

7.CAPÍTULO I.- CONCEPTOS GENERALES.

7.1.Historia de las sociedades.

El hombre por esencia es un ser social que ha requerido siempre de la convivencia social, las primeras agrupaciones de personas se daban, tal como lo establece el autor Rodrigo Borja en su obra "Derecho Político y Constitucional", en hordas, clanes, tribus, confederaciones de tribus y naciones, hasta la actualidad que nos organizamos en Estados⁴; todo esto en razón de que el ser humano requiere de sus congéneres para poder desarrollarse y obtener fines tanto comunes como particulares, fines de toda clase, en cuanto a salud, seguridad, educación, fines tecnológicos, económicos entre otros. La historia nos ha demostrado que las civilizaciones a lo largo del tiempo pudieron desarrollarse y evolucionar hasta la actualidad mediante un elemento común, la unión de personas.

En materia societaria, sin embargo, la finalidad que tienen las personas al unirse a través de una sociedad, es primordialmente económica. La economía mueve al mundo, es el motor para el desenvolvimiento de una sociedad próspera pues permite el desarrollo y alcance de otras finalidades humanas, el ánimo de lucrar -como objetivo- siempre ha estado presente en el ser humano civilizado, por lo tanto desde la antigüedad el hombre ha tratado de unirse con sus similares con el objetivo de alcanzar grandes resultados económicos que por sí solo no los hubiese conseguido, al respecto el tratadista Álvaro Puelma Accorsi manifiesta "Mancomunar esfuerzos o recursos de varios hombres para tratar de obtener un resultado económico, con el objeto de repartirse el beneficio que ello puede significar, debe haber ocurrido desde los inicios de una humanidad inteligente"⁵.

⁴ (Borja, 1971).

⁵ (Accorsi, 2001).

Los primeros vestigios que se pueden encontrar sobre la existencia de sociedades se remontan a civilizaciones ubicadas en Egipto y Mesopotamia. El Código de Hammurabi de cierta forma ya reconocía la existencia de la sociedad, al respecto establecía: "Si uno dio dinero en sociedad a otro, partirán por mitades ante los dioses los beneficios y pérdidas que se produzcan"⁶.

En cuanto a la evolución histórica de las sociedades, nos remitiremos en ciertos aspectos en cuanto a la línea de tiempo considerada por el autor Álvaro Puelma Accorsi.

En la sociedad romana, tal como lo expresa el profesor de derecho romano de la Universidad del Azuay, el Dr. Jorge Morales Álvarez, se reconocía una forma de sociedad que consistía en que, en los casos de sucesiones mortis causa, los herederos se transformaban en socios para la continuación de la gestión del causante, institución que se denominó "Societas Omnium Bonorum"⁷; en el imperio romano con posterioridad también se reconoció la figura de las "sociedades particulares", mismas que tenían por objeto dedicarse a ciertas actividades o negocios, por ejemplo a la recaudación de tributos. A su vez en la época de la Roma clásica se reconoció la figura del contrato de sociedad, en virtud del cual dos o más personas acuerdan unirse y poner algo común para lograr un objetivo determinado, no obstante no se reconocía la conformación de una persona jurídica en virtud de su celebración. Aquello sin embargo significó el reconocimiento de algunos de los pilares fundamentales de las sociedades actuales, es decir la convergencia de dos o más personas que, en razón de la "affectio societatis", deciden poner algo en común para repartirse los beneficios. En estricto sentido, el derecho romano no construyó la teoría general de las personas jurídica -que es la base de las sociedades mercantiles-.

⁶ (Accorsi, 2001).

⁷ (Alvarez, 1992).

Las sociedades sufren una transformación y un reconocimiento profundo en la época de la edad media. El origen de las sociedades en la edad media proviene de las sociedades romanas. En la edad media se genera una regulación más profunda de las sociedades mercantiles en estricto sentido, a tal punto que se reconoció la existencia de las sociedades de nombre colectivo, la comenda -que se analizará más adelante- y la de cuentas en participación -o sociedad de hecho en la actualidad-. En este periodo de tiempo también surge el auge del derecho canónico, mismo que desarrolla mucho la doctrina de la personalidad jurídica de las sociedades, consideradas como entes distintos de las personas naturales que las conforman, doctrinas que influirían con posterioridad en la conformación del derecho societario.

