ha visto también que el efecto principal de la fusión es que la nueva sociedad formada adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas, produciéndose así la transferencia de los patrimonios al inscribirse la escritura pública de fusión en el Registro Mercantil. Es en este supuesto que tampoco se alteran los derechos y obligaciones de terceros (Escuti, 2006, pág. 396).

Richard y Muiño nos ilustran que, ante un caso en el que se modifique sustancialmente la estructura de la persona jurídica societaria, como en el caso de la fusión, “se autoriza el receso de los socios que votaron negativamente o los ausentes, en los casos en los que no es necesaria la unanimidad” (Richard y Muiño, 2004, pág. 831). Es así que, el ejercicio del derecho de receso no altera su responsabilidad ante terceros por las obligaciones contraídas hasta antes de la inscripción de fusión, en donde se establecerá que accionistas son los que se retiran de la sociedad. Sin embargo, la responsabilidad de los accionistas permanecerá hasta que las obligaciones anteriores sean satisfechas, y los administradores garanticen a los accionistas disidentes exclusivamente las obligaciones contraídas desde el ejercicio del derecho de receso hasta la inscripción de la fusión (Richard y Muiño, 2004, pág. 831).

Adicionalmente, hemos mencionado al derecho de receso como “una facultad que se les concede a los socios ante una esencial modificación del contrato o estatuto social adoptada en virtud del principio mayoritario” (Vanasco, 2006, pág. 364). Según lo manifestado por el tratadista Vanasco, el derecho de receso constituye la manifestación de:

“un principio transaccional entre la absoluta inmutabilidad del contrato social en sus aspectos más esenciales y la posibilidad de su revisión, reconociendo la libertad de los socios disidentes de apartarse de la sociedad y recibir como contraprestación el valor de su participación social en cuotas o acciones”. (2006, pág. 365)

Respecto a la obligatoriedad de las decisiones adoptadas por parte de la Junta General, el autor Narváez García determina que para que las decisiones del gobierno de la compañía no obliguen únicamente a los accionistas que votaron afirmativamente por dicha resolución, sino también a los asociados que se opusieron a su adopción y a quienes estuvieron ausentes de la respectiva junta, se exige:

- i) Que la Junta General sea llevada de acuerdo con las normas legales y estatutarias que rigen a la sociedad respecto del lugar, convocatoria y quórum.
- ii) Que los acuerdos versen sobre cuestiones que atañen a todos los asociados, pues el principio de generalidad será el fundamento de que sea posible decidir por mayoría.
- iii) Que las Juntas sean realizadas conforme a las estipulaciones de los estatutos y a las determinaciones de la ley (1998, pág. 351).

El mismo autor, establece que en caso de que alguna de las condiciones anteriormente mencionadas no se cumpla, se generará un abuso del derecho de las minorías en contra de los asociados ausentes o disidentes. Es así que la generalidad de las decisiones implica que éstas deberán ser consecuentes con el interés de todos los asociados dentro de la igualdad jurídica que supone el status socii. Y, siempre que las resoluciones de Junta General se aprueben de conformidad con la ley y los estatutos y tengan esa condición, vincularán y obligarán a todos los asociados. En este sentido, es necesario recalcar que el principio de generalidad, básico de las mayorías decisorias, es opuesto al extremo de desconocer o vulnerar los derechos otorgados a los accionistas (Narváez García, 1998, pág. 351).

Al respecto, el tratadista ecuatoriano Dávila Torres nos menciona que de conformidad con lo establecido por nuestra ley societaria “serán obligatorias las

resoluciones de las Juntas Generales para todos los accionistas, aun cuando no hayan concurrido a ellas o, encontrándose presentes, hubieren discrepado y votado en contra” (2011, pág. 167). El mismo autor menciona que este principio tiene sus bases en la presunción, que puede o no ser cierta, de la coincidencia del interés de la mayoría con el interés de la compañía; y, por ende, con el interés individual de cada uno de los accionistas. A pesar de esto, la ley ha otorgado a las minorías el derecho de impugnar los acuerdos, con el objetivo de evitar perjuicios. El mismo análisis fundamenta a los otros derechos otorgados a las minorías, como el derecho de receso, y ninguno de estos puede sufrir ningún tipo de modificación o mutación que lo disminuya o perjudique su ejercicio (Dávila Torres, 2011, pág. 167).

Es así, que el artículo 221 de la Ley de Compañías, en su segundo y tercer inciso establece que:

“Será nula toda cláusula o pacto que suprima o disminuya los derechos a tribuidos a la minorías por la ley.

También serán nulos, salvo en los casos que la ley determine, los acuerdos o cláusulas que supriman derechos conferidos por ella a cada accionista” (Ley de Compañías, art. 221)

Precisando sobre lo anteriormente dicho, el autor Romero Parducci establece que el derecho de receso:

“podrá ejercerse legalmente frente a resoluciones asamblearias legítimamente adoptadas y únicamente en los casos expresamente previstos por la ley, y esos casos expresamente previstos por la ley suelen ser los de modificaciones contractuales de gran trascendencia para las cláusulas sustanciales del contrato social”. (1999, pág. 217)

Sin embargo, frente a las posturas anteriormente señaladas, es necesario también tomar en cuenta el principio corporativo de la sumisión de los accionistas a los acuerdos legítimos de las Juntas Generales (Romero Parducci, 1999, pág. 217). Así, nuestra Ley de Compañías también es clara al determinar en su artículo 245 que “las resoluciones de la Junta General son obligatorias para todos los accionistas, aun cuando no hubieren concurrido a

ella, salvo el derecho de oposición en los términos de esta Ley” (Ley de Compañías, art. 245). Frente a esto, el tratadista ecuatoriano Romero Parducci establece que es necesario reconocer al derecho de receso como una institución jurídica del derecho societario ya que es una “auténtica puerta de escape para el accionista que se ve aplastado por la voluntad mayoritaria” (1999, pág. 218). Pero tal y como lo reconoce la doctrina, y en palabras del autor Romero Parducci, “esa puerta de escape no puede inducir a excesos que configuren un desconocimiento del evidente derecho al gobierno de la sociedad que poseen las mayorías, por más relativas que fueren” (1999, pág. 218).

A pesar de las consideraciones mencionadas anteriormente, cabe citar a los autores Richard y Muiño, quienes sintetizan de mejor manera lo anteriormente mencionado:

“Sin duda, el principio mayoritario es el único que permite el funcionamiento práctico de las sociedades anónimas, y hay que evitar que se les infiera una herida mortal. Pero tampoco se puede dejar a los accionistas minoritarios, o por mejor decir, a los accionistas que no secunden con su voto los acuerdos sociales, totalmente a merced de la mayoría, cuando ésta, con olvido de sus deberes, lesiona los intereses de la sociedad comunes a todos los accionistas, o infringe los mandatos de la ley y de sus propios estatutos”. (2004, pág. 456)

Finalmente, cabe nuevamente recalcar lo manifestado por Vanasco, quien es preciso al mencionar que:

“Cuando la ley concede el derecho de receso y no da opción para que se prive de él al socio, ese derecho es inderogable, ya sea en el contrato o en el estatuto de la sociedad, pues se considera un derecho esencial vinculado estrechamente a la economía y funcionamiento del instituto de la fusión”. (2006, pág. 366)

Con lo que podríamos concluir estableciendo que a pesar de la fuerza de la que goza la mayoría accionaria para tomar resoluciones respecto de la modificación del contrato social, como lo es la fusión; nunca se podrá

menoscabar el derecho individual del accionista disidente con dicha resolución, de separarse de la sociedad y recibir en reembolso del valor de sus acciones.

Capítulo III: El derecho de receso en los casos de fusión en la legislación comparada

Dentro de la presente investigación será relevante el análisis de legislación comparada, ya que podremos obtener distintas perspectivas ante las cuales se puede enriquecer nuestra legislación nacional, gracias a los aportes realizados por el derecho extranjero que es un punto de referencia al momento de pretender mejorar la regulación de un determinado derecho o institución jurídica dentro de nuestra normativa. Es así, que se han escogido las legislaciones que constan en el análisis a continuación, en consideración a la importancia que cada una de estas legislaciones brinda a la regulación del derecho de receso.

