

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**La renunciabilidad del derecho de atribución en un aumento
de capital de una compañía**

AUTOR:

Palma Velásquez, Daniela Sofía

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPUBLICA DEL ECUADOR**

TUTOR:

Abg. De la Pared Darquea, Johnny Dagoberto

Guayaquil, Ecuador

15 de septiembre del 2022



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Palma Velásquez, Daniela Sofía**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____
Abg. De la Pared Darquea, Johnny Dagoberto

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Palma Velásquez, Daniela Sofía**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación: **La renunciabilidad del derecho de atribución en un aumento de capital de una compañía**, previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022

EL AUTOR (A)

f. _____
Palma Velásquez, Daniela Sofía



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, **Palma Velásquez, Daniela Sofía**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación: **La renunciabilidad del derecho de atribución en un aumento de capital de una compañía**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022

LA AUTORA:

f. _____
Palma Velásquez, Daniela Sofía

REPORTE DE URKUND

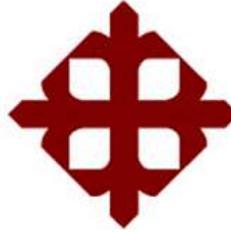
The screenshot displays the URKUND interface. On the left, a sidebar contains document metadata: 'Documento' (TESIS VERSIÓN FINAL URKUND.docx), 'Presentado' (2022-08-30 12:54), 'Presentado por' (danipalmavelasquez@gmail.com), 'Recibido' (maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com), and 'Mensaje' (Solicitud de URKUND - Daniela Palma). The main area shows a progress bar at 0% and a message: '0% de estas 12 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes.' On the right, a 'Lista de fuentes' table is visible with columns for 'Categoría' and 'Enlace/nombre de archivo'. The table lists 'Fuentes alternativas' and 'Fuentes no usadas'. The bottom toolbar includes navigation icons, a '0 Advertencias' indicator, and buttons for 'Reiniciar' and 'Compartir'.

Dr. De la Pared Darquea, Johnny Dagoberto

TUTOR

Palma Velásquez, Daniela Sofía

ESTUDIANTE



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

(NOMBRES Y APELLIDOS)

OPONENTE

f. _____

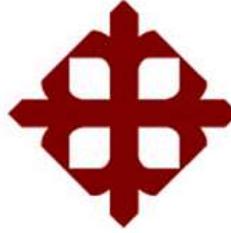
Dr. LEOPOLDO XAVIER ZAVALA EGAS

DECANO

f. _____

Ab. MARITZA REYNOSO GAUTE, Mgs.

COORDINADOR DEL ÁREA



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**Facultad: Jurisprudencia
Carrera: Derecho
Periodo: A-2022
Fecha: 15 de septiembre del 2022**

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **LA RENUNCIABILIDAD DEL DERECHO DE ATRIBUCIÓN EN UN AUMENTO DE CAPITAL DE UNA COMPAÑÍA** elaborado por la estudiante **Palma Velásquez, Daniela Sofía**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **DIEZ (10)** lo cual lo califica como **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN**.

TUTOR

f. _____

Dr. De la Pared Darquea, Johnny Dagoberto

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	IX
ABSTRACT	X
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO 1	3
1.1. DEFINICIÓN DE DERECHO SOCIETARIO	3
1.2. Derecho Societario en el Ecuador	4
1.3. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SOCIO O ACCIONISTA DE UNA COMPAÑÍA.....	6
1.4. DEL DERECHO DE PREFERENCIA EN LOS AUMENTOS DE CAPITAL REALIZADOS EN NUMERARIO, ESPECIE O POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS	8
1.4.1. CASOS DE EXCEPCIÓN PARA APLICAR EL DERECHO DE PREFERENCIA.....	11
1.5. DEL DERECHO DE ATRIBUCIÓN EN LOS AUMENTOS DE CAPITAL REALIZADOS POR CAPITALIZACIÓN DE UTILIDADES.....	12
1.6. DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE EL DERECHO DE ATRIBUCIÓN Y EL DERECHO DE PREFERENCIA	13
CAPÍTULO 2.....	15
2.1. DE LA NECESIDAD DE EXPLICAR EL ORIGEN DEL DERECHO DE ATRIBUCIÓN EN UN AUMENTO DE CAPITAL	15
2.2. Contrato de suscripción de acciones en un aumento de capital	16
2.3. La negociabilidad del derecho de atribución.....	19
CONCLUSIONES	21
RECOMENDACIONES.....	23
REFERENCIAS	24

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo determinar si el derecho de atribución, posterior a un aumento de capital, puede ser renunciable o no y si este derecho afecta a la libertad de los accionistas y va en contra del principio de autonomía de la voluntad como requisito del derecho contractual. Para poder resolver el problema jurídico planteado en el presente trabajo, fue pertinente revisar en el capítulo primero que estudia el derecho societario, así como sus principios y el desarrollo del derecho societario en el Ecuador, también se analizaron los derechos fundamentales de los socios. Así mismo, se estudió la diferencia entre el derecho de preferencia y de atribución. En el capítulo segundo se revisa la importancia del nacimiento del derecho de atribución; de igual manera se analiza el contrato de suscripción de acciones junto con el principio de la autonomía de la voluntad, y la negociabilidad del derecho de atribución.

Palabras claves:

Derecho de atribución, derecho de preferencia, autonomía, aumento de capital, derecho societario, accionistas.