Así avanzamos a la siguiente época, misma que corresponde al derecho germánico. En el derecho alemán, conforme lo señala el Dr. Puelma existían las llamadas "Genossenschaften", que no eran más que asociaciones o sociedades contractuales que se dedicaban al uso y explotación de villas, terrenos de cultivo, selvas y prados⁸. Así mismo en esta etapa histórica se reconoció la facultad de los socios de deliberar y tomar decisiones respecto de cuestiones de administración de la sociedad -que actualmente representan las facultades de la Junta General de socios o accionistas-.

El origen de las sociedades, tal como las conocemos en la actualidad, según cierto sector doctrinario se remonta a las sociedades comanditas, sin embargo según otros autores las sociedades modernas provienen de la sociedad colectiva. La sociedad comandita surge de la denominada "comenda" que no era más que un negocio por el cual el comendador -el que encargaba-, daba dinero o bienes a una persona llamada ejecutor bajo la responsabilidad de éste, para que realice negocios, repartiéndose entre ellos los beneficios de una manera que previamente ya fue acordada. Así cuando los negocios se empezaron

⁸ (Accorsi, 2001).

a multiplicar, nació la sociedad en comandita con dos clases de socios: el comanditario - con limitación de responsabilidad hasta sus aportes- y el gestor o comanditado - responsable ilimitadamente-. En esta época es que se toma pura conciencia de que la sociedad mercantil era un ente autónomo distinto de sus socios y aquello obligó a inscribir en los registros públicos la constitución de sociedades⁹.

Sin embargo, lo que en esencia nos interesa respecto del presente trabajo, es el origen y la creación de las dos sociedades que mayor aplicación tienen en la práctica hoy en día, que son la compañía de responsabilidad limitada y la compañía anónima. Al respecto, sobre las sociedades anónimas, la mayoría de autores reconoce que la verdadera compañía "capitalista"¹⁰ existente fue la Compañía de las Indias Orientales fundada en 1602, no obstante, otro sector doctrinario considera que la primera sociedad anónima fue el Banco de San Jorge fundado en Génova en 1409, pero los que se oponen a esto manifiestan que en estricto sentido no se trata de una sociedad anónima, sino de una asociación de tenedores de títulos de las deudas estatales. Por su parte Vivante manifiesta que el Código de Comercio francés reglamentó por primera vez a las sociedades de capital, estableciendo para la compañía anónima su administración por representantes de los accionistas¹¹.

Sobre las sociedades de responsabilidad limitada, Accorsi sostiene que tienen un doble origen, el primero en Alemania y el segundo en Inglaterra. En Alemania el 20 de abril de 1892 se reconoce y reglamentan a dichas sociedades en la Ley General de Sociedades Limitadas; por otro lado en Inglaterra, ya existían compañías privadas creadas por la

⁹ (Vivante, 1995).

¹⁰ Se trata de una clasificación de las compañías en virtud de la cual se encasillan aquellas que están conformadas por accionistas, en razón de que su capital se representa por acciones que son libremente negociables. Por excelencia es la compañía anónima. La responsabilidad de los accionistas es limitada a sus aportes.

¹¹ (Vivante, 1995).

costumbre, que tienen grandes semejanzas con las sociedades de responsabilidad limitada, que luego fueron reguladas por primera vez en 1907. En razón de lo estudiado en mi carrera universitaria y de lo investigado para el presente trabajo, considero que la humanidad vio la necesidad de la creación de una compañía "sui generis", que mantiene características básicas de las compañías personalistas¹² y de las capitalistas, que permitiere otorgar los beneficios de ambas clases, es decir la limitación de la responsabilidad pero la mantención de la familiaridad de la compañía en razón de la imposibilidad de la libre negociación de sus participaciones.

Hoy en día, las compañías son el eje central del movimiento y crecimiento económico, las sociedades mercantiles si bien son creadas para obtener lucro a favor de sus constituyentes, en la búsqueda de ese fin generan los productos y servicios que las personas consumimos en nuestro día a día para nuestra subsistencia, además de que es la primera fuente de trabajo a nivel mundial; y al ser una institución tan esencial para el mundo y para el Ecuador, es nuestro deber protegerla y velar por una correcta regulación normativa, cuestión que pretendemos con la realización de este trabajo de titulación universitaria.

7.2. Emprendimientos individuales y asociativos.

Parte del entendimiento del desarrollo histórico de las sociedades es comprender que éstas fueron creadas con el objetivo de cumplir ciertos objetivos, que por sí solas, las personas

¹² Se trata de una clasificación de las compañías en virtud de la cual se encasillan aquellas que están conformadas por socios, en razón de que su capital se encuentra representado por participaciones que no son libremente negociables. Por excelencia es la compañía en nombre colectivo y la comandita simple. La responsabilidad de los socios es ilimitada.

no lo hubiesen conseguido. Con ello establecido, es menester destacar el hecho de que el hombre busca siempre su desarrollo en todas las áreas que generen su satisfacción tanto personal como colectiva. Las sociedades humanas, cualquiera sea su origen geográfico, buscan obtener salud, educación, oferta básica de productos y servicios de toda clase para la alimentación, el ocio, la diversión y el placer; y la manera de conseguirlo es a través de la generación de una próspera riqueza. La riqueza que genera la economía es el medio para obtener el fin deseado por la humanidad. La fuente más grande de riqueza en la actualidad se encuentra en el sector societario, en las compañías consideradas como empresas que generan la producción u oferta de productos y servicios de toda clase.

El hombre individualmente considerado, como ya se manifestó, al tener sus objetivos particulares o colectivos de normal escala, busca medios para obtener esos fines particulares, así sus medios son igualmente de normal escala, por lo tanto individualmente puede obtenerlos sin ningún inconveniente. Sin embargo cuando el hombre busca un objetivo particular o general de gran escala, requiere el empleo de grandes medios para obtener esos grandes fines, y para ello requiere de la unión con otras personas, porque como dice la frase "en la unión está la fuerza", así se une con otros individuos para colectivamente conseguir esos fines. Aquello no es una consideración moderna, sino se remonta al hombre primitivo, que para cazar animales peligrosos y de gran tamaño, requería de unirse con algunos otros de los mejores cazadores y en conjunto, lograr la faena para su alimentación.

Así podemos concluir que existen dos emprendimientos del hombre, los individuales que puede conseguirlos por sí mismo de manera particular; y los asociativos, que puede conseguirlos solamente en razón de que se uno con otros hombres para obtener un fin que por sí solo no lo hubiese logrado.

7.3. Definición de empresa.

El Diccionario de la Real Academia Española, define a la empresa como una "unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos."¹³, sin embargo otra acepción de empresa que da la Real Academia Española según el Diccionario Jurídico OMEBA es "casa o sociedad mercantil o industrial fundada para emprender o llevar a cabo construcciones, negocios o proyectos de importancia"¹⁴, por lo tanto podemos observar que desde su conceptualización, encontramos que la empresa se confunde con la compañía.

Según la Enciclopedia Jurídica OMEBA la empresa es "un conjunto de medios de muy diverso orden destinados a un fin que es determinado por el empresario, teniendo como meta la producción y generación de utilidades; es una unidad de producción, pues vista en su conjunto aparece como la célula inicial sobre la que se monta la vida económica"¹⁵.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano en sentido estricto no existe una definición de empresa, sin embargo si define lo que es el empresario. De manera general, se considera que empresa y compañía son sinónimos, sin establecer ninguna diferenciación entre ellas -diferencias que se verán más adelante-, no obstante, son conceptos distintos. Como ya se mencionó con anterioridad, el Código de Comercio en los artículos 210, 251 y siguientes, define a los empresarios particulares como "aquellos que, ejerciendo la industria de conductor, no han ofrecido al público sus servicios, y se encargan libremente de la conducción de personas o mercaderías a precios convenidos" y a los empresarios públicos como "aquellos que tienen anunciado y abierto al público un establecimiento de

¹³ (Española A. d., 2014).

¹⁴ (OMEBA, 1998).

¹⁵ (OMEBA, 1998).

conducciones, y las ejecutan en los períodos, por el precio y las condiciones que prefijan sus anuncios”¹⁶, definiciones que no se ajustan al concepto general de empresa.

Coloquialmente se puede considerar a la palabra empresa como un emprendimiento, una aventura, un riesgo; por ejemplo cuando una persona decide abrir un negocio, está llevando a cabo una empresa, pues se trata de un riesgo, de una aventura.