3.1 Legislación argentina

En Argentina, las sociedades comerciales se encuentran reguladas por la Ley General de Sociedades. Dicha norma es la que se encarga también de regular el derecho de receso. Puntualmente, es el artículo 245 de la Ley General de Sociedades, o Ley No. 19.550 ubicado dentro del capítulo II, sección V de dicha norma, que se encarga de realizar la regulación en mención. El capítulo II trata sobre cada una de las sociedades en particular y, la sección quinta de dicho capítulo regula todo lo relacionado con las sociedades anónimas.

Además del artículo mencionado en el párrafo anterior, existen varios artículos a lo largo de la Ley General de Sociedades que también contemplan el ejercicio del derecho de receso. Estos artículos son el 129, 136, 143, 157, y el 316, en los que el derecho de receso es considerado también a favor de los socios de sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria, de responsabilidad limitada y en comandita por acciones respectivamente.

En lo que respecta a los accionistas que se encuentran legitimados para el ejercicio del derecho de receso, el artículo 245, en su tercer párrafo determina que:

“(…) Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 244 para la determinación de la mayoría, el derecho de receso sólo podrá ser

ejercido por los accionistas presentes que votaron en contra de la decisión, dentro del quinto día y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas al tiempo de la asamblea, dentro de los quince (15) días de su clausura. En los supuestos a que se refiere el párrafo anterior, el plazo se contará desde que la sociedad comunique la denegatoria o el desistimiento mediante avisos por tres (3) días en el diario de publicaciones legales y en uno de los que tenga mayor circulación en la República (...).” (Ley General de Sociedades, art. 245)

De esta norma se desprende que el derecho de receso puede ser ejercido por los accionistas que no votaron favorablemente y por los accionistas ausentes. Sin embargo, se generaba la duda respecto de la abstención, en el sentido de si esta debía entenderse como manifestación contraria, o si carecía de sentido positivo o negativo; y por ende, no podía reputarse ni como voto ausente, ni como voto disidente (Richard y Muiño, 2004, pág. 496).

Esta duda se esclarece con la Ley 22.903, en la que se incluye una trascendente modificación que limita la posibilidad del ejercicio del derecho de receso a quienes votaron en contra de la resolución adoptada por la asamblea, lo que no incluye a quienes se abstuvieron (Richard y Muiño, 2004, pág. 496).

En cuanto a semejanzas con la legislación ecuatoriana, esta también considera como accionistas legitimados para el ejercicio del derecho de receso a aquellos que hayan votado en contra de la resolución de Junta General correspondiente, a los accionistas ausentes, así como también a los accionistas disidentes, de conformidad con el artículo 333 de la Ley de Compañías.

En lo que respecta a los presupuestos ante los cuales puede ejercerse el derecho de receso, la legislación argentina determina diez causales. A diferencia de lo que sucede dentro de la legislación ecuatoriana, la legislación argentina es mucha más extensa en su consideración del derecho de receso, ya que dichas causales son “basadas en situaciones generadas por decisiones asamblearias o sanciones que alteren la transmisibilidad de la participación accionaria” (Richard y Muiño, 2004, pág. 497).

A continuación se enumeran las causales consideradas por dicha legislación:

- i) “Transformación
 - ii) Prórroga (excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones)
 - iii) Reconducción (excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones)
 - iv) Transferencia del domicilio al extranjero
 - v) Cambio fundamental de objeto
 - vi) Reintegración total o parcial del capital
 - vii) Fusión (en caso de fusión por incorporación, el derecho solo le corresponde a los accionistas disconformes de la sociedad incorporada, mas no a los de la incorporante, pues ella conserva su individualidad y la única modificación consiste en un aumento de capital)
 - viii) Escisión (salvo los accionistas de la sociedad incorporante en la escisión)
 - ix) Aumentos de capital de competencia de asamblea extraordinaria y que impliquen desembolso para el socio
 - x) Retiro voluntario de la oferta pública o de la cotización de acciones”.
- (Richard y Muiño, 2004, pág. 497)

Del listado presentado anteriormente podemos determinar que el derecho argentino ha sido más prolijo en su consideración del derecho de receso dentro de su normativa, debido a la cantidad de causales ante las cuales puede ejercerse el derecho en mención. Cabe también mencionar que de conformidad con lo establecido por el artículo 245 de la Ley General de Sociedades, se especifica claramente los casos de fusión ante los cuales puede ejercerse el receso, estableciendo que: “(...) salvo en el caso de disolución anticipada y en el de los accionistas de la sociedad incorporante en fusión y en la escisión, pueden separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones” (Ley General de Sociedades, art. 245); situación que no ocurre en nuestra norma.

Finalmente, otro aspecto importante a considerarse de la legislación argentina, tiene que ver respecto de la caducidad del derecho de receso, para lo que el cuarto párrafo del artículo 245 establece que:

“El derecho de receso y las acciones emergentes caducan si la resolución que los origina es revocada por asamblea celebrada dentro de los sesenta (60) días de expirado el plazo para su ejercicio por los ausentes; en este caso, los recedentes readquieren sin más el ejercicio de sus derechos retrotrayéndose los de naturaleza patrimonial al momento en que notificaron el receso”.

Al respecto, Richard y Muiño determinan que dentro esta norma se incluye una condición resolutoria tácita, ya que la voluntad expresa del accionista disidente equivale a una expectativa de separación hasta que se cumpla el plazo de “gracia” (2004, pág. 498). “Si se ejerce en forma importante ese derecho de receso podría convocarse nuevamente a asamblea para que deje sin efecto la resolución que genera el receso” (Richard y Muiño, 2004, pág. 498).

Nuestra legislación ecuatoriana no hace ninguna mención a la posibilidad de que caduque el derecho, lo que puede generar un vacío respecto de esta consideración.

A manera de conclusión, de la legislación argentina en esta materia se puede destacar lo siguiente:

1. Esta legislación realiza una amplia consideración al derecho de receso no solo debido a la cantidad de presupuestos ante los cuales los socios disidentes podrán hacer efectivo su derecho; sino también porque es un derecho que podrá ejercerse dentro de cada uno de los tipos de sociedades, situación que no sucede dentro de la legislación ecuatoriana. Adicionalmente, la legislación argentina es clara en determinar ante qué tipo de fusión no podrá ejercerse el derecho de receso.
2. También, cabe mencionar que de manera similar a lo que ocurre en la legislación hondureña, dentro de la normativa argentina se prevé un

plazo para la caducidad del ejercicio del derecho de receso. Esta situación no ha sido considerada por el derecho ecuatoriano.

3. Respecto de quienes pueden ejercer el derecho de receso, tanto la legislación argentina como y la ecuatoriana son similares en su regulación.

3.2 Legislación colombiana

De conformidad con lo establecido por el autor Reyes Villamizar, “han pasado más de tres décadas desde la inclusión del derecho de receso en el Código de Comercio colombiano” (Reyes Villamizar, 2006, pág. 246). Dentro de la legislación colombiana, será a través de la Ley 222 de 1995 que se regule el ejercicio del derecho de retiro. Dicha regulación consta a partir del artículo 12, ubicado en el título I correspondiente al “régimen de sociedades”, y específicamente dentro del capítulo III encargado de regular el derecho de retiro (Reyes Villamizar, 2006, pág. 246).

La legislación colombiana solo contempla el derecho de retiro para los casos de transformación, fusión, o escisión que impliquen un aumento de la responsabilidad de los socios o una desmejora de sus derechos patrimoniales; así como también, para los casos de inscripción de las acciones de una sociedad en el registro nacional de valores (Reyes Villamizar, 2006, pág. 253).

