

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO

“EFECTOS JURÍDICOS GENERADOS ANTE LA AUSENCIA O VICIOS
EN EL ELEMENTO *AFFECTIO SOCIETATIS* EN EL CONTRATO DE
SOCIEDAD O COMPAÑÍA MERCANTIL EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ECUATORIANO”

MUÑOZ VINOCUNGA JORGE ANDRÉS

DIRECTOR: DR. GONZALO LASCANO BÁEZ

QUITO, 2019

DEDICATORIA

A quien me enseñó que nada es más importante en la vida que ser humilde, respetuoso y sobre todo feliz, Mami Loli.

A mis mamás: Mónica, Verónica, Margoth, Gabby y Patty, gracias a ellas soy una persona con grandes aspiraciones en la vida, pero que jamás dejará de ser sencillo y entregado a lo que en verdad importa, la familia.

A mi padre Jorge Vinocunga, de quien aprendí a ser valiente, tolerante, perseverante, y sobre todo entendí que a todo aspecto de la vida hay que agregarle un poco de locura para disfrutarlo al máximo.

A mis tíos Rami y Héctor, que con amor de padre siempre han estado para protegerme, aconsejarme y ayudarme a salir adelante.

A mis hermanas: Diani, Andrea, Dome y Stellita, que con su amor han sido la fuente de inspiración para luchar cada día.

AGRADECIMIENTOS

Primero a Dios, por darme una vida llena de bendiciones.

A mi familia, quienes son el motor de mi vida y ese apoyo inagotable que siempre encontraré.

A mis amigos, que acompañaron e hicieron más placentera la experiencia vivida en la universidad.

Al Doctor Gonzalo Lascano, quien supo inculcar ese gusto por el derecho societario y fue el guía en la elaboración de este trabajo previo a la obtención de mi título profesional.

A mis maestros que han compartido sus vastos conocimientos, para formar no solo profesionales, si no personas con valores e ideales.

Alejandra mi mejor amiga, en quien puedo confiar a todo momento, juntos hemos aprendido muchas cosas, pero la más importante a valorar una amistad sincera.

A mi mejor amigo Mateo, quien fue ese apoyo incondicional durante toda la carrera, la gozamos, sufrimos, pero ¡la rompimos!

RESUMEN

El presente trabajo de disertación analiza las consecuencias jurídicas ante la ausencia o vicios en el elemento *affectio societatis* en el contrato de sociedad o compañía mercantil, en base al sistema jurídico ecuatoriano, mismo que no considera a dicho elemento como requisito del contrato de sociedad o compañía mercantil. Por ende, se realizará un análisis de legislación comparada y revisión doctrinaria en base a posturas de importantes tratadistas del tema.

Para la obtención de los resultados propuestos se partirá en primer lugar del estudio del contrato de sociedad o compañía mercantil en un aspecto general, donde se examinarán las varias teorías acerca de su origen, características y conformación. Posteriormente se analizará al contrato de sociedad o compañía mercantil en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, revisando su conformación, es decir, cada uno de los requisitos legales que se exigen para su validez.

En un siguiente capítulo se estudiará el elemento, denominado a nivel doctrinario como *affectio societatis*, donde se identificará su presencia e influencia en el contrato de sociedad o compañía mercantil tras la revisión de posturas que aceptan su presencia y las que no lo hacen, se lo relacionará también con los demás elementos del contrato, y se examinará su influencia de acuerdo al tipo de compañía que se desea formar.

Finalmente, tras la identificación de la presencia del elemento objeto de esta titulación en el contrato de compañía mercantil, y su incidencia de acuerdo al tipo de compañía formada, se hará una revisión de los posibles efectos jurídicos que la ausencia o vicios del *affectio societatis* pueden producir, considerando a la nulidad, inexistencia jurídica y disolución de la compañía.

ABSTRACT

The present dissertation paper analyzes the legal consequences in the face of the absence or vices in the *affection society* element in the mercantile company contract, based on the Ecuadorian legal system, which does not consider said element as a requirement of the mercantile company contract trade. Therefore, an analysis of comparative legislation and doctrinal revision will be carried out based on positions of important writers on the subject.

In order to obtain the proposed results, we will first start with the study of the commercial company contract in a general aspect, where the various theories about its origin, characteristics and conformation will be examined. Subsequently, the mercantile company contract will be analyzed in the Ecuadorian Legal System, reviewing its conformation that is the each of the legal requirements that they are required for its validity.

In a next chapter we will study the element, denominated at the doctrinal level as affection society, where its presence and influence will be identified in the contract of society or mercantile company after the revision of positions that accept its presence and those that do not be it. It will also relate to the other elements of the contract, and its influence will be examined according to the type of company to be formed.

Finally, after identifying the presence of the element subject of this title in the commercial company contract, and its incidence according to the type of company formed a review of the possible legal effects that the absence or vices of the affection society may be produced, considering the nullity, legal non-existence and dissolution of the company.

ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS.....	ii
RESUMEN	iii
ABSTRACT	iv
ABREVIATURAS Y OTRAS ACEPCIONES	v

CAPÍTULO I. EL CONTRATO DE SOCIEDAD O COMPAÑÍA MERCANTIL 1

1.1	Origen de la sociedad o compañía mercantil	1
1.2	Sociedad mercantil como acto jurídico	5
1.3	Teorías sobre la naturaleza jurídica de la sociedad mercantil.....	6
1.3.1	Teoría del Acto Complejo	7
1.3.2	Teoría del Acto Constitutivo	7
1.3.3	Teoría Institucionalista	8
1.3.4	Teoría Contractualista.....	9
1.4	Características del contrato de sociedad o compañía mercantil.....	12
1.5	Clasificación de las sociedades o compañías mercantiles	14
1.5.1	Sociedades de capital o capitalistas	15
1.5.2	Sociedades de personas o personalistas.....	16
1.5.3	Sociedades mixtas.....	17
1.6	Elementos generales del contrato de Sociedad o Compañía Mercantil	18
1.6.1	Capacidad	19
1.6.2	Consentimiento (o voluntad) exento de vicios	23
1.6.3	Objeto lícito	29
1.6.4	Causa lícita	29
1.6.5	Solemidades.....	30

1.7	Elementos particulares/esenciales del contrato de sociedad o compañía	32
1.7.1	Pluralidad de partes	33
1.7.2	Aportes Sociales	34
1.7.3	Ánimo de repartir utilidades	35
1.7.4	Objeto Social	36
1.7.5	Nombre o razón social.....	37
1.7.6	Domicilio.....	38
1.7.7	Duración o plazo.....	38
1.7.8	Representación.....	39
CAPITULO II: AFFECTIO SOCIETATIS.....		41
2.1	Origen del elemento <i>affectio societatis</i>	41
2.2	Definición del elemento <i>affectio societatis</i>	44
2.3	Presencia de la <i>affectio societatis</i> en las sociedades personalistas y sociedades capitalistas.....	44
2.4	Posturas que admiten la <i>affectio societatis</i> como requisito particular del contrato de sociedad o compañía mercantil	47
2.5	Posturas que niegan la <i>affectio societatis</i> como elemento particular del contrato de sociedad o compañía mercantil.....	49
2.5.1	Ausencia de la <i>affectio societatis</i> en compañías unipersonales.....	52
2.5.2	Relación del consentimiento dado en el contrato de compañía mercantil con la <i>affectio societatis</i>	56
2.5.3	Relación de la causa lícita dada en el contrato de compañía mercantil con la <i>affectio societatis</i>	59
CAPÍTULO 3: EFECTOS JURÍDICOS PROVOCADOS POR LA AUSENCIA O VICIOS EN EL ELEMENTO <i>AFFECTIO SOCIETATIS</i> EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD O COMPAÑÍA MERCANTIL.....		62
3.1	La institución jurídica de la nulidad.....	62
3.1.1	La nulidad absoluta.....	62

3.1.2	La nulidad relativa	63
3.1.3	Clasificación de las nulidades.....	64
3.1.4	Efectos de la nulidad.....	67
3.1.5	La nulidad en el contrato de sociedad o compañía mercantil.....	67
3.1.6	Principios orientadores al establecer la nulidad de un acto jurídico societario	70
3.1.7	Nulidad vincular o parcial	71
3.1.8	Nulidad provocada por la existencia de cláusulas leoninas en el contrato de sociedad o compañía mercantil	73
3.1.9	Causas de nulidad en el contrato de sociedad o compañía	78
3.2	El Acto Jurídico Inexistente.....	84
3.2.1	La inexistencia jurídica del contrato de sociedad o compañía mercantil	86
3.3	La disolución de la sociedad o compañía mercantil	91
3.3.1	La falta de <i>affectio societatis</i> como causal de disolución de la sociedad relacionada a la imposibilidad del cumplimiento del objeto por el cual se formó.....	91
CONCLUSIONES		98
BIBLIOGRAFÍA		101

ABREVIATURAS Y OTRAS ACEPCIONES

LC: Ley de Compañías

CC: Código Civil

CCo: Código de Comercio

COESC: Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos

CRE: Constitución de la República del Ecuador

LEURL: Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada

CAPÍTULO I. EL CONTRATO DE SOCIEDAD O COMPAÑÍA MERCANTIL

1.1 Origen de la sociedad o compañía mercantil

Para hablar de la figura del contrato de sociedad o compañía mercantil, es de vital importancia entenderlo desde su inicio, hasta el momento que se da origen a una compañía legalmente constituida, la cual es considerada una persona jurídica distinta de sus socios y accionistas, y será regulada bajo el ordenamiento jurídico al que pertenezca.

La sociedad o compañía mercantil, como bien sabemos, es el modelo que refleja la sociabilidad natural del hombre, pues, como explica Ron, F (1992), la sociedad es el impulso natural del hombre por unirse con sus semejantes, con fines de satisfacer necesidades inherentes a la naturaleza del ser humano, que surgían principalmente por desarrollar ciertas actividades económicas para el crecimiento individual de la persona y de la sociedad, como bien narra Serrano, E (2015), dichas actividades resultaban imposibles de cumplirse por una sola persona, ya sea porque necesitaban de un tiempo mayor a su vida o, desde un punto de vista físico o material, exigían mucho más que la intervención de un solo sujeto a razón de que las actividades de la compañía necesitaban de una participación activa de varias personas que inviertan, controlen y ejecuten las mismas.

Lo precedente nos permite deducir que el ser humano por sí solo no puede ser titular de todos los derechos y obligaciones ni ser capaz de intervenir en toda relación jurídica que se presente, por lo tanto surge la necesidad de encontrar en el ámbito legal, como acertadamente nos dice el autor Serrano, E (2015), un instrumento mediante el cual sea posible unificar la colaboración de varios individuos, con el objetivo de que a través de una puesta en común de elementos que podrían ser dinero, trabajo, maquinaria, etc., puedan obtenerse los logros que individualmente el ser humano no podría alcanzar.

La sociedad surge de la necesidad humana de articular la cooperación entre individuos con el propósito de obtener un fin común, en la mayoría de los casos se determinará que la sociedad tiene su origen en un ánimo de lucro de todas las personas que la conforman, pero en otros casos atenderá a intereses generales que serán el bien público y tendrá relación íntima al deber del Estado.

La sociedad como unión de individuos, pero carente de personalidad jurídica, que solo surtía efectos entre quienes la contrataban, más no frente a terceros surgió en Roma, como dice Lascano, G (2017), la sociedad, o *societas* en latín, ya se contempló en el Derecho Romano, siendo un contrato consensual por el cual dos o más personas denominados socios se obligan recíprocamente a aportar bienes o actividades de trabajo para alcanzar un fin lícito de utilidad común. En complemento, Ron, F (1992) explica que, de la concepción de sociedad en la época romana, pueden mencionarse los siguientes elementos característicos:

1. El primero es la voluntad de asociarse, conocido como *affectio societatis* o *animus contrahendi societatis*, por el cual los individuos se asocian para lograr un fin determinado (Ron, 1992, pág. 78), este requisito de la sociedad implica el ánimo de los futuros socios de formarla y mantenerse en ella, para lucrar de las actividades que desarrolle la compañía, y como explica Dávila, C (2011), esta relación se realizará en igualdad entre los socios, obrando bajo el ministerio de la Ley, del contrato o de toda resolución válida adoptada por el órgano de gobierno.
2. El segundo requisito que se exigía era el aporte de cada socio, éste podía ser dinero, bienes muebles o inmuebles, créditos, industria o trabajo proporcionales a la participación de cada uno (Ron, 1992). Este aporte, como se explica en el artículo 43 de la Ley de Compañías (2018) referente a las de nombre colectivo, se compone de los aportes que cada uno de los socios entrega o promete entregar.
3. Otro elemento es el fin lícito, reflejado en el objeto social que perseguía la sociedad, al presentarse la ilicitud en el objeto de la sociedad acarrea la nulidad (Ron, 1992, pág. 72). En manera de complemento Dávila, C (2011), explica que este fin u objeto lícito es aquel que no contraría ninguna norma legal, ni atenta contra el orden público ni las buenas costumbres, y comprende el ámbito de actividad de producción de bienes o servicios determinados en el contrato social, por ejemplo, una sociedad que se encargue de comercializar prendas de vestir de origen artesanal.
4. Finalmente, el elemento de distribución de ganancias y pérdidas (Ron, 1992, pág. 72), que implicaba acordar la manera de repartirse las mismas, esto era muy lógico ya que los socios no hacían aportes iguales por lo que debían recibir en proporción a ello las ganancias o asumir las pérdidas que obtenía la sociedad, como explica Dávila, C (2011), este elemento es una de las causas del contrato ya que no sería

concebible la existencia de una sociedad, si no es para obtener ganancias del desenvolvimiento de la misma.

Al analizar los elementos constitutivos de la sociedad en la época romana, podemos concluir un precedente importante para lo que hoy es la sociedad o compañía mercantil, pese a que carecía de personalidad jurídica, se requerían elementos que muestren ese ánimo de los socios de constituir la sociedad a través de sus aportes, mantenerse en ella y participar de sus actividades para lograr un fin en común.

Como explica el profesor Alonso, F (2011), al no tener personalidad jurídica una sociedad es considerada como interna entre los socios que la conforman y sin miras a contratación con terceros ajenos a la misma, convirtiéndola en un sencillo vínculo o relación obligatoria entre sus integrantes o socios, más no permite a la sociedad ser sujeto de derecho.

El hecho de atribuirle personalidad jurídica a la sociedad implica, en referencia a lo dicho por el profesor Alonso, F (2011, pág. 5), instituirle como elemento capital de organización societaria, significando así que el grupo que conforman la sociedad constituyen procesalmente un centro de imputación de derechos, obligaciones y acciones, logrando obtener la capacidad para ser parte de relaciones jurídicas personales y reales, públicas y privadas, así como ser legitimado activo y pasivo de acciones procesales.

La sociedad o compañía es acogida por el sistema jurídico ecuatoriano, pero este en el artículo 564 del Código Civil (2017) adopta la teoría de la Ficción Legal de la persona jurídica, la cual a explicación de Beluche y Sirvent (2009), nos dice que la persona jurídica no existe en realidad, sino es una creación jurídica ideada por el legislador para satisfacer las necesidades de los seres humanos en el mundo de los negocios¹. Es decir que la persona jurídica puede contraer derechos y obligaciones para ejercerlos en el cumplimiento del objeto lícito para el que fue creada.

Estas sociedades, como personas jurídicas, se clasifican de acuerdo al contenido del artículo 1963 del Código Civil (2017) donde se explica que serán sociedades mercantiles las que se formen para negocios que la ley califica de actos de comercio y las demás son sociedades civiles. Las sociedades mercantiles se encuentran contempladas a la vez en el artículo 2 de la Ley de Compañías (2018), existiendo cinco tipos de compañías: compañía

¹ Esta teoría fue sostenida y defendida por estudiosos del tema como Savigny (traite de Droit romano), Windscheid (pandette), Aubry (Cours de Droit Civil Francais), y demás que sostienen que los sujetos de derecho son las personas naturales por ser los únicos capaces de tener voluntad.

en nombre colectivo, compañía en comandita simple y por acciones, compañía de responsabilidad limitada, compañía anónima, compañía de economía mixta, además la Ley de Compañías en el Ecuador en el mismo artículo 2 (2018) contempla también la compañía accidental o cuentas en participación.

Se puede deducir que, las sociedades o compañías mercantiles son personas jurídicas que se constituyen, en acatamiento al Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, para ejercer actividades de comercio, y se caracterizan por la colaboración activa entre sus socios, que tienen un ánimo de lucro que se refleja en el fin común perseguido por todos los socios, que es generar ganancias, que guarda íntima relación con la actividad acordada en su contrato de constitución.

Las sociedades mercantiles se encuentran reguladas, por la Ley de Compañías del Ecuador (2018) y el Código de Comercio (2014), mismos que atribuyen derechos y obligaciones, a más de parámetros para la correcta administración de la sociedad, de igual manera se encargan de limitar los ámbitos en los cuales se desarrollará la sociedad para lograr estos fines, estableciendo requisitos para su conformación, instituyendo responsabilidades para quienes la conforman e incluso contemplando formas en la que la sociedad dejaría de existir por el incumplimiento de alguna disposición normativa.

Una vez comprendido el origen de la sociedad, tras estudiar el nacimiento, desarrollo, tipos y función de la persona jurídica, podemos referirnos a las sociedades o compañías mercantiles, que a decir de los autores Sánchez Calero y Olivencia Ruiz (1964, pág. 135), la sociedad es una asociación de personas, que quiere conseguir una finalidad común a ellas, mediante la constitución de un tipo o clase de organización prevista por la ley.

Para el tratadista Hundskopf, O (2009) la sociedad es una asociación de personas naturales o jurídicas reunidas por un contrato plurilateral, en virtud del cual nace un sujeto de derecho distinto a los socios, con el objetivo de que, a través de su actuación, la sociedad, dotada de personalidad jurídica, realice determinadas actividades económicas.

Podemos concluir entonces, de estas definiciones de sociedad, que sus elementos son:

1. Asociación voluntaria de personas (Hundskopf, 2009), ya que son los socios quienes, al ser personas capaces jurídicamente, de manera voluntaria analizan y aceptan el constituir la sociedad mercantil, permanecer y participar en las actividades que se ejerzan, aceptando el riesgo de asumir, de manera proporcional

entre socios, las pérdidas que se pueden generar, o gozar de las ganancias fruto del desarrollo de las actividades de la compañía.

2. Actividad económica, como indica Dávila, C (2011), implica efectuar una asignación de bienes a la persona jurídica con el fin de procurar ganancias a los socios, mediante la explotación del fondo social al ejercer la actividad económica descrita en el objeto de la sociedad.
3. Nacimiento de una persona jurídica distinta de sus integrantes (Hundskopf, 2009), que se le reconoce a la sociedad o compañía mercantil, al ser constituida cumpliendo todos los requisitos legales, esta persona jurídica es digna de gozar de derechos y contraer obligaciones al igual que una persona natural.
4. Distribución de utilidades o pérdidas, como se manifiesta en el artículo 1959 del Código Civil (2017), no hay sociedad sin participación de utilidades, las cuales no pueden constituir beneficio puramente moral, no apreciable en dinero.
5. Patrimonio social (Hundskopf, 2009), se encuentra formado originalmente por las aportaciones que realice cada socio y posterior se agregan también las utilidades restantes del ejercicio del objeto de la sociedad, la administración va a depender del órgano que los socios o accionistas asignen de acuerdo al tipo de sociedad que se contrate y a lo estipulado en el estatuto. De la misma manera el artículo 1 de la Ley de Compañías (2018), contempla que, en el contrato, se tiene por objeto emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades.

Una vez entendido el origen de la sociedad o compañía mercantil, es necesario comprender su naturaleza jurídica, ya que como es de nuestro conocimiento, esta concurrencia de voluntades debe ser manifiesta y constar en un registro para poder surgir a la vida jurídica y desenvolverse en los actos y contratos que le competen.

1.2 Sociedad mercantil como acto jurídico

Para nacer en el ámbito jurídico, una sociedad o compañía, debe ser previamente acordada y ese acuerdo debe ser manifestado mediante un acto jurídico mismo que a decir de Roberto Salgado (1994, pág. 16), es la manifestación de la voluntad humana proyectada a crear, modificar, conservar, extinguir, transferir o transmitir un derecho, y esta manifestación es susceptible de producir efectos jurídicos.

El mismo autor (Salgado, 1994) en referencia a las características de los actos jurídicos menciona que estos son absolutamente voluntarios, con la intención de producir efectos jurídicos, además debe ser un acto completamente lícito y tener un fin inmediato.

De este acto jurídico que refleja la voluntad humana de unir esfuerzos para lograr un fin en común, emanan varias manifestaciones que son relevantes para el derecho, mismas que se expresan mediante formas de extinguir las obligaciones, contratos o la sucesión por causa de muerte.

Es así que podemos conceptualizar a la sociedad, según Alonso, F (2011), como una situación jurídica que resulta del ejercicio de los derechos consagrados constitucionalmente a desarrollar actividades económicas en forma individual, conforme a principios de responsabilidad social y ambiental, derecho a la propiedad en todas sus formas con función y responsabilidad social, y derecho a la seguridad jurídica, sin olvidar el derecho a asociarse entendiendo abarca también la posibilidad de crear entidades, que resultan de una relación jurídica².

En conclusión, la formación de una compañía emana de una previa manifestación de voluntades, las cuales se unirán para obtener un fin común, estas voluntades deben ser expresadas mediante un acto legal para que se puedan desenvolver en el ámbito jurídico y por ello es importante entender de qué tipo de acto se origina la sociedad o compañía mercantil.

1.3 Teorías sobre la naturaleza jurídica de la sociedad mercantil

Para determinar la naturaleza jurídica de la sociedad o compañía mercantil, hay que mencionar que esta es de carácter contractual, pero antes es preciso entender cuáles son las teorías más importantes que han explicado la naturaleza del acto jurídico que da origen a la sociedad, es así que, al hacer referencia a la explicación dada por varios tratadistas, podemos enunciar las siguientes:

² Constitución de la República del Ecuador:

Artículo 66 numeral 15 Derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental; numeral 26 Derecho a la propiedad en todas sus formas con función y responsabilidad social en todas sus formas.

Artículo 82 Derecho a la seguridad jurídica.

1.3.1 Teoría del Acto Complejo

Esta teoría se caracteriza por negar cualquier vinculación del acto social de los contratos y mantiene la hipótesis de que la sociedad es una declaración mediante la cual sus miembros pierden sus voluntades individuales para conseguir los objetivos del ente creado. Siendo así tal declaración solo surte efecto entre las partes que lo vinculan, no habiendo por lo tanto contrato (Estecche, 2016).

Para entender mejor esta teoría, hay que estar conscientes que en el contrato las partes tienen intereses contrapuestos, mientras que en la sociedad los intereses son concurrentes (Hundskopf, 2009). Para Estecche, E (2016), en la sociedad las voluntades individuales no sólo son interdependientes y juegan unidas, sino que se funden en una sola y misma voluntad, no habiendo por lo tanto ni siquiera contrato.

La Teoría del Acto Complejo, en conclusión, considera a la sociedad como un acuerdo, donde los intereses de quienes la integran son concurrentes, es decir que persiguen un único objetivo, mientras que de considerarse a la sociedad como un contrato implicaría que sus miembros posean intereses iguales, pero independientes.

Lo dice Cambiaso, J (1967), para mantener la aplicación de esta teoría, se puede adoptar una solución mixta, aplicando la Teoría del Acto Complejo a las relaciones de la sociedad con terceros, y sosteniendo el contrato para explicar el vínculo entre los socios.

1.3.2 Teoría del Acto Constitutivo

La Teoría del Acto Constitutivo, desarrollada por Gierke³, explica que existen dos tipos de actos negociables en el derecho. El primero da lugar a relaciones en el ámbito económico lo que a su vez da origen a las obligaciones que, al ser cumplidas, producen la extinción del compromiso que se realiza a través de un contrato y, el segundo da origen a una agrupación o colectividad para realizar acciones de comercio que se realizan a través de un acto unilateral constituido por la expresión de las voluntades de quienes la conforman. (Estecche, 2016).

³ Otto Friedrich von Gierke, (nacido el 11 de enero de 1841, Stettin, Prusia, murió el 10 de octubre de 1921, Berlín), filósofo legal que era un líder de la escuela germanista de jurisprudencia histórica en oposición a los teóricos romanistas de la ley alemana (ej. Friedrich Karl von Savigny). Criticó el primer borrador (1888) de un nuevo Código de Derecho Civil alemán para lo que él consideraba la adición gratuita de elementos de la ley romana a un contenido germánico indígena que era suficiente en sí mismo.

Este concepto, nos permite deducir que la formación de la sociedad estaría inmersa en el segundo tipo de acto negociable en el derecho, porque a partir de una agrupación se da origen a una persona jurídica, distinta de sus integrantes, cuyo objetivo es ejercer una actividad de comercio.

De esta teoría se desprende que la sociedad no sería un contrato, sino un acto unilateral constituido por la expresión de las voluntades de los socios dirigidas a la creación de una persona distinta de ellos (Cambiaso, 1967).

Para la teoría del acto constitutivo, la sociedad no puede ser un contrato, porque el contrato solo engendra derechos y obligaciones entre los contratantes; es decir no puede tener la virtud de crear un nuevo ser jurídico distinto de la personalidad de los socios (Estecche, 2016).

Ascarelli (1949) afirmaba que la doctrina siempre examinó algunos problemas como que las reglas de los acuerdos parecían de difícil aplicación al contrato de sociedad. Es así que como solución del problema proponía distinguir una subespecie denominada contrato plurilateral, tomando en cuenta sus características formales, la primera dada por la posibilidad de la participación de más de dos partes, y la segunda por el hecho de que, en relación con todas esas partes del contrato, por un lado, derivan obligaciones y por otro, derechos.

En la actualidad, al contratar una sociedad en la cual por lo general intervienen más de dos personas en la perfección del contrato, no se contraponen sus intereses, es decir no asumen la posición de contra partes, sino que, como caracteriza al contrato de sociedad o compañía mercantil, entre sus socios hay una concurrencia de voluntades con proyección a un fin común de carácter económico.

1.3.3 Teoría Institucionalista

La Teoría Institucionalista concibe a la institución empresa como elemento fundamental que permite el desarrollo de la economía nacional, la cual posee fines propios, como el desarrollo económico, la creación de puestos de empleo y la implementación de tecnologías, entre otras. En el contexto que explica Nazar, N (2012), se da en el colofón posterior a la Primera Guerra Mundial, ya que este fue un evento que impactó de manera negativa en la economía alemana, en donde surge el imperioso carácter social de la

empresa, principalmente para atender de manera primordial la estremecedora situación económica del país.

Sandoval López (2010), argumenta que esta noción que privilegia la protección de los intereses superiores del Estado, es decir el interés social, que es distinto y superior al interés de los accionistas de la empresa, se convierte en una situación que debilita y restringe los derechos individuales de los accionistas, quienes llegan a ocupar un segundo plano respecto de las necesidades propias de la empresa que han creado al constituir la sociedad, y ya no se cumpliría con ese ánimo de lucrar, característico de las sociedades privadas.

En esencia, para la Teoría del Institucionalismo es el interés social un interés común, que implica no solo el inobservar los intereses societarios de los accionistas, sino también atender a los intereses de otros sujetos tales como los trabajadores, los acreedores y hasta la colectividad nacional (Coutinho, 2002).

María José Senent (2003) define al interés social como aquel que tiende al mantenimiento de la empresa y en el que se integran los diversos intereses de los sujetos que se relacionan con la misma, ya sea de manera directa o indirecta, es decir se relaciona con la existencia de un interés superior, en este caso el social, del Estado, que trasciende los intereses de los socios.

1.3.4 Teoría Contractualista

Espinoza, G (2013), explica que esta teoría niega la existencia de un interés social superior y distinto del interés de terceros, aludiendo a la Teoría Institucionalista y recalando que la sociedad es un mecanismo técnico y jurídico que viene a satisfacer intereses individuales, compartidos por un grupo de personas que vendrían a ser los socios.

En estas sociedades va a primar un interés social, que será el que tienen los socios, de obtener el mayor lucro posible, permitiendo así una separación de los fines de los accionistas de la sociedad de los intereses propios de la realidad y política económica del Estado y terceros, sin que por ellos se deje de observar el impacto que tiene en la economía la actividad productiva de la sociedad.

En idéntico sentido, para Serrano Cañas (2008) es el contrato de sociedad un contrato de colaboración en el que todas las prestaciones e intereses de los accionistas están

encaminados a un mismo fin e interés común, que es lucrar de las actividades de esta empresa para así alcanzar una meta, un poco egoísta, dirigida al bienestar propio de cada socio.

Sandoval López (2010) señala que es la finalidad lucrativa el pilar de las Teorías Contractualistas, dentro de las cuales el interés social se identifica con el resguardo de los derechos de los accionistas, porque en último término la sociedad no es sino un medio elegido por ellos para crear y distribuir los beneficios que se generan con la gestión social.

Para una mejor comprensión añadimos la aclaración de Vicent Chuliá (2008), quien explica que el concepto de ánimo de lucro no es un mero dogma que pueda ser definido por la doctrina, sino es un concepto básico para comprender el régimen jurídico de la sociedad, esto debido a que no basta con que la sociedad aspire a hacer un ahorro o economía que permita tener una estabilidad a sus contratantes, sino que la sociedad siendo una organización de capital y trabajo, debe proyectarse a un desarrollo máximo en sus actividades y así lograr un incremento patrimonial ilimitado, es decir siempre en miras a lograr una máxima economicidad.

Finalmente, según Nazar, N (2012), el análisis de la Teoría Contractualista, explica que la manera como se regulan las compañías creadas a través de un contrato requiere que: el desarrollo económico, la creación de puestos de trabajo, así como el régimen laboral vigente en un Estado, sean cuestiones que no puedan ser resueltas únicamente por la legislación societaria, sino que debe existir un esfuerzo conjunto con la extrasocietaria (laboral, sindical, protección al consumidor, organización sindical, etc.), ampliando así las áreas que fungirán control en las actividades de las compañías.

Pese a ser esta institucionalización de la sociedad, una solución aparente para combatir las desventajas económicas de un Estado, es importante aclarar que el hecho de que la sociedad o compañía mercantil tenga carácter privatista y sea constituida a través de un acto contractual que atiende a los intereses de los socios, no quiere decir que no respete los de terceros. La diferencia se da en que, en la Teoría Institucionalista se atienden a intereses de terceros, como el Estado o trabajadores, de manera primordial, antes que a los de accionistas, mientras que según la Teoría Contractualista, en la sociedad privatista lo primordial es atender intereses de los accionistas, mismos que deben atender a los de terceros para lograr los suyos, además de estar reguladas bajo leyes de cada Estado para así

atender también a un orden e interés público y salvaguardar las buenas costumbres y el bienestar social.

Una vez explicadas las teorías sobre la sociedad como persona jurídica, confirmamos que tiene un carácter contractual, lo que se corrobora con la definición que del tratadista Oswaldo Hundskopf Exebio (2009), quien nos dice que para entender a la sociedad como un contrato hay que fijar nuestra atención en dos puntos, el primero explica la naturaleza de la sociedad como un contrato sinalagmático, y el segundo encuentra su naturaleza en un contrato bilateral o plurilateral.

El autor Hundskopf (2009), sostiene que, en el contrato sinalagmático, coexisten una serie de prestaciones recíprocas, similar a un carácter de tracto sucesivo en el cual este contrato se va desarrollando a través del tiempo. Como opinión adversa a esta característica sinalagmática se comprende que el contrato se agotaría solo con los subscriptores del mismo, sin dar lugar a que existan futuros adherentes, y omitiendo el hecho de que la compañía realice actividades lucrativas.

El mismo autor señala que el contrato bilateral o plurilateral, mantiene un interés común de las partes al que pueden unirse todos aquellos que persigan el mismo fin y realicen su aporte para la consecución del mismo (Hundskopf, 2009).

Dávila, C (2011) mantiene una postura contractualista y explica que entre los socios no se establece ningún vínculo legal, y que las obligaciones que tienen los liga directamente con la compañía, que es una persona jurídica que surge a la vida tras la inscripción del contrato en el Registro Mercantil y se organiza de manera independiente.

Otro de los puntos que fortalece esta Teoría Contractualista, es que la sociedad o compañía mercantil, como explica Dávila, C (2011), rompe con el carácter bipartito del contrato, y destaca el carácter plurilateral del mismo que admite la participación de varias partes, ya sea en el momento de acordar y constituir la sociedad o durante el desarrollo de la compañía.

Con todos estos antecedentes, podemos concluir que la legislación ecuatoriana se inclina por la Teoría Contractualista ya que como precisa el Código Civil ecuatoriano (2017), en su artículo 1957 referente a la sociedad o compañía: es un contrato en el cual dos o más personas estipulan contribuir con algo en común, a fin de dividir entre sí los beneficios que

de ello provengan, y continúa al decir que esta sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.

La Ley de Compañías, en su artículo 1 (2018), ratifica nuestra afirmación al contemplar a la sociedad o compañía como un contrato por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades.

Finalmente, debemos enfatizar que los elementos esenciales que configuran el concepto amplio de sociedad son, en orden prioritario: el origen contractual de la sociedad, la obligación de colaboración que emana del contrato que contraen los socios, y el fin social a cuya promoción se obligan los socios mediante el cumplimiento de sus compromisos contractuales de colaboración (Alonso, 2011).

1.4 Características del contrato de sociedad o compañía mercantil

El contrato de sociedad o compañía mercantil tiene, en sujeción a lo explicado por el profesor Alonso, F (2011), dos efectos, el primero es obligatorio por el cual los socios tienen la obligación de colaborar para el logro del fin común de la sociedad, en base a lo establecido contractualmente y en apego al régimen legal.

El segundo es el de organización (Alonso, 2011), que regula la distribución entre los socios y la de los socios respecto a la sociedad, esta distinción debe estar pactada contractualmente y acatar el régimen legal aplicable al tipo de empresa que se ha constituido.

Comprendida la naturaleza jurídica contractual de la sociedad o compañía mercantil, es imperante realizar un análisis de sus características principales, para lo cual basaremos el presente estudio en lo dicho por los tratadistas Salgado, R (1994), Alonso, F (2011) y Linares, J (2008), como complemento a lo expuesto en las clases del profesor Lascano, G (2017).

1. La primera característica es que el contrato de sociedad mercantil es bilateral o plurilateral (Linares, 2008), ya que implica la concurrencia de dos o más personas⁴,

⁴ El artículo 1 de la Ley de Compañías (2018), define a la Compañía como un contrato por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades.

Este contrato se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil.

a excepción de las contenidas legalmente⁵, en este contrato no existe una contraprestación entre sus participantes debido a que es una suma de esfuerzos y capitales para lograr en fin en común.

2. Otra de las características es que el contrato de sociedad mercantil es conmutativo (Linares, 2008), entendiéndose que la prestación de cada parte se considera equivalente a la prestación de la otra u otras partes.
3. Una tercera característica es su aleatoriedad (Lascano, 2017), que se entiende como la contingencia incierta asumida por las partes de generar ganancias o perder sus aportes al ejercer actividades la compañía.
4. También se contempla el carácter oneroso de la compañía, como característica, ya que reporta utilidad futura para quienes la contrataron, en contraste a esto los legisladores ecuatorianos en el Código Civil (2017) en su artículo 1456 explican que el contrato oneroso tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. En el contrato de sociedad mercantil el socio se grava al realizar sus aportes y obtiene beneficio al recibir las utilidades generadas, y la sociedad se obliga al entregar las utilidades generadas y se beneficia al recibir la contribución de cada parte (Linares, 2008).
5. Como quinta característica debemos mencionar que el contrato de compañía es principal (Linares, 2008), debido a que este se crea y subsiste por sí solo, siendo una situación jurídica duradera en el tiempo, que no va a necesitar de otro pacto o convención para mantenerse.
6. Vale mencionar el carácter nominado del contrato de sociedad o compañía mercantil, (Linares, 2008), contemplado en la legislación nacional que lo define y regula para su correcta ejecución.
7. Otra de las características es que este contrato es solemne (Lascano, 2017), ya que no se perfecciona solo por el consentimiento, sino que deben celebrarse ciertas formalidades especiales para que pueda hacerlo, tales solemnidades implican que debe celebrarse mediante una escritura pública y proceder a su inscripción en el Registro Mercantil.
8. El carácter sinalagmático (Alonso, 2011), implica que las prestaciones de los socios actúan en función de crear un fondo común o patrimonio social que será utilizado

⁵ Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada. Registro Oficial 196 de 26 de enero de 2006.

para lograr el objetivo propuesto de los socios y se proyectará en actividades a realizar de manera continua.

9. Una última característica del contrato de sociedad o compañía mercantil es ser de tracto sucesivo o de ejecución sucesiva (Linares, 2008), lo que supone que se vaya cumpliendo durante la vida del contrato, y no de una sola vez como en el contrato de ejecución inmediata en donde las voluntades se expresan en un solo momento, es decir que en el tiempo de existencia de la sociedad se deben cumplir las obligaciones legales y estatutarias de forma consecutiva.

1.5 Clasificación de las sociedades o compañías mercantiles

Entender el origen y evolución de la sociedad o compañía mercantil, es necesario para saber que en la actualidad las sociedades son consideradas como personas jurídicas distintas de sus socios o integrantes, creadas para poder cumplir con el fin social pactado, su creación se da a través de un contrato, mismo que debe ser revisado e inscrito en el correspondiente ente regulador para así surgir a la vida jurídica, poder contraer derechos y obligaciones y desenvolverse en el campo mercantil ejerciendo el objeto definido en su acto de creación.

El contrato contiene no solo las actividades que realizará la compañía, también abarca todos los requisitos que la ley exige para los contratos en general, a más de aquellos requerimientos particulares propios del contrato de sociedad o compañía mercantil como son: la pluralidad de partes, los aportes sociales, el ánimo de repartir utilidades, el nombre o razón social, el objeto social o causa, la representación, el domicilio y duración.

Estas sociedades o compañías se clasifican de diferentes maneras, debido a que presentan variaciones en los elementos que las componen, citando a Dávila, C (2011), las sociedades se categorizan por: su lugar de origen hallándose dos subcategorías que son las nacionales y extranjeras; por cumplir o no las solemnidades exigidas para el contrato social, considerando a las sociedades regulares y a las irregulares y por su objeto social que contempla a las sociedades civiles y a las mercantiles, finalmente por la causa, contemplando a las sociedades personalistas o de personas, las capitalistas o de capital y las mixtas cuando presentan elementos de ambas subcategorías.

De estas clasificaciones, la que está relacionada con el objeto de estudio de este trabajo de investigación es la categorización por la causa de la sociedad en las cuales se encuentran

las sociedades personalistas, capitalistas y mixtas, debido a que toma en cuenta a la presencia o no del *affectio societatis* para poder formar la sociedad, ya que este elemento adquiere mayor vigencia de acuerdo al tipo de sociedad en que se encuentre.

1.5.1 Sociedades de capital o capitalistas

En este tipo de sociedades, según Dávila, C (2011), a los contratantes solo les importa la factibilidad que exista de obtener ganancias, sin importar quienes son los demás accionistas, es decir este tipo de sociedades también denominadas *intuito pecuniae* surgen en razón del negocio que se va a realizar. Además, siguiendo a Dávila, C (2011) estas sociedades son ideales para la concentración de grandes cantidades de recursos económicos y financieros, pues esencialmente son empleadas por grandes empresas.

Para Cornejo, C (2007) estas sociedades justifican su aparición debido a que el fundamento del sistema de economía de mercado se encuentra en el interés individual, lo que implica que cada persona actuará conforme a su iniciativa, según su beneficio monetario, lo que motiva a los socios o accionistas a realizar las tareas necesarias para obtener lucro de ellas, es decir ya no existirán prácticas justas en donde los precios de los productos vayan en torno a los costos de producción, sino que irán en torno a las exigencias del mercado actual, además se omitirán los lazos afectivos entre accionistas, generando un régimen de competencia.

Para Dávila, C (2011), la personalidad de los socios es indiferente porque no se les concede la representación de la sociedad ni se les autoriza el manejo de operaciones sociales, pues están privados de toda injerencia ya que la administración es dada a quienes tiene cierto grado de experticia en administración de la sociedad, es por ello que destaca una gestión especializada.

Como evidencia Lascano, G (2017), existe una separación entre propiedad y gestión, es decir una diferenciación de órganos, lo que implica la presencia de una organización compleja, existiendo de gobierno (Junta General de Socios o Accionistas), y de fiscalización (Comisarios).

De esta entendida forma de administración se desprende, lo que explica Lascano, G (2017), la disminución de responsabilidad al valor de su aportación, o también conocida como responsabilidad limitada, mediante la cual la compañía ejerce el comercio arriesgando solo su propio patrimonio y no el de sus accionistas individualmente considerados, aunque

como señala Dávila, C (2011) ellos ponen en juego el valor de las acciones o participaciones suscritas.

Otra de las características, según Dávila, C (2011), es que en estas sociedades puede variar la composición del grupo de accionistas puesto que la entrada, salida o sustitución de uno de ellos se ve facilitada por la división de capital en acciones, las mismas que por disposición legal constan en un título, otorgándoles la característica de ser libremente negociables.

Se concluye que en estas sociedades lo primordial es conseguir el fin común reflejado en el objeto de la sociedad, mismo que permitirá a los accionistas obtener utilidades personales para reinvertir en la compañía y dinamizar la economía sin que influyan factores como vínculos afectivos entre quienes la conformen. Pese a considerarse una postura egoísta de este tipo de sociedad, el aspecto positivo es la seguridad de quienes invierten en ella de mantener sus patrimonios personales. De igual manera es importante la decisión que tomará el accionista al invertir o no el capital en la compañía, ya que para ello debe guardar cierto grado de confianza con quienes manejan la empresa y en sí con el negocio a ejecutar.

1.5.2 Sociedades de personas o personalistas

Para Dávila, C (2011), lo que motiva o causa la creación de una determinada sociedad, es la necesidad de asociarse con personas conocidas y que se profesan confianza mutua, es decir este contrato, denominado también *intuitio personae*, nace en razón de las personas con quienes se pretende asociar.

Para Ripert, G (1954) las sociedades personalistas son aquellas en las que los socios se conocen, contratan en consideración de la persona, se obligan personal y solidariamente y no pueden ceder sus participaciones sin el consentimiento de los demás. Este tipo de sociedad admite de cierta manera la intromisión de los socios en la gestión de las actividades, ya que existe una denominada administración difusa, en la que, mediante la ley, los demás socios pueden firmar, crear obligaciones y tomar decisiones, es decir como explica Lascano, G (2017) existe una autonomía limitada del patrimonio social que implica que los tengan una responsabilidad personal e ilimitada, respondiendo con todo su patrimonio ante terceros por pérdidas que se ocasionen a la sociedad.

Otra de las características de este tipo de sociedad, como acertadamente explica Lascano, G (2017) es que no hay separación de órganos, ni de propiedad y gestión, lo cual implica que no existen limitaciones a las intervenciones de los socios en cuanto a actuaciones sobre la sociedad, dicho de forma coloquial esto significa que todos los socios pueden meter la mano en el plato.

Ante esto no hay que inobservar lo contenido en el artículo 80 de la Ley de Compañías (2018), referente a las compañías en nombre colectivo y en comandita simple que contiene la posibilidad de que un socio pueda, de cierta manera, dejar de participar en las decisiones de la sociedad, con la opción subsidiaria de elegir un interventor que fiscalice a los administradores.

Entre estos tipos de sociedades están las civiles, en nombre colectivo y comandita simple, en las cuales lo primordial es la persona que se va a convertir en socio, ya que al conocer quien es uno de los futuros administradores se puede establecer un vínculo de confianza y formar la compañía en base a ese nexo, sabiendo que en el transcurso de la vida de la compañía no existirá desconfianza alguna en la labor de cada socio, ya que este puede tomar decisiones que involucren a los demás, pero también debe estar consciente de que existe cierto riesgo ante la pérdida del patrimonio social, ya que se verá implicado el propio y de los demás.

1.5.3 Sociedades mixtas

Dávila, C (2011), sostiene que esta clasificación tiene una conveniencia práctica de comercio, ya que se mezclan caracteres de compañías personalistas y capitalistas, bajo este precepto las compañías mixtas funcionan como sociedades de capital, pero el estatus de los socios se rige por las normas de las compañías personalistas, o viceversa, lo cual complica la labor de ubicar a este tipo de compañía en uno de los tipos tradicionales. Amplía este análisis Lascano, G (2017) al explicar que en estas sociedades unos socios responden solidaria e ilimitadamente y otros responden solo hasta el monto de sus aportes, poniendo a manera de ejemplo las sociedades mixtas.

Podemos inferir que este tipo de sociedades implica, generalmente, una mezcla de características de la sociedad capitalista y la sociedad personalista, lo que no permite encuadrar dichos caracteres en un tipo de sociedad de los antes mencionados, por lo que se justifica la creación, ya sea esta doctrinaria, de las compañías mixtas.

Para terminar el análisis de los tipos de compañías y su relación con el elemento *affectio societatis*, característico del contrato de sociedad o compañía mercantil, bajo el concepto de Balbín, S (2013), la *affectio societatis* es considerada como una voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada, que estará presente con mayor influencia según el tipo social de que se trate. Para explicar esta situación el autor hace referencia al caso de las sociedades anónimas, en que la voluntad consiente de colaboración es inexistente, como en el sujeto inversor que se convierte en socio de una compañía, es producto de la decisión especulativa de un tercero (su agente), a veces sin siquiera adquirir conocimiento de la sociedad con la que contrata. A través de este ejemplo el autor explica cómo la presencia del *affectio societatis*, no siempre es decisiva al momento de contratar una sociedad, pero en cierto grado es relevante ya que, a opinión personal, debe existir un mínimo de confianza con los demás socios para participar de la sociedad, ya sea solo como accionista o como socio, ya que se tiene que estar de acuerdo con los demás socios en las actividades, administración e inversiones de la sociedad. Así se trate de un inversionista que actuará a través de su agente, debe confiar en sus actuaciones, y este segundo sujeto debe confiar en la sociedad (socios y negocio a iniciar) para pactar con ellos ya que se verá en juego su reputación y trabajo como agente, y para el inversionista se verá involucrado su capital.

1.6 Elementos generales del contrato de Sociedad o Compañía Mercantil

Una vez aceptada la teoría contractualista de la sociedad o compañía mercantil, cabe mencionar los requisitos generales del contrato que, a decir del tratadista Salgado, R (2015), son aquellos que deben concurrir en todos los actos jurídicos donde exista una declaración de voluntades, estos requisitos son enumerados por varios expertos y contemplados en la legislación ecuatoriana, cuyo Código Civil (2017), en su artículo 1461 contempla los requisitos comunes para que una persona se obligue a otra, mediante un acto o declaración de voluntad:

1. Que sea legalmente capaz;
2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
4. Que tenga una causa lícita.

Estos requisitos, a decir de Salgado (2015), son denominados también de validez, mismos que deben concurrir en todo acto o contrato, implicando su presencia en el contrato de sociedad o compañía mercantil.

A más de estos cuatro elementos señalados por el Código Civil Ecuatoriano (2017), el especialista Salgado (2015) añade como quinto elemento las solemnidades, por la naturaleza del contrato. Estas solemnidades se encuentran contempladas en el Código Civil Ecuatoriano (2017) mismo que en su artículo 1460 distingue en cada contrato: las cosas que son de su esencia como aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o culmina en otro contrato diferente, las que son de su naturaleza como las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial, y las puramente accidentales como aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. A continuación, se realizará la revisión de cada uno de los cinco elementos mencionados anteriormente.

1.6.1 Capacidad

La capacidad para contratar implica para una persona el poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra, según mandato del artículo 1460 del Código Civil ecuatoriano (2017).

La capacidad se divide en dos categorías (Salgado, 2015): la primera la capacidad de goce o adquisitiva y se entiende como la virtud en la que una persona puede ser objeto de derecho, pues se encuentra habilitada legalmente para adquirir derechos o ser titular de los mismos, por ejemplo: el de propiedad, esta capacidad la tienen todas las personas naturales a excepción de las que la ley declare desprovistas. Es importante mencionar que la incapacidad de goce no puede subsanarse con la intervención de un representante, como ejemplos tenemos: los cónyuges que no pueden constituir sociedades civiles o compañías mercantiles, o las prohibiciones que se establecen para ser administrador de una Compañía Anónima (Ley de Compañías, 2018).

La segunda categoría es la capacidad de ejercicio (Linares, 2008), que implica la facultad de una persona para aprovechar las ventajas que pueda obtener del derecho que posee, es decir la aptitud que tiene determinada persona para hacer uso de sus derechos y obligaciones y para transmitir los mismos, siempre que se limite al ámbito lícito en el aprovechamiento del mismo. Esta capacidad la tienen todas las personas a excepción de las

que la ley considere incapaces absolutos o relativos. Las personas que ante disposición legal tienen incapacidad de ejercicio pueden subsanarla a través de un representante, por ejemplo, una compañía que no puede obrar por sí misma pues es incapaz relativo, pero puede hacerlo por medio de un representante legal (Salgado, 2015).

De estas categorías podemos deducir que las personas con capacidad de goce pueden hacer uso o carecer de la capacidad de ejercicio, pero una persona sin capacidad de ejercicio no tendrá capacidad de goce.

Precisa Salgado, R (2015), que la capacidad es la facultad que tiene la persona para poder obligarse por sí misma, sin el ministerio o la autorización de ninguna persona, es decir esta persona debe ser considerada civilmente capaz para contratar, en concordancia a lo dicho el artículo 1462 del mencionado Código Civil (2017) que contiene la explicación de que toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley determine lo contrario.

La incapacidad civil según el punto de vista del autor Salgado, R (2015), y el Código Civil ecuatoriano (2017) en su artículo 1463, es de dos clases:

1. Los incapaces absolutos, entre estos se encuentran a los dementes, impúberes y a la persona sorda, como se mantiene en el CC, artículo 1463 (2017). Los dementes son considerados incapaces absolutos por el hecho de carecer de voluntad y en base a este hecho se dice que no ameritan ser declarados interdictos (Salgado, 2015).

Los impúberes que a consideración del artículo 4 de Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano (2017), es el niño o niña que no ha cumplido doce años de edad, razón por la que el sistema legal considera que su voluntad no ha alcanzado un criterio intelectual que amerite ser suficientemente vinculante al declararla.

La persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas ya que la ley presume que carecen de voluntad, y por ende sus actos no surten obligaciones naturales, por lo tanto, no admiten caución (Salgado, 2015).

2. Los incapaces relativos, considera a los menores adultos, a las personas que se hallan en interdicción y a las personas jurídicas (Salgado, 2015).

Se considera menores adultos, según el artículo 4 de Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano (2017), a los mayores de doce años y menores de

dieciocho, quienes pueden ejecutar actos jurídicos, pero a través de sus representantes legales.

Los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes (Salgado, 2015), entre ellos los disipadores, quienes no pueden administrar sus bienes ya que los despilfarran, podemos nombrar a los apostadores, los ebrios consuetudinarios, toxicómanos y, se asimila a esta categoría, el ausente sujeto a curaduría, que tampoco puede celebrar actos jurídicos sino a través de sus curadores.

Las personas jurídicas, que como anteriormente se revisó, son consideradas como una ficción jurídica, (Dávila, C 2011), es decir que interviene en la vida económica mediante representantes legales, que están facultados por el estatuto u órgano de gobierno, y estos hechos surten los mismos efectos que si fueran realizados por la misma compañía.

3. Un tercer grupo es denominado a nivel doctrinal (Salgado, 2015), como incapacidades especiales particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar actos puntuales, como en los casos anteriormente estudiados de la incapacidad de goce y la incapacidad de ejercicio. Para ejemplificar este caso, Dávila, C (2011), refiere a las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos a más de los funcionarios públicos, a quienes está prohibido ejercer el comercio por el artículo 242 del Código de Comercio (2014), y los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación y, que por disposición del artículo 7 del Código de Comercio (2014), son inhábiles para ejercer el comercio y por ende para celebrar un contrato de sociedad o compañía mercantil.

Analizaremos el artículo 35 de la LC (2018), referente a la capacidad en el ámbito societario, el cual nos dice que no cabe subsanación ni convalidación en los contratos sociales y demás actos jurídicos que van en torno al desarrollo de la compañía, si en ellos han intervenido personas absolutamente incapaces, o si las personas que han intervenido lo han hecho contraviniendo alguna prohibición legal.

Partiendo de lo mencionado en el párrafo anterior y en concordancia por lo explicado por Linares, J (2008), hay que distinguir de la capacidad legal que debe tener un socio para poder involucrarse en el ámbito jurídico de la sociedad, y la capacidad que se le otorga a la sociedad como persona jurídica.

La capacidad de la sociedad o compañía se regula en base al artículo 19 de la LC (2018), con el cual entendemos que la compañía ejerce actos de comercio, pero a diferencia de un comerciante, la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública de constitución de la compañía surtirá los mismos efectos que la matrícula de comercio, dando a entender que la sociedad llega a ser un comerciante. Por lo tanto, queda suprimida la obligación de inscribir a las compañías en el libro de matrículas de comercio y la capacidad de las mismas girará en torno a la actividad prevista en su objeto y siempre será expresada a través de su representante legal.

Con este antecedente y en concordancia al artículo 8 del CCo (2014) podemos decir que las personas que no tienen capacidad para contratar, tampoco la tienen para ejecutar actos de comercio, es decir se reconoce a los incapaces absolutos, incapaces relativos e incapaces especiales o particulares, como inhábiles para ejecutar actos de comercio, por ende al ser la compañía un incapaz relativo se entiende que para realizar un acto de comercio debe hacerlo a través de su representante legal, reafirmando esta característica de ficción jurídica de la compañía. De igual manera en el artículo 9 del CCo (2014), establece que el menor emancipado, puede ejercer el comercio, y ejecutar eventualmente actos de comercio, siempre que para ello fuere autorizado por su curador.

Existen otras incapacidades particulares establecidas en la LC (2018), una de ellas se estipula en el artículo 99 (Ley de Compañías, 2018) que prohíbe constituir compañías de responsabilidad limitada entre padres e hijos no emancipados ni entre cónyuges.

Otra de las prohibiciones se la encuentra en el artículo 145 que estipula que para intervenir en la formación de una compañía anónima en calidad de promotor o fundador se requiere la capacidad civil para contratar (Ley de Compañías, 2018).

De igual manera el artículo 41 (Ley de Compañías, 2018), explica cómo se maneja la incapacidad relativa en cuanto a menores de edad que quieran pertenecer a una compañía en nombre colectivo.

Del análisis realizado al Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano podemos determinar que, si bien la capacidad se regula en el ámbito civil de una manera determinada, también es reglada en el área societaria, esto con el objetivo de dar seguridad, a quienes, como socios o terceros involucrados con la sociedad, mantienen una relación con el ejercicio de la misma y ven involucrados sus patrimonios, por ende se espera que la sociedad este

administrada por personas con capacidad legal que generen utilidades para los socios y terceros relacionados.

A más de esto en el ámbito societario se ponen límites a la capacidad que de cierta manera son evitados por los socios o sus abogados, como es el caso de prohibir crear una compañía de responsabilidad limitada entre un padre y su hijo no emancipado, que en varios casos se busca terceras personas o denominados presta nombres, para que ocupen en lugar del padre o el hijo y poder inscribir la compañía en el Registro Mercantil, pero al hacer la inscripción el socio que solo presto su nombre nuevamente transfiere las participaciones o acciones a las personas naturales inhábiles para el contrato de sociedad.

1.6.2 Consentimiento (o voluntad) exento de vicios

Para Dávila, C (2011), el consentimiento se entiende como la manifestación de la voluntad, mediante la cual una persona se pone de acuerdo con otra u otras con el fin de vincularse para la celebración de un contrato. En contraste, Salgado, R (2015) especifica los elementos que debe contener el consentimiento: en primer lugar, la intención o voluntad interna, propia de la persona, ya que dentro de su fuero interno va a reflexionar sobre el resultado jurídico que se propone lograr, y la intención o voluntad externa que es la voluntad que una vez reflexionada en el ámbito interno de la persona se da a conocer a los demás, la misma que será tomada en cuenta por el derecho y puede ser tácita o expresa, al ser de la última opción podrá manifestarse de manera verbal o escrita.

Complementa el autor (Salgado, 2015, pág. 294), al explicar que este consentimiento se forma en dos fases:

1. La primera es la oferta o propuesta (Salgado, 2015): entendiéndose como el acto en el cual una de las partes va a proponer la realización de un acto jurídico, en el caso específico de estudio será la constitución de una compañía, a otra persona para que esta la reflexione y decida sobre la aceptación.
2. La segunda es la aceptación o negación (Salgado, 2015): en la cual la parte receptora de la oferta manifiesta su decisión de aceptación, negación o reformulación de la oferta. En caso de formularla se convierte en una contraoferta en la cual el ofertante original se convierte en el receptor.

Para Cabanellas, G (1994), este consentimiento es la exteriorización de la voluntad unilateral de cada uno de los contratantes, para formar un conjunto de voluntades

perteneciente a cada miembro, que da origen a lo que se conoce como declaración de consentimiento común. Para el autor esta relación entre voluntades solo confirma el carácter plurilateral del contrato de sociedad de acuerdo al número de partes o socios de la misma.

Para Alonso, F (2011), el consentimiento de cada socio, en el ámbito societario, debe recaer sobre el fin común y sobre las obligaciones que tienen de realizar su aporte para lograr el mismo, comprende también la voluntad de formar determinado tipo de sociedad delimitando así su actuación a un régimen jurídico entre los socios y de los socios frente a terceros.

Para Rodríguez, J (1971), en el contrato social el consentimiento supone el acuerdo de cada socio, respecto a los aportes acordados para formar el capital social, así como los lineamientos establecidos para la constitución, funcionamiento y administración de la compañía.

Dávila, C (2011) explica que el consentimiento dado debe ser exento de vicios, es decir, evitar los hechos que induzcan a error, o que por fuerza se restrinja la libertad a las partes, o que una persona concurra en su propio perjuicio debido al engaño causado por un tercero que constituiría dolo.

A conceptualización personal, el consentimiento, en el ámbito societario, implica esa manifestación de la voluntad de cada socio por formar parte de una sociedad, quienes esperan obtener ganancias del ejercicio a través de aportes y esfuerzos en común, sin olvidar la posibilidad que, ante una mala administración, pueden darse pérdidas que de igual manera serán asumidas por los socios.

Una vez comprendido el concepto de consentimiento, resulta imperante señalar los vicios de los que puede adolecer, los cuales, según hace referencia el artículo 1467 del CC ecuatoriano (2017), son: el error, la fuerza y el dolo.

1.6.2.1 El error como vicio del consentimiento en el contrato de sociedad o compañía mercantil

El error como vicio del consentimiento, lo desarrolla Linares, J (2008) y precisa que es el conocimiento equívoco de una cosa, y que este debe ser sustancial es decir debe inferir en la esencia del asunto a decidir, que sería la contratación de la sociedad. En la misma línea

el tratadista Reyes, F (2006), nos dice que la manera para determinar si el error es determinante consiste en comprobar que sin este sus socios no hubieran contratado la sociedad, añadiendo que es rara la ocasión en que este vicio se presente en el ámbito societario.

A esto especifica el CC ecuatoriano (2017) en su artículo 1470, que el error acerca de cualquier otra calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

De manera complementaria analizaremos a la figura del error como vicio del consentimiento regulada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, donde es el Código Civil (2017) quien contiene al error y sus diversos tipos, contemplando el error de derecho, el error de hecho.

1. El error de derecho contemplado en el artículo 1468 del Código Civil (2017), se entiende como el error sobre un punto de derecho que, como explica Linares, J (2008), consiste en el desconocimiento que una persona puede tener sobre una norma o sobre los efectos jurídicos que provoca, cabe señalar que este tipo de error no vicia el consentimiento.
2. El segundo tipo es el error de hecho que, según el mismo Linares, J (2008), versa sobre una situación real, concreta, con el efecto de que al presentarse vicia el consentimiento y se reconocen cuatro modalidades del mismo:
 - 2.1. El primer tipo (Linares, 2008), es el denominado error *in negotio* o en esencia, regulado también en el artículo 1469 del CC ecuatoriano (2017), donde especifica que el error *in negotio* se da en el supuesto de recaer sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra.
 - 2.2. El segundo tipo, es el denominado como error *in corpore* (Linares, 2008) que al interpretar el artículo 1469 del CC ecuatoriano (2017) versa sobre la identidad de la cosa específica de que se trata.
 - 2.3. El tercer tipo está contemplado en el artículo 1470 del CC ecuatoriano (2017), y entendido por Linares (2008), como el error provocado por la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el cual versa el acto o contrato, siendo este objeto diverso de lo que se cree, cuyo efecto vicia el consentimiento.

2.4. Finalmente, en concordancia con el artículo 1471 del Código Civil del Ecuador (2017), se contempla al cuarto tipo denominado error *intuitu personae* (Linares, 2008) que es el error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar. Este error no vicia el consentimiento salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. Aclarando la Ley ecuatoriana (Código Civil, 2017) en este caso, la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios que, de buena fe, haya padecido por la nulidad del contrato.

