

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El requisito mínimo de capital en la constitución de
compañías anónimas y de responsabilidad limitada**

José Gonzalo Adatty Molina
Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de Abogado

Quito, 20 de noviembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: José Gonzalo Adatty Molina

Código: 00206473

Cédula de identidad: 1718549163

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

**EL REQUISITO MÍNIMO DE CAPITAL EN LA CONSTITUCIÓN DE COMPAÑÍAS ANÓNIMAS Y
DE RESPONSABILIDAD LIMITADA¹**

**MINIMUM CAPITAL REQUIREMENT IN THE INCORPORATION PROCEEDINGS OF
CORPORATIONS AND LIMITED LIABILITY COMPANIES**

José Gonzalo Adatty Molina²
jgam.07g@gmail.com

RESUMEN

El presente artículo analiza el requisito de capital mínimo en la constitución de compañías tradicionales, a fin de examinar hasta qué punto cumple con sus fines. Con el propósito de medir de forma práctica la utilidad del capital mínimo y sus alternativas, se emplea el método de investigación hipotético-deductivo.

Los resultados demuestran que el requisito no asegura las dos funciones del capital: (i) garantía, puesto que no protege a los acreedores; y, (ii) productividad, en cuanto no siempre es útil para la consecución del objeto social. Además, la investigación revela que los *adjsuting creditors* no necesitan

ABSTRACT

This article analyzes the minimum capital requirement in the incorporation proceedings of traditional companies to examine, to what extent, it complies with its supposed purposes. This paper employs the hypothetical deductive research method to measure, in a practical way, the usefulness of the minimum capital requirement and its alternatives.

The results demonstrate that the requirement does not comply with the following two objectives of legal capital: (i) guarantee, since it does not protect creditors, and (ii) productivity, since it is not always sufficient to finance corporate activities.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Paúl Noboa Velasco.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

protección legal ya que tienen los medios para autoprotgerse. Respecto de los *non adjusting creditors*, se concluye que existen alternativas más eficaces y eficientes para tutelarlos, como: el régimen de seguro sustentado en incentivos; la declaración de solvencia del administrador, previa distribución de beneficios; y, prelación crediticia privilegiada.

Furthermore, the research reveals that adjusting creditors do not need legal protection since they have enough means to protect themselves. Regarding non-adjusting creditors, this paper concludes that there are more effective and efficient alternatives to protect them, such as an incentive-based insurance, implementing a solvency-statement regime and establishing a privileged credit priority regimen on their behalf.

PALABRAS CLAVE

Capital mínimo, compañías tradicionales, acreedores sociales, fuente de financiamiento, garantía.

KEYWORDS

Minimum capital, public and private companies, social creditors, source of finding, guarantee.

Fecha de lectura: XX de diciembre de 2022

Fecha de publicación: XX de diciembre de 2022

Sumario

1. Introducción. – 2. El debate en torno al requisito mínimo de capital. – 3. El capital social en el Ecuador. – 4. Una visión comparada. – 5. El capital mínimo en las compañías tradicionales. – 5.1. Funciones del capital. – 5.2.1. Función de garantía. - 5.2.2. Función de productividad. – 6. Alternativas. – 6.1. Contrato de seguro. – 6.2. Declaración de solvencia. – 6.3. Prolación crediticia en favor de los acreedores extracontractuales. – 7. Conclusiones y recomendaciones.

1. Introducción.

La constitución de sociedades con responsabilidad limitada, como las compañías anónimas y limitadas, es importante porque otorga a los empresarios los medios legales para que realicen sus actividades de forma eficiente, a fin de obtener utilidad y generar beneficio a la sociedad³. Además, desde un aspecto regulatorio, la creación de compañías fomenta la formalización de negocios y funciona como incentivo para realizar actividades empresariales de forma seria, puesto que el Derecho de Sociedades establece ciertos requisitos de constitución para acceder a los beneficios que otorga la creación de compañías⁴.

En jurisdicciones con el sistema jurídico continental o *civil law*, como la del Ecuador, se incrementó el debate, análisis y evaluación del requisito de capital mínimo en la constitución de sociedades tradicionales⁵. La experiencia de legislaciones sin este requisito, principalmente del *common law*, generó duda tanto de su eficacia como eficiencia⁶. Es por esto que resulta fundamental evaluar al capital mínimo en el contexto nacional y concluir si se trata de un requisito obsoleto o relevante en el Derecho Societario Ecuatoriano.

Por lo expuesto, el objetivo general de la investigación es examinar hasta qué punto es efectivo el requisito de capital mínimo en la constitución de compañías anónimas y limitadas -compañías tradicionales-, con base en las funciones y las finalidades que la doctrina y el ordenamiento jurídico le asignan al capital. A fin de cumplir con el objetivo propuesto, obtener una conclusión concreta y plantear recomendaciones, el artículo emplea el método de investigación hipotético-deductivo ya que el análisis involucra recopilar información; realizar deducciones en base a estos datos; luego, plantear hipótesis que serán evaluadas y contrastadas; y, finalmente, llegar a una conclusión mediante un proceso de deducción.

En ese sentido, primero se presenta el estado actual del debate respecto del capital mínimo, tanto a nivel nacional como internacional, con la intención de

³ Ron Harris, “A New Understanding of the History of Limited Liability: an Invitation for Theoretical Reframing”, *Journal of Institutional Economics* 16, no. 5 (2020): 643–64. doi:10.1017/S1744137420000181.

⁴ Marco Ventoruzzo, et al., *Comparative Corporate Law* (Saint Paul: West Academic Publishing, 2015), 145.

⁵ Paúl Noboa Velasco, “Obsolescencia de los Requisitos de Capital Mínimo en las Sociedades Mercantiles (Obsolescence of the Corporate Minimum Capital Requirements)”, Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper Series (2020), 5, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3395053>

⁶ Louis Gullifer y Jennifer Payne, *Corporate Finance Law. Principles and Policy* (Oxford: Hart Publishing Ltd, 2015), 152-153.

contextualizar el análisis del tema. Posteriormente, se señala el marco normativo ecuatoriano sobre el capital mínimo en la constitución de compañías tradicionales y se expone brevemente su regulación en el Derecho Comparado, junto con la exposición de jurisprudencia internacional. En tercer lugar, el artículo analiza el concepto de capital, sus principios y funciones, con el propósito de dilucidar su nivel de utilidad práctica. Por último, examina la eficacia y eficiencia de las alternativas al requisito, propuestas por la doctrina e implementadas en otras legislaciones, a fin de comparar su utilidad con la del requisito mínimo de capital.

2. El debate en torno al requisito mínimo de capital.

En los últimos años se ha puesto sobre la mesa la necesidad de evaluar al requisito mínimo de capital en la constitución de compañías públicas y privadas⁷. El objetivo es identificar si su vigencia en los ordenamientos jurídicos está justificada o si se encuentra obsoleta. Se debe mencionar, además, que la medida de análisis recae sobre el cumplimiento de las funciones del capital⁸.

En el Ecuador no existe suficiente literatura jurídica sobre este tema, no obstante, el debate tiene abundante desarrollo a nivel internacional, tanto de doctrinarios como de grupos académicos⁹ y organismos internacionales¹⁰. De acuerdo con Marta García Mandaloniz, en Europa el cuestionamiento del capital no es nuevo, aunque se ha incrementado en los últimos años debido a la exploración de alternativas que buscan

⁷ Eilís Ferran y Look Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 75-79.

⁸ Paúl Noboa Velasco, “Obsolescencia de los Requisitos de Capital Mínimo en las Sociedades Mercantiles (Obsolescence of the Corporate Minimum Capital Requirements)”, 5.

⁹ Ver. High Level Group of Company Law Experts, “Report on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe” (2004), 23-26, https://www.eerstekamer.nl/eu/documenteu/a_modern_regulatory_framework_for/f=/vgklizzpd9we.pdf; Rickford, “Reforming Capital report of the interdisciplinary group on capital maintenance”, *European Business Law Review* 919-1027, (2004), 995, https://www.biicl.org/files/916_capital_maintenance_report_-_final.pdf; Marcus Lutter (“Lutter-Group”), “Legal Capital in Europe”, *European Company and Financial Law Review, Special Volume 1*, (2006), 1-14.

¹⁰ Ver. Caralee McLiesh y Simeon Djankov. *Doing business in 2004: understanding regulation (English)*, (Washington D.C.: World Bank, the International Finance Corporation y Oxford University Press, 2004), 22-26, <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB04-FullReport.pdf>; KPMG, Comisión Europea, “Feasibility Study on an Alternative to the Capital Maintenance Regime Established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an Examination of the Impact on Profit Distribution of the New EU-Accounting Regime” (2008), 311, <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/42762?locale=en>

suplantar al requisito de capital mínimo¹¹. A nivel doctrinario existen opiniones contrapuestas. La mayoría de los autores ingleses, como por ejemplo John Armour, buscan eliminar el instituto del *legal capital*¹²; en contraste, doctrinarios alemanes, generalmente, justifican este requisito e incluso pretenden mantenerlo¹³. Por otro lado, es común encontrar a doctrinarios italianos y franceses, así como españoles que critican duramente el requisito mínimo de capital¹⁴.

Son varios los autores tradicionales que coinciden en que el capital es la piedra angular de las sociedades mercantiles¹⁵. En cuanto a aportación realizada por los socios, se trata de un elemento constitutivo, *sine qua non*, para la constitución de compañías y el objeto mismo del contrato de sociedad¹⁶. En la constitución de las compañías se presentan dos posibles escenarios respecto del capital social: (i) la norma jurídica impone como requisito un mínimo de capital social; o, (ii) los socios libremente determinan el capital con el que empezará a operar la compañía¹⁷.

La doctrina le asigna tres funciones al capital social: garantía frente a terceros, productividad y organización interna¹⁸. De todas sus funciones, centra su análisis en la productividad y, sobre todo, en la garantía frente a terceros¹⁹. La tendencia mayoritaria es considerar que el capital mínimo no asegura el cumplimiento exitoso de estas dos funciones, por varias razones, entre ellas, las siguientes: el monto resulta insuficiente²⁰ y un posible aumento generalizado no siempre trae consecuencias positivas²¹, existen alternativas más eficaces para proteger a los acreedores y financiar las actividades de las

¹¹ Marta García Mandaloniz, “El Cuestionado Sentido Del Régimen Jurídico Del Capital Social”, en *Simplificar El Derecho de Sociedades*, ed. de Santiago Hierro Antibarro (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010), 326.

¹² John Armour, “Legal Capital: an Outdated Concept?”, *European Business Organization Law Review* 7: 5-27, (2006), 27, <https://ssrn.com/abstract=910826>

¹³ Carmen Alonso Ledesma, “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal: libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007), 128.

¹⁴ *Ibíd.*, 134.

¹⁵ Marta García Mandaloniz, “El Cuestionado Sentido Del Régimen Jurídico Del Capital Social”, 254; Carmen Alonso Ledesma, “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, 131.

¹⁶ Ediciones Francis Lefebvre, *Memento Práctico Francis Lefebvre, Sociedades Mercantiles 2013*, (Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2012), 24.

¹⁷ John Armour, “Legal Capital: an Outdated Concept?”, 17-21.

¹⁸ Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, *La Compañía Anónima. Análisis Sistemático de su Normativa*, (Guayaquil: Ediciones Legales, 2006), 1-2.

¹⁹ Marco Ventoruzzo, et al., *Comparative Corporate Law*, 145.

²⁰ Paúl Noboa, “Obsolescencia de los Requisitos de Capital Mínimo en las Sociedades Mercantiles (Obsolescence of the Corporate Minimum Capital Requirements)”, 5.

²¹ *Ibíd.*, 18.

compañías²² y/o se trata de un requisito formal y rígido que presenta mayores costos que beneficios²³. En cambio, la función de organización interna sí se cumple, razón por la que no ha sido discutida en la academia²⁴. Las alternativas que brindan los expertos son: test de solvencia, régimen de aseguramiento obligatorio, prioridad crediticia en procesos de insolvencia -liquidación de la compañía-, implementación de *covenants*, responsabilidad más severa del administrador o el acompañamiento de otro tipo de regulaciones que aseguren la solvencia patrimonial de la compañía²⁵.

Sin embargo, como se expuso previamente, no existe consenso generalizado respecto de la inutilidad o ineficacia del requisito mínimo de capital²⁶. Al contrario, también existen posiciones doctrinales que defienden la permanencia de esta regulación en la constitución de las sociedades mercantiles. Por ejemplo, la opinión de la Comisión Europea es que los costos relacionados con el mantenimiento del capital, en los que se incluye al requisito de capital mínimo, son menores que aquellos que se generan con las alternativas que plantea la doctrina²⁷. Otro sector de la academia, en la misma línea de pensamiento, considera que el capital social aún es importante en el mercado de capitales, basando su argumento en análisis económicos y en las desventajas de los sistemas alternativos²⁸.

El debate actual respecto de la utilidad del capital es fundamental para conocer sobre su utilidad como requisito en la constitución de las compañías tradicionales. Las diferentes posiciones doctrinales, no solo respecto de su establecimiento, sino sobre las alternativas a implementarse, serán útiles para identificar si el requisito de capital mínimo cumple con su finalidad o si debiese plantearse alguna reforma.

²² John Armour, "Legal Capital: an Outdated Concept?", 21-22.

²³ Carmen Alonso Ledesma, "Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores", 137.

²⁴ Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, *La Compañía Anónima. Análisis Sistemático de su Normativa*, 56.

²⁵ Ver. Marta García Mandaloniz, "El Cuestionado Sentido Del Régimen Jurídico Del Capital Social"; John Armour, "Legal Capital: an Outdated Concept?".

²⁶ Heribert Hirte y Alexander Schall, "Legal Capital and the EU treaties", en *Corporate Finance Law in the UK and EU*, (Oxford: Oxford University Press, 2012), 520.

²⁷ KPMG, Comisión Europea, "Feasibility Study on an Alternative to the Capital Maintenance Regime Established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an Examination of the Impact on Profit Distribution of the New EU-Accounting Regime", 313.

²⁸ Luis Fernández Del Pozo, "Aplicación De Resultados Y Defensa Del Capital Social. De Nuevo Sobre La Crisis (presunta) de la noción de capital social", en *Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores*, (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007), 128.

3. El capital social en el Ecuador.

La constitución de compañías implica el ejercicio de varios derechos de libertad consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, CRE, específicamente, aquellos reconocidos y garantizados en el artículo 66²⁹: el derecho a asociarse; derecho a desarrollar actividades económicas; derecho a la libertad de contratación; derecho a la propiedad; y, el principio rector en el Derecho Privado, que a nadie se le puede obligar a realizar algo que no está prohibido por la ley. En el mismo sentido, el Art. 319 de la CRE reconoce diversas formas de organización de la producción en la economía como, por ejemplo, las empresas públicas o privadas y asociativas³⁰. Además, puesto que la regulación sobre la constitución de compañías está íntimamente ligada a la economía y el sector productivo del país, se debe tomar en cuenta el numeral 2 del Art. 284³¹ de la CRE, el cual establece que la política económica tiene como objetivo “[i]ncentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas [...]”. Esto último es relevante ya que el requisito mínimo de capital suele ser considerado barrera de entrada, además, a nivel internacional ha desembocado en una competencia regulatoria interestatal respecto de la constitución de compañías a nivel regional.

Por otro lado, la Ley de Compañías, LC, define a las compañías o sociedades mercantiles, determina la jerarquía normativa a la que están sujetas, las clasifica y, de forma general, regula sus actividades. El artículo uno establece que las compañías mercantiles son un contrato -por el cual dos o más personas aportan y unen su capital- o un acto unilateral -en los casos de las sociedades por acciones simplificadas-, cuyo fin es realizar operaciones mercantiles y así obtener las utilidades que por estas se generen³². Por otro lado, la Disposición General Tercera brinda una nueva acepción, puesto que las define, ya no como un contrato o acto unilateral, sino como un sujeto de derecho diferente a sus socios con personalidad jurídica propia³³. Es decir, al realizar un análisis sistemático de su regulación, la LC considera que las sociedades mercantiles son personas jurídicas que pueden derivarse de un negocio jurídico bilateral o unilateral.

²⁹ Artículos 66, numerales 13, 15, 16, 26, 29, letra d), Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

³⁰ Artículo 319, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

³¹ Artículo 284, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

³² Artículo 1, Ley de Compañías, LC, R.O. 312, 05 de noviembre de 1999, reformada por última vez R.O. Tercer Suplemento 347 de 10 de diciembre de 2020.

³³ Disposición General Tercera, LC.

La compañía de responsabilidad limitada y la compañía anónima son dos de los seis tipos de sociedad enlistadas en el artículo 2 de la LC³⁴ y reguladas en la “Sección V” y “Sección VI” de la Ley, respectivamente³⁵. Los artículos que las definen no plantean mayores distinciones más allá de los términos que se emplean para cada tipo de sociedad. Por ejemplo, en la compañía anónima, el capital está dividido en acciones y sus propietarios se denominan accionistas; mientras que, el capital de la compañía de responsabilidad limitada está dividido en participaciones sociales y a sus propietarios se les conoce como socios³⁶. Además, ambas definiciones presentan un elemento característico y fundamental: los socios o accionistas responden únicamente hasta el monto de sus aportaciones, sean estas acciones o participaciones sociales -principio de responsabilidad limitada-. Si bien la definición normativa es muy similar, presentan varias diferencias que se encuentran esparcidas en las normas que las regulan³⁷.

Conforme lo establece la LC, el capital de toda compañía anónima y de responsabilidad limitada no debe ser inferior al establecido por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, SCVS³⁸, mismo que será actualizado por el Superintendente de esta entidad, de acuerdo con la realidad socioeconómica del país³⁹. Los montos de capital mínimo vigentes son de US\$ 800 -ochocientos dólares de los Estados Unidos de América-, para las compañías anónimas; y, de US\$ 400 -cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de América- para las compañías de responsabilidad limitada⁴⁰. Sin embargo, existen Leyes especiales que regulan a determinadas compañías que, si bien son anónimas o limitadas, cuentan con una normativa específica en torno al capital, debido a las actividades que realizan. Los ejemplos más representativos de las compañías anónimas son las que componen tanto el sistema de seguros⁴¹ como el financiero⁴²; las que financian servicios de atención integral de salud prepagada⁴³; las que

³⁴ Artículo 2, LC.

³⁵ Sección V” y “Sección VI”, LC.

³⁶ Artículos 92 y 143, LC.

³⁷ Por ejemplo, respecto del número de asociados o la libre transferibilidad de acciones/participaciones.

³⁸ Artículo 102 y 160, LC.

³⁹ Artículo 434, LC.

⁴⁰ Artículo 2, Resolución No. 00.Q.I.J.016 de 16 de noviembre del 2000, publicada en el R.O. No. 214 de 29 de noviembre de 2000.

⁴¹ Art. 14, Ley General de Seguros, Código Orgánico Monetario Y Financiero, R.O. 2do. S. 332, 12 de septiembre de 2014, reformada por última vez R.O. Suplemento del Registro Oficial 1 de noviembre de 2022.

⁴² Artículo 7, Resolución No. 217-2016-F, R.O. 727, de 06 de abril de 2017, reformada por última vez en el R.O. 757 de 18 de mayo de 2016.