El primer supuesto determina que los socios que han escogido previamente una forma asociativa específica en la que la responsabilidad que asumirán se encuentra sujeta a ciertas determinaciones, y este régimen no podrá verse cambiado gracias a la voluntad de la mayoría, a menos que se les garantice a los socios ausentes o disidentes el derecho de retiro (Reyes Villamizar, 2006, pág. 253).

En el segundo presupuesto que corresponde a la transformación, fusión o escisión con desmejora patrimonial, la legislación colombiana se ha encargado enunciar las causales ante las cuales el socio podría alegar el detrimento de su patrimonio; sin embargo, el autor Reyes Villamizar considera que la inclusión de estas causales dentro de la norma es meramente enunciativa, de manera

que nada impide que los asociados ausentes y disidentes invocaran cualquier circunstancia que, en su criterio, constituyera un perjuicio patrimonial (2006, pág. 254).

Es de nuestra opinión que, a diferencia de lo que realiza la legislación ecuatoriana, en la que no se especifica ante qué tipo de transformación, fusión, o escisión puede ejercerse el derecho de receso, la legislación colombiana se ha encargado de especificar expresamente en qué tipo de modificaciones los socios pueden sentirse disconformes, con la finalidad de ejercer su derechos al retiro. En este sentido, los casos ante los cuales se pretenda ejercer el derecho en mención deberán ser muy específicos y cumplir con los requisitos determinados por la ley.

Otro punto importante a considerarse dentro de la legislación colombiana tiene que ver con el reembolso del valor de la acción. Al respecto, el autor Reyes Villamizar que:

“Si ni los socios ni la sociedad adquieren la totalidad de la participación del recedente, la sociedad deberá proceder a reducir el capital social en cuantía equivalente al número de participaciones que a éste le correspondían o al saldo de ellas, si se produjo una compra o readquisición parcial. El pago deberá efectuarse en un lapso máximo de dos meses contados a partir del acuerdo o del dictamen pericial, si lo hubiere”. (2006, pág. 266)

Lo mencionado anteriormente consta dentro del artículo 15 de la referida Ley 222 de 1995, mismo que es claro al establecer la posibilidad de la que gozan el resto de accionistas, como la sociedad en sí misma, de comprar las cuotas de las que es propietario el socio disidente, con la finalidad de evitar una eventual reducción del capital. En este sentido, es preciso citar lo sintetizado por el autor Narváez García:

“La sociedad ofrece la parte interés a los demás socios, quienes disponen de quince días para adquirirlas a prorrata de su participación social. Si no las adquiere todas, la sociedad goza de término de cinco

días para readquirirlas cuando dispone de utilidades liquidadas o reservas constituidas con tal fin”. (1998, pág. 192)

Debemos mencionar también, que esta no es una posibilidad que ha sido considerada por la legislación ecuatoriana.

De la misma manera, otra de las consideraciones realizadas por la legislación colombiana tiene que ver con el precio que tendrá la parte de interés, o cuotas o acciones del recedente. Al respecto, se establece que dicho valor de reembolso será calculado de común de acuerdo entre los interesados; y, en caso de no existir un acuerdo, el avalúo lo realizarán los peritos designados por la cámara de comercio del domicilio principal, y este avalúo será obligatorio (Narvárez García, 1998, pág. 192).

Adicionalmente, la legislación colombiana contempla también que referido reembolso deberá realizarse dentro del plazo de dos meses siguientes al acuerdo al que han llegado las partes o al dictamen pericial. Este plazo podrá ser alargado hasta un año en caso de que se demuestre que este puede ser perjudicial para la estabilidad económica de la sociedad (Ley 222, art. 16).

Nuevamente, es necesario establecer que la legislación ecuatoriana no contempla regulaciones respecto del plazo y la forma de realizarse el reembolso del valor de las acciones del accionista disidente. Lo que si contempla nuestra legislación es el determinar que el reembolso se lo realizará en base al balance final cerrado al día anterior al otorgamiento de la escritura de modificación correspondiente, mismo que será elaborado como si se tratase de un balance para la liquidación de la compañía (Ley de Compañías, art. 333, 332).

Como conclusión, de la legislación colombiana podemos destacar lo siguiente:

1. Esta legislación ha sido mucho más prolija en su consideración del derecho de receso que la legislación ecuatoriana, ya que toma en cuenta detalles (como la opción de compra de la cuota del socio disidente) que, al momento de pretender ejercer el derecho de retiro, facilitarán mucho más dicho procedimiento.

2. La normativa colombiana ha sido más específica en la determinación de las causales ante las cuales se puede ejercer el derecho de retiro.
3. Se considera también que otra ventaja que contiene la normativa colombiana será respecto a la determinación del valor de las acciones para su reembolso. El hecho de que este valor pueda ser pactado de común acuerdo facilita a la compañía el efectivo ejercicio del derecho de retiro.

3.3 Legislación hondureña

Las normas encargadas de regular el derecho de retiro dentro de la legislación hondureña se encuentran contempladas en el Código de Comercio, dentro del capítulo décimo referente a “la disolución y liquidación de las sociedades”; sección I, que trata sobre la “disolución parcial, la exclusión y separación de socios”. Dichas regulaciones constan a partir del artículo 311.

Al respecto, es necesario mencionar que para la legislación societaria hondureña, el ejercicio del derecho de retiro implica la disolución parcial de la sociedad, de conformidad a lo determinado por el artículo 311, que determina que: “la exclusión o el retiro de uno o más socios puede lograrse mediante la disolución parcial del contrato de sociedad” (Gutiérrez Falla, 1988, pág. 360).

De acuerdo a lo manifestado por el autor Gutiérrez Falla, el fenómeno anteriormente mencionado surge de la naturaleza plurilateral del contrato societario, por lo que:

“el contrato de sociedad permite la adhesión de nuevos socios y la separación de los que lo eran, sin que por eso el contrato se vea ni cambie la sustancia de la persona jurídica creada por él. En este sentido, se considera una disolución parcial de la sociedad en aquellos casos en que la resolución del contrato afecta a una o más voluntades individuales, pero permite la subsistencia del resto de las relaciones jurídicas intersociales” (1988, pág. 361).

En lo que respecta a los supuestos ante los cuales puede ejercerse el derecho de receso, el autor Gutiérrez Falla establece que, en lo que concierne a las sociedades por acciones, la legislación hondureña contempla nueve casos en los que el accionista puede solicitar su derecho al receso. A continuación se citan dichos presupuestos:

- i) “Cuando la sociedad, teniendo utilidades que lo permitan, no reparta un dividendo cuando menos igual al interés legal del dinero.
- ii) Capitalización de utilidades.
- iii) Cambio de finalidad
- iv) Prórroga
- v) Traslado del domicilio a país extranjero
- vi) Transformación
- vii) Fusión
- viii) Transmisión de la empresa societaria.
- ix) Constitución bajo la forma de sociedades de capital variable” (1988, pág. 377).

Podemos determinar claramente que a diferencia de lo que ocurre dentro de la legislación ecuatoriana, la legislación hondureña es amplia en su consideración del derecho de receso dentro de su normativa. Podemos ver incluso, que muchos de estos presupuestos son semejantes a las causales consideradas por el derecho argentino; como por ejemplo, la prórroga, el cambio de objeto, y el traslado de domicilio al extranjero. Cabe mencionar también que, de la misma manera que la legislación argentina, la legislación hondureña prevé un plazo para la caducidad del ejercicio del derecho de retiro, de conformidad con lo establecido con el artículo 316 del Código de Comercio, mismo que establece que: “Los derechos a que se refieren los artículos 312 y 315 quedarán extinguidos si la sociedad, o los socios, no los ejercitan dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que tengan conocimiento del hecho que pueda ocasionar la exclusión o la separación” (Código de Comercio, art. 316).

Otro de los aspectos que también es considerado por la legislación hondureña, tiene que ver con la ejecución del derecho de retiro. Si bien el derecho del accionista surge desde el momento en que se presenta la solicitud de receso,

su cuota no será liquidable hasta que no haya transcurrido el plazo señalado por el artículo 319 del Código de Comercio (Gutiérrez Falla, 1988, pág. 365).