Para complementar es necesario analizar al error en el ámbito societario, pero ante la falta de consideración societaria del error en el Ecuador haremos referencia al Código de Comercio colombiano (2015) que en su artículo 107 hace distinción entre el error de hecho acerca de la persona de uno de los socios, y el error de hecho sobre la especie de sociedad. El error de hecho acerca de la persona de uno de los socios vicia el consentimiento al haber provocado que el contrato se celebre en consideración a la persona de los socios. El error de hecho sobre la especie de sociedad solo viciará el consentimiento si la sociedad formada es distinta a la que el socio creyó contratar y, como consecuencia, deba asumir una responsabilidad superior a la que tuvo intención de asumir.

Finalmente, como explica Alonso, F (2011) en el contrato de sociedad o compañía mercantil, estos vicios no acarrearán la nulidad total del contrato, como sí lo hacen en los demás contratos, en esta figura contractual subsisten entre los demás socios, mientras que la persona o aporte del consentimiento anulado no resulte esencial para el desarrollo del objeto social o la obtención del fin común de los socios.

1.6.2.2 Fuerza como vicio del consentimiento en el contrato de sociedad o compañía mercantil

La fuerza es la presión que ejerce una persona sobre otra, a través de actos materiales o amenazas, para que realice determinado acto, como precisa Salgado, R (2015), ésta debe ser grave y determinante.

Señala a la vez el Código Civil ecuatoriano (2017) en su artículo 1472 que la fuerza implica todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.

Establece Salgado, R (2015) los requisitos que debe tener la fuerza para viciar el consentimiento:

1. El primero es ser grave, que en concordancia al artículo 1472 del Código Civil (2017), implica que la fuerza sea capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición, es decir debe influir en la persona de manera que cause una alteración violenta atendiendo a la capacidad receptiva de la misma.
2. El segundo requisito es el justo temor que debe causar en la persona al verse expuesta a la fuerza y sufrir algún daño irreparable y grave, ya sea ella mismo, sus bienes, su cónyuge, ascendientes o descendientes (Salgado, 2015). Se aclara en el mismo Código Civil (2017) que en este supuesto no cabe el temor reverencial que es el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, y éste no basta para viciar el consentimiento. Para Salgado, R (2015) el temor reverencial agravado puede ser considerado fuerza cuando la amenaza a más de ser hecha por una persona que merece sumisión y respeto, afecte en verdad a la situación de quien recibió la amenaza.
3. Un tercer requisito implica ser actual, a ilustración de Salgado, R (2015), quiere decir que debe ejercitarse al momento de darse el consentimiento, aunque el mal que vaya a provocarse sea futuro.
4. Debe ser ilícita e injusta, como explica Salgado, R (2015), lo que implica que sea contraria a derecho. En el Código Civil se aclara (2017), en el artículo 1473, para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza el que es beneficiado por ella, basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona, con el fin de obtener el consentimiento.

1.6.2.3 Dolo como vicio del consentimiento en el contrato de sociedad o compañía mercantil

Según el contenido del artículo 29 del Código Civil ecuatoriano (2017), el dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. Esto es entendido como el engaño al cual se somete a una persona, debido a la intención maliciosa de otra, que expresa su voluntad creándose un perjuicio.

Para Cabanellas, G (1994), el dolo supone una conducta intencional que está direccionada a conseguir la realización de un acto de la persona cuya voluntad ha sido viciada, esta conducta consiste en la aserción de lo falso o en la disimulación de lo verdadero, para lo cual pueden darse maquinaciones o artimañas, que califiquen al daño como grave.

Se puede concordar, que el daño producido debe ser grave, ya que el engaño es de uso cotidiano, por ejemplo, en materia de negocios, con la realización de una oferta exagerando las características del producto a vender, no siempre implicando ser grave para quien lo asume.

Para Salgado, R (2015) dolo es toda especie de artificio de que una persona se vale para engañar a otra, y el mismo puede darse por una acción (positivo) o una omisión (negativo). El dolo positivo consiste en las acciones que realiza una persona para beneficio propio, pero engañando a otra. Dolo negativo es aquel que, mediante la abstención, ya sea de hacer o decir alguna cosa que alerte a la otra para realizar o no determinado acto, configura en un engaño que lo beneficia.

Adicionalmente, explica Salgado (2015), el dolo puede ser de dos tipos:

1. El dolo principal o inductivo, contemplado también en el primer párrafo del artículo 1474 del Código Civil (2017), que constituye el engaño de una de las partes que fue vital para la consumación del acto, constituyendo vicio del consentimiento.
2. El dolo incidente o accidental (Salgado, 2015) se da al producirse un engaño por una de las partes que no ha sido determinante del contrato o que al ser elemental no ha sido originado por ninguna de las partes, el Código Civil (2017), en el párrafo segundo de su artículo 1474, subraya que en estos casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo.

Gómez, J (2012), de manera concordante explica que existen dos tipos de dolo, el primero es el grave o denominado también como *dolus causam dans contractu* que produce la nulidad del contrato, y el meramente incidental que sólo da derecho a una indemnización por daños y perjuicios, salvo que hubiese sido empleado por las dos partes.

Para concluir se establece la diferencia entre la fuerza y el dolo, el segundo no puede ser efectuado por un tercero, sino solo por una de las partes o en el contrato de sociedad por uno de los socios, y que en concordancia al artículo 1475 del Código Civil (2017) el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley, en los demás debe probarse, lo que implica que el dolo al presentarse como vicio del consentimiento debe ser probado para poder alegarlo como vicio y que el ordenamiento jurídico establezca los efectos que produce en el contrato de acuerdo a su injerencia en el mismo.

1.6.3 Objeto lícito

Para Serrano, E (2015), en el ámbito civil, el objeto del contrato se refiere al conjunto de derechos y obligaciones que surgen para los socios desde la constitución de la sociedad y durante la duración de la misma, siendo esto el contenido del contrato.

De manera concordante el Código Civil ecuatoriano (2017), en su artículo 1476 referente al contrato en general, contiene la explicación de que toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer.

En el ámbito societario, como explica Salgado, R (2015), este objeto son las obligaciones de dar el aporte, que surgen entre los socios. También Lascano, G (2017) manifiesta que el objeto del contrato de sociedad constituye las obligaciones que están a cargo de los socios, que a su vez son las aportaciones que han de realizar.

De manera análoga, Cabanellas, G (1994), considera al objeto del contrato de sociedad como las prestaciones previstas en el contrato, y estas atienden al carácter contractual de la sociedad.

Para Dávila, C (2011) el objeto lícito es aquel que no contraría norma legal alguna ni atenta contra el orden público ni las buenas costumbres, en consecuencia, de esto los aportes que hagan los socios han de ser admitidos por el ordenamiento jurídico y por la sociedad. Para ser aceptado, según los artículos 1478 y 1480 de la Ley ecuatoriana (Código Civil, 2017), implica que sean lícitos, es decir no contravengan al derecho público ecuatoriano, que los aportes no se encuentren fuera del comercio y deben ser transferibles, o no hallarse embargadas.

En resumen, el objeto del contrato de sociedad son las obligaciones que están a cargo de los socios, que a su vez consiste en las aportaciones que realizarán para desarrollar el fin de la sociedad.

De esto se puede colegir que el objeto del contrato de sociedad se equipara a la obligación que tiene cada socio para lograr el fin común que se han propuesto, mas no como el objeto para el cual se constituye la compañía con las operaciones comerciales y económicas que se propone realizar.

1.6.4 Causa lícita

En el Código Civil ecuatoriano, en su artículo 1483 (2017) se explica, en referencia a la causa de un contrato, que no puede haber obligación sin una causa real y lícita. Por ende, la causa real y lícita es el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita se entiende la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público, para comprender estas definiciones, lo podemos ejemplificar de una manera sencilla, así tenemos como causa real y lícita los casos en que la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito, tiene una causa ilícita ya que el cometer un delito constituye una actividad .

En contrapartida de esta definición de causa como motivo del contrato, Salgado, R (2015) explica que no pueden ser lo mismo ya que los motivos son diversos y la causa la misma. Para entender esto, diremos a manera ejemplificativa que la causa de un contrato de sociedad es para crear una compañía exportadora de rosas, y los motivos de esa compañía son exportar rosas para dar a conocer la calidad agrícola del Ecuador o simplemente para obtener dinero.

Para el mencionado autor y el Código Civil ecuatoriano (2017), esta causa debe ser real y lícita: real que implica que existe legítimamente un interés para pactar la sociedad (Salgado, 2015, pág. 349). Lícita en cuanto no está prohibida por la ley, ni sea contraria a las buenas costumbres ni al orden público, tal como se indica en el artículo 1483 del CC ecuatoriano (2017).

Complementa Salgado, R (2015) que para averiguar cuál es la causa del contrato es preguntándose el “para qué” de ella. Al responder esta pregunta del “para qué” contratar la sociedad, como explica Domínguez, A (2015), se hace referencia a la Teoría de la Causa Final, que consiste en la razón fundamental por la que una persona celebra un determinado

acto o contrato, y que como finalidad abstracta es idéntica en todos los actos de la misma categoría.

Haciendo referencia a la causa del contrato de sociedad, Salgado, R (2015) nos explica que la causa lleva consigo el fin común que induce a los futuros socios a celebrar el contrato, y ese fin en común al que se va a dedicar la sociedad es el objeto social.

Por esta razón Juanes, N (2012), al respecto de la causa del contrato nos dice que esta puede variar de un tipo de contrato a otro y, al mismo tiempo, la causa sirve para distinguir un negocio de otro. Es por esto que los particulares no pueden dejar de lado los “elementos esenciales particulares” al celebrar un contrato al que pretenden atribuir determinados efectos jurídicos.

Es decir, en el ámbito societario, si no se observaran aquellos elementos que el ordenamiento jurídico prevé según la naturaleza jurídica al contrato de sociedad o compañía mercantil, no se producirán los efectos esperados conforme a la naturaleza del contrato.

A manera de conclusión, se entiende que, tanto el objeto del contrato que van a ser las aportaciones que se hagan a la sociedad o compañía, como la causa del contrato de sociedad responden a la actividad lícita y real que va a desempeñar la sociedad, a la que los socios o accionistas deben dar una correcta administración con apego a las disposiciones legales, para poder lograr el fin común acordado previamente por los socios, que es el ánimo de lucro, y poder obtener ganancias de los negocios sociales.

1.6.5 Solemnidades

A explicación de Cabanellas, G (1994) las solemnidades son aquellos requisitos que deben estar presentes al tiempo de la formación del acto, como son la presencia de testigos o la realización del acto frente a determinadas personas.

Estas solemnidades tienen la característica de garantizar la ejecución del acto jurídico, protege también a terceros y evita que se dé una resolución apresurada e imprevista (Salgado, 2015, pág. 353). Las solemnidades pueden ser dadas por funcionarios públicos, es decir que se realicen con la intervención de algún funcionario competente determinado, como son los notarios o los jueces, o pueden ser solemnidades habilitantes, cuando tienen por objeto suplir la voluntad de una persona incapaz, o implica un medio de protección de

sus intereses, como es la realización de una escritura pública, la cual debe tener documentos habilitantes, que deben ser, en el caso de una sociedad mercantil, los nombramientos de gerente o representante legal.

Las solemnidades dan la posibilidad al nacimiento de las sociedades regulares que, como menciona Dávila, C (2011), son dos los episodios principales: el primero es que el contrato sea ante notario, y el segundo es su aprobación, se requiere aprobación judicial como en el caso de compañías colectivas y en comandita simple, o aprobación administrativa para las demás especies de compañías, y se realiza ante la Superintendencia de Compañías, para finalmente concluir con la inscripción en el Registro Mercantil.

Cabe aclarar, según menciona Lascano, G (2017), que la falta de solemnidades ocasiona una compañía irregular, lo cual supone inoponibilidad jurídica que, a elucidación de Salgado, R (2015) consiste en la ineficacia respecto de terceros de un derecho nacido como consecuencia de una celebración válida de un acto o contrato, que tiene como impedimento ser oponible a terceros ya sea por falta de publicidad o de alguna solemnidad.

1.7 Elementos particulares/esenciales del contrato de sociedad o compañía

En referencia al artículo 1460 del Código Civil ecuatoriano (2017), se entiende que son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente. Por ende, en el contrato de sociedad o compañía mercantil se requieren ciertos elementos particulares del mismo, que los distinguen de los demás en cuanto a la forma de perfeccionarse y surgir en la vida jurídica.

De lo revisado en obras de Salgado, R (2015), Linares, J (2008), Dávila (2011), y lo entendido en las clases del profesor Lascano, G (2017), se nos permite enlistar y detallar a los elementos particulares del contrato de sociedad o compañía mercantil, siendo éstos:

1. Pluralidad de partes
2. Aportes sociales
3. Ánimo de repartir utilidades
4. Objeto social que se asemeja al requisito general de la causa del contrato
5. Nombre o razón social
6. Domicilio
7. Duración o plazo
8. Representación

1.7.1 Pluralidad de partes

Compañía, etimológicamente, significa comer del mismo pan, y sociedad representa una reunión mayor o menor de personas. Ambas definiciones involucran la concurrencia de dos o más personas, característica vital de la constitución y funcionamiento de la compañía (Dávila, 2011).

Este primer requisito particular del contrato de sociedad o compañía mercantil implica, según Linares, J (2008), la agrupación de varios socios que conforman el contrato de sociedad y en tal calidad asumen ciertas obligaciones entre ellas realizar las aportaciones ya sean en dinero, bienes o trabajo.

Para Salgado, R (2015), esta pluralidad de partes implica la conformación de las compañías con un mínimo de personas requeridas legalmente, de manera contrapuesta, la reducción a uno o una cifra menor de contratantes establecidos en la Ley, provoca la nulidad absoluta de la constitución social según el artículo 35 de la Ley ecuatoriana (Ley de Compañías, 2018).

En la Ley de Compañías, artículo 360 (2018), se arguye que en el supuesto de que la compañía reduzca el número de miembros permitidos legalmente, es causal de disolución, a menos de que se complete el número de miembros en el plazo de seis meses.

Como bien agrega Serrano, E (2015), la sociedad requiere, como mínimo la intervención de dos personas, y además permite que nuevos socios se vayan incorporando tras su constitución, sin olvidar determinadas tipologías mercantiles que admiten la sociedad compuesta por un único socio, como es el caso de las Compañías Unipersonales.

No hay, sin embargo, límite alguno en cuanto al número máximo de personas que pueden formar parte de ella, aunque se aconseja que no sea excesivamente numeroso para así evitar choques de intereses y problemas en la administración y funcionamiento interno (Serrano E. , 2015).

De manera concordante la Ley de Compañías (2018), establece para cada tipo de compañía mercantil un mínimo de socios para conformarla, por ejemplo, en su artículo 92 referente a la Compañía de responsabilidad limitada define que es la que se contrae entre dos o más personas. Así mismo establece un número máximo de socios; en su artículo 95 (Ley de Compañías, 2018) se expresa que la compañía de responsabilidad limitada no podrá

funcionar como tal si sus socios exceden de quince, si excediere deberá transformarse en otra clase de compañía o disolverse. Es vital entender que, en estas sociedades o compañías mercantiles, aunque haya una pluralidad de socios no significa que sus posiciones jurídicas sean contrapuestas (Serrano E., 2015).

Se infiere que esta pluralidad de socios es coherente, ya que, al hacer su aporte tienen una posición independiente y autónoma, sin embargo, es idéntica en cuanto a su contenido ya que todos tienen derecho a participar en los beneficios de la sociedad, así como a intervenir en su gestión y administración, debido a que todos aportan con un mismo interés que es el lucrar de las actividades de la compañía que contrataron.

1.7.2 Aportes Sociales

El aporte es aquello que el socio da a la sociedad a cambio de acciones para que ésta pueda lograr el fin común establecido, estos aportes son denominados acciones en las sociedades por acciones, cuota en las limitadas y de parte de interés en las compañías colectivas (Linares, 2008, pág. 53).

A esto se complementa en el Código Civil ecuatoriano, en el artículo 1959 (2017) con la explicación de que no hay sociedad si cada uno de los socios no aporta alguna cosa en común, ya sea en dinero, en industria, servicio o trabajo remunerado.

Al hacer referencia a estos aportes Linares, J (2008), los clasifica a detalle, en base a lo estipulado por el Código Civil ecuatoriano (2017):

1. El primer tipo de aporte es el de dinero, y puede darse en moneda vigente, cheques o en divisas que sean equivalentes a la moneda nacional (Linares, 2008).
2. El segundo tipo es el aporte en especie, que consiste en entregar bienes como establecimientos de comercio, derechos de propiedad intelectual, partes de interés o cuotas o acciones, cesión de créditos, aporte de contratos, con el principal requisito de que éstos sean apreciables en dinero (Linares, 2008). Para estos aportes en especie se recalca lo estipulado en el artículo 10 de la Ley de Compañías (2018), donde establece que, en todo caso de aportación de bienes, el Superintendente de Compañías y Valores podrá verificar los avalúos mediante peritos designados por él o por medio de funcionarios de la institución, una vez registrada la constitución de la Compañía en el Registro Mercantil. Al respecto complementa Lascano, G

(2017) al decir que estos aportes en especie requieren avalúo pericial o unanimidad en el valor del aporte.

Para concluir y evitar confusiones, se realiza una distinción entre capital social y patrimonio (Dávila, 2011): al celebrar el contrato de sociedad ambos sustantivos son los mismos, pero al transcurrir el ejercicio de la sociedad, el capital social será una cifra matemática constante que solo puede ser modificada mediante una reforma estatutaria de aumento o disminución de capital. El patrimonio es variable, ya que representa el conjunto de derechos y obligaciones de la compañía y se va modificando conforme a los negocios sociales que se realicen.

1.7.3 Ánimo de repartir utilidades

Aclara Dávila, C (2011), que el participar de las utilidades generadas de la actividad determinada en el objeto social, es una de las causas o motivos de haber contratado una sociedad o compañía mercantil. Esto deviene del absurdo hecho de que exista una sociedad en la que no se efectúe un reparto de beneficios que deben ser apreciables en dinero, puesto que una sociedad es fundada con el propósito de crear ganancia a sus miembros fundadores tal como se ha dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Compañías (2018).

Por su parte Salgado, R (2015) explica que este requisito es aleatorio e incierto al contratar la sociedad, dado que nadie puede asegurar que se va a obtener utilidades en el giro del negocio.

Pese a esto en el Código Civil ecuatoriano en su artículo 1959 (2017), se explica que no hay sociedad sin participación de beneficios, en el mismo sentido Serrano, E (2015) afirma que este ánimo de repartirse utilidades viene relacionado con el ánimo de lucro de la sociedad, ya que primero debe darse el lucro para poder obtener ganancias que finalmente serán repartidas equitativamente entre los socios.

Para el reparto de utilidades, luego de hacer la respectiva entrega de los porcentajes correspondientes a trabajadores y descontar valores destinados a reservas legales y facultativas, se realiza generalmente, previo acuerdo, la distribución a los socios de manera proporcional al valor aportado, esta disposición se encuentra en la Ley de Compañías (2018) en sus artículos 55 literal a, 71, 114 literal b, 207 numeral 2, 307 inciso 1, y 311.

Dávila. C (2011), aclara que una vez resuelta esta distribución de utilidades, los socios adquieren un derecho de crédito contra la sociedad por el monto asignado, denominando estos valores como dividendos.

Lo que nos permite concluir que este requisito refleja el ánimo de los socios de formar la sociedad, aportar para que esta pueda desarrollar una actividad específica y obtener lucro de la misma, para finalmente repartir entre ellos, de manera equitativa, las ganancias generadas, sin ignorar la posibilidad de contraer pérdidas al ejercer la sociedad sus actividades.

1.7.4 Objeto Social

El objeto de la sociedad para Salgado, R (2015, pág. 528) es el fin para el cual se la constituye y su ejecución y consumación permitirá al socio gozar de las utilidades generadas. De similar manera el objeto social es definido como el negocio que va a emprender la sociedad, siendo éste lícito y estando acorde con la Ley y las buenas costumbres mercantiles (Linares, 2008).

Lascano, G (2017) explica que el objeto de la Compañía debe estar claramente limitado a cumplir con la actividad que es para la que se fundó y organizó sin perjuicio de que, al no poder cumplir con el objeto social, se establezcan en el contrato diversos medios para lograrlo. Implica que, al ser definido el objeto en el contrato de sociedad, éste no podrá ser general ya que siempre serán necesarias ciertas actividades no estipuladas en el contrato para conseguir ese objeto social.

Dávila, C (2011), manifiesta que el objeto social lícito implica todo aquello que está socialmente admitido o tolerado, es decir que no sea contrario a lo que estipula la ley, no atente el orden público ni las buenas costumbres. De igual manera la Ley de Compañías (2018) regula al objeto social y, en su artículo 3, estipula que el objeto social de una compañía podrá comprender una o varias actividades empresariales lícitas salvo que la Constitución o la ley lo prohíban. Este deberá estar establecido en forma clara en su contrato social. Entendiendo que este objeto social va a atender a intereses de la sociedad al asegurar un mercado libre de monopolios y oligopolios.

Muchos tratadistas sostienen la postura de que el objeto social limita a la capacidad de la compañía, a esto se refiere Colombes, G (1972) al decir que los actos extraños al objeto social acarrearán nulidad insubsanable, aunque hayan sido decididos unánimemente por los

socios. Esta doctrina es conocida como *ultra vires*, y ha sido acogida por países como Argentina y Colombia, pero no por Ecuador, donde, según el contenido del artículo 30, inciso 3 de la Ley de Compañías (2018) los actos contrarios al objeto social son válidos y eficaces, pero frente a la compañía los socios que los ejecuten incurren en responsabilidad por los daños que pudieran ocasionar.

Para finalizar se cita la Ley de Compañías (2018) que expone que los actos o contratos ejecutados o celebrados con violación a la ley societaria no obligarán a la compañía, pero acarrea responsabilidad, frente a los terceros de buena fe, a los administradores que los hubieren ejecutado o celebrado, o los socios o accionistas que los hubieren autorizado.

1.7.5 Nombre o razón social

Dávila, C (2011) aclara que la sociedad o compañía es designada con un nombre que la individualiza, facilita su identificación y le permite obrar a través de representantes. Los legisladores ecuatorianos, a través de la Ley de Compañías (2018) en el artículo 16, señalan que este nombre, denominación o razón social, deberá ser claramente distinguido de cualquier otro ya que constituye una propiedad suya.

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos (2016), en su artículo 415 contiene la explicación de que se entenderá por nombre comercial cualquier signo que sea apto para identificar a una persona o establecimiento mercantil en el ejercicio de su actividad económica y distinguirla de las demás que desarrollan actividades idénticas o similares.

En el artículo 415 del COESC (2016) los legisladores ecuatorianos han expresado que se permite que una persona o establecimiento mercantil tenga más de un nombre comercial, entendiendo al mismo como una denominación social, razón social u otra designación inscrita en un registro de personas o sociedades mercantiles, pero aclara que estos nombres comerciales son independientes de las denominaciones o razones sociales de las personas jurídicas, pudiendo ambas coexistir.

En base al contenido de los artículos 36, 59 inciso 2, 74, y 303 de la Ley de Compañías (2018) se llama razón social o firma, a la fórmula enunciativa de los nombres de los socios, cuando se trata de compañías colectivas o en comandita simple y por acciones. Mientras que la denominación prescinde de toda referencia a los socios y acepta palabras alusivas al objeto social o expresiones peculiares, según el contenido del artículo 144 de la LC (2018).

Para Dávalos, M (2010) el nombre de la sociedad se integrará dependiendo el tipo de sociedad que se forme: si se trata de una sociedad de personas es importante conocer el nombre de quienes la integran, por lo tanto, el nombre consistirá en una razón social. Mientras que, si se trata de sociedades capitalistas, resulta irrelevante la identidad de los socios, por lo tanto, el nombre consistirá en una denominación social.

Este precedente nos permite concluir que este requisito particular del contrato de sociedad o compañía mercantil va a permitir individualizar e identificar a la compañía, facilitando el ejercicio de sus actividades comerciales y permitiendo a los socios, a través de su ejercicio en la compañía, destacar a la misma dentro del mercado.

1.7.6 Domicilio

Dávalos, M (2010) sostiene que el domicilio es el lugar jurídicamente reconocido para que una persona, sea natural o jurídica, ejerza sus derechos y obligaciones. Para las personas jurídicas el domicilio se encuentra en el lugar donde se halle establecida su administración, sin omitir la posibilidad de que para el cumplimiento de su objeto social se puedan designar domicilios convencionales.

Para Dávila, C (2011), el domicilio, de una sociedad o compañía, es el lugar en donde desarrollará las actividades acordadas en su objeto social, pero hay que distinguir entre: domicilio principal que, en el caso ecuatoriano, se tomará en cuenta que toda compañía que se constituya en el país tendrá su domicilio principal dentro del territorio nacional, según el contenido del artículo 5 de la LC (2018); domicilio de sucursales que son los establecimientos mayores, subordinados a la matriz pero administrados por un factor; y domicilios especiales que corresponden circunscripciones pequeñas destinadas al teatro de operación de unidades menores como por ejemplo agencias, almacenes, oficinas o bodegas, sometidas jerárquicamente a la sede o sucursal.

Es así que la determinación de los domicilios principales y matrices, se realiza en el contrato social considerando la división política del país además del acuerdo y conveniencia de los socios.

1.7.7 Duración o plazo

Es la Ley de Compañías (2018) que en sus artículos 38 numeral 5, 61, 137 numeral 4, 150 numeral 4, artículo 307, y artículo 3011 contempla que el extracto de la escritura de

constitución de la compañía contenga el tiempo de duración de ésta. Dando a entender que, pese a la exigencia legal de hacer constar la duración de la sociedad o compañía, no se exige reflejar el lapso de tiempo que va a funcionar.

Este lapso de tiempo, a explicación de Dávila, C (2011), debe entenderse que va a estar en relación con el objeto social, la vida útil de la empresa, la naturaleza económica o financiera de la misma, y las limitaciones que presente el mercado en el cual va a actuar. Contará desde la fecha de realización de la escritura pública, o el de su inscripción en el Registro Mercantil.

Para finalizar cabe recordar que, según lo acordado en el artículo 33 de la LC (2018) la duración de la compañía, previamente acordada por los socios, es susceptible de ser restringida o prolongada, mediante reforma del contrato.

1.7.8 Representación

Para Lascano, G (2017) dada la importancia de la representación legal de una compañía, es inadmisibles el hecho de que no se hayan designado administrador o gerente, mismo que en acatamiento a lo que la ley manda, en base al artículo 6 de la LC (2018), a toda compañía nacional o extranjera que negociare o contrajere obligaciones en el Ecuador, deberá tener en la República un apoderado o representante que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas.

Si la compañía omite el designar a un representante legal, las acciones judiciales correspondientes podrán proponerse contra las personas que ejecutaren los actos o tuvieren los bienes a los que la demanda se refiera, quienes serán personalmente responsables, esto se encuentra previsto en el artículo 7 de la LC (2018), Sin embargo, estas personas podrán, una vez propuesta la demanda, pedir la suspensión del juicio hasta comprobar la existencia del apoderado o representante legal. Si no produjeren esa prueba en el perentorio término de tres días, continuará con ellas el juicio, tal como se explica en el artículo 8 de la misma ley (Ley de Compañías, 2018).

En un análisis a lo dispuesto en la ley, Dávila, C (2011), explica que se justifica la preocupación de los jueces civiles y la Superintendencia de Bancos, debido a que en los estatutos se determina quién tiene la representación legal y quienes lo subrogan en su ausencia.

Para finiquitar este apartado, podemos mencionar que el requisito de delegar a alguien que ostente la representación legal, da seguridad a terceros acreedores de la compañía ya que saben que, ante cualquier incumplimiento contractual, existe la posibilidad de iniciar una acción judicial para reestablecer su situación vulnerada.

CAPITULO II: AFFECTIO SOCIETATIS

2.1 Origen del elemento *affectio societatis*

Una sociedad o compañía mercantil en la actualidad se origina a través de un contrato que es el acto jurídico que tiene requisitos comunes exigidos a todos los contratos como son la capacidad, consentimiento, causa, objeto y formalidades, y requisitos particulares característicos del contrato de sociedad o compañía mercantil los cuales son pluralidad de partes, aportes sociales, ánimo de repartir utilidades, objeto social, razón social, domicilio, plazo y representación. A más de dichos elementos, a nivel doctrinario se consideran otros, como menciona Reyes, F (2006), resultado de la teoría contractualista de la sociedad que ha considerado la inclusión de un elemento subjetivo para configurar el contrato social, el cual es denominado *affectio societatis* o *animus societatis*.

Un ejemplo del reconocimiento de la *affectio societatis*, a nivel jurisprudencial lo hace la Corte Constitucional del Ecuador al explicar que para la conformación de la sociedad o compañía mercantil prevalecen elementos que la ley, la doctrina y la jurisprudencia exigen para su existencia, éstos son: 1. Una cosa puesta en común, es decir una aportación social, efectuada por cada uno de los socios; 2. Los beneficios por realizar, o sea un fin de orden económico, distinguiendo esto a la sociedad de la asociación; y, 3. La división entre los socios de los beneficios y pérdidas, lo que demuestra una voluntad particular, tradicionalmente denominada: *affectio societatis* (Corte Constitucional del Ecuador, 2008).

Para comprender el significado del elemento *affectio societatis*, hay que partir de la conformación de la sociedad que, para la doctrina romana, García, M (2016), contemplaba dos hipótesis de configuración de la misma:

1. La primera lo explicaba como la convención en virtud de la cual se llevaba a cabo una aportación a un fondo societario que en sí podía implicar, bien la transmisión de la propiedad, o bien la transferencia del uso del capital puesto en común por el socio capitalista (García M., 2016), se realizaba sin necesidad de la concurrencia de otro elemento estructural distinto del consentimiento, objeto y causa. Siendo muy relevante el hecho de que esta teoría solo era fundamentada en lo que en derecho se consideran actualmente como requisitos comunes a los contratos, es decir, no se contemplaba ningún requerimiento esencial, pero se explicaba cómo de los requisitos comunes se desprendían acciones propias de los socios o accionistas que

reflejaban el cumplimiento de esos requerimientos lícitos esenciales del contrato de sociedad o compañía mercantil. Esta puesta en comunidad contractual de las aportaciones era un elemento determinante del contrato de sociedad en la época preclásica e incluso ya en los comienzos de la época clásica.

2. De manera contraria, se defendía una segunda teoría por parte de los jurisconsultos romanos (García M. , 2016), quienes tendían a rechazar el reconocimiento del contrato de sociedad, como el supuesto donde el propietario de un bien transmitía el pleno dominio del mismo a su otro contratante, pues la sola puesta en comunidad de un bien, incluso por causa de un contrato, no era suficiente en sí misma para formar un contrato de sociedad, y así poder presumir la existencia de una sociedad. Para los jurisconsultos romanos, resultaba preciso adjuntar el *affectio societatis* a la comunidad para poder constituir una sociedad y, por ende, para que la *actio pro socio* o asociación de acción, pueda ser ejercitada y, a ello le sigue la intención de las partes de que el contrato revista una u otra forma jurídica (García M. , 2016).

Para Balbín, S (2013), la denominación de *affectio societatis* es atribuida a un comentario de Ulpiano, quien habría referido la importancia que la *affectio* tiene respecto del contrato de sociedad y, que este contrato requiere del consentimiento constante y duradero de sus socios. Desde entonces la noción ha sido considerada como un elemento específico de todo contrato asociativo.

Entonces, podemos concluir que en el derecho romano la *affectio societatis* coincidía con la voluntad de los socios de formar mediante un contrato una sociedad entre ellos, para lograr un fin común (López, 2015).

Explica el autor (López, 2015), que en el derecho romano los dos tipos principales de sociedades eran:

1. *societas omnium bonorum* en la cual los socios cedían sus patrimonios con todos los bienes presentes y futuros, y
2. *societas unius negotii*, en la cual las aportaciones eran hechas para una determinada actividad; si su finalidad iba dirigida a un lucro pecuniario se llamaba *societates quaestuariae*.

Pero en ambos casos se trataba de contratos *intuito personae* es decir se celebraban en razón de la confianza mutua y consideración recíproca entre los contratantes, formando un

elemento característico del contrato societario que era el requisito subjetivo e intencional que revela la situación jurídica de la comunidad de bienes y de valores económicos, donde los socios ejercían una misma actividad (López, 2015). A esto añade, que el ámbito por el que se regulaba este contrato era el derecho de gentes que establecía las instituciones del Derecho Romano de las que podían participar los extranjeros que tenían trato con Roma y sus ciudadanos. Este derecho era un complemento del *ius civile*, que solo tenía como sujeto a los individuos que gozaban de la ciudadanía romana.

Explica el autor (López, 2015), que *la affectio societatis* constituía el elemento moral y psicológico de significado lato, que en forma general indicaba un lazo de fraternidad entre los socios: este elemento constituía un sentimiento de estimación y afecto que se consideraba indispensable para que en la sociedad existiera una actividad económica, de modo que no se relajase en ningún momento el vínculo contractual de carácter igualitario entre los socios que participaban en ella. De lo cual se deduce que al estar presente el elemento de la *affectio societatis*, la sociedad creaba un *ius quodam modo fraternitatis* o el derecho a un sentido de fraternidad entre los socios, como si fueran hermanos o familiares, permitiendo la participación y colaboración mutua para la consecución del objeto de la sociedad y así generar ganancias y repartirlas entre ellos.

Inicialmente, cuando se refería a la *affectio societatis* se entendía que no implicaba tan solo un consenso de los socios para formar una sociedad, ya que a explicación de Leães (2011), la *affectio societatis* es un consenso, pero no es instantáneo sino prolongado, el cual refleja un estado de ánimo, que debe permanecer durante la existencia de la sociedad. Siendo así, la expresión surgió como supuesto elemento constitutivo o genético del contrato de sociedad implicando en una intención común, cuya cesación acarrearía la inmediata extinción del contrato.

Del sistema jurídico romano, tenemos el registro de Ulpiano, quien puntualiza que la sociedad se disolvía por causas relativas a:

1. Las personas: por pérdida de la libertad o de la ciudadanía;
2. A las cosas: cuando los bienes colectivos se perdieran;
3. La voluntad: a través de la renuncia y su separación; y
4. Acciones de los socios: cuando cambiaban las condiciones de ejecución de la sociedad, afectando el ánimo continuado.

Por tanto, la desaparición de *la affectio societatis*, en los miembros, se contemplaba como resultado de los desacuerdos entre ellos, lo que hacía imposible para la sociedad cumplir con su orden social y por ende provocaba la disolución de la misma (Silva, 2012).

Queda determinado que el instituto de la *affectio societatis*, se originó en Roma y estaba considerado como requisito particular del contrato de sociedad o compañía, pues permitía distinguirlo de los demás por el carácter de exigir a los socios un ánimo de formar la sociedad y mantenerse en ella, y a través de un trabajo conjunto en el cual se distribuyan responsabilidades, se repartan las ganancias o pérdidas, para lograr el objetivo establecido contractualmente.

2.2 Definición del elemento *affectio societatis*

El término deriva de los vocablos en latín, *affectio* y *societatis*. Por *affectio* se entiende la disposición de ánimo, voluntad o deseo, y por *societatis* como la voluntad de sociedad, deseo formal de integrar una sociedad, en virtud de la confianza mutua de los socios que la fundan (García J. , 2005).

En resumen, el término *affectio societatis* se entiende como la voluntad o deseo que tienen determinadas personas naturales o jurídicas, de formar una sociedad o compañía mercantil sobre la base de un vínculo de confianza mutua para lograr un fin común que se refleje en la obtención de lucro.

Para García, J (2005) el *affectio societatis* tiene como límite a los requisitos que la ley exige para la suscripción de un contrato, tales como: la capacidad, el consentimiento, la causa y el objeto, que deben reflejar el motivo y fin lícito que se tiene al contratar la sociedad.

Asimismo, Fargosi, H (1953) hace mención a una serie de autores franceses e italianos estudiosos del Derecho Romano y de sus instituciones que reafirman el concepto de la *affectio societatis*, vista como la intención de formar una sociedad, o el espíritu de fraternidad que debe reinar entre los socios, incluso la *affectio societatis* era distinguida como la característica del contrato de sociedad que implica el *animus contrahendi societatis* o sea la intención de cooperar como socios. El autor explica también a la *affectio societatis* en el Derecho Romano, y dice que en el Derecho de Justiniano se exigía la manifestación expresa de voluntad de formar una sociedad (siendo la *affectio societatis*) de lo contrario no habría más que una simple indivisión.

Por otra parte, la *affectio societatis* es definida como una voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada, que guarda un mayor o menor acento según el tipo de sociedad al que se trate. Recalca además que este elemento no debe ser confundido con las meras relaciones cordiales y amistosas entre los integrantes de una sociedad, ya que este tipo de vínculo bien puede faltar sin que por ello desaparezca la *affectio societatis* que implica una relación de naturaleza diferente, ligada a la existencia de una voluntad común de los socios para la consecución del fin social y constituida más bien por la disposición anímica activa de colaboración en todo lo que haga al objeto de la sociedad (Balbín S., 2013).

El término *affectio societatis* puede ser considerado como un elemento subjetivo que necesita estar presente en los contratos de sociedad expresando una relación de fraternidad, es decir que refleja la propia voluntad de ser socio. Para Silva Botelho (2012), la definición clásica de *affectio societatis* era equivalente a una voluntad de colaboración mutua entre los socios, que implicaba la cooperación o deber de cooperación.

De manera más sencilla Salgado, R (2015), define a la *affectio societatis* como la voluntad encaminada concretamente a formar una sociedad con otras personas, con el elemento de permanencia en el tiempo de esa intención.

Para Reyes, F (2006) la *affectio societatis* es definida como la colaboración activa, interesada, igualitaria y voluntaria de los asociados. La colaboración activa e interesada significa que el socio deberá tomar parte del desarrollo de los negocios sociales. La igualdad hace referencia a la ausencia jurídica de una jerarquía entre los asociados ya que los derechos contenidos en sus participaciones de capital son iguales. Y que sea voluntaria, significa que el consentimiento de las partes no fue dado debido a una obligación legal o constreñimiento de un tercero.

A su vez, Fargosi. H (1953) parte de la suposición de que los intereses de los socios en las empresas comerciales eran antagónicos, y el *affectio societatis* reflejaba el deseo de cada socio en ajustar su conducta a las necesidades de la sociedad, para que ésta pudiera cumplir su objeto y prevalezca el interés común.

Explica Ferreira, W (1962), que la *affectio societatis* es, nada más y nada menos, que la intención de contraer la sociedad con otros socios, lo que significa una constitución de la

asunción de un emprendimiento común, agregado a la capacidad jurídica de la sociedad y la licitud del objeto y del fin social.

A esto añade, Lauar, M (2014) (2014), que la *affectio societatis* se caracteriza como un presupuesto esencial para la existencia de la sociedad. Por lo tanto, una vez perdida esa disposición unánime de esfuerzo e inversión, surgen conflictos de intereses y, consecuentemente, desavenencias, que a menudo impiden la convivencia entre los socios y perjudican el desarrollo de la propia sociedad.

Aceptado este elemento particular del contrato de sociedad, Salgado, R (2015, pág. 296) lo define como la voluntad de cada socio de adecuar su conducta e intereses a las necesidades de la sociedad para que pueda cumplir su objetivo, y así a través de ella, se mantengan durante toda su vida una situación de igualdad y equivalencia entre los socios de modo que cada uno de ellos y todos en conjunto observen una conducta que tienda a prevalecer el interés común, que es la forma de realización de los intereses personales.

De manera concordante se conceptualiza a la *affectio societatis* como la voluntad de los socios y de los administradores de adecuar sus conductas e intereses personales y no coincidentes, a las necesidades de la sociedad para que pueda cumplir su objeto social. De esta forma, los intereses egoístas y particulares de los socios y de los administradores se encuentran subordinados al interés de la sociedad, debiendo encontrarse alineados para la satisfacción del interés social (Dobson, 2010).

Todos estos conceptos nos han permitido entender el concepto e importancia de la *affectio societatis* para contratar una sociedad y mantenerse en ella con todos los elementos que implica, bajo la premisa de que en un contrato de sociedad, ya sea por la inexistencia o porque existen vicios en la *affectio societatis*, es decir, hacer parecer lo que no es, sería una causal para que sea inexistente, nula o disuelta, según Salgado, R (2015) ante la falta de *affectio societatis* habría mandato, ya que objetivamente este elemento aparece de la circunstancia de asociar sus aportes en un interés común, colocándose para ellos en un pie de igualdad.

Es decir que el concepto de *affectio societatis* ya no equivale a una intención subjetiva del agente o socio de formar una sociedad, sino que debe ser considerada ya como un elemento objetivo del contrato de sociedad, esto implica que su inexistencia puede acarrear consecuencias jurídicas que ameritan un análisis a mayor profundidad.

En conclusión ratificamos lo dicho por Reyes, F (2006) que el *affectio societatis* permitirá definir si las obligaciones de los socios van a regirse bajo las pautas del contrato de sociedad o, por las normas aplicables a un tipo contractual deferente, o, a un negocio jurídico ilícito, como en la hipótesis de contratos de sociedades ficticias; a la vez nos permitirá establecer con precisión si la tipicidad atribuida a un negocio que está en ejecución, corresponde al contrato de sociedad o a otro tipo contractual diferente.

2.3 Presencia de la *affectio societatis* en las sociedades personalistas y sociedades capitalistas

Destaca la necesidad de analizar el punto de, si la *affectio societatis* es un requisito del contrato de sociedad o compañía que debe estar presente en todas las sociedades, o solo en las sociedades constituidas *intuito personae* o personalistas; o está presente en las sociedades *intuito pecuniae* o capitalistas; o en ambas clases de sociedades, debido a que a nivel doctrinal es amplia la discusión acerca de este tema, y como observaremos cada doctrinario mantiene una postura.

En primer lugar, es necesario el ubicar a cada tipo de compañía existente en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano en la categoría de compañía personalista y capitalista, nos vamos a referir a Salgado, R (1994), quien clasifica a las compañías de la siguiente manera: la sociedad anónima, de economía mixta y la sociedad de responsabilidad limitada, son capitalistas; las sociedades colectiva, en comandita simple y de responsabilidad ilimitada, son personalistas; y la sociedad comandita por acciones posee tintes capitalista y personalista.

Leite da Silva Botelho (2012), parte de la premisa de que "no es la forma societaria la que determina la sustancia del fenómeno asociativo, sino las circunstancias reales que le conciernen", sostiene, además, que aunque la intensidad del concepto de *affectio societatis* es mayor en algunas sociedades, como las personalistas o *intuito personae* que en las sociedades *intuito pecuniae*, la relación establecida por el acuerdo de accionistas se basa en este particular elemento, ya que siempre requerirá de ese *animus societatis*, que implica confianza con los demás socios y ánimo de permanecer en la sociedad al formarla o unirse a ésta, y desapareciendo este elemento como una consecuencia, también desaparece el ánimo de mantener la sociedad, lo que implica disolver el propio contrato de sociedad.

Podemos concluir con la afirmación de que la *affectio societatis* estará como causa de una contribución de naturaleza personal del socio, mientras que la causa de la obligación tiene origen en una contribución de naturaleza patrimonial, es decir que la *affectio societatis* está en función de la confianza que el socio como individuo pueda tener en los demás para formar parte de la sociedad. De manera concordante para Reyes, F (2006), la *affectio societatis* es más exteriorizada en las sociedades *intuitu personae*, que en las compañías por acciones en las que prevalece el *intuitu pecuniae* o *intuitos rei*, a causa de que entre socios están interesados en mantener esa confianza mutua con quienes formarán la sociedad.

Taveras, J (2003) concuerda con el hecho de que la presencia de la *affectio societatis* en todas las tipologías societarias no es igualmente reconocida; pues, en algunas especies de sociedades es solo un manifiesto y en otras su presencia es más latente. Así tenemos que mientras en la sociedad en nombre colectivo, así como en las sociedades en participación, el *affectio societatis* se presenta como un concepto claro de definición, en las compañías por acciones su presencia es de complejo reconocimiento. Esto es justificado ya que la colaboración, en la mayoría de sociedades, no es activa ni igualitaria, a razón de que existen socios que no tienen ni los medios, ni la disposición de participar en la gestión social y asumen un rol absolutamente pasivo; mientras que, en otros casos, unos socios controlan la gestión social y en otros no, debido a que son socios minoritarios.

Por su parte Narváez, J (2002), explica que la exteriorización de la *affectio societatis* es más intensa en las sociedades personalistas que en las sociedades capitalistas, para defender su postura da como ejemplo, a una sociedad anónima donde es la titularidad de las acciones lo que establece la relación social, y no la existencia de la *affectio societatis* entre los socios. Esto lo equipara a un inversionista no socio que compra acciones para revenderlas. A criterio personal, discrepo con esta posición ya que el inversionista debe tener confianza en los socios y el negocio para adquirir las acciones, porque de lo contrario estaría comprando aleatoriamente las mismas, lo que no refleja una actitud consiente al momento de realizar una actividad.

En una forma semejante, Puelma, Á (2011), sostiene que la *affectio societatis* pese a ser considerada como el ánimo de colaboración permanente que debe existir entre los socios al momento de constituir la sociedad, más aún durante su vigencia de ninguna manera podría considerarse como un elemento de la esencia de toda sociedad, pues tal ánimo de

colaboración generalmente puede no existir en los accionistas de sociedades *intuitio pecuniae* o capitalistas, que tan solo las han suscrito o adquirido como una sociedad con ánimo de inversión o especulación de obtener réditos económicos.

Se puede concluir entonces que el elemento *affectio societatis*, es un requisito particular de toda clase de sociedad, pero ejerce mayor influencia en las sociedades personalistas o *intuitio personae* ya que se mantiene el contacto personal entre socios, lo que permite fortalecer de manera paulatina la confianza entre ellos mientras dura la sociedad, e incluso ayuda a afrontar las pérdidas que se puedan contraer ya que se conoce el esfuerzo de los demás socios en pro de la sociedad, cosa que no se presenta en las sociedades capitalistas donde la *affectio societatis* influiría solo al momento de conformar la sociedad y se irá debilitando durante la permanencia de la misma, debido a que el socio que llega a formar parte de la compañía con ánimo de inversión o especulación de obtener ganancias, al menos debe guardar un mínimo de confianza en los demás socios y en el objeto al que se va a destinar su capital a invertir.

2.4 Posturas que admiten la *affectio societatis* como requisito particular del contrato de sociedad o compañía mercantil

Zaldívar, E (1973) define la *affectio societatis* como la voluntad o intención de asociarse que encierra con mayor o menor acento, de acuerdo al tipo societario, la voluntad de colaborar en forma activa en la empresa común, lo que lleva ínsito el deber de lealtad del socio, a más del ánimo de concurrir al área propia de la actividad comercial, todo ello desarrollado dentro de un marco de igualdad jurídica pues en la relación societaria no existe subordinación por parte de alguno de los socios. De esta manera el autor al definir a la *affectio societatis*, justifica su razón de ser un elemento particular del contrato de sociedad, ya que, al no cumplirse, no se estaría formando una sociedad o compañía mercantil, sino meramente un contrato en el cual se forme una agrupación donde no todos busquen el mismo propósito, abriendo la posibilidad de un orden jerárquico y por ende tratos inequitativos e incluso desleales.

Fargosi, H (1953) expresa que la *affectio societatis* es la voluntad o intención de asociarse, adecuar su conducta y sus intereses personales, egoístas y no coincidentes a las necesidades de la sociedad para que pueda cumplir su objeto, y así, a través de esta declaración, se mantenga durante la vida de la sociedad una situación de igualdad y

equivalencia entre los socios, de modo que cada uno de ellos y todos en conjunto observen una conducta que tienda a prevalecer el interés común que es el modo de realización de los intereses personales.

Merle, P (1996) defiende la postura de que la *affectio societatis* es un elemento esencial del contrato de sociedad, al afirmar que sin su presencia no existiría sociedad alguna, este elemento engloba la voluntad de los socios para colaborar de manera conjunta y equitativa, para así lograr el fin común propuesto, todo ello se debe realizar al momento de creación y durante el ejercicio de la compañía. Además, recalca que la utilidad de la *affectio societatis* es calificar los contratos en situaciones de incertidumbre y distinguirlos de las sociedades ficticias.

En relación con lo mencionado Nazar, N (2012), nos dice que, sin lugar a duda, los socios persiguen un fin al contratar y participar de una sociedad, y que la doctrina y la jurisprudencia durante el último tiempo han intensificado sus esfuerzos por elaborar un concepto autónomo de interés social en la inteligencia de identificar cuál es el fin común que subyace a la constitución de sociedades, y cuáles son las reglas que derivan de esa finalidad común que une a los socios. La autora (Nazar, 2012) menciona al respecto que algunos autores encontraron en la *affectio societatis* la respuesta. En este sentido sostiene que la cooperación, que caracteriza a este concepto, exigida a los socios tiene como finalidad lograr que prevalezca el interés social sobre el interés individual y egoísta de cada uno de ellos.

Para Reyes, F (2006, pág. 114) la *affectio societatis* es la voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada que impera en toda situación de sociedad. Basado en esta definición, Roitman, H (2006) caracteriza a la *affectio societatis* con tres elementos:

1. Colaboración activa: En las sociedades personalistas la colaboración activa no sólo se verifica en la obligación de los socios de efectuar los aportes, ya que la *affectio societatis* también se materializa en el derecho de controlar la marcha de los negocios y en la actuación de los miembros en la administración y gobierno de los intereses sociales. Es decir, participar activamente en las actividades de la sociedad para lograr el objetivo de la sociedad

2. Jurídicamente igualitaria: Uno de los criterios de distinción de las sociedades comerciales con otras figuras jurídicas es que los socios se encuentren en un mismo plano jurídico. No media subordinación entre ellos
3. Interesada: Este carácter resulta del fin que pretende alcanzar los socios, que no es otro que la obtención de beneficios.

Para defender la presencia de la *affectio societatis* como requisito esencial del contrato de sociedad o compañía mercantil, López, R (2015) sostiene que el estado de socio, de ninguna manera es una relación jurídica sino una cualidad que se mantiene y manifiesta en un conjunto de deberes y derechos que lo configuran. Lo que significa que este estatus de socio se caracteriza por la participación y colaboración activa en el negocio de la sociedad. Aclara el autor que, el estado de socio tiene su origen en la relación jurídica del contrato, no se forma por la sola razón de tal relación jurídica de tipo societario sino en función de acontecimientos que perpetúan su configuración. Es decir que el estado de socio no queda establecido con la realización y ratificación del contrato, sino que es necesario que la persona que va a fungir como socio o accionista tenga una función que haga operativa la actividad objeto de la sociedad.

Al ser un elemento único del contrato de sociedad es importante, como manifiesta Salgado, R (2015, pág. 295) analizar y determinar los efectos que produce la falta de éste, ya que el *affectio societatis* radica en el propósito de mantener una indispensable solidaridad con los intereses de la empresa, lo que se traduce en una identificación con las vicisitudes y avatares de la sociedad.

La *affectio societatis* en la actualidad sigue siendo un elemento particular del contrato de sociedad, que si bien es cierto no se encuentra presente en algunos tipos de compañías unipersonales, o se encuentran con una menor injerencia en las sociedades de capital o capitalistas, sigue siendo un elemento que permite al socio decidir pertenecer a una sociedad y asumir un rol en la misma.

Tras analizar la explicación de Reyes, F (2006), quien en su estudio jurisprudencial evalúa el funcionamiento lícito de una sociedad y determina que la clasificación del contrato social exige recurrir al razonamiento de la intensión de las partes, más no atenerse a lo que han dicho, esto es atender al conjunto de estipulaciones y a la armonía que debe existir entre todas ellas, a la situación que crea cada una de las partes, al espíritu del contrato y

demás circunstancias concomitantes y accesorias que den base para determinar su voluntad y establecer si entre ellos existió *affectio societatis*.

A manera de conclusión, se mantiene que la *affectio societatis* será útil para detectar si existe o no una voluntad de los socios de formar y ser parte de la compañía, o solamente se usa a manera de cubierta de terceros propósitos dicha figura societaria. El análisis de la existencia de *affectio societatis* es posible al realizar una revisión y comparación entre lo estipulado por los socios al constituir la compañía, sus actividades posteriores, y las actuaciones de los socios individualmente considerados, por lo que se piensa proponer la posibilidad de incluir como elemento objetivo del contrato de sociedad o compañía mercantil al *affectio societatis*.

2.5 Posturas que niegan la *affectio societatis* como elemento particular del contrato de sociedad o compañía mercantil

Franca y Adamek (2009), alegan que el problema con el concepto de *affectio societatis* inicia cuando se intenta encontrar un significado a la expresión, ya que, traducida literalmente, es hueca y desprovista de alcance, pues el elemento voluntario existe en todo y cualquier contrato, se puede entender que dicha expresión latina conduce a la paradoja de pretender caracterizarla como siendo la intención, el ánimo, la voluntad de constituir sociedad.

A explicación de Taveras, J (2003), una parte de la doctrina mercantilista internacional y una fracción de la moderna francesa consideran que el *affectio societatis* es un concepto incierto y oscuro, ya que, al implicar la intención o voluntad de asociarse con más sujetos para formar una compañía mercantil, se confunde con el consentimiento que da origen a todo contrato.

Para Hamel, J (1925), el contrato de sociedad no puede tener por criterio una *affectio societatis*, o sea la voluntad de constituir la sociedad. Para desvincularse de este elemento subjetivo, se intenta descubrir un elemento con el cual fuera posible diferenciar la sociedad de los demás contratos, prevaleció entonces en la doctrina y en los tribunales franceses el entendimiento de que la *affectio societatis* sería "el deseo, la voluntad, la intención de colaboración voluntaria, activa, interesada e igualitaria". De acuerdo con esta visión, los caracteres objetivos "voluntario y activo" servirían para diferenciar a la sociedad:

1. de la indivisión, situación involuntaria y de sujeción; y

2. de diversos contratos con cláusula de participación en los beneficios (como en los contratos de mutuo, comisión o mandato, seguro y ciertas combinaciones de venta del establecimiento empresarial). Además, el carácter igualitario se prestaría a apartar de la sociedad, el vínculo de subordinación, que es de la esencia del contrato de trabajo y sirve justamente para rechazar la calidad de socio al simple empleado comisionado.

Como colofón podemos afirmar que es claramente arbitrario calificar de colaborador activo uno de los accionistas que ni siquiera comparece a las asambleas generales y no tienen ningún conocimiento de los negocios de la sociedad, o incluso el socio comanditario ya que se limita a aportar el capital y, sin embargo, nadie deja de reconocer que son socios. Por otro lado, el carácter igualitario tampoco existe siempre en las sociedades, ni con ocasión de los aportes iniciales, ni durante la vida societaria, por ejemplo, un socio puede ingresar con bienes y otro con servicios; un socio puede controlar la sociedad y el otro ser sólo minoritario; un socio puede tener derechos especiales de administración, diversos de los reconocidos a los demás, o títulos sociales atributivos de preferencias que no se extienden a los otros.

Continúa el autor alegando que el concepto de *affectio societatis* es insuficiente para definir la sociedad y distinguirla de otros contratos. Así, dijo que la voluntad de unión sería uno de los factores esenciales de la *affectio societatis*, pero no es ella el único elemento, ni exclusivo, de la sociedad (Hamel, 1925). Esta voluntad de unión se encontraría también en otros contratos. Por eso, a la voluntad de unión, a la voluntad de asociarse, debería añadirse otro elemento, que sería el de aceptación de los riesgos.

Al respecto complementa Salgado, R (2015) que, si la *affectio societatis* fuese un elemento más del contrato de sociedad, habría que ampliar conceptos e incluir la confianza en la noción de mandato, el amor en el concepto de matrimonio, y así en cada caso en que se requiere de un elemento particular en la ejecución de cada tipo de contrato.

Dados estos fundamentos, podemos entender que el deseo de contraer una sociedad, implica la intención de formar una unidad de trabajo con los demás socios, y la aceptación de que tras el ejercicio de la sociedad se pueden dar tanto ganancias como pérdidas. Esta unión implica mantener una organización colectiva y un paralelismo de intereses; lo que no significa, necesariamente, una colaboración activa e igualitaria. Dándonos un primer

fundamento para excluir a la *affectio societatis* como requisito particular del contrato de sociedad.

Se hace una segunda crítica a la *affectio societatis* alegando que no es una modalidad especial de consentimiento, distinta de la exigida para la celebración de cualquier contrato. Aunque algunos autores han argumentado que la intención de formar y participar en la sociedad, supuestamente no debe confundirse con la aprobación requerida para la celebración de contratos en general, la verdad es que esa posición padece del equívoco de confundir el consentimiento, con el objeto o causa del contrato. Incluso en Francia, donde la idea de *affectio societatis* se extendió en derecho societario, varios estudiosos mantenían la postura de que, no hay un carácter particular de consentimiento, ya que debe darse con discernimiento de la naturaleza del contrato celebrado (Eva Franca y MV von Adamek, 2009). En conclusión, al entender el tema de otra forma, llevaría a la paradoja de admitir que existen tantas especiales modalidades de consentimiento como sean los negocios jurídicos en general.

Otra de las hipótesis que niegan a la *affectio societatis* como elemento que, desapareciendo a lo largo de la ejecución del contrato de sociedad pueda determinar su automática extinción, sostiene que dicho requisito no es esencial para el mantenimiento de la sociedad al no ser distinto a cualquier otro contrato en el que no se admite el arrepentimiento.

João Eunápio (1991) afirmaba que la sociedad moderna, dotada de personalidad jurídica y no siendo contratada por tiempo determinado, no se disuelve por la sola voluntad de un socio, es decir no tiene sentido la contraposición entre la *affectio societatis* y el consenso.

En tiempos más recientes, la lección volvió a ser repetida por Alfredo de Assis Gonçalves (2004), para quien la *affectio societatis* no es presupuesto alguno, ni siquiera para el mantenimiento de la sociedad entre sus socios a lo largo de su existencia. El querer o no querer permanecer vinculado a un contrato, no es una restricción en los acuerdos de duración en general (como de sociedad, arrendamiento, suministro), la voluntad de mantener el vínculo contractual es inherente, siendo autorizada su resolución unilateral en cualquier momento, cuando sean celebrados por plazo indeterminado. En efecto, la desaparición de la intención de contratar por parte de uno de los socios, por regla general, no interfiere en la sociedad. En este sentido, vale recalcar que la ausencia de *affectio societatis*, a explicación de Reyes, F (2006), no puede ser causal de resolución parcial del

contrato de sociedad mercantil, ni puede ser esgrimido por ninguno de los socios para negarse a cumplir con sus obligaciones sociales.

Aplicando al caso ecuatoriano, si la desaparición de la *affectio societatis* estuviera contemplada como fuente del derecho de desvinculación del socio, se tendría que admitir que la exclusión no dependería de falta grave, tal como comprenden los artículos 33 y 82 de la LC (2018) que establecen sujetos y actos societarios específicos en los cuales puede ser excluido un socio, y podría darse por la simple voluntad de la mayoría, o, a la inversa, la posibilidad de separarse de la compañía por voluntad propia del socio como podemos determinar en los supuestos contenidos en los artículos 29, 79, 133, 269 del mismo cuerpo legal (Ley de Compañías, 2018).

La crítica final se sustenta en que la *affectio societatis* no es un elemento determinante de la extensión de los deberes de los socios, siendo una especie de regulador de los mismos, pues en la sociedad el socio está vinculado a un deber accesorio de lealtad y colaboración, y un deber general de respeto y buena fe (Eva Franca y MV von Adamek, 2009). Por lo tanto, no es la *affectio societatis* la que define la extensión de los deberes de los socios, quien lo hace es el objetivo común y la forma societaria escogida.

Se debe entender que no es posible afirmar que los derechos de un socio son más estrictos porque se trata de una sociedad donde predomina la *affectio societatis*; lo que se puede, es constatar que, por ser los derechos de socio más estrictos, predomina entre ellos la *affectio societatis* asemejada de manera errónea a la sociedad *intuito personae* (Eva Franca y MV von Adamek, 2009).

De estos argumentos, concluimos que el *affectio societatis* es más un sentimiento que un concepto legal, de hecho, este elemento es una descripción sociológica de las sociedades, que en el ámbito jurídico estaría en aplicación sólo con respecto a las sociedades de personas. Dando a entender que lo correcto es considerar, como requisito particular del contrato de sociedad, un fin en común perseguido por los socios.

Además, para Franca y Adamek (2009), el término o elemento que en realidad debería usarse como esencial en la sociedad, es el fin común, puesto que no hay sociedad o asociación sin un fin común propio, diferente al individual perseguido por sus integrantes, sin contradecir ni excluir al primero. Mantienen al fin social como el motor de la unión

entre dos o más personas, con el razonamiento lógico de que tal unión organizada e interesada, es más efectiva que la de una.

Lascano, G (2017), al referirse al artículo 3 de la Ley de Compañías (2018), revela que las partes son libres para establecer el fin social, siempre y cuando sea lícito y esté dentro de lo permitido por el ordenamiento legal, es decir que los organismos de control se limitan a regular la conformación de la sociedad, mas no el objeto que persiga y menos aún a evaluar la viabilidad de la actividad de la sociedad. También son libres para establecer las contribuciones, que pueden ser de las más variadas especies de bienes o hasta de servicios.

En conclusión, poco importa el fin que cada socio persigue individualmente, ya que eso no interfiere con la finalidad común a todos. Es decir, el fin social sirve para la definición de la forma jurídica de la organización societaria (si asociación o sociedad) y, por lo tanto, para la definición de las disposiciones normativas aplicables.

Se entiende, de las posturas revisadas, que los doctrinarios que niegan la presencia de la *affectio societatis*, afirman que es un elemento más del consentimiento de los socios para crear la sociedad y que no es real la necesidad continua del *animus* de trabajar en forma conjunta para que exista sociedad.

2.5.1 Ausencia de la *affectio societatis* en compañías unipersonales.

Al abordar el tema de la ausencia de *affectio societatis* en las compañías unipersonales, es importante la aportación de Vitolo, D (2016), quien sostiene que este particular elemento es algo que ha perdido absoluta virtualidad en razón de la creciente admisión en la legislación internacional de las sociedades unipersonales, y de la modificación estructural de los fenómenos asociativos en los cuales la confirmación del ente societario constituye generalmente un mero instrumento de administración de inversión en los que el socio, es solamente un inversor y no un socio real, o ha adquirido tal status por el mero hecho de haber recibido *mortis causa*, o a consecuencia de reorganización societaria, participaciones societarias en las que no tiene ningún interés y que solo conserva en razón de la imposibilidad de poder forzar su transferencia.

Partiendo de esta importante acotación, examinaremos a las compañías unipersonales en la legislación ecuatoriana, con el fin de determinar si en ellas existe o no el elemento *affectio societatis* entre sus elementos constitutivos, en el caso de Ecuador estas compañías son creadas en fundamento a Constitución Política de la República (2018) que en el artículo 3,

numeral 4 establece como deber y obligación primordial del Estado el impulso sustentable de la economía y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo, busca sustento igualmente en el artículo 23 (Constitución de la República del Ecuador, 2018) mediante el cual se obliga al Estado a reconocer y garantizar a las personas el derecho a la libertad de empresa; se fundamenta en el artículo 244 de la CRE (2018) donde determina que al Estado le corresponderá, dentro del sistema de economía social de mercado, garantizar y promover el desarrollo de actividades económicas y mercados competitivos, impulsando la libre competencia. Es decir, estas empresas encuentran su razón de ser en el aspecto económico del Estado ecuatoriano que busca incentivar el mercado y la economía a través de personas que desempeñan actividades de comercio en varias ocasiones informal, para su sustento, en vista de la carencia de plazas de empleo, a más de impulsar a las pequeñas y medianas empresas a introducirse y crear competitividad en el mercado.

De esta manera surge la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada (2006), que en su artículo 1 contiene la explicación de que toda persona natural con capacidad legal para realizar actos de comercio, podrá desarrollar por intermedio de una empresa unipersonal de responsabilidad limitada cualquier actividad económica que no estuviere prohibida por la ley, limitando su responsabilidad civil por las operaciones de la misma al monto del capital que hubiere destinado para ello. A la vez, en su artículo 2 la LEURL (2006), define a esta empresa, como una persona jurídica distinta e independiente de la persona natural a quien pertenezca, por lo que los patrimonios de la una y de la otra son separados, es decir la persona que constituya una empresa de esta clase no será responsable por las obligaciones de la misma, ni viceversa, salvo los casos que contemple la Ley.

Becerra, J (2013), relata que históricamente, la entrada en vigencia de este nuevo modelo societario produjo gran algarabía entre los distintos tratadistas del derecho, ya que la introducción del mismo estaría en contravía con la Teoría Contractualista donde se establece que toda sociedad surge de un contrato, el cual presupone la concurrencia de voluntades de dos o más personas. Postulado que concuerda con la realidad jurídica del Ecuador, ya que en el CC ecuatoriano (2017), artículo 1957 referente a la sociedad o compañía dice que es un contrato en el cual dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan, y se continúa con la explicación de que esta sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios

individualmente considerados. De igual manera el artículo 1 de la LC (2018), contempla a la sociedad o compañía como un contrato por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades.

El autor Becerra, J (2013) sostiene que el pleno reconocimiento jurídico-positivo de la sociedad unipersonal, especialmente de capital, no haría sino ajustar el Derecho a la realidad socioeconómica y a los intereses presentes en la misma, sirviendo además para impulsar la economía nacional en cuanto instrumento técnico jurídico de promoción de la iniciativa económica privada en la pequeña y mediana industria, y del proceso de concentración empresarial en el campo de las grandes empresas. Es decir, que el reconocimiento positivo de la sociedad unipersonal es fruto de las conexiones de sentido existentes entre los intereses que promueven la unipersonalidad y la comprensión de los valores esencialmente capitalistas inminentes al derecho societario.

Mascheroni, F (2014), cuestiona la labor hecha por los legisladores, al analizar cómo fueron superadas las tres cuestiones trascendentales al momento de receptor dicho instituto, ellas son: la exigencia de pluralidad de socios al momento de constituir una sociedad, la naturaleza jurídica de la sociedad y por último la utilización de sociedades unipersonales como instrumento de fraude. Referente a este último punto, el autor propone tres posibles medidas para evitar el cometimiento de fraudes por parte de las sociedades unipersonales y sus administradores, en primer lugar, debería exigirse un capital mínimo que debe guardar concordancia con el objeto de la sociedad, caso contrario habría que establecer una regla específica destinada a sancionar los casos de infracapitalización o subcapitalización. En segundo lugar, deben regularse claramente los créditos del socio único contra la sociedad, así como los de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad, que deberían estar subordinados al previo pago de los créditos de terceros. Finalmente debería limitarse la cantidad de sociedades unipersonales que una misma persona puede constituir, para evitar que se fraccione el patrimonio de forma tal que la garantía a los créditos de terceros se vea frustrada.

En conclusión, al ser las sociedades unipersonales un tipo de compañía que se forma con la voluntad de un único socio que fungirá de gerente y propietario, carecerá del elemento *affectio societatis* en su conformación y desarrollo, ya que es una misma persona quien tiene la voluntad de crear la compañía, permanecer en ella y asumir pérdidas o ganancias

del ejercicio comercial de la misma, haciendo innecesaria la presencia de otro socio para depositar la confianza y voluntad en su participación.

2.5.2 Relación del consentimiento dado en el contrato de compañía mercantil con la *affectio societatis*

Para lograr una mayor comprensión, podemos decir que es imprescriptible no confundir la *affectio societatis* con el consentimiento, ya que son dos conceptos aparentemente semejantes, pero, absolutamente diferentes en la realidad.

El consentimiento se refiere a la voluntad y al acuerdo de realizar un negocio jurídico, aún de naturaleza no societaria, es decir es común en todos los tipos de contratos, mientras que la *affectio societatis* es la voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada que impera en toda situación de sociedad (Reyes, 2006, pág. 114).

Sostiene Taveras, J (2003), que una parte mayoritaria de la doctrina concibe que el *affectio societatis* es un elemento particular y esencial del contrato de sociedad, a más de ser totalmente distinguible del consentimiento que da origen al contrato, con la diferencia que se manifiesta durante todo el tiempo que perdura la sociedad y no solo al momento de conformarla, lo que impide varios actos injustos, como: violaciones al derecho de control social que le asiste a los asociados, y evitando la inserción de cláusulas leoninas que quiebren la igualdad.

De manera opuesta Franca y Adamek (2009), explican que los intentos de interpretación de la *affectio societatis* dada por los adoctrinados presentan varias deficiencias, ya que es definida como la intención de los socios de unirse a los esfuerzos de los demás, para la consecución del fin común, cuando es cierto que la intención que la parte da es jurídicamente irrelevante, en contraste con la voluntad declarada, lo cual en concordancia con el artículo 12 del Código Civil brasileño (2002), se afirma lo siguiente: “En las declaraciones de voluntad se atenderá más a la intención en ellas consubstanciada que al sentido literal del lenguaje”, además sostienen que, el consentimiento es un elemento exigido en la conclusión de cualquier contrato, por ende, el elemento que verdaderamente interesa en la definición presentada, es el fin común, y no la mera intención de las partes. De manera concordante en el artículo 1461 del CC ecuatoriano (2017) se explica que, para una persona poder obligarse a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que

consienta en dicho acto o declaración y que su consentimiento no adolezca de vicio; es decir basta el consentimiento expreso para la suscripción de un contrato.

En opinión de Salgado, R (2015), la *affectio societatis* no es parte del consentimiento expresado de manera particular en el contrato de sociedad, pues a diferencia del consentimiento, éste debe permanecer durante la vida de la sociedad, caso contrario no habría intención de requerir de ella provocando la separación vía cesión de derechos, disolución o terminación anticipada del contrato. Rodríguez, J (1971), concuerda en que, si bien es cierto para la existencia de una sociedad se exige la intención de ello, no se puede confiar en que baste el consentimiento ya que se basa en las declaraciones de las partes, mismas que pueden ser distintas a las que se dan durante la vida de la sociedad, es por este hecho que se ve en la *affectio societatis* un elemento revelador de las intenciones de las partes al formarla y durante la vida de una sociedad.

En conclusión, la *affectio societatis* y el consentimiento dado en el contrato de sociedad, pese a su similitud, buscan propósitos diferentes, debido a que el consentimiento se da solo al formar la sociedad, mientras la *affectio societatis* expresa esa voluntad del socio de querer formar la sociedad y permanecer en ella asumiendo las responsabilidades inherentes, es decir constituye un requisito particular del contrato de sociedad que hace que este tipo sea distinto a los demás.

2.5.3 Relación de la causa lícita dada en el contrato de compañía mercantil con la *affectio societatis*

Es importante aclarar la definición de Salgado, R (2015), quien corrobora que la *affectio societatis* al estar relacionada con el consentimiento es el elemento que induce a contratar y no el fin, motivo o causa del contrato, que constituyen de manera más precisa el propósito de lucro. Aclarando así que el *affectio societatis* no tiene relación con la causa del contrato, sino de manera próxima, con el consentimiento.

Pese a lo dicho, varios autores, entre ellos Linares, J (2008), concluyen que la causa se relaciona con el móvil que motiva a suscribir un contrato. De manera semejante Cabanellas, G (1994) manifiesta que, la causa-fin en el ámbito societario se entiende como el motivo del acto, mismo que consiste en la repartición de utilidades entre los socios. De manera más amplia, Dávila, C (2011) sostiene que la causa es el designio de obtener ganancias mediante el ejercicio de la sociedad, haciendo necesaria la formación de un

grupo de personas que en base a la confianza se unan y formen la sociedad. Lo expresado se encuentra también en el CC ecuatoriano (2017), que en el artículo 1483, en su parte pertinente se explica que se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

De estas perspectivas podemos concluir que la causa, en el contrato de sociedad mercantil, si bien contiene el ánimo de pertenecer a la sociedad motivado por la repartición de utilidades entre los socios, no es lo mismo que la *affectio societatis*, ya que no toma en cuenta los aspectos que la conforman, como son el de permanecer en ella sin ninguna subordinación con los demás socios y la cooperación durante toda la existencia de la sociedad. Por el contrario, podemos deducir que la causa del contrato está más relacionada con el objeto de la sociedad que comprende la actividad lícita a la cual se va a dedicar la compañía mercantil para obtener los fines previamente establecidos por los socios.

Como conclusión final de este capítulo, definimos a la *affectio societatis* como el elemento particular del contrato de sociedad o compañía mercantil pluripersonal, que es diferente a cualquier otro requisito, sea general o particular, del contrato de sociedad, pero no por ello deja de estar relacionado y que además está presente, en diferente grado, en sociedades personalistas, capitalistas y mixtas. Este elemento implica el ánimo de querer formar una sociedad, permanecer en ella de manera equitativa, y colaborar para el cumplimiento de su fin social, de tal manera que asuma las pérdidas o ganancias derivadas de las actividades comerciales ejercidas.

CAPÍTULO 3: EFECTOS JURÍDICOS PROVOCADOS POR LA AUSENCIA O VICIOS EN EL ELEMENTO *AFFECTIO SOCIETATIS* EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD O COMPAÑÍA MERCANTIL

Previo a analizar los efectos jurídicos que puede provocar la ausencia o vicios del elemento *affectio societatis* en el contrato de sociedad o compañía mercantil, es menester recordar que este particular requisito implica la voluntad o deseo que tienen determinadas personas naturales o jurídicas, que serán los futuros socios, de formar una sociedad o compañía mercantil sobre la base de un vínculo de confianza mutua, y a través de inversiones de diferente naturaleza, formarán un capital social para lograr un determinado fin de lucro al ejercer actividades de comercio lícitas, lo cual implica mantener ese ánimo de formar parte de la sociedad y participar en ella durante toda su existencia.

3.1 La institución jurídica de la nulidad

Como determina Salgado (1994), la nulidad es la sanción que se establece de forma legal para los contratos celebrados que carecen de algún requisito que la ley exige para su validez, y que tiene el efecto de conferir el derecho a las partes para ser restituidas al estado inicial del acto, es decir como si este no se hubiera celebrado.

Para Salvatierra, L (2005) la nulidad es la construcción técnico-legal que apunta a los elementos intrínsecos originarios de todo negocio jurídico, con miras a regular las imperfecciones que a su respecto puedan presentar los actos que le son confrontados.

La nulidad ha sido entendida por nuestra Corte Nacional de Justicia, como una sanción consistente en privar de efectos al acto, como se muestra en el juicio por nulidad de contrato de compraventa de inmueble seguido por Wilson Calle Rodas, otra contra Rafael Leopoldo Muñoz Pacheco y más.

La nulidad es una sanción legal establecida para omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben, siendo ésta una sanción de índole civil debe estar establecida por la ley (Corte Suprema de Justicia, 2002).

De manera semejante en el CC (2017), en su artículo 1697 se explica que es nulo todo acto o contrato que carece de alguno de los requisitos legales para el valor del mismo, según su especie y la calidad o estado de las partes. Además, explica que la nulidad puede ser absoluta o relativa.

3.1.1 La nulidad absoluta

La nulidad absoluta ha sido establecida en consideración al interés general o al orden público, y la nulidad relativa ha sido establecida en consideración al interés particular de las personas que celebran el acto (Besa, 1943).

En el CC (2017), artículo 1698 se explica que son causas de nulidad absoluta la incapacidad absoluta, la causa y objeto ilícitos, a más de la omisión de solemnidades en consideración a la naturaleza del acto, aclara Salgado, R (1994) que en el caso del contrato de sociedad causarían nulidad absoluta también, la omisión de algún requisito particular, ya sea la pluralidad mínima de partes, ánimo de repartirse utilidades y los aportes sociales. Y, precisa el mismo artículo (1698 Código Civil, 2017) que cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Referente a la nulidad absoluta, Salgado, R (1994) señala ciertas características:

1. La primera, concordante con el artículo 1699 del CC (2017), es que puede ser declarada por el juez cuando aparece de manifiesto, a esto la doctrina destaca que no se trata sólo de una potestad sino de un deber del juez (Guillermo Ospina, Eduardo Ospina, 2000). Estipula Solar, C (1978) que, si el juez quiere declarar la nulidad absoluta de un acto, deben cumplirse dos requisitos: que el acto haya sido introducido al proceso judicial, y que el vicio del acto aparezca de manifiesto.
2. Una segunda característica es que puede alegarse por todo aquel que tenga interés en ello, siempre que este interés sea pecuniario, como explican Coronel y Del Bruto (2010), esto quiere decir que toda persona que obtenga un beneficio patrimonial en que el acto sea declarado ineficaz puede pedir su nulidad, sea que este beneficio consista en un aumento del activo o en una reducción del pasivo de su patrimonio.
3. En el artículo 1699 del CC (2017), se explica, además, como otra característica, que no puede alegar nulidad absoluta quien ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Esto quiere decir que el conocimiento del vicio que prescribe la ley no se refiere a la presunción general de conocimiento de la norma legal, sino que se trata de un conocimiento específico que debe ser establecido de manera concreta, caso contrario, jamás podría una de las partes solicitar la nulidad absoluta (Vodanovic, Curso de Derecho Civil Parte General, 2001).

4. La siguiente característica es que la nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de las partes, pero sí pueden celebrar un nuevo contrato que cumpla todos los requisitos legales (Salgado, 1994).
5. Como quinta característica, Salgado, (1994) señala que la acción de la nulidad absoluta es irrenunciable, debido a que es una disposición de orden público.
6. La sexta característica es que, si bien el acto es nulo, se debe accionar en el transcurso de 15 años, caso contrario saneará la nulidad, tal como se mantiene en el artículo 1698 (Código Civil, 2017).
7. La última característica es que, con posterioridad a la declaratoria de nulidad absoluta del acto o contrato, caducan las hipotecas existentes (Salgado, 1994).

3.1.2 La nulidad relativa

La nulidad relativa es una sanción de ineficacia impuesta al acto que no cumple con los requisitos de validez, cuando han sido establecidos en consideración al interés particular de las personas que celebran el acto (Guillermo Ospina, Eduardo Ospina, 2000).

La nulidad relativa constituye un beneficio para ciertas personas que la ley considera necesitadas de protección además les permite obtener el cumplimiento de la obligación que contrajeron y, en caso de incumplimiento, hacer que las cosas regresen al mismo estado que había antes de que se celebre el acto (Besa, 1943).

Contraria a la nulidad absoluta que persigue la protección de intereses generales, la nulidad relativa busca evitar el desequilibrio que supondría la intervención de una persona poco informada o poco preparada en la celebración de un acto jurídico (Guillermo Ospina, Eduardo Ospina, 2000).

Hay que destacar que la palabra “relativa” es usada para mostrar que un acto nulo relativamente es válido para una de las partes del acto, pero nulo para la otra parte a favor de la cual ha sido establecida la nulidad (Baraona, 2012).

Al tratar la nulidad relativa, denominada también anulabilidad o rescisión, que es la nulidad que constituye cualquier otro vicio que no se señaló al abarcar el tema de la nulidad absoluta, se determina que son causas de nulidad relativa los vicios del consentimiento (error, fuerza, dolo, lesión enorme), la incapacidad relativa y la falta de requisitos habilitantes, y posee ciertas características, a ilustración de Salgado, R (1994), las cuales son:

1. La primera característica es que no puede ser declarada de oficio por el juez, sino como se menciona en el artículo 1700 del CC (2017), solo puede ser declarada por el juez a petición de parte.
2. Como siguiente característica se menciona que el orden público no puede alegarla solamente por interés de la Ley (Salgado, 1994).
3. Una tercera característica es que la nulidad relativa solo puede ser alegada por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes (es decir sus contratantes), por sus herederos o cesionarios, como se indica en el artículo 1700 del CC (2017).
4. Una característica más es que la nulidad relativa sana en el lapso de 4 años, pese a que el acto o contrato sigue siendo nulo, si no es alegado, la acción de nulidad prescribe por el transcurso del tiempo.
5. Menciona Salgado, R (1994), como característica, que la declaratoria de nulidad relativa admite ratificación ya sea expresa o tácita, y en ciertos casos la convalidación.
6. Una última característica referente a las hipotecas constituidas con posterioridad al contrato nulo, es que caducan (Salgado, 1994).

Llegamos a la conclusión de que, en la nulidad absoluta la imperfección del acto atenta contra intereses generales o colectivos, contrariando al orden público y las buenas costumbres. Por su parte, en la nulidad relativa, lo afectado tan solo daña intereses particulares o privados.

La nulidad relativa y la nulidad absoluta son, entonces, dos instituciones jurídicas diferentes, ante esto la Corte Nacional de Justicia, ha dicho que no hay cosa juzgada porque no hay identidad objetiva si en un juicio se demanda la nulidad absoluta de un contrato y en otro se pide la nulidad relativa del mismo contrato, para esto citamos el juicio de nulidad de contrato de compraventa propuesto por María Trinidad Salís Ávila contra Román Wilfrido Aguilar Aguilar y otros.

(...) no es menos cierto que de la prueba instrumental acompañada se desprende que si se trata de las mismas partes procesales, existiendo consecuentemente identidad subjetiva, no así identidad objetiva ya que la sentencia a la que se refiere el demandado es referente a una demanda en la cual solicitan la declaratoria de nulidad relativa del contrato que hoy se demanda la nulidad absoluta, entonces si la nulidad absoluta dice relación con la naturaleza del acto mismo, son objetivos que tienen que ver también con las solemnidades que la ley exige, en relación al acto en abstracto, sin atender a las personas que lo ejecutan, en tanto que la nulidad relativa dicen relación a requisitos que se exigen en relación al estado y

calidad de las personas o partes, los que por la legal situación especial en las que se encuentran y necesitan de la "protección" de la ley con requisitos subjetivos que deban concurrir en el acto jurídico, no por el acto en sí mismo sino por ser ejecutado por tales personas (Corte Suprema de Justicia , 2004).

Entendemos que la nulidad absoluta debido a su impactante injerencia es declarable de oficio, alegable por todo interesado, irrenunciable y prescribe en el lapso de 15 años. La nulidad relativa es solamente alegable por quien tenga un interés jurídico afectado, es renunciable, y prescribe en el lapso de 4 años.

Es importante recalcar que la Corte Nacional de Justicia ha determinado que lo previsto sobre nulidad en el Libro IV del Código Civil (2017), aplica para la nulidad de los contratos de derecho público, que, pueden ser invalidados aplicando las causales de nulidad previstas en el Código Civil, a manera de ejemplo podemos citar el caso de los personeros del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, representado legalmente por el Alcalde Municipal y el Procurador Síndico Municipal, que demandan a Diesel Electromecánica Compañía Argentina de Construcciones Mecánicas y Eléctricas S. A. Comercial e Industrial DESACI, la nulidad absoluta del contrato para la construcción y equipamiento de un camal frigorífico para la ciudad de Quito, por considerar que existe objeto ilícito (Corte Suprema de Justicia. , 1999).

Podemos concluir que la *affectio societatis* entendida como una voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada, que habrá de guardar un mayor o menor acento según el tipo de compañía que se trate (Balbín S. , 2013), no es un elemento exigido a nivel legal para formar una compañía mercantil ya que no consta en el artículo 1698 del CC ecuatoriano (2017), por ende, su ausencia o vicio no podría ser alegado como causal de nulidad de dicho contrato, como en el caso de la ausencia o vicios en el consentimiento, causa u objeto del contrato, pero que sí guardan relación con la *affectio societatis*, lo que nos permite concluir que de manera indirecta la ausencia o vicios en este elemento puede estar involucrado en una de las causales de nulidad contempladas en la ley.

A esto se debe agregar que la nulidad y la inexistencia jurídica, son instituciones legales que sirven para tratar la eficacia de un acto, ya que este no ha cumplido o ha cumplido de manera viciada algún requisito que la ley manda para su perfección, por ende, permite diferenciar entre los actos que deben ser protegidos por el derecho, y los supuestos en los que el acto no amerita dicha protección (Salgado, 1994).

3.1.3 Clasificación de las nulidades

La nulidad se puede presentar de distintas formas, produciendo en consecuencia diversos efectos jurídicos. Salvatierra, L (2005) los clasifica en:

1. Expresas e implícitas (Salvatierra, 2005): las nulidades expresas están contenidas en las normas, y las implícitas surgen tácitamente de las mismas.
2. Manifiestas o no manifiestas: en las nulidades manifiestas el vicio que afecta la validez se encuentra en el acto realizado, y en las no manifiestas el vicio está oculto, requiriendo de una investigación para ponerlo de relieve. Esta clasificación, aclara Llambías, J (1973), está identificada en general con la clasificación de acto nulo y anulable.
3. Nulos y anulables (Salvatierra, 2005): en el primero de los casos la ley puede por sí sola invalidar el acto declarándolo nulo, en el segundo sólo puede hacerlo anulable una vez que la autoridad jurisdiccional entienda al supuesto como susceptible de ser inmerso en el caso previsto por la norma, mereciendo la declaración de invalidez.
4. Parciales y Totales (Salvatierra, 2005): la nulidad parcial se da cuando el negocio está viciado sólo en parte de su contenido, o bien cuando afecta sólo una de las varias disposiciones de que consta. La nulidad es total cuando la parte viciada arrastra al régimen de invalidez, también a la parte sana.
5. Absolutas y relativas (Salgado, 1994): en la nulidad absoluta la imperfección del acto afecta a intereses generales o colectivos, contrariando al orden público y las buenas costumbres. Por su parte, en la nulidad relativa lo afectado daña intereses particulares o privados.

3.1.4 Efectos de la nulidad

Por principio general, el efecto inmediato de la nulidad es el de privar de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria (Borda, 1965). Este principio general ha sido consagrado legislativamente en el CC (2017), en su artículo 1697. No obstante, presenta algunos matices.

1. Los efectos entre las partes, para lo cual lo primordial es averiguar si el acto ha sido o no ejecutado. En caso de que aún no haya sido ejecutado, y el acto fuera nulo, o anulable y se hubiera declarado su invalidez, no podrá exigirse su cumplimiento. En cambio, siendo el acto anulable o de nulidad no manifiesta y ésta no hubiera

sido declarada, la misma puede ser opuesta, tanto por acción como por excepción, al momento de requerirse la ejecución (Salvatierra, 2005).

A esto se añade en el artículo 1704 del CC ecuatoriano (2017) que la nulidad pronunciada en sentencia y que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. Sostiene Salvatierra, L (2005), que la obligación de restituir es justamente la subsistencia del derecho preexistente del acto nulo que éste no ha podido alterar, y de ningún modo significa un efecto particular de las nulidades.

2. El que causa frente a terceros, aquí la diferenciación que debemos realizar es si nos encontramos frente a un tercero de buena o mala fe, dado que los contratantes de buena fe, acogiéndonos a lo establecido en los artículos 1471 y 1562 del CC ecuatoriano (2017), quedan protegidos de los efectos de la nulidad del acto. Concluye el autor (Salvatierra, 2005) al precisar que esta buena fe es sostenible con mayor firmeza si el acto es anulable o de nulidad no manifiesta, dado que de encontrarnos ante un acto nulo o de nulidad manifiesta, esta buena fe en la mayoría de los casos no podrá alegarse, y los efectos de la nulidad caen sobre el tercero.

De la declaratoria de nulidad del contrato de compañía, se desprende que afectaría a la *affectio societatis* de los socios, ya que tendrían que asumir ciertas obligaciones que acarrea la nulidad, muchas veces por actos que no realizaron y fueron obra de otro de los socios, es decir la identificación de la presencia de la *affectio societatis* en los socios los podría eximir de responsabilidad ante la declaratoria de nulidad. Y más importante aún, si al momento de contratar la sociedad, se verifica la *affectio societatis* entre los socios, no habría causales para la posterior declaratoria de nulidad de la misma.

3.1.5 La nulidad en el contrato de sociedad o compañía mercantil

Explica Salvatierra, L (2005) que las causales de nulidad se presentan en todo el ordenamiento jurídico, y con significativa trascendencia en el derecho societario, por los cuales el autor recalca la importancia de diferenciar entre actos formales de solemnidad absoluta la misma que resulta constitutiva del acto, y su incumplimiento acarrea la nulidad, de los actos de solemnidad relativa en los cuales la forma legal es requerida para que el

acto produzca sus efectos típicos. Por otro lado, su inobservancia lleva a que dicho acto produzca un efecto distinto, y los actos no solemnes para los cuales la exigencia de forma es al solo efecto de la prueba.

En una de sus obras, Narváez, J (1976), precisa que la nulidad del contrato de sociedad lleva consigo ciertas modificaciones especiales de la nulidad tratada en el ámbito civil, esto debido a la característica de tracto sucesivo de este tipo de contratos. Que sea de tracto sucesivo, explica Pescio, V (Pescio, 1958), significa que para la ejecución o desarrollo del contrato se requiere de un período de tiempo más o menos apreciable, es decir que se va ejecutando con el transcurso del tiempo.

Para Pescio (1958), la nulidad del contrato de sociedad debe estar sujeta a la característica de tracto sucesivo del mismo, debido a que día a día la sociedad va ejecutando negocios nuevos, los comportamientos de sus socios o accionistas y sus relaciones frente a terceros cambian, la sociedad puede mutar en cuanto al tipo de sociedad adoptada, en síntesis, diariamente este tipo de contratos crea situaciones nuevas y sujetas a control judicial que permiten su correcto funcionamiento.

Se debe tomar en cuenta también ciertas características especiales de este tipo de contrato, que tal como indica Salvatierra, L (2005) son: a) el acto jurídico que da origen a la sociedad es un contrato plurilateral y asociativo al cual no se le aplican las normas clásicas sobre nulidades basadas en los contratos bilaterales y de cambio; y, b) que este contrato origina una persona jurídica distinta a las partes, misma que al estar constituida por otras personas (socios) tiene un complejo de normas legales y contractuales que regularán sus relaciones internas; y además creará y expresará su voluntad vinculante frente a terceros.

También se deben considerar ciertas características de la nulidad en el ámbito societario, como detalla Lascano, G (2017), son distintas a las consecuencias de declaratoria de nulidad civil debido al carácter de tracto sucesivo del contrato de sociedad mercantil, al motivo de dar origen a una persona jurídica distinta de los socios que la conforman y su especial pluripersonal conformación, estas características son las siguientes:

1. Explica el autor Uría, R (1999), que la declaración judicial de nulidad de una sociedad o compañía mercantil producirá efecto retroactivo y no afectará, por tanto, a la validez de los actos y contratos celebrados por la misma con anterioridad a la iniciación del procedimiento.

2. Técnicamente sus consecuencias serán muy parecidas a las que se produce la disolución de la sociedad (Uría, 1999).
3. La declaración de nulidad pone fin a la vida social activa y obliga a liquidar la sociedad (Uría, 1999).
4. Besa (1943) explica que la nulidad de la sociedad solo tiene efecto entre los socios, debido a la naturaleza especial del contrato, que además de dar origen a una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, hace nacer numerosas obligaciones entre ella y terceros contratantes, que han sido ajenos a la celebración del contrato de sociedad, pero que declararse la nulidad de éste, con todos sus efectos, quedarían gravemente perjudicados en sus intereses.
5. Una vez declarada la nulidad de la sociedad, sigue subsistiendo aparentemente respecto de los terceros interesados por medio de la llamada sociedad de hecho (Besa, 1943).

Adicional, en el artículo 159 de la LC (2018) con respecto a la compañía anónima, se establece que es nula la compañía y no produce efecto ni aún entre los asociados si se hubiere infringido en su constitución, o en el caso de constitución por suscripción pública ciertas prescripciones legales, y se detalla además que los asociados no podrán oponer esta nulidad a terceros. Estos casos son:

Cuando se ha constituido la compañía con menos de dos personas; no se ha suscrito totalmente el capital social, no se ha pagado la cuarta parte por lo menos del capital; no han concurrido al otorgamiento de la escritura pública por lo menos dos accionistas; en el caso de ser necesario, no ha sido aprobada por el Superintendente de Compañías; no se ha inscrito en el Registro Mercantil; no se ha hecho constar el bien que se aporta al capital, ni su valor, ni la transferencia de dominio a favor de la compañía, ni las acciones que se reciben a cambio de la especie aportada; no se han incorporado los avalúos al contrato; no se ha dado cumplimiento a los requisitos que exige la Ley para el caso de otorgamiento de la escritura de promoción; inobservancia de la Ley para el caso de la junta general constitutiva (Ley de Compañías, 2018).

Recalca Salgado, R (2016) que se debe tomar en consideración que luego de las reformas a la Ley de Compañías, de 29 de abril del 2014, ya no es necesario, en el acto constitutivo, realizar la aportación en dinero ni acompañar el certificado de cuenta de integración de capital.

Se ha determinado que la regulación societaria, en cuanto a la nulidad respecta, se trata de manera distinta a la nulidad en materia civil, debido a la característica de tracto sucesivo

que presenta el contrato de sociedad o compañía mercantil, a más de la incidencia social que tienen los actos ejecutados por la compañía con respecto a terceros. Por ende, lo que se desarrollará en el siguiente apartado serán las causas de nulidad que contempla la legislación ecuatoriana referente al contrato plurilateral de sociedad o compañía mercantil, al encontrarse ausente la *affectio societatis* como elemento constitutivo de la sociedad que, pese a no estar contemplado en la Ley del Ecuador, está considerado y relacionado a nivel doctrinario con los demás requisitos del contrato de sociedad.

3.1.6 Principios orientadores al establecer la nulidad de un acto jurídico societario

Según Balbín, S (s.f.) para establecer los principios que rigen la invalidez e ineficacia societaria, se debe partir de la teoría general de las nulidades que desarrolla la doctrina acerca del derecho civil, la cual debe adaptarse al ámbito comercial y a las especiales características de los contratos de sociedad o compañía mercantil.

Por esta razón y dada la incidencia que las sociedades o compañías tienen en el ámbito mercantil, deberá estructurarse un sistema de nulidades que resguarde la certeza y velocidad que el tráfico comercial requiere, tanto en protección de los terceros de buena fe como del desarrollo de la economía en general. Es así, que el autor Balbín, S (s.f.) establece como principio de las nulidades societarias, los siguientes:

1. Interpretación restrictiva de las nulidades absolutas: en caso de duda se entenderá a la nulidad como relativa y prescriptible. Este principio concuerda con el artículo 1698 del CC ecuatoriano (2017), donde se explica que serán causales de nulidad absoluta, la producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, de igual manera hay nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Las demás se entenderán como nulidades relativas.
2. Interpretación restrictiva de las nulidades implícitas, que, a explicación de Pazos, J y, Marra, (2012), implica ausencia de nulidades que las expresamente consagradas en la ley, por vía de sanciones específicas o genéricas.

3. Plazo de prescripción breve para las nulidades relativas, en el caso ecuatoriano se establece un plazo de 4 años, como muestra el contenido del artículo 1708 del CC ecuatoriano (Código Civil, 2017). Este principio tiene su fundamento en el beneficio que se otorga a ciertas personas que la ley considera necesitadas de protección, lo cual permite evadir el cumplimiento de la obligación que contrajo y hacer que se regrese al mismo estado de cosas que había antes de que se celebre el acto (César Coronel, Óscar Del Bruto, 2013).
4. Aplicación de las consecuencias propias de los actos colegiados, es decir que estos actos que son susceptibles de ser declarados nulos, emanan de un órgano colegiado societario, que, a decir de Cabanellas, G (2008) es el conjunto de personas que tienen a su cargo cumplir las funciones básicas que corresponden al funcionamiento de la sociedad. Por tan peculiar característica, dichos actos requieren una especial legitimación para solicitar la nulidad y una limitación de los efectos como en el caso de exclusión del socio causante de la nulidad relativa.
5. Aplicación de las consecuencias propias a los actos plurilaterales, tendientes a la conservación del mismo: nulidad parcial (vincular), resolución parcial, posibilidad de reconducción, etc. Es decir, se trata en base a este principio de mantener la sociedad o compañía, y tan solo hacer nulo al acto ejecutado por uno de los socios en desmedro de los demás socios o de terceros ajenos a ésta, se busca la conservación, más no la extinción de la sociedad (Balbín S. , s.f.).
6. Interpretación amplia de las formas de subsanación del acto. Subsancibilidad de las nulidades hasta su declaración judicial, como se establece en los artículos 1699 y 1700 del CC ecuatoriano (2017). El presente principio explica que la nulidad absoluta para generar sus efectos debe ser declarada por el juez, incluso puede ser declarada de oficio por él, mientras en la nulidad relativa siempre debe ser a petición de parte, mientras tanto el contrato de sociedad o compañía mercantil no se entenderá nulo.
7. Irretroactividad frente a terceros de buena fe de los efectos de las nulidades sobre el contrato de sociedad. Es decir, la nulidad del contrato de sociedad no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fe contra los socios, por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho. El artículo 1692 protege los intereses de terceros que se verían afectados por la nulidad

declarada judicialmente (Código Civil, 2017), pues como se mencionó anteriormente uno de los propósitos de la nulidad es proteger a la sociedad.

La justificación de estos principios de los contratos de sociedad o compañía mercantil según explica Serrano, A (2010), reside en la potencial imperfección del proceso de formación del contrato, las partes suelen estar interesadas en mantenerlo vigente, ya que lo contrario supondría comenzar de nuevo toda una fase negociadora, con la consecuente pérdida de tiempo y dinero.

3.1.7 Nulidad vincular o parcial

Previo a analizar la nulidad provocada por los vicios que pueden afectar a los elementos que componen el acto jurídico que da origen a la sociedad o compañía mercantil y están relacionados con la *affectio societatis*, resulta necesario introducirnos en la nulidad vincular, que es el aspecto más característico de invalidez en el contrato de sociedad, la cual radica en que el vicio que afecta la relación de una de las partes del contrato puede derivar en la nulidad de su vínculo y no en la nulidad del contrato en su integridad.

Para Balbín (2015), la denominada nulidad que afecte el vínculo de alguno de los socios, en realidad no produce la nulidad, anulación o resolución del contrato, salvo que sea considerada como esencial. Debido a que, ante la falta de uno de los socios, el resto todavía puede aprovechar las prestaciones recíprocamente debidas, y además porque la plurilateralidad del contrato de sociedad, permite diferenciar los aspectos que atañen a la forma y validez de los actos realizados por los socios y sus efectos, y así permitir o no la continuación de la sociedad, salvo imposición legal en contrario.

Este efecto limitado de la nulidad, no se encuentra desarrollado en la legislación ecuatoriana, por esta razón analizaremos esta figura en las constituciones italiana y argentina, en primer lugar los legisladores argentinos a través de la Ley General de Sociedades en su artículo 16 (2018), se explica que la nulidad relativa puede presentarse tanto por encontrarse viciado el sujeto participante en el contrato (incapacidad, falta de legitimación o poder para actuar), el objeto del contrato (aportes inidóneos) o el contenido del mismo (vicios de la voluntad) (Salvatierra, 2005).

Artículo. 16: La nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato, excepto que la participación o la prestación de ese socio deba considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias o que se trate de socio único (Ley General de Sociedades , 2018).

De igual manera los artículos 1420 y 1446 del Código Civil Italiano (2016), se ocupan de los supuestos de invalidez, en los cuales la Legislación Italiana llama nulidad a la nulidad absoluta y anulabilidad a la nulidad relativa. Ambas normas citadas explican que, en los casos de invalidez del vínculo de una sola de las partes, no acarrearía la inhabilitación del contrato salvo que la participación de ella deba considerarse como esencial, de acuerdo con las circunstancias (Salvatierra, 2005).

Artículo. 1420 Nulidad en el contrato plurilateral: en los contratos con más de dos partes en los que las prestaciones de cada una de ellas van dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecta al vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del contrato, salvo que la participación de ella deba considerarse, de acuerdo a las circunstancias, como esencial (Código Civil Italiano, 2016).

Artículo. 1446. Anulabilidad en el contrato plurilateral: en los contratos indicados en el art. 1420 la anulabilidad referente al vínculo de una sola de las partes no importará la anulación del contrato, salvo que la participación de ésta deba considerarse, de acuerdo a las circunstancias como esencial (Código Civil Italiano, 2016).

Surge la interrogante de qué se entiende como una circunstancia esencial, para los autores Segal, Lagos y Ciliberto (1973), quienes coinciden en afirmar que la participación de un socio es esencial para conseguir la finalidad prevista por las partes, al contratar la sociedad o compañía, o bien cuando el objeto social se torne imposible sin esa participación.

Para Nissen (1992), el objetivo de la nulidad relativa sería permitir que el socio o los socios restantes puedan continuar con el giro empresarial, evitando la liquidación de la sociedad si consideran que la empresa puede ser mantenida luego de satisfacer el valor de la parte de los socios afectados.

Como se mencionó anteriormente, en la legislación ecuatoriana no se contempla la figura de la nulidad vincular o parcial, pues el Código Civil ecuatoriano (2017) solo define la nulidad absoluta y la nulidad relativa, y la Ley de Compañías del Ecuador (2018) no hace referencia a la nulidad contractual provocada por actos de los socios, solo prevé casos de exclusión y sanción del socio que ha omitido el cumplimiento de una obligación.

3.1.8 Nulidad provocada por la existencia de cláusulas leoninas en el contrato de sociedad o compañía mercantil

Ramírez Gronda (1986) define la cláusula leonina como la que tiende a procurar a alguno de los contratantes, ventajas exorbitantes en detrimento de la otra parte. Por otro lado, Rocha, A (1968) aclara que la cláusula leonina, es llamada así desde el tiempo de los

romanos, en alusión a una fábula de Esopo, en la cual el león tomaba sucesivamente para sí todas las piezas de la cacería.

Estas cláusulas son consideradas como causales de nulidad, en el artículo 961 del Código Civil paraguayo (2013), en el cual se enumera una serie de estipulaciones cuya inclusión en el contrato social hacen nula la sociedad. En el caso argentino, es el artículo 13 de la Ley General de Sociedades (2018) que enlista estas cláusulas que se entienden nulas, la diferencia radica en que la legislación argentina declara nulas únicamente las cláusulas leoninas y no hace nula la sociedad, a diferencia de la Ley paraguaya (Balbín S. , s.f.).

Ante lo descrito en el Código Civil paraguayo (2013) y de la Ley General de Sociedades argentina (2018), Troche, P (2010) considera que lo más razonable habría sido anular sólo las cláusulas, excluyéndolas del contrato, pero sin que se produzca la nulidad completa de él, procurando evitar que se vulnere el principio distributivo y resguardar de la desnaturalización al contrato social al preservar siempre la igualdad entre los socios como elemento esencial del contrato.

Las cláusulas contenidas en el artículo 961 de la ley paraguaya (Código Civil, 2013), y en el artículo 13 de la Ley argentina (Ley General de Sociedades , 2018) son:

1. Que la sociedad comprenda la universalidad de los bienes presentes y futuros de los socios, de acuerdo al artículo 961, literal a, de la Ley paraguaya (Código Civil, 2013), en esta cláusula lo predomina es la falta de certidumbre sobre el capital social inicial de la sociedad (Balbín S. , s.f.).
2. Otra cláusula leonina, según Llambías, J (1985) se da cuando uno de los contratantes contribuyera con sólo su influencia política o social, aun cuando se comprometiera a participar en las pérdidas, en concordancia con el literal b del artículo 961 de la Ley paraguaya (Código Civil, 2013). Es decir que el socio no introduce actualmente capital efectivo con el que la sociedad trabaje, sino sólo una promesa de entrega futura eventual, que constituye un falso aporte.
3. Una tercera cláusula, a explicación de Roitman, H (2006) se da cuando alguno o algunos de los socios reciban todos los beneficios o se los excluya de ellos, o que sean liberados de contribuir en las pérdidas o en el aporte de capital, según el contenido de los literales c y d, del artículo 961 de la Ley de Paraguay (Código Civil, 2013), y el inciso primero del artículo 13 de la Ley argentina

(Ley General de Sociedades , 2018). Se trata de un concepto absoluto de sociedad leonina, que se extiende a todo supuesto en que la participación en las utilidades o contribución en las pérdidas sea irrisoria, resultando de ello un verdadero fraude a la ley.

4. La cuarta cláusula, se encuentra contenida en el artículo 961 de la Ley paraguaya, y se da cuando cualquiera de los socios no pudiere renunciar o ser excluido, existiendo justa causa para ello (Código Civil, 2013). Para Troche, P (2010), se trata de una prohibición en interés del orden público y moral que además protege a la sociedad de la mala fe de un socio.
5. Cuando cualquiera de los socios pudiere en cualquier momento retirar lo que tuviera en la sociedad, se establece como una cláusula, en base al literal f del artículo 961 del Código Civil paraguayo (2013). Para Llambías, J (1985) implicaría dejar de cumplir con las obligaciones esenciales de la sociedad.
6. El artículo 961, literales g y h del Código Civil paraguayo (2013), y el inciso 2 del artículo 13 de la Ley General de Sociedades argentina (2018), se admite como una especie de cláusula leonina, cuando al socio o socios capitalistas se les restituyan los aportes con un premio designado o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias, o que se asegure al socio su capital o las ganancias eventuales, o un derecho alternativo a cierta utilidad anual. Esta cláusula apunta al mantenimiento de la intangibilidad del capital social, evitando que los socios garanticen la devolución de sus aportes cualquiera sea la suerte de los negocios de la sociedad (Balbín S. , s.f.).
7. Que al socio industrial se le acordare una retribución determinada, haya o no utilidades, o el derecho alternativo a cierta suma anual, o a una cuota de ganancias eventuales, en base al inciso i del artículo 961 del Código Civil de Paraguay (2013), y al inciso 3 del artículo 13 de la Ley General de Sociedades argentina (2018), también se la considera cláusula leonina Balbín (s.f.), afirma que esta previsión apunta al mantenimiento de la intangibilidad del capital social, y evita que los socios se garanticen la devolución total de sus aportes.
8. En el supuesto de la muerte de uno de los socios, que la totalidad de las ganancias y aún de las prestaciones de la sociedad pertenezcan al socio o socios sobrevivientes, acatando el contenido del artículo 961 literal j del Código Civil de Paraguay (2013), y el artículo 13, numeral 4 de la Ley General de

Sociedades argentina (2018), esta prohibición se orienta a la salvaguarda de los derechos de los herederos del socio, los que se verían privados de la transmisión que en su favor se produce por el sólo deceso de aquel (Balbín S. , s.f.).

9. Que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva, se toma en cuenta como cláusula tal como se dispone en el artículo 13, numeral 5 de la Ley General de Sociedades de Argentina (2018).

En el caso ecuatoriano, estas previsiones denominadas a nivel doctrinal como cláusulas leoninas, no se encuentran reguladas de manera conjunta, sino que se incluyen en la Ley de Compañías (2018) y en el Código Civil (2017), de manera ordenada de acuerdo al tipo de compañía y al requisito exigido para la constitución y funcionamiento de la sociedad, como veremos en los ejemplos citados posteriormente, los cuales permiten determinar que la *affectio societatis* juegue un rol importante en cuanto al ánimo que deben tener los socios al adherirse al contrato social, aceptar todo lo acordado para el funcionamiento de la misma y aceptar los riesgos que aparecen en el transcurso del ejercicio de la sociedad para obtener el lucro perseguido.

Salgado, R (2015) al referirse a las cláusulas leoninas, pone de ejemplo al requisito del contrato de sociedad o compañía mercantil, que consiste en la participación de beneficios, que se encuentra en el artículo 1959, inciso 2, del Código Civil (2017), en el cual se explica que no habrá sociedad sin participación de beneficios, es decir que si no existe la posibilidad o acción, y al contrario se pacta la indivisión de los beneficios entre los socios, no existe sociedad ya que la misma perdería su razón de creación y el fin de lucro pretendido por el socio. En este artículo se entiende que ante la ausencia del ánimo de repartir beneficios no se trata de que la sociedad sea nula, sino que no existe, de donde se puede deducir el fundamento de la prohibición de la cláusula leonina.

En el artículo 76 referente a las Compañías en Nombre Colectivo y a la Compañía en Comandita Simple (Ley de Compañías, 2018), se manifiesta que no se reconocerá a favor de ninguno de los socios, beneficios especiales ni intereses a su aporte lo cual constituye una prohibición de cláusula leonina donde uno de los socios se beneficie de manera desproporcional de la actividad de la sociedad.

De igual manera en el artículo 114 (Ley de Compañías, 2018) referente a la Compañía de Responsabilidad Limitada, se contemplan los derechos que tendrán los socios en los actos de la compañía y que constarán en el contrato social, en donde se prohíbe de manera indirecta la inclusión de cláusulas leoninas en el contrato de sociedad al explicar que los socios podrán intervenir en todas las decisiones y deliberaciones de la compañía, a percibir los beneficios que le correspondan, a prorrata de la participación social pagada, a que se limite su responsabilidad al monto de sus participaciones sociales, a no devolver los importes que en concepto de ganancias hubieren percibido de buena fe, a no ser obligados al aumento de su participación social, caso contrario el socio tendrá derecho de preferencia en ese aumento.

3.1.9 Causas de nulidad en el contrato de sociedad o compañía

Trataremos como nulidades contractuales a aquellas que deriven de vicios que afectan al contrato de sociedad o compañía mercantil. Dadas sus particularidades, (Salvatierra, 2005), estos vicios se pueden presentar:

1. Al constituirse la sociedad,
2. Al momento de vincularse un nuevo socio a la misma,
3. Al realizarse una modificación al contrato respectivo.

Estos vicios al ser encontrados, son susceptibles de acarrear la nulidad del contrato de sociedad, que implica considerar como de hecho a la sociedad o compañía, pero a pesar de que la compañía nunca existió, a criterio de Salgado, R (2015), se debería incorporar la nulidad como causa de disolución, criterio mantenido a nivel doctrinal tomando justamente en consideración que se trata de un contrato de tracto sucesivo.

3.1.9.1 Nulidad provocada por vicios del consentimiento

Ante la presencia de los vicios del consentimiento que son error, fuerza o dolo, contemplados en el artículo 1467 del CC ecuatoriano (2017), el experto (Salgado, 1994) indica que se establece la nulidad relativa del contrato, la que se entiende por exclusión de los supuestos contemplados de nulidad absoluta en el artículo 1698, del mismo cuerpo legal (Código Civil, 2017).

Los vicios del consentimiento que acarrearán la nulidad relativa en el ámbito societario, no se encuentran desarrollados en la legislación ecuatoriana, por lo que es necesario realizar un análisis comparativo con el Código de Comercio colombiano (2018), estos vicios son:

1. El error de hecho acerca de la persona de uno de los socios: vicia el consentimiento al haber provocado que el contrato se celebre en consideración a la persona de los socios, en acatamiento al artículo 107 del Código de Comercio colombiano (Código de Comercio, 2018).
2. El error de hecho sobre la especie de sociedad: vicia el consentimiento si la sociedad formada es distinta a la que el socio creyó contratar y como consecuencia deba asumir una responsabilidad superior a la que tuvo intención de contraer, según el contenido que se muestra en el artículo 107 de la Ley colombiana (Código de Comercio, 2015).
3. La fuerza: señala a la vez el Código Civil ecuatoriano (2017) en su artículo 1472 para ser un vicio del consentimiento es necesario que infunda a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.
4. El dolo al ser efectuado en el contrato de sociedad por uno de los socios, y que en concordancia al artículo 1475 del Código Civil (2017), no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley, en los demás debe justificarse, lo que implica que el dolo al presentarse como vicio del consentimiento debe ser probado.

Citaremos una sentencia de los tribunales españoles que resuelven un recurso de casación, acerca de un contrato de Swap, interpuesto por la representación de Banco de Santander, S.A., y recurrida la compañía "Manuart, S.A.", representada por su procuradora. En la parte pertinente se considera:

El error declarado en la sentencia se produjo cuando se emitió el consentimiento contractual, si bien se puso de manifiesto cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, se materializaron los riesgos inherentes al contrato suscrito y sobre los que la sentencia afirma que no se informó adecuadamente a la demandante. Se desestima la casación.

Puesto que se considera que: La infracción de la normativa reguladora del mercado de valores que regula la información que las empresas de inversión deben dar a sus clientes no provoca por sí misma la nulidad del contrato, pero sirve para determinar el carácter sustancial y excusable del error. Y así se ha hecho en la sentencia recurrida, pese a que algunas de sus afirmaciones puedan haber incurrido en cierta imprecisión (Tribunal Supremo. Sentencia nº 549/2015, 2015).

De esto se puede concluir que si bien el vicio en la *affectio societatis* no está contemplado en la ley como causa de nulidad, al ser un elemento semejante a la voluntad que se da en el consentimiento para contratar, se puede decir que, la *affectio societatis* indirectamente puede ocasionar la nulidad del contrato de compañía al estar viciada en sus socios, ya que estos pueden aprovechar el vicio para realizar actividades ya sean ilícitas o en perjuicio de los otros socios, la compañía o terceros.

3.1.9.2 Nulidad provocada por objeto social ilícito

El artículo 1698 del CC ecuatoriano (2017), establece que cuando la sociedad tenga un objeto ilícito será nula de nulidad absoluta, por lo tanto, se entiende que ante la falta de objeto hay inexistencia o de igual manera nulidad absoluta. Menciona Salvatierra, L (2005) que resulta sumamente dificultoso encontrar una sociedad de objeto ilícito ya que, al momento de registrarse, el contrato social lo primero que se fiscalizará será la legalidad de su objeto como lo establecen los artículos 438 y 440 de la Ley de Compañías (2018). Por tal razón la norma citada solo encontrará aplicación en el caso de las sociedades con objeto originariamente lícito, que deviene en ilícito por una modificación legislativa. En relación a lo dicho, en el artículo 1478 del CC ecuatoriano (2017), los legisladores entienden por objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.

La legislación argentina, en la Ley General de Sociedades (2018), contempla diferentes sanciones para la sociedad con objeto ilícito que ha desarrollado o no actividades ilícitas:

Objeto ilícito. Artículo 18. — Las sociedades que tengan objeto ilícito son nulas de nulidad absoluta. Los terceros de buena fe pueden alegar contra los socios la existencia de la sociedad, sin que éstos puedan oponer la nulidad. Los socios no pueden alegar la existencia de la sociedad, ni aún para demandar a terceros o para reclamar la restitución de los aportes, la división de ganancias o la contribución a las pérdidas (Ley General de Sociedades , 2018).

Declarada la nulidad, se procederá la liquidación por quien designe el juez. Realizado el activo y cancelado el pasivo social y los perjuicios causados, el remanente ingresará al patrimonio estatal para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva.

Responsabilidad de los administradores y socios. Los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo, social y los perjuicios causados.

Sociedad de objeto lícito, con actividad ilícita. Artículo 19. — Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el artículo 18 (Ley General de Sociedades , 2018).

En el caso ecuatoriano, en el artículo 3 de la LC (2018), se prohíbe la formación y funcionamiento de compañías que no tengan un objeto real y de lícita negociación.

En relación con la *affectio societatis*, si el objeto de la sociedad está viciado por conocimiento de los socios, quiere decir que la *affectio societatis* también lo está, ya que no sería real ese ánimo de pertenecer a la sociedad pactada y participar activamente en ella.

3.1.9.3 Nulidad provocada por causa ilícita

Para Salgado, R (1994) la causa no es más que los motivos que inducen a contratar, que se refiera a las actividades que desarrolla la compañía y constan en su objeto social. Además, explica el autor que, si la causa existe y es ilícita, será declarada su nulidad absoluta teniendo en cuenta que no podría repetirse lo pagado por la misma, esta postura la mantiene en concordancia al artículo 1484 del CC ecuatoriano (2017).

El contenido del CC ecuatoriano (2017), en el inciso segundo de su artículo 1483 se manifiesta que causa es el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita se entiende la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Salvatierra, L (2005) explica que la causa es determinante para que las partes suscriban el contrato plurilateral de organización que da origen a la sociedad, mismo que debe ser lícito, de lo contrario nos encontraremos con un acto con causa viciada, lo cual acarreará la nulidad. Pero al ser el vicio de la causa un elemento subjetivo y psicológico, su identificación práctica resulta complicada. Además, al ser todos los vicios subsanables, una causa ilícita considerada en cuenta por las partes al contratar, pudo haber variado y adquirido legalidad.

Un ejemplo de causa ilícita podría ser la sociedad que, a pesar de tener un objeto social para la construcción, fue realizada por los socios con la finalidad de estafar a terceros. Esta sociedad, a pesar de tener un objeto lícito y aunque su actividad no haya sido aún ilícita, podrá ser declarada nula si se puede determinar que fue constituida con tales fines. Cosa nada sencilla pero no imposible.

Podemos deducir que resulta difícil encontrar una sociedad nula por tener una causa ilícita al momento de constituir la sociedad, pero al desarrollo de la misma se pueden presentar circunstancias que se encuentran fuera de lo permitido por la Ley, tal como el acto fraudulento.

Los actos fraudulentos son aquellos actos societarios desarrollados dentro de la licitud del objeto social, que presentan todos los rasgos de validez en su conformación, pero que tienen una causa o fin en fraude a la ley, el contrato o a los terceros (Salvatierra, 2005).

Relacionando a la causa ilícita con el elemento *affectio societatis*, nos aventuramos a manifestar que si la primera se encuentra viciada, debe ocultar el verdadero motivo para el cual se formó la sociedad, lo manifestado en el contrato no estaría en apego a la realidad, por ende la *affectio societatis* tampoco estaría conforme a lo acordado por los socios en el contrato de sociedad, sino esta sería una forma de simulación o vicio del *affectio societatis*, por lo que influiría en la declaratoria de nulidad de la sociedad.

3.1.9.4 Nulidad provocada por actos de los absolutamente incapaces

Otra de las causas de nulidad absoluta se da en los actos que son celebrados por los absolutamente incapaces. A través del CC ecuatoriano (2017), en el artículo 1463, prescribe que son absolutamente incapaces los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no se pueden dar a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas.

Incapacidad absoluta es aquella que impide la ejecución de cualquier acto jurídico y en cualquier circunstancia, también llamada por algunos autores “natural”, porque obedece a razones de la naturaleza, la incapacidad absoluta produce como efectos la nulidad absoluta del acto jurídico realizado (Pérez, 2015).

En cuanto a la inexistencia en los actos de los absolutamente incapaces, se sostiene que estos no carecen totalmente de voluntad, sino que tienen una muy precaria. Por eso, sus actos no son inexistentes, sino que están viciados con nulidad absoluta (Solar, 1978).

De manera similar Pérez, A (2015) sostiene que, la Ley presume que los incapaces absolutos carecen de voluntad y que por eso sus actos son nulos de manera absoluta, pues el primer requisito para la existencia de acto jurídico es la voluntad, cualidad de la cual carecen los incapaces absolutos. Además, los actos realizados por incapaces absolutos no pueden ser ratificados, no cabe tampoco novación ni caución para su validez, y no producen ningún tipo de obligación.

Al encontrarse legalmente considerados a los incapaces absolutos, se entendería que, al momento de formar una sociedad, el acto es nulo por el simple hecho de que quien lo

ejecuta no está calificado para hacerlo. Esta causal no se encontraría relacionada con la *affectio societatis* ya que los incapaces al no tener una total capacidad de discernimiento no podrían expresar su verdadera voluntad de formar parte de la sociedad.

Un ejemplo palpable de nulidad se daría, cuando una persona sordomuda que no se puede dar a entender, sea instruido por un tercero ajeno, a impregnar su huella en un contrato de sociedad y logre asociarse a ella, este acto sería nulo absolutamente ya que esa persona no tiene voluntad ni capacidad para celebrar ese tipo de actos.

3.1.9.5 Nulidad provocada por actos de los incapaces relativos

Los actos que provocan nulidad relativa, son aquellos celebrados por los incapaces relativos, que según se explica en el artículo 1463 del texto normativo ecuatoriano (Código Civil, 2017), son:

1. los menores adultos,
2. los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y
3. las personas jurídicas.

A los cuales la Ley considera que no están en condición de intervenir en la vida jurídica y, por tanto, aspira a protegerlos.

Estas personas deben actuar apoderadas o autorizadas por su representante legal, cuando no lo hacen dichos actos adolecen de nulidad relativa (César Coronel, Óscar Del Bruto, 2010).

Según se explica en el artículo 1463 del CC (2017), hay ciertas incapacidades particulares, que son establecidas legalmente para prohibir a ciertas personas la celebración de determinados actos. Este tipo de incapacidades particulares por regla general serán causal de nulidad relativa, pero tiene que indagarse la razón de la prohibición, y si se trata de una prohibición que tiene en miras el orden público entonces habrá nulidad absoluta, mientras que si se trata de una prohibición que se refiere al interés particular de quien participa en el acto, habrá nulidad relativa (Solar, 1978).

La nulidad relativa guarda una mínima relación con el vicio de la *affectio societatis*, ya que los representantes legales al poseer capacidad de discernimiento, podrían ocultar terceras intenciones al contratar una sociedad, ya sea para su beneficio o desmedro de sus apoderados y terceros.

Un caso ejemplificativo, ocurriría al momento que un curador legal de una persona declarada interdicto, contrate una sociedad a nombre de su tutelado a razón de que esta persona “curador” no desea comprometer su patrimonio, tal acto sería nulo relativamente al probarse tales circunstancias.

3.1.9.6 Nulidad provocada por inobservancia de requisitos legales

Es causal de nulidad relativa la inobservancia de requisitos que la Ley ha establecido en consideración a las personas que celebran el acto, a explicación de César Coronel y Óscar (2010), se trata de casos en los que la Ley ha previsto un requisito de forma o de fondo para la celebración de un determinado acto con el objeto de precautelar los intereses de una de las partes del acto, y tal requisito es inobservado.

El artículo 1700 (Código Civil, 2017), refiere dos casos:

1. Respeto a los actos realizados por uno de los cónyuges en relación de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro cónyuge cuando éste es necesario.
2. Se da si uno de los cónyuges realiza actos o contratos relativos a los bienes del otro, sin tener su representación o autorización, entonces se produce igualmente nulidad relativa, que bien puede alegar el cónyuge al que pertenecen los bienes objeto del acto o contrato.

3.2 El acto jurídico inexistente

La Ley establece algunos presupuestos para que un acto jurídico se tenga por existente y válido; sin embargo, cuando estos presupuestos no se cumplen, la Ley manda a que se desconozca totalmente el acto o que se lo prive de eficacia. Para establecer esta ineficacia, la Ley ha creado las instituciones de la inexistencia y la nulidad que sirven para esos propósitos en el derecho privado (César Coronel, Óscar Del Bruto, 2010).

Hay que distinguir entre existencia y validez, pues un acto existe cuando cumple sus requisitos esenciales, mismos que son los presupuestos mínimos que debe cumplir un acto para perfeccionarse; mientras que un acto es válido cuando cumple sus requisitos de validez, los cuales suponen la existencia del acto y son establecidos por la Ley para impedir que ese acto afecte al interés general de la sociedad o al interés particular de quienes celebran el acto.

Ante un acto inexistente la Ley manda a desconocer sus efectos sin necesidad de que un juez declare su ineficacia, y ante un acto inválido la Ley manda a respetar sus efectos hasta que un juez declare expresamente su nulidad (César Coronel, Óscar Del Bruto, 2010).

Lo precedente nos permite inferir que cuando en un contrato de sociedad no haya objeto social, el contrato es inexistente, y otra cosa distinta es que tenga por objeto social la distribución de sustancias estupefacientes, en cuyo caso el contrato existe, por tener objeto social, pero no es válido, porque su objeto es ilícito y atenta contra el interés general de la sociedad.

Como se mencionó anteriormente la inexistencia jurídica es una institución legal que sirve para tratar la eficacia de un acto jurídico, cuando no ha cumplido algún requisito que la ley manda para su perfección. Para introducirnos en el tema, Salgado, R (1994), explica que dentro del concepto de invalidez de los actos jurídicos se refiere solamente a la institución de la nulidad y se omite hablar de la inexistencia jurídica, que pese a tener consecuencias similares es una institución diferente a la nulidad. La diferencia radica en cuanto a la falta de un requisito en el acto o contrato realizado. Mientras que en la nulidad el elemento existe, pero está viciado, en la inexistencia jurídica el elemento no se vinculó al acto o contrato y, a explicación de Coronel y Del Bruto (2010), como consecuencia el acto realizado no alcanzó a perfeccionarse y por ende no va a producir obligaciones naturales ni jurídicas.

El régimen de los actos inexistentes, como interpretan, César Coronel y Óscar Del Bruto (2010), puede resumirse en tres reglas básicas:

- a) la inexistencia se produce de pleno derecho;
- b) el acto inexistente no puede sanearse; y,
- c) cualquier persona puede alegar la inexistencia de un acto.

Que la inexistencia se produzca de pleno derecho quiere decir que no es necesaria una sentencia judicial que invalide el acto para privarlo de sus efectos; y, en el caso de que las partes le hayan atribuido efectos al acto, cualquier persona puede desconocer esos efectos y destruir las situaciones de hecho, sin necesidad de que preceda una declaratoria judicial de inexistencia (Guillermo Ospina, Eduardo Ospina, 2000).

Al señalar que el acto inexistente no puede sanearse, significa que ni el paso del tiempo ni la ratificación de las partes pueden hacer que el acto inexistente se tenga por válido, pues este acto nunca llegó a configurarse (Vodanovic, 2004), lo cual no impide que a causa de la prescripción adquisitiva se consiga la realización de ciertos actos inexistentes, pero en este caso, el acto no se sana jamás, sino que las situaciones patrimoniales de hecho se afirman en virtud de la prescripción (Guillermo Ospina, Eduardo Ospina, 2000). Sin embargo, este precedente no impide que las partes celebren un nuevo acto que surta efectos para el futuro (Álvaro Valencia, Arturo Ortiz, 2000).

En un interesante fallo, que trata acerca de la indisponibilidad que las partes tienen sobre un acto inexistente, la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana sostuvo que los contratantes no tienen la potestad de extinguir por mutuo acuerdo un acto inexistente, pues, al no existir el acto primario, el convenio por el cual se lo pretende dejar sin efecto no tendría objeto y sería, por tanto, también, inexistente, la sentencia en su parte pertinente nos dice:

El mutuo disenso o resciliación es una convención destinada a dejar sin efecto un contrato legalmente celebrado y a tornar ineficaces las relaciones obligatorias de él nacidas; no puede, por tanto, usarse esta figura para dejar sin efecto un contrato absolutamente nulo o inexistente, prohibido por la ley, porque en ese evento el mutuo disenso adolecería de objeto ilícito; además, si un contrato es nulo de nulidad absoluta, no puede pactarse que no se produzcan los efectos previstos en la ley para los casos de nulidad. Por tanto, esa "acta de finiquito" resciliatoria carece también de eficacia jurídica (Corte Suprema de Justicia , 2001).

En definitiva, referente a que la inexistencia jurídica puede ser alegada por cualquier persona, podemos decir que posee un efecto *erga omnes*, es decir que cualquier persona, incluso quien celebró el acto sabiendo o debiendo saber que carecía de alguno de sus elementos esenciales, está legitimada para invocar la inexistencia de un acto que se pretende oponer (Vélez, 1924).

3.2.1 La inexistencia jurídica del contrato de sociedad o compañía mercantil

Como acertadamente expone Salvatierra, L (2005), hay que distinguir entre la falta que permita la identificación jurídica del negocio (nulidad), y la falta que impide la identificación del negocio (inexistencia jurídica). Ante esto, si bien es cierto en el Código Civil ecuatoriano (2017) no se trata la inexistencia jurídica y se entiende que se asemeja a la nulidad absoluta, Salgado (1994) refiere notorias diferencias entre ambas instituciones:

1. La primera diferencia (Salgado, 1994) es que la nulidad absoluta sanea en el transcurso de quince años pues prescribe la acción para solicitarla, pero la inexistencia de un contrato no puede sanearse por el avance del tiempo.
2. La segunda diferencia (Salgado, 1994) es que la inexistencia jurídica puede ser constatada por cualquier interesado, incluso por quien intentó realizar el acto a sabiendas del vicio que existía.
3. Finalmente hay que mencionar que el acto inexistente no es susceptible de ratificación o convalidación.

Para Coronel y Del Bruto (2010), la principal diferencia radica en que la inexistencia jurídica está privada de toda consecuencia legal, mientras que si el acto es nulo la ley permite que un juez determine su invalidez y desconozca sus efectos.

Para los autores Guillermo Ospina y Eduardo Ospina (2000), un acto jurídico es inexistente cuando carece de los requisitos que la ley considera esenciales para su perfeccionamiento, y debemos entender que son requisitos esenciales de un acto o contrato los que según la ley constituyen su núcleo o sustancia, es decir, aquellos sin los cuales ese acto pierde su identidad propia.

Un claro ejemplo de inexistencia jurídica lo contempla el Código Civil (2017) en su artículo 1959 al explicar que no hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, y se discierne que tampoco existe sociedad sin participación de beneficios. Entonces lo que se deduce es que a falta de estos requisitos esenciales la sociedad no va a existir, ya que ambos elementos son característicos de la misma, y sin ellos no sería tendría razón de existir.

El artículo 1460 del Código Civil (2017) de cierta manera mantiene la postura anteriormente citada al hacer referencia a las cosas que son de la esencia de un contrato, aquellas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente, es decir, el contrato que se tenía la intención de formar nunca existió.

Sobre este tema la jurisprudencia ecuatoriana no es uniforme, pues en algunos fallos, la Corte Nacional de Justicia ha declarado nulos absolutamente a los actos a los que les falta alguno de sus requisitos esenciales y ha dicho que la inexistencia no tiene cabida en el derecho privado ecuatoriano, como en el juicio que, por nulidad de convenio siguió Ricardo Aguilar Mocha contra "Servicio Hotelero C.A.", en el cual en primera y segunda

instancia se declara la inexistencia del contrato por no haber cumplido con todos los requisitos legales, y al momento de resolver la Casación se determina la nulidad del mismo (Corte Suprema de Justicia, 2001).

Mientras tanto, en otros fallos la Corte Suprema de Justicia ha resuelto los recursos de Casación, determinando que los actos que carecen de sus requisitos esenciales deben ser considerados inexistentes y que no es necesaria que sea declarada su ineficacia para que sean desconocidos sus efectos, como en el juicio que por reivindicación siguió la Compañía Inmobiliaria ALTBAR Cía. Ltda. y otros, en contra de Walter Salgado Salguero, quien adquiere una oficina dentro de un edificio en propiedad horizontal, mediante un compromiso de compraventa particular, siendo materia de resolución el declarar la nulidad de ese instrumento privado que carece de todas las solemnidades exigidas por la ley (Corte Suprema de Justicia, 2001).

Cuando trata asuntos similares, la Corte Nacional de Justicia emite un criterio que resuelve la falta de decisión al solicitar de manera uniforme la inexistencia y la nulidad de un acto, pues explica hay incompatibilidad de acciones y, por tanto, debe desecharse la demanda, como se dio en el caso entre personas que realizan un contrato de promesa de compraventa y luego por falta de inconformidad en cuanto al objeto de pago, la actora solicita la nulidad, inexistencia y el incumplimiento del mismo.

El Tribunal de instancia confirmó la sentencia dictada por el Juez a-quo, que, aceptando las excepciones presentadas por los demandados, rechazó la demanda por considerar que contiene acciones contrarias e incompatibles; al respecto, examinado el libelo, se observa que Martha María Borja Paredes solicita que en sentencia se declare "la inexistencia, nulidad e incumplimiento del contrato de promesa de compraventa y contrato de reforma de promesa de Compraventa por cuanto es mi deseo el desistir del contrato antes suscrito, darlo por insubsistente, no es de mi agrado el perfeccionar el contrato de venta en las condiciones estipuladas en la promesa de compraventa (Corte Suprema de Justicia, 1997).

Finalmente son Coronel y Del Bruto (2010) quienes explican razonablemente la falta de regulación de la inexistencia jurídica en el derecho ecuatoriano, al sostener que si un acto es inexistente no nace a la vida jurídica y por ende no se debe regular lo que no existe. Al no ser la inexistencia una sanción sino una consecuencia jurídica por no cumplir ciertos preceptos legales no amerita regulación, como sí lo amerita la sanción de la nulidad.

De todo lo revisado podemos concluir que, la nulidad y la inexistencia jurídica son dos instituciones jurídicas distintas, pues un acto existe si cumple los requisitos esenciales que son los presupuestos mínimos para perfeccionarse. Por el contrario, un acto es válido

cuando cumple sus requisitos de validez que suponen la existencia del acto y son establecidos por la Ley para impedir que afecte al interés ya sea general o solo entre quienes realizaron el acto.

3.2.1.1 Inexistencia jurídica por falta de consentimiento

Salgado, R (1994) sostiene que, ante la ausencia del consentimiento en el contrato de sociedad o compañía mercantil, la legislación ecuatoriana debería contemplar la inexistencia del acto, pero lo que se contempla es la nulidad absoluta del mismo, consideración errónea, ya que un acto celebrado en el cual no existe el consentimiento no se puede catalogar que surgió a la vida jurídica, por el hecho de que este es uno de los requisitos esenciales de todo acto o contrato que refleja la voluntad de cada socio para formar la sociedad. Por ende, si no se ha expresado esa voluntad, no se podría entender que hay ánimo de formar la sociedad.

Es pues, la falta de voluntad la que puede reflejar a la vez una falta de *affectio societatis* entre los socios, ya sea por desconfianza entre estos o simplemente no miran a la futura sociedad como un fin del cual obtener beneficios, y no pretenden participar en la misma.

3.2.1.2 Inexistencia jurídica por falta de objeto social

El objeto de la sociedad consiste en el conjunto de operaciones o actividad que se propone realizar para que los socios logren el fin que se han fijado obtener en común (Farina, Tratado de sociedades comerciales, Parte General, 1978).

El artículo 1698 del Código Civil (2017) establece que, ante la falta de objeto cabe la nulidad absoluta del contrato de compañía, pero resulta absurdo ya que, si no existiera el objeto social, en los controles previos de este contrato no sería aceptable ya que una compañía sin objeto no tendría razón de existir.

Relacionado con la *affectio societatis*, la falta de objeto de la sociedad, puede estar reflejada en una actividad ilícita que se pretende encubrir por parte de los socios, ya sea para afectar a uno de ellos, o a terceros ajenos a la compañía. Por ende, no existe ese ánimo de participar activamente y lucrar de la actividad lícita de la compañía, sino afectar a otras personas o enriquecerse ilícitamente.

Entonces como es posible que se omita detallar el objeto de la compañía a causa de la no aceptación por uno de los socios, también se pretendería hacer que se adhiriera al contrato social contra su voluntad.

3.2.1.3 Inexistencia jurídica por falta de causa

Para introducirnos al tema, definiremos a la causa del contrato como todo lo que ha sido determinante al formar la voluntad del socio, siempre que esa voluntad esté proyectada a una finalidad que debe estar incorporada expresa o implícitamente al acto mismo (Borda, 1965).

Para Salgado (1994), la causa no es más que los motivos que inducen a contratar, se refiere a las actividades que desarrolla la compañía y constan en su objeto social. Además, explica el autor que, si la causa no existe, la sociedad tampoco, pero en apego al artículo 1698 de la legislación ecuatoriana es nula absolutamente (Código Civil, 2017).

La legislación ecuatoriana omite considerar a la inexistencia jurídica, lo cual implica calificar como nulo a un contrato de compañía al cual le falta su causa, es decir no se ha establecido el motivo por el que se formará dicha sociedad, cosa que guarda íntima relación con la *affectio societatis*, ya que, al no expresar el motivo de contraer una sociedad, se puede estar ocultando otras intenciones como las de formar una compañía para realizar o encubrir actividades ilícitas.

3.2.1.4 Inexistencia jurídica por defecto en la solemnidad

En el sistema jurídico ecuatoriano, específicamente en el artículo 1698 del CC (2017), se contempla la realización de varios tipos de actos que requieren diversas solemnidades, pero al carecer de las mismas o adolecer de algún defecto, estos actos serán susceptibles de ser declarados absolutamente nulos.

Sin embargo, varios autores sostienen que la forma solemne es un requisito esencial del acto jurídico y su falta no produce la nulidad absoluta sino la inexistencia (Álvaro Valencia, Arturo Ortiz, 2000).

Para entenderlo, se hará referencia al artículo 38 de la LC (2018), donde se establece que un contrato de compañía en nombre colectivo, en el cual nunca se realizaron las aportaciones, se provocaría la inexistencia del contrato pues no puede existir la sociedad si cada socio no aporta capital para que funcione.

3.3 La disolución de la sociedad o compañía mercantil

Previo a ahondar en este apartado, es menester definir a la disolución como el acto jurídico que abre el proceso de liquidación que dará lugar a la extinción de la sociedad como contrato y como persona jurídica. La figura en sí no pone fin a la sociedad ni paraliza totalmente su actividad, aunque ésta pasa a ser liquidada, por lo que se añade a su denominación la expresión “en liquidación” (Monclús, 2001).

La disolución de la sociedad, implica entonces la resolución total del contrato constitutivo. El hecho de que el contrato genere un sujeto de derecho nuevo y distinto a sus socios, supone también que la persona jurídica creada, al cumplir con los objetos sociales para la cual ha surgido, establezca relaciones con terceros distintos a quienes la integran, las cuales, en caso de producirse una causal disolutoria, deberán tener su debido respaldo o verificable de tal manera que puedan garantizar su cumplimiento (Salvatierra, 2005), por tanto, declarada la resolución del contrato social, la sociedad entrará en una etapa de liquidación que implica que la misma no va a cumplir el objeto social sino a finalizar las relaciones pendientes.

La legislación ecuatoriana, contempla en el artículo 359 de la Ley de Compañías (2018) las causales generales de disolución para todo tipo de compañías y las desarrolla en los artículos posteriores, a más de las específicas de ciertos tipos de compañías mercantiles.

3.3.1 La falta de *affectio societatis* como causal de disolución de la sociedad relacionada a la imposibilidad del cumplimiento del objeto por el cual se formó

Camila Sánchez (2014), cuestiona si la falta de *affectio societatis* es causal para solicitar la disolución de la sociedad, en base a lo cual analiza tres dimensiones:

1. Dimensión normológica

Normativamente no se ha tratado el concepto y las consecuencias, de la *affectio societatis* y su relación con la disolución de la sociedad. Ante esto, Nissen (1998) introduce en el análisis respecto de las distintas causales de disolución, la posibilidad de que ésta tenga lugar por la falta de *affectio societatis*. Lo que lleva a analizar el artículo 94, inciso cuarto de la Ley General de Sociedades argentina (2018) que contiene lo siguiente, “la sociedad se disuelve por consecución del objeto por el cual se formó o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo”.

Nissen, R (1998) sostiene que la disolución puede enmarcarse en la ausencia de *affectio societatis*, aunque no es verdad que su ausencia sea la que motiva la disolución, sino, que viene determinada por las consecuencias que de ella se derivan. Ejemplo de ello sería la permanente inasistencia a las reuniones de socios impidiendo tomar decisiones fundamentales para la marcha de la sociedad.

Contrario a la teoría de Nissen, la experta Bárbara Elizabeth Pruski (2012) afirma que no hay norma que prohíba el juicio de disolución por ausencia de *affectio societatis*, por lo que rechaza que esta posibilidad se derive de la aplicación analógica del artículo 94 de la Ley argentina (Ley General de Sociedades, 2018), sosteniendo que los supuestos que abarca son diferentes.

Por lo tanto, se ha de considerar que el artículo 94 de la Ley General de Sociedades argentina, (2018) es una manifestación por la cual no puede disolverse la sociedad por falta de *affectio societatis*, ya que la misma no está prevista como causal, siendo las expresadas normativamente las únicas viables.

La autora concluye que al analizar la posible normativa aplicable a este supuesto, las opiniones frente a la misma no son acordes ni armoniosas (Sánchez, 2014). Es decir, la ley no otorga una solución clara al respecto.

2. Dimensión sociológica

En este marco se analiza la jurisprudencia, que tampoco es unánime sobre el supuesto de si la *affectio societatis* pueda ser causal de disolución. Existe jurisprudencia, en primer lugar, que rechaza esta posibilidad sosteniendo que no existe previsión legal que la contemple, como en el caso Comelli de Sidañez contra Amilcar Comelli S.A. y otros, donde se sostiene que la pérdida de *la affectio societatis* no es causal de disolución de sociedades y se reconoce que el concepto de la *affectio societatis* es de gran complejidad y que, a su vez se asimila al consentimiento (COMELLI de SIDAÑEZ, Graciela c/ AMILCAR COMELLI S.A. y otro s/ sumario, 2002).

En el extremo opuesto, en el caso Alberte Elena D. y otro contra Alvic S.R.L., se sostiene que, aunque no se invoque en la demanda la *affectio societatis* como fundamento del pedido de disolución de la sociedad, nada impide al juzgador fundar la sentencia en esas circunstancias, al ser ella elemento esencial del contrato de sociedad y por ende, causal de disolución (Alberte, Elena D. y Otro c/ Alvic SRL, 2003).

Existen también fallos en los cuales se prevé la posibilidad de disolver la sociedad por falta de la *affectio societatis*, supuestos en los cuales, de todas formas, se exige que se presenten diversas consecuencias de la misma, como en el caso Brojdo, Beatriz Dora c. Brojdo Marcos y otro, donde se afirma que la *affectio societatis* no está legalmente prevista como causal de disolución, pero podría dar lugar a la misma, excepcionalmente, cuando conduzca a la paralización de la gestión societaria y de su gestión comercial (Brojdo, Beatriz Dora c. Brojdo Marcos y otro, 2012).

Y, en término, se cita de igual manera jurisprudencia que plantea la posibilidad de excluir al socio que ha demostrado falta de *affectio societatis*, para así evitar la disolución de la sociedad (Gagliardo Osvaldo E. y Otro c/ Moiguer, Fernando M. y Otro s/ Sumario, 2000).

3. Dimensión dielógica⁶

Camila Sánchez (2014) a manera introductoria, hace referencia al principio “El hombre es un ser social y como tal busca unirse con el resto de los sujetos para alcanzar fines comunes, que, de forma individual, no lograría”, el cual presenta cierto grado de relevancia en el análisis relativo a la *affectio societatis* como posible causa de disolución.

Partiendo de esto, vale la pena explicar que la disolución sólo procede en situaciones excepcionales, en las que la agrupación o sociedad ya no tiene sentido para continuar existiendo o funcionando.

A su vez, debe tenerse en cuenta el artículo 100 de la Ley General de Sociedades argentina (2018) en la que se manifiesta, en caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad, implicando que la norma acoge el principio de conservación. Es decir, que los supuestos contenidos en artículo 94 inciso cuarto de la Ley General de Sociedades argentina (2018) admiten una interpretación restrictiva, por ende, al no estar reglada la falta de *affectio societatis* como causal de disolución de la sociedad, no sería admisible su alegación.

Resaltando lo dicho por Cornejo Costas (2006) deben darse todas las circunstancias que contempla el artículo 94 de la Ley General de Sociedades argentina (2018) las que implican que la sociedad no puede seguir, y no se debe entender que las malas relaciones

⁶ Esto proviene del enfoque trialista de Goldschmidt. (Goldschmidt, W. (1980). Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. Buenos Aires, Argentina: Depalma).

entre los socios causan falta de *affectio societatis*, pues, la respuesta a una situación límite no debe ser siempre la disolución.

La consideración del caso en particular permite valorar las circunstancias concretas y determinar las soluciones adecuadas. Es posible por ejemplo la resolución parcial, es decir, la exclusión de uno de los socios.

En torno al mismo tema, Balbín (2013) menciona que los tribunales argentinos no han sido unísonos en cuanto a si la falta o pérdida de *affectio societatis* resulta vinculante para el logro del objeto de la sociedad, ni si esta habilita a los socios a petitionar la disolución de la misma. Así se ha resuelto autorizar la disolución en base a estos criterios:

1. Atribuyendo a la pérdida de *affectio* un tinte economista que se traduce en la decisión de los socios de no colaborar en la consecución del fin común (Fargosi, 1953).
2. Aceptando que la imposibilidad sobreviniente a la que alude el art. 94 inc. 4° LGS argentina (2018) pueda ser también subjetiva, como las graves desavenencias en el gobierno de la sociedad (1989).
3. Cuando de la falta de *affectio societatis*, y no de la mera desinteligencia o discrepancia entre los socios, se deriven conflictos cuyas consecuencias lleven al convencimiento de la imposibilidad de un funcionamiento normal del ente en pos del objeto social (Zunino, 1987)

Por el contrario, los Tribunales argentinos han resuelto denegar la disolución, en base a las siguientes consideraciones:

1. Por no encontrarse prevista entre las causales de disolución dispuestas en el artículo 94 de la Ley de Sociedades Comerciales de la nación (COMELLI de SIDAÑEZ, Graciela c/ AMILCAR COMELLI S.A. y otro s/ sumario, 2002)
2. Por no tratarse de un elemento esencial del contrato de sociedad (Rey, B. c/. Areas, P. A., 1979)
3. Por no ser más que la denominación específica que en el caso de las sociedades recibe la intención de celebrar el contrato social, por ende, ajena a las causales legales de disolución (COMELLI de SIDAÑEZ, Graciela c/ AMILCAR COMELLI S.A. y otro s/ sumario, 2002).

Balbín, S (2013) en su comentario a la Resolución M. y A.P.L.R.D.C. SA (N° 582/2011) de la Inspección General de Justicia (2011), recalca el hecho de que la Inspección deduce que, a partir de la inactividad de la sociedad, se origina la pérdida de *affectio societatis* entre sus integrantes y en razón de ésta, la imposibilidad sobreviniente de lograr el cumplimiento del objeto social.

En la Resolución M. y A.P.L.R.D.C. SA. (2011), la Inspección alega que con base en el artículo 303 inciso tercero de la Ley General de Sociedades argentina (2018), corresponde promover la acción de disolución y liquidación al contralor y a su vez solicitar al juez competente en materia comercial, la disolución y liquidación en los casos a que se refieren los incisos 3, 4, 5, 8 y 9 del artículo 94 y la liquidación en el caso del inciso 2 de dicho artículo.

Artículo 94 (Ley General de Sociedades, 2018). La sociedad se disuelve por:

- 1) por decisión de los socios;
- 2) por expiración del término por el cual se constituyó;
- 3) por cumplimiento de la condición a la que se subordinó su existencia;
- 4) por consecución del objeto por el cual se formó, o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo;
- 5) por la pérdida del capital social;
- 6) por declaración en quiebra; la disolución quedará sin efecto si se celebrare avenimiento o se dispone la conversión;
- 7) por su fusión, en los términos del artículo 82;
- 8) por sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de sus acciones; la disolución podrá quedar sin efecto por resolución de asamblea extraordinaria reunida dentro de los sesenta días, de acuerdo al artículo 244, cuarto párrafo;
- 9) por resolución firme de retiro de la autorización para funcionar, si leyes especiales la impusieran en razón del objeto.

A su vez, la Inspección en referencia al caso, explica que el contralor puede solicitar la presentación de estados contables adeudados, dado que ante el endeudamiento de la sociedad desde al año 2002 se intimó al pago en la sede social inscrita, y dicha intimación fue devuelta con la indicación de que se mudó, lo que evidencia la inactividad societaria que sirve como medio para acreditar presuntamente la causal de disolución prevista en la segunda parte del inciso cuarto del artículo 94 de la Ley General de Sociedades de Argentina (2018), donde el legislador declara que la sociedad se disuelve por consecución del objeto para el cual se formó o por imposibilidad sobreviniente de lograrlo (Resolución M. y A.P.L.R.D.C. S.A. N°582/2011, 2011). Es así que la Inspección al hacer un análisis jurisprudencial considera lo siguiente:

Desde esta perspectiva la inactividad societaria sirve como medio para acreditar presuntamente la causal de disolución prevista en la segunda parte del inc. 4 del art. 94 de

la Ley N° 19.550. La constitución vacía de un ente societario que ha perdurado por años en el tiempo, sin concretar aquel objeto social que justificó su constitución, evidencia la pérdida de la efectiva *affectio societatis* que debió llevar a la formulación de su objeto, que se traduce en una seria presunción en torno a la configuración de una imposibilidad sobreviviente de lograrlo (c/C.N.S.A. s/ordinario, 2007).

En el caso ecuatoriano, en el artículo 359, de la Ley de Compañías (2018) contiene las causales de disolución de las compañías, y en su literal a se refiere a la causal de pleno derecho, mismas que se encuentran enlistadas en el artículo 360, y en el numeral 6 (Ley de Compañías, 2018) la causal dada por incumplir, por el lapso de dos años seguidos, con lo dispuesto en el artículo 20 de la ley de Compañías, el cual manifiesta las siguientes obligaciones:

Art. 20.- Las compañías constituidas en el Ecuador, sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Compañías y Valores, enviarán a ésta, en el primer cuatrimestre de cada año:

- a) Copias autorizadas del balance general anual, del estado de la cuenta de pérdidas y ganancias, así como de las memorias e informes de los administradores y de los organismos de fiscalización establecidos por la Ley
- b) La nómina de los administradores, representantes legales y socios o accionistas, incluyendo tanto los propietarios legales como los beneficiarios efectivos
- c) Los demás datos que se contemplaren en el reglamento expedido por la Superintendencia de Compañías y Valores (Ley de Compañías, 2018).

Es decir, el artículo 360, numeral 6 (Ley de Compañías, 2018) estaría en relación con la decisión de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, de declarar la disolución de la compañía por imposibilidad manifiesta de cumplir el objeto social para el cual se constituyó tal como se encuentra establecido en el artículo 377, numeral 1 (Ley de Compañías, 2018), y el artículo 378 (Ley de Compañías, 2018) contiene la explicación de que esta imposibilidad supone que la compañía no puede cumplir con su objeto social cuando la autorización o permiso estatal que requiere para operar le ha sido retirado definitivamente, pero no se descarta que la Superintendencia podrá determinar, mediante resolución de aplicación general, otros casos en los que exista una evidente imposibilidad de cumplir con el fin social, en este punto debe considerarse a la inactividad prevista en el artículo derogado de la misma Ley.

De las dimensiones expuestas por Sánchez, C (2014), podemos colegir, basados en el artículo 94, inciso cuarto, de la Ley General de Sociedades argentina (2018), y los artículos 359, 360, 377 y 378 de la Ley ecuatoriana (Ley de Compañías, 2018): el principio de conservación, la noción del hombre como ser social por naturaleza, entre otras. Por sí misma la falta de *affectio societatis* no es causal de disolución, pero puede imposibilitar la

consecución del objeto de la sociedad y por tanto, la disolución de la sociedad. Todo ello, si no hay otras alternativas que resuelvan la situación.

A más de estas consideraciones, a nivel doctrinario Freschi, C (1975) expone que el esquema societario no se agota en sí mismo, sino que toda estructura se debe al cumplimiento del objeto social. Complementa Cáceres, G (1979) que el mal uso del recurso técnico-jurídico que constituye la sociedad, generado a causa de la inactividad, justifica la procedencia de la disolución. Concluimos que la inactividad societaria, estaría en íntima relación con el no cumplimiento del objeto de la sociedad, lo que proporciona causal suficiente para pedir la disolución de la misma, sin olvidar que el cumplir con el objeto de la sociedad guarda relación con el *affectio societatis* que es el ánimo de los socios de permanecer en una sociedad, pero si ésta no realiza actividad alguna ese ánimo se entiende como perdido.

CONCLUSIONES

En este trabajo de investigación se analizó el contrato de sociedad o compañía mercantil, revisando sus características como es el tener carácter sinalagmático ya que coexisten una serie de prestaciones recíprocas que se van desarrollando a través del tiempo. Es un contrato bilateral o plurilateral pues, de manera general, se requiere de la suscripción de dos o más personas que mantienen un interés común, persiguen un mismo fin para lo cual realizan su aporte, entre estos sujetos no se establece ningún vínculo legal, ya que las obligaciones que tienen los liga directamente con la compañía, que es una persona jurídica distinta.

Tras la realización de dicho análisis, ha sido relevante el problema acerca de cuáles son los efectos jurídicos ante la ausencia o vicios en el elemento *affectio societatis*, que implica la voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada, que tienen los socios al formar una sociedad y mantenerse en ella, para lograr el fin lucrativo que se han propuesto a través de prácticas comerciales lícitas.

De la revisión efectuada, se puede inferir que el elemento *affectio societatis*, se encuentra en los contratos de las compañías mercantiles pluripersonales ya sean personalistas, capitalistas o mixtas, siendo una variante el grado de su injerencia en cada una de éstas. Pero al no ser un requisito que consta en la ley ecuatoriana para la conformación de una compañía mercantil, se han considerado opiniones doctrinales y de legislación comparada respecto al tema.