Así podemos definir a la empresa como una unidad productiva organizada, un medio esencial en la economía actual, que genera riqueza con la unión de trabajo, capital y producción.

En conclusión, se puede entender que una empresa es una entidad considerada como una unidad, misma que puede ser una corporación, una compañía o una institución cuyo objetivo es obtener lucro –sociedades mercantiles- o prestar un servicio a la sociedad. La empresa de esta forma puede ser un ente colectivo conformado por varias personas o un ente individual conformado por una sola persona. Para lograr sus objetivos, la empresa debe reunir elementos humanos como trabajadores o administradores, técnicos como trabajo o estudio y materiales como capital o recursos.

7.4. Definición de sociedad mercantil.

El autor Jorge Barrera Graf citado por el autor Arturo Díaz Bravo en su obra Derecho Mercantil define a la compañía como “(...) una figura esencial del nuevo derecho mercantil, que consiste en un conjunto de personas y cosas organizadas por el titular, con el fin de realizar una actividad onerosa, generalmente lucrativa de producción o intercambio de bienes o servicios”¹⁷.

¹⁶ (Nacional, Código de Comercio, 2014).

¹⁷ (Bravo, 2005).

La sociedad por excelencia nace en nuestra legislación civil, al respecto el Código Civil establece que la sociedad es un contrato en virtud del cual dos o más personas acuerdan poner algo en común, con el fin de dividir los beneficios que de ello provengan, generándose una persona jurídica distinta de los socios que la constituyeron ¹⁸, sin embargo la sociedad mercantil o compañía, de conformidad con lo establecido en la Ley de Compañías, es "un contrato por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias para emprender en operaciones mercantiles y participar en sus utilidades (...)", a su vez el artículo 2 de dicho cuerpo normativo establece "(...) estas cinco especies de compañías constituyen personas jurídicas"¹⁹, así podemos deducir que la Ley de Compañías establece claramente que la compañía es un contrato, al igual que la sociedad es un contrato en materia civil, mismo que es el origen del cual surge el contrato de compañía.

El Código Civil por su parte en el artículo 1454 define al contrato como "un acto por el cual una parte se obliga para con otra dar, hacer o no hacer alguna cosa (...)"²⁰.

Por ello, se puede colegir que la compañía es un contrato especial debido a que se encuentra conformado, si bien por características comunes a todos los contratos²¹, por características especiales. En cuanto a sus características especiales, la peculiaridad del contrato de compañía radica, entre otras cosas, en sus requisitos de forma, mismos que se hayan regulados por la Ley de Compañías, las disposiciones de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y los estatutos de cada compañía. Así por ejemplo, en la escritura de constitución de una compañía, debe estar contenido el contrato social que

¹⁸ (Nacional, Código Civil, 2014).

¹⁹ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

²⁰ (Nacional, Código Civil, 2014).

²¹ Elementos esenciales comunes de los negocios jurídicos: Capacidad legal de los contratantes, consentimiento libre de vicio, objeto lícito y causa lícita.

surge de la "affectio societatis"²², misma que se elabora en base a lo que establece el artículo 150 de la Ley de Compañías, que determina los requisitos específicos que debe contener la escritura pública de constitución. En materia mercantil el vocablo sociedad mercantil se considera como sinónimo de compañía, sin embargo de manera general la palabra sociedad y compañía si mantienen una diferencia básica, pues toda compañía es una sociedad, más no toda sociedad es una compañía, así la sociedad es el género y la compañía la especie. La compañía como sociedad siempre tendrá personalidad jurídica propia, mientras que no todas las sociedades tienen personalidad jurídica.

Por otra parte hay quienes sostienen que la compañía no es un contrato en razón de que las partes -socios-, no se obligan unos con otros, sino el momento en que constituyen la compañía, nace este ente con personalidad jurídica propia y es este ente el que mantiene la relación contractual con sus socios, sin embargo podemos afirmar que la compañía si es un contrato, un contrato "sui generis" en razón de la naturaleza contractual que mantiene la entidad con sus socios y no los socios entre ellos. La compañía así es un contrato que nace de la manifestación de voluntad de sus constituyentes en virtud de la "affectio societatis", cuyo objetivo es crear una persona jurídica distinta de los socios o accionistas que la crearon, tema relevante en el presente trabajo, pues analizaremos el levantamiento del velo societario que elimina momentáneamente la personalidad jurídica de la sociedad. Las sociedades mercantiles se distinguen de las sociedades civiles -establecidas en el Código Civil-, debido a que las operaciones que van a emprender las compañías, son esencialmente mercantiles y persiguen fines de lucro.