Dicho artículo determina que:

“En los casos de exclusión o separación de un socio excepto en las sociedades de capital variable, la sociedad podrá retener la parte de capital y utilidades de aquél hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de la exclusión o separación, debiendo hacerse hasta entonces la liquidación del haber social que le corresponda.

El plazo de retención no podrá ser superior a tres años; pero si el socio excluido es sustituido por otro, se hará inmediatamente la liquidación y pago de su cuota. Las cantidades retenidas devengarán intereses.

Las cantidades retenidas devengarán intereses”. (Código de Comercio, art. 319)

Según lo explicado por el autor Gutiérrez Falla, el objeto de la retención a la que hace mención el artículo anteriormente citado, es el de proteger a terceras personas y dar así cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 318 del mismo ordenamiento jurídico, mismo que establece que: “el socio que se separe o fuere excluido de una sociedad, quedará responsable para con terceros de todas las operaciones pendientes en el momento de la separación o exclusión” (Código de Comercio, art. 318). Es así que dicha retención procurara responder con la cuota de liquidación del socio, de manera proporcional, por las pérdidas que pudieran surgir debido a las operaciones pendientes al momento de la separación (1988, pág. 366).

Es necesario considerar también que durante el periodo de retención, el recedente ya no es accionista de la compañía, por no ser el tenedor legítimo de las acciones correspondientes al receso. Sin embargo, será un acreedor de la sociedad con derecho al cobro de intereses (Gutiérrez Falla, 1988, pág. 368).

Al respecto, la legislación ecuatoriana no realiza ninguna consideración dentro de su normativa, respecto de las obligaciones para con terceras personas que pueden quedar pendientes al momento de la separación del accionista disidente.

Finalmente, respecto a la legitimación sobre quién podrá hacer efectivo su derecho al receso, Gutiérrez Falla determina que la legislación hondureña ha sido muy clara al determinar que serán solo los socios que han votado en contra de la resolución, quienes podrán ejercer el derecho en mención. Así, el derecho deberá ejercerse dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se haya celebrado la asamblea que tomó el acuerdo correspondiente (1988, pág. 361).

En comparación, ya hemos mencionado que el derecho de receso dentro de nuestra legislación podrá ser ejercido por aquellos accionistas que han votado en contra de la resolución de Junta General, así como también por los accionistas ausentes.

En conclusión, las consideraciones de la legislación hondureña que podemos recalcar, son las siguientes:

1. La legislación hondureña brinda especial atención a las obligaciones pendientes que tiene la sociedad al momento de separarse un socio disidente, a tal punto que esta podrá realizar una retención del valor del reembolso por el plazo máximo de tres años.
2. En esta legislación, la compañía también tiene la opción de compra de las acciones del socio disidente.
3. Los casos ante los cuales los accionistas disidentes podrán hacer efectivo su derecho al receso, son bastante amplios, de manera que podríamos decir que la legislación hondureña ha sido más atenta en la consideración del derecho de retiro dentro de su normativa, que lo ha sido la normativa ecuatoriana. Sin embargo, a diferencia de la normativa ecuatoriana, los únicos accionistas legitimados para el ejercicio de este derecho serán los accionistas que han votado en contra de la resolución.

Podemos añadir finalmente que, el vacío más evidente que contiene la legislación ecuatoriana tiene que ver con el procedimiento para el efectivo ejercicio del derecho de receso. Como se ha expuesto en párrafos anteriores, la legislación comparada no solo ha considerado el ejercicio de este derecho ante una mayor cantidad de causas, sino que también ha establecido procedimientos más puntuales para cumplir con el reembolso exigido.

En lo personal, podemos afirmar que legislaciones como la colombiana son bastantes prácticas al regular el derecho en mención; como por el ejemplo, la posibilidad que tienen la sociedad de comprar las cuotas del accionista disidente, evitando así la eventual reducción del capital social de la compañía. En este sentido, esta legislación será sin duda un referente al momento de pretender llenar los vacíos existentes dentro de nuestra normativa, mismos que han sido mencionados a lo largo del presente capítulo.

Capítulo IV: Los alcances y límites del derecho de receso en los casos de fusión en el Ecuador

4.1 El derecho de receso en el Ecuador

A lo largo del presente capítulo, se expondrá el procedimiento contemplado actualmente dentro de nuestra normativa para el ejercicio del derecho de receso, así como la especificación de los tipos de fusión ante los cuales será posible dicho ejercicio.

A pesar de que tanto en el segundo como en el tercer capítulo del presente trabajo se ha pretendido dar una visión sobre la regulación del derecho de receso en el Ecuador, conviene resumir su regulación en la tabla que consta a continuación:

Tabla 2 Regulación del derecho de receso en el Ecuador

Tema	Artículo	Regulación
Legitimación	Art. 333 LC	Quienes hayan estado ausentes o hayan votado en contra de determinada resolución de Junta General. Queda la duda respecto de los votos abstenidos.
Causales de ejercicio	Art. 29 LC Art. 79 LC Art. 333 LC Art. 344 LC Art. 352 LC	<ol style="list-style-type: none"> 1) Si en la formación de una compañía no se llenan oportunamente las formalidades prescritas por esta Ley, y mientras no se cumplan, cualquier socio puede separarse de la compañía. 2) En la modificación del contrato social de las compañías en Nombre Colectivo y en Comandita Simple. 3) Transformación

		4) Fusión 5) Escisión
Plazo de ejercicio	Art. 333 LC	Dentro de los quince días siguientes desde que Junta General tomó el acuerdo.
Reembolso del valor de las acciones	Art. 332 LC Art. 333 LC	De conformidad con el balance final cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura. Este balance podrá ser impugnado por el accionista disidente ante la Superintendencia de Compañías.

A pesar de esta regulación, existen todavía dudas respecto de algunos puntos que no han sido tomados en cuenta por nuestra legislación.

Se enumerarán a continuación los problemas puntuales que surgen de los vacíos legales existentes en nuestra legislación.

- i) Consideración tácita que la Ley de Compañías realiza sobre el ejercicio del derecho de receso dentro de los casos de fusión. En este sentido, la doctrina ecuatoriana establece que gracias a que la ley no menciona de manera expresa el derecho de receso para los casos de fusión, podríamos determinar que muchos no conocen, siquiera, de la existencia o la posibilidad del ejercicio de este derecho. En este sentido, son casi nulos los casos de separación de un accionista disconforme dentro de nuestra práctica societaria; incluso, es posible que llegue a interpretarse que este derecho no es aplicable a los casos de fusión (Romero Parducci, 1999, pág. 224).
- ii) El hecho de que el artículo 344 de la Ley de Compañías establezca que en “todo aquello que no estuviere expresamente estipulado en esta sección se estará a los dispuesto en los casos de transformación”, no significa que las normas de la transformación deban aplicarse

indiscriminadamente a los casos de fusión, ya que gracias al análisis realizado de la fusión como institución jurídica, concluiremos que no en todos los tipos de fusión es posible la aplicación del derecho de receso o separación (Romero Parducci, 1999, pág. 225).

- iii) La normativa ecuatoriana tampoco prevé la regulación de las consecuencias del ejercicio de este derecho como son: cuál sería el plazo de reembolso de las acciones al accionista disconforme; cuál sería la forma de pago; la posibilidad de pagar dicho valor con reservas o con utilidades o con otros medios distintos del capital social; la posibilidad o imposibilidad de renunciar al derecho de receso o de pactar en contra de él en el contrato social de una compañía; etc (Romero Parducci, 1999, pág. 224).

Según se evidencia en las citas bibliográfica, cada uno de los problemas anteriormente señalados han sido planteados por el tratadista ecuatoriano Romero Parducci, quien, probablemente, ha sido el único autor dentro de la doctrina ecuatoriana que se ha encargado de abordar estos conflictos que se generan de los vacíos legales y de la falta de especificación de nuestra norma legal, respecto de la regulación del derecho de receso. En lo personal, concordamos con cada uno de los planteamientos establecidos por el autor mencionado previamente, de manera que frente a dichos planteamientos, se ha realizado una propuesta dentro del presente trabajo que pretende subsanar los problemas anteriormente puntualizados. La propuesta en concreto consta en el último apartado del presente capítulo.

4.2 Procedimiento para el ejercicio del derecho de receso

El procedimiento para el ejercicio del derecho de receso, se encuentra principalmente regulado dentro del artículo 333 de nuestra ley societaria. Este artículo se encargará de determinar el procedimiento de ejecución del derecho en mención.

Es importante considerar que para el procedimiento de ejercicio del derecho de receso será indispensable contar con el balance especificado en el artículo

332, mismo que será “el balance final cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura, elaborado como si se tratara de un balance para la liquidación de la compañía” (Ley de Compañías, art. 332). Cabe recalcar que, será en base a este balance que se determinará el precio de las acciones que será reembolsado a favor del accionista disidente; y, dicho balance también podrá ser impugnado por el accionista disidente ante la Superintendencia de Compañías dentro del plazo de 30 días desde su fecha de realización, de conformidad con lo establecido por el artículo 333 (Ley de Compañías, art. 333).

Con el objeto de aterrizar el valor real de la acción, consideramos necesario tomar en cuenta en concepto del valor patrimonial de la acción. Este valor será una referencia tangible para el cálculo de valor que tendrá la aportación del accionista disidente al momento de solicitar el respectivo reembolso.

De conformidad con la resolución No. JB-2012-2149 de la Junta Bancaria, entendemos que el valor patrimonial de la acción será el resultado de:

“Dividir el patrimonio neto de la institución para el capital pagado y, este factor, multiplicado por el valor nominal de las acciones poseídas en la entidad a que se refiera el cálculo, luego de aplicar el sistema de corrección monetaria de los estados financieros. El método del valor patrimonial proporcional permite al inversionista reflejar en libros su participación en el patrimonio de la entidad emisora, puesto que reconoce la porción de utilidades o pérdidas en los períodos que dicha entidad ha informado” (Resolución SBS 2149, art.1).

Es así que, el concepto del valor patrimonial de la acción permitirá a los accionistas disidentes, obtener una clara referencia respecto del valor de su acción que tendrá al momento de realizarse el reembolso por parte de la compañía.

El procedimiento en concreto para el ejercicio del derecho de receso iniciará con la notificación escrita por parte del accionista disidente, quien deberá informar de manera escrita al gerente o al administrador de la compañía dentro

del plazo de los 15 días siguientes desde el día en que la Junta General haya tomado la respectiva resolución (Ley de Compañías, art. 333).

Romero Parducci establece que dentro de los 15 días mencionados en el párrafo anterior, no se debería otorgar la correspondiente escritura de modificación del contrato social; ya que, dentro de la escritura deberá incluirse la lista de los accionistas que hubieren ejercido su derecho de receso; o, la declaración expresa del otorgante de tal escritura de que ninguno de los accionistas hizo ejercicio de su derecho. Será solo después del plazo de 15 días en el que los accionistas que decidan separarse, deberán preocuparse de exigir el reembolso del valor de sus acciones, sin perjuicio de que el trámite legal de la modificación del contrato social siga su marcha (2006, pág. 318).

En lo personal, concordamos con las consideraciones realizadas por parte del autor ecuatoriano, en el sentido de que es fundamental respetar el plazo que tienen los accionistas para ejercer su derecho al receso. En este sentido, únicamente cumplido el plazo de 15 días desde la adopción de la resolución, podrá otorgarse la escritura pública correspondiente.

Como lo hemos mencionado anteriormente, este procedimiento puede traer en la práctica, algunas complicaciones; sobre todo, en el caso de una eventual disminución del capital social como consecuencia del receso. Al respecto, cabe considerar según lo establecido por Romero Parducci, quien a su vez cita al autor Mariano Gagliardo, que:

“La decisión del accionista produce una disminución del patrimonio societario que no necesariamente significa una reducción del capital social. En efecto, si el pago al recedente se efectúa con reservas de libre disponibilidad o utilidades realizadas y liquidadas, no será necesaria la reducción del capital referido” (2006, pág. 323).

En discrepancia con este planteamiento, el autor Romero Parducci establece que “la separación de uno o más accionistas de la sociedad, previo el reembolso de sus acciones, siempre implica una disminución del capital social; por sentido común y no por las complicadas reglas de la adquisición de las propias acciones o de la amortización de las mismas” (2006, pág. 331). Cabe

mencionar que discrepamos con la opinión del autor Romero Parducci en este caso, debido a que como lo consideran otras legislaciones como la colombiana, la adquisición por parte del resto de accionistas de la compañía, de las acciones pertenecientes a los accionistas disidentes es plenamente viable, evitando así la disminución de capital; y de igual manera, si la legislación determinaría que el valor del reembolso podría ser cancelado con reservas de libre disponibilidad o utilidades realizadas y liquidadas, se evitaría así mismo una reducción al capital social de la compañía.

4.3 Casos de fusión ante los cuales cabe el ejercicio del derecho de receso en el Ecuador

De acuerdo al tratadista ecuatoriano Romero Parducci, el derecho de separación no cabe para todos los casos de transformación de sociedades (1999, pág. 225). De conformidad con la opinión de este autor, resulta improcedente ejercerlo en aquellas transformaciones que deben ser decididas con la unanimidad de la Junta General. Este mismo análisis es utilizado para la fusión de compañías que deba ser acordada con la unanimidad asamblearia (1999, pág. 225).

Puntualmente, al autor antes mencionado afirma que:

“A propósito de la unanimidad que exige el artículo 331 para algunas transformaciones, es obvio que en tales casos el derecho de separación resultaría totalmente improcedente; con lo cual se deja destacado que no en todos los casos de transformación se puede hablar correctamente del derecho de receso” (1999, pág. 225).

Según se ha mencionado anteriormente, el artículo 117 de la Ley de Compañías determina la mayoría decisoria requerida para las resoluciones de Junta General de una compañía de responsabilidad limitada. Dicho artículo establece que: “Salvo disposición en contrario de la ley o del contrato, las resoluciones se tomarán por mayoría absoluta de los socios presentes. Los votos en blanco y las abstenciones se sumarán a la mayoría” (Ley de

Compañías, art. 117). A pesar de esto, resulta necesario considerar lo mencionado por el artículo 331 de la ley, mismo que exige la unanimidad dentro de las compañías de responsabilidad limitada para resolver sobre la transformación. Y, de conformidad con la referencia realizada por el artículo 344, se adopta el mismo criterio para los casos de fusión.

Adicionalmente a esto, el artículo 111 de la ley determina que:

“En esta compañía (compañía de responsabilidad limitada) no se tomarán resoluciones encaminadas a reducir el capital social si ello implicara la devolución a los socios de parte de las aportaciones hechas y pagadas, excepto en el caso de exclusión del socio previa la liquidación de su aporte.” (Ley de Compañías, art. 111)

Es así, que podemos concluir que cabrá el ejercicio del derecho de receso, cuando la resolución aprobatoria de la fusión no deba ser tomada en unanimidad. Esto, a más de la consideración realizada por el artículo 111, mismo que impide que una compañía de responsabilidad limitada tome decisiones que impliquen una eventual reducción del capital, con la respectiva devolución a los socios de sus participaciones, lo que claramente implicaría al derecho de receso en caso de que el reembolso se lo realice con cargo al capital social de la compañía.

De la misma manera, el derecho de receso no resulta procedente para todos los casos de fusión, como por ejemplo en el caso de los accionistas de la compañía absorbente en una fusión por absorción (Romero Parducci, 1999, pág. 226).