La ausencia de este elemento puede ocasionar tres efectos jurídicos que son:

1. la nulidad,
2. inexistencia jurídica y,
3. disolución, del contrato de sociedad o compañía mercantil.

En un primer punto de vista, para declarar la nulidad absoluta o relativa de la compañía por falta o vicios en sus requisitos de conformación, se debe tomar en cuenta que la *affectio societatis* se encuentra relacionada al consentimiento, causa y objeto de la sociedad. Referente a la nulidad del contrato de compañía mercantil, se debe considerar que la ausencia o vicios en el elemento *affectio societatis* pueden provocar de manera indirecta la exclusión o declaratoria de nulidad relativa del socio que la pierda, o la declaratoria de

nulidad de todo el contrato de sociedad cuando se encuentre ausente o viciada en todos los socios.

Es importante considerar que, en el caso ecuatoriano, las cláusulas denominadas a nivel doctrinal como leoninas, pueden ser calificadas como causal suficiente para solicitar la nulidad de la sociedad mercantil, y que estas se encuentran relacionadas con la *affectio societatis* que debe existir entre los socios ya que juega un rol importante en cuanto al ánimo que han de tener al adherirse al contrato social, aceptar todo lo acordado para el funcionamiento de la compañía mercantil y aceptar los riesgos que aparecen en el transcurso del ejercicio de la sociedad para obtener el lucro perseguido.

De la declaratoria de nulidad del contrato de compañía, se puede deducir que perjudicaría a la *affectio societatis* de los socios, debido a que tendrían que asumir ciertas obligaciones que acarrea la nulidad, muchas veces por actos que ellos no realizaron y fueron obra de otro de los socios, es decir la identificación de la presencia de la *affectio societatis* en los socios los podría eximir de responsabilidad ante la declaratoria de nulidad. Y más importante aún, si al momento de contratar la sociedad, se verifica la *affectio societatis* entre los socios, no habría causales para la posterior declaratoria de nulidad de la misma

Un segundo efecto es la inexistencia jurídica ante la ausencia de este elemento, pero como se pudo determinar durante el desarrollo de este trabajo, la figura de la inexistencia jurídica, no se encuentra considerada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, teniendo los mismos efectos de la nulidad absoluta para este ordenamiento.

En cuanto a la disolución de la compañía mercantil, se hace referencia a las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, donde la ausencia del elemento *affectio societatis* no se encuentra considerada como causal de disolución de la misma y estaría relacionada con la imposibilidad de cumplir con el objeto de la sociedad, con el incumplimiento de obligaciones exigidas por el órgano rector societario, o con la inactividad de la misma, que constituye causal suficiente para declarar la disolución de la sociedad mercantil.

Del análisis realizado se puede concluir, que la existencia de *affectio societatis* es posible al realizar una revisión, posterior a la constitución de la compañía, a las actuaciones de los socios individualmente considerados, para corroborar si están de acuerdo a lo estipulado en el contrato de sociedad o compañía mercantil, por lo que se genera la posibilidad de incluir

como elemento objetivo del contrato de sociedad o compañía mercantil al *affectio societatis*, con el fin de evitar se produzcan los efectos jurídicos de la nulidad o disolución de la compañía, por las causales relacionadas a la ausencia o vicios de la *affectio societatis*.

Este tema ha sido desarrollado en vista de los distintos actos irregulares e ilícitos de los cuales son protagonistas las personas jurídicas del derecho privado que afectan a la sociedad, y con el afán de regular de manera preventiva su correcta conformación y funcionamiento, de esta manera surge la imperiosa necesidad de exigir como elemento objetivo de su constitución la *affectio societatis* entre los socios, con la pretensión de que estos expresen a través de sus actuaciones en las actividades de la sociedad, su ánimo de formar y participar de ella con fines lícitos y en busca del objeto acordado contractualmente.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberte, Elena D. y Otro c/ Alvic SRL, LL 2003.F (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A. 17 de junio de 2003).
- Alonso, F. (2011). *Introducción a la Teoría General del Derecho Español de Sociedades*. Murcia: Universidad de Murcia.
- Álvaro Valencia, Arturo Ortíz. (2000). *Derecho civil parte general y personas*. Bogotá: Temis.
- Ascarelli, T. (1949). *El contrato plurilateral*. México D.F.: JUS. Colección estudios jurídicos. .
- Balbín, S. (2013). *La ausencia de affectio societatis como causal de disolución. Comentario a la Resolución IGJ "M. y A.P.L.R.D.C. SA (Resolución N° 582/2011)"*. Obtenido de Revista Argentina de Derecho Societario. (N° 4), [en línea]: <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=64449&print=2>
- Balbín, S. (2015). *Persona jurídica. Modificaciones a la ley general de sociedades* . Obtenido de Blog Todavía Somos Pocos ...apostamos a ser más: <http://www.todaviasomos pocos.com/aportes/persona-juridica-modificaciones-a-la-ley-general-de-sociedades/>
- Balbín, S. (s.f.). *Nulidades Societarias en el Derecho Paraguayo*. Obtenido de <https://www.pj.gov.py/ebook//monografias/extranjero/civil/Sebastian-Balbin-Apuntes-para-Nulidades-MADE-UCA-Asunci%C3%B3n-2014-3.pdf>
- Baraona, J. (2012). *La nulidad de los actos jurídicos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Becerra, J. (2013). *Evolución del Concepto de Sociedad Unipersonal*. Obtenido de Revista Via Inveniendi et Judicandi VIEI. Vol. 8 (Número 15), 2° Edición: https://app.vlex.com/#WW/search/*/unipersonal/WW/vid/452296502
- Besa, A. (1943). *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno, Tomo I*. Santiago de Chile: EDIAR EDITORES LTDA.
- Borda, G. (1965). *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte general. Tomo. II, 4ª edición*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Borges, J. E. (1991). *Curso de Direito Comercial Terrestre, 5a edición*. Rio de Janeiro: Forense.

Brojdo, Beatriz Dora c. Brojdo Marcos y otro, LL 2003-D (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. 04 de septiembre de 2012).

c/C.N.S.A. s/ordinario, Expediente N° 40.095 (Cámara Nacional en lo Comercial. Inspección General de Justicia. 27 de noviembre de 2007).

Cabanellas, G. (1994). *El contrato de sociedad. 1ª edición*. Buenos Aires: Heliasta.

Cabanellas, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental. Ed. 18*. Buenos Aires: Heliasta.

Cáceres, G. (1979). *La inactividad como causal de disolución de las sociedades*. s.p.: s.e.

Cambiaso, J. (1967). *Naturaleza jurídica del contrato de sociedad*. Obtenido de Revista jurídica UNAM. Vol. s.n. (N° 35), [105.-112.]: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/article/view/12825/11488>

César Coronel, Óscar Del Bruto. (2010). *Nulidad e Inexistencia de los Actos Jurídicos en el Derecho Ecuatoriano (I)*. Obtenido de Ius Humani Revista de Derecho. Vol. 2. (N° s/n): <file:///C:/Users/Andr%C3%A9s/Desktop/Dialnet-NulidadEInexistenciaDeLosActosJuridicosEnElDerecho-4999985.pdf>

César Coronel, Óscar Del Bruto. (2013). *NULIDAD E INEXISTENCIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS EN EL DERECHO ECUATORIANO (II)*. Obtenido de Ius Humani. Revista de Derecho Vol. 3 (2012/2013), págs. 77-112.: [file:///C:/Users/Andr%C3%A9s/Downloads/Dialnet-NulidadEInexistenciaDeLosActosJuridicosEnElDerecho-4999995%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Andr%C3%A9s/Downloads/Dialnet-NulidadEInexistenciaDeLosActosJuridicosEnElDerecho-4999995%20(1).pdf)

Código Civil. (27 de septiembre de 2013). Congreso de la Nación Paraguaya. Ley N° 1.183/85.

Código Civil. (12 de Abril de 2017). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Código Civil do Brasil. (2002). LEI No 10.406. Recuperado de <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%20%20ed.pdf>.

Código Civil Italiano. (07 de diciembre de 2016). Modificación Decreto N° 291 de 7 de diciembre de 2016. Decreto Real N° 262 de 16 de marzo de 1942.

Código de Comercio. (12 de Septiembre de 2014). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960.

Código de Comercio. (06 de Julio de 2015). Presidente de la República de Colombia. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.

Código de Comercio. (21 de junio de 2018). Presidencia de la República de Colombia. *Decreto 410 de 27 de marzo de 1971*. Resolución 1777 de 21 de junio de 2018.

Código de la Niñez y Adolescencia. (31 de Mayo de 2017). Asamblea Nacional del Ecuador. Ley 100. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos. (09 de Diciembre de 2016). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial Suplemento. 899.

Colombes, G. (1972). *Curso de Derecho societario. Parte general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Editores.

COMELLI de SIDAÑEZ, Graciela c/ AMILCAR COMELLI S.A. y otro s/ sumario, Registro 30.117/94 (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Sala D 12 de febrero de 2002).

Constitución de la República del Ecuador . (01 de Agosto de 2018). Asamblea General del Estado. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Cornejo, C. (2007). Los elementos personalista y capitalista en las sociedades mercantiles. Propuesta para una nueva regulación de los tipos societarios. *Docentia et Investigatio. Vol. 9, Núm. 1*. Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Cornejo, E. (2006). *La sociedad comercial: aspectos estructurales*. Salta: Virtudes.

Corte Constitucional del Ecuador, R.O. Edición Especial 14 (Sala de lo Civil y Mercantil 01 de Febrero de 2008).

Corte Suprema de Justicia , Gaceta Judicial No. 7, serie XVII. (Primera Sala de lo Civil y Mercantil 29 de agosto de 2001).

- Corte Suprema de Justicia , Gaceta Judicial No. 1, serie XVIII (Tercera Sala de lo Civil y Mercantil 19 de octubre de 2004).
- Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial No. 9, serie XVI (Primera Sala de lo Civil y Mercantil 08 de mayo de 1997).
- Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial No. 4, serie XVII (Tercera Sala de lo Civil y Mercantil 08 de febrero de 2001).
- Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial No. 6, serie XVII (Primera Sala de lo Civil y Mercantil 16 de mayo de 2001).
- Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial No. 8, serie XVII (Primera Sala de lo Civil y Mercantil 05 de febrero de 2002).
- Corte Suprema de Justicia. , Gaceta Judicial N° 2, serie XVII (Primera Sala Especializada de lo Civil y Mercantil 28 de octubre de 1999).
- Coutinho, J. (2002). *Interés Social y Deber de Lealtad de los Socios*. Obtenido de Revista de Derecho de Sociedades. Vol. 19 (N° 19), [39.-56.]:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=496038>
- Dávalos, M. (2010). *Manual de introducción al derecho mercantil. 1era edición*. México: Nostra Ediciones.
- Dávila, C. (2011). *Derecho Societario. Tomo 1. 4° edición*. Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Dobson, J. (2010). *Interés Societario*. Buenos Aires : Astrea.
- Domínguez, A. (2015). *La causa como elemento del acto jurídico. Teoría de la causa*. Obtenido de Revista mexicana de derecho. Vol. s.n. (N° 9), [en línea]:
<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-mexicana-derecho/article/view/31320>
- Espinoza, G. (2013). *El interés social ante la responsabilidad social empresarial*. Obtenido de Revista jurídica IUS Doctrina. Vol. s.n. (N° 9), [1.-27.]:
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/13573/12861>

- Estecche, E. (2016). *Conceptualización legal de la sociedad en el siglo XXI, en Estudios de Derecho Empresario. Vol. 7.* . Córdoba: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencia.
- Eva Franca y MV von Adamek. (2009). *Afectación societatis: un concepto jurídico superado en el moderno derecho societario por el concepto de fin social. En Derecho corporativo contemporáneo.* São Paulo: Quartier Latin.
- Fargosi, H. (1953). *La affectio societatis.* Buenos Aires: Valerio Abeledo Editor.
- Farina, J. (1978). *Tratado de sociedades comerciales, Parte General.* Rosario: Zeus.
- Farina, J. (1989). *Compendio de sociedades comerciales.* Rosario: Zeus.
- Ferreira, W. (1962). *Tratado de Dereito Comercial.* Brasilia: Saraiva.
- Freschi, C. (1975). *La inactividad como causal de disolución de las sociedades comerciales.* s.p.: s.e.
- Gagliardo Osvaldo E. y Otro c/ Moiguer, Fernando M. y Otro s/ Sumario (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A 24 de marzo de 2000).
- García, J. (2005). *Aspectos relevantes de las sociedades mercantiles.* Obtenido de Revista de la Facultad de Derecho de México. Vol. 55 (244), [p. 61 –p. 77.]. : <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61568>
- García, M. (2016). *La Responsabilidad Societaria hoy y la Affectio Societatis Romana.* Obtenido de Revista General De Derecho Romano. (Nº 26), [en línea]: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5596326>
- Gómez-Aller, J. (2012). *Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación.* Obtenido de Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela. Vol. 21 (Nº 1), [en línea]: <http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/387> ISSN 2174-0690
- Gonçalves, A. (2004). Lecciones de Derecho Corporativo. *Revista Dos Tribunais, 2ª edición.*

- Guillermo Ospina, Eduardo Ospina. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis.
- Hamel, J. (1925). *L'affecto sociedad, Revue de droit civil, trimestrielle*. Francia: s.e.
- Hundskopf, O. (2009). *Manual de Derecho Societario*. Lima, Perú: Grijley.
- Iris Beluche; Jorge Sirvent. (2009). *Introducción al Derecho civil y Derecho de la persona*. Madrid: Tecnos.
- José Pazos, Lautaro Marra. (2012). *Análisis de las nulidades y problemas epistémicos asociados*. *Revista del Instituto de Estudios Penales*. Vol. s.n. (N° 7). Obtenido de <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=62880&print=1>
- Juanes, N. (2012). *La causa del contrato*. Obtenido de Universidad Nacional de Córdoba; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Revista de la facultad. (Vol. 3) N°1: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/5962>
- Juicio Ordinario No. 281-2000., Expediente 2, RO. Suplemento 14. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación 07 de Febrero de 2008).
- Lascano, G. (2017). *Clases de Derecho Societario*. Quito : Pontificia Universidad Católica del Ecuador .
- Lauar, M. (Abril de 2014). *Notas sobre el apego jurisprudencial a la afectación societatis como fundamento disolutivo en sociedades mercantiles*. Obtenido de jus.com.br: <https://jus.com.br/artigos/27852/notas-sobre-o-apego-jurisprudencial-a-affectio-societatis-enquanto-fundamento-dissolutivo-em-sociedades-mercantis>
- Leães, L. G. (2011). Resolução de acordo de acionistas por quebra de affectio societatis. *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos: liber amicorum: Prof. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. (s.n.)*, s.n.
- Ley de Compañías. (23 de Octubre de 2018). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial 312 de 05 de noviembre de 1999.
- Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada. (26 de Enero de 2006). Asamblea Nacional del Ecuador . Ley 27. Registro Oficial 196 de 26 de enero de 2006.

- Ley General de Sociedades . (18 de junio de 2018). Ley 19.550. 20 de marzo de 1984.
Gobierno de la República Argentina. Boletín Oficial, 30 de marzo de 1984.
- Linares, J. (2008). *El contrato de sociedad comercial*. Bogotá: Ibáñez.
- Llambías, J. (1973). *Tratado de Derecho Civil, parte general. Tomo. II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Llambías, J. (1985). *Código Civil Anotado. Contratos, t. III-B*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- López, R. (01 de Diciembre de 2015). *La affectio societatis en las empresas de familia de la Provincia de San Juan, Argentina, constituidas como sociedades de responsabilidad limitada. (Tesis de maestría Universidad Católica De Cuyo, San Juan, Argentina)*. Obtenido de Todavía Somos Pocos...apuntamos a ser más: <http://www.todaviasomos pocos.com/wp/wp-content/uploads/2015/11/La-affectio-societatis-en-las-empresas-de-familia.pdf>
- Mascheroni, F. (2014). *La sociedad unipersonal y sus distintas implicancias a la luz de la recepción en nuestro ordenamiento jurídico*. Obtenido de Revista Argentina de Derecho Societario. Vol. s.n. (N° 9): <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=41&idedicion=416>
- Merle, P. (1996). *Droit comercial, sociétés commerciales. 5° Ed*. Paris: Dalloz.
- Monclús, A. (2001). *Disolución y Liquidación de Sociedades*. Obtenido de 5campus.com, Contabilidad Financiera: <http://www.5campus.com/leccion/disoliqui>
- Narváez, J. (1976). *Régimen legal de las sociedades civiles y mercantiles*. Bogotá: Legislación Económica.
- Narváez, J. (2002). *Derecho Mercantil colombiano III. Teoría general de las sociedades. 9° Ed*. Bogotá: Legis.
- Nazar, N. (2012). *La Ley de Sociedades Comerciales y el interés social*. Obtenido de Revista Argentina de Derecho Societario. s.n. (N° 03), [en línea]: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=41&idedicion=213>

- Nissen, R. (1992). *Necesidad de Reformular el Régimen de Nulidad de las Sociedades Comerciales*. Obtenido de V Congreso Argentino de Derecho Societario, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa:
<https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/3816/CDS05020674.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Nissen, R. (1998). *Curso de Derecho Societario*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Pérez, A. (14 de octubre de 2015). *Incapacidad Absoluta*. Obtenido de Ecuador, Enciclopedia Jurídica Online Gratuita: <https://ecuador.leyderecho.org/incapacidad-absoluta/>
- Pescio, V. (1958). *Manual de derecho civil. Volumen I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Pruski, B. (2012). *Sociedades anónimas cerradas y de familia: disolución por pérdida de affectio societatis*. Buenos Aires: Omar D. Buyatti librería editorial.
- Puelma, Á. (2011). *Sociedades. Tomo I*. Santiago de Chile : Jurídica de Chile.
- Ramírez, J. (1986). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Heliasta.
- Resolución M. y A.P.L.R.D.C. S.A. N°582/2011. (06 de mayo de 2011). Inspección General de Justicia. Buenos Aires.
- Rey, B. c/. Areas, P. A. (Cámara de lo Comercial. Sala C 14 de diciembre de 1979).
- Reyes, F. (2006). *Derecho Societario. Tomo I*. Colombia : TEMIS S.A.
- Ripert, G. (1954). *Tratado elemental de derecho comercial. Tomo II*. Argentina: Tipográfica Editora Argentina.
- Rocha, A. (1968). *Lecturas sobre la Sociedad Colectiva*. Bogotá: Ediciones Lerner Ltda.
- Rodríguez, J. (1971). *Tratado de las sociedades mercantiles. Tomo I. 4° ed*. México: Porrúa.
- Roitman, H. (2006). *Ley de Sociedades Comerciales – comentada y anotada. Tomo I*. Buenos Aires: La ley.
- Ron, F. (1992). *Historia mundial y significado de las compañías mercantiles*. Quito: Superintendencia de Compañías .

- Salgado, R. (1994). *La nulidad del contrato de sociedad*. Quito: Universitaria .
- Salgado, R. (2015). *Tratado de Derecho Empresarial y Societario. Tomo 1. Vol. 2*. Quito: PPL Impresores.
- Salgado, R. (2016). *Nulidad de Compañías mercantiles (Sociedad de hecho)*. Obtenido de DerechoEcuador.com. : <https://derechoecuador.com/nulidad-de-companias-mercantiles-sociedad-de-hecho-->
- Salvatierra, L. (2005). *Nulidad del Acto Jurídico Societario*. Obtenido de Revista Argentina de Derecho Empresario. Vol. s.n. (N° 2): <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=4bbabab5e5f3010c6dfad6365a7744c5>
- Sánchez Calero y Olivencia Ruiz. (1964). Relaciones de régimen jurídico de las sociedades mercantiles y las cooperativas, en el cooperativismo en la coyuntura económica actual. *Anales de Moral Social y Económica*. Vol. 6. Madrid, España: Centro de estudios de la Santa Cruz del Valle de los Caídos.
- Sánchez, C. (11 de septiembre de 2014). *La Affectio Societatis* . Obtenido de Revista Jurídica de la Patagonia - Número 2 - Septiembre 2014: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=aa4328062b066eb9936ebadd75878e2b>
- Sandoval, R. (2010). *Derecho Comercial, Tomo I, Volumen II. Chile: Editorial Jurídica de Chile*. Santiago de Chile : Jurídica de Chile .
- Segal, R., Lagos, R., Ciliberto, J. (1973). *Ley de Sociedades*. Buenos Aires: La Ley.
- Senent, M. J. (2003). *La impugnación de los acuerdos sociales en la cooperativa*. Castellón de la Plana: Universitat Jaume I. Departament de Dret Privat.
- Serrano, A. (2010). *El principio de conservación de los contratos frente a las figuras de la nulidad y la anulabilidad*. Obtenido de Blog Noticias Jurídicas: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4553-el-principio-de-conservacion-de-los-contratos-frente-a-las-figuras-de-la-nulidad-y-la-anulabilidad-/>

- Serrano, E. (2015). *El contrato de sociedad civil: delimitación y régimen jurídico*. Madrid: Reus .
- Serrano, M. (2008). *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- Silva, F. L. (26 de Junio de 2012). *Resolución de acuerdo de accionistas por quiebra de la affectio societatis*. Obtenido de DireitoNet:
<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7040/Resolucao-de-acordo-de-acionistas-por-quebra-da-affectio-societatis>
- Solar, C. (1978). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Vol VI*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile - Temis.
- Taveras, J. (26 de Octubre de 2003). *El Affectio Societatis*. Obtenido de Gaceta Judicial (Periódico: <https://app.vlex.com/#WW/vid/360761254>)
- Tribunal Supremo. Sentencia nº 549/2015, Resolución N° 549/2015 (Sala Primera de lo Civil 22 de octubre de 2015).
- Troche, P. (2010). *Código Civil de la República del Paraguay Comentado*. Asunción: La Ley.
- Uría, R. (1999). *Derecho Mercantil. 16° ed.* Madrid: Marcial Pons.
- Vélez, F. (1924). *Estudios sobre el Derecho civil colombiano . Tomo VI. Ed. 2*. París: Imprenta París-América.
- Vicent, F. (2008). *Introducción al Derecho Mercantil .* Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Vitolo, D. (2016). *Sociedades Comerciales. Tomo I*. Buenos Aires: La Ley.
- Vodanovic, A. (2001). *Curso de Derecho Civil Parte General*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda.
- Vodanovic, A. (2004). *Tratado de las obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Zaldívar, E. (1973). *Aspectos Jurídicos Generales. Tomo I*. Buenos Aires: Macchi.
- Zunino, J. (1987). *Disolución y liquidación. Tomo. II*. Buenos Aires: Astrea.

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Facultad de Jurisprudencia



Ref.: Informe de Disertación
Jorge Andrés Muñoz Vinocunga

Quito DM, 17 de Diciembre de 2018

Señor Doctor
Efren Guerrero
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Presente.-

Señor Decano:

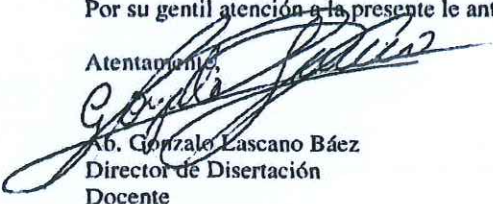
En relación al encargo de dirigir la disertación del señor JORGE ANDRÉS MUÑOZ VINOCUNGA titulada "EFECTOS JURÍDICOS GENERADOS ANTE LA AUSENCIA O VICIOS DEL ELEMENTO *AFFECTIO SOCIETATIS* EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD O COMPAÑÍA MERCANTIL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO", me permito indicar a Usted lo siguiente:

- 1) Con la finalidad de ajustarse a la pertinencia de los contenidos desarrollados, el título de la disertación se modificó con respecto de su formulación original prevista en el plan de tesis. El título originalmente previsto era "La falta de *affectio societatis* como causa de nulidad del contrato de sociedad mercantil en el ordenamiento jurídico ecuatoriano", pero en su formulación actual y definitiva queda de la siguiente manera "EFECTOS JURÍDICOS GENERADOS ANTE LA AUSENCIA O VICIOS DEL ELEMENTO *AFFECTIO SOCIETATIS* EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD O COMPAÑÍA MERCANTIL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO".
- 2) El trabajo ha sido dividido en 3 capítulos. En el primer capítulo se analiza el contrato de sociedad mercantil desde su clasificación, elementos generales comunes a todos los contratos, los requisitos específicos, con énfasis a aquellos elementos en los que se ha ce presente el *affectio societatis*.
- 3) En el segundo capítulo el alumno centra su análisis en el *affectio societatis* y las doctrinas que lo justifican, y realiza un contraste con las posturas doctrinarias que niegan esta institución. Adicionalmente se verifica la existencia de este elemento en el contrato de sociedad mercantil.
- 4) En el tercer capítulo el trabajo de titulación se enfoca en los efectos concretos que podría producir el *affectio societatis* con principal preeminencia en el análisis de la nulidad, la inexistencia y la liquidación de las compañías frente a los vicios o ausencia de *affectio societatis*.
- 5) Las conclusiones corresponden a lo analizado en el cuerpo de la tesis.
- 6) En lo formal, las citas son consistentes y permiten ser verificadas.
- 7) Cualitativamente, la disertación reúne el estándar de calidad requerido para un trabajo de titulación de pregrado, por lo que se le atribuye una nota de 9/10.

Por estos motivos, considero que la disertación ha sido terminada bajo las normas exigidas por la Universidad y puede proseguirse el trámite pertinente para su defensa.

Por su gentil atención a la presente le anticipo mis agradecimientos.

Atentamente,


Ab. Gonzalo Lascano Báez
Director de Disertación
Docente



Quito, DM, 14 de enero de 2019

Señor, Doctor
Freddy Proaño Egas
SECRETARIO – ABOGADO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Presente.-

De mi consideración:

En contestación a su gentil oficio N°. 984-SJG-2018 de fecha 17 de diciembre de 2018, sobre la designación hecha a mi persona como profesor informante de la Disertación de abogacía titulada *"EFECTOS JURÍDICOS GENERADOS ANTE LA AUSENCIA O VICIOS DE ELEMENTO AFFECTIO SOCIETATIS EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD O COMPAÑÍA MERCANTIL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO"*, previo a la obtención del título de Abogado; por parte de señor estudiante JORGE ANDRÉS MUÑOZ VINOCUNGA, luego de revisar el ejemplar adjunto entregado, a usted informo:

1. Pertinencia:

Desde la perspectiva del Derecho Societario la tesis desarrollada es un aporte importante en la problemática actual, denota la intención del autor de un estudio más pormenorizado de la razón de ser de las sociedades comerciales en el Ecuador como lo es, el deseo o ánimo de desarrollar en conjunto actividades mercantiles.

2. Sobre el tema y contenidos:

- a) Es una tesis que trata un tema netamente societario, aplicada a la realidad mercantil, es decir tiene pertinencia con una investigación jurídica.
- b) Sobre el contenido de la obra, cabe señalar que el trabajo del autor está orientado a un análisis correcto sobre la ausencia o vicios de elemento affectio societatis en el contrato de sociedad o compañía mercantil, contextualizada dentro del ámbito jurídico comercial, tanto a nivel nacional y un análisis comparado con otras legislaciones.

15 ENE 2019

c) Sobre las conclusiones y recomendaciones el autor reconoce los efectos jurídicos de la falta de este elemento sustancial en los contratos sociales y sus implicaciones a los socios de las compañías y responsabilidades con terceros. Sobre las recomendaciones que debería existir en el trabajo, estas son escasas, limitadas, ya que era de esperar una propuesta real y práctica para atacar esta problemática que afecta la creación y funcionamiento de las sociedades mercantiles en el Ecuador.

3. Nota:

Sobre la nota del trabajo escrito de disertación, objeto de este informe es de nueve sobre diez (9/10). Por tal razón sugiero la publicación del trabajo de investigación realizado por el señor JORGE ANDRÉS MUÑOZ VINOCUNGA.

Atentamente,



Mgtr. Giovanni Cárdenas Galarza
DOCENTE
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PUCE

Quito, 23 de enero de 2019

Señor doctor
Efrén Guerrero
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
En su despacho

Señor Decano:

En cumplimiento de lo solicitado por el señor Secretario de Facultad, mediante oficio recibido el 9 de enero de 2019, he revisado la disertación titulada "Efectos jurídicos generados ante la ausencia o vicios del elemento *affectio societatis* en el contrato de sociedad o compañía mercantil en el ordenamiento jurídico ecuatoriano", de autoría del estudiante Jorge Muñoz Vinocunga.

Destaco que la temática que ha abordado el estudiante se refiere a un área sobre la que existe aún es necesaria investigación científica y estudios a nivel local. Incluso dentro del ámbito del Derecho de Societarios y sus puntos de conexión con el Derecho de los Contratos, se trata de un área de escasa producción bibliográfica en nuestro país. Por esta razón, inicio por reconocer que es un trabajo suficientemente novedoso que ha permitido a la estudiante realizar un aporte relevante.


En mi opinión, el extenso primer capítulo, dedica aproximadamente 40 páginas del trabajo a desarrollar conceptos que sirven como antecedente o están relacionados con el trabajo pero que (i) no constituyen ni abordan directamente el problema y la hipótesis que plantea y (ii) son, en varios casos, cuestiones sobre las que existen abundantes fuentes a las que el lector puede recurrir (por ejemplo: la sociedad mercantil como acto jurídico, la naturaleza de la sociedad mercantil, elementos del contrato de compañía, entre otros). En el contexto del trabajo no aparece justificado el tratamiento exhaustivo de esos temas en relación con el problema e hipótesis planteados. El verdadero aporte de la tesina se presenta en el último capítulo del trabajo.

No encuentro suficiente sustento en el trabajo para varias afirmaciones que realiza el estudiante; por ejemplo: que la teoría de la inexistencia no estaría recogida en el ordenamiento jurídico

ecuatoriano, que las cláusulas leoninas serían causal de nulidad de la sociedad mercantil o cómo la ausencia del elemento *affectio societatis* se traduciría en una causal de imposibilidad de cumplir el objeto social. Estos asuntos, entre otros, se deberán analizar a profundidad en la defensa oral.

Por las razones que se detallan en este informe, asigno al referido trabajo, la calificación de 8/10 (ocho sobre diez).

Muy atentamente,


Dunker Morales Vela


23 ENE 2019

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, Jorge Andrés Muñoz Vinocunga, con C.I. 172325746-3, autor del trabajo de graduación intitulado “Efectos jurídicos generados ante la ausencia o vicios en el elemento affectio societatis en el contrato de sociedad o compañía mercantil en el ordenamiento jurídico ecuatoriano” previa a la obtención del título profesional de Abogado en la Facultad de Jurisprudencia:

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

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 30 de enero de 2019



Jorge Andrés Muñoz Vinocunga
C.I. 172325746-3