

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho de la Empresa

Prescendencia del capital social mínimo en la legislación ecuatoriana

María Fernanda Almeida Reyes

Tutora: María Elena Jara Vásquez

Quito, 2022



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, María Fernanda Almeida Reyes, autora de la tesis intitulada “Prescindencia del capital social mínimo en la legislación ecuatoriana”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho de la Empresa en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

26 de octubre de 2022.

Firma: _____

Resumen

En el presente trabajo se deja por sentado que los requerimientos de capital mínimo para las sociedades mercantiles, a excepción de la S.A.S., son realmente obsoletos por cuanto no cumplen con ninguna de las funciones que constituyen el fundamento de su existencia. Es así como, a la luz del análisis de las funciones de productividad y garantía frente a terceros, se constata que el capital social mínimo no financia las actividades operacionales de las sociedades y por su ínfima cuantía no es un fondo que represente una verdadera garantía para los acreedores (sobre todo aquellos que no tienen poder de negociación), por cuanto son estos últimos los que terminan asumiendo el riesgo producto de la responsabilidad limitada de los socios o accionistas en la sociedad. Con la introducción de la Sociedad por Acciones Simplificada (en adelante S.A.S.) se da un giro a esta concepción y se introducen nuevas y mejores disposiciones legales tendientes a flexibilizar de manera trascendental a las sociedades. La abolición del capital social mínimo es un avance positivo por cuanto minimiza los costos de constitución y permite que los accionistas sean quienes determinen dicho valor de acuerdo con sus necesidades, sin embargo, también deja de manifiesto el gran vacío legal con relación a la tutela de los derechos de los acreedores al no existir garantías reales que velen por sus intereses. A la luz de legislaciones como la de México, España y Estados Unidos, se podrá observar cuál es la funcionalidad de esta figura y las alternativas que podrían implementarse en el Ecuador a efectos de tutelar los derechos frente a terceros y su relación con las sociedades.

Palabras clave: Capital social mínimo, principio de productividad, principio de garantía frente a terceros, acreedores extracontractuales, test de solvencia, prescindencia del capital mínimo

Tabla de contenidos

Introducción.....	9
Capítulo primero.....	11
La normativa societaria y los fundamentos que han dado origen al requisito de capital mínimo de las sociedades en el Ecuador.....	11
1. Noción de capital social y antecedentes relevantes sobre la exigencia de capital social mínimo para sociedades mercantiles.....	11
1.1 El capital social y el patrimonio.....	15
1.2 Las funciones del capital social.....	18
1.2.1 Organización.....	18
1.2.2 Productividad.....	20
1.2.3 Garantía frente a terceros.....	27
1.3 Los problemas que plantea la exigencia de capital mínimo desde la función de garantía de acreencias de terceros.....	30
1.4 Reflexiones sobre la exigencia de capital mínimo en la legislación ecuatoriana.....	33
Capítulo segundo.....	39
2. Una visión comparada del capital mínimo como garantía frente a terceros en las legislaciones de México, España y Estados Unidos.....	39
2.1 El modelo de capital variable en México.....	40
2.2 El capital social mínimo en España.....	42
2.3 Prescendencia del concepto de capital en el modelo norteamericano.....	45
2.4 Alternativas que podría optar el régimen societario ecuatoriano para brindar garantías a terceros.....	47
Conclusiones.....	53
Bibliografía.....	55

Introducción

El presente trabajo centra su análisis en la confrontación de las funciones del capital social mínimo que se componen detalladas a lo largo de la legislación ecuatoriana. Las funciones clásicas de organización, productividad y garantía frente a terceros serán los pilares de nuestro estudio. Esbozaremos cada una de ellas con relación a las normas establecidas en la Ley de Compañías y su Reglamento y se dejará de manifiesto que, por un lado, la única función que cumple en la actualidad el capital social es la de organización interna y en esa medida la de distribución de utilidades, la capacidad decisoria de sus socios o accionistas de acuerdo a los aportes realizados, ya que, por otra parte, las funciones de productividad y garantía frente a terceros, de conformidad a los ínfimos requerimientos de capital para la constitución de sociedades en nuestra legislación, no financian las actividades operacionales y tampoco sirven para tutelar los derechos de los acreedores, sobre todo aquellos que no tienen poder de negociación o un músculo financiero importante.

Como veremos en el Ecuador con la introducción en nuestra legislación de la Sociedad por Acciones Simplificada – S.A.S. no se requiere de un capital social mínimo para su constitución, son los accionistas que la conforman los llamados a fijar un valor proporcional y consecuente a las necesidades del objeto social de la compañía, lo cual genera de entrada una reducción en los costos iniciales, además de otros múltiples beneficios de carácter organizacional y financiero, que no son materia de este trabajo pero que sin duda constituyen un gran aporte para nuestra normativa. A lo largo de nuestro estudio veremos que la S.A.S. constituye solo el primer paso, pues nuestra normativa debe seguir adaptándose a las necesidades que demandan las sociedades de hoy en día, así como también debe precautelar de manera eficiente las relaciones que ésta genera con terceros (acreedores).

Los aportes extraídos de legislaciones como la de México, España y Estados Unidos sobre el capital social mínimo, en el presente estudio, constituyen la puerta de entrada a nuevas alternativas a tomar en consideración respecto del manejo de esta figura. Si bien ningún modelo es perfecto, cada una de las legislaciones escogidas destaca la posibilidad de medir la aplicabilidad y la trascendencia de sus disposiciones dando como resultado, valiosa experiencia a considerar y aplicar en nuestra legislación.

Capítulo primero

La normativa societaria y los fundamentos que han dado origen al requisito de capital mínimo de las sociedades en el Ecuador

El presente trabajo tiene como objeto analizar la normativa societaria y los fundamentos que han dado origen al capital mínimo en las sociedades en el Ecuador. El estudio partirá por analizar la noción del capital, sus funciones, así como los problemas que plantea como fuente de garantía frente a terceros y sobre todo su exigencia en la legislación ecuatoriana.

1. Noción de capital social y antecedentes relevantes sobre la exigencia de capital social mínimo para sociedades mercantiles

La Ley de Compañías en su artículo 1, reconoce al contrato social como “aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades”.¹ Con la promulgación de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación² se reconoce también dentro de nuestro ordenamiento a las sociedades por acciones simplificadas (en adelante “S.A.S”), que podrán constituirse mediante contrato o acto unilateral.³ Por su parte, el Código Civil reconoce a través de su artículo 1957 que una “sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan.”⁴ En el mismo cuerpo legal, el artículo 1959 recalca que “no hay sociedad, si cada uno de los socios, no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicios o trabajo apreciable en dinero.” Lo cual deja de manifiesto la importancia de los aportes sociales como un elemento

¹ Ecuador, Ley de Compañías, Registro Oficial 312, 5 de noviembre de 1999, Art. 1.

² Ecuador, Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, Registro Oficial 151, Suplemento, 28 de febrero de 2020, Art. 1.

³ Con la introducción de la S.A.S. se rompe con algunos de los paradigmas establecidos en nuestra legislación societaria que serán el foco de nuestro estudio en lo que respecta a la eliminación del capital mínimo.

⁴ Ecuador, Código Civil, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, Art. 1957.

esencial del contrato, en otras palabras, si los socios no realizan aportes a la sociedad, ésta sería jurídicamente inexistente.⁵

En la misma línea la Ley de Compañías en su artículo 102 manifiesta que en las sociedades de responsabilidad limitada “el capital de la compañía estará formado por las aportaciones de los socios y no será inferior al monto fijado por el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros.” En concordancia con lo que dispone el artículo 143 de la misma norma, en relación con la compañía anónima, indica que el “capital social está dividido en acciones negociables, formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones”. Lo manifestado vuelve a remarcar el carácter esencial del capital social en las sociedades mercantiles y pone de relieve su trascendencia y carácter funcional dentro de la sociedad.

La doctrina ha descrito al capital social como: i.) Una cifra abstracta ya que no representa de manera específica a ningún bien dentro del activo social; ii.) Fija, pues no varía en un tiempo, a menos que los socios o accionistas así lo determinen (mediante el procedimiento legal correspondiente); iii.) Única, ya que todos los bienes que lo integran representan una unidad que crea la persona jurídica; iv.) Intangible ya que se preserva como la prenda común de los acreedores representada en los bienes que componen el haber social; v.) Determinado, de manera que los asociados deben asignarle un valor específico, sin que sea posible asignar este rubro con expresiones indeterminadas.⁶

El autor Francisco Reyes Villamizar define al capital social como:

(...) una cifra abstracta, intangible e invariable, que representa el valor de los bienes que los socios han aportado o comprometido aportar en propiedad. El capital es un concepto jurídico; es una cifra invariable pues se mantiene constante, pese a las variaciones que pueda sufrir el patrimonio.⁷

De la misma manera el “capital representa los aportes efectuados al ente económico, en dinero, en industria o en espacio con la intención de proveer recursos para la actividad empresarial que, además sirvan de garantía para los acreedores”⁸, y difiere del patrimonio ya que “su monto solo puede coincidir con el del capital social en el

⁵ Paúl Noboa Velasco, “Obsolencia de los requisitos del capital mínimo en las sociedades mercantiles”, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF)*, Working Paper Series 4/2020, 29 de mayo de 2020, 25.

⁶ Ibid.

⁷ Francisco Hernando Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 2. ed. actualizada (Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2006), 318.

⁸ Ibid., 319.

momento de la constitución de la sociedad, es esencialmente variable, pues el patrimonio social va cambiando, modificándose (...) por el giro ordinario de los negocios”⁹.

Otra definición más amplia del concepto de capital social, la describe como: “(...) La suma de los aportes de los socios, aunque sin olvidar que también es una cifra ideal destinada a reflejar a través de la vida social el valor de los bienes que los socios han aportado (...)”¹⁰ en la que por otra parte “prevalece la concepción nominalista o abstracta del capital, que lo considera un componente técnico, una cifra ideal que no necesita corresponder a un equivalente patrimonial efectivo. Esa cifra indica el patrimonio que debe existir, no el que efectivamente existe.”¹¹

Entendida la noción de capital social, cabe destacar algunos antecedentes relevantes en relación a la exigencia de capital social mínimo en la legislación nacional. El doctor Roberto Salgado Valdez, en su obra *Manual de Derecho Societario*, realiza una breve reseña respecto a la evolución del capital mínimo en el Ecuador y destaca que, en la Ley de Compañías del año 1964, se estableció un capital mínimo de S/.200.000,00 y el D.S. 676 de 19 de agosto de 1976 lo aumentó a S/.5000.000,00.¹²

Posteriormente, el artículo 3 de la Ley 25 Reformatoria a la Ley de Compañías de 29 de mayo de 1986 elevó el capital social a S/.2'000.000 pero el Congreso Nacional el 7 de agosto de 1986 derogó dicha Ley.¹³ Se puede apreciar que el requerimiento de capital mínimo en esa época fue una imposición de las autoridades gubernamentales y no obedecía ningún criterio objetivo.

En los años ochenta el Ecuador y la región atravesaban una honda crisis económica “a causa de la caída de los precios del petróleo en el mercado internacional y la elevación de las tasas de interés de la deuda externa y el paralelo cese del flujo crediticio externo”,¹⁴ lo cual motiva la introducción del artículo 3 de la Ley No. 25 de 29 de mayo de 1986, texto que considera, por primera vez, la realidad económica y social del país para determinar y cuantificar el capital mínimo de las sociedades, por recomendación del Presidente de la República, previo informe del Superintendente de Compañías.¹⁵

⁹ Ricardo Augusto Nissen, *Curso de derecho societario*, 2a. ed., actualizada y ampliada (Buenos Aires, República Argentina: Ad-Hoc, 2006), 203.

¹⁰ E. Daniel Balonas, “Reinterpretando el concepto de Capital Social”, *XI Congreso de Argentino de Derecho Societario*, nº VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (2010): 167.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Roberto Salgado Valdez, *Manual de Derecho Societario*, 2ª ed. (Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1978), 329.

¹³ *Ibíd.*, 230.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ El autor Roberto Salgado Valdez en su obra *Manual de Derecho Societario*, indica que: “(...) la economía ecuatoriana en crisis se retrae, y producto de ello sobrevienen ciclos depresivos, como

El antecedente histórico plasmado es una muestra de cómo la figura del capital mínimo tuvo que adaptarse a las necesidades de la época frente a una crisis económica y sociopolítica que aquejaba al país. Nos encontramos en un momento histórico distinto, en la era de los avances tecnológicos y de la comunicación, las necesidades que hoy enfrentan las sociedades son muy distintas a las requeridas por las compañías en los años ochenta, lo cual nos invita a replantearnos nuevas y mejores formas de constitución de sociedades y por qué no dejar atrás figuras o conceptos jurídicos que no tienen razón de ser por la poca eficacia que representan. Con este preámbulo, es preciso adentrarnos en el análisis de la normativa societaria y la doctrina respecto al capital social.

Finalmente, la Ley de Compañías en su artículo 434 establece que “Los montos mínimos de capital determinados en esta Ley, así como los de pasivos y número de accionistas serán actualizados por el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, teniendo en consideración la realidad social y económica del país.” De acuerdo con artículo 2 de la Resolución No. 00.Q.I.J016 de 16 de noviembre de 2000, emitida por la autoridad reguladora, se definieron los siguientes capitales mínimos:

Los capitales mínimos señalados en el artículo 1 de la Resolución No. 99.1.1.1.3.008, de conformidad con la Ley para la Transformación Económica del Ecuador y Resolución No. 00.Q.I.J.008 de 24 de abril de 2000, deberán expresarse en dólares de los Estados Unidos de América, esto es, ochocientos dólares (USD 800,00) para las compañías anónimas y de economías mixta; y, de cuatrocientos dólares (USD 400,00) para las compañías de responsabilidad limitada.¹⁶

Los montos establecidos por la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros para la constitución de las sociedades realmente no son eficientes, no reflejan la “realidad económica del país”, y tampoco cumplen las funciones por las que fue creado, es decir, en la actualidad no existe una relación entre su existencia y los fundamentos que la

inflación, desempleo y subocupación, y se desencadenan los siguientes acontecimientos: Continua caída del valor internacional del sucre, (desde el 3 de marzo de 1982), cuando se abandonó la paridad de 25 sucres por dólar, dando paso al fenómeno de la sucretización y el Estado asumió la deuda externa que el sector privado mantenía con la banca internacional. Implementación de programas de estabilización que buscaban recuperar los equilibrios macroeconómicos: i. Liberalización del tipo de cambio y las tasas de interés, ii. nuevo modelo de liberalización de la economía y de apertura al sector externo, iii. Redacción y aprobación en referéndum de una nueva constitución. Para el año de 1982, la crisis económica a nivel latinoamericano golpeó al Ecuador y desembocó en la sucretización, en el que se desarrolló la actividad guerrillera del grupo Alfaro Vive Carajo y el intento de golpe de Taura, en el año de 1986, y la persecución sistemática a jóvenes ecuatorianos considerados subversivos, como parte de una política represora de Estado que desató el gobierno de Febres Cordero, en el marco de una dictadura civil salpicada por constantes quebrantamientos a la Constitución.”

¹⁶ Ecuador Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, *Resolución No. 00.Q.I.J016*, Registro Oficial 214, 29 de noviembre de 2000.

sostienen. En primer lugar, porque dichos valores, en la mayoría de los casos, no apalancan (o financian) las operaciones económicas de la compañía pues todo depende de la actividad que ésta desarrolle y las necesidades financieras que surjan en el camino, por esta razón es muy difícil cuantificar un capital mínimo que respalde la productividad de una sociedad. En segundo lugar, porque dichos valores por su ínfima cuantía no servirán para garantizar las obligaciones contraídas con terceros que se generan a medida que surge el negocio, de tal manera que, por el principio de responsabilidad limitada de los socios y accionistas, el riesgo lo terminan asumiendo los acreedores.

Por tanto, el patrimonio social (a través de sus activos y pasivos) refleja la verdadera realidad financiera de una sociedad, por lo que en la actualidad aquellos acreedores con capacidad de negociación y poder de mercado, recurren a analizar esta información en primera instancia y en la mayoría de casos solicitan otro tipo de garantías en resguardo de sus intereses, lo cual no sucede con los acreedores extracontractuales, quienes por su tamaño o condiciones quedan totalmente desprotegidos.

1.1 El capital social y el patrimonio

El fondo patrimonial permite a la sociedad la obtención de beneficios a través del ejercicio económico por una determinada actividad. El capital social cuantifica la participación de cada socio en la sociedad.

La diferencia radica en que el capital suscrito¹⁷ o social “(...) tan solo refleja el valor atribuido a los aportes de los asociados en el momento de instaurar la sociedad o en los posteriores incrementos, cuantificados por la asignación de un valor nominal a cada una de las partes alícuotas en las que se divide (...)”¹⁸. El patrimonio, por otra parte es un activo social mediante el cual la compañía debería responder por las obligaciones contraídas frente a terceros. Sin embargo, al ser éste de naturaleza cambiante nuestra legislación le ha dado mucho más peso al capital social, al constituirlo como una cifra invariable, ya que teóricamente el requerimiento mínimo legal de capital social representaría “una garantía para los acreedores ante la exoneración de la responsabilidad

¹⁷ Francisco Reyes Villamizar, en su obra *Manuel Derecho Societario*, explica que el valor nominal resulta: “(...) de dividir el monto del capital suscrito o social entre el número de acciones o cuotas en que se encuentre fraccionado, el valor intrínseco resulta de dividir el patrimonio neto de la compañía entre el número de acciones o cuotas que se estén en circulación.”

¹⁸ Francisco Hernando Reyes Villamizar, *Derecho societario* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002), 320.

de los patrimonios personales de cada uno de los socios, sobre todo aquellas sociedades de responsabilidad limitada, en las que sus socios responden únicamente por la parte correspondiente a sus participaciones”.¹⁹

El patrimonio social por su naturaleza cambiante provoca incrementos o disminuciones (*superávit o déficit*) en su cuantía debido a las actividades económicas que realiza la sociedad y que son propias del negocio, este rubro está conformada por “(...) la universalidad jurídica compuesta por los activos y los pasivos sociales que estén en cabeza del sujeto societario.”²⁰ Ahora bien, en esta totalidad de bienes que conforman el patrimonio “(...) el capital es apenas una cuenta del patrimonio. Por ello, para efectos contables el capital suscrito o social se ubica adentro del mencionado rubro, junto con otras cuentas tales como las de reserva, utilidades, superhávit de capital, valorizaciones, resultado del ejercicio y revalorización de patrimonio”.²¹

Por tanto, el capital social representa una ínfima parte del patrimonio generado por la compañía, en ese sentido el requerimiento mínimo de capital es totalmente desproporcional al resto de rubros y activos que maneja la sociedad para financiar las actividades operacionales de su negocio. Esa desproporción origina un desequilibrio de las relaciones entre sociedad y acreedor, pues es aquella mínima parte del patrimonio la que está destinada a garantizar las obligaciones de la sociedad frente a terceros.

Por una parte, en el caso de que la compañía deba liquidarse por decisión de sus socios o de oficio mediante resolución de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, debe someterse a un procedimiento técnico- jurídico que tiene por objeto determinar el haber social de la sociedad destinado a distribuirse entre los socios previa extinción de las obligaciones sociales contraídas durante el ejercicio económico de la sociedad, “esta determinación ha de hacerse (...) realizando las operaciones jurídicas pendientes con terceros, respecto de los cuales la sociedad puede estar en situación de deuda o en situación de crédito (...)”²²

En esa línea, la Ley de Compañías establece que en los procesos de disolución de pleno derecho:

Determinadas las acreencias, el representante legal debe extinguirlas de acuerdo al orden de prelación previsto en el Código Civil.

¹⁹ Nissen, *Curso de derecho societario*, 203.

²⁰ *Ibid.*, 204.

²¹ Francisco Hernando Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 2. ed. actualizada (Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2006), 319–20.

²² *Ibid.*, 473.

El representante legal a cargo de la liquidación tomará en cuenta solamente a los acreedores que hayan probado su calidad en el término conferido para el efecto y a todos los que aparezcan reconocidos como tales en la contabilidad de la compañía, con la debida justificación. Si se presentan acreedores luego del término legal, sus acreencias, de estar debidamente justificadas, se las tomará en cuenta al final del proceso de liquidación.

Es así como el pago de las obligaciones de la sociedad con terceros debe realizarse con sujeción a lo que se haya consignado en el inventario y observando el orden de prelación legal de pago, sin embargo:

(...) no siempre el pasivo externo es pagado en su integridad. Puede suceder que los activos de las sociedades no sean suficientes para cancelar las obligaciones de la compañía con terceros. En este aspecto el particular reside la relativa inseguridad que ocasiona la limitación de la responsabilidad en algunas especies de sociedades. Este riesgo se hace patente (...) en las sociedades limitadas y anónimas (...)²³

En principio, se entiende que la norma precautela los derechos de los acreedores siendo los primeros en tomarse en cuenta a la hora de sanear el pasivo de la sociedad, por lo que se entendería que “Las obligaciones de ésta deben ser satisfechas con sus bienes, hasta el punto de que los liquidadores no puedan repartirlos entre los socios, ni aun particularmente, hasta que no hayan sido pagados los acreedores de la sociedad o no sean reservadas las sumas necesarias para pagarlas (...).”²⁴

Ahora bien, si la norma da prioridad a los acreedores en el proceso de liquidación de la sociedad, ¿por qué en la práctica muchas compañías en quiebra o en estado de disolución reparten primero sus acreencias entre los socios o accionistas y después esperan a que los acreedores acudan a la vía judicial para el cobro de lo adeudado?

Se puede evidenciar entonces que “Al momento de la creación de una sociedad, los bienes que la constituyen como parte de su activo social, hasta el mismo patrimonio, no correspondan después de ese instante al capital suscrito”²⁵. Esta falta de asimetría “entre los aportes sufragados inicialmente al fondo social para configurar su capital suscrito y los activos sociales que existen en determinado momento en la vida de la sociedad”²⁶ es lo que cuestionaremos y analizaremos a la largo del presente trabajo, pues consideramos que el patrimonio de la sociedad debe guardar cierta proporción frente al

²³ Ibid.

²⁴ Antonio Brunetti, *Tratado de Derecho de las Sociedades*, vol. 1era (Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1960), 348.

²⁵ Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 2006, 230.

²⁶ Ibid., 320.

nivel de endeudamiento que genera y debe ser considerado como la primera fuente de garantía frente a terceros.

En la actualidad es que son pocos quienes ponen sus esperanzas en el capital social de las sociedades por su falta de eficacia. Por ejemplo, cierto tipo de acreedores con poder de negociación y por ende un significativo músculo financiero que les otorga una posición importante en el mercado, cuentan con información relevante de la sociedad contratante, lo que les permite analizar las condiciones reales y el estado financiero de ésta. Privilegios con los que no cuentan otro tipo de acreedores, como los extracontractuales, quienes por su estructura y tamaño se encuentran en una situación de desventaja frente a la sociedad y terminan asumiendo el riesgo, producto de la responsabilidad limitada de los socios o accionistas de las empresas con las que contratan, temas que serán desarrollados más adelante.

Ahora bien, es preciso continuar con el análisis de los elementos esenciales que, de conformidad a nuestra legislación estructuran y dan fundamento al capital social mínimo de las sociedades.

1.2 Las funciones del capital social

La Ley y la doctrina definen al capital social, como elemento esencial del contrato de sociedad el cual cumple tres funciones principales: i.) Organización; ii.) Productividad; y, iii.) Garantía frente a terceros²⁷.

1.2.1 Organización

A través del capital social se determina la participación de cada socio en el desarrollo de la sociedad y en base a ello se establecen sus derechos y obligaciones. El capital social representa cuotas o partes de interés en que se divide el capital, comprendido por un valor nominal y un valor intrínseco.

El primero, hace referencia “a la cifra estatutaria fijada al momento de constituir la sociedad y que corresponde a una división voluntaria de los aportes hechos al fondo social”²⁸. El segundo, “corresponde a una valoración de las acciones o participaciones del

²⁷ Valeria Fábregas, “Capital Social – Función de Garantía”, *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, X Congreso Argentino de Derecho Societario, 2007, 286.

²⁸ Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 2006, 321.

capital, para lo cual se tiene en cuenta la realidad patrimonial de la sociedad”.²⁹ En otras palabras, el valor nominal del capital social es el resultado “(...) de dividir el monto del capital suscrito o social entre el número de acciones o cuotas en que se encuentre fraccionado, el valor intrínseco resulta de dividir el patrimonio neto de la compañía entre el número de acciones o cuotas que se estén en circulación.”³⁰

El capital social por tanto cumple una función organizacional dentro del funcionamiento interno de la sociedad, define el grado de participación de sus accionistas en las utilidades, así como lo manifiesta el artículo 208 de la Ley de Compañías que indica que “la distribución de las utilidades al accionista se hará en proporción al valor pagado de las acciones (...),”³¹ en concordancia con el artículo 209 de la misma norma que indica que una vez “acordada por la junta general la distribución de utilidades, los accionistas adquieren frente a la compañía un derecho de crédito para el cobro de los dividendos que les correspondan”³².

De la misma manera, el capital social tiene la función de determinar el Quorum de instalación en las juntas generales, de acuerdo con el artículo 237 de la Ley de Compañías “la junta general no podrá considerarse constituida para deliberar en primera convocatoria si no está representada por los concurrentes a ella, por lo menos la mitad del capital pagado (...).”³³ En el mismo cuerpo legal se indica que “las resoluciones se adoptarán con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen, cuando menos, la mitad más uno de las acciones con derecho a voto, presentes en la respectiva reunión, salvo que en los estatutos se prevea una mayoría decisoria superior para algunas o todas las decisiones.”³⁴

La función organizacional del capital social también trasciende al plano de la responsabilidad limitada de los socios o accionistas por las obligaciones que se generan de la sociedad. El artículo 116 literal c) de la Ley de Compañías dentro del acápite de los derechos y obligaciones de los socios, dispone “c) A que se limite su responsabilidad al monto de sus participaciones sociales (...).” De igual manera, el artículo 117 literal g), segundo inciso indica que “la responsabilidad de los socios se limitará al valor de sus participaciones sociales (...).” El artículo 155, establece que “La Compañía Anónima es

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Ecuador, Ley de Compañías, Art. 208.

³² Ibid., Art. 209.

³³ Ibid., Art. 237.