Para fundamentar esta afirmación, el autor Romero Parducci nos dice que el balance final al que se refiere el artículo 333 de la Ley de Compañías solo es exigido para los casos de las compañías extinguidas, en los casos de la fusión propia; y, para las compañías incorporadas o absorbidas, en los casos de la fusión impropia. Sin embargo, dicho balance no es requerido para las sociedades absorbentes o incorporantes (1999, pág. 229).

En este sentido, citamos al autor Romero Parducci quien es claro al determinar que:

“Como el balance final es el referente obligado para la determinación del valor que debe reembolsarse al socio precedente, es forzoso concluir que en la Ley de Compañías ecuatoriana no se reconoce el derecho de receso para los socios de las compañías absorbentes; pues, como queda visto, la mencionada ley no exige en la escritura pertinente los balances finales de las compañías absorbentes, cosa que si hace para las absorbidas, porque a sus socios si se les concede el derecho de receso” (1999, pág. 229).

Es así que nuestra ley societaria establece que:

“Art. 343.- Cuando una compañía se fusione o absorba a otra u otras, la escritura contendrá, además del balance final de las compañías fusionadas o absorbidas, las modificaciones estatutarias resultantes del aumento de capital de la compañía absorbente y el número de acciones que hayan de ser entregadas a cada uno de los nuevos accionistas”.
(Ley de Compañías, art. 343)

El mismo autor continúa diciendo que la razón para no otorgar el derecho de receso a favor de los accionistas de las compañías absorbentes es muy sencilla. De conformidad con lo afirmado por la doctrina, y también de acuerdo con lo analizado respecto de la fusión dentro del presente trabajo, en la fusión por absorción las compañías absorbentes no sufren cambios de identidad, ni se disuelven, si se extinguen. Estas continúan existiendo con su anterior personalidad y con un capital aumentado; así como también, con nuevos activos y pasivos que antes nos poseía (Romero Parducci, 1999, pág. 229).

De la misma manera, el autor Romero Parducci, quien a su vez cita a Velasco Alonso, establece en su obra que:

“En todo caso, la doctrina estimó legitimados para el ejercicio del derecho de separación a los socios de la sociedad absorbida en la fusión

por absorción, y a todos los socios de las sociedades interesadas en la fusión propiamente dicha. En cuanto a los socios de la sociedad absorbente, se opinó casi unánimemente, que no existían respecto de ellos razones suficientes para concederles el derecho de separación, salvo que con la fusión concurriese otra causa legal capaz por sí sola de atribuir a los accionistas de aquella el derecho de separarse de la sociedad”. (1999, pág. 230)

Por otro lado, tenemos también que la legislación argentina dentro del artículo 245 de la Ley General de Sociedades, ha otorgado el derecho de receso únicamente para los accionistas de las compañías que son absorbidas o que se extinguen. Es así que el primer párrafo de mencionado artículo establece que:

“Los accionistas disconformes con las modificaciones incluidas en el último párrafo del artículo anterior, salvo en el caso de disolución anticipada y en el de los accionistas de la sociedad incorporante en fusión y en la escisión, pueden separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones. También podrán separarse en los pasos de aumentos de capital que competan a la asamblea extraordinaria y que impliquen desembolso para el socio, de retiro voluntario de la oferta pública o de la cotización de las acciones y de continuación de la sociedad en el supuesto del artículo 94 inciso 9”. (Ley General de Sociedades, art. 245)

Cabe nuevamente mencionar que nuestra Ley de Compañías no realiza ninguna distinción respecto de en qué tipo de fusión puede ejercerse el derecho de receso, por lo que al momento de pretender ejercerlo pueden surgir confusiones que entorpezcan su efectiva aplicación.

4.4 Propuesta: ampliación de la regulación del derecho de receso en el Ecuador

Como lo hemos expuesto en los apartados anteriores, la Ley de Compañías ecuatoriana contiene varios vacíos legales que causan confusión y dificultan el ejercicio del derecho de receso. En el presente apartado, buscamos proponer una solución ante estas situaciones, como temas concretos que debería considerar nuestra legislación dentro de su articulado.

- i) La primera recomendación en concreto tiene que ver con la inclusión expresa dentro de la Ley de Compañías de una serie de artículos que se encarguen de regular el derecho de receso dentro de la fusión de compañías.

Es necesario recordar que dentro del segundo capítulo del presente trabajo, en el que se abarca la definición del derecho de receso, muchos de dichos conceptos mantienen que este derecho solo podrá ejercerse únicamente en los casos expresamente previstos por la ley.

Adicionalmente a esto, también hemos mencionado que la falta de consideración expresa por parte de la ley del derecho de receso para los casos de fusión, trae consigo problemas de interpretación e incluso, muchos accionistas se quedarán sin ejercitar su legítimo derecho por el desconocimiento de su existencia.

- ii) Será necesario que la Ley de Compañías especifique dentro de su articulado, ante qué tipo de fusión en concreto será posible el ejercicio del derecho en mención.

Como lo hemos mencionado a lo largo de este estudio, las resoluciones de Junta General de las compañías anónimas serán tomadas por mayoría de votos del capital pagado concurrente a la junta, salvo las excepciones previstas en la ley o en el estatuto de la compañía. Es así que ante este tipo de resoluciones, el derecho de receso, como derecho otorgado a favor de los accionistas minoritarios, podrá ser ejercido.

En el caso de que las resoluciones de Junta General deban ser tomadas con unanimidad, no cabe el ejercicio del derecho de receso.

A más de esto, cabe considerar que el derecho de receso solo podrá ejercerse por los accionistas de las compañías que se extinguen (en el caso de la fusión propia); y, por los accionistas de la compañía absorbidas (en el caso de la fusión por absorción). Esto, debido a que como lo hemos mencionado anteriormente, los accionistas de una compañía absorbente no tienen los suficientes argumentos para solicitar su separación de la compañía; y, por que el balance final en base al cual se calculará el valor del reembolso a favor del accionista disidente, no es exigido para la compañía absorbente.

iii) Para una mejor y más completa regulación del ejercicio del derecho de receso dentro de los casos de fusión de compañías, proponemos que se incluyan los siguientes puntos dentro de los artículos destinados a la regulación de este procedimiento:

- 1) Para facilitar el ejercicio del derecho de receso, se deberá determinar claramente quienes serán los accionistas que se encuentren legitimados para el efecto. En este sentido, se deberá esclarecer la situación respecto de los accionistas abstenidos. Se recomienda que, como lo ha considerado la doctrina argentina (y que se menciona en el capítulo tercero), los accionistas abstenidos no se encuentren legitimados para el ejercicio del derecho ya que con su abstención, no demuestran oposición a la resolución adoptada por la asamblea.
- 2) Respecto del plazo en el que debe realizarse el reembolso, se propone estipular lo mismo que establece la legislación colombiana. Esta legislación contempla que el reembolso deberá realizarse dentro del plazo de los dos meses siguientes al acuerdo al que han llegado las partes para la fijación del valor del reembolso o al dictamen pericial. En el Ecuador, podrá fijarse el plazo de dos meses desde la emisión del correspondiente balance final, ya que se considera a este tiempo como un plazo prudencial en el que se dará facilidad a

la compañía para que pueda reembolsar el valor correspondiente.

- 3) En lo que concierne al reembolso del valor de las acciones de los accionistas disidentes, se propone que de la misma manera como lo considera legislación colombiana, la sociedad ofrezca la parte interés de los accionistas disidentes a los demás accionistas, quienes dispondrán de quince días para adquirirlas a prorrata de su participación social. Si estos no las adquieren todas, la sociedad tendrá el plazo de cinco días para readquirirlas cuando disponga de utilidades liquidas o reservas constituidas con tal fin. De esta manera se evitará una disminución de capital.
- 4) Finalmente, consideramos que el derecho de receso es irrenunciable por estar fundamentado en el derecho de libertad de asociación que consta en la Constitución. En este sentido, los accionistas de una sociedad no deberían pactar la renuncia a su derecho de receso; sino más bien, deberían velar por su correcto ejercicio en defensa de los accionistas minoritarios.

A más de todos los puntos propuestos, cabe también simplemente esclarecer que

no cabría el ejercicio del derecho de receso por parte de los accionistas de una compañía anónima que cotiza sus acciones en el mercado de valores; ya que, según lo mencionado por Romero Parducii, si un determinado accionista no se encuentra de acuerdo con ciertas resoluciones que hayan sido adoptadas por parte de la Junta General y desea separarse de la compañía, éste simplemente tendrá que revender sus acciones dentro de la bolsa de valores (2006, pág. 320).

Como acabamos de mencionar en los párrafos que constan anteriormente, existen varios puntos que deberían ser considerados de manera expresa por la nuestra Ley de Compañías para lograr una buena regulación del ejercicio del derecho de receso en los casos de fusión. Consideramos así mismo, que una

mejor regulación de este derecho ayudaría de manera evidente a una mejor práctica del derecho societario en general, ya que dará importancia a los derechos de las minorías dentro de las sociedades, mismos que normalmente son ignorados.

Por estas razones y por las que se encuentran expuestas a lo largo del presente trabajo, se considera vital la correcta regulación y tipificación de este derecho dentro de la norma societaria ecuatoriana. El derecho de receso es un derecho de fundamental para los accionistas de las compañías mercantiles ya que por principio, ninguna persona puede ser forzada en contra de su voluntad a permanecer en cualquier tipo de asociación, ya sea ésta civil, religiosa, o deportiva; de la misma manera, ningún accionista puede ser obligado a continuar siendo parte de una compañía anónima (Esparza, 2004, pág. 235).

4.4.1 Redacción de la propuesta

A continuación, se presentan los cuatro artículos innumerados que a manera de reforma deberían ser incluidos dentro de la Ley de Compañías vigente. Estos artículos deberán ser incluidos a partir del artículo 343 correspondiente a “contenido de la escritura de fusión”, con la finalidad de subsanar todos los problemas que han sido expuestos a lo largo del presente capítulo.

1. Art. ...(343.1).- Derecho de receso.- Los accionistas de las compañías absorbidas, en la fusión por absorción; y, los accionistas de las compañías fusionadas en la fusión propia, que hayan votado en contra o no hayan concurrido, o sean disidentes con respecto a la resolución de fusión de la compañía anónima, tienen el derecho de separarse de ella, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones.
2. Art. ...(343.2).- Procedimiento.- Para la separación, el accionista notificará por escrito al gerente o administrador de la compañía, dentro de los quince días contados desde la fecha de la Junta General en que se tomó el acuerdo.
3. Art. ...(343.2).- Reembolso.- El valor de las acciones correspondientes al accionista o accionistas disidentes será determinado de conformidad

con el balance final cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura de fusión. La compañía tendrá el plazo de dos meses para realizar el pago del valor de reembolso al accionista o accionistas disidentes, en caso de que las acciones no hayan sido adquiridas por el resto de accionistas, ni por ella misma.

4. Art. ...(343.3).- Opción de compra.- Una vez conocida la notificación de receso, la compañía ofrecerá las acciones de los accionistas disidentes a los demás accionistas, quienes dispondrán de quince días para adquirirlas a prorrata de su participación social. Si estos no las adquieren todas, la sociedad tendrá el plazo de cinco días para readquirirlas cuando disponga de utilidades liquidas o reservas constituidas con tal fin. En caso de que la compañía no disponga de utilidades liquidas o de reservas constituidas para este fin, ésta procederá a realizar el reembolso correspondiente del valor de las acciones al accionista disidente.
5. Art. ...(343.4).- Irrenunciabilidad.- Los accionistas de las compañías anónimas no podrán renunciar a su ejercicio del derecho de receso.

CONCLUSIONES

- i) El derecho de receso es un derecho fundamental para los grupos de accionistas minoritarios, ya que protege su voluntad ante una mayoría decisoria; y en este sentido, es un derecho que no puede verse menoscabado ni disminuido.
- ii) La fusión de compañías es una institución del derecho compleja que requiere de especial atención al momento de considerar el ejercicio del derecho de receso dentro de la misma.
- iii) La Ley de Compañías vigente es insuficiente y contiene vacíos legales respecto de la regulación del derecho de receso dentro de los casos de fusión.
- iv) Resulta fundamental que Ley de Compañías contemple este derecho de manera expresa dentro de los casos de fusión, ya que de lo contrario podría entenderse que no cabe el ejercicio del derecho de receso para los casos de fusión.
- v) El derecho de receso no será aplicable para los casos en los que la fusión sea acordada a través de la unanimidad, y tampoco será aplicable para los accionistas de la compañía absorbente en los casos de una fusión por absorción.
- vi) Es necesario que la Ley de Compañías ecuatoriana considere aspectos como: cuál sería la forma de pago del reembolso de la acción, la posibilidad de pagar dicho valor con reservas o con utilidades o con otros medios distintos del capital social, la posibilidad o imposibilidad de renunciar al derecho de receso o de pactar en contra de él en el contrato social de una compañía; entre otras, dentro su regulación al procedimiento de ejercicio del derecho de receso.
- vii) Con una mejor regulación del derecho de receso se protege al interés del accionista y a su inversión. Ambos factores constituyen temas prioritarios dentro del derecho societario y deberían ser correctamente protegidos por la ley.

REFERENCIAS

- Aparicio, M. A., & Barceló i Serramalera, M. (2012). *Manual de derecho constitucional*. Barcelona: Atelier.
- Batalla Garrido, M., & González Roesch, E. (2008). Universidad de Costa Rica. *Derecho de receso: Apuntes sobre sus limitaciones y propuesta para un nuevo marco jurídico comercial*. Recuperado el 06 de abril de 2015 de http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/derecho_de_receso_apuntes_sobre_sus_limitaciones_y_propuesta_para_un_nuevo_marco_juridico_comercial.pdf (recuperado el 06/04/2015).
- Benavides Ordóñez, J. (2013). Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales. En J. Montaña Pinto, P. Pazmiño Freire, D. Núñez Santamaría, J. Benavides Ordóñez, P. Alarcón Peña, K. Andrade Quevedo, . . . J. Villacrés López, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (págs. 73-99). Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional.
- Cabanellas de Torres, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Bogotá: Heliasta.
- Carbonell, M. (2006). La libertad de asociación y reunión en México. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 825-841.
- Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- Dávila Torres, C. (2011). *Derecho Societario*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones .
- Echeverría , J. (2009). El Estado en la nueva constitución . En J. P. Aguilar, S. Andrade, R. Ávila, R. Baltazar, J. C. Trujillo, J. Echeverría, . . . L. F. Torres, *La nueva constitución del Ecuador* (págs. 11-20). Quito: Corporación editora nacional.
- Egas Peña, J. (2006). El status de accionista. En R. Vela Cobos, R. Brigante Guerra, E. Carmigniani, R. Gallejos Vallejo, J. Egas Peña, C. Drouet

- Candel, . . . R. León Vargas, *La compañía anónima: análisis sistemático de su normativa* (págs. 103-132). Quito: Ediciones legales.
- Escuti, I. A. (2006). *Sociedades*. Buenos Aires: Astrea.
- Gutiérrez Falla, L. F. (1988). *Contrato societario y derechos individuales de los accionistas*. Buenos Aires: Astrea.
- Guzmán Carrasco, M. (2004). *La constitución de compañías mercantiles en el Ecuador*. Quito: Gráficas Amaranta.
- Larrea Holguín , J. (2000). *Derecho constitucional*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones .
- Ley de Compañías*, Registro Oficial 312 del 05 de noviembre de 1999.
- Muñoz Orellana , C. (2011). Buen gobierno corporativo igual a competitividad. *Revista E mas E de la Escuela Superior Politécnica del Litoral*, 8-11. Recuperado el 12 de mayo de 2015 de <http://www.espae.espol.edu.ec/images/documentos/publicaciones/articulos/buengobiernocorporativo.pdf>
- Narváez García, J. I. (1998). *Teoría general de las sociedades*. Bogotá: Legis.
- Pennacca, C. M. (1978). *El derecho de receso*. Buenos Aires: Astrea.
- Resolución SBS JB-2012-2149*, Registro Oficial 728 del 20 de junio de 2012.
- Resolución SC 97.1.7.3.0011*, Registro Oficial 141 del 29 de agosto de 1997.
- Reyes Villamizar, F. (2006). *Derecho societario*. Bogotá: Temis.
- Richard, E. H., & Muiño, O. M. (2004). *Derecho Societario*. Buenos Aires: Astrea.
- Rivarola, M. A. (1957). *Sociedades Anónimas*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Romero Parducci, E. (1999). Derecho a separación del accionista en los casos de fusión por absorción. *Revista jurídica en línea de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil*, 216-238. Recuperado el 03 de noviembre de 2014 de http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=186&Itemid=38.
- Romero Parducci, E. (2006). La transformación. En R. Vela Cobos, R. Brigante Guerra, E. Carmigniani, R. Gallejos Vallejo, J. Egas Peña, C. Drouet

- Candel, . . . L. Salazar Bécker, *La compañía anónima: análisis sistemático de su normativa* (págs. 261-338). Quito: Ediciones legales.
- Salgado Valdez, R. (2006). *Nuevo manual de Derecho Societario*. Quito: Tiraje.
- Sánchez Ruiz, M. (2014). Universidad de Murcia. *La modificación de los estatutos sociales*. Recuperado el 27 de abril de 2015 de <http://ocw.um.es/cc.-sociales/derecho-mercantil/material-de-clase-1/tema12.sa.modif.estatutosdisoluc.y-liquidacion.pdf>
- Vanasco, C. A. (2006). *Sociedades comerciales*. Buenos Aires: Astrea.
- Vela Cobos, R. (2006). Constitución de la sociedad anónima. En R. Vela Cobos, R. Brigante Guerra, E. Carmigniani, R. Gallejos Vallejo, J. Egas Peña, C. Drouet Candel, . . . R. León Vargas, *La Compañía Anónima: Análisis Sistemático de su Normativa* (págs. 9-34). Quito: Ediciones Legales.
- Velázquez Guido, E. (1999). *Primeras jornadas conmemorativas de la vigencia del Código Civil. En C. S. Justicia, Derecho de receso*. Asunción: División investigación, legislación y publicaciones - Centro internacional de estudios judiciales.

ANEXOS

ANEXO 1

Como parte del presente trabajo de investigación, se realizó una entrevista el día 01 de julio de 2015 al tratadista ecuatoriano Dr. Roberto Salgado Valdez, con la finalidad de obtener la perspectiva de un profesional especializado en derecho societario.

1. ¿Cuál considera usted que es la importancia y por qué debemos velar por que los derechos individuales de los accionistas estén correctamente estipulados dentro de nuestra legislación societaria?

En definitiva es importante custodiar los derechos de los accionistas porque ellos son las partes del contrato de sociedad. No serán solamente los que constituyeron la compañía en su inicio; sino que también lo serán quienes posteriormente se fueron adhiriendo por compra de acciones o aumentos de capital, etc. Y si lo importante en el contrato de sociedad es la obtención de utilidades, hay que salvaguardar ese principal interés de los accionistas que es el de obtener utilidades. Y en segundo lugar, para obtener utilidades también hay que salvaguardar los intereses de los accionistas en cuanto su derecho de voto, aun cuando no sean mayoritarios, pero se tiene que establecer la posibilidad de que a nadie se le quite su derecho de voto democráticamente. Y, en tercer lugar, establecer y custodiar los derechos de los accionistas minoritarios, en los cuales la ley en ciertos casos les da ciertas atribuciones para que puedan ejercer ciertas acciones en defensa de sus derechos. Eso sería para mí en definitiva lo fundamental de los derechos de accionistas y las razones por las cuales hay que precautelar y vigilar que esos derechos no sean en ningún momento suprimidos por las mayorías.

2. ¿Concretamente respecto del derecho de receso, considera usted que nuestra Ley de Compañías es suficiente en su regulación?

Pienso que es suficiente, lo cual no significa que este correctamente estructurada; por que merece un análisis más profundo para poder ser entendida. Ahí se parte un poco del supuesto de que en todos los casos de

transformación o fusión cabe el derecho de separación, yo particularmente pienso que no es así. Solo en determinados casos cabe el derecho de separación; y, esencialmente cuando se trate de compañías de capital, diga esto anónimas, prácticamente es la compañía anónima. Solo en estos casos cabe el derecho de separación.

3. ¿Considera usted que el procedimiento que contempla nuestra ley para el efectivo ejercicio del derecho de receso es el idóneo?

No, definitivamente no. Yo creo que ese procedimiento proviene de la original ley española, porque el Ecuador en el año 1964 lo que hizo es un poco interpolar la legislación española a la ley ecuatoriana que por primera vez se creó en el año 64. Y de ahí ha corrido mucha agua bajo el puente, de manera tal que considero que si requiere ese procedimiento de una reforma mucho más actualizada al 2015 para realizar los correspondientes cambios que regulen de mejor manera el ejercicio de este derecho.

4. ¿Dentro de la práctica societaria, cuáles son las consecuencias de que este derecho de separación o receso no se encuentre bien regulado en la ley?

Lastimosamente hubo mutilaciones, de las normas esenciales como lo fue la norma del 64, en las que por ejemplo el actual artículo 332 constaba de 3 incisos y en el año 70 pasó a ser de dos incisos y esa reforma influyó necesariamente en las demás normas de la Ley de Compañías pero se las dejó vigentes e intactas, cuando lo que debió haberse hecho al mismo tiempo que se suprimía un inciso del 332, es también adecuar las normas que venían posteriormente a la modificación que se había realizado. Por eso es que ahora existe una aparente contradicción entre las normas de procedimiento que dicen que el derecho de separación solo lo puede ejercer quien no haya concurrido a la Junta o quien haya votado en contra lo cual parecería que fuera un absurdo que un socio de una compañía de responsabilidad limitada pueda ejercer el derecho de separación cuando la Ley de Compañías está diciendo que se requiere la unanimidad del capital social para tomar una decisión. Entonces si

se requiere la unanimidad del capital social, de qué derecho de separación estamos hablando. Estos son los puntos que hay que aclarar.

5. Con respecto a los distintos tipos de fusión que existen. ¿Considera usted que habría que realizar algún tipo de distinción dentro de la norma al momento de realizar una reforma en Ley de Compañías para la correcta tipificación del derecho de receso?

Tenemos la fusión propiamente dicha y la fusión por absorción. Yo pienso que el derecho de separación si debe ser tomado en consideración en el momento en que haya un cambio de responsabilidad de los socios. Por ejemplo, si una compañía de responsabilidad limitada se transforma en una compañía en nombre colectivo; los socios pasarán a tener responsabilidad ilimitada con las deudas sociales ya dejan de cobijarse por la responsabilidad limitada que tenían en la compañía de responsabilidad limitada. En consecuencia, si parece obvio al menos en principio de que los socios, puedan decir: yo no estoy de acuerdo en que la compañía se haya transformado en una compañía de responsabilidad ilimitada pero yo tengo mi derecho de separarme. O también si hay un cambio de objeto social o algunas otras actividades que podrían cambiar necesariamente la naturaleza de compañía.

6. ¿Considera usted que derecho de separación, derecho de receso y derecho de retiro son lo mismo?

No o si, todo depende. El derecho de separación es un derecho que por supuesto tiene que ver con el accionista y no con la compañía. El derecho de receso normalmente los españoles a este derecho de separación, lo han llamado doctrinariamente también derecho de receso. Y el derecho de retiro me suena a mí que no necesariamente es algo voluntario sino que es un derecho que tiene la compañía para excluir a los socios o accionistas, es lo que se llama la exclusión.

7. ¿Qué término debería utilizar la legislación ecuatoriana para referirse al derecho en mención?

Para mí, el castizo más claro. El de derecho de separación.