Las personas que van a constituir una compañía, juntan sus capitales o industrias, realizando aportaciones en numerario -dinero-, en especie -bienes-, en créditos -títulos de

²² Ánimo de asociarse, es un estado de química inicial entre las personas que constituirán la sociedad y mantendrán calidad de socios o accionistas.

crédito- o bien en industrias -trabajo en el caso de las compañías en comandita por acciones-, en consecuencia los socios o accionistas de una compañía, van a repartirse las utilidades y las pérdidas que genere la actividad que realiza la misma en base a su objeto social.

Por último en base a los conceptos analizados con anterioridad podemos concluir que una compañía o sociedad mercantil es un contrato por el cual, dos o más personas unen sus recursos creando un ente dotado de personalidad jurídica propia con el cual mantendrán su relación contractual, para emprender operaciones comerciales y repartirse los beneficios generados.

7.5.Diferencias entre empresa y sociedad mercantil.

Como vimos al conceptualizar a la empresa y a la compañía, se generan muchas confusiones considerándolas como sinónimos, como una sola institución jurídica, como una sola figura; sin embargo en la práctica existen evidentes diferencias entre éstas dos instituciones como las siguientes:

- A. La compañía por excelencia es un contrato, mientras que la empresa no necesariamente surge de un contrato.
- B. La empresa puede ser tanto una entidad colectiva como individual, mientras que la compañía normalmente es un ente colectivo -salvo el caso de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada-.
- C. La compañía se encuentra completamente reconocida, definida y regulada por nuestra legislación, mientras que la empresa si bien se reconoce, no se define ni se regula en nuestro ordenamiento jurídico.

- D. La compañía siempre será una persona jurídica, mientras que la empresa podrá tener un titular que es el empresario, que puede ser una persona natural o jurídica.
- E. La ley establece las de manera taxativa que las compañías existentes son: Anónimas, en comandita simple o por acciones, las de economía mixta, las de responsabilidad limitada, mismas que se encuentran sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Seguros y Valores, mientras que las empresas podríamos entenderlas en un sentido más amplio y sin clasificación legal.
- F. Tanto la empresa como la compañía son organizaciones, sin embargo en la empresa se organizan los factores de la producción, mientras que en la compañía se organiza al socio o accionista como el titular de ésta.
- G. La compañía jurídicamente es un ente independiente a los miembros que la componen, mientras que la empresa no.
- H. Las compañías se encuentran sujetas al Control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, por el contrario las empresas no necesariamente deben sujetarse a este control, lo harán si el titular de la empresa es una persona jurídica, pero si el titular de la empresa no es una persona jurídica, no requiere ser controlada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.
- I. El titular de una empresa es el empresario, que puede ser cualquier persona que realiza operaciones comerciales sea o no comerciante y que puede o no ser una persona jurídica, por otra parte en las compañías existen socios y accionistas, quienes realizan actos de comercio pero bajo la personalidad jurídica de la compañía a la que pertenecen.

7.6.Semejanzas entre empresa y sociedad mercantil.

Así como manifestamos que la empresa y la compañía no son sinónimos y que existen evidentes diferencias entre las dos figuras, es claro el hecho de que a pesar de ello, existen obvias similitudes entre ambas figuras, como las siguientes:

- A. Ambas tienen por esencia finalidades de especulación económica -percepción de utilidades-.
- B. Se puede decir que la empresa es el género y la compañía es la especie, pues toda empresa puede ser una compañía pero no toda compañía es una empresa.
- C. Ambas son entidades que requieren de la unión de personas naturales o jurídicas, patrimonio y trabajo.
- D. Ambas pueden eventualmente someterse al control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en el caso de que la empresa tenga como titular a una persona jurídica.
- E. En ambos casos el titular será una o varias personas naturales. En la empresa el empresario y en la compañía los socios o accionistas.