³⁴ Ibid., Art. innumerado Sección Sociedades por Acciones Simplificadas.

una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones. ”

La norma señalada reitera que la responsabilidad de los socios será únicamente hasta el monto de sus aportaciones. En las sociedades anónimas, como en las sociedades de responsabilidad limitada “el capital no es sólo funcional, sino fundacional, la determinación del capital en el momento fundacional de la sociedad tiene una importancia de primer orden por cuanto sirve para indicar a los acreedores cuál es el patrimonio que ha de servir de garantía para las deudas contraídas por los administradores de la sociedad a nombre de ésta.”³⁵

El capital social determina la responsabilidad de los socios o accionistas que por mandato legal se limita al monto del aporte realizado por éstos al capital social de una compañía, por lo que “el capital social en su rol organizativo es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas.”³⁶

1.2.2 Productividad

La función de productividad del capital social está directamente relacionada con el contenido económico de la sociedad “en virtud de la cual sirve como fondo patrimonial empleado para la obtención de un beneficio, a través del ejercicio de una determinada actividad empresarial.”³⁷

El capital social está conformado por los aportes de los socios o accionistas y debe ir acorde al objeto social que la sociedad decida desarrollar, también debe “servir como fondo patrimonial para la obtención de beneficios a través del ejercicio por la sociedad de una determinada actividad empresarial (función de productividad) o como parámetro para medir matemáticamente la participación del socio en la sociedad”³⁸ (función organizativa).

El rol de productividad del capital social está encaminado a capitalizar las operaciones mercantiles de la sociedad y como tal, la Ley de Compañías lo confirma a través del artículo 198 al exigir que: “Cuando las pérdidas alcancen al sesenta por ciento o más del patrimonio de la compañía, se pondrá necesariamente en liquidación, si la junta

³⁵ Joaquín Gartriguez, *Curso de Derecho Mercantil* (México DF: Porrúa S.A., 1984), Art. 545.

³⁶ *Ibid.*, 546.

³⁷ Fábregas, “Capital Social – Función de Garantía”, 283.

³⁸ *Ibid.*, 284.

general no adopta las medidas correctivas para subsanar dicha causal en el término que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, le otorgue a la compañía para tales efectos.”³⁹ Por lo que, la concurrencia de pérdidas operacionales de una sociedad anónima podrá ser solventada a través de la limitación del fondo social al capital existente, “siempre que baste para conseguir el objeto de la compañía”.⁴⁰

De la misma forma, el Art. 199 de la Ley de Compañías, también sostiene que, para la reducción del capital suscrito de una sociedad anónima, la junta general de accionistas “requerirá de aprobación de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la que deberá negar su aprobación a dicha reducción, si observare que el capital disminuido es insuficiente para el cumplimiento del objeto social u ocasionare perjuicios a terceros.”⁴¹ En esa línea el Art. 247 del mismo cuerpo legal sostiene que: “En caso de que la compañía que se va a escindir no tuviere un capital social suficiente como para que éste se divida entre las nuevas compañías a crearse, se deberá realizar el aumento de capital correspondiente, previa la escisión.” La Ley de Compañías a través de sus disposiciones pone de relieve la importancia y la protección que debe otorgarse al capital social, entendiendo que éste (capital mínimo o los aportes iniciales de los socios o accionistas) está destinado a financiar el objeto social o las actividades económicas que lleve a cabo la compañía.

¿Los requerimientos de capital mínimo de capital social son la fuente de financiación económica de las sociedades y en esa medida su objeto u actividad económica está destinada a subsistir con ese monto? La respuesta es no. En primer lugar, porque los montos establecidos para la constitución de dicho capital no siempre son proporcionales al objeto social de las sociedades y además cada sociedad tiene requerimientos económicos distintos dependiendo de su naturaleza y otras variables externas. Sumado a ello, el artículo 102 de la Ley de Compañías señala que “Al constituirse la compañía, el capital estará íntegramente suscrito, y pagado por lo menos en el cincuenta por ciento de cada participación.”, es decir, en las compañías de responsabilidad limitada el aporte de capital de cuatrocientos dólares (capital mínimo fijado por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros)⁴² al momento de la

³⁹ Ecuador, Ley de Compañías, Art. 198.

⁴⁰ Noboa Velasco, “Obsolencia de los requisitos del capital mínimo en las sociedades mercantiles”, 25.

⁴¹ Ecuador, Ley de Compañías, Art. 199.

⁴² De conformidad al Art. 102 de la Ley de Compañías: “El capital de la compañía estará formado por las aportaciones de los socios y no será inferior al monto fijado por el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros. Estará dividido en participaciones expresadas en la forma que señale el Superintendente

creación de la sociedad es del cincuenta por ciento de cada participación, pudiendo el cincuenta por ciento restante suscribirse en doce meses. En la práctica, ¿puede una sociedad financiar sus actividades económicas con la cantidad de USD 200?, nuevamente la respuesta es no.

De la misma manera, en las sociedades anónimas el artículo 147 de la Ley de Compañías establece que “Ninguna compañía anónima podrá constituirse sin que se halle suscrito totalmente su capital, el cual deberá ser pagado en una cuarta parte, por lo menos, una vez inscrita la compañía en el Registro Mercantil.” El monto mínimo establecido por el ente regulador para este tipo de sociedades es de USD 800 y los accionistas podrán suscribir el veinticinco por ciento de éste al dar origen a la sociedad, el resto de capital podrá suscribirse en un año. Prácticamente la sociedad inicia sus operaciones y las financia con un monto de USD 200, una cantidad irrisoria que establecida en la Ley carece de todo sentido y proporcionalidad para que una sociedad concreta pueda operar.

En palabras del autor Ricardo Olivera García “(...) los conceptos de capital acuñados por la doctrina oscilan entre su vinculación con la aportación de los socios o con su función de retención de una fracción del patrimonio social”⁴³, sin embargo en la práctica no existe correspondencia entre los aportes de los socios y el patrimonio de la sociedad, ni siquiera en el momento de su constitución, ya que este último: “(...) solo puede coincidir con el del capital social en el momento de la constitución de la sociedad, es esencialmente variable, pues el patrimonio social va cambiando, modificándose (...) por el giro ordinario de los negocios”⁴⁴.

Sobre la base de que “el concepto tradicional de capital es un concepto histórico y consecuentemente estático, que no contempla la evolución posterior de la actividad social.”⁴⁵, Olivera recalca que la evolución de las sociedades crea la necesidad imperiosa de obtener recursos para desarrollar el objeto social, por ello el abastecerse de recursos propios encaminados a mantener la capacidad operativa de la sociedad es determinante, recursos que no tienen que coincidir con los aportes nominales realizados por los socios o accionistas, por lo que el autofinanciamiento que proveniente de las utilidades contables juega un papel primordial.

de Compañías, Valores y Seguros (...), el valor de capital mínimo fijado por la Autoridad Reguladora para las compañías de Responsabilidad Limitada es de 400 USD y para las sociedades anónimas de USD 800.

⁴³ Ricardo Olivera García, “La crisis del concepto del capital social”, *Derecho Comercial y de la Obligaciones*, 1999, 372.

⁴⁴ Nissen, *Curso de derecho societario*, 203.

⁴⁵ Olivera García. Ricardo. La Crisis del concepto de capital social. Pág. 381.

No obstante, la insuficiencia que representa los requerimientos de capital mínimo en el financiamiento de las operaciones de la sociedad también puede acarrear una *infracapitalización* originaria en las sociedades. El autor Juan Leonel Palladino sostiene que en la práctica existe un buen número de sociedades que se registran *infracapitalizadas* por varias razones, entre ellas, por el deficiente control de legalidad⁴⁶ que corresponde a la autoridad y sobre todo porque en la práctica no existe una correcta proporcionalidad entre el objeto social y el capital de las empresas.⁴⁷

En la misma línea, la *infracapitalización* según Rafael Guasch Martorell, “se manifiesta en todos aquellos supuestos donde es evidente una desproporción conmensurable entre la cifra de capital de responsabilidad fijado y estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa de acuerdo con el objeto social programado.”⁴⁸ La situación de *infracapitalización* se manifiesta en aquellos escenarios donde exista una cuantiosa

⁴⁶ Con referencia con control de legalidad al que se refiere Palladino y haciendo un contraste con la legislación ecuatoriana, es preciso remarcar que la Ley de Compañías establece en su Art. 438 que las atribuciones y deberes del Superintendente son: “a) Nombrar al personal necesario para el desempeño de las funciones de la Superintendencia; b) Formular el presupuesto de sueldos y gastos de la Superintendencia, el mismo que será aprobado por el Presidente de la República, y expedir los reglamentos necesarios para la marcha de la Institución. c) Inspeccionar, personalmente o por medio de los funcionarios y empleados de la Superintendencia a quienes delegue, las actividades de las compañías, especialmente cuando tuviere conocimiento de irregularidades, infracciones de las leyes, reglamentos, disposiciones estatutarias o resoluciones de la Superintendencia, o cuando por parte de accionistas o socios se formulare denuncia fundamentada, a juicio del Superintendente. Toda denuncia será reconocida ante el Superintendente o su delegado; d) Presentar anualmente al Congreso Nacional un informe, en el que dará cuenta de sus labores y del movimiento de las compañías sujetas a su vigilancia; e) Rendir cuentas ante la Contraloría General del Estado; f) Modificar los estatutos de las compañías cuando sus normas sean contrarias a esta Ley. En el ejercicio de su facultad de vigilancia y control ulterior podrá también disponer, mediante resolución debidamente motivada, que el Registrador Mercantil correspondiente cancele la inscripción de los actos societarios no sujetos a aprobación previa, que no cumplan con los requisitos legales pertinentes o que hayan sido inscritos en infracción de normas jurídicas. Los Registradores Mercantiles no podrán negarse o retardar la cancelación de la inscripción que hubiese sido ordenada por el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros mediante resolución, sin perjuicio de los derechos y acciones que puedan ejercerse contra tal resolución. La resolución que dispone la cancelación de la inscripción se notificará a las personas y entidades que el Superintendente estime pertinente, y un extracto de la misma se publicará en el sitio web de la Superintendencia. g) Exonerar a las compañías sujetas a su control y vigilancia, previo el estudio de cada caso, de la presentación de los documentos a los que se refiere el Art. 20 de esta Ley; h) Calificar los documentos y ordenar la inscripción y la publicación a los que se refiere el Art. 4o. del Decreto Supremo 986, publicado en el Registro Oficial No. 652 de 3 de octubre de 1974; i) Determinar y reformar la estructura orgánica y funcional de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; j) Delegar una o más de sus atribuciones específicas a cualquier funcionario de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; y, k) Ejercer las demás atribuciones y cumplir los deberes que le señalen las leyes y reglamentos que se expidieren.” En ninguna de ellas se establece el control y verificación de la *infracapitalización* de las empresas, por cuanto tampoco existe una norma que exija una proporcionalidad entre capital social y patrimonio.

⁴⁷ Juan Leonel Palladino, “Sobre la importancia del capital social en las sociedades en las que los socios poseen el beneficio de limitación de la responsabilidad y el nuevo Código Civil y comercial de la Nación” Vol. 2, n° 3 (2015): 236.

⁴⁸ Rafael Guasch Martorell, *La Doctrina de la Infracapitalización: Aproximación conceptual a la Infracapitalización de las Sociedades* (Guayaquil: Academia Ecuatoriana de Derecho Societarios Edino, 2004), 164.

“desproporción entre la cifra del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgo”⁴⁹ que comporta desarrollar la actividad empresarial definida en el objeto social.

De tal forma que la mayoría de la doctrina sostiene que el control de la *infracapitalización* sólo puede alcanzarse si la compañía cuenta con un capital social “adecuado, suficiente y proporcional” a su giro de negocio, de esta manera, la función garantista del capital social frente a los acreedores sociales podría funcionar si se exigiese, “durante toda la vigencia del contrato social, la relación entre el capital social y el objeto de la misma”.⁵⁰

Existen dos tipos de *infracapitalización*: material y nominal. La *infracapitalización* material, por una parte, surge en los casos en donde la sociedad “no dispone de los recursos propios adecuados para cubrir satisfactoriamente las necesidades financieras que requiere la actividad empresarial que se pretendan desarrollar”.⁵¹ La *infracapitalización* nominal, por otra parte, surge cuando “las necesidades de financiación de una sociedad que cuenta con unos recursos propios inadecuados para realizar su actividad social, son cubiertas por los socios mediante aportaciones realizadas en concepto de capital de crédito”.⁵²

Palladino sostiene que, “si la sociedad no cuenta con los fondos y efectos necesarios para cumplir con sus compromisos, la limitación de la responsabilidad de los socios a los aportes efectuados carece de todo sentido”⁵³ ya que no es admisible que deban ser los terceros quienes soporten el riesgo y no los integrantes de la sociedad.⁵⁴, postura que va de la mano con la imposición de responsabilidad ilimitada a los socios o accionistas que recaigan en una *infracapitalización* material.

No obstante, una parte de la doctrina argentina sostiene que las sociedades pueden subsistir con *infracapitalización*, en principio, por dos razones: La primera, porque al constituirse una sociedad sus integrantes no cuentan con los recursos suficientes desde un inicio para cumplir con su objeto social, por lo que hace sentido que al principio se

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ León Adolfo Bonilla, “Infracapitalización societaria – Supuestos de Responsabilidad”, *VIII Congreso Argentino de Derecho Societario*, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2001, 143, <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/525/CDS08030129.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁵² Ibid., 134.

⁵³ Palladino, “Sobre la importancia del capital social en las sociedades en las que los socios poseen el beneficio de limitación de la responsabilidad y el nuevo Código Civil y comercial de la Nación”, 150.

⁵⁴ Ibid., 156.

mantenga un capital mínimo que les permita seguir creciendo y desarrollarse con el tiempo. El segundo, sostiene que en la práctica los terceros no toman en cuenta realmente el capital mínimo de una sociedad, su análisis se base principalmente en los activos que posee la sociedad.⁵⁵

Estas dos posturas, ponen de relieve la responsabilidad de los socios o accionistas que surge con relación al cometimiento del ilícito de no capitalizar correctamente la sociedad. A la luz del artículo 17, numeral 1 de la Ley de Compañías que manifiesta que: “Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables: (...) 1. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar (...)”, se evidencia que en principio se deberá determinar si la *infracapitalización* material se llevó a cabo por el uso abusivo de la personalidad jurídica por el cometimiento de actos fraudulentos en beneficio de los socios o accionistas en desmedro de terceros y así comprobar si existe abuso, fraude o vías de hecho que generen la responsabilidad, por cuanto el solo hecho de que una sociedad se encuentre *infracapitalizada* no puede suponer la sanción de develamiento societario contemplada en la Ley.⁵⁶

En esa línea el autor Bainbridge, en su obra “*Abolishing Veil Piercing*” hace un análisis respecto de las sociedades infracapitalizadas con relación al principio de responsabilidad limitada de los socios y la aplicación del levantamiento del velo societario. Es así que, en principio, destaca la diferencia entre estas dos figuras y sostiene que en principio los socios no son directamente responsables por las obligaciones que contrae la sociedad a la que pertenecen por el principio de responsabilidad limitada, sin embargo, serían personalmente responsables por conductas o actuaciones fraudulentas en el manejo interno de la compañía.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Para ejemplificar de mejor manera este punto, es preciso citar la Resolución IGJ No. 1416 de fecha 4 de noviembre de 2003, emitida por el Dr. Nissen, esta jurisprudencia administrativa argentina manifiesta lo siguiente: “(...) 10. Si de las constancias del acto constitutivo de la sociedad de responsabilidad limitada que se pretende inscribir surge evidente que el valor del capital asignado por esta sociedad, de cinco mil pesos, integrado solo en un 25% - resulta sumamente exiguo con relación al objeto social, que comprende actividades tan onerosas como, entre otras, la constructora, inmobiliaria o financiera, descriptas en su contrato social, debe concluirse que se trata de una sociedad que padece de notoria *infracapitalización* funcional desde su inicio, lo cual constituye una actuación encuadrada dentro de la figura del abuso del derecho (art. 1071 del Código Civil), con los nocivos efectos que ello provoca para el tráfico mercantil y los intereses de los terceros, quienes son las naturales víctimas de las sociedades que presentan un capital social insuficiente para poder desarrollar el objeto previsto en el contrato de sociedad.”⁵⁶

Hace énfasis también en que la aplicación de la figura de levantamiento del velo societario gira en torno a las compañías de capital cerrado que son manejadas o contraladas por los mismos socios, en cambio la responsabilidad limitada y su transcendencia por supuesto le es aplicable a todo tipo de sociedades. Señala de igual manera que existen dos casos en los que se podría aplicar el levantamiento del velo, el primero cabe cuando el acreedor es engañado por el socio y a consecuencia sufre un daño patrimonial y el segundo, en el escenario en el que el socio ha malgastado los fondos de la sociedad y por tanto ha provocado una infracapitalización a la sociedad.⁵⁷

En el primer caso, dentro de un proceso judicial, lo que correspondería al acreedor es probar en efecto el engaño o fraude causado por el deudor, lo cual se reduce a un tema probatorio, el que sin duda será muy complejo de corroborar, es por ello que Bainbridge en su análisis sostiene que es mejor aplicar el principio de responsabilidad limitada de los socios de conformidad a las figuras que existentes en el ordenamiento jurídico correspondiente.⁵⁸

En el segundo caso, respecto a la infracapitalización señala que se debe distinguir primero aquellas sociedades que empiezan con fondos insuficientes a sabiendas de que éstos no alcanzarán a cubrir sus obligaciones frente a terceros, en contraste con aquellas compañías en las que con el tiempo sus ganancias se ven mermadas por los gastos que debe cubrir para su subsistencia, lo cual le ha generado un margen muy pequeño para hacer frente a sus obligaciones.⁵⁹

Una distinción muy relevante a la hora de analizar la aplicación del velo societario, ya que el simple examen de la infracapitalización en términos de cuantificar si las deudas de una sociedad son mayores a su capital es un criterio muy general, pues lo que corresponde es analizar, en primera instancia, las razones por las cuales se encuentra en dicha situación y de tal manera determinar la responsabilidad personal del socio. Para ejemplificar lo manifestado el autor Bainbridge analiza el caso “*Walkovszky v. Carlon*”⁶⁰, el que se destaca por el análisis que hace el Juez que conocía la causa respecto de la infracapitalización y la responsabilidad personal del socio. El magistrado sostiene que un socio con participación en una sociedad de interés público tiene la obligación de constituirse con un capital suficiente desde el inicio que le permita hacer frente a las

⁵⁷ Bainbridge, Stephen M., “Abolishing Veil Piercing”, s. f., file:///C:/Users/HP/Downloads/BB3%20(1).pdf.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

obligaciones contraídas con terceros y encaminada a cumplir con el objeto por le que fue creada. No obstante, aquel socio que ve mermada sus ganancias por los costos generados por la competencia, una mala temporada o sucesos inesperados, entre otros, por supuesto que no será personalmente responsable por las obligaciones que contrae con terceros.

La distinción que hace el Juez en el caso expuesto se centra en términos de la situación y las actuaciones específicas de los socios, las que traen como consecuencia una infracapitalización en el primer caso provocada y en el segundo totalmente intencional.

De conformidad al análisis realizado se puede determinar que el requerimiento de capital mínimo no cumple su función de productividad, por cuanto los montos fijados en la norma son ínfimos y no financian las operaciones del objeto social de la sociedad. Por otra parte, es preciso destacar que la infracapitalización de las sociedades debe ser analizada desde otro ángulo, se debe tomar en cuenta las causas que lo provocaron antes de determinar algún tipo de responsabilidad.

1.2.3 Garantía frente a terceros

La Disposición General Tercera de la Ley de Compañías indica que una vez constituida “la compañía de comercio goza de personalidad jurídica propia, y en consecuencia, constituye un sujeto de derecho distinto a sus socios”, el reconocimiento de la personalidad jurídica implica “atribuirle ciertas cualidades o propiedades de que gozan todas las personas, tanto físicas como jurídicas que se denominan atributos de la personalidad y entre ellos tenemos al patrimonio.”⁶¹ El reconocimiento de la personalidad jurídica como “ente social creado tiene como uno de sus presupuestos fundamentales la dotación de una capital suficiente”⁶². Con la creación de la persona jurídica se genera una relación entre sus miembros y de la sociedad frente a terceros.

El Código Civil, de manera concordante establece que “Lo que pertenece a una corporación, no pertenece, ni en todo ni en parte, a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo o en parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación.” Bajo esta premisa los acreedores de los socios o accionistas pueden

⁶¹ Fábregas, “Capital Social – Función de Garantía”, 282.

⁶² *Ibíd.*

demandar sus acreencias en contra del capital social de la compañía, en caso de liquidación de la sociedad y previo concurso de acreedores (siempre que los bienes de la sociedad no resultaren suficientes), más no en contra de los bienes propios de éstos, es más “los acreedores de un socio no tienen acción sobre los bienes que éste haya introducido a la sociedad, sino por hipoteca anterior a la sociedad o por hipoteca posterior, cuando el aporte del inmueble no conste por inscripción en el competente registro” como lo establece el segundo inciso del artículo 500 del Código Civil.⁶³

Por tanto, con la constitución de la sociedad se genera una protección y separación con relación al patrimonio de los socios o accionistas, pues se crea un fondo común, denominado capital social que está conformado con los aportes de éstos. Una de sus funciones principales es la de constituirse como una garantía frente a terceros, de tal forma que “El capital sirve de instrumento de garantía que compensa a los acreedores de la exoneración de responsabilidad que gozan los patrimonios personales de cada uno de los socios en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.”⁶⁴

El capital social está conformado por una serie de principios rectores como la determinación, invariabilidad e intangibilidad, reflejados a lo largo de la normativa, que refuerzan la idea de estar constituido como una garantía frente a terceros, a continuación, un detalle de cada uno.⁶⁵

El principio de determinación del capital social está reflejado en el numeral 6 del artículo 137 de la Ley de Compañías al establecer que para la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada se debe expresar “El importe del capital social con la expresión del número de las participaciones en que estuviere dividido y el valor nominal de las mismas (...)”⁶⁶, en concordancia con el numeral 5 del artículo 150 del mismo cuerpo legal que indica que “El importe del capital social, con la expresión del número de acciones en que estuviere dividido, el valor nominal de las mismas, su clase, así como el nombre y nacionalidad de los suscriptores del capital debe constar en la escritura de constitución de la sociedad anónima”. Este principio tiene como finalidad hacer pública la información de la sociedad para que los acreedores que contraten con ésta conozcan el valor de su patrimonio mínimo.

⁶³ Ecuador, Código Civil, Art. 500.

⁶⁴ Fábregas, “Capital Social – Función de Garantía”, 286.

⁶⁵ Noboa Velasco, “Obsolencia de los requisitos del capital mínimo en las sociedades mercantiles”,

⁶⁶ Ecuador, Ley de Compañías, Art. 137.

El principio de invariabilidad sostiene que el capital social debe permanecer inalterado e inmutable para así cumplir con su función de otorgar certeza y estabilidad a los acreedores sociales quienes podrán conocer de antemano las aportaciones de los socios o accionistas antes de realizar algún tipo de contratación. La excepción a la regla son los casos de aumento o reducción de capital según la Ley y los estatutos, la modificación (aumento y disminución, transformación, escisión) al capital social en nuestra legislación, de conformidad al primer inciso del artículo 33 de la Ley de Compañías, indica que éstas “(...) se sujetarán a las solemnidades establecidas por la Ley para la fundación de la compañía según su especie.”, por ejemplo, para la disminución de capital, la Ley de Compañía requiere de la aprobación de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros⁶⁷.

El principio de intangibilidad del capital abarca ciertas consideraciones como: “1. Correcta valuación de los aportes en especie; 2. Equivalencia entre valor de integración y valor nominal de capital suscrito (..); 3. Prohibición de distribución de dividendos (...) si no hubiese ganancias realizadas y líquidas; 4. Prohibición de distribución a los socios de las ganancias habidas en el ejercicio económico, si previamente no fueren absorbidas las pérdidas de ejercicios anteriores; 5. Prohibición de distribuir dividendos anticipados o provisionales.”, elementos que, encaminados a beneficiar y proteger a los acreedores sociales, destinados preservar el capital social de los socios o accionistas.

Este principio lo encontramos a lo largo de la normativa societaria, como por ejemplo en el artículo 199 de la Ley de Compañías, antes citado, en el que señala que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a de negar la aprobación de reducción de capital social “si observare que el capital disminuido es insuficiente para el cumplimiento del objeto social u ocasionare perjuicios a terceros”.⁶⁸ También se encuentra el carácter de intangibilidad en el artículo 169 del mismo cuerpo legal, que

⁶⁷ Ibid., Art. 33.

⁶⁸ El artículo 199 de la Ley de Compañías establece que para la disminución del capital social es necesario “(...) contar con la aprobación de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, entre otras formalidades. Art. 199.- La reducción de capital suscrito, que deberá ser resuelta por la junta general de accionistas, requerirá de aprobación de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la que deberá negar su aprobación a dicha reducción, si observare que el capital disminuido es insuficiente para el cumplimiento del objeto social u ocasionare perjuicios a terceros. La junta general que acordare la disminución de capital establecerá las bases de la operación. La reducción de capital con devolución de aportes deberá realizarse a prorrata del capital pagado por cada accionista, salvo renuncia del derecho de reparto que tengan los accionistas, el cual deberá realizarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 199.2 de esta Ley. La disminución de capital podrá saldarse en efectivo o mediante la entrega de activos que no son necesarios para el mantenimiento de la actividad operacional, siempre y cuando dicha transferencia no afectare los índices financieros de la compañía.”

dispone que “son nulas las emisiones de certificados de acciones o de acciones que no representen un efectivo aporte patrimonial o aquellas realizadas antes de la inscripción del Contrato Social.” El artículo 218 de la Ley de Compañías, por su parte, determina que “El accionista debe aportar a la compañía la porción de capital por él suscrito y no desembolsado, en la forma prevista en el estatuto o, en su defecto, de acuerdo con lo que dispongan las juntas generales (...)” y de la misma manera le otorga la responsabilidad personal del “pago íntegro de las acciones que haya suscrito”. A lo largo de la normativa expuesta se puede evidenciar el carácter intangible del capital social que está profundamente constituido bajo la función de garantía que gira en torno al capital social.

1.3 Los problemas que plantea la exigencia de capital mínimo desde la función de garantía de acreencias de terceros

Como se ha evidenciado, la función de garantía del capital social está determinada por los principios de determinación, invariabilidad e intangibilidad, así como en “las normas sobre aportaciones sociales, reducción de capital, sobre aplicación de resultados del ejercicio y las relativas a la disolución de la sociedad de capital en caso de pérdidas”.⁶⁹ Las disposiciones legales citadas, se construyen sobre la base de proteger de manera directa e indirecta la no disposición y la permanencia del capital social. Ahora bien, en la práctica ¿hasta qué punto dichas disposiciones realmente otorgan una garantía real a los acreedores sociales?

En primer lugar, el nivel de endeudamiento de una sociedad no es proporcional al capital social mínimo que es obligado por Ley a mantener, es así como “(...) es erróneo medir la capacidad de responder por deudas (capacidad crediticia) con base en el capital social, pues éste sólo establece el límite de la responsabilidad de los socios y sirve a la sociedad para iniciar operaciones, pero en realidad las sociedades mercantiles, (...) responden de sus deudas con su patrimonio (...).”⁷⁰ En esta línea, es perfectamente posible que la sociedad mantenga un nivel de endeudamiento alto y al mismo tiempo mantenga nominalmente el monto mínimo de capital requerido, lo que pone de manifiesto que el principio de determinación del capital social, realmente es una formalidad que no refleja la realidad económica y tampoco determina la solvencia de la compañía, de hecho puede inducir a error a quienes buscan contratar con ésta.

⁶⁹ Ecuador, Ley de Compañías.

⁷⁰ Nissen, *Curso de derecho societario*, 285.

Por consiguiente, el capital mínimo y su relevancia giran en torno al tamaño, tipo de sociedad y sobre todo a la participación que ésta desarrolle en el mercado. En la práctica el requerimiento de capital mínimo pierde todo sustento en el ámbito económico y jurídico (por supuesto), debido a que al ser una cifra “impuesta”, no refleja en real y debida forma la solvencia de la sociedad, además la limitación de responsabilidad de los socios permite que las sociedades asuman riesgos de gran envergadura contrarios muchas veces a su realidad financiera, lo que debilita su función garantista.

En segundo lugar, es preciso analizar a los acreedores, la doctrina española identifica dos tipos de categorías. Los primeros son los acreedores que poseen músculo financiero, es decir, aquellos que tienen la capacidad para negociar los términos y condiciones de los créditos comprometidos con las sociedades, tienen a su disposición varios tipos de recursos y figuras legales que podrán ser ejecutadas en caso de incumplimiento, a modo de garantía, lo que aminorará su riesgo.⁷¹ En la segunda categoría se encuentran aquellos que no tienen la capacidad para negociar los términos de sus créditos a pesar de conocer los riesgos en los que posiblemente incurra su deudor, aquí se encuentran por ejemplo los empleados, proveedores y distribuidores de pequeñas y medianas empresas, consumidores y todo aquel que realice negocios extracontractuales con la sociedad.⁷²

Con relación a la primera categoría, son acreedores que poseen el poder y la capacidad de ajustar y modificar los términos de la relación contractual que mantienen con la empresa deudora, se encuentran en esta categoría, por ejemplo, las instituciones financieras quienes en la práctica no toman en consideración los valores de capital mínimo requeridos al momento de analizar la capacidad crediticia de la sociedad, de hecho, este tipo de acreedores “cuentan con los medios necesarios para obtener protección frente al potencial riesgo de insolvencia de la compañía deudora.”⁷³

Por otra parte, dentro de la negociación tanto la sociedad como los acreedores pueden establecer las condiciones que más les beneficien en virtud del porcentaje de riesgo que sea asumido por cada uno de los contratantes, incluso la utilización de cláusulas que reestablezcan el equilibrio de las prestaciones o la solicitud de garantías

⁷¹Lina Henao, “Hacia un nuevo modelo de Capital Social”, *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia* 28 (2015): 253, <https://www.redalyc.org/pdf/4175/417539919009.pdf>.

⁷² *Ibíd.*

⁷³Noboa Velasco, “Obsolencia de los requisitos del capital mínimo en las sociedades mercantiles”, 15.

personales, son una alternativa para las partes. Como consecuencia, el acreedor, “no solo exigirá una mayor compensación por la operación económica, sino que, además, requerirá suficientes garantías, inclusive de naturaleza personal ante el constituyente para protegerse contra la eventual falencia del negocio.”⁷⁴, por lo que la cifra del capital mínimo de las sociedades pasa a segundo plano.

Con relación a la segunda categoría, son acreedores que se encuentra en situación de desventaja con relación a la compañía deudora al no poseer poder de negociación por el tamaño y la naturaleza de sus negocios y por cuanto en la mayoría de los casos, no cuentan con un instrumento legal que avale sus transacciones. Este tipo de acreedores son quienes terminan soportando el riesgo operacional de las compañías de capital cerrado debido a la responsabilidad limitada.⁷⁵ En palabras de Antonio Brunetti, “Considerando la doble función del capital social, de garantía general para los acreedores de la sociedad y de fondo de ejercicio para la conservación de la empresa, es evidente que lo terceros tendrán interés, más que en la existencia de un patrimonio social, en una constante correspondencia entre capital y patrimonio y en la preservación de este último de toda reducción por parte de los socios.”⁷⁶ En este punto es claro que el capital social mínimo de una sociedad no representa una garantía para este tipo de acreedores, ya que éste es totalmente desproporcional a la suma de todas las obligaciones de los acreedores de una sociedad.

En este punto es preciso recalcar que la S.A.S. en el Ecuador rompe con varios de los conceptos tradiciones que vienen arrastrando las sociedades mercantiles “defendidos a ultranza por la doctrina tradicional”⁷⁷, en palabras de Reyes Villamizar: “(...) el excesivo tradicionalismo de nuestra normativa comercial ha terminado por imponer un sistema legal anacrónico e inoperante, cuyas secuelas comienzan a ser notorias en el ámbito de la inversión. Estas vetustas concepciones (...) ahuyentan a los inversionistas y perjudican al sistema económico”⁷⁸. Es así como con la introducción de esta figura, el requerimiento de capital social mínimo queda totalmente en desuso, dando apertura a

⁷⁴ Francisco Reyes Villamizar, “La Sociedad por Acciones Simplificada: Una verdadera innovación en el Derecho Societario latinoamericano”, s/n, 16, <http://scm.oas.org/pdfs/2016/CP36957T.pdf>.

⁷⁵ Noboa Velasco, “Obsolencia de los requisitos del capital mínimo en las sociedades mercantiles”, Art. 18.

⁷⁶ Brunetti, *Tratado del derecho de las Sociedades*, 3ero:126.

⁷⁷ Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 2002, 9.

⁷⁸ *Ibid.*, 10.

nuevas y flexibles formas de materializar en debida forma la voluntad de las partes en la sociedad.

En resumen, el capital mínimo exigido por Ley no es proporcional a las obligaciones que asume la sociedad de acuerdo con su giro de negocio, la solución tampoco se encuentra en aumentar los requerimientos mínimos por cuanto dicho valor es completamente subjetivo y va ligado no solo al tipo de actividad económica que realice la compañía, sino también a otros factores variables a considerar, como los plantea el autor Bainbridge en el caso “*Walkovszky v. Carlon*”, a través del cual se puede corroborar que muchas veces la normativa está encaminada a tomar muestras o estadísticas del comportamiento de las sociedades en términos de casuística de responsabilidad frente a terceros, lo que resulta totalmente errado pues se pretende encasillar los posibles contingentes en una norma o en un requerimiento mínimo irreal que no abarcará jamás todas las posibles situaciones que pueden presentarse entre una sociedad y un tercero, es así que el planteamiento de esta idea no es una opción. En ese sentido, los principios establecidos a lo largo de la normativa encaminados a garantizar las obligaciones de terceros carecen de toda eficacia pues como queda demostrado, no cumplen con su razón de ser, dicho requerimiento se traduce a una mera formalidad.

Las propuestas que se plantean para superar la obsolencia del capital mínimo social en la legislación ecuatoriana serán detalladas en el segundo capítulo del presente trabajo, antes se estudiarán las nuevas reformas introducidas en nuestro ordenamiento jurídico respecto de la abolición de los requerimientos de capital mínimo.

1.4 Reflexiones sobre la exigencia de capital mínimo en la legislación ecuatoriana

No hay que desconocer que ha habido un avance importante en nuestra legislación con la incorporación de la Sociedad por Acciones Simplificada – S.A.S. (en adelante “S.A.S”), figura que fue integrada en el ordenamiento jurídico 18 de febrero de 2020 a través de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación⁷⁹, incluida también en la sección VIII de la Ley de Compañías.

Por fortuna, la S.A.S trajo consigo un sin número de elementos que rompen la visión tradicional⁸⁰ de la sociedad en nuestro ordenamiento jurídico, para empezar el

⁷⁹ Ecuador, Ley de Emprendimiento.

⁸⁰ Según Reyes la S.A.S. trae consigo un sin número de beneficios como: “(...) la posibilidad de creación por un acto unipersonal, la constitución por documento privado, el carácter constitutivo de la

artículo 3, de la norma antes citada, la define como “tipo de sociedad mercantil conformada por una o más personas, mediante un trámite simplificado para fomentar la formalización y desarrollo de empresas.” Este tipo de compañía podrá constituirse con uno o varios socios, personas naturales o jurídicas, mediante contrato o acto unilateral a través de documento privado. La S.A.S. está sujeta al control previo de legalidad de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. El acto constitutivo de la S.A.S. y los respectivos nombramientos requieren únicamente de la inscripción en el registro de sociedades de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para su existencia.⁸¹

Uno de los puntos más relevantes que trae consigo esta figura es que para la constitución de una S.A.S. no se requiere de un capital mínimo, lo que constituye un avance fundamental para el derecho societario en el Ecuador, pues como ya se ha analizado el capital social mínimo no cumple eficazmente su función de representar una garantía frente a terceros, por las consideraciones analizadas en los acápites anteriores.

Ahora bien, con la eliminación del requerimiento de capital mínimo en la S.A.S., ¿cuáles serían las garantías para los acreedores sociales en caso de incumplimiento de obligaciones o insolvencia por parte de una sociedad deudora?

Para contestar esta pregunta es preciso empezar por la responsabilidad de los accionistas, el régimen de la S.A.S. establece que los accionistas son responsables de forma limitada hasta por el monto de sus aportes, es decir, que su responsabilidad frente a los acreedores será hasta el monto de su participación o del capital que posee en la compañía, en caso de que el patrimonio no fuese suficiente. Esta responsabilidad limitada también se hace extensiva a obligaciones laborales y tributarias.⁸²

En la misma línea, el autor Francisco Reyes Villamizar en su obra *La Sociedad por acciones simplificada: Una verdadera innovación en el Derecho Societario latinoamericano*, indica que la limitación del riesgo de los accionistas al monto del capital aportado es como uno de los beneficios más importantes de la S.A.S., característica “propia de las sociedades de capital”, por lo que:

inscripción en el registro mercantil, la limitación de responsabilidad por obligaciones sociales (...), la posibilidad de la desestimación de la personalidad jurídica en hipótesis de fraude o utilización abusiva, la posibilidad de objeto indeterminado, término de duración indefinido, clasificación de acciones, voto múltiple, abolición del requisito de pluralidad para quorum y mayorías decisorias, la posibilidad de renunciar a ser convocado a reuniones de Asamblea, la libertad de proporción entre capital autorizado y suscrito, el plazo de dos años para el pago del capital sin sujeción a proporción definida de cuota inicial, la efectividad de acuerdo de accionistas (...) la supresión de prohibiciones a los administradores sociales y de los límites para la distribución de utilidades (...).”

⁸¹ Ecuador, Ley de Compañías, Art. innumerado sección de la Sociedad por Acciones Simplificada.

⁸² Ibid., Art. innumerado sección Sociedades por Acciones Simplificadas.

Esa consecuencia económica surge (...) de la personificación jurídica que la ley le atribuye a las S.A.S., después de su constitución regular. El beneficio de la separación patrimonial (...) les permite a los accionistas la transferencia de activos, el manejo separado de estos mismos y la posibilidad de enajenar las participaciones de capital (acciones).

De esta manera la S.A.S manifiesta un refuerzo en este sentido con relación a las otras sociedades mercantiles “convencionales”, pues como ya se mencionó en el párrafo precedente, la responsabilidad de los accionistas en esta figura no alcanza ni siquiera los ámbitos laborales y tributarios y de cualquier otra naturaleza en la que esté inmersa la sociedad.

Por otra parte, la responsabilidad limitada de los accionistas en la S.A.S. podrá disolverse únicamente a través de la declaración judicial de la desestimación de la personalidad jurídica. El develamiento societario o inoponibilidad de la persona jurídica es una acción que pretende traspasar los límites de la responsabilidad patrimonial de la sociedad hasta llegar al patrimonio propio de los accionistas por conductas que en principio serían imputadas únicamente a la compañía, en los casos en los que ésta sea utilizada de forma ilegítima para el cometimiento de fraudes, abusos o haya lesionado derechos de terceros.

Con la publicación de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil⁸³, se incluye en la Ley de Compañías el artículo 17 que señala que “Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables: 1. Quienes las ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas puede afectar; 2. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y, 3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución.” En concordancia con la Disposición General Tercera de la Ley de Compañías indica que esta figura podrá ser aplicable en caso de “uso ilegítimo de la persona jurídica a través de la simulación o fraude a la ley o algún otro medio siempre que se ocasionaren perjuicios a terceros con el objeto de infringir la ley, el orden público o la buena fe y encubrir la obtención de objetivos ajenos a la sociedad.”⁸⁴

⁸³ Ecuador, Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, Registro Oficial 249, Suplemento, 20 de mayo de 2014, Art. 17.

⁸⁴ La Disposición Tercera de la Ley de Compañías establece que los perjuicios causados serán imputados directa y personalmente a las personas que: “i. Sacaren provecho de la simulación, fraude a la ley, o por otros medios; ii. Oculten sus intereses o participación en la compañía o de su patrimonio, o en

El procedimiento para el develamiento del velo societario debe ser declarado por el Juez competente a través de la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la compañía o como una pretensión en el proceso judicial de colusión. El Código Orgánico General de Procesos incorporó a través de los artículos 17A⁸⁵ y 17 B⁸⁶ a la Ley de Compañías el procedimiento para la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica o develamiento societario.⁸⁷

Para que se configure el delito de fraude o cualquier tipo de abuso que se cometa a nombre de la compañía y otras personas naturales o jurídicas, éste debe ser declarado como tal, tomando en consideración los principios de “inocencia y de tutela judicial efectiva de los derechos”, por un Juez competente, con ello, queda de manifiesto que primero debe agotarse la vía penal⁸⁸ a efectos de comprobar judicialmente dicho cometimiento y así la existencia de una defraudación u otro tipo de delito por parte de los accionistas de una sociedad. Por tanto, este sería el camino que debe recorrer el acreedor afectado, alternativa aplicable únicamente si es que se demuestra que la sociedad ha cometido un fraude o delito.

los actos o contratos que ocasionaron los perjuicios; iii. Los que hubieren ordenado o ejecutado los fraudes, simulaciones, abusos o vías de hecho en perjuicio de terceros; iv. Los tenedores de los bienes, para efectos de restitución, salvo que actúen de buena fe.”

⁸⁵ Art. 17A Ley de Compañías: “(...) El develamiento societario o inoponibilidad de la personalidad jurídica contra una o más compañías y contra los presuntos responsables, se tramitará en procedimiento ordinario. Si la demanda se propusiere contra varias compañías y varias personas naturales, el actor deberá presentar la demanda en el domicilio principal de la compañía o persona jurídica sobre la cual se pretenda oponerse a su personalidad jurídica. En la demanda se podrán solicitar, como providencias preventivas, las prohibiciones de enajenar o gravar los bienes y derechos que estuvieren relacionados con la pretensión procesal y, de manera particular, de las acciones o participaciones o partes sociales de la o las compañías respectivas, así como la suspensión de cualquier proceso de liquidación o de cualquier orden de cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil de cualquiera de las compañías demandadas; las que, en su caso, serán ordenadas antes de cualquier citación con la demanda. La o el juzgador, a solicitud de parte, podrá disponer que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros ordene las inspecciones que fueren del caso para determinar que las prohibiciones de enajenar o gravar acciones fueron debidamente anotadas o registradas en el o los libros de acciones y accionistas.”

⁸⁶ Art. 17B Ley de Compañías: “(...) La acción de develamiento societario o inoponibilidad de la personalidad jurídica prescribirá en seis años, contados a partir del hecho correspondiente, si hubiere sido uno solo, o del último de ellos, si hubieren sido varios, sin perjuicio del derecho a presentar impugnaciones o acciones de nulidad de la constitución o de los actos o contratos de las compañías demandadas, según lo previsto en la ley.”

⁸⁷ Una vez aceptada la desestimación judicial de la persona jurídica por parte del Juez, los accionistas serán declarados solidaria e ilimitadamente responsables por los actos y perjuicios causados por el uso abusivo de la Sociedad por Acciones Simplificada. En la sentencia se dispondrá que las cosas vuelvan al estado anterior al de la simulación, fraude a la ley o vía de hecho, que los responsables de los perjuicios responden por estos de forma personal y solidaria a través de la correspondiente indemnización.”

⁸⁸ En el Código Integral Penal encontramos varios tipos penales, entre ellos, la insolvencia fraudulenta, quiebra fraudulenta, ocultamiento y otros actos fraudulentos, defraudación tributaria y en general la responsabilidad de la persona jurídica, encaminados a sancionar a aquellas sociedades creadas de forma ilegítima para cometer abusos y lesionar derechos de terceros.

Si bien la figura del levantamiento del velo societario es una de las opciones existentes en nuestra normativa que “aparentemente” tienen los acreedores para hacer frente al incumplimiento de las obligaciones de las sociedades y acarrea una responsabilidad personal de los socios, a la luz de la obra “*Abolishing Veil Peircing*” del autor Bainbridge, este concepto es cuestionado debido a su ineficacia e inaplicabilidad en la práctica, primero, por que las sociedades empiezan a generar mecanismos a través de los cuales eliminan todo tipo de vestigio que pudiese configurar alguna de las causales del levantamiento del velo societario, segundo, y de la mano con lo manifestado, la aplicación de esta figura obedece por supuesto a un tema probatorio lo cual es muy complejo, en nuestra normativa como se señaló en principio debe existir una sentencia ejecutoriada que declara la comisión de un delito, y tercero, genera costos sociales, debido a que no existe una correcta aplicación y un debido análisis de esta figura que en la mayoría de veces es aplicada de manera errada.⁸⁹

En esa línea, dentro del sistema judicial el abordaje de los temas societarios no ha tenido un gran desarrollo debido a la especialidad implican, son los jueces civiles los que deben resolver este tipo de causas sin ningún tipo de experticia. Es así que, se espera que los operadores de justicia analicen *ex ante* las causas que produjeron una infracapitalización, la quiebra o insolvencia antes de determinar cualquier tipo de responsabilidad, ya sea esta por parte de la compañía o de manera personal por parte del socio, lo cual en la práctica muchas veces no se cumple.

En resumen, por una parte, la responsabilidad limitada de los accionistas en la S.A.S. tiene un alcance mayor que para el resto de las sociedades mercantiles existentes en nuestro ordenamiento jurídico, pues blinda a estos últimos de todo tipo de responsabilidad frente a obligaciones de cualquier naturaleza incluyendo las laborales y tributarias generadas por la compañía. Si bien este hecho puede ser bastante atractivo y conveniente para los inversionistas, sigue generando incertidumbre e inseguridad para los acreedores, lo cual nos invita a seguir buscando alternativas eficientes capaces de resguardar los intereses de todas las partes.⁹⁰

⁸⁹ Bainbridge, Stephen M., “Abolishing Veil Piercing”.

⁹⁰ Cabe señalar que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existen algunas figuras que pueden ser utilizadas por el acreedor o terceros interesados para ejercer sus derechos en caso de verse afectados por las actuaciones de la sociedad. Las acciones civiles y penales sin duda son una alternativa viable para todos aquellos que sientan que sus derechos han sido menoscabados.

Por otra parte, es rescatable la disposición constante en el Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas que permite la renuncia de la responsabilidad limitada en este tipo de sociedades por parte de los accionistas para de esta manera respaldar sus operaciones con su propio patrimonio de manera ilimitada. Ahora bien, se cuestiona en la práctica qué tan dispuestos estarían los accionistas de este tipo de sociedades a renunciar a la responsabilidad limitada de la que gozan de manera reforzada con esta figura. Si es que ese fuese el caso, el solo acto se constituiría como una garantía de confiabilidad para cualquier acreedor o tercero.

Ahora bien, con la introducción de la S.A.S. se ha dado un paso importante por debido a la abolición del capital mínimo para su constitución, sin embargo, aún quedan algunos vacíos respecto de la garantía que debería la norma dotar a los acreedores, sobre todo aquellos sin poder de negociación. Para ello, en el segundo capítulo se analizarán modelos societarios de distintos países que servirán de base para las propuestas que giran en torno a garantizar a los terceros en sus relaciones con las sociedades de capital.

Capítulo segundo

Una visión del capital mínimo como garantía frente a terceros en otras legislaciones y alternativas que podría adoptar el régimen societario ecuatoriano

Como se expuso en el primer capítulo, el capital social gira en torno a tres funciones principales: i. Organización; ii. Productividad y iii. Garantía frente a terceros. A lo largo del análisis realizado en el primer capítulo, se pudo constatar que el requerimiento mínimo de capital social poco o nada incide en la productividad de la sociedad pues realmente no interviene en financiamiento de la actividad económica de la compañía, además tampoco representa una garantía frente a terceros, por cuanto son los acreedores (extracontractuales) quienes asumen el riesgo de las actividades realizadas por las compañías.

En este capítulo se analizarán los ordenamientos jurídicos de México, España y Estados Unidos, lo que permitirá apreciar el papel que juega el capital social y los fundamentos que giran alrededor de dicha figura. Se podrán observar los ordenamientos en los que se sigue afianzado la existencia de un capital mínimo y en otros en los que este requerimiento está totalmente en desuso.

2. Una visión comparada del capital mínimo como garantía frente a terceros en las legislaciones de México, España y Estados Unidos

Para el desarrollo de este tema se han escogido países cuyos modelos, respecto al manejo del capital social resultan interesantes por cuanto conllevan estructuras e ideas evolucionadas que serán de gran aporte para el presente estudio.

Revisaremos, en primer lugar, las sociedades de capital variable en México cuya modalidad permite el ingreso de fondos inmediatos a la sociedad y brinda la posibilidad de utilizar las acciones sociales como un medio de financiamiento efectivo. En segundo lugar, se revisará la legislación española juntamente con la normativa europea a la que está sujeta la institución del capital mínimo y los diversos cambios que se han adoptado en la Ley de Sociedades de Capital española, para mantener la continuidad de dicha figura. En tercer y último lugar, se estudiará el “*test de insolvencia*” y la “*Revised Model Business Corporation Act*” en Estados Unidos de América, un modelo innovador y muy utilizado a efectos de corroborar la situación financiera real de las sociedades.

2.1 El modelo de capital variable en México

Este modelo trae consigo varias ventajas entre ellas, la posibilidad de constituir una sociedad mercantil con capital cien por ciento extranjero, lo cual de por sí es una excelente opción para atraer a inversionistas extranjeros. La Ley General de Sociedades Mercantiles de México (en adelante “LMS”) contiene inserto la figura de las sociedades de capital variable⁹¹, que ha dado paso a una gran transformación estructural pues deja de lado la noción tradicional del capital como cifra nominal e inmutable. A través del Art. 213 de esta Ley, “se puede observar que en las sociedades de capital variable el capital social será susceptible de aumento por aportaciones de los socios o por la admisión de nuevos socios, y su disminución por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas” en la misma Ley.⁹²

Desde el año 2012 la Ley mexicana eliminó los límites mínimos de capital social para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (de capital variable), lo cual sin duda es una barrera de entrada menos a la inversión, tanto nacional como internacional. La flexibilidad de los estatutos sociales es sin duda otro de los beneficios de este modelo ya que los socios o accionistas pueden definir acuerdos de conformidad a

⁹¹Ley General de Sociedades Mercantiles de México en su Art. 216 ha determinado que “el contrato constitutivo de toda sociedad de capital variable, deberá contener, además de las estipulaciones que correspondan a la naturaleza de la sociedad, las condiciones que se fijen para el aumento y la disminución del capital social (...) en las sociedades por acciones el contrato social o la Asamblea General Extraordinaria fijará los aumentos de capital y la forma y los términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones. Las acciones emitidas y no suscritas o los certificados provisionales, en su caso se conservarán en poder de la sociedad para entregarse a medida que vaya realizándose la suscripción.”

⁹² México, Ley General de Sociedades Mercantiles de México, Diario Oficial de la Federación, 4 de agosto de 1934, 213.

sus necesidades, lo que se traduce en mayor control en la seguridad y gestión⁹³ de la sociedad.

Lo innovador de este modelo es la facilidad con la que se puede modificar el capital⁹⁴ en su parte variable, tanto en aumento o en disminución, sin ningún tipo de formalidad, siempre y cuando la manera de realizarlo esté establecida en los estatutos, de esta manera se pueden optar por mecanismos simples y flexibles para el efecto, lo cual a su vez permite que las inversiones de la sociedad puedan realizarse de manera ágil totalmente encaminadas a las necesidades de la sociedad en ese momento.

Existe, por su parte, el “*derecho de retiro*” exclusivo de los accionistas, que no es una facultad que tiene la sociedad anónima sobre el accionista pues debe aplicarse de acuerdo con lo determinado en la Ley. Por tanto, una vez declarado el retiro por parte del accionista tendrá derecho a que la compañía le cancele su cuota del haber social, así calculada:

La cuota del accionista retirado será determinada de conformidad al patrimonio de la sociedad existente al día para el cual la declaración de retiro surte efectos (...) el patrimonio se definirá con base a los valores reales del activo y del pasivo y no por aquellos que se apliquen para la formación del balance anual con motivo de precaución que pueda conducir a la integración de reservas ocultas o indirectas por medio de subestimación del activo o sobrevaloración del pasivo.⁹⁵

Lamentablemente en este modelo se deja de lado la responsabilidad de los accionistas frente a los acreedores, la sociedad anónima de capital variable, al igual que cualquier sociedad de capital, limita la responsabilidad en función de las aportaciones realizadas por cada socio, sin embargo, en caso de que el derecho de retiro sea ejercido por un accionista mayoritario podría llegar a afectar de manera significativa el patrimonio de la compañía a corto plazo. El alcance de las atribuciones de la asamblea de accionistas con relación al manejo del aumento de capital variable (y otras modificaciones) y el

⁹³ En este tipo de sociedades, se permite la emisión de un número significativo de acciones, las que pueden suscribirse de manera paulatina, por ejemplo, en el caso de las sociedades anónimas constituidas con capital variable se podría realizar una proyección de sus necesidades financieras de conformidad a las metas trazadas y de esta manera ir solicitando las efectivas integraciones de capital en la medida del cumplimiento o alcance de objetivos tendientes al crecimiento de la sociedad.

⁹⁴ La institución de las sociedades de capital variable opera “con un capital social, mínimo y otro máximo.” El primero, no puede ser menor al establecido legalmente para las sociedades anónimas, en tal sentido, “los aumentos y disminuciones del capital fijo están sujetas a las formalidades que exige la ley para su modificación”. El segundo, “es el límite superior del capital, cuyo monto tampoco puede cambiar sin que previamente cumpla con los requisitos estatutarios y legales.”