ABSTRACT

The main objective of this work is to determine whether the right of attribution, subsequent to a capital increase, can be waivable or not and whether this right affects the freedom of the shareholders and goes against the principle of free will as a requirement of contract law. In order to solve the legal problem raised in this work, it was pertinent to review in the first chapter the studies of the corporate law, as well as its principles and the development of corporate law in Ecuador, the fundamental rights of the partners were also analyzed. Likewise, the difference between the right of preference and the right of attribution was studied. In the second chapter, the importance of the birth of the right of attribution is reviewed; in addition, the share subscription contract is analyzed together with the principle of the autonomy of the will, and the negotiability of the right of attribution.

Keywords:

Right of attribution, right of preference, autonomy, capital increase, corporate law, shareholders.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se refiere al problema jurídico existente en la Ley de Compañías, el cual se señala como la irrenunciabilidad del derecho de atribución en el aumento de capital de una compañía cuando se hace mediante la capitalización de reservas de la sociedad. Se eligió esta temática en virtud de que se vicia la voluntad de los socios de una compañía en el momento de decidir si suscribir o no nuevas acciones, aunque estas sean gratuitas.

La característica principal del derecho de atribución radica es que esta opera de pleno derecho repartiendo las nuevas acciones en virtud del porcentaje de capital que los socios o accionistas tengan dentro de una compañía.

Para analizar este problema jurídico es importante regresar a los inicios del derecho societario, así como también el inicio del derecho societario específicamente en el Ecuador para así pasar a los derechos fundamentales de los socios incluyendo el derecho de preferencia y el derecho de atribución.

El interés de solucionar esta problemática radica en proteger la voluntad de los accionistas de suscribir nuevas acciones, así como de aumentar el patrimonio personas de cada persona natural o jurídica.

La metodología empleada en el presente trabajo se basa en la investigación y comparación de opiniones de autores, así como de la interpretación de las leyes utilizadas. De igual forma, se realizaron entrevistas a grandes juristas para conocer los diferentes puntos de vista.

Los objetivos del presente trabajo son diferenciar al derecho de atribución y de preferencia, analizar si la renunciabilidad del derecho de atribución afecta a la compañía en su esencia y explicar las opiniones del porque es posible esta renuncia. El presente trabajo abarcará un marco teórico extenso con el que se podrá tomar conclusiones y recomendar una posible solución.

CAPÍTULO 1

1.1. DEFINICIÓN DE DERECHO SOCIETARIO

El origen del Derecho Societario se encuentra, como muchas de las ramas del derecho en general, en el derecho romano antiguo, pero no de forma textual o directa, ya que se debe precisar que, si existían las sociedades, pero sin una diferenciación si eran sociedades civiles o sociedades comerciales, fue posteriormente que se creó y construyó las legislaciones que regulaban puramente las sociedades mercantiles o comerciales que conocemos actualmente.

Entre la evolución del Derecho Societario podemos encontrar a la sociedad en comandita, a la sociedad alemana de mano común, al Código Civil Italiano de 1942, a las leyes alemanas en 1965, las francesas en 1966, una legislación muy importante en el Derecho Societario como la General Corporation Law of Delaware en Estados Unidos, y así sucesivamente hasta llegar a nuestra actual Ley de Compañías del Ecuador.

El autor Iglesias (1993) señala que “la Sociedad -Societas- es un contrato consensual por virtud del cual dos o más personas -socii- se obligan recíprocamente a poner en común bienes o actividades de trabajo para alcanzar un fin lícito de utilidad común” (p. 401). El autor citado señala que existe la voluntad de asociarse para que pueda crearse una sociedad, pero esta figura necesita de una regulación específica, no se podía esperar que se regulará por las buenas costumbres o simplemente por las normas civiles ya existentes.

Una de las ramas más importantes e innovadoras del derecho es el Derecho Societario que forma parte de una rama del Derecho Privado cuyo objetivo es el de precisar y reglamentar el contrato de sociedad. El Derecho Societario se encuentra inmerso en muchas otras ramas del derecho como el mercantil, corporativo y el de los negocios, en esta particular rama las personas pueden constituir muchos tipos de sociedades y suscribir ciertos contratos para dicho fin.

En el Derecho Societario se incluyen diferentes ramas propias las cuales podemos tomar en cuenta las siguiente:

Derecho procesal societario: este regula y estudia dentro del derecho societario los procesos penales o civiles que se pueden desarrollar de un conflicto interno o externo de las sociedades.

Derecho sustantivo societario: este regula las actividades propias e internas de la sociedad que no incluyen ni inscripciones con las autoridades competentes ni procesos judiciales de ninguna clase.

Derecho registral societario: en el derecho societario es necesario muchas veces inscribir los actos societarios en registros de sociedades o en registros mercantiles, esta rama regula y analiza la calificación y registro de estos actos, así como sus requisitos.

Derecho societario contractual: esta rama del derecho societario se centra en estudiar y regular los contratos empresariales o corporativos, por ejemplo, los contratos asociativos, los de acciones y participaciones, entre otros.

Por lo antes indicado, entendemos que el Derecho Societario es una rama del derecho que se dedica a regularizar a las compañías o empresas y sus a negocios o transacciones en diferentes ámbitos, por lo que esta rama del derecho es fundamental principalmente en la actualidad ya que se busca innovar y formalizar de una manera sencilla los emprendimientos.

1.2. Derecho Societario en el Ecuador

El derecho societario, como tal la regulación de las normas del comercio o las normas que regulan las sociedades, en el Ecuador tienen un comienzo cuando sucedió la Batalla del Pichincha en 1822, el doctor Salgado (2015) señaló:

Después de la batalla de Pichincha, Mayo 24 de 1822, el Ecuador pasó a formar parte de la Gran Colombia, y consecuentemente rigió en el país la Constitución Política dictada por el Congreso de Colombia en Cúcuta, el 12 de Julio de 1821, la cual en sus artículos 188 mando que "... se

declaren en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos, que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución, ni a los derechos y leyes que expidiere el Congreso". Las leyes que habían venido rigiendo eran las españolas. (p. 73)

Dos años después, el 10 de julio de 1824, se dictan las normas que establecerán el modo de conocer y como se sustanciarán las causas relacionadas al comercio, ya que los Juzgados o Tribunales serán los de Comercio en las capitales de las provincias o donde el gobierno considerase su creación.

En 1829, fue la primera señal de la creación de una institución dirigida directamente a las relaciones comerciales o mercantiles, este fue el Consulado de Comercio de Guayaquil por el Libertador, y se creó por pedido de un gran grupo de comerciantes de la ciudad.

Ahora bien, cuando Ecuador se independizó de la Gran Colombia, lo que conocemos como Asamblea Constituyente dictó la Ley del 4 de noviembre de 1831 e indicó que el Poder Ejecutivo observe el Código del Comercio que había sido promulgado en Madrid dos años antes.

Con esto se promulgó el primer Código Mercantil que tuvo el Ecuador y este fue una copia exacta del Código Mercantil Español, en este código se regían las actividades mercantiles con la excepción de la administración de justicia de los negocios de comercio que era regido por el Consulado de Comercio antes mencionado.

El Código Mercantil de Ecuador tuvo algunas reformas, hasta que en 1906 fue derogado y se dictó un nuevo ese mismo año el cual continúa siendo nuestro cuerpo legal, claramente con variaciones y reformas, que se encuentra vigente en la actualidad.

En este último código contiene normas que regulan a las Compañías Anónimas, pero estas son muy generales y no reglamentan como tal aspectos importantes y problemáticas de la vida moderna.

Sin embargo, en 1962 fue el Doctor Francisco J. Salgado quien realizó una Conferencia Nacional de Derecho y fue en esa misma reunión cuando el doctor Ricardo Cornejo Rosales presentó su Proyecto de Ley de Compañías, que fue la base para que en 1964 se promulgará la primera Ley de Compañías del Ecuador en donde las normativas de las compañías se eliminaron del Código Mercantil y comenzaron a tener su propia regulación.

Como pudimos observar, la creación del Derecho Societario comenzó hace ya algunas décadas, primero incluyéndose en las normas que regulan los negocios mercantiles hasta obtener su propia regulación. Sin embargo, esta rama del derecho sigue siendo innovadora y nueva para muchos que no están acostumbrados a las disposiciones actuales.

1.3. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SOCIO O ACCIONISTA DE UNA COMPAÑÍA

Los derechos fundamentales de los socios o accionistas datan de la primera promulgación de la Ley de Compañías en 1964, estos son inherentes a ellos y se les atribuyen a estos individuos por el hecho de participar en la constitución de una compañía o de alguna derivación de la misma, sin la obligación de haberla constituido.

Existen diferentes clases de derechos fundamentales de los socios o accionistas como los derechos políticos, corporativos, de consecución o patrimoniales. El autor Sandoval (2005) indica:

La razón de ser de esta distinción estriba en que la posición del socio es diferente en unos y otros. En los derechos patrimoniales de la posición del socio consiste fundamentalmente en la percepción de los beneficios sociales. En cambio, en los derechos políticos, la posición del socio consiste en tener injerencia en el funcionamiento de la organización colectiva. (p. 123)

En ese sentido, existen una amplia variedad de derechos inherentes al socio o accionista de una compañía.

La actual Ley de Compañías en su artículo 207 indica que los derechos fundamentales del accionista incluyen:

a. La calidad de socio

La calidad de socio es el conjunto de derechos y obligaciones que se derivan de la simple participación del capital de una compañía. Es decir, este derecho comienza en el momento que la persona natural o jurídica, que se hace propietaria de acciones o participaciones de una compañía.

b. Participar en los beneficios sociales

Es el derecho del socio a recibir un porcentaje económico de la compañía, conocido como utilidad, esta se suele conocer en el cierre del año fiscal y se puede repartir a prorrata del porcentaje de participación de cada accionista o conocer y resolver el aumento de capital de la compañía con ese valor que se pretende repartir.

c. Participar en la repartición del acervo social

Este derecho es resultante de la liquidación de la compañía, es decir, en caso de que al liquidarse la sociedad exista un remanente el socio cobrará lo que le corresponda del patrimonio restante de la compañía. Esto no existe en el caso que la compañía tenga deudas que resulten valores en contra.

d. Intervenir en las juntas generales y votar cuando sus acciones le concedan el derecho a voto

Este derecho se explica directamente en su nombre y solo puede estar limitado mediante el estatuto social de la compañía.

e. Integrar órganos de administración o de fiscalización

El socio tendrá derecho a formar parte de las entidades que controlen o vigilen el funcionamiento de la compañía.

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

Este derecho se desarrollará más adelante en el presente trabajo, sin embargo, es el derecho de mantener su porcentaje de participación en el capital social y de suscribir nuevas acciones en el caso de un aumento en el capital social.

- g. Impugnar las resoluciones de junta general y demás organismos de la compañía

El socio tiene el derecho de impugnar las decisiones tomadas por las compañías en sus diferentes órganos, esto siempre y cuando sean contrarias al estatuto social de la compañía o a la legislación.

- h. Negociar libremente sus acciones

El socio podrá decidir negociar sus acciones, ya sea vender o transferir las mismas siempre y cuando cumpla con los requisitos en la Ley.

Por lo antes indicado, podemos observar que el socio por el simple hecho de participar en el capital social de una compañía tiene derechos inherentes a él. Sin embargo, es importante indicar que existen más derechos de los antes mencionados como los derechos de información o de solicitar un auditor externo de la compañía.

1.4. DEL DERECHO DE PREFERENCIA EN LOS AUMENTOS DE CAPITAL REALIZADOS EN NUMERARIO, ESPECIE O POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS

Cuando los socios o accionistas de una compañía acuerdan, dentro de una Junta General, aumentar el capital de una compañía, estos deberán indicar la forma en la cual se realizará según señala la Ley de Compañías (2020) en sus artículos 140 y 183: En numerario, en especie, por compensación de créditos, por capitalización de reservas o de utilidades o gracias a la revalorización de activos.

Los derechos fundamentales de los accionistas o socios se encuentran dentro de la Ley de Compañías (2020), en especial nos vamos a referir en el derecho a gozar de preferencia para la suscripción de acciones en el caso de

aumento de capital o más conocido, como el derecho de preferencia. Este derecho nace y persiste como el de participar al momento que se aprueba un aumento de capital de la compañía para que crezca en proporción al capital que mantiene al momento de tomar la decisión social del aumento.

Es entonces el derecho de preferencia, un beneficio para que el socio o accionista mantenga el *status de socio* y su porcentaje de participación social dentro de una compañía, que afecta no solamente a la cantidad de frutos económicos que puede acceder si no a tener votos cuando se toman decisiones dentro de una compañía.

El *status o estado de socio*, según el Doctor Egas (2006) es el “conjunto de derechos y obligaciones de los accionistas. Por estado se entiende la relación entre un individuo y un determinado ordenamiento jurídico.” (p. 103). Es este también un derecho inherente a los socios o accionistas de una compañía.

El derecho de preferencia funciona de una forma muy eficaz ya que, si bien, la Ley no determina el momento en que debe hacerse efectivo este derecho porque puede variar dependiendo si se trata de una Junta General Universal de Accionista y se encuentran presentes todos los socios o si no se trate de una Junta Universal y se tiene que ejercer el derecho de preferencia de otra forma.

En el primer caso, el derecho de preferencia se ejerce en el mismo momento de la Junta ya que se los obliga a pronunciarse sobre el momento que cada uno va a suscribir o no, en el segundo caso se indica que se realizará una publicación por prensa en un periódico de amplia circulación para que los accionistas que no se encontraban presentes al momento de la decisión de aumentar el capital, ejerzan dentro de los 30 días posteriores de dicha publicación su derecho de preferencia notificando la voluntad de suscribir las nuevas acciones correspondientes a la proporción de su capital o darán su negativa en caso de no tener la voluntad de suscribir nuevas acciones al capital de la compañía.

En caso de que el socio o accionista no haga formule su respuesta dentro del plazo indicado, el silencio se entenderá como una negativa y el aumento de capital proseguirá sin la suscripción de las acciones del socio, abriendo la puerta a la posibilidad de ofrecerse a otros socios de la compañía o a terceros externos de la compañía.

La protección que otorga el derecho de preferencia a los socios o accionistas es el de resguardar el status o estado del socio, cuya definición se indicó previamente en el presente trabajo, es entonces que se desea proteger “la proporcionalidad de la participación de los socios dentro del patrimonio de la sociedad que dejaría de tenerla si en el cada aumento del capital o en uno cualquiera, se le despojara de la preferencia a suscribir.” (Cassis, 2012, p. 156).

El uso del presente derecho se puede visualizar cuando un socio o accionista suscribió en un principio en la constitución de una compañía el 20% del capital, y este tiene la voluntad de continuar con ese 20%, durante la existencia de la sociedad y así participar en los diferentes beneficios que da el ser socio o accionista, como es el de recibir utilidades, reservas, revalorización de activos o incluso en una distribución del haber social en caso de que exista una liquidación de la compañía.

El autor Cassis (2012) señala que el Derecho de Acrecer es:

La preferencia que tiene todo accionista para suscribir cualquier aumento de capital en proporción a las acciones que posea, es un derecho potestativo, que no constituye un deber ni una obligación de realizar la aportación que le corresponda, en aplicación al principio de que ningún accionista puede ser obligado a realizar nuevas aportaciones, salvo que conste lo contrario en el estatuto. Es un derecho renunciabile. (p. 165)

Es entonces, muy claro, que el derecho de preferencia incluye realizar nuevas aportaciones, suscribir nuevas acciones y aumentar el porcentaje de participación que tiene en una compañía, es una opción propuesta al socio o accionista más no una obligación y claramente es renunciabile para quien lo desee.

1.4.1. CASOS DE EXCEPCIÓN PARA APLICAR EL DERECHO DE PREFERENCIA

La doctrina y la ley indican casos en donde el derecho de preferencia es inaplicable por ciertas situaciones o excepciones legales. Dentro de estas situaciones se encuentra el artículo 175 de la Ley de Compañías, el cual indica que uno de los requisitos para realizar un aumento de capital es el pago del 50% del capital inicial o del aumento de capital anterior, y esta señala específicamente que los accionistas morosos, es decir, quienes no hayan cumplido con su obligación de pago, no podrán hacer uso de su derecho de preferencia en el aumento de capital que se acuerde en la resolución de la Junta General.

Otro caso, en el que el derecho de preferencia no puede ser utilizado por los socios o accionistas es en la emisión de obligaciones convertibles en acciones, ya que en el momento que la junta decide la emisión de dicha figura también decide el aumentar el capital de la compañía en lo mínimo necesario para el cumplimiento de la primera decisión adoptada y que esta va de la mano de la renuncia ya se expresa o tácita del derecho.

La excepción más común del derecho de preferencia es que, este derecho es renunciable, por lo que el socio o accionista puede decidir no suscribir nuevas acciones cada vez que si decida realizar un aumento del capital. En este caso, la consecuencia sería, que el socio o accionista que decida renunciar de su derecho de preferencia mantendrá las acciones que tenía previamente, pero bajar su porcentaje sobre el capital social de la compañía.

Como se mencionó en el presente trabajo, una de las formas de realizar un aumento de capital es mediante capitalización de utilidades y reservas, en este caso en concreto no existe el derecho de preferencia, ya que existe una asignación erróneamente obligatoria, en aumentar la cantidad de acciones de cada accionista en proporción al número de acciones que poseía al momento de la toma de decisión, este es lo que se conoce en nuestra legislación como el derecho de atribución.

1.5. DEL DERECHO DE ATRIBUCIÓN EN LOS AUMENTOS DE CAPITAL REALIZADOS POR CAPITALIZACIÓN DE UTILIDADES

Una de las formas más utilizadas en el derecho societario, para aumentar el capital de una compañía, es mediante la capitalización de utilidades amparado en la Ley de Compañías. Esta resolución se tomará mediante el acuerdo unánime de la Junta de la compañía y siempre que existan beneficios no distribuidos con anterioridad pertenecientes a los accionistas, y es en este caso estrictamente en este caso que no se menciona al derecho de suscripción preferente o de preferencia si no el derecho de atribución porque se ejecutará o se ejercerá a prorrata del porcentaje de acciones que poseen.

No en todos los casos de aumento de capital social por emisión de nuevas acciones existe el derecho de preferencia.

Concretamente ese derecho no existe cuando el aumento de capital social se realiza por la capitalización de reservas o de utilidades o por capitalización de reserva o superávit proveniente de revalorizaciones de activos ya que en estos casos todos los accionistas, respetando la proporción de sus acciones, aumentan el capital mediante las nuevas emisiones de acciones y mantienen esa proporción, por lo que al entregarse automáticamente las nuevas acciones a los accionistas, no hablamos de un derecho de suscripción preferente sino más bien de un “derecho de atribución”. (Salgado, 2015, p. 413 y 414)

Entendemos entonces que el derecho de atribución se ejerce de pleno derecho, en el momento que se decide por unanimidad de la Junta el aumento de capital mediante la capitalización de utilidades y se debe suscribir nuevas acciones se reparten a prorrata de las antiguas acciones que cada socio o accionistas tiene en su dominio.

Esto no es elección del socio o accionista ejercerlo, en la Ley de Modernización a la Ley de Compañías (2020) se agrega el artículo 183.2 que indica que este supuesto “derecho” es irrenunciable para el accionista:

Art. 183.2.- Derecho de atribución.- Si el aumento de capital se hiciere con aplicación a cuentas patrimoniales de la sociedad anónima, los

accionistas tendrán derecho a que se les atribuya las acciones en estricta prorrata a su participación en el capital social. El derecho de atribución, que opera de pleno derecho en beneficio de los accionistas de la sociedad según la proporción que les corresponda de acuerdo con sus acciones, es irrenunciable.

El derecho de atribución es la repartición de las utilidades percibidas en el ejercicio económico vigente o las reservas de utilidades de ejercicios económicos anteriores transformadas en nuevas acciones y repartidas para cada socio o accionista según su porcentaje de participación en el capital suscrito de la compañía, se puede entonces señalar que el derecho de atribución es una adjudicación de acciones proveniente de un mandato de Ley, que a nuestro parecer se indica más como una obligación del socio o accionista que un derecho fundamental del mismo.

1.6. DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE EL DERECHO DE ATRIBUCIÓN Y EL DERECHO DE PREFERENCIA

El derecho de atribución y el derecho de preferencia son similares ya que se ejercen en el momento en que una compañía resuelve mediante resolución de Junta aumentar el capital social de una compañía. Sin embargo, tienen muchas diferencias que ya fueron explicadas previamente, pero se indican de la siguiente forma:

Tabla 1

Diferencias entre el derecho de atribución y el derecho de preferencia

Derecho de atribución	Derecho de Preferencia
Se ejerce cuando el aumento de capital se realiza con capitalización de utilidades.	Se puede ejercer cuando el aumento de capital se realiza con aporte numerario, en especie o por capitalización de activos.
Es un derecho que se ejerce de pleno derecho, los socios o	Es un derecho que tiene un procedimiento específico y debe

accionistas no tienen la opción de rechazarlo.	incluir una aceptación o negativa por parte del socio o accionista.
No está indicado como un derecho fundamental del accionista en la Ley de Compañía.	Si está indicado como un derecho fundamental del accionista en la Ley de Compañía.
Limita el accionar del socio o accionistas al momento de negociar una nueva acción suscrita.	Permite al accionista o socio aumentar o no su participación dentro de una compañía sin entorpecer la administración de la misma.