⁴³ Artículo 8, Ley Que Regula Compañías De Salud Prepagada y de Asistencia Médica, R.O. Suplemento 863 de 17 de octubre de 2016.

integran o participan en el mercado de valores⁴⁴; y aquellas que brindan servicio de transporte aéreo público⁴⁵. En cambio, el mejor ejemplo de las de responsabilidad limitada es la compañía de vigilancia y seguridad privada⁴⁶. Cada una de ellas debe cumplir con el requisito mínimo de capital que la norma especial de la materia indica. En cambio, de acuerdo con la Resolución No. 00.Q.IJ.004 de 13 de marzo del 2000, emitida por el Superintendente de la SCVS, las compañías constituidas en el extranjero, para que puedan operar en el Ecuador, entre otros requisitos, deberán asignar un capital mínimo de US\$ 2.000,00 para financiar sus actividades.

El análisis del requisito de capital mínimo requiere la identificación de los principios y funciones del capital reconocidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Las únicas disposiciones legales que demuestran la intangibilidad o permanencia del capital social y sus dos funciones son el artículo 199 de la LC y la previamente citada Resolución No. 00.Q.IJ.004. La norma del Art. 199 señala que toda reducción del capital suscrito requiere de la aprobación de la SCVS. Pero lo relevante es que la autoridad, en virtud de este artículo, debe negar la reducción “[s]i observare que el capital disminuido es insuficiente para el cumplimiento del objeto social u ocasionare perjuicios a terceros”⁴⁷. Se trata de la única norma que de manera expresa y manifiesta señala que el capital social procura defender a terceros y, junto con la Resolución No. 00.Q.IJ.004, que permite financiar las actividades operacionales de las compañías.

4. Una visión comparada.

En el derecho comparado, las normas de capital mínimo para la constitución de compañías dependen, sobre todo, de la tradición jurídica de los países⁴⁸. En primer lugar, las jurisdicciones del *common law*, entre ellas, varios estados de Estados Unidos, como Delaware y California, o las sociedades de capital cerrado de Reino Unido, no lo reconocen⁴⁹. En cambio, en países del *civil law* como, por ejemplo, las naciones del continente europeo⁵⁰ y la mayoría de los países de Latinoamérica, entre ellos Ecuador, en

⁴⁴ Artículo 45, Ley de Mercado de Valores, Segundo Suplemento de R.O. 332 de 12 de septiembre de 2014, reformada por última vez R.O. 1 de 11 de febrero de 2022.

⁴⁵ Artículo 48, Ley de Aviación Civil, Suplemento R.O. 435 de 11 de enero de 2007, reformado por última vez Suplemento R.O. 521 de 02 de diciembre de 2019.

⁴⁶ Art. 14, letra a), Reglamento a la Ley de Vigilancia y Seguridad Privada, R.O. 383 de 17 julio de 2008, reformado por última vez R.O. 630 de noviembre de 2022.

⁴⁷ Artículo 199, LC.

⁴⁸ Marco Ventoruzzo, et al., *Comparative Corporate Law*, 144.

⁴⁹ John Armour, “Legal Capital: an Outdated Concept?”, 1.

⁵⁰ Marta García Mandaloniz, “El Cuestionado Sentido Del Régimen Jurídico Del Capital Social”, 281.

el contexto de las compañías tradicionales, el requisito está vigente. En Europa, la Directiva 2012/30/UE establece que el monto mínimo de capital es de €25.000 para la constitución u obtención de la autorización de las compañías de capital abierto para operar⁵¹. En ese sentido, hay naciones, como el Reino Unido, UK, en las que únicamente se impone el requisito para las compañías que cotizan sus acciones en los mercados públicos⁵². Sin embargo, la mayoría de las jurisdicciones europeas, como España, Italia o Alemania, fijan un capital mínimo para la constitución de compañías tanto de capital abierto como de capital cerrado. Al contrario, países como Japón, Estados Unidos (Estado de California), Canadá, Australia o Nueva Zelanda, no imponen requisitos mínimos de capital a las compañías, sean abiertas o cerradas⁵³. En su reemplazo, establecen otro tipo de normas que procuran la solvencia de la compañía y la protección de los acreedores⁵⁴.

Si bien no existe jurisprudencia nacional sobre la materia, a nivel internacional se presentan tres casos representativos: “*Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (Case C-212/97)*”; “*Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) (2002) C-208/00*”; y “*Kamer van Koophandel v Inspire Art Ltd (2003) C-167/0*”⁵⁵. En estos procesos judiciales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, basado en el principio de libertad de establecimiento y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, señaló que es perfectamente posible constituir una compañía en una jurisdicción distinta a la que realizará sus actividades, a fin de beneficiarse del régimen flexible de capital como, por ejemplo, la ausencia del requisito mínimo de capital para su constitución⁵⁶. A raíz de estas sentencias, el debate en la Unión Europea ha incrementado notablemente.

La existencia de requisitos de capital mínimo ha desembocado en una competencia regulatoria interestatal⁵⁷. En Europa, las sociedades mercantiles cada vez más se decantan por constituirse en legislaciones sin capital mínimo y luego radicar sus

⁵¹ Artículo 6, Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, Diario Oficial de la Unión Europea, de 25 de octubre de 2012, N/D.

⁵² Jennifer Payne, “Legal Capital in the UK following the Companies Act 2006”, *University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No 13/2008*, (2008), 8, <https://ssrn.com/abstract=1118367>.

⁵³ KPMG, Comisión Europea, “Feasibility Study on an Alternative to the Capital Maintenance Regime Established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an Examination of the Impact on Profit Distribution of the New EU-Accounting Regime”, 257.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ Marta García Mandaloniz, “El Cuestionado Sentido Del Régimen Jurídico Del Capital Social”, 324.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Ver. John Armour, “Who Should Make Corporate Law? EC Legislation Versus Regulatory Competition”, *ECGI - Law Working Paper No. 54/2005*, (2005), 2, <https://ssrn.com/abstract=860444>.

actividades principales en otra jurisdicción⁵⁸. Específicamente, esto es lo que está sucediendo en Reino Unido con las compañías de capital cerrado. Mediante un análisis estadístico, se demostró que la mayoría de pequeñas compañías extranjeras constituidas en Inglaterra tenían su origen en países que contaban con el requisito mínimo de capital, como Alemania, Francia y Holanda⁵⁹. En el año 2003, Francia eliminó el requisito mínimo de capital para las compañías de responsabilidad limitada y el estudio demostró que se redujo el número de constituciones francesas al estilo-*Centros*⁶⁰. Por lo tanto, es evidente que el empresario prefiere constituir una compañía en la jurisdicción que no establezca la norma de capital mínimo, aun cuando el proceso de constitución en una nación extranjera representa costos adicionales. Casos como *Centros* e *Inspire Act* demuestran que los requisitos de capital mínimo imponen costos transaccionales que, a fin de cuentas, desincentivan la formalización empresarial en las jurisdicciones que las imponen⁶¹.

5. El capital mínimo en las compañías tradicionales.

Las compañías anónimas y de responsabilidad limitada, también agrupadas bajo la denominación de compañías tradicionales, comparten la imposición normativa del requisito mínimo de capital para su constitución, con la única diferencia del monto asignado. Como se expuso previamente, varias compañías cuentan con regulación especial que le impone una cuantía diferente de capital social al momento de constituirse. Dentro de esta categoría pueden estar tanto compañías anónimas -entidades financieras, compañías que integran el mercado de valores o el sistema nacional de seguros- como limitadas -compañías de seguridad-. El presente artículo excluye del objeto de estudio a este tipo de compañías, precisamente, por contar con leyes especiales que las regulan, en cuanto son sociedades que, por su naturaleza e importancia dentro de la economía del país, tienen una normativa específica ya que un eventual proceso de insolvencia representaría mayor riesgo sistémico para la sociedad⁶². Por esta razón, los siguientes acápites de la investigación únicamente analizarán a las sociedades de capital cerrado y

⁵⁸ Carmen Alonso Ledesma, “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, 109.

⁵⁹ Eilís Ferran y Look Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law*, 76.

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ Paúl Noboa, “Obsolescencia de los Requisitos de Capital Mínimo en las Sociedades Mercantiles (Obsolescence of the Corporate Minimum Capital Requirements)”, 31.

⁶² Eilís Ferran y Look Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law*, 78-79.

las que no cuentan con una ley especial que modifique lo dispuesto por la Ley de Compañías y demás normativa aplicable, respecto del capital mínimo.

En primer lugar, es necesario esclarecer el concepto de capital para entender el alcance de la norma que establece el requisito mínimo de capital. La mayoría de sus acepciones se relacionan entre sí, pero parten de enfoques diferentes. Por ejemplo, desde una perspectiva contable, el capital es básicamente una cuenta del patrimonio⁶³; en cambio, bajo un enfoque netamente societario, es el fondo social compuesto por todos los aportes de capital, sean estos en dinero o en especie, realizados por los asociados⁶⁴. Entonces, las compañías tradicionales se pueden constituir únicamente si la cuantía del fondo social es aquella que la norma determina como capital mínimo.

Por lo tanto, si el aporte en capital constituye una prestación de dar⁶⁵, en último término, la ley impone un determinado valor que deben asumir los socios para poder acceder al beneficio de la responsabilidad limitada, propio de las compañías tradicionales⁶⁶. El monto mínimo se justificaría si cumple con las funciones que la doctrina le asigna al capital⁶⁷. No obstante, varios autores consideran que el requisito mínimo de capital es únicamente un precio que deben pagar aquellas personas que buscan constituir una compañía porque realmente no cumple con las funciones de garantía y productividad⁶⁸. En este punto, vale la pena aclarar que el funcionamiento del capital se rige por principios rectores, por lo tanto, previo al análisis de cumplimiento de sus funciones, resulta esencial explicar cada uno de ellos.

El capital mínimo tiene, al menos, cuatro principios: (i) principio de determinación y unidad; (ii) principio de estabilidad, permanencia o fijeza; (iii) principio de integridad o integración; y, (iv) correspondencia mínima entre el capital y el patrimonio⁶⁹. El primero establece que “[l]a cifra del capital ha de ser única y, además, estar determinada en los estatutos sociales”⁷⁰. El principio de estabilidad, por su parte, considera al capital como un fondo indisponible y determina la imposibilidad que la cifra del capital sea modificada, a menos que los socios, reunidos en junta general, aprueben

⁶³ Marta García Mandaloniz, “El Cuestionado Sentido Del Régimen Jurídico Del Capital Social”, 315.

⁶⁴ Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario Tomo I* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2020), 335.

⁶⁵ *Ibíd.*, 335.

⁶⁶ John Armour, “Legal Capital: an Outdated Concept?”, 15.

⁶⁷ Paúl Noboa, “Obsolescencia de los Requisitos de Capital Mínimo en las Sociedades Mercantiles (Obsolescence of the Corporate Minimum Capital Requirements)”, 9.

⁶⁸ Louis Gullifer y Jennifer Payne, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, 151; John Armour, “Legal Capital: an Outdated Concept?”, 15; y, Carmen Alonso Ledesma, “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, 115.

⁶⁹ Marta García Mandaloniz, “El Cuestionado Sentido Del Régimen Jurídico Del Capital Social”, 302.

⁷⁰ *Ibíd.*

la modificación de los estatutos -aumento o reducción del capital-⁷¹. El tercer requisito dispone que la cifra de capital siempre deba estar respaldada por una aportación en el patrimonio real⁷². Por último, el principio de correspondencia mínima entre el capital y el patrimonio establece la imposibilidad de que la cuantía del patrimonio sea menor al monto de capital fijado en el estatuto⁷³. En suma, el capital debe estar claramente determinado, es una cifra estática y un fondo integrado por aportaciones reales y fija el valor mínimo de la cuantía del patrimonio.

5.2. Funciones del capital.

Las funciones son el rol que el capital desempeña en la compañía, por ejemplo, puede actuar como garantía o fuente de financiamiento.

5.2.1. Función de garantía.

En virtud del principio de responsabilidad limitada -los socios solo responden hasta el monto de sus aportes- y el de división afirmativa del patrimonio social -el patrimonio de la compañía es diferente al de los socios-, los acreedores están impedidos de perseguir el patrimonio personal de los socios⁷⁴. En el pasado, el capital mínimo fue acogido en Europa-continental ya que los “socios” de la sociedad anónima no eran responsables frente a terceros de manera personal e ilimitada por las deudas de la sociedad⁷⁵, es decir, era la contrapartida al principio de responsabilidad limitada⁷⁶. La lógica subyacente de la función de garantía es otorgar a los acreedores sociales la certeza de que la compañía tendrá cierta cantidad de fondos con los que pueda atender su crédito, puesto que no podrán perseguir el patrimonio de los socios para hacer cumplir sus acreencias⁷⁷.

⁷¹ Marta García Mandaloniz, “El Cuestionado Sentido Del Régimen Jurídico Del Capital Social”, 306.

⁷² *Ibíd.*, 310.

⁷³ *Ibíd.*, 315.

⁷⁴ Reinier Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (New York: Oxford University Press, 2004), 8-9.

⁷⁵ Marta García Mandaloniz, “El Cuestionado Sentido Del Régimen Jurídico Del Capital Social”, 281.

⁷⁶ Efraín Hugo Richard, “Sobre El Capital”, en *Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butti*, (Buenos Aires: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina, 2007), 1, Recuperado de: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/05/artsobreelcapitalsocial.pdf>.

⁷⁷ *Ibíd.*

Debido a que el requisito mínimo de capital pretende que el capital opere como una garantía, es una herramienta preventiva de protección de acreedores⁷⁸. En efecto, los socios siempre deberán asumir esta obligación legal para constituir la sociedad, a pesar de que la sociedad no sea insolvente y, por lo mismo, no perjudique a acreedores. La explicación teórica señala que el capital mínimo asegura que el valor de los activos sea superior a los pasivos, de tal manera que, al venderse todos los activos, la compañía tendrá la liquidez suficiente para satisfacer a sus acreedores⁷⁹. En ese sentido, al menos en los sistemas del *civil law*, históricamente se ha concebido al capital mínimo como una garantía en beneficio de los acreedores cuya finalidad, como su nombre lo indica, es asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la sociedad y no causar perjuicio a los socios.

No obstante, la solvencia de una compañía está supeditada a su patrimonio y su capacidad para generar efectivo u obtener liquidez, a fin de que le sea perfectamente posible cumplir con sus obligaciones en un estimado período de tiempo⁸⁰. La noción expuesta es más que evidente si partimos de la definición propia de patrimonio, es decir, la universalidad jurídica conformada por los activos y pasivos de la sociedad⁸¹. También se debe considerar que, como se mencionó previamente, el capital es simplemente una cuenta del patrimonio⁸².

A modo de ejemplo, carece de sentido afirmar que una compañía limitada es solvente porque tiene US\$ 400 -cuatrocientos dólares- de capital, a pesar de no tener los activos suficientes para afrontar una deuda de US\$ 10.000 -diez mil dólares-. Es por este motivo que, aún en los sistemas con capital mínimo, los procesos concursales buscan proteger el patrimonio de la compañía⁸³ y no se enfocan únicamente en preservar el capital. Todo esto demuestra que es el patrimonio, o la relación entre los activos y el nivel de endeudamiento, lo que determina la solvencia de las compañías y no el monto de capital.

⁷⁸ Carmen Alonso Ledesma, “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, 132.

⁷⁹ Marco Ventoruzzo, et al., *Comparative Corporate Law*, 144.

⁸⁰ Louis Gullifer y Jennifer Payne, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, 185.

⁸¹ Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario Tomo I*, 376.

⁸² *Ibíd.*

⁸³ Juan Luis Goldenberg y Aurelio Gurrea Martínez, “El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales”, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas* (blog), 14 de septiembre de 2017, <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-yclasificacion-de-creditos-en-losprocedimientos-concursales/>.

En concordancia con lo antes mencionado, difícilmente el capital coincide con el patrimonio de la compañía⁸⁴, motivo por el que es inútil que los acreedores puedan consultar su cuantía⁸⁵. En primer lugar, el valor de los activos puede reducirse rápidamente desde la constitución de la sociedad o indemnizaciones por daños extracontractuales -créditos no previstos- podrían afectar todo su patrimonio⁸⁶. En segundo lugar, si bien establece un monto mínimo que garantizará a los acreedores, no se fija límites a la capacidad de endeudamiento de la compañía⁸⁷. Es decir, es posible que el total de las deudas sea muy superior al capital, de tal manera que, en caso de reorganización o liquidación, no sea suficiente para cubrir los montos adeudados o, en el peor de los casos, el capital ya no exista debido a una mala administración de la sociedad⁸⁸. En tercer lugar, los gastos que se incurren para constituir la compañía normalmente se consideran pasivos, por lo tanto, ni siquiera en su constitución el capital sería equivalente al patrimonio⁸⁹. Existiría, *ab initio*, una infra capitalización material que demostraría el fracaso del capital al cumplir tanto su función de garantía como de productividad⁹⁰. En suma, la cuantía del patrimonio no es igual al capital, ni siquiera al momento de constituirse ya que el primero es dinámico, en cuanto fluctúa de acuerdo con las actividades empresariales, y el segundo es estático, por ser una cuenta indisponible⁹¹.

5.2.2. Función de productividad.

También denominada función empresarial⁹², implica que el capital actúa como la fuente primigenia de financiamiento del fin social, es decir, es un fondo de explotación empresarial⁹³. No se trata de la única fuente de financiamiento de la compañía, sin embargo, su cuantía debe ser suficiente para la finalidad que persigue. En otras palabras,

⁸⁴ Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario Tomo I*, 377.

⁸⁵ Mauricio París, “Capital social: ¿Quo vadis?”, *Revista Judicial, Costa Rica, N° 108, Junio 2013*, (2013), 102, https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista%20108/PDFs/06-quivadis.pdf.

⁸⁶ Marco Ventrizzo, et al., *Comparative Corporate Law*, 145.

⁸⁷ Carmen Alonso Ledesma, “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, 135.

⁸⁸ Mauricio París, “Capital social: ¿Quo vadis?”, 103.

⁸⁹ Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario Tomo I*, 377.

⁹⁰ Paúl Noboa, “Obsolescencia de los Requisitos de Capital Mínimo en las Sociedades Mercantiles (Obsolescence of the Corporate Minimum Capital Requirements)”, 25.

⁹¹ Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario Tomo I*, 377.

⁹² Francisco Vicent Chuliá, “Introducción al Derecho Mercantil”, en *Capital social: ¿Quo vadis?*, Revista Judicial N° 108, Junio 2013, (2013), 92.

⁹³ Mauricio París, “Capital social: ¿Quo vadis?”, 92.

el capital cumple con esta función siempre que la aportación total permita que la compañía opere de forma adecuada.

Ahora bien, la Ley que impone el requisito mínimo de capital es la misma que permite a los socios que no paguen de forma íntegra el capital asignado. La LC establece que los socios de las compañías limitadas deben pagar al menos el 50% del capital suscrito⁹⁴; mientras que, para las compañías anónimas, los accionistas deberán pagar, por lo menos, el 25% del capital suscrito⁹⁵. En el supuesto de que el capital suscrito sea equivalente al que normativamente se impone como capital mínimo, los socios u accionistas están obligados a pagar US\$ 200 -doscientos dólares de los Estados Unidos de América- como capital inicial de las compañías tradicionales.

La fórmula normativa, entonces, podría resultar contradictoria si se considera al monto de capital mínimo como la fuente de financiamiento necesaria para que la compañía pueda operar. La norma “N1” establece el requisito de capital mínimo; no obstante, la norma “N2” permite que inicialmente los asociados aporten, real y efectivamente, un valor menor al establecido como capital legal mínimo. Por lo mismo, no es lógico interpretar que el monto establecido en la norma “N1” es el necesario para que la compañía pueda lograr su fin social, puesto que otra norma, del mismo cuerpo legal -norma “N2”-, permite que, para constituir la compañía los asociados efectúen aportes que, en la práctica, representan un valor inferior⁹⁶. ¿Cuál sería el valor que realmente necesita la compañía? La respuesta no se encuentra en la norma, sino en las necesidades propias de la compañía, en función del plan de negocios que pretende ejecutar⁹⁷.

Por otro lado, como se mencionó previamente, el Art. 199 de la LC y la Resolución No. 00.Q.IJ.004 -que regula la operación en Ecuador de las compañías constituidas en el extranjero- determinan que el capital busca el cumplimiento del objeto social, el cual consiste en la determinada actividad económica que desempeñará la compañía, a fin de hacer posible la obtención de beneficios económicos, y la rama económica en la que realizará sus operaciones⁹⁸. Estas son las únicas normas que señalan la función de productividad del capital. Es decir, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no contempla otras disposiciones normativas que, de manera expresa, obliguen a las

⁹⁴ Art. 102, Ley de Compañías, 1999.

⁹⁵ Art. 147, Ley de Compañías, 1999.

⁹⁶ Eilís Ferran y Look Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law*, 78-79.

⁹⁷ Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel, “Limited Liability and the Corporation”, *The University of Chicago Law Review* 52, no. 1, 89-117, (1985), 113. <https://doi.org/10.2307/1599572>.

⁹⁸ Ediciones Francis Lefebvre, *Memento Práctico Francis Lefebvre*, 24.

compañías tradicionales a adecuar, *a priori*, el monto de capital con las actividades que realizará.

El principio de capitalización suficiente o adecuada al objeto social, cuya creación es esencialmente doctrinaria, en palabras de Marta García Mandaloniz, no debería existir, a excepción de las compañías anónimas y limitadas especiales⁹⁹. El hecho de que una compañía requiera financiamiento no significa que necesariamente deba ser a través de capital, puesto que existen otras fuentes -como el financiamiento con deuda-¹⁰⁰. Asimismo, al imponer un monto de capital mínimo para todas las compañías de capital cerrado, no se toma en cuenta que, en función del giro de negocio, varía tanto el tamaño de la deuda como los riesgos en que una sociedad podría incurrir¹⁰¹. Por último, un control *ex ante*, respecto de la adecuación del capital al objeto social, provocaría un indeseable, lento, engorroso y arbitrario proceso de constitución de compañías porque implicaría que el órgano de control, de forma discrecional, revise exhaustivamente la adecuación del capital¹⁰². Es decir, el capital no necesariamente es la mejor fuente de financiamiento de la compañía y el monto mínimo establecido por la norma no toma en cuenta la variedad de actividades empresariales, razón por la que es posible que no contribuya a la consecución del objeto social.

6. Alternativas.

Las alternativas al régimen de capital mínimo se plantean con la finalidad, esencialmente, de proteger a los acreedores¹⁰³. Respecto de la función de productividad, por lo expuesto, se mantiene la postura de que los socios deben libremente elegir las fuentes de financiamiento adecuadas para que la compañía cumpla con su objeto social.

Ahora bien, en la práctica, se pueden identificar tres grupos de acreedores sociales, en virtud de su capacidad para negociar los créditos. En el primer grupo se encuentran aquellos que fácilmente pueden convenir las condiciones de sus créditos como, por ejemplo, entidades financieras¹⁰⁴. El segundo grupo se caracteriza por tener

⁹⁹ Marta García Mandaloniz, “El Cuestionado Sentido Del Régimen Jurídico Del Capital Social”, 8.

¹⁰⁰ Heribert Hirte y Alexander Schall, “Legal Capital and the EU treaties”, 521.

¹⁰¹ Louis Gullifer y Jennifer Payne, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, 152.

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ Laura Rodés Saldaña, “Suitability of EU legal capital rules as a mechanism of creditor protection-A comparative and functional study, Doctor of Philosophy at the University of Leicester”, (tesis doctoral, Leicester Law School - University of Leicester, 2019), 70, https://leicester.figshare.com/articles/thesis/Suitability_of_EU_legal_capital_rules_as_a_mechanism_of_creditor_protection_-_A_comparative_and_functional_study/10231844.

¹⁰⁴ John Armour, “Legal Capital: an Outdated Concept?”, 11.

nula capacidad para negociar sus créditos¹⁰⁵. El clásico ejemplo son los acreedores extracontractuales, ciertos trabajadores o incluso compañías pequeñas como las proveedoras de servicios que obtienen contratos mediante concursos¹⁰⁶. Por último, el tercer grupo de acreedores son aquellos que pueden ajustar las condiciones de los créditos, pero de forma limitada porque no pueden asumir todos los costos necesarios para reducir las asimetrías informacionales¹⁰⁷.

La doctrina suele clasificarlos únicamente como: *adjusting creditors* y *non-adjusting creditors*¹⁰⁸. A los *adjusting creditors* se los define como aquellos que voluntariamente incurren en costos de transacción, como la recopilación de información o la negociación, a fin de ajustar las condiciones del crédito para compensar de forma adecuada el potencial riesgo de incumplimiento¹⁰⁹. En contraposición, los *non-adjusting creditors* son aquellos que no pueden ajustar las condiciones del crédito en función del riesgo del deudor¹¹⁰. Es vital diferenciar a los acreedores, a fin de identificar que alternativas resultan más adecuadas para cada uno.

En virtud del principio de libertad contractual, los *adjusting creditors* pueden libremente imponer o, al menos, negociar la estipulación de cláusulas contractuales -*covenants*- en los préstamos que otorguen a las compañías. Los *covenants* pueden ser obligaciones de hacer o no hacer -*affirmative* o *negative covenants*-, a fin de limitar la capacidad de endeudamiento de la compañía y salvaguardar su solvencia¹¹¹. Estas cláusulas no son taxativas ya que se fundamentan en la libertad de negociación interna. Entre las más importantes, están:

[d]esde la prohibición o limitación, en determinadas circunstancias, del pago de dividendos o la recompra de acciones u operaciones «generosas» con filiales, al establecimiento de límites a las manipulaciones contables (dada la posibilidad, antes señalada, de recurrir a métodos contables diversos o de proceder a la revalorización de activos con el fin de poder repartir dividendos) y al mantenimiento de un estricto control sobre las operaciones de la sociedad

¹⁰⁵ John Armour, “Legal Capital: an Outdated Concept?”, 11.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ Aurelio Gurrea-Martínez et al., “Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador (Proposal for the Improvement and Modernization of Corporate Law in Ecuador)”, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas Working Paper Series 2/2019*, (2019), 59, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3383861>

¹⁰⁹ John Armour, “Legal Capital: an Outdated Concept?”, 11.

¹¹⁰ Louis Gullifer y Jennifer Payne, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, 80.

¹¹¹ *Ibíd.*, 195-196.

que puede llegar hasta una auténtica injerencia en la gestión de la misma [...]¹¹²

Además, Carmen Alonso menciona que se suele exigir a la compañía que mantenga un monto mínimo de capital *-equity cushion-*, ciertos *ratios* financieros o determinados niveles de liquidez, así como las obligaciones de información periódica sobre la situación financiera y la administración de la compañía¹¹³.

Se debe agregar que los acreedores contractuales tienen la facultad de solicitar garantías reales o personales a la compañía o sus socios¹¹⁴. En el caso de que la sociedad no tenga bienes para constituir una garantía real o el acreedor desconozca si podrá cumplir con dicha garantía, entonces, como lo hacen las entidades financieras, se podrá solicitar una garantía personal a los asociados¹¹⁵. Esto ocurre comúnmente en la práctica, con la única diferencia de que el accionista ya no deberá afectar dos veces su patrimonio por un mismo fin. Es decir, sin el requisito de capital mínimo, únicamente comprometerá su patrimonio en lo que efectivamente necesite¹¹⁶. Por lo tanto, si los socios realizaron una aportación relevante, harán los esfuerzos para que su acreedor conozca de este hecho, a fin de no tener que comprometer parte de su patrimonio en dos ocasiones: aportación de capital y garantía, sea real o personal¹¹⁷.

Por último, ciertos acreedores contratan con la compañía, aun cuando no pueden ajustar los términos de sus créditos, porque dicha transacción es eficiente¹¹⁸. En efecto, los costos necesarios para garantizar el crédito les resultaría mayores que el beneficio obtenido¹¹⁹. Además, respecto de la probabilidad del riesgo que podrían asumir, se pueden ajustar con el margen de la cantidad de crédito concedido, en lugar de las variaciones de los términos¹²⁰. En definitiva, esta clase de acreedores tampoco requiere

¹¹² Carmen Alonso Ledesma, “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, 143.

¹¹³ Carmen Alonso Ledesma, “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, 143.

¹¹⁴ John Armour, “Legal Capital: an Outdated Concept?”, 18-19.

¹¹⁵ Louis Gullifer y Jennifer Payne, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, 79-80.

¹¹⁶ John Armour, “Legal Capital: an Outdated Concept?”, 18-19.

¹¹⁷ Louis Gullifer y Jennifer Payne, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, 178-179.

¹¹⁸ Cándido Paz-Ares, “La Infracapitalización: Una Aproximación Contractual”, en *Obsolescencia de los Requisitos de Capital Mínimo en las Sociedades Mercantiles (Obsolescence of the Corporate Minimum Capital Requirements)*, en Paúl Noboa Velasco, Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper Series (2020), 21.

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ John Armour, “Legal Capital: an Outdated Concept?”, 20.

protección porque se sobrentiende que están dispuestos a asumir el riesgo de incumplimiento a fin de percibir los beneficios del crédito¹²¹.

Por otro lado, respecto de los *non-adjusting creditors*, resulta conveniente analizar las siguientes alternativas: contrato de seguro, *solvency statement approach* y prelación crediticia en favor de los acreedores extracontractuales.

6.1. Contrato de seguro.

Los contratos de seguro, en esencia, tienen como objeto el traslado del riesgo en virtud de una contraprestación económica¹²². Esta alternativa busca proteger a los *non-adjusting creditors*, es decir, aquellos que tienen limitada o nula facultad de establecer las condiciones del crédito¹²³. En virtud de este contrato, particularmente del contrato de seguro de responsabilidad civil, las aseguradoras asumen el riesgo de la compañía e indemnizan a los acreedores en el acaecimiento del siniestro¹²⁴. Si bien es la compañía quién asume el costo del seguro -pago de la prima- y no los socios, se debe tomar en cuenta que en Ecuador existen gran cantidad de compañías familiares en las que “[l]os administradores suelen ser los propios accionistas, o éstos últimos tienen incentivos para vigilar estrechamente a los administradores”¹²⁵ para proteger la riqueza familiar. Es decir, en la mayoría de los casos, sobre todo en compañías recién constituidas o emprendimientos, su financiamiento inicial está íntimamente ligado al patrimonio de los socios o su capacidad de dotar de recursos financieros a la sociedad.

Es importante tomar en cuenta que el régimen de aseguramiento, como mecanismo de protección de acreedores extracontractuales, necesita que la normativa sea suficientemente específica, sobre todo, en cuanto a cobertura¹²⁶. Caso contrario, las compañías no asegurarían ciertos riesgos, como daños extrapatrimoniales¹²⁷, o podría ocurrir que, en virtud de los términos de la póliza, incurran en causales de exclusión de

¹²¹ Cándido Paz-Ares, “La Infracapitalización: Una Aproximación Contractual”, 21.

¹²² Lisandro Peña Nossa. *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales (5a. ed.)*, (Bogotá: Ecoe Ediciones, 2014), 311, <https://elibro-net.ezbiblio.usfq.edu.ec/en/ereader/usfq/158767?page=344>.

¹²³ Juan Luis Goldenberg y Aurelio Gurrea Martínez, “El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales” (blog).

¹²⁴ John Armour, “Legal Capital: an Outdated Concept?”, 19.

¹²⁵ Aurelio G. Martínez, A. et al., “Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador (Proposal for the Improvement and Modernization of Corporate Law in Ecuador)”, 10.

¹²⁶ Laura Rodés Saldaña, “Suitability of EU legal capital rules as a mechanism of creditor protection-A comparative and functional study, Doctor of Philosophy at the University of Leicester”, 84.

¹²⁷ David W. Leebron, “Limited Liability, Tort Victims, and Creditors”, *Columbia Law Review Vol. 91, No. 7, 1565-1650*, (1991), 1603, <https://doi.org/10.2307/1123093>.

indemnización, por ejemplo, debido a una actuación negligente¹²⁸. Los dos escenarios propuestos son hipótesis de daños no cubiertos por la póliza, motivo por el cual los acreedores no tendrían asegurada su indemnización. Además, prácticamente todos los seguros de responsabilidad civil son por una cantidad limitada, es decir, existe un monto asegurado que es precisamente el límite de la responsabilidad del asegurador. Por estas razones, si la norma no detalla el tipo de cobertura que se debe contratar y únicamente menciona que las compañías deben contratar obligatoriamente un seguro de responsabilidad civil extracontractual, entonces, se podrían generar situaciones en las que los acreedores extracontractuales no reciban su indemnización¹²⁹.

Sin embargo, exigir que la póliza no tenga exclusiones, que la indemnización no tenga límite y que se asegure todo tipo responsabilidad extracontractual -cobertura total- generaría un incremento en los costos del seguro -primas más costosas- porque la aseguradora siempre estaría obligada a indemnizar cuando surgiera un siniestro de esta naturaleza¹³⁰. Por lo tanto, la mayoría de las compañías, especialmente las pequeñas y medianas, no podrían asumir dichos costos¹³¹. En efecto, las aseguradoras estarían incentivadas a incrementar el valor de las primas por considerar que el riesgo aumentó, por ejemplo, en las nuevas compañías, en cuanto tienen menos experiencia¹³² o en compañías que realizan actividades riesgosas, por estar más expuestas al acontecimiento de un eventual suceso de daño extracontractual.

Asimismo, debido a que la protección completa de los acreedores requiere de una cobertura total con un riesgo sumamente alto, también es posible que las aseguradoras se nieguen a contratar¹³³, de modo que las compañías no podrían cumplir con este requisito para operar y así estarían impedidas de cumplir con su objeto social, lo cual es causal de disolución de acuerdo con el Art. 377 de la LC¹³⁴. Consecuentemente, el aseguramiento obligatorio de cobertura total podría actuar como barrera sistémica para que las compañías realicen sus actividades operacionales y cumplan con su objeto social, cuyo costo no podría ser asumido por compañías pequeñas y medianas en virtud del

¹²⁸ Laura Rodés Saldaña, “Suitability of EU legal capital rules as a mechanism of creditor protection-A comparative and functional study, Doctor of Philosophy at the University of Leicester”, 84-85.

¹²⁹ David W. Leebron, “Limited Liability, Tort Victims, and Creditors”, 1576.

¹³⁰ Laura Rodés Saldaña, “Suitability of EU legal capital rules as a mechanism of creditor protection-A comparative and functional study”, 85.

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel, “Limited Liability and the Corporation”, 115.

¹³³ Laura Rodés Saldaña, “Suitability of EU legal capital rules as a mechanism of creditor protection-A comparative and functional study, Doctor of Philosophy at the University of Leicester”, 85.

¹³⁴ Artículo 377, LC.

incremento de la prima¹³⁵. En palabras de Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel, el régimen de aseguramiento obligatorio involucra costos administrativos y barreras de entrada ya que las compañías podrían tener dificultades para obtener un seguro, por lo mismo, esta alternativa podría ser igual o más ineficiente que el requisito de capital mínimo¹³⁶.

Una variante a la obligatoriedad de contratar un seguro podría ser la generación de incentivos para que las compañías, cuyas operaciones implican actividades riesgosas, contraten seguros de responsabilidad civil extracontractual¹³⁷, con el objeto de reducir o inclusive eliminar la responsabilidad civil de los *corporate insiders*. Por ejemplo, en la reparación integral de daños ambientales, el Código Orgánico del Ambiente, COAM, específicamente el numeral 2 del artículo 290, atribuye responsabilidad solidaria a los administradores o representantes legales de las compañías que hayan generado daños ambientales durante su gestión¹³⁸. Resulta evidente que el administrador estaría motivado a que la compañía contrate el seguro responsabilidad civil puesto que, ante un eventual daño ambiental, la aseguradora asumiría la indemnización, la compañía no debería asumir dichos costos para cubrir potenciales externalidades y, bajo este régimen de incentivos, el administrador no tendría que responder solidariamente con su patrimonio.

De esta manera, la compañía aseguradora asumiría el riesgo, la compañía evitaría caer en las dificultades expuestas con anterioridad y el Estado estaría exento de invertir tiempo y personal para calificar a las compañías como aquellas que realizan actividades riesgosas y después controlar que efectivamente contraten el seguro. Si bien el monto asegurado podría no cubrir toda la indemnización, o puede que la cobertura no sea a todo daño extracontractual, las víctimas del daño obtendrían más protección, en comparación con la tutela que confieren los montos de capital mínimo actuales.

En estos casos la compañía es un deudor involuntario -salvo que el daño haya sido intencionado-, por tanto, es sumamente complejo identificar *ex ante* cuál es el capital adecuado para satisfacer los pasivos involuntarios¹³⁹, sobre todo cuando existen daños extrapatrimoniales. Además, hay ocasiones que la probabilidad de que ocurra el siniestro es baja o simplemente no se tiene información disponible que señale la probabilidad de

¹³⁵ Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel, "Limited Liability and the Corporation", 115.

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ Laura Rodés Saldaña, "Suitability of EU legal capital rules as a mechanism of creditor protection-A comparative and functional study, Doctor of Philosophy at the University of Leicester", 86.

¹³⁸ Artículo 290, numeral 2, Código Orgánico del Ambiente, R.O. S983, 12 de abril de 2017, reformada por última vez R.O. Segundo Suplemento 602 de 21 de diciembre de 2021.

¹³⁹ David W. Leebron, "Limited Liability, Tort Victims, and Creditors", 1634.

que ocurra el daño¹⁴⁰. Por lo mismo, aunque la cobertura del seguro de responsabilidad civil extracontractual no sea total -indemnización sin límite de monto asegurado y para todo tipo de daño extracontractual-, el contrato de seguro es una alternativa más eficaz para proteger el crédito de las víctimas de daños, siempre que no sea obligatorio¹⁴¹.

6.2. Declaración de solvencia.

La declaración de solvencia -*solvency statement approach*- parte del principio de que los acreedores solo necesitan protección cuando la compañía es insolvente¹⁴². La tutela de los acreedores se justifica porque la sociedad no puede satisfacer sus créditos. Por lo tanto, si la compañía cuenta con fondos suficientes para pagar sus deudas, no hay razón para que la ley los proteja¹⁴³.

En ese sentido, la tutela de los *non adjusting creditors*, en el modelo norteamericano, se realiza de manera *ex post*, a través del Derecho Concursal¹⁴⁴ o mediante otras ramas del derecho como el Derecho de Consumidores o el Derecho Laboral¹⁴⁵. Además, es importante aclarar que el régimen de insolvencia incluye aquellos períodos previos a la insolvencia, durante los cuales los administradores concluyen, o deberían concluir, que no hay una solución o vía que impida la liquidación de la sociedad por insolvencia¹⁴⁶. Acotación que es sumamente importante porque durante este momento los administradores podrían disponer indebidamente de activos de la compañía o realizar operaciones en su desmedro¹⁴⁷, como sucede con las transacciones subvaloradas o sobrevaloradas con los socios de control -*asset tunneling out* o *asset tunneling in*-¹⁴⁸.

La Revised Model Business Corporation Act, RMBCA, cuerpo legal de Estados Unidos que se aplica en la mayoría de sus estados, abandonó definitivamente el concepto

¹⁴⁰ David W. Leebron, “Limited Liability, Tort Victims, and Creditors”, 1634.

¹⁴¹ Laura Rodés Saldaña, “Suitability of EU legal capital rules as a mechanism of creditor protection-A comparative and functional study”, 87.

¹⁴² Louis Gullifer y Jennifer Payne, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, 183.

¹⁴³ *Ibíd.*, 180.

¹⁴⁴ Carmen Alonso Ledesma, “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, 132.

¹⁴⁵ Paúl Noboa, “Obsolescencia de los Requisitos de Capital Mínimo en las Sociedades Mercantiles (Obsolescence of the Corporate Minimum Capital Requirements)”, 22.

¹⁴⁶ Louis Gullifer y Jennifer Payne, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, 181.

¹⁴⁷ Aurelio Gurrea-Martínez, “Towards an Optimal Model of Directors’ Duties in the Zone of Insolvency: An Economic and Comparative Approach”, *Journal of Corporate Law Studies, Volume 1, Part 1*, (2021), 4, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3717631>.

¹⁴⁸ Ver. Paúl Noboa Velasco, “Regulación de las operaciones entre partes relacionadas en el Derecho Societario del Ecuador”, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas* (blog), 13 de enero de 2021, <https://www.derechoyfinanzas.org/regulacion-de-las-operaciones-entre-partes-relacionadas-en-el-derecho-societario-del-ecuador/>

de *stated capital*¹⁴⁹. En su lugar, contiene reglas que buscan proteger el patrimonio de la compañía y esto, en último término, permite satisfacer los créditos de los acreedores. Por ejemplo, la norma que establece que solo se puede realizar una distribución a los asociados si previamente los administradores declaran que la compañía es solvente¹⁵⁰. La finalidad es evitar que los socios extraigan valor de la compañía cuando se encontrare a punto de declararse insolvente¹⁵¹, es decir, crea obstáculos para que los socios no se coloquen en una mejor posición que los acreedores ante una situación de insolvencia¹⁵².

La declaración de solvencia por parte de los administradores sociales del RMBCA es una alternativa *ex post* de tutela de acreedores que se basa en un test de solvencia compuestos por: (i) test de liquidez, que se basa en el estado de flujo de efectivo; y, (ii) test de activos netos, conforme el estado de situación¹⁵³. De manera similar, en Nueva Zelanda y Reino Unido se requiere que los administradores emitan un certificado de solvencia respaldado en el estado de flujo de efectivo y en el estado de situación, previa distribución de beneficios¹⁵⁴. Ambos estados financieros son importantes porque ofrecen información contable que permite concluir si la compañía presenta dificultades respecto su operación y liquidez, así como su capacidad para solicitar créditos o refinanciar la deuda, es decir, su situación financiera tanto presente como futura¹⁵⁵.

También forma parte de la *solvency statement approach* el régimen de responsabilidad de los administradores sociales, al funcionar como un incentivo para que su declaración sea fehaciente y en el mejor interés de la compañía¹⁵⁶. Podría darse el caso de que los administradores no realicen ninguna distribución a pesar de ser razonable¹⁵⁷, debido al temor de responder con su propio patrimonio por el perjuicio causado. Con el propósito de evitar este negativo efecto, la responsabilidad del administrador se mide en función de la *business judgement rule*, salvo las hipótesis de levantamiento del velo

¹⁴⁹ KPMG, Comisión Europea, “Feasibility Study on an Alternative to the Capital Maintenance Regime Established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an Examination of the Impact on Profit Distribution of the New EU-Accounting Regime”, 156.

¹⁵⁰ Carmen Alonso Ledesma, “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, 138.

¹⁵¹ Louis Gullifer y Jennifer Payne, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, 181.

¹⁵² *Ibíd.*, 183.

¹⁵³ Carmen Alonso Ledesma, “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, 138.

¹⁵⁴ Louis Gullifer y Jennifer Payne, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, 185.

¹⁵⁵ KPMG, Comisión Europea, “Feasibility Study on an Alternative to the Capital Maintenance Regime Established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an Examination of the Impact on Profit Distribution of the New EU-Accounting Regime”, 158.

¹⁵⁶ Louis Gullifer y Jennifer Payne, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, 186.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, 187.

societario¹⁵⁸. Por lo mismo, la RMCBA exime a los administradores de responsabilidad, siempre que hayan actuado de buena fe, de una manera razonable para el mejor interés de la compañía y con el cuidado que hubiera desempeñado otra persona en el ejercicio de su cargo en condiciones similares¹⁵⁹.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano no contempla una norma que establezca, como requisito previo a la distribución, la declaración de solvencia de la compañía por parte de los administradores sociales. Sin embargo, los artículos 208 y 298 de la LC, que expresamente prohíben la distribución de dividendos que no se derivan de beneficios líquidos realmente percibidos¹⁶⁰, procuran que una eventual distribución afecte el patrimonio de la compañía y, en último término, a sus acreedores. Igualmente, el artículo 220 de la LC establece que los accionistas deberán responder ante los acreedores de la compañía por cualquier pago que hubieren recibido de la misma¹⁶¹. Considerando que dicho artículo no hace distinción alguna, se entendería que los accionistas asumen responsabilidad por cualquier pago que hubiere realizado la compañía, incluyendo aquellos que se efectúen por concepto de distribución de dividendos o por el reparto del capital producto de su disminución.

En los regímenes que cuentan con el requisito mínimo de capital, se suele interpretar a estos artículos como reglas de mantenimiento del capital. La idea es que esta prohibición impide que de manera encubierta se devuelvan los aportes sociales a los socios sin un acuerdo de reducción de capital¹⁶². Se comparte esta posición doctrinal, en el sentido de que eliminar esta prohibición deja la puerta abierta a un posible fraude contable, razón por la que indirectamente esta norma busca preservar el capital social en favor de los acreedores de la compañía.

Sin embargo, en el supuesto de que no existiesen los artículos 208 y 298, dentro del marco legal, la distribución no podría efectuarse en contrapartida con la cuenta de capital social ya que, por mandato del Art. 33 de la LC, toda reducción del capital social debe sujetarse “[a] las solemnidades establecidas por la Ley para la fundación de la

¹⁵⁸ Carmen Alonso Ledesma, “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, 140.

¹⁵⁹ KPMG, Comisión Europea, “Feasibility Study on an Alternative to the Capital Maintenance Regime Established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an Examination of the Impact on Profit Distribution of the New EU-Accounting Regime”, 159.

¹⁶⁰ Artículos 208 y 298, LC.

¹⁶¹ Artículo 220, LC.

¹⁶² Paúl Noboa, “Obsolescencia de los Requisitos de Capital Mínimo en las Sociedades Mercantiles (Obsolescence of the Corporate Minimum Capital Requirements)”, 13

compañía según su especie”¹⁶³. Además, en función del principio de permanencia, el capital es una cuenta del patrimonio cuya cifra es estática, fija e indisponible. En otras palabras, el dinero para la repartición se debería obtener de otras cuentas de la compañía, como fondos de reserva disponibles, más no del capital. Por lo mismo, se evidencia que los artículos 208 y 298 buscan proteger el patrimonio de la compañía y solo indirectamente al capital. Si una compañía distribuye dividendos que no se derivan de beneficios líquidos realmente percibidos, los socios están extrayendo valor de la compañía sin ninguna justificación, operación que sin lugar a duda afectaría el patrimonio de la sociedad a costa del beneficio de los socios.

De acuerdo con lo señalado en líneas anteriores, los acreedores no necesitan de esta protección si la compañía es solvente. Es posible que la compañía, después de realizar la distribución, tenga la solvencia para afrontar todas sus deudas, escenario en el que los acreedores no necesitan de esta tutela. Es evidente que estaríamos, una vez más, ante un método de control *ex ante* ya que la norma no centra su atención en un eventual estado de insolvencia, sino que aplica esta regla a todas las compañías, aun cuando estas son solventes. Independientemente del método de protección, sea este *ex ante* o *ex post*, es relevante reconocer que, además del requisito mínimo de capital, contamos con normas que sirven para colocar a los acreedores en una mejor posición que los asociados.

Respecto del régimen de responsabilidad de los administradores, el Derecho Societario ecuatoriano reconoce la *business judgment rule*, con ciertos matices a la regla de la discrecionalidad aplicada en el sistema norteamericano¹⁶⁴. En efecto, el tercer inciso del artículo 262 de la LC establece que el estándar de diligencia de un ordenado empresario se cumple cuando el administrador actúa (i) de buena fe; (ii) sin interés personal en el asunto objeto de decisión; (iii) con información suficiente; y, (iv) con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado¹⁶⁵. Además, el primer inciso del Art. 262.1, declara el deber de los administradores de actuar en el mejor interés de la compañía¹⁶⁶. En suma, si bien el sistema ecuatoriano no tiene regulación que obligue al administrador a declarar la solvencia de la compañía con base en un test de solvencia, sí

¹⁶³ Artículo 33, LC.

¹⁶⁴ Paúl Noboa Velasco, “El reconocimiento de la ‘Business Judgment Rule’ en el Derecho Societario del Ecuador”, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas* (blog), 21 de diciembre de 2021, <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-de-la-business-judgment-rule-en-el-derecho-societario-del-ecuador/>

¹⁶⁵ Tercer inciso del artículo 262, LC.

¹⁶⁶ Primer inciso del Art. 262.1, LC.

cuenta con el mismo estándar responsabilidad que se aplica en la *solvency statement approach*, lo cual es importante si se pretende aplicar esta alternativa en el Ecuador.

6.3. Prelación crediticia en favor de los acreedores extracontractuales.

Los procesos concursales operan cuando el patrimonio del deudor no es suficiente para satisfacer una pluralidad de acreedores¹⁶⁷. Por ejemplo, la liquidación, proceso que busca vender los bienes de la compañía para distribuir su producto entre los acreedores de conformidad con el régimen de insolvencia¹⁶⁸. El orden de prelación crediticia se establece en función de los diferentes tipos de créditos concursales: en primer lugar, se pagan los créditos garantizados; posteriormente, los privilegiados o preferenciales; en tercer lugar, los créditos ordinarios; y, por último, los créditos subordinados¹⁶⁹. En el Ecuador, los acreedores extracontractuales son una categoría de los acreedores ordinarios, por lo tanto, en el eventual devenir liquidatario de una compañía, solo se podrá satisfacer su crédito si previamente la sociedad cumplió con la totalidad de la deuda que tenía con los acreedores garantizados -se ejecutó la garantía- y los acreedores privilegiados¹⁷⁰.

La alternativa, al requisito mínimo de capital, consiste en otorgarles a los acreedores extracontractuales prioridad, sobre los acreedores garantizados, en caso de concurso¹⁷¹. Desde la visión del Derecho Concursal, esta prioridad se justifica porque son víctimas de fallas de mercado, como en las situaciones que crean una externalidad negativa al sistema, por lo mismo, la intervención regulatoria es fundamental para maximizar el bienestar colectivo¹⁷². Un claro ejemplo es el riesgo moral que se produce cuando la compañía transfiere el costo del riesgo generado por sus actividades a los acreedores extracontractuales¹⁷³. Esta externalización del riesgo genera incentivos para que la compañía tome excesivos riesgos sin tener un adecuado nivel de cuidado, puesto

¹⁶⁷ Juan Pulgar Ezquerro, “Concepto, función y significado del Derecho Concursal”, en *Manual de Derecho concursal (3a. ed.)*, ed. de Juan Pulgar Ezquerro et al., (Madrid: Wolters Kluwer España, 2021), 42.

¹⁶⁸ Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, Guía Legislativa, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, ISBN 92-1-333362-5, 2006, 6.

¹⁶⁹ Juan Luis Goldenberg y Aurelio Gurrea Martínez, “El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales” (blog).

¹⁷⁰ Paúl Noboa, “Obsolescencia de los Requisitos de Capital Mínimo en las Sociedades Mercantiles (Obsolescence of the Corporate Minimum Capital Requirements)”, 20.

¹⁷¹ *Ibid.*, 21.

¹⁷² Juan Luis Goldenberg y Aurelio Gurrea Martínez, “El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales” (blog).

¹⁷³ Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel, “Limited Liability and the Corporation”, 103.

que serán terceros quienes los asumirán¹⁷⁴. Por lo mismo, otorgarles prioridad a los acreedores extracontractuales, sobre los créditos garantizados, permite que las compañías internalicen los riesgos que provocan en el desarrollo de sus operaciones, de tal manera que terceros -acreedores extracontractuales-, que generalmente no están vinculados con la compañía, no se vean perjudicados¹⁷⁵.

Una razón más para justificar esta alternativa es que los acreedores extracontractuales tienen la condición o carácter de acreedor involuntario¹⁷⁶, en otras palabras, son acreedores porque les ocasionaron un daño y no por su propia voluntad. En consecuencia, es imposible que puedan analizar *ex ante* la situación financiera del deudor para negociar los medios con los que se garantizaría su crédito¹⁷⁷ o de controlar el riesgo al que les expone la compañía¹⁷⁸. Ante la ausencia de otro mecanismo de protección, como sí sucede con los trabajadores, consumidores o acreedores públicos, el Derecho Concursal interviene para tutelarlos¹⁷⁹.

Los argumentos expuestos justifican una prelación crediticia a favor de las víctimas de daños, pero desde un punto de vista de política legislativa¹⁸⁰. El análisis económico, por otro lado, demuestra que esta alternativa no siempre será eficiente ya que todo o parte del patrimonio del deudor podría ser destinado al pago de daños extracontractuales y esto es un riesgo para los demás acreedores, el cual difícilmente puede ser ajustado por diferentes factores de incertidumbre como los daños extrapatrimoniales¹⁸¹. El aumento de este riesgo podría ocasionar que, “[e]n el caso de deudores más expuestos a tener acreedores extracontractuales, las vías de financiación habituales serían considerablemente más onerosas”¹⁸². En síntesis, existen varias razones que fundamentan su eficacia e implementación; mientras que, desde un punto de vista económico, conferir esta prelación no siempre sería una decisión eficiente, particularmente por un potencial escenario de encarecimiento del crédito. Sin embargo,

¹⁷⁴ Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel, “Limited Liability and the Corporation”, 103.

¹⁷⁵ Juan Luis Goldenberg y Aurelio Gurrea Martínez, “El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales” (blog).

¹⁷⁶ Carmen Alonso Ledesma, “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, 148.

¹⁷⁷ *Ibíd.*

¹⁷⁸ David W. Leebron, “Limited Liability, Tort Victims, and Creditors”, 1601.

¹⁷⁹ Aurelio G. Martínez, A. et al., “Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador (Proposal for the Improvement and Modernization of Corporate Law in Ecuador)”, 10.

¹⁸⁰ Juan Luis Goldenberg y Aurelio Gurrea Martínez, “El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales” (blog).

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² *Ibíd.*

esta alternativa, a pesar de la crítica antedicha, siempre será más eficiente que el requisito de capital mínimo para proteger a los acreedores sociales.

7. Conclusiones y recomendaciones.

Desde un enfoque tradicional, suele argumentarse que el capital funciona como garantía y fuente de financiamiento de las actividades de la compañía, cuya finalidad es proteger acreedores y procurar la consecución del objeto social, respectivamente. En cambio, la norma jurídica que establece el requisito de capital mínimo busca garantizar que el capital cumpla con sus funciones.

No obstante, las hipótesis planteadas evidencian que el requisito de capital mínimo no asegura que el capital cumpla con su función de garantía. En ese sentido, el hecho de que las compañías tradicionales cuenten con un monto mínimo de capital no significa que todos los acreedores de las compañías insolventes estarán protegidos y tampoco asegura que al menos uno estará tutelado porque esto, finalmente, depende del nivel de endeudamiento de la compañía.

Dicho lo anterior, la investigación corrobora que los criterios para determinar si una sociedad es solvente es su patrimonio y la capacidad que tiene para generar efectivo u obtener liquidez. El capital es simplemente una cuenta del patrimonio, misma que no representa la capacidad de pago de la compañía. Además, por las razones mencionadas en el desarrollo del presente trabajo, resulta virtualmente imposible que el capital sea equivalente al patrimonio, ni siquiera al momento de constitución de la compañía. Por lo mismo, la solvencia de una compañía no está supeditada a su capital.

Respecto de la función de productividad del capital, la investigación reconoce que el capital suscrito sirve como un fondo destinado a financiar las actividades operacionales de la compañía. Sin embargo, el requisito de capital mínimo no es útil en todos los casos ya que el monto podría resultar insuficiente o incensario para financiar sus actividades. En estos casos, cumplir el requisito representa a los asociados un costo cuyo único beneficio es tener la posibilidad de constituir la compañía, es decir, representa una barrea de entrada cuando existen otras fuentes de financiamiento que pueden suplir su función, como es el caso del financiamiento por deuda. A fin de evitar esta posible situación desfavorable, es recomendable que los asociados seleccionen libremente el monto de capital, en función del plan de negocios de la compañía.

Además, los artículos 102 y 147 de la LC permiten que el capital pagado sea inferior al monto mínimo. Por lo mismo, una interpretación sistemática de las normas del

capital niega la posibilidad de que la cuantía mínima sea el valor que el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé necesario para que el capital cumpla con la función de productividad.

Por otra parte, la presente investigación pone de manifiesto que los *adjusting creditors* pueden autoprotgerse *ex ante*, por ejemplo, a través de *covenants* o garantías, sean personales o reales. Además, los pequeños acreedores contractuales, que no pueden ajustar las condiciones de su crédito, no están en la posición de garantizarlo. A pesar de ello, voluntariamente asumen el riesgo de incumplimiento a fin de obtener los beneficios del contrato. En definitiva, estas dos clases de acreedores no requieren de ninguna norma legal que busque tutelarlos.

Por el contrario, los acreedores extracontractuales sí están desprotegidos cuando la compañía es insolvente. Un escenario de esta naturaleza externaliza el riesgo de la compañía hacia terceros, cuestión que podría motivar a la asunción de riesgos sin el debido cuidado. En tal sentido, se recomienda eliminar el requisito de capital mínimo en la constitución de compañías tradicionales, lo que implica una reforma a los artículos 102 y 160 de la LC, así como la derogación del artículo 2 de la Resolución No. 00.Q.I.J.016. Además, por ser más eficaces y eficientes que el requisito mínimo de capital, se sugiere la implementación de las siguientes tres alternativas en favor de los acreedores extracontractuales: (i) el contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual, siempre que no exista una norma impositiva que obligue a las compañías a contratarlo y, en su lugar, se establezcan incentivos; (ii) la exigencia de que el administrador de la compañía realice una declaración de solvencia antes de distribuir dividendos; y, (iii) prelación crediticia más favorable, de tal manera que tengan prioridad, sobre los acreedores garantizados, en caso de concurso.

La propuesta busca proteger a los acreedores extracontractuales de las externalidades negativas del sistema, con el objeto de que la compañía internalice los riesgos que generan sus actividades operacionales. Al tener la condición de acreedores involuntarios, están impedidos de autoprotgerse y requieren tutela desde un enfoque societario. Si bien esta opción no siempre será eficiente, en cuanto podría generar que la obtención de los créditos sea más costosa, siempre será más eficiente que el requisito mínimo de capital.

Finalmente, es importante señalar que toda medida de protección *ex ante* para los acreedores extracontractuales, no es del todo eficaz porque la valoración del riesgo,

sobre todo de los daños extrapatrimoniales, es sumamente complejo de cuantificar cuando no imposible.