



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRIA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

**Trabajo de Titulación de Examen Complexivo para la obtención del Grado de
Magister en Derecho Notarial y Registral**

**TEMA: LA NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN DE LOS
ABOGADOS EN LA CONSTITUCIÓN DE COMPAÑÍAS Y LA
DEROGATORIA DE LA SEXTA DISPOSICIÓN GENERAL DE LA
LEY DE COMPAÑÍAS.**

Autor:

Dr. Víctor Hugo Barros Pontón

GUAYAQUIL – ECUADOR

2019



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **Dr. Víctor Hugo Barros Pontón**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Notarial y Registral.

REVISORES:

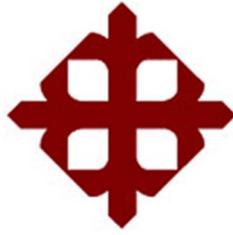
Ab. María José Blum Mgs.
Revisora de Contenido

Dr. Francisco Obando F.
Revisora de Contenido

DIRECTORA DEL PROGRAMA (E)

Dra. María José Blum Mgs.

Guayaquil, 31 de mayo del 2019



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Dr. Víctor Hugo Barros Pontón

DECLARO QUE:

El examen complejo **“La Necesidad de la Intervención de los Abogados en la Constitución de Compañías y la Derogatoria de la Sexta Disposición General de la Ley de Compañías”**, previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Notarial y Registral**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 31 de mayo del 2019

EL AUTOR

Dr. Víctor Hugo Barros Pontón



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

AUTORIZACIÓN

Yo, Dr. Víctor Hugo Barros Pontón

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución del examen complejo **“La Necesidad de la Intervención de los Abogados en la Constitución de Compañías y la Derogatoria de la Sexta Disposición General de la Ley de Compañías”**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 31 de mayo del 2019

EL AUTOR

Dr. Víctor Hugo Barros Pontón

DEDICATORIA

A Lore, Sofi y Martina, por su gran corazón.

Dr. Víctor Hugo Barros Pontón

AGRADECIMIENTO

Un agradecimiento especial los organizadores, miembros y docentes de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, quienes conforman el departamento de Coordinación del Sistema de Posgrado.

Dr. Víctor Hugo Barros Pontón

ÍNDICE

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

EL PROBLEMA	2
I.1. OBJETIVO	3
I.1.1. Objetivo General.....	3
I.1.2. Objetivos Específicos.....	3
I.2. BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL	4

CAPÍTULO II

DESARROLLO

II.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	7
II.1.1. Antecedentes.....	7
II.1.2. Descripción del Objeto de Investigación.....	9
II.1.3. Preguntas de Investigación y Variables.....	10
II.2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	12
II.2.1. ANTECEDENTES DE ESTUDIO.....	12
II.2.2. BASES TEÓRICAS.....	13
II.2.2.1. Definiciones.....	13
II.2.2.2. Naturaleza jurídica de la Constitución de Compañías.....	16
II.2.2.3. Características de la constitución de compañías.....	16

II.2.2.4. Procedimientos para la aprobación de una Compañía.....	18
II.2.2.5. El rol del Abogado en la conformación de los estatutos de una compañía.....	19
II.2.3. DEFICIENCIAS DEL SISTEMA SIMPLIFICADO DE CONSTITUCIÓN DE COMPAÑÍAS EN LÍNEA.....	21
II.2.4. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS.....	23
II.3. METODOLOGÍA.....	24
II.3.1. MODALIDAD.....	24
II.3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	24
II.3.3. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	25
II.3.4. PROCEDIMIENTO.....	26

CAPÍTULO III

CONCLUSIONES

III.1. ANÁLISIS NORMATIVO.....	27
III.1.1. BASE DE DATOS.....	27
III.1.2. ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	34
III.1.3. CONCLUSIONES.....	36
III.1.4. RECOMENDACIONES.....	37
BIBLIOGRAFÍA.....	38

RESUMEN

El Ecuador es un territorio de permanente creación compañías con el fin de generar diversas actividades ya sean estas comerciales, industriales, de servicios, de transportes, etc. La constitución de las compañías facilita el negocio jurídico entre las partes intervienen en una relación comercial donde aquellas intervienen a través de sus representantes legales, fundamentalmente incorpora la figura de la responsabilidad de los socios o accionistas ante terceros hasta por el monto de sus aportaciones.

Se establece la importancia que representan los estatutos sociales para la vida jurídica y societaria de una compañía, no siendo en la actualidad elaborados en la totalidad de las compañías creadas por abogados especialistas en la materia, coexistiendo la posibilidad de que la estructuración de dichos estatutos esté a cargo de los promitentes constituyentes, no necesariamente doctos en materia societaria.

Esta particularidad ocasiona que algunas compañías, constituidas bajo el sistema simplificado y sin la intervención de un jurista, deban ser canceladas su inscripción en el Registro Mercantil; y, otras tantas están obligadas a reformar su estatuto social, adecuándose forzosamente a los principios establecidos en la Ley de Compañías; en ambos casos por intervención del ente controlador como es la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, configurándose además una carga administrativa innecesaria para la entidad.

La investigación planteada hace referencia a las reformas que sufrió la Ley de Compañías, fundamentalmente sobre la Sexta Disposición General añadida a la citada Ley, luego de haberse emitido la Ley Orgánica para el Fortalecimiento Optimización del Sector Societario y Bursátil, publicada en el Registro Oficial número 249 (Suplemento), el 20 de mayo de 2014; según lo establecido en dicha Disposición, a través del sistema en línea, se prescinde de la formalidad de requerir que la minuta en donde consten los estatutos de una compañía sean respaldados por un profesional del derecho.

Palabras Claves: Constitución, Compañía, Estatuto, Registro.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

EL PROBLEMA

Según lo establecido en dicha Sexta Disposición General señalada, ahora, a través de un nuevo sistema en línea, se prescinde de la formalidad debida de que un profesional del derecho requiera con su firma en la minuta la aprobación de los actos constitutivos de compañías que se crean a través del procedimiento simplificado.

El análisis se fundamenta en las disposiciones Constitucionales garantistas del trabajo digno y con una justa remuneración; asimismo, a manera de incentivo al trabajo, la carta magna alienta al desarrollo profesional de una manera libre y que dicha actividad mejore la calidad de vida aumentando las capacidades y potencialidades de los habitantes del Ecuador, entre otros derechos a favor del trabajo, del cual no deben estar excluidos, ni total ni parcialmente, los abogados en libre ejercicio profesional. Sin embargo y contradictoriamente, la Sexta Disposición General aludida, desecha la posibilidad de que los abogados y abogadas puedan ejercer sus actividades profesionales dentro del campo societario, en los términos antedichos, en cuanto a su competente intervención en la constitución simplificada de compañías.

El derecho constitucional y legal de acceso al trabajo, así como las políticas que se redactan en el papel y que se implementan por parte del Estado, son contrarias a lo dispuesto a la Disposición predicha. Esta premisa concebida sin considerar un criterio socio económico afecta de manera directa al ambiente laboral; por lo tanto, debe reformarse de manera inmediata en favor de los profesionales del derecho; tomando en cuenta aún, que a la par de la tecnología, las nuevas generaciones de abogados disponen de los suficientes conocimientos técnicos para utilizar diferentes plataformas virtuales, en este caso determinado, la página Web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; y, de esta manera, aplicando sus conocimientos legales e informáticos, puedan brindar una

atención apropiada a sus clientes en cuanto a la constitución de Compañías y otras actividades conexas que de hecho existen en línea.

Por otro lado, se presupone que la mayoría de los futuros inversionistas y/o constituyentes de compañías, no cuentan con los conocimientos legales para conformar una compañía, no tienen por qué ser conocedores del derecho societario y la legislación concordante; el abogado, en cambio, cuenta con los criterios académicos y prácticos para estructurar un estatuto social de una sociedad, para sugerir qué tipo de sociedad es pertinente constituir, tomando en cuenta a qué actividad social se va a dedicar, del capital a ser aportando, de cuántos socios o accionistas vayan a conformar la misma, la forma de conformar la administración de la empresa, etc.; estos conocimientos se obtienen como consecuencia de un esfuerzo académico de varios, lo cual se ve mermado por la no mediación de un abogado.

I.1. OBJETIVOS

I.1.1. Objetivo general

Demostrar si las constituciones de compañías realizadas mediante el sistema simplificado y sin la firma de un profesional del derecho brindan seguridad jurídica y eficacia societaria.

I.1.2. Objetivos específicos

- 1.-** Analizar el proceso jurídico de la constitución de compañías en el Ecuador.
- 2.-** Determinar las consecuencias jurídicas que se han producido desde que está vigente la no obligatoriedad de la firma de un profesional del derecho en la constitución de compañías.
- 3.-** Identificar porcentualmente las compañías que, constituidas bajo el método simplificado, han tenido que ser reformada en sus estatutos o canceladas su inscripción en el Registro Mercantil.
- 4.-** Analizar los efectos que conlleva para los abogados en libre ejercicio la constitución de compañías sin su patrocinio.

5.- Derogar la Sexta Disposición General de la Ley de Compañías.

I.2. BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL

Como principio fundamental la seguridad jurídica en todos los ámbitos de la cotidianidad está garantizada en la Constitución de la República del Ecuador, principalmente en su artículo 82; asumiendo como tal, la precaución de que en todos los actos en los que intervengan los ciudadanos dentro del territorio nacional, se encuentran respaldados por las diferentes normas legales vigentes, y están ahí para que sean cumplidas, tanto por los usuarios de los servicios públicos, como por las competentes autoridades designadas para respaldar con su accionar dichas garantías.

La el rol del abogado en libre ejercicio es tan sustancial en el negocio jurídico, que el notario está obligado a receptar la minuta firmada por éste para autorizar todos los actos y contratos que se le presenten, conforme se encuentra determinado en el artículo 48 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador. En concordancia con esta estipulación, el numeral 6) del artículo 23 de la Ley Notarial establece que “Las minutas presentadas para ser elevadas a escrituras públicas, deberán ser parte de un archivo especial mantenido por dos años que llevarán los notarios una vez autorizada la escritura pública respectiva.”

Concomitantemente a lo ya dicho, la fundación de una compañía se inicia al momento del otorgamiento de la escritura pública ante el escribano que sea escogido por las partes, posteriormente inscrita en el Registro Mercantil que corresponda; por lo tanto, la legalidad al momento de creación de una sociedad en el Ecuador, está dirigida y asesorada desde sus inicios por el abogado; yendo más allá, en cuanto al ámbito societario y legal de la empresa, estará siempre en manos de un juriconsulto, siendo imprescindible que la persona jurídica se encuentre bien estructurada, dentro de los parámetros legales vigentes.

En el Ecuador está garantizado el derecho a la seguridad jurídica, reconociendo la aplicabilidad de lo manifestado en la Constitución de la República y en las normas emitidas para acreditar los derechos y deberes de sus ciudadanos. Esta aseveración se fundamenta en lo establecido en el artículo 82 y en el numeral

1 del artículo 147 de la carta magna expresada. Es importante determinar que en los artículos señalados, se considera al Estado y al Presidente de la República como los principales responsables de que las normas legales a ser aplicables a los ciudadanos nacionales y extranjeros, sean dictaminadas con previsibilidad, con claridad, debiendo ser públicas y estableciendo qué autoridad las debe emplear en cada caso, según el ámbito de su competencia.

La Ley de Compañías en su artículo 1, señala que el contrato de compañía se refiere a que dos o más personas, aclarando que son naturales y/o jurídicas, que unen sus capitales o industrias, con el fin de comenzar a realizar actividades mercantiles y finalmente intervenir de sus frutos, tomando en consideración las normas legales vigentes.

De igual manera, el artículo 1561 del Código Civil, en cuanto a los contratos celebrados por las partes, se convierte en Ley para las mismas, el mismo que puede ser invalidado únicamente por dos causales: consentimiento mutuo de las partes y por causas legalmente establecidas y determinadas. En el artículo 1562 del mismo Código anunciado, se indica que el contrato solemne obliga a las partes en atención a la expresión de su voluntad y sobre el contenido que del mismo se establecieron.

Dentro de la misma casuística, el artículo 1957 de la norma *ibídem*, se considera que las sociedades se instituyen con la finalidad de unir capitales y repartirse sus utilidades. Es decir, que las normas estatuidas en el Ecuador garantizan que los contratos para formar una compañía están debidamente despejadas, lo cual asegura que el inversor esté enterado sobre cuáles son las reglas del juego marcadas para que su inversión sea respaldada por el Estado, pues el contrato lícito está realizado debidamente. Si embargo de ello, la constitución de compañías en línea con el procedimiento simplificado, dicho sea de paso, que llegan al Notario ya elaboradas, no cuentan con la posibilidad alguna de revisar para su corrección *sui fuere* el caso; es decir, dicho proceso se contrapone al principio de advertencia, el mismo que no se encuentra contemplado en norma alguna, ésta advertencia sería muy útil para que los contratos de constitución de compañías no lleguen a los Registros Mercantiles y deban ser observados o peor aún ser negados, configurándose así como un defecto insubsanable. Esta acepción desarrollada por GOMEZ F. (1991) “Es decir, no sólo la falta de inscripción determinaría la

ineficiencia del título, sino que la propia *falta de advertencia* de la obligación de inscribir sería por sí solo un defecto que determinaría la nulidad sustancial del acto, y por ende, determinante de una ineficiencia registral definitiva.” (p. 27).

Por lo tanto, la inapropiada conformación del estatuto social de una compañía genera consecuencias nada deseables para quienes pretenden emprender en una empresa de cualquier naturaleza que ésta sea. Las consecuencias inherentes al contrato social que emanan por el solo acto del otorgamiento de la escritura pública constitutiva, generan efectos legales muy determinantes. De ser negativa la inscripción del instrumento público en el registro mercantil, ello acarrea soluciones legales; es decir, la aclaración del acto o la disolución de la compañía en mérito a lo establecido para tal acto jurídico en la Ley de Compañías. La constitución de compañías es el acto fundacional, por el cual los constituyentes tienen fijada su expectativa en el inicio del negocio, fabricación o prestación de servicios, lo cual puede verse afectada por errores en la conformación de la misma, anteriormente mencionada.

CAPÍTULO II

DESARROLLO

II.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

II.1.1. Antecedentes

De cualquier manera el hombre tenía la necesidad de obtener bienes para su subsistencia, es así que en el pasado se crea una especie de intercambio de productos y servicios, más conocido como trueque. Si bien no se trataba de una relación comercial propiamente dicha, ciertamente sí creaba cierta organización de interacción entre los individuos con el fin de satisfacer los requerimientos alimenticios como forma muy precaria de convivencia. Por ejemplo en la antigua Grecia llegaron a organizar centros de comercio formados y controlados por las autoridades, éstos se denominaban ágoras, en donde ya se diferenciaban las ventas al por mayor y al por menor, incluso el almacenamiento ya era una exigencia del época. Mientras que en Roma se profundizó aún más el comercio con la inclusión del derecho, considerándose ésta una etapa de nacimiento de lo que actualmente conocemos como derecho mercantil.

En Roma ya se hablaba de una especie de símil del instrumento jurídico, según lo explica acertadamente DÁVALOS M. (2010) "...a pesar de que es posible identificar algunas normas que regulaban ciertos aspectos muy específicos del comercio, se trataba de normas de derecho civil. Este sistema regulaba las relaciones jurídicas entre los ciudadanos sin hacer una distinción de los actos jurídicos basada en el comercio." (p. 15). Por lógica es de suponer que los llamados instrumentos jurídicos eran elaborados o preparados por un conocedor de la materia legal, mencionando que nuestro sistema jurídico está fundamentado en el derecho romano.

Como toda ciencia, el derecho mercantil ha sufrido múltiples modificaciones acordes a las realidades de cada etapa del desarrollo humano. DÁVALOS M. (2010) clarifica el panorama al decir que "...El derecho mercantil ha ido evolucionando conforme se ha transformado el comercio. Los últimos avances en el derecho mercantil, específicamente lo que se refiere al comercio

electrónico, son consecuencias de la globalización.” (p. 26). Claro está, la aseveración desemboca en el análisis de los avances en cuanto al uso de los sistemas informáticos y de naturaleza tecnológica que sin duda ayudan a realizar de manera más ágil y a la vez segura el comercio entre personas naturales y/o jurídicas, no se menciona la posibilidad de omitir a quien elabora los documentos legales; es decir, al profesional del derecho especializado en la materia societaria y mercantil.