⁹⁵ Water Philipp Frish, “El Capital Variable de la Sociedad Anónima”, *Biblioteca Jurídica del instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* 113 (1999): 82.

derecho de retiro por parte de cada accionista y/o inversor en caso de que este sea principal se consideran como uno de los puntos críticos para este tipo de sociedades pues pone de relieve el perjuicio de la seguridad económica en el tráfico jurídico, pues deja totalmente desprotegido a todo tipo de acreedor que realiza negocios jurídicos con este tipo de sociedades.

Otra la crítica al capital variable, gira en torno al proceso simplificado de las sociedades mexicanas para el aumento de capital, mediante la cual “(...) el legislador optó por flexibilizar los requisitos de suscripción e integración de capital, permitiendo que la sociedad mantenga un margen de capital contractual a suscribir(...)”,⁹⁶ lo cual, “causa serios problemas de información para los accionistas ya que el capital no surge de la publicidad de los estatutos, sino que se transforma en una información interna y secreta que se encuentra en los libros sociales y en los estados contables de la empresa.”⁹⁷

2.2 El capital social mínimo en España

Para referirnos a la normativa española en relación con los fundamentos que han dado origen a la figura del capital mínimo es primordial recurrir a las directrices establecidas en el ordenamiento jurídico europeo en concordancia a la normativa interna española desarrollada para el efecto.

El régimen de capital social contenido en los ordenamientos de la Unión Europea se encuadra en la Directiva 77/91/CEE⁹⁸ y sus posteriores modificaciones (en adelante “*La Segunda Directiva*”) que tienen como objeto “hacer equivalentes las garantías exigidas a las sociedades y a los Estados Miembros para proteger los intereses de los socios y de terceros en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima y el mantenimiento y modificaciones de su capital.”⁹⁹

En el ordenamiento jurídico español el capital mínimo de las sociedades anónimas en el año 1989 se fijó en “la suma de diez mil millones de pesetas”.¹⁰⁰ Con la introducción del euro, la cifra de acuerdo con los criterios de conversión resultaba ser de sesenta mil

⁹⁶ Héctor Alegría, Horacio Roitman, y Julio César Rivera, *Sociedades* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007), 177.

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ España, Ley 3/2019 Sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, BOE-A-2009-5614, 4 de abril de 2019.

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ Henao, “Hacia un nuevo modelo de Capital Social”, 345.

ciento un euros. Mediante la Ley de Sociedades de capital, en la actualidad, se establece que “el capital de la sociedad anónima no podrá ser inferior a setenta mil euros y el de la sociedad de responsabilidad limitada no podrá ser inferior a tres mil euros.”¹⁰¹

En la Ley de Sociedades de Capital española se adoptó la prohibición de un capital inferior al mínimo legal. En este sentido, el Art. 5 de este cuerpo legal señala que: “no se autorizarán escrituras de constitución de sociedades de capital que tengan una cifra capital social inferior al legalmente establecido, ni escrituras de modificación de capital que lo dejen reducido por debajo de dicha cifra, salvo que sea consecuencia del cumplimiento de una Ley.”

Con la incidencia de la Segunda Directiva es posible visualizar en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital en España (en adelante “TRLSC”)¹⁰², algunos aspectos de manera general que determinan los fundamentos del capital social, por ejemplo: i. El Art. 23 de esta Ley señala que “los estatutos deben especificar el capital social y las acciones en las que está dividida, su valor nominal y su numeración”¹⁰³. En concordancia, el Art. 79 del TRLSC, establece que “las acciones que conformen el capital social deberán estar íntegramente suscritas por los socios y al menos desembolsadas en una cuarta parte al momento de otorgar la escritura de constitución o aumento de capital”¹⁰⁴. El Art. 83 de la misma norma dicta que “la mora en el pago del aporte por parte de los accionistas, vencido el plazo previsto en los estatutos, no les permitirá ejercer su derecho al voto, recibir dividendos ni suscribir de manera preferente acciones u obligaciones convertibles”.¹⁰⁵

La autora Lina Henao, nos invita a reflexionar acerca de cuán efectivas son las limitaciones establecidas para el capital social en la normativa europea, reflejada en las leyes españolas en relación con la función de garantía del capital, pues asevera que “(...) el planteamiento de un capital mínimo y estático contrasta con la naturaleza misma de la gestión social, los altos costes, y la eficacia y competitividad empresarial que demandan ser regulados desde otra perspectiva con el fin de promover un estatuto sencillo, flexible y permisivo.”¹⁰⁶

¹⁰¹ España, Real Decreto Legislativo 1/2010, Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ España, Real Decreto Legislativo 1/2010, Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, Art. 23.

¹⁰⁴ *Ibid.*, Art. 79.

¹⁰⁵ *Ibid.*, Art. 83.

¹⁰⁶ Henao, “Hacia un nuevo modelo de Capital Social”, 252.

En esta misma línea indica que si bien la normativa sobre el capital mínimo tiene como finalidad impedir la *infracapitalización* de la sociedad y al mismo tiempo determinar la responsabilidad de cada socio, la consagración de una cifra fija y determinada tiene sentido en aquellas sociedades que mantienen una dimensión pequeña, pues este requerimiento sería concebido como el umbral mínimo para la creación y funcionamiento de una compañía con proyecciones de crecimiento progresivas. No obstante, cuando se trate de sociedades anónimas cerradas de grandes dimensiones a simple vista la norma pierde sentido ya que el valor de la compañía será pronto mayor al capital mínimo fijado¹⁰⁷.

Por una parte, en la legislación española la existencia de normas que limitan la distribución de beneficios entre sus socios busca mitigar el riesgo de un comportamiento oportunista por parte de éstos, de esta manera se evitaría, en teoría, que los activos netos de la compañía se reduzcan, lo que aseguraría el pago de los débitos correspondientes a los acreedores a su favor. No obstante, por otra parte, este modelo también presenta algunas falencias como: i. “La imposibilidad de determinar el patrimonio neto contable: el cálculo de este rubro “depende del valor de los recursos o fondos propios de la sociedad, y ahí está la primera dificultad (...) no hay una definición de lo que deba entenderse e incluirse bajo este rótulo”¹⁰⁸; ii. El principio de la relatividad de resultados: Bajo este concepto el beneficio de cada ejercicio puede ser relativo”, ya que pueden utilizarse criterios subjetivos para la valoración cuantitativa de resultados; y, iii. El *test de balance* “conduce a una visión asimétrica de los riesgos y oportunidades, las ganancias se reconocen en libros cuando son efectivamente hechas”, en cambio las pérdidas son incorporadas aun si éstas son solo probables.¹⁰⁹

Con relación al numeral tercero del párrafo precedente, la Ley española establece otra clase de garantía para precautelar a los acreedores, una de ellas es un mecanismo de verificación externa mediante el cual se realiza una auditoría al balance anual de la sociedad, el cual posteriormente debe ser aprobado por la junta. Por tanto, no cabría la reducción si la compañía presenta cualquier tipo de “reservas voluntarias o cuando la reserva legal una vez efectuada la reducción exceda del diez por ciento el valor del capital.” De la misma manera, si se determina “un excedente del activo sobre el pasivo,

¹⁰⁷ Ibid., 250.

¹⁰⁸ Ibid., 253.

¹⁰⁹ Ibid., 254.

éste deberá ser con cargo a la reserva legal sin que supere la décima parte de la cifra del nuevo capital.”¹¹⁰

2.3 Prescendencia del concepto de capital en el modelo norteamericano

En los Estados Unidos existe un modelo alternativo encaminado a proteger los intereses de terceros de forma directa denominado *test de insolvencia*, el cual tiene como finalidad conocer la situación financiera de la empresa y es concebido como un mecanismo seguro frente a los acreedores, distinto al del capital social.

“*The equity insolvency test*” tiene como finalidad determinar que la distribución de los dividendos entre sus socios proceda únicamente “si la sociedad está en la capacidad de hacer frente al pago de las obligaciones que tiene en su haber, además una vez realizada dicha distribución los activos de la compañía no pueden ser menores a la suma total de los créditos que mantiene la sociedad.”¹¹¹ Por lo tanto, la sociedad no podrá distribuir utilidades si primero es incapaz de asumir sus obligaciones en el giro ordinario de su negocio.

Por su parte, existe otro tipo de *test* de “*balance del ejercicio*” el que regula que la distribución de beneficios o utilidades no sea ilícita pues ésta no puede llevarse a cabo sin que primero el balance del patrimonio neto cubra la totalidad de las obligaciones adquiridas por la sociedad. Este tipo de prueba asegura que las obligaciones a largo plazo estarán cubiertas adecuadamente, de esta manera todos los pasivos existentes a la fecha de distribución estarán cubiertos por los activos existentes indistintamente de la fecha que tengan que ser realizados.¹¹²

Lo que se recomienda es usar los dos tipos de pruebas, ya que con el *test de solvencia* se podría verificar que el flujo de caja de la sociedad posea una proyección tal que permitirá a los administradores cumplir con las deudas asumidas en el ejercicio de la actividad en concordancia con un plan comercial de gestión determinado. El *test de balance*, por su parte, corroborará que las deudas a largo plazo estén cubiertas con los activos existentes.¹¹³

¹¹⁰ Heliodoro Sánchez Rus, “El capital social: presente y futuro” (Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2011), 271, <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/51581/thsr.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

¹¹¹ Henaó, “Hacia un nuevo modelo de Capital Social”, 256.

¹¹² *Ibid.*, 257.

¹¹³ *Ibid.*

Los llamados a realizar esta labor son los administradores o directores de la sociedad, aquellos conocen de las operaciones y proyecciones de la compañía y son quienes están legitimados para corroborar si los fondos disponibles de la sociedad son suficientes o no para garantizar el pago de las deudas asumidas frente a los acreedores.¹¹⁴ El éxito de este modelo dependerá de la transparencia e independencia que tengan los agentes de los socios o accionistas que manejan sus fondos, por lo que tendrán responsabilidad aquellos que revelan escenarios demasiado optimistas o irreales con relación a la situación de la compañía.

Se debe tomar en cuenta que estos modelos dependen de la aplicación de las normas contables, las que permiten un margen de maniobra para considerar y clasificar los activos y pasivos al momento de realizar la verificación de resultados del ejercicio contable. Cualquier tipo de infracción dependerá de la correcta aplicación de las reglas contables, dicha normativa podría tener términos jurídicos indeterminados, lo que no implica que puedan ser aplicadas de manera arbitraria.¹¹⁵

Como se ha visto a lo largo de este estudio, en el modelo estadounidense “no se establece un valor nominal mínimo para las acciones comunes, si las acciones son emitidas por la sociedad y son readquiridas por ésta será tratadas como acciones que se encuentran en poder de los accionistas.”¹¹⁶ La *Model Business Corporation Act* de 1950 (en adelante “MBCA”), además de las particularidades antes descritas incluye reglas relacionadas al capital legal “que debe ser establecido y mantenido en el balance contable de la sociedad, específicamente se refiere al “stated capital -cifra pagada por acción, que equivale a su valor nominal-. Al capital starplus -cualquier cifra adicional pagada-, y el earned surplus -entendido como el superávit que emerge de cualquier operación rentable.”¹¹⁷

Por su parte la *Revised Model Business Corporation Act* de 1984, que es una versión simplificada de la MBCA, establece que la compañía debe contar, “después de realizar la distribución de dividendos, con un capital por lo menos igual al valor de los débitos a su cargo.”¹¹⁸ Esta prueba de balance simplificada es utilizada en el sistema

¹¹⁴ La Ley de Sociedades de California, por ejemplo, ha creado una normativa en la que se limita la distribución de dividendos “siempre que se mantenga una relación activo-obligación de 5 a 4, es decir, cuando los activos corrientes cubran los débitos corrientes, mientras esas ganancias antes de impuestos e intereses correspondan a los intereses y gastos de los años fiscales anteriores.”

¹¹⁵ Henao, “Hacia un nuevo modelo de Capital Social”, 257.

¹¹⁶ *Ibid.*, 258.

¹¹⁷ *Ibid.*, 263.

¹¹⁸ *Ibid.*

norteamericano y refleja la solvencia y la estabilidad financiera de una sociedad, lo cual se constituye como una muestra clara de la capacidad que ésta tiene o tendría para asumir determinado negocio jurídico. Lo interesante de este modelo es que quienes deben realizar este tipo de balances, los administradores y/o accionistas, tienen plena responsabilidad frente a la información que develan a terceros, lo cual es una doble garantía que se establece en este modelo para que terceros conozcan la realidad financiera de la sociedad.

Lo interesante es que en este modelo existe una unificación de los *tests* detallados con anterioridad en el presente trabajo, y se establece su realización de manera obligatoria para la distribución de dividendos, lo que permite que los pasivos que se mantengan con todo tipo de acreedores estén cubiertos y saneados o por sanear antes de realizar la distribución de utilidades en una sociedad. Por su parte, “no existen reglas especiales para la readquisición o canje de acciones redimibles.”¹¹⁹

2.4 Alternativas que podría optar el régimen societario ecuatoriano para brindar garantías a terceros

A lo largo de nuestro estudio se ha discutido respecto a la falta de garantía del capital social para respaldar las obligaciones contraídas con los acreedores y se ha podido constatar que, en ese sentido, a lo largo de nuestra legislación existe todo un régimen jurídico caduco que no hace frente al problema real que es provocado por aquellas sociedades que al no contar con los fondos suficientes para hacer frente a sus obligaciones trasladan el riesgo a terceros.

La regla general o el “deber ser” supone que quien no tiene los recursos suficientes para llevar a cabo una actividad económica no debería ser parte de ésta pues sus “costes (y la responsabilidad esperada es uno de ellos) superan sus beneficios”.¹²⁰ Sin embargo en la práctica hay sociedades que deciden embarcarse en un negocio a pesar de no disponer de la capacidad financiera suficiente para responder a sus acreedores.