Son entonces el derecho de atribución y derecho de preferencia ampliamente diferentes como pudo ser visualizado en la tabla 1. Sin embargo, se demuestra un problema que afecta a la libertad del accionista o socio al momento de suscribir nuevas acciones ya que por el mandato de la ley este individuo queda obligado a suscribir acciones y a tomar con su propia voluntad el renunciar al derecho de atribución.

CAPÍTULO 2

2.1. DE LA NECESIDAD DE EXPLICAR EL ORIGEN DEL DERECHO DE ATRIBUCIÓN EN UN AUMENTO DE CAPITAL

Como se pudo indicar previamente en el presente trabajo, la Ley de Compañías contaba solamente con el derecho de preferencia como mecanismo para repartir las acciones en el caso de que exista un aumento de capital aprobado y resuelto por la Junta de Accionistas.

Lo antes indicado se entendía hasta 1981 en donde el Doctor Roberto Salgado Valdez, referente del presente tema, llegó a ser Director Jurídico de la Superintendencia de Compañías en donde esta institución no hacía la distinción entre el derecho de preferencia y el de atribución. Se debía realizar el anuncio correspondiente por la prensa como es el proceso correcto previsto en la Ley.

Sin embargo, nace la duda de que pasa con las acciones que no se emiten por nuevos aportes o por aportes externos al capital de la compañía, pero sí por reservas propias de la compañía. Con esta duda, el Dr. Salgado hace la diferenciación de ya que en un caso se ingresan nuevos recursos a la compañía mientras que en el otro se reparten las acciones emitidas con cuentas de la propia sociedad.

Posterior a lo indicado, se hacen proyectos de reforma a la Ley de Compañías en los años 2002 y 2005, pero no es hasta el 10 de diciembre de 2020 que se emite el artículo 183.2 que regula como tal el derecho de atribución.

La autora del presente trabajo opina que fue acertado por parte de los legisladores ecuatorianos regular y diferenciar el derecho de los accionistas en un aumento de capital.

Sin embargo, es en este artículo que surge una nueva problemática que es la irrenunciabilidad del derecho de atribución, en otras palabras, los legisladores ecuatorianos obligan a los socios o accionistas a suscribir nuevas acciones que no quieren y de los cuales no tienen la voluntad de tener dentro de su patrimonio.

2.2. Contrato de suscripción de acciones en un aumento de capital

En el artículo 165 de la Ley de Compañías (2020) se menciona lo siguiente:

Art. 165.-El contrato de formación de la compañía determinará la forma de emisión y suscripción de las acciones.

La suscripción de acciones es un contrato por el que el suscriptor se compromete para con la compañía a pagar un aporte y ser miembro de la misma, sujetándose a las normas del estatuto y reglamentos, y aquella a realizar todos los actos necesarios para la constitución definitiva de la compañía, a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente a cada acción suscrita.

Este contrato se perfecciona por el hecho de la suscripción por parte del suscriptor, sin que pueda sujetarse a condición o modalidad que, de existir, se tendrán por no escritas.

Bajo este artículo la Ley de Compañías califica la suscripción de acciones como un contrato entre el accionista y la compañía; y, aunque se menciona que es una obligación de pagar un aporte, este contrato también es aplicado cuando se aumenta el capital con cuentas de reserva de la compañía.

Ahora bien, ya que la Ley determina esta acción como un contrato, se debe analizar los elementos que contiene un contrato en general. La definición de obligación se encuentra en el Código Civil (2005) en su artículo 1454, el cual es una norma supletoria a la Ley de Compañías:

Art. 1453.-Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Es entonces, claro que para que exista una obligación debe existir la voluntad de las partes de por medio, pues las partes voluntariamente se comprometen a dar, hacer o no hacer algo. La definición de contrato se encuentra de igual forma en el Código Civil (2005) contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.

La voluntad el querer de la acción o la intención de realizar una cosa en específico, sin voluntad quedaría viciado el contrato o la obligación que se planea hacer. Es importante mencionar el tema de la voluntad ya que, al ser el derecho de atribución un derecho irrenunciable para el socio o accionista, al momento de suscribir nuevas acciones, este acto, obligación o contrato carecería de voluntad; poniéndose en contra del principio de autonomía de la voluntad de las partes.

El principio de la autonomía de la voluntad es un principio básico dentro del derecho contractual, gracias a este principio las partes dentro de un contrato deciden y regulan libremente sus intereses para pactar lo que más les convenga. El autor Llanos (1944) indica, "Si en realidad la voluntad psicológica adquiere su desarrollo integro dentro del sujeto y no le es necesario para su existencia ningún elemento externo, el derecho, no obstante, para tomarla en consideración, necesita una demostración palpable de su existencia" (p.30). En ese sentido, para que se cumpla con la voluntad es necesario una aceptación expresa o tácita de las partes.

Es entonces este principio la libre facultad de los particulares para celebrar el contrato que les plazca y determinar su contenido, efectos y duración. Si se aplica este principio en el caso en concreto de la irrenunciabilidad del derecho de atribución podemos analizar que en la Junta de Accionistas que resuelve sobre el aumento de capital de una compañía se debe aprobar unánimemente la decisión, sin embargo, la violación al principio de la autonomía de la voluntad se produce posterior a la aprobación de la decisión.

En el momento que el derecho de atribución opera de pleno derecho y se convierte en irrenunciable, se está afectando a este principio ya que es

aquí cuando se realiza un contrato, que podemos llamar tácito, por la suscripción de acciones y se vicia la voluntad del accionista en caso de que no se busque aumentar la cantidad de acciones o mantener el porcentaje de participación social de la compañía sin perjuicio de que previamente este individuo haya aceptado y votado a favor del aumento de capital con cuentas propias de la sociedad.

La duda ya planteada de que pasaría en caso de que alguno de los socios o accionistas no quisiera estas acciones nuevas gratuitas que provienen de las propias cuentas de la sociedad, aunque si bien esta opción que más le convendría a un socio o accionista es posible y si se obliga a las partes a tener nuevas acciones sin que las quieran, se podría entender que el contrato carece de voluntad y por esto se convierte en un contrato sin validez.

Si bien la adjudicación de las acciones es automática, ya como se mencionó debe existir una aceptación o negativa expresa a la suscripción de nuevas acciones o más bien debería existir una renuncia al derecho ya que nadie debe ser obligado a recibir lo que no quiere. El Doctor Salgado (2015) indica:

Estamos de acuerdo, en cambio, en el caso de nuevas acciones, y no de incremento del valor nominal de las mismas, caso en el que, si no hay aceptación, por cualquier motivo, aunque sería insólito del accionista beneficiario, bien podría la Compañía enajenar esas acciones en beneficio de otros accionistas o de terceros conforme haya resuelto la junta general las bases del aumento de capital social. (p. 439 y 440)

Es claro, que si el socio o accionista no desea suscribir nuevas acciones no estuviera afectado los intereses de la compañía ya que el procedimiento del derecho de atribución debería asemejarse al de preferencia y en caso de que los socios no deseen las nuevas acciones gratuitas las pueda, directamente la compañía, repartir a prorrata del porcentaje de los otros accionistas.

Es importante analizar también en el presente trabajo el artículo 11 del Código Civil (2005) Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.

En este sentido se desglosa el artículo indicado con aplicación al caso, el derecho de atribución es un derecho conferido por la ley bajo este precepto es un derecho renunciable. El derecho de atribución claramente mira al interés individual del renunciante, es decir, del socio o accionista ya que su renuncia no tiene por qué afectar a la compañía o a los otros accionistas ya que no dejaría en el aire dichas acciones si no que las renunciaría para que sea la compañía que las otorgue a otra persona que si quiera ser propietario de las mismas.

Si bien el derecho de atribución si cumple con el tercer precepto ya que la Ley de Compañías prohíbe su renuncia, es este el problema jurídico en discusión. Este derecho no es un derecho fundamental o constitucional de las personas en el Ecuador, es un derecho que va conectado en caso de que se mantenga acciones o participaciones en una compañía, y ya que no se encuentra dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador es posible que el derecho de atribución si pueda ser irrenunciable.

2.3. La negociabilidad del derecho de atribución

Puede existir la opción de que el socio o accionista decida ejercer su derecho, que actualmente no es ejercido como tal si no es obligado por el ordenamiento jurídico, pero de una forma parcial. En este caso el accionista tiene la libertad de ceder este derecho a quien le interese e incluso debería poder incluirse en la misma Junta en donde se autorizó y aprobó el aumento de capital de la compañía.

De igual forma, en el presente trabajo se considera que la negociabilidad del derecho de atribución iría en contra de la actual disposición de la Ley que señala la irrenunciabilidad del derecho.

De la mano de esto igual iría, que si el accionista o socio desea ceder estas acciones nuevas gratuitas deben primero estar dentro de su esfera de propiedad para luego deshacerse de ellas mediante una cesión, esto siendo un proceso más largo y tedioso contrario a lo que se busca actualmente en la eficacia de los procesos.

CONCLUSIONES

Una vez expuestos los argumentos necesarios para comprender porque no es factible que el derecho de atribución en el aumento de capital de una compañía sea un derecho irrenunciable del socio o accionista, es pertinente realizar las siguientes afirmaciones:

- El derecho societario se dedica a regularizar a las compañías o empresas y sus a negocios o transacciones en diferentes ámbitos, y esta rama del derecho es fundamental principalmente en la actualidad ya que se busca innovar y formalizar de una manera sencilla los emprendimientos.
- El derecho de preferencia es un beneficio para que el socio o accionista mantenga el *status de socio* y su porcentaje de participación social dentro de una compañía, que afecta no solamente a la cantidad de frutos económicos que puede acceder si no a tener votos cuando se toman decisiones dentro de una compañía.
- El derecho de atribución es la repartición de las utilidades percibidas en el ejercicio económico vigente o las reservas de utilidades de ejercicios económicos anteriores transformadas en nuevas acciones y repartidas para cada socio o accionista según su porcentaje de participación en el capital suscrito de la compañía que actúa de forma automática según la actual Ley de Compañías.
- El derecho de atribución y el derecho de preferencia tienen diferenciaciones muy marcadas, principalmente en su ámbito de aplicación, ya que se diferencian dependiendo de cómo se aumenta el capital de una compañía.
- El derecho de atribución es un derecho que tiene el accionista el cual opera de pleno derecho siempre que se aumente el capital por reservas de la compañía, y este es irrenunciable según la actual Ley de Compañías.

- La irrenunciabilidad del derecho de atribución va en contra del principio de la autonomía de la voluntad en el momento del contrato de la suscripción de las nuevas acciones emitidas gratuitamente.

RECOMENDACIONES

La recomendación para solucionar el problema jurídico del presente trabajo es reformar el Artículo 183.2 de la Ley de Compañías, emitido el 10 de diciembre de 2022, al siguiente:

Art. 183.2.-Derecho de atribución.- Si el aumento de capital se hiciere con aplicación a cuentas patrimoniales de la sociedad anónima, los accionistas tendrán derecho a que se les atribuya las acciones en estricta prorrata a su participación en el capital social.

El derecho de atribución, que opera de pleno derecho en beneficio de los accionistas de la sociedad según la proporción que les corresponda de acuerdo con sus acciones, *se podrá renunciar siempre que se informe a la Junta General de Accionistas que decida sobre el aumento de capital. Las nuevas acciones que no sean suscritas por los accionistas serán ofertadas a otro accionista primero o repartidas entre los accionistas a prorrata de su participación y en caso de que no exista a un tercero externo a la compañía.*

Si el aumento de capital se hiciere con aplicación a cuentas patrimoniales, los valores destinados deben haber sido objeto de tributación previa por parte de la sociedad anónima, cuando correspondiere.

Con la reforma mencionada, se asegurará que las acciones tenga un nuevo propietario y también se respetará la renuncia del accionista que no desee suscribir nuevas acciones o mantener su porcentaje de participación en la compañía.

REFERENCIAS

- Rivas, L. y Valgas, S. (2018) *Derecho societario: las compañías en el Ecuador*. Ecuador.
- Egas, J. (2012) *La compañía anónima, análisis sistemático de su normativa*. Ediciones Legales. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Cassis, M. (2012) *Sociedades por acciones – Legislación Comparada*. Guayaquil, Guayas, Ecuador.
- Sandoval, R. (2005) *Derecho Comercial, Tomo II, Volumen 2 – Sociedades de personas y de capital*. Editorial Jurídica de Chile. Séptima Edición Actualizada. Santiago, Chile.
- Salgado, R. (2015) *Tratado de Derecho Empresarial y Societario, Tomo I, Volumen 1 – El empresario y las sociedades*. Primera Edición. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Salgado, R. (2015) *Tratado de Derecho Empresarial y Societario, Tomo II, Volumen 1 – La Sociedad Anónima*. Primera Edición. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Alvarez, J. (1964) *Ejercicio del Derecho de Suscripción Preferente*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Anuario de Derecho Civil. Madrid, España.
- Código Civil (24 de junio de 2005). Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Ley de Compañías (05 de noviembre de 1999). Registro Oficial 312 de 05-nov-1999. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Código de Comercio (29 de mayo de 2019). Registro Oficial Suplemento 497 de 29-mayo-2019. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Medina, A. (1944). *El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones*. Chile. Constitución de la República del Ecuador. (20 de Octubre de 2008). Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008. Montecristi, Manabí, Ecuador.
- Macías, M. (1988) *Instituciones del derecho mercantil ecuatoriano*. Banco Central del Ecuador. Quito, Pichincha, Ecuador.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Palma Velásquez Daniela Sofía** con C.C: # 0940347529 autora del trabajo de titulación: **La renunciabilidad del derecho de atribución en un aumento de capital de una compañía**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** 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 titulación 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 titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 15 de septiembre del 2022

f. _____

Palma Velásquez Daniela Sofía

C.C: 0940347529



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	La renunciabilidad del derecho de atribución en un aumento de capital de una compañía.		
AUTOR(ES)	Daniela Sofía Palma Velásquez		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Johnny Dagoberto De la Pared Darquea		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	15 de septiembre del 2022	No. DE PÁGINAS:	24
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Societario, Derecho Civil, Derecho Mercantil.		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Derecho de atribución, derecho de preferencia, autonomía, aumento de capital, derecho societario, accionistas.		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>El presente trabajo tiene como objetivo determinar si el derecho de atribución, posterior a un aumento de capital, puede ser renunciable o no y si este derecho afecta a la libertad de los accionistas y va en contra del principio de autonomía de la voluntad como requisito del derecho contractual. Para poder resolver el problema jurídico planteado en el presente trabajo, fue pertinente revisar en el capítulo primero que estudia el derecho societario, así como sus principios y el desarrollo del derecho societario en el Ecuador, también se analizaron los derechos fundamentales de los socios. Así mismo, se estudió la diferencia entre el derecho de preferencia y de atribución. En el capítulo segundo se revisa la importancia del nacimiento del derecho de atribución; de igual manera se analiza el contrato de suscripción de acciones junto con el principio de la autonomía de la voluntad, y la negociabilidad del derecho de atribución.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593 994404266	E-mail: danipalmavelasquez@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Maritza Ginette Reynoso Gaute		
	Teléfono: +593 994602774		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			