Contemporáneamente, y fundamentalmente a finales del siglo pasado, el sector societario se vio abocado a realizar modificaciones en las estructuras de las sociedades como las fusiones, así como compras de empresas a nivel mundial. Esta vorágine a escala internacional, provocó que los empresarios busquen a los mejores abogados en la materia, dicho fenómeno lo explica de mejor manera RECIO G. (2017): “Las empresas que ofrecen servicio jurídicos no estuvieron exentas de dichos cambios, ya que los bufetes más importantes de los Estados Unidos formaron alianzas y fusiones con despachos de abogados de menor tamaño para aprovechar sus conocimientos y conexiones en el entorno jurídico local y así estar en condiciones de ofrecer mejores servicios a sus clientes.” (p. 1). Esa necesidad del asesoramiento legal en el ámbito societario hizo posible que los diversos negocios jurídicos obtengan las formas que los inversionistas requirieron. Es misma exigencia asesora se mantiene a lo largo del tiempo.

La importancia del abogado en la elaboración de contratos sociales, como lo es la constitución de una compañía, es de gran relevancia, puesto que la materia societaria requiere de profesionales expertos en la elaboración de documentos cada vez más complicados; situación que ya se experimentó en épocas pasadas y relevantes para la humanidad, como lo destaca RECIO G. (2017): “...con el advenimiento de la Revolución Industrial y la aparición de empresas de gran tamaño, se incrementó la demanda de abogados en la elaboración de contratos cada vez más complejos...” (p. 9). La confianza en el abogado ha estado presente en diferentes momentos del desarrollo de los aspectos societarios. Por tanto, es menester señalar que los contratantes, en donde están inmersos los intereses monetarios de grupos económicos que desarrollan actividades productivamente lucrativas, proyectarán en sus imaginarios las mejores condiciones posibles en la parte legal.

II.1.2. Descripción del objeto de la investigación

Los acuerdos plasmados en un instrumento público y construido por un profesional del derecho, compromete a las partes intervinientes en diversos aspectos: financieros, legales y sociales. Es decir, no se trata únicamente de la voluntad de emprender una empresa; va más allá, pues en esta vinculación confluyen tanto obligaciones como derechos, siendo el contrato legalmente formalizado el medio por el cual se comprometen mutuamente los inversionistas en los diferentes tópicos que atañen al funcionamiento de la compañía, lo que RECIO G. (2017) lo profundiza así: "...recomiendan a sus clientes cómo conformar sus compañías legalmente, qué forma organizativa deben tomar, y qué tipo de contratos deben elaborar." (p. 216). Se observará entonces que las compañías no solo tienen que ver con el aspecto netamente societario de su contrato social, sino que se amplía el espectro a otros tipos de contratos subyacentes como los laborales, comerciales, de arrendamientos, compraventas, etc. En ese momento es indispensable pensar en la intervención de un abogado.

La sola suscripción de un contrato implica someterse a las cláusulas que voluntariamente las partes, asesoradas por el abogado, así lo han acordado, como lo dice GOMEZ J. (2006): "En el Derecho Moderno rige el principio espiritualista de los contratos o el principio de libertad de forma, que significa que la declaración de voluntad manifiesta de la forma que sea es suficiente para producir efectos." (p. 26). Si bien en la voluntad manifiesta de las partes se focaliza el libre albedrío en cuanto a las formas; sin embargo, en lo legal esas formas deben encajarse necesariamente dentro de las normativas vigentes y que no se contrapongan con las mismas.

En el Ecuador se constituyen compañías con mucha frecuencia; es decir, los contratos de sociedades son actos societarios que viabilizan el emprendimiento y desarrollo de empresas que se desempeñan en diferentes tipos de negocios jurídicos. Es por ello que importa en demasía las formas contractuales que deban instrumentarse en un documento público. A decir de lo establecido en la Ley de Compañías, las empresas que se encuentran bajo su control, deberán contar dentro de sus estatutos con aspectos básicos como el tipo de compañía, la denominación, el objeto social, la administración, reformas estatutarias, reparto de utilidades,

liquidación, etc. Todos aquellos matices citados deben ser estipulados bajo el asesoramiento de un abogado. En la eventualidad de que el estatuto esté elaborado por un no profesional del derecho, se corre el riesgo de las posibles reformas estatutarias que ajusten a la compañía a las exigencias de la Ley de Compañías y de otras normas aplicables y concordantes; o a su vez, en su defecto por no ser subsanables, se deberá proceder con la disolución y definitiva cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil que corresponda.

Con las consideraciones explicadas, el presente trabajo de investigación pretende establecer la necesidad de que en los contratos de constitución de sociedades se requiera siempre la presencia de un profesional del derecho, puesto que las inobservancias a la Ley ocasionarían eventualmente la invalidez e ineficacia de la pretendida constitución, tan importante es la elaboración de los estatutos sociales que GOMEZ J. (2006) se refiere así a la personería jurídica de una compañía: “La sociedad mercantil es la persona jurídica que surge de la unión voluntaria, duradera y organizada de varias personas, que se asocian a través de la creación de un patrimonio común para la explotación de una empresa, participando los socios en el reparto de la ganancias que obtengan,” (p. 305). Como se puede advertir, la parte jurídica está siempre ligada al resultado económico –entiéndase utilidades-, pues los resultados financieros que se puedan obtener al final de cada ejercicio económico estarán sujetos a la protección jurídica que se pueda brindar en la correcta conformación de una compañía.

II.1.3. Preguntas de investigación, variables

¿La intervención de un profesional del derecho en la elaboración de los estatutos de compañías brinda seguridad jurídica a los contratantes del negocio jurídico?

Variable dependiente

Obligación de que un profesional del derecho elabore los estatutos sociales de las compañías.

Indicadores

- Asesoramiento de un abogado especialista en derecho societario.

- Pretensión de constituir una compañía que brinde protección seguridad jurídica.

Variable independiente

Intervención de un abogado.

Indicadores

- Brindar de las solemnidades al contrato de constitución de compañía.
- Proteger las finanzas de los inversionistas.

Variable independiente

Seguridad y eficacia del negocio jurídico.

Indicadores

- Legalidad en la constitución de compañías.
- Conceder al contrato de constitución de compañías el procedimiento legal que compromete a los inversionistas.
- Consagrar la seguridad jurídica al acto societario de constitución de compañías.

Preguntas complementarias de la investigación

1. ¿Cuál es el aspecto contractual y las consecuencias de la constitución de compañías?
2. ¿Cuáles son las virtudes y los perjuicios de la constitución de compañías?
3. ¿Cómo se garantiza la inversión de los intervinientes en la constitución de una compañía la seguridad jurídica en el negocio jurídico?
4. ¿Qué consecuencias jurídicas tiene la incorrecta elaboración del estatuto social de una compañía?

5. ¿Cómo se puede subsanar la estructuración del estatuto social de una compañía que no esté acorde a la normativa legal?

II.2. FUNDAMENTACIÓN TEORICA

II.2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

En el Ecuador la constitución de compañías esta reglada por la Ley de Compañías, en la cual se establece la necesaria conexión entre emprendimiento y capital invertido, con el propósito de que al fin de un ejercicio económico ese valor se acrecenté. Si esta relación no estuviera normada y, por tanto garantiza por la Ley, pues existiría un verdadero caos y por ende poca o casi nula aportación y colocación de capitales y como consecuencia la de tomar riesgos. Con este concepto GOMEZ J. (2006) identifica que: “El patrimonio social se forma con las aportaciones de los socios, en bienes, dinero o industria, desplazándose su titularidad de los socios a la sociedad (p. 305); con esta premisa podemos establecer que el patrimonio personal de un promitente inversionista pasa a formar parte de un patrimonio en unión de otros; es decir, se arriesga un capital, ya sea monetario o de bienes, para formar una empresa. En contexto, cuando se comprometen bienes personales, sin saber cuál es su final, estamos ante una incertidumbre; así entonces, cuando hablamos de que la conformación de una compañía esté estructurada sin la presencia y el asesoramiento fundamental de un abogado, mejor aún si es que éste es especializado en el ámbito societario, ello merma desde cualquier punto de vista que las inversiones se vean afectadas por fallos legales en la constitución de la sociedad.

En este sentido RECIO G. (2017) reconoce que: “La complejidad jurídica que se dio como resultado de la expansión económica generada por la industrialización llevó a las empresas a abrir sus propios departamentos jurídicos y al surgimiento de grandes bufetes de abogados corporativos. (p. 228). Siendo los mismos empresarios, a sabiendas de las grandes dificultades a los cuales se pueden ver supeditados, los que ven la imperiosa necesidad de contratar profesionales del derecho especializados; incluso, los grandes grupos económicos, conforman sus propias unidades jurídicas, la cuales se encargan de ventilar los distintos aspectos en defensa legal de las compañías, ya sean en aspectos societarios, laborales, contractuales, etc.

II.2.2. BASES TEÓRICAS

II.2.2.1. Definiciones

En la actualidad se pueden apreciar diversas complicaciones que traen consigo la elaboración de los instrumentos estatutarios sociales que rigen la vida jurídica de las compañías; más aún, cuando el empresarios o inversionistas es quien construye su propia estatutos, obviando el asesoramiento técnico legales que para estos casos es imprescindible. Profundizando en la normativa vigente de nuestro país, la Sexta Disposición General de la Ley de Compañías, contradictoriamente a los principios del derecho, estipula: “Para el procedimiento simplificado de constitución de compañías, cuya minuta sea predefinida y llenada en el sistema de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, se exceptúa la formalidad del requerimiento de la firma de un profesional del derecho, para la validez de este documento ante Notario Público.”. Por esta ambigua consideración que hace la Ley, debemos realizar algunas precisiones con conceptos y defunciones que pretenden hacer más comprensible el análisis.

De acuerdo a GOMEZ J. (2006): “Para que exista una sociedad mercantil se requiere la existencia de contrato de sociedad, que será el vínculo jurídico que une a los socios en el momento de su constitución y a los que posteriormente se una la sociedad, sustituyéndose la contraposición de intereses de los contratos bilaterales por la coordinación de intereses de los distintos socios, por lo que la doctrina califica este contrato como contrato consensual, recíproco, plurilateral y de organización, que regula las relaciones de los socios entre sí y de la sociedad con los terceros” (p. 306). El concepto clarifica la idea del estudio, pues el autor señala con claridad que al constituir una compañía deben concurrir tres aspectos como *Conditio sine qua non*; elementos que no se pueden pasar por alto, como son: **1) el contrato de sociedad**, que por sí debe estar presente en la conformación de una compañía, con el fin de que en él se plasmen y establezcan los acuerdos llegados en relación a la vida de la persona jurídica que se está conformando; **2) el vínculo jurídico**, de no existir una instancia en donde se verifique que efectivamente las partes han acordado crear una empresa, que la misma esté correctamente identificada, de cómo será su administración, cuál será el método para tomar decisiones o cómo será el reparto de utilidades, entre otras variables, entonces se

estaría actuando al margen de una autorregulación que en definitiva eche la traste con el proyecto emprendido; y, **3) el contrato consensual, recíproco, plurilateral y de organización**, aspectos que confluyen en la necesidad de garantizar la verdadera ejecutividad de una sociedad mercantil, en donde los elementos expuestos estén concatenados con el propósito de sacar adelante a la compañía y que al final de un periodo fiscal se pueda obtener resultados positivos, siempre contando con la base de un estatuto social que brinde fiabilidad y esté acorde a las necesidades de los inversionistas.

GOMEZ J. (2006) señala que: “Junto al aspecto contractual, la sociedad tiene un aspecto institucional, pues constituida la sociedad, surge un ente con personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.../...propia y distinta de la de los socios, con su capacidad, patrimonio y voluntad propios y con su propia nacionalidad y domicilio.” (p. 306). De manera implícita el autor establece la diferencia entre personas naturales y entre personas jurídicas, pues el conjunto de las primeras mencionadas son las que posibilitan el nacimiento de las segundas. La sociedad mercantil requiere ser creada, no solo por la voluntariedad de sus constituyentes, sino por las formas estructurales y legales que la sostengan, para lo cual se requiere la presencia del abogado societario.

Por su parte RECIO G. (2017), realiza el trabajo del jurisconsulto: “Los abogados son agentes que recomiendan a sus clientes cómo conformar sus compañías, qué forma organizativa deben adoptar, qué tipo de contratos elaborar entre los socios, y también son lo que, desde la arena política, diseñan y promulgan las leyes que regirán la vida de las empresas.” (p. 3). De hecho, la importancia que tiene el abogado societario trasciende del ámbito de la empresa como tal, es quien está dispuesto, por su experiencia, a dar opiniones y observaciones sobre las políticas que regulan a las sociedades y también interviene en la configuración o reformas de la normativa concerniente al ámbito mercantil.

Para PIANTONI M. (1977): “Las sociedades comerciales tipo provienen también de contrato consensual y formal. *Formal ad solemnitatem...*” (p. 29). Lo consensual está en la voluntariedad de las partes, expresada sí en el documento público a ser suscrito e inscrito en el debido registro mercantil. Lo formal se fundamenta en la legalidad del contrato, en la morfología misma del instrumento

estructurado que regirá a la compañía. Así como en otros ámbitos profesionales, el asesor legal en el campo societario, es quien deberá dar forma y plasmar las conclusiones de ese consenso que existe entre las partes para la constitución de una sociedad.

Para OSSORIO M., la definición comercial de Sociedad es: "...la compañía o sociedad mercantil es un contrato por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes e industrias, o alguna de estas cosas, para practicar actos de comercio, con ánimo de partir el lucro que pueda corresponder y soportar asimismo las pérdidas en su caso." (p. 903). El autor infiere que el contrato que realizan las partes es el eje principal para el nacimiento de una sociedad mercantil; y, que las aportaciones son de uno o de los dos tipos indicados; es decir, de bienes o industrias, entendiéndose en ambas posibilidades que se tratan de inversiones en numerario o en especies, compartiendo siempre las utilidades o las mermas en sus negocios.

De las acepciones clasificadas en este análisis, se determina de cualquier modo que las compañías mercantiles estarán siempre relacionadas a una estructura legalmente conformada y acorde a las leyes vigentes, caso contrario éstas no podrían relajar las actividades de comercios, industrias o de prestaciones de servicios para las cuales se han constituido. Los estatutos sociales de las sociedades en el Ecuador, al estar reguladas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, deben estar correctamente adaptados a las normas que las regulan; considerándose además que las mismas deben estar contenidos en un documento público como lo es la escritura pública y debidamente inscrita en el registro mercantil que corresponde. Por tanto, no puede ni debe quedar al azar y al criterio de los inversionistas, que como queda claro, no tienen los conocimientos adecuados para solventar una estructuración de esta naturaleza, pues para ello existe el abogado especialista en derecho societario, quien es el asesor por antonomasia en este tipo de contratos.

La antedicha Sexta Disposición General de la Ley de Compañías, instituye la ausencia de un profesional del derecho para la constitución de manera simplificada de compañías; lo cual, como se ha establecido, niega el derecho a la seguridad jurídica de los intervinientes en la constituciones de sociedades, poniendo

en riesgo sus intenciones de hacer empresa y también disminuye la posibilidad de futuras iniciativas se vea afectadas; contrariando a las normas legales que para el efecto se han dictaminado.

II.2.2.2. Naturaleza jurídica de la constitución de compañías

La Ley de Compañías y la legislación concordante con la normativa del derecho mercantil, alcanzan al contrato de constitución de compañías, obligando a las partes que participan como constituyentes conforme a la naturaleza misma de las sociedades mercantiles. Es un acto que da vida a la empresa y por ende al todo el desarrollo de la misma, ya sea con actos societarios posteriores como son las reformas estatutarias hasta llegar en determinados casos a su cancelación en el registro mercantil; y, otras actuaciones conexas que se dan como consecuencia de la actividad de la misma de la sociedad como son las nombramiento de administradores, presentación de estados financieros anuales, entre otras. Partiendo desde un inicio, profesionalmente estructurado, el contrato constitutivo obliga a los socios o accionistas a visualizar cuál será el curso a seguir durante la existencia de la compañía.

II.2.2.3. Características de la constitución de compañías

Se trata de un contrato de sociedad, porque se determina la existencia de dos o más constituyentes reguladas por un estatuto social en el cuál se determinan las condiciones por las cuales se regirá la compañía; es decir, derechos y obligaciones de los socios o accionistas. Ya lo afirma GOMEZ J. (2006) cuando conceptualiza que: “La constitución de sociedad mercantil requiere contrato de sociedad, y que se dedique a actividad mercantil. El contrato pide una serie de elementos personales, reales y formales...” (p. 347). Tal aseveración confirma que el contrato de constitución está regulado por el derecho mercantil; por lo tanto se asume que, quien está a cargo de la creación del estatuto será un abogado profesional con los conocimientos suficientes en la materia y que cuide que se inserten los parámetros legalmente requeridos para tal efecto.

Al hablar de un contrato de acuerdo voluntario de constitución de compañía, éste debe ser autorizado por notario público mediante la correspondiente escritura

pública, para proporcionarle las solemnidades legales que el trámite societario lo demanda. La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros no podrá aprobar la constitución de ninguna compañía cuando se omitiere el requisito establecido anteriormente, así está determinado; por ejemplo, en el Art. 136 para las compañías limitadas; y, en Art. 146 para las sociedades anónimas de la Ley de Compañías. VIGIL G. (2008) señala que: 1. SOCIEDAD ANÓNIMA Existen dos vías para constituir la: 1. Por comparecencia de su fundadores ante Fedatario Público, y; 2. Por suscripción pública. 2. SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA El artículo 63 expresamente prohíbe que se constituyan mediante el procedimiento de suscripción pública, por lo que a este respecto únicamente se podrán constituir mediante la comparecencia de sus fundadores ante Fedatario Público.” (p. 9). Justamente, dichas comparecencias ante el escribano se las deberá realizar con el documento estructurado previamente; es decir, con la minuta constitutiva elaborada por quien asesoró a los fundadores de la sociedad para dicha acto: el abogado.

La constitución de una compañía se ultima con la presencia de las partes en una notaría pública. De acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Compañías, los constituyentes deberán declarar sobre la libertad y la voluntariedad con la que acuden al otorgamiento de la escritura pública de constitución de una sociedad, declaración en la cual se deben reafirmar la decisión de constituir la compañía y sobre el asentimiento del contenido de su estatuto social, así como sobre estar de acuerdo con la integración del capital.

Dentro del ámbito legal, entre otras consideraciones, la constitución de una compañía hace referencia a que su estatuto social es lícito, por ende el trasfondo no puede generar dudas, peor aún se puede percibir opacidad en la regulación que el sector público está obligado plasmar con las instituciones autorizadas para el control. Solamente los contratos forjados con los principios válidos para los actos jurídicos mercantiles, podrán ser inscritos en su debida forma. Para ahondar en la importancia sobre la veracidad del instrumento público, en el supuesto no consentido de que se pueda alegar falsedad ante la aprobación de una compañía por constituirse, VALERO Á. (2016), puntualiza: “Los distintos supuesto de falsedad documental pública constituyen una anomalía de los sistemas de formalización y publicidad de los negocios jurídicos...” (p. 38); por tanto, la constitución de una

compañía debe estar ceñida a los criterios normativos establecidos, concurriendo para tal efecto la voluntad informada de los concurrentes al momento de su otorgamiento.

De acuerdo al Art. 6 de la Ley Notarial, el notario es el delegado del Estado para autorizar y dar fe pública sobre los contratos, actos y documentos que son puestos a su consideración, ello no quiere decir que el contenido en sí de un contrato de constitución de compañía encierre necesariamente un estatuto que se ajuste a lo dispuesto en la Ley. BERNAL M. (2018), precisa: "...la finalidad de la fe pública es dar seguridad a las personas al momento de la realización de ciertos contratos que requieren de ella, lo que sería la base legal que garantice el cumplimiento de estas obligaciones contractuales." (p. 38). Esa garantía de la cual se habla permanentemente se la construye con documentos concebidos al amparo de las necesidades sociales de los contratantes y, claro está, bajo la óptica de la normas legales concurrentes, para que luego si puedan ser elevados a escritura pública.

La seguridad jurídica, conforme lo determina la Ley, trata de cerciorar a las partes contratantes e inversionistas en una compañía nueva que el contenido del documento público a ser suscrito, cuente con todos los parámetros que apuntalen jurídicamente tal inversión, respecto de posibles consecuencias legales que se presentaren en el futuro. Recapitulando, GOMEZ J. (2006) determina a los contratos normados y reglamentarios como: "Son los que proporcionan indudables garantías al particular, mediante el establecimiento de un contenido esencial de carácter imperativo..." (p. 16). Con ello se verifica que las partes que participan en el contrato de conformación de una compañía, garantizan para sí el fiel cumplimiento de lo estipulado en el mismo, ya sea con la ejercicio de sus derechos, así como el cumplimiento de sus obligaciones que del documento se emanan; concurriendo por tanto la posibilidad de acudir a instancias legales que le protejan de acciones contrarias y violatorias a lo establecido en el estatuto social de una sociedad en consonancia con las leyes que los amparan.

II.2.2.4. Procedimientos para la aprobación de una Compañía

La Ley de Compañías, en su Art. 2, reconoce a cinco tipos de sociedades mercantiles: 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. Para el presente análisis nos concentraremos en el actual procedimiento de constitución de compañías que son controladas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. El procedimiento inicia con el otorgamiento de la escritura pública de constitución autorizado por un notario, ante la minuta presentada con la firma de responsabilidad de un abogado en el ejercicio de su profesión y con la presencia de los contratantes ante el fedatario, quienes preliminarmente debieron haber obtenido la aprobación de la denominación por parte del ente controlador: Posteriormente se ingresan tres ejemplares del instrumento público al registro mercantil del domicilio principal de la compañía a ser constituida, con lo cual se inicia la vida jurídica de la sociedad mercantil (en el mismo acto se inscribirán los nombramientos de los administradores designados); para luego de su inscripción registrarse en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Finalmente el representante legal de la compañía designado en el acto constitutivo deberá obtener el Registro Único de Contribuyentes RUC en el Servicio de Rentas Internas SRI, con lo cual la sociedad podrá dar inicio a las actividades comerciales instituidas.

Conforme lo dispuesto en la sexta disposición general de la Ley de Compañías, la constitución y registro puede realizarse también utilizando el proceso simplificado de constitución de compañías, a saber, por vía electrónica. Esta nueva formalización en cuanto a la constitución de compañías, omite la firma de responsabilidad de un profesional del derecho en la minuta presentada ante notaria por la vía electrónica, ciñéndose por lo demás al procedimiento anterior, pero con la particularidad de que las instituciones involucradas, o sea: Notarías, Registros Mercantiles, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y Servicio de Rentas Internas SRI, procesan este acto constitutivo mediante un sistema informativo unificado y enlazado entre los entes públicos aludidos.

II.2.2.5. El rol del Abogado en la conformación de los estatutos de una compañía

En el Art. 48 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, se dispone que: “Todo acto o contrato que se celebre por escritura pública será autorizado por el notario, previa presentación de la correspondiente minuta, firmada por un

abogado, en papel sin timbre alguno; minuta que será archivada en la misma Notaría, para el sólo efecto de comprobación periódica del cumplimiento de este requisito por parte del respectivo Colegio de Abogados.”. Si es que la constitución de una compañía es un contrato entre dos o más intervinientes en el acto jurídico y además este contrato debe ser elevado a escritura pública ante un notario del país, ello quiere decir que lo determinado en la sexta disposición general de la Ley de Compañías contradice a lo que se garantiza en la Ley de los profesionales del derecho.

La aseveración anterior es tan elocuente, que dentro del primer considerando de la última Ley señalada, se razona “Que el ejercicio de la profesión de abogado, en todos los asuntos en que se lo requiere, es fundamental e imprescindible para la recta y eficaz administración de justicia y la solución de los problemas de carácter jurídico, tanto públicos como privados...”. Entonces la protección no es solamente para el inversionista en una nueva sociedad mercantil, sino que el beneficio va también para las instituciones públicas y privadas, además de la sociedad civil, que en conjunto, se evitara de inoficiosos trámites administrativos y judiciales en caso de errores en la conformación estatutaria de una compañía.

En el transcurso del tiempo el abogado ha sido considerado pilar importante en la vida misma de la colectividad, como lo explica RECIO G. (2017): “El análisis de los servicios que prestaron nos demuestra cómo los abogados se convirtieron en la bisagra que unía la política, la economía y las leyes.”. (p. 49). El rol del abogados va más allá de una simple demostración en los conocimientos de las leyes y de su aplicación, también incide en las relaciones políticas y sociales con la económica de un Estado, interpretándose como tal al conjunto de la sociedad. El mismo autor RECIO G. (2017), manifiesta que: “...para la década de los veinte, los empresarios buscarían reconstruir, a través de sus abogados, la nueva bisagra que les permitiría seguir adelante con sus negocios.”. (p. 49). Como vemos el abogado con sus conocimientos ha cumplido y cumple en la actualidad un cometido indispensable en el desarrollo productivo y económico de la comunidad.

De acuerdo a la Ley de Compañías, la clasificación entre las cinco clases de sociedades sirve para que el abogado asesore a los empresarios sobre cuál es el tipo de compañía que les conviene constituir, pues cada una tiene sus particularidades y

características especiales para sus fines futuros; como lo distingue OLIVER G. (2012): “En este sentido, la labor del jurista debe centrarse en inducir y descubrir en la letra de la ley, los principios básicos y reglas generales de cada tipo societarios...” (p. 10). Se corrobora que las distintas clases de sociedades mercantiles puede encajarse a cada necesidad de los inversionistas, pues éstos pueden escoger el tipo de compañía ya sea por ser abiertas o cerradas a nuevos capitales, privadas o mixtas (incluyendo al sector público), etc.

II.2.3. DEFICIENCIAS DEL SISTEMA SIMPLIFICADO DE CONSTITUCIÓN DE COMPAÑÍAS EN LÍNEA

Con la puesta en marcha de la Sexta Disposición General de la Ley de Compañías se han evidenciados algunas falencias en cuanto a la estructuración de estatutos sociales, lo cual conlleva a una serie de dificultades al momento de que las compañías afectas entren en funcionamiento con un estatuto que no está de acorde a las necesidades de los inversionistas. Según fuentes de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, desde el mes de septiembre del año 2014 hasta el mes de julio de 2018 se han reservado 18.464 denominaciones para constituir compañías a nivel nacional, de las cuales 2.710 fueron para constituciones físicas (con minuta firmada por abogado), y 15.754 para constituciones electrónicas (sin la necesidad de que la minuta sea firmada por un abogado).



De las denominaciones reservadas para la constitución electrónica de sociedades mercantiles, 200 han sido devueltas con observaciones. El reporte proporcionado por el ente de control no incluye los actos jurídicos posteriores de reformas de estatutos ni de las cancelaciones que se han producido por concepto de falencias en la estructuración de los estatutos, pues no se puede determinar con exactitud el origen de cada acto por la naturaleza que esta fuera. A decir de la información obtenida, de la gran cantidad de compañías que se encuentran constituidas mediante el procedimiento abreviado vía electrónica sin firma de un profesional del derecho, un gran porcentaje no cuentan con la seguridad jurídica que para el efecto se demanda; por lo tanto, no se cumple fielmente el principio de integralidad; es decir, queda un espacio disconforme entre las leyes, la economía, la sociedad y los entes públicos.

Las herramientas informáticas y tecnológicas que los seres humanos tenemos a nuestro alcance sirven para desempeñar de mejor manera las variadas actividades profesionales y personales que desarrollamos. Sin duda son de gran utilidad para acelerar procesos y disminuir brechas en cuanto a tiempos de gestión que se destinan a diario. Sin embargo de lo dicho, no se es factible sacrificar la seguridad jurídica en provecho de los sistemas informáticos, pero si se puede combinar ambas acciones para que los trámites de constitución de compañías se puedan presentar en ambas versiones; es decir, mediante una minuta física o también por el envío de la misma a través de vía electrónica, pero siempre contando con la firma de responsabilidad de un abogado en ejercicio de sus funciones, la firma debería ser física o electrónica, según la elección adoptada.

De las denominaciones reservadas para la constitución electrónica de sociedades mercantiles, 200 han sido devueltas con observaciones. El reporte proporcionado por el ente de control no incluye los actos jurídicos posteriores de reformas de estatutos ni de las cancelaciones que se han producido por concepto de falencias en la estructuración de los estatutos, pues no se puede determinar con exactitud el origen de cada acto por la naturaleza que esta fuera. A decir de la información obtenida, de la gran cantidad de compañías que se encuentran constituidas mediante el procedimiento abreviado vía electrónica sin firma de un profesional del derecho, un gran porcentaje no cuentan con la seguridad jurídica

que para el efecto se demanda; por lo tanto, no se cumple fielmente el principio de integralidad; es decir, queda un espacio disconforme entre las leyes, la economía, la sociedad y los entes públicos.

II.2.4. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

Constitución de compañía.-

Es el acto jurídico otorgado mediante escritura pública e inscrita en el registro mercantil, a través del cual dos o más personas asocian sus capitales para emprender en un negocio del cual procurarán al final de cada año obtener utilidades.

Estatuto social.-

Es el contrato legal por el cual se regirá la vida jurídica de una compañía, el estatuto da los lineamientos sobre la manera que se ha de administrar la sociedad mercantil, así como pondrá límites en cuanto a su objeto social, el plazo de duración, etc.

Seguridad Jurídica.-

Es brindar a los inversionistas suscriptores de un contrato la garantía de que lo estipulado en un documento público tiene plena validez para sus inversiones, así se establecerán con claridad sus obligaciones a cumplir y derechos a ejercer.

Requisitos para la constitución de una compañía

Las constituciones físicas inicialmente se requiere una denominación aprobada por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, luego se presenta ante un Notario la minuta firmada por un abogado para sea elevada a escritura pública con la firma de los constituyentes, posteriormente se inscribe en el Registro Mercantil, se registra en el Registro de Sociedades de la Superintendencia aludida, para finalmente obtener el registro único de contribuyentes en el SRI.

A diferencia de la constitución física, la electrónica omite la presentación de una minuta firmada por un profesional del derechos; además todo el procedimiento se lo realiza a través de una plataforma informática y con la utilización de la firma

electrónica bajo la responsabilidad de los representantes de cada una de las instituciones públicas participantes el en proceso.

II.3. METODOLOGÍA

II.3.1. MODALIDAD

Para la elaboración del presente trabajo de investigación se ha aplicado la modalidad cualitativa, la categoría utilizada es la no interactiva y con el diseño de análisis de conceptos. Se ha procedido a la exploración de bibliografías y normas legales concordantes con la temática planteada y con los tópicos propios del análisis realizado.

II.3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA

NORMATIVA RELACIONADA	ARTÍCULOS	POBLACIÓN	MUESTRA
Constitución de la República del Ecuador	82 y 147 (numeral 1)	2	2
Ley de Compañías	1, 2, 136, 146 y Sexta Disposición General	5	5
Ley Notarial	6 y 23 (numeral 6)	2	2
Código Civil	1561 y 1562	2	2
Ley de Federación de Abogados del Ecuador	48	1	1

Realizado por el autor

Tomado de:

- Constitución de la República del Ecuador, año 2008
- Ley de Compañías, año 1999
- Ley Notarial, año 1966

- Código Civil, año 2005
- Ley de Federación de Abogados del Ecuador, año 1974

II.3.3. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

Para elaboración del presente trabajo de investigación se utilizaron los siguientes métodos:

Métodos Teóricos:

La investigación teórica se fundamentó en el análisis de documentación relacionada con el tema de estudio. Estos textos de autores que han escrito sobre la temática planteada sirvió de análisis sirvió para desarrollar los problemas existentes y también para proyectar soluciones de cambio. La consecuencia del amalgamamiento de algunos ápices de investigación, dan como resultado una vinculación entre teoría y leyes que supone una propuesta real de modificación en cuanto al procedimiento actualmente tratado. Es imperativo resaltar que la bibliografía utilizada está directamente emparejada con los aspectos estudiados en el presente trabajo de investigación

Métodos Empíricos:

El estudio se ha fundamentado en la observación minuciosa de la normativa legal vinculada y relación al tema principal de esta investigación. De acuerdo al título del estudio se han considerado varios artículos contenidos en algunas normas jurídicas, que para este caso concuerdan con lo programado, como en la Constitución de la República del Ecuador, en la Ley de Compañías, en la Ley Notarial, en el Código Civil y en la Ley de Federación de Abogados del Ecuador. Normas que se aprovecharon coadyuvantemente para revisar los principales defectos de la problemática planteada, así como en otros casos han servido para recabar información en cuanto a las posibles soluciones.

II.3.4. PROCEDIMIENTO

- Procesamiento y descripción de una problemática jurídica de trascendencia y enunciación de una solución.
- Demarcación del problema planteado sobre la base de la investigación y presentación del estudio y el diseño de una salida legal.
- Incorporación al análisis de fundamentos teóricos y jurídicos que posibiliten observar con claridad el problema y encontrar parámetros para su enmienda.
- Identificación de medidas adecuadas que permitan interpretar la base teórica y legal para el análisis.
- Diagnóstico de las principales deducciones obtenidas que brinden información para una solución.
- De acuerdo a la metodología y planteamiento de la investigación, la información recabada ha sido armonizada para el estudio correcto.

CAPÍTULO III

CONCLUSIONES

III.1. ANÁLISIS NORMATIVO

III.1.1. BASE DE DATOS

NORMAS LEGALES CONEXAS CON LA CONSTITUCIÓN DE COMPAÑÍAS, CON EL ROL DEL ABOGADO Y CON LA SEGURIDAD JURÍDICA	
Casos del objeto de estudio	Unidades de análisis
Constitución de la República del Ecuador: Artículos 82 y 147 (numeral 1)	<p>“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”</p> <p>La carta magna, a través del Estado y de sus instituciones, brinda al conjunto de la sociedad de todas las garantías jurídicas para el pleno desenvolvimiento de una sociedad bajo normas correctamente establecidas y con la posibilidad de que sus habitantes tengan vía expedita para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones.</p> <p>“Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:</p> <p>1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados internacionales y las demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia...”</p>

	<p>El Estado ecuatoriano representado por sus máximas autoridades, es el órgano superior en la cual los ciudadanos tienen garantizado que el contrato social -entiéndase al conjunto de normas legales internas y externas acogidas- sea cumplido en las condiciones y bajo los parámetros aceptados.</p>
<p>Ley de Compañías: Artículos 1, 2, 136, 146 y Sexta Disposición General</p>	<p>“Art. 1.- Contrato de compañía es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades.</p> <p>Este contrato se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil.”</p> <p>Los ciudadanos de cualquier nacionalidad tienen la posibilidad de ejercer actividades de comercio en el país, pudiendo realizar las mismas en las condiciones establecidas en las leyes ecuatorianas. El espíritu de las normas relacionadas tienen como objetivo que los inversionistas en una sociedad mercantil puedan unificar sus capitales y obtener réditos económicos al finalizar anualmente el ejercicio económico.</p> <p>“Art. 2.- Hay cinco especies de compañías de comercio, a saber:</p> <p>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.</p>

Estas cinco especies de compañías constituyen personas jurídicas.

La Ley reconoce, además, la compañía accidental o cuentas en participación.”

La Ley posibilita que los constituyentes de una compañía puedan escoger el tipo de personería jurídica que deseen implementar, dependiendo de sus necesidades y objetivos, Para cuya finalidad deberá estructurarse el estatuto adecuado, con el asesoramiento de un especialista legal en la materia.

“**Art. 136.-** La compañía se constituirá mediante escritura pública que será inscrita en el Registro Mercantil del cantón en el que tenga su domicilio principal la compañía. La compañía existirá y adquirirá personalidad jurídica desde el momento de dicha inscripción. La compañía solo podrá operar a partir de la obtención del Registro Único de Contribuyentes otorgado por parte del SRI.

Todo pacto social que se mantenga reservado será nulo. El Registrador Mercantil del cantón donde tuviere su domicilio principal, remitirá los documentos correspondientes con la razón de la inscripción a la Superintendencia de Compañías y Valores a fin de que el Registro de Sociedades incorpore la información en sus archivos.

La constitución también podrá realizarse mediante el proceso simplificado de constitución por vía electrónica de acuerdo a la regulación que para el

efecto dictará la Superintendencia de Compañías y Valores.”

“Art. 146.- La compañía se constituirá mediante escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil del cantón en el que tenga su domicilio principal la compañía. La compañía existirá y adquirirá personalidad jurídica desde el momento de dicha inscripción. La compañía solo podrá operar a partir de la obtención del Registro Único de Contribuyentes en el SRI. Todo pacto social que se mantenga reservado, será nulo.”

Tomados como ejemplo estos dos artículos de la Ley de Compañías, en ellos se implantan las condiciones para que las compañías de esas características puedan establecerse en el Ecuador; es decir, que sus estatutos deben constar en una escritura pública debidamente otorgada por un notario, y que además la misma deba ser inscrita en el registro mercantil correspondiente al domicilio principal de la sociedad formada.

“DISPOSICIÓN GENERAL SEXTA.- Para el procedimiento simplificado de constitución de compañías, cuya minuta sea predefinida y llenada en el sistema de la Superintendencia de Compañías y Valores, se exceptúa la formalidad del requerimiento de la firma de un profesional del derecho, para la validez de este documento ante Notario Público.”

Esta disposición es la base en la cual se fundamenta el presente estudio y análisis. Como se observa, en la actualidad una compañía que quiera ser constituida en línea, a través de los sistemas informáticos creados para el efecto, no requieren de la participación de un

	<p>abogado para que elabore la minuta de constitución, que es oportuno reiterar, en aquel documento se configura el estatuto social de una sociedad mercantil. El precepto contradice a la seguridad jurídica que la constitución de la república y otras normas legales lo anuncian y determinan como proteccionistas de derechos y obligaciones establecidos para el ejercicio de una actividad regulada por las leyes.</p>
<p>Ley Notarial: Artículos 6 y 23 (numeral 6)</p>	<p>“Art. 6.- Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes...”</p> <p>El fedatario es el delegado del estado para dar fe de los documentos, actos y contratos que son puestos a su consideración. Esta delegación de funciones se convierte en parte trascendental en cuanto a la seguridad jurídica que la institucionalidad del país ofrece a los ciudadanos. Por tanto, se fomenta la participación de los profesionales al derecho de asesorar de manera conveniente a los interesados que interviene en los contratos, pues la ausencia del abogado no garantiza la plena vigencia de documentos acordes a las normas legales.</p> <p>“Art. 23.- Los protocolos se formarán anualmente y se dividirán en libros o tomos mensuales o de quinientas fojas cada uno, debiendo observarse los requisitos siguientes:.../...</p> <p>6) Las minutas presentadas para ser elevadas a escrituras públicas, deberán ser parte de un archivo especial mantenido por dos años que llevarán los</p>

	<p>notarios una vez autorizada la escritura pública respectiva.”</p> <p>El articulado en referencia acentúa aún más las aseveraciones anteriores, puesto que prevé y conmina a la presentación de una minuta previa a la celebración de un contrato ante notario público; esta minuta debe ser elaborada por un abogado en libre ejercicio profesional.</p>
<p>Código Civil:</p> <p>Artículos 1561 y 1562</p>	<p>“Art. 1561.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”</p> <p>“Art. 1562.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.”</p> <p>Ante tales disposiciones del Código Civil, es imperativo reconocer que las herramientas jurídicas deben estar al alcance de quienes contraten. No disponer de la intervención de un abogado en la elaboración de un contrato, puede tener serios inconvenientes al momento de pretender ejecutarlos.</p>
<p>Ley de Federación de Abogados del Ecuador:</p>	<p>“Art. 48.- Todo acto o contrato que se celebre por escritura pública será autorizado por el notario, previa presentación de la correspondiente minuta, firmada por un abogado, en papel sin timbre alguno; minuta que será archivada en la misma Notaría, para el sólo</p>

Artículo 48	<p>efecto de comprobación periódica del cumplimiento de este requisito por parte del respectivo Colegio de Abogados.”</p> <p>El decreto que el gobierno de aquella época emitió, norma y reconoce la importancia sobre la participación imperiosa del profesional del derecho en la elaboración de una minuta que deba ser autorizada por un notario público.</p>
--------------------	---

Realizado por el autor

III.1.2. ANÁLISIS DE RESULTADOS

El presente trabajo se ha cimentado en el análisis y reparos al contenido de la Disposición General Sexta de la Ley de Compañías; se considera innecesaria la interposición de los conocimientos del abogado en la estructura de una sociedad mercantil. La deducción lógica y pragmática es que las compañías que han sido constituidas sin la intervención de un profesional del derecho, han tenido inconvenientes al momento de quererlas poner en funcionamiento; algunas incluso debiéndose cancelar con inscripción en el registro mercantil, y otros en cambio tendiendo que reformar sus estatutos recientemente creados. Ello no alienta a una seria inversión de quienes pretenden emprender en una actividad comercial, pues el desgaste no solamente es en el tiempo utilizado, sino además en cuanto a los recursos económicos que ello implica al no poder funcionar correctamente y al tener que erogar más dinero para los trámites administrativos que reparen lo mal concebido.

Sobre la seguridad jurídica que se puede obtener al contratar a un profesional de derecho al momento de pretender constituir una compañía, esta inversión en cuanto a sus honorarios es indispensables, porque de ellos depende en mucho el éxito, al menos en la parte legal, en la administración interna y sobre las responsabilidades externas, tanto con las instituciones públicas controladoras y con las personas naturales y jurídicas que tengan relación con la sociedad. La compañía no solamente debe mostrarse fuerte en cuanto a la actividad constante en su objeto social, sino que debe presentarse fuerte en cuanto a la parte legal, pues ello le brindara un posicionamiento adecuado y serio en este sentido.

Al no concurrir la asesoría legal para llegar a lo pretendido por las partes intervinientes; es decir, la conformación de una sociedad mercantil bajo los parámetros y especificidades expuestas en las leyes ecuatorianas, no se puede asegurar el éxito de una compañía, pues las falencias dificultan que se pueda llegar a cumplir con lo establecido en el Art. 1 de la Ley de Compañías; a decir, el emprendimiento con una inversión de capital conjunto y poder obtener las rentas que al actividad emprendida les pueda proporcionar. La eficiencia del negocio jurídico en el acto societario radica en la correcta elaboración del contrato constitutivo de la compañía, evitando así la informalidad comercial.

Está determinado que las solemnidades en el contrato de constitución de compañía, proporciona, entre otras cosas, la confianza jurídica para la protección de las finanzas de los inversionistas, pues necesariamente el aspecto contractual tiene consecuencias positivas y negativas sobre sus necesidades de emprendimiento. El presente párrafo, así como el anterior, responden a las preguntas planteadas al inicio de esta investigación, con lo que se puede interpretar la imperiosa necesidad de una comprensión del estudio que vaya a la práctica

III.1.3. CONCLUSIONES

Como conclusión podemos advertir que la Disposición General Sexta de la Ley de Compañías, es contraria a cualquier pretensión de brindar certeza sobre la legalidad del contrato a quienes deseen invertir en la constitución de una sociedad mercantil. Los preceptos jurídicos se han creado para otorgar garantías de convivencia social a las personas naturales y jurídicas; por lo tanto, los abogados cumplen un papel importante en la efectividad y eficacia de esas garantías; por ello es inentendible que en los contratos jurídicos no se cuente con la presencia de un profesional en derecho, más aún cuando están a disposición de la sociedad los jurisconsultos especialistas en el ámbito societario.

Para que la constitución de una compañía cumpla con los preceptos para los cuales se creas, debe coexistir una convivencia armónica y de seguridad jurídica entre las inversiones de capitales que se realizan con la garantía que brinda un contrato debidamente realizado bajo la orientación de un abogado. Explícitamente se ha dicho está que una de las característica del contrato es el cumplimiento de lo ahí estipulado por parte de los interviene, ello implica que tienen claramente establecidas sus obligaciones y derechos; empero si un estatuto no está correctamente estructurado, los intervinientes quedan en la indefensión.

Las compañías que no tienen correcta y legamente estructurado su estatuto social están sujetas a reformas estatutarias o cancelaciones en el registro mercantil; estos actos jurídicos societarios están en bajo el control y supervisión de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Para evitar la pérdida de tiempo, de actos jurídico, de costos monetarios, dependerá de que exista fiabilidad legalmente estructurada en la conformación del contrato societario.

III.1.4. RECOMENDACIONES

Para que exista concomitancia entre lo analizado y lo planteado en el estudio efectuado y plasmado en este trabajo, se puede señalar como recomendación que para constituir una compañía en el Ecuador y que legalmente se encuentre bajo el control y supervisión de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; corresponde propiciar que las compañías puedan construirse bajo las dos modalidades analizadas; es decir, **de modo físico**, con la presentación de una minuta otorgada bajo el auspicio de un abogado en el ejercicio de sus funciones; y, por otra parte, **mediante el métodos simplificado en línea**, aquí debe intervenir también el profesional del derecho a través de la firma electrónica, tal y como lo utilizan las instituciones involucradas en esta segunda opción.

Por lo tanto; se concluye como exhortación final, a que se reforme la Sexta Disposición General de Ley de Compañías, la misma que deberá adaptarse a la posibilidad cierta de la participación de un abogado en la constitución de compañías con el procedimiento simplificado en línea.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional Constituyente.** (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
- Bernal M.** (2018). *Práctica de derecho notarial*. Cuenca: Ediciones CARPOL
- Dávalos, M.** (2010). *Manual de introducción al derecho mercantil*. México, D.F.: Nostra Ediciones S.A.
- Decreto Supremo 201.** (1974). *Ley de Federación de Abogados del Ecuador*. Registro Oficial 507 de 07 de marzo de 1974.
- Decreto Supremo 1404.** (1966). *Ley Notarial*. Registro Oficial 158 de 11 de noviembre de 1966.
- Gómez F.** (1991). *Defectos en los documentos presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad*. Madrid: Leganitos S.A.
- Gómez J.** (2006). *Los contratos: aspectos civiles y registrales*. Madrid: J. San José, S.A.
- H. Congreso Nacional,** (1999). *Ley de Compañías*. Registro Oficial 312 del 05 de noviembre de 1999.
- H. Congreso Nacional.** (2005). *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento 46 del 24 de junio de 2005.
- Oliver G.** (2012). *Sociedades mercantiles*. México, D.F.: Librería Porrúa Hnos. y Cía., SA de CV
- Ossorio M.** (1ª Edición Electrónica). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Guatemala, C.A.: Datascan, S.A.
- Piantoni M.** (1977). *Sociedades civiles y comerciales: estudio comparativo y concordancias legislativas*. Buenos Aires: Editorial Astrea
- Recio G.** (2017). *El abogado y la empresa. Una mirada al despacho de Manuel Gómez Morin, 1920-1940*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México
- Valero Á.** (2016). *Anuario de derecho registral Iberoamericano*. Lima: EL VISIR
- Vigil G.** (2008). *Sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada. Notas comparativas*. México, D.F.: Librería Porrúa Hnos. y Cía., SA de CV



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Dr. Víctor Hugo Barros Pontón, con C.C: # 0102593928 autor del trabajo de examen complejo: **“LA NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN DE LOS ABOGADOS EN LA CONSTITUCIÓN DE COMPAÑÍAS Y LA DEROGATORIA DE LA SEXTA DISPOSICIÓN GENERAL DE LA LEY DE COMPAÑÍAS”** Previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO DE NOTARIAL Y REGISTRAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 31 de mayo del 2019

f. _____

Dr. Víctor Hugo Barros Pontón

C.C: 0102593928

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	LA NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN DE LOS ABOGADOS EN LA CONSTITUCIÓN DE COMPAÑÍAS Y LA DEROGATORIA DE LA SEXTA DISPOSICIÓN GENERAL DE LA LEY DE COMPAÑÍAS.		
AUTOR(ES):	Dr. Víctor Hugo Barros Pontón		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES):	Ab. María José Blum M. – Dr. Francisco Obando F.		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Notarial y Registral		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Notarial y Registral		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	31-05-2019	No. DE PÁGINAS:	39
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Notarial y Derecho Registral		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Constitución, Compañía, Estatuto, Registro.		
RESUMEN:	<p>El Ecuador es un territorio de permanente creación compañías con el fin de generar diversas actividades ya sean estas comerciales, industriales, de servicios, de transportes, etc. La constitución de las compañías facilita el negocio jurídico entre las partes intervinientes en una relación comercial donde aquellas intervinientes a través de sus representantes legales, fundamentalmente incorpora la figura de la responsabilidad de los socios o accionistas ante terceros hasta por el monto de sus aportaciones.</p> <p>De lo enunciado, se establece la importancia que representan los estatutos sociales para la vida jurídica y societaria de una compañía, no siendo en la actualidad elaborados en la totalidad de las compañías creadas por abogados especialistas en la materia, coexistiendo la posibilidad de que la estructuración de dichos estatutos esté a cargo de los promitentes constituyentes, no necesariamente doctos en materia societaria.</p> <p>Esta particularidad ocasiona que algunas compañías, constituidas bajo el sistema simplificado y sin la intervención de un jurista, deban ser canceladas su inscripción en el Registro Mercantil; y, otras tantas están obligadas a reformar su estatuto social, adecuándose forzosamente a los principios establecidos en la Ley de Compañías; en ambos casos por intervención del ente controlador como es la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, configurándose además una carga administrativa innecesaria para la entidad.</p> <p>La investigación planteada hace referencia a las reformas que sufrió la Ley de Compañías, fundamentalmente sobre la Sexta Disposición General añadida a la citada Ley, luego de haberse emitido la Ley Orgánica para el Fortalecimiento Optimización del Sector Societario y Bursátil, publicada en el Registro Oficial número 249 (Suplemento), el 20 de mayo de 2014; según lo establecido en dicha Disposición, a través del sistema en línea, se prescinde de la formalidad de requerir que la minuta en donde consten los estatutos de una compañía sean respaldados por un profesional del derecho.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0967741846	E-mail: victorhbarrosp@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: María Auxiliadora Blum Moarry		
	Teléfono: 0991521298		
	E-mail: mariuxiblum@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			