Una compañía que nace infracapitalizada (debido a que no cuenta con los recursos para desarrollar su objeto social y su nivel endeudamiento supera los montos de su propio

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ Carlos Gómez Ligerre, *Solidaridad Impropia y Seguro de Responsabilidad Civil* (Madrid: Fundación Mapfre, 2010), 41, <https://app.mapfre.com/ccm/content/documentos/fundacion/cs-seguro/libros/solidaridad-impropia-y-seguro-de-responsabilidad-civil.pdf>.

capital) constituye un total peligro en el mercado de bienes y servicios, incluso antes de causar algún tipo de perjuicio, ya que de entrada aquella sociedad no cuenta con la capacidad económica para hacer frente a sus obligaciones.

Frente a este tipo de sociedades el “régimen de responsabilidad resulta indiferente”¹²¹ pues la compañía puede seguir operando y celebrar nuevos negocios jurídicos sin cumplir con las obligaciones adquiridas previamente, trasladando el riesgo de sus operaciones a los acreedores sin poder de negociación o “*tort creditors*” quienes cuentan con pocas alternativas legales que no alcanzan una eficiente protección de sus derechos, como se ha demostrado a lo largo del estudio de la normativa ecuatoriana. Es por esta razón que en el presente acápite se desarrollan algunas opciones que pueden ser de utilidad para palear este problema sin resolver en nuestra legislación.

Por su parte, de los modelos analizados, en las legislaciones de México y España todavía existen vacíos respecto a la supuesta función que cumple el capital mínimo como garantía frente a terceros. Por una parte, México a pesar de contar con la innovadora figura del capital variable que, como vimos, abre un abanico de posibilidades a los inversionistas para “mover” el capital social de acuerdo con la necesidades y naturaleza del negocio, deja totalmente de lado la imposición de medidas a través de las cuales los acreedores (extracontractuales) puedan precautelar sus intereses de conformidad al riesgo que asumen con la sociedad. Es más, como se pudo observar el retiro del capital variable al que tiene derecho el accionista, es una de las prácticas que mayor inseguridad e incertidumbre acarrea para los acreedores, pues el capital una vez invertido en la sociedad puede ser fácilmente removido.

Por otra parte, en el caso de España se pudo observar que el requerimiento de capital social mínimo, aún vigente, presenta los mismos cuestionamientos respecto a la efectividad que debería existir al constituirse como fuente de garantía y productividad. Mismos cuestionamientos se realizan a la figura del capital mínimo en el Ecuador, al estar nuestra legislación fundamentada en la tradición societaria europea continental. Bajo esta premisa, de conformidad con el marco normativo español y ecuatoriano (analizado en su momento) se ha podido constatar que los valores de capital social requeridos no resultan suficientes y adecuados para proteger los intereses de los acreedores puesto que los riesgos asumidos por estos últimos son muy altos con relación al monto mínimo establecido. Por esta razón, una alternativa sería que los propios integrantes de la sociedad

¹²¹ Ibid., 61.

fijen de manera proporcional y consecuente el capital de la sociedad de conformidad a las necesidades operacionales del negocio. Para ello, por supuesto, debería existir en nuestra legislación un marco legal que garantice por un lado la solvencia de la sociedad y por otro, que contemple la protección a terceros de manera efectiva.

Con relación a la debida solvencia que las compañías deben mantener para asegurar las prestaciones celebradas con terceros, es preciso recalcar que, al momento de la creación de una sociedad, “*los bienes que la constituyen como parte de su activo social, hasta el mismo patrimonio, no corresponderán después de ese instante al capital suscrito.*”¹²² En ese mismo sentido, debido a la actividad de explotación económica que los asociados se proponen acometer por medio de la sociedad, “*los activos puedan consumirse, aumentarse o reemplazarse en la medida en la que la sociedad desarrolla su objeto social.*”¹²³ Es claro, entonces que es esencial que exista “asimetría ente los aportes realizados en las constitución de la compañía al fondo social para configurar su capital suscrito y los activos sociales que existen en determinado momento en la vida de la sociedad.”¹²⁴

En esa misma línea, en el modelo de los Estados Unidos, en cuya legislación no existe el requerimiento de capital mínimo, se ha podido palpar una excelente alternativa para garantizar la solvencia patrimonial de las sociedades, a través de un examen (*o test de insolvencia*) los administradores deberán probar que la compañía cuenta con la capacidad suficiente para cumplir con sus obligaciones. De esta manera se propone que dentro de la legislación societaria ecuatoriana se implemente una norma que exija a las compañías mantener suficiencia patrimonial que respalde sus actividades y operaciones presentes y futuras, y por supuesto que dentro de su patrimonio exista un fondo que les permita cubrir eventuales pérdidas.

Otra alternativa viable y eficaz que protege los derechos de terceros sería la de imponer a la sociedad la obligación de contar con un seguro de responsabilidad civil que brindaría una protección más adecuada a los acreedores extracontractuales.¹²⁵ Este seguro, que cubriría eventuales daños a terceros, debería ser de carácter obligatorio para las compañías sobre todo aquellas que realizan actividades de alto riesgo, de esta manera

¹²² Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 2006, 230.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 2006.

¹²⁵ Noboa Velasco, “Obsolencia de los requisitos del capital mínimo en las sociedades mercantiles”, 20.

en caso de que la compañía no pueda hacer frente a las obligaciones adquiridas, los acreedores afectados tendría la posibilidad de cobrar sus acreencias a través de este mecanismo.

Conclusiones

Una vez analizadas las funciones del capital social constantes en la legislación societaria se ha podido constatar que los requerimientos de capital mínimo de las sociedades mercantiles, diferentes a la S.A.S., no representan una garantía real para acreedores sociales y el ínfimo valor exigido no financia, en la práctica, las actividades y operaciones de las compañías.

La única función relevante del capital social es la organizacional por cuanto representa una cifra consagrada en los estatutos de la sociedad al momento de su constitución y tiene relación con los aportes voluntarios hechos al fondo social, en esa medida determina: El grado de responsabilidad de cada socio o accionista de conformidad al monto de sus aportaciones; la distribución de utilidades, y; la capacidad decisoria (derecho a voto) de sus integrantes. Por esta razón, son los socios o accionistas los llamados a fijar y determinar el monto del capital social (que estén dispuestos a asumir) en función de las necesidades y objeto de la sociedad.

Por tanto, la exigencia de capital mínimo en relación con las funciones de garantía y productividad totalmente obsoletas, lo que nos ha llevado a la conclusión de que este requerimiento debería ser eliminado totalmente de las sociedades tradicionales. Se reconoce un gran avance en nuestra legislación con la introducción de la S.A.S.¹²⁶, figura que no requiere este requisito mínimo para su constitución, sin embargo, aún existe mucho por construir respecto a las garantías que deben otorgarse a los acreedores sociales. Como hemos visto en la investigación, el patrimonio social juega un rol importante, ya que éste debe considerarse como punto de partida para la constitución de una garantía frente a terceros.

La visión comparada nos ha llevado a tomar en cuenta distintos mecanismos para tutelar los derechos de los acreedores sociales, sobre todo los que consideramos, según

¹²⁶ El presente trabajo hace un breve reconocimiento de viejos paradigmas respecto del capital social y propone nuevas alternativas que permitan a las sociedades contar con figuras jurídicas seguras y flexibles para llevar a cabo sus actividades económicas. El derecho societario en el Ecuador, a través de la S.A.S., aparte de eliminar el requerimiento de capital mínimo, introduce una serie de normas tendientes a simplificar los trámites de constitución (así como los de su modificación y disolución), minimizando de esta manera las formalidades de la gestión societaria y otorgando mayor libertad a sus miembros, lo que trae como consecuencia la eliminación de varias barreras de entrada para la formación de nuevas sociedades.

nuestro análisis como los más indefensos, los acreedores que no poseen poder de negociación o “*tort creditors*” . Entre ellos tenemos: al seguro de responsabilidad civil y el *test de insolvencia* para las sociedades, que cumplen con la función de asegurar las acreencias de terceros y cuidar las relaciones contractuales entre las partes, al mismo tiempo que equiparan el riesgo.

Con relación al *test de insolvencia*, lo que se propone es condicionar la distribución de utilidades, de tal forma que la sociedad antes del reparto debe estar en la capacidad de hacer frente a las deudas contraídas en el giro ordinario del negocio. De esta manera y como segundo candado de protección a terceros, la suma de los activos de la sociedad no deberá ser menor a la sumatoria de todos los créditos contraídos, después de la distribución de dividendos.

Con relación al seguro de responsabilidad civil, que es una idea bastante interesante, que requerirá sin duda mayor profundización y estudio para la aplicación en nuestra legislación, de manera general (por no ser el tema central de nuestro trabajo) es preciso remarcar que sería una manera de equipar el riesgo en el que incurren los acreedores al contratar con las sociedades, de esta forma el seguro de responsabilidad civil deberá activarse en caso de incumplimiento extracontractual.

Adicionalmente, más allá de la normativa societaria encaminada a determinar una garantía para los acreedores sociales, es importante mencionar que existe mucho trabajo que realizar a nivel judicial, la normativa societaria por su grado de especificidad requiere de un amplio conocimiento con el objeto de que pueda llegar a analizarse no solo lo que la norma señala de manera taxativa, debe haber un análisis enfocado en determinar la responsabilidad de la sociedad y de los socios en función de sus actuaciones previas.

Bibliografía

- Alegría, Héctor, Horacio Roitman, y Julio César Rivera. *Sociedades*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- Bainbridge, Stephen M. “Abolishing Veil Piercing”, s. f. file:///C:/Users/HP/Downloads/BB3%20(1).pdf.
- Balonas, E. Daniel. “Reinterpretando el concepto de Capital Social”. *XI Congreso de Argentino de Derecho Societario*, n° VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (2010): 165–75.
- Bonilla, León Adolfo. “Infracapitalización societaria – Supuestos de Responsabilidad”. *VIII Congreso Argentino de Derecho Societario*, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2001. <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/525/CDS08030129.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Brunetti, Antonio. *Tratado de Derecho de las Sociedades*. Vol. 1era. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1960.
- . *Tratado del derecho de las Sociedades*. Vol. 3ero. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1960.
- Ecuador. Código Civil. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- . Ley de Compañías. Registro Oficial 312, 5 de noviembre de 1999.
- . Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación. Registro Oficial 151, Suplemento, 28 de febrero de 2020.
- . Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil. Registro Oficial 249, Suplemento, 20 de mayo de 2014.
- España. Ley 3/2019 Sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. BOE-A-2009-5614, 4 de abril de 2019.
- . Real Decreto Legislativo 1/2010, Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE-A-2010-10544, 2 de julio de 2010.
- Fábregas, Valeria. “Capital Social – Función de Garantía”. *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, X Congreso Argentino de Derecho Societario, 2007.
- Frish, Water Philipp. “El Capital Variable de la Sociedad Anónima”. *Biblioteca Jurídica del instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* 113 (1999): 80–88.
- Gartriguez, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. México DF: Porrúa S.A., 1984.
- Gómez Ligerre, Carlos. *Solidaridad Impropia y Seguro de Responsabilidad Civil*. Madrid: Fundación Mapfre, 2010. <https://app.mapfre.com/ccm/content/documentos/fundacion/cs-seguro/libros/solidaridad-impropia-y-seguro-de-responsabilidad-civil.pdf>.
- Henao, Lina. “Hacia un nuevo modelo de Capital Social”. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia* 28 (2015). <https://www.redalyc.org/pdf/4175/417539919009.pdf>.
- Martorell, Rafael Guasch. *La Doctrina de la Infracapitalización: Aproximación conceptual a la Infracapitalización de las Sociedades*. Guayaquil: Academia Ecuatoriana de Derecho Societarios Edino, 2004.
- México. Ley General de Sociedades Mercantiles de México. Diario Oficial de la Federación, 4 de agosto de 1934.
- Nissen, Ricardo Augusto. *Curso de derecho societario*. 2a. ed., Actualizada y Ampliada. Buenos Aires, República Argentina: Ad-Hoc, 2006.

- Noboa Velasco, Paúl. “Obsolencia de los requisitos del capital mínimo en las sociedades mercantiles”. *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF)*, Working Paper Series 4/2020, 29 de mayo de 2020.
- Olivera García, Ricardo. “La crisis del concepto del capital social”. *Derecho Comercial y de la Obligaciones*, 1999.
- Palladino, Juan Leonel. “Sobre la importancia del capital social en las sociedades en las que los socios poseen el beneficio de limitación de la responsabilidad y el nuevo Código Civil y comercial de la Nación” Vol. 2, nº No. 3 (s. f.): 146–85.
- Reyes Villamizar, Francisco. “La Sociedad por Acciones Simplificada: Una verdadera innovación en el Derecho Societario latinoamericano”, s/n. <http://scm.oas.org/pdfs/2016/CP36957T.pdf>.
- Reyes Villamizar, Francisco Hernando. *Derecho societario*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002.
- . *Derecho societario*. 2. ed. actualizada. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2006.
- . *Derecho societario*. 2. ed. actualizada. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2006.
- Salgado Valdez, Roberto. *Manual de Derecho Societario*. 2ª ed. Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatorinan, 1978.
- Sánchez Rus, Heliodoro. “El capital social: presente y futuro”. Tesis doctoral, Universitat Pompeu i Fabra, 2011. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/51581/thsr.pdf?sequence=1&isAllo wed=y>.