



**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**  
*La Universidad Católica de Loja*

**ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA**

TÍTULO DE ABOGADO

**La responsabilidad moral de la persona jurídica.**

TRABAJO DE TITULACIÓN.

**AUTOR:** Rodríguez Mejía, José Luis.

**DIRECTOR:** González Cajamarca, Leonardo Stalin. Mgtr.

LOJA - ECUADOR

2019



*Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>*

2019

## APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Magister.

Leonardo González Cajamarca

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo titulación, La responsabilidad moral de la persona jurídica, realizado por Rodríguez Mejía José Luis, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, julio de 2019

f) .....

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Rodríguez Mejía, José Luis, declaro ser autor del presente trabajo de titulación “La responsabilidad moral de la persona jurídica”, de la Titulación de Derecho, siendo el Mgtr. Leonardo González Cajamarca el director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además, certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f. ....

Autor: Rodríguez Mejía, José Luis

Cédula: 1150137030

## **DEDICATORIA**

Dedico el presente trabajo de investigación a mi padre Jaime por su esfuerzo y sacrificio, a mi madre, Esperanza por su cariño y dedicación, a mis hermanos por su apoyo incondicional.

## **AGRADECIMIENTO**

Mi agradecimiento a mis padres Jaime y Esperanza porque con su amor, su esfuerzo y dedicación he podido culminar la carrera, a mis hermanos, Kiara y Junior por su apoyo incondicional. A mi director de tesis Mgtr. Leonardo González quien, con sus enseñanzas, paciencia, consejos y sus conocimientos me ayudó a concluir la presente investigación. A mis amigos y compañeros.

## INDICE DE CONTENIDOS

CARATULA.....	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN.....	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORIA .....	iv
AGRADECIMIENTO .....	v
INDICE DE CONTENIDOS.....	vi
RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I.....	5
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.....	5
1.1. Introducción.....	6
1.2. El asociativismo como actividad humana fundamental. ....	6
1.2.1. Asociaciones y sociedades mercantiles. ....	8
1.2.2. Sociedad mercantil y comunidad. ....	9
1.2.3. Sociedad mercantil y empresa. ....	9
1.3. Evolución histórica del derecho mercantil. ....	10
1.3.1. El contrato de sociedad en el Derecho romano. ....	11
1.3.2. El Derecho mercantil en la edad media. ....	13
1.3.3. El Derecho mercantil en la edad moderna.....	14
1.3.4. El Derecho mercantil contemporáneo.....	15
1.4. Conceptualización del Derecho mercantil. ....	17
1.4.1. El Derecho mercantil como el derecho de las sociedades mercantiles.....	18
1.5. Tipos de sociedades mercantiles.....	20
1.5.1. Sociedad colectiva. ....	20
1.5.2. Sociedad en comandita simple.....	21
1.5.3. La sociedad anónima. ....	22
1.5.4. La sociedad de responsabilidad limitada. ....	23
1.5.5. La sociedad en comandita por acciones. ....	24
CAPÍTULO II.....	25
LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.....	25
2.1. Introducción.....	26
2.2. Concepto de persona. ....	27
2.2.1. Reconocimiento de derechos subjetivos a las sociedades mercantiles. ....	29

2.3. Teorías que justifican la personalidad jurídica.....	30
2.3.1 Teoría de la ficción.....	30
2.3.2. Teoría de la realidad. ....	31
2.4. Atributos de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.....	32
2.4.1. Capacidad.....	33
2.4.2. Razón social o denominación objetiva.....	35
2.4.3. Patrimonio de la sociedad.....	36
2.4.4. Nacionalidad.....	37
2.5. Tradición jurídica respecto a la persona moral en Ecuador. ....	38
2.5.1. La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles de acuerdo a la legislación ecuatoriana. ....	39
CAPÍTULO III.....	42
TEORÍA CONTRACTUALISTA E INSTITUCIONALISTA .....	42
3.1. Introducción.....	43
3.2. Teoría contractualista.....	43
3.2.1. Hecho jurídico. ....	44
3.2.2. Acto jurídico. ....	44
3.2.3. Negocio jurídico.....	45
3.2.4. La naturaleza jurídica del acto constitutivo. ....	45
3.2.5. El contrato plurilateral de sociedad.....	46
3.2.6. Elementos del contrato de sociedad. ....	48
3.2.7. La forma del contrato de sociedad.....	51
3.2.8. Efectos del contrato de sociedad. ....	51
3.2.9. El interés social en el contrato de sociedad.....	53
3.3. Teoría institucionalista. ....	53
CAPÍTULO IV .....	58
NEOCONSTITUCIONALISMO Y ÉTICA DE LAS ORGANIZACIONES .....	58
4.1. Introducción.....	59
4.2. Antecedentes. ....	59
4.3. El Estado de Derecho.....	61
4.4. El Estado Constitucional de Derechos y Justicia.....	63
5. Ética de las organizaciones. ....	64
6. Ética de los negocios. ....	70
6.1. El desarrollo económico como factor de expansión de las libertades fundamentales. ....	72
CONCLUSIONES .....	76
RECOMENDACIONES.....	78

BIBLIOGRAFÍA.....	79
ANEXOS.....	83

## **RESUMEN**

El propósito del presente trabajo es dilucidar si las personas jurídicas son moralmente responsables, y si el Derecho de sociedades ecuatoriano resulta compatible con los nuevos paradigmas propios del Estado constitucional de Derechos y Justicia. Para ello se busca explicar de qué manera el asociativismo y su evolución han contribuido a la creación del concepto de sociedad comercial. A demás, mediante un análisis filosófico y jurídico, se abordará la personalidad moral, a través de las distintas teorías que buscan explicar y justificar este atributo fundamental de las sociedades de comercio. Por otra parte, se expondrá la teoría contractual e institucional con el fin de develar cuál de estas teorías resulta armonizable con la idea de la responsabilidad moral y un nuevo concepto de interés social. En tal sentido es necesario teorizar sobre la evolución del constitucionalismo ecuatoriano, sus principios y valores, y sobre todo el papel de las sociedades como agentes del desarrollo económico. Por último, se busca establecer la necesidad de la ética de las organizaciones, ética de los negocios, y la ética del desarrollo.

**PALABRAS CLAVES:** Asociativismo, Personalidad jurídica, Responsabilidad moral, Derecho mercantil, ética de las organizaciones, ética de los negocios, ética cívica, neoconstitucionalismo.

## **ABSTRACT**

The intention of this thesis is to elucidate if the mercantile companies are morally responsible, and if the law of Ecuadorian companies is compatible with the paradigms of the constitutional State of Rights and Justice. For this, it is sought to explain how associativism and its evolution have contributed to the creation of the concept of commercial society. In addition, through a philosophical and legal analysis, the issue of moral personality will be addressed, through the different theories that seek to explain and justify this fundamental attribute of trading companies. On the other hand, the contractual and institutional theory will be exposed in order to reveal which of these theories is harmonizable with the idea of moral responsibility. In this sense, it is necessary to theorize about the evolution of Ecuadorian constitutionalism, its principles and values, and especially the role of societies as agents of economic development. Finally, it seeks to establish the need for the ethics of organizations, business ethics, and the ethics of development.

**KEYWORDS:** Associativism, legal personality, morality, corporate law, ethics of organizations, business ethics, civic ethics, neoconstitutionalism.

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad la personalidad jurídica se constituye como un atributo fundamental de las sociedades mercantiles, ya que posibilita que grandes y pequeñas sociedades operen en base a importantes riesgos económicos, pues esta institución jurídica establece una limitación efectiva a la integridad de los bienes de sus participantes, quienes buscan a toda costa la maximización de los capitales aportados.

En este sentido, las sociedades mercantiles han alcanzado una basta proliferación a nivel mundial y se han convertido en agentes necesarios para el desarrollo económico y social de los Estados. Sin embargo, se ha evidenciado que estos grupos incrementan su poderío económico a un ritmo vertiginoso, mientras que, quienes forman parte de la actividad empresarial han sido en cierta medida invisibilizados por estas organizaciones.

Alrededor de esta problemática se han desarrollado diversos estudios que buscan establecer una base teórica que apoye la idea de que el *interés* de las sociedades de comercio no se puede subsumir únicamente al beneficio de sus miembros, pues toda actividad económica además de generar ganancias para los socios debe estar al servicio de las personas, pues en definitiva gestiona unos bienes sociales por los cuales debe responder.

No obstante, parecería ser que esta idea no puede ser conciliada si tomamos como base que históricamente se ha pensado a la sociedad de comercio como un contrato.

En nuestro Derecho de sociedades impera esta teoría ya que nuestra legislación define a la sociedad mercantil en los siguientes términos “*Contrato de compañía es aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades (...)*”

La teoría contractualista derivada de los primeros contratos de sociedad romanos e institucionalizada en base al código de comercio italiano de 1942 parecería ser insuficiente en el contexto actual pues distingue aquellos intereses y objetivos económicos que debe perseguir la sociedad de comercio, excluyendo a todos quienes no sean parte de aquel contrato.

En tal caso, el *interés social* entendido como el interés de los socios conlleva a que las decisiones que se tomen para alcanzar el objetivo de la sociedad deriven en ciertas ocasiones en comportamientos cuestionables desde el campo de la moral, la ética de los negocios y valores relativos a la ciudadanía, puesto que la sociedad civil juzga moralmente ya no solo a quiénes toman las decisiones sino a todo el corporativo en su conjunto.

Por tales motivos, en el primer capítulo, se busca establecer un análisis doctrinario e histórico de las fuentes del Derecho mercantil, el asociativismo y la evolución de las sociedades de comercio, con el fin de establecer cuáles han sido las causas que han derivado en la construcción del concepto de “sociedad” tal como lo conocemos en la actualidad, de igual manera se explicarán los distintos tipos de compañías y las repercusiones sociales para quienes las conformen.

Por otra parte, en el segundo capítulo abordaremos el estudio de la personalidad moral con el objetivo de explicar cómo esta institución jurídica ha permitido que la sociedad sea reconocida como un sujeto de derechos y obligaciones, así como las implicaciones que conlleva la creación de un ente separado de las personas que componen el corporativo social. por otra parte, se expondrán los atributos que componen personalidad moral, así como las bases del Derecho mercantil ecuatoriano con el fin de identificar las corrientes filosóficas y jurídicas que han influenciado nuestro Derecho de sociedades.

Por consiguiente, en el tercer capítulo se busca hacer un estudio de la teoría contractual y también la teoría institucionalista por la cual la sociedad mercantil ya no es concebida como un contrato sino como una institución social en la que convergen una serie de intereses legítimos, siendo el de la maximización de las ganancias y el beneficio de los socios solo una parte de aquellos. Este *interés social* ya no es identificado con el lucro social pues resulta insuficiente si tenemos en cuenta a todos los grupos afectados por la actividad económica llevada a cabo por la sociedad.

Finalmente, en el cuarto capítulo a través de un estudio de las nuevas corrientes constitucionales y tomando como base la constitución del 2008 se busca establecer una conexión entre la idea de la responsabilidad moral y el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, así como determinar si la teoría contractual, imperante en nuestro derecho mercantil, resulta concordante con los nuevos paradigmas propios del neoconstitucionalismo. Para finalizar se expondrá la necesidad de la ética de las organizaciones, ética de los negocios y la ética del desarrollo, pues estos temas son necesarios para entender el papel de las sociedades mercantiles en el contexto actual y si éstas pueden ser moralmente responsables.

**CAPÍTULO I**  
**EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES**

## **1.1. Introducción.**

Para efectos de establecer si existe responsabilidad moral de la persona jurídica, en este capítulo buscaremos establecer cuáles han sido las causas que han permitido la aparición de las sociedades mercantiles, pues resulta conveniente establecer las causas que han llevado al ser humano a vivir en sociedad, a formar organizaciones, y del mismo modo determinar cuáles son los factores que han llevado a los miembros de estas sociedades a establecer el interés común que persigue la organización

Por otra parte, buscaremos determinar cuáles han sido los factores determinantes para el surgimiento del Derecho mercantil, sus instituciones y principios reguladores, desde la antigüedad, hasta la época actual. Enfocándonos en el surgimiento de las diferentes formas asociativas y de comercio, así como la exteriorización de estos actos con la esfera social y económica donde se desarrollen estas actividades.

Mediante un estudio de la evolución del contrato de sociedad, buscaremos vislumbrar cual ha sido el papel de las sociedades mercantiles a través de las distintas etapas evolutivas del Derecho societario, así como develar cuáles han sido las necesidades individuales y colectivas de los grupos directa e indirectamente afectados por el desarrollo de las actividades económicas llevadas a cabo por las sociedades, dentro de un contexto, tiempo y lugar determinados.

Además, trataremos de explicar cuáles han sido las causas que han llevado a que el Derecho Mercantil evolucione de ser conceptualizado en base a los comerciantes, los actos de comercio, o actos en masa, hasta ser considerado el derecho de las sociedades de comercio.

## **1.2. El asociativismo como actividad humana fundamental.**

Se podría decir que el ser humano desde su aparición buscó asociarse con los demás miembros de su especie, por motivos de supervivencia. Nuestros antepasados tuvieron la necesidad de formar grupos o clanes más o menos organizados con la finalidad de conseguir alimento, establecer espacios seguros y en definitiva asegurar el sustento de sus miembros.

Las primeras familias formarían los clanes que más adelante se asociaron en comunidad lo que les facilitaría la consecución de algunos fines específicos, por ejemplo, el botín producto de la caza, que posteriormente sería distribuido entre sus miembros. En consecuencia, la finalidad o el objeto de estas primeras organizaciones humanas era únicamente en el beneficio colectivo e individual de sus integrantes. Tonnies (1942) citado por Mantilla (1977) señala al respecto que:

El vivir humano es necesariamente un convivir; el hombre, como Aristóteles enseña, es un animal sociable. Pero cada hombre precisa vincularse con otros de modo más estrecho del que resulta de su manera de convivencia; a la comunidad, como hecho natural, se añade una serie de vinculaciones voluntarias, que más propiamente merece el nombre de sociedad opuesto a comunidad (p.171).

Para Dobson (2010) “Esta asociación entre hombres no se encontraba fundamentada en ninguna regla especial, sino que respondía principalmente al instinto del hombre por sobrevivir” (p.14). Sería erróneo afirmar que la capacidad de asociación es una característica propia del ser humano, los animales conforman manadas con el fin de conseguir alimento y protegerse de los depredadores.

Al respecto Pierre Joseph Proudhon en su libro “¿Qué es la propiedad?” distingue tres niveles de sociabilidad, en un primer nivel estaría lo que él denomina el sentimiento de simpatía que nos motiva a vivir en sociedad, ese sentimiento también puede entenderse como un instinto motivado por la empatía hacia los demás.

En un segundo grado señala que existe un “reconocimiento en el prójimo de una igualdad igual a la nuestra” es decir de la convivencia entre congéneres, de la capacidad de convivir en comunidad, compartir los recursos y buscar la consecución de un fin determinado.

Según Proudhon, estos dos niveles de sociabilidad, en nada nos diferencian de los animales sin embargo existe un tercer nivel, el más alto, que se caracteriza por lo que él denomina “equidad o proporcionalidad social” de este modo la característica propia de las relaciones sociales del hombre estaría fundada en la equidad y la justicia, estos dos términos han sido objeto de un amplio debate en el campo filosófico pues no son fáciles de definir, en palabras del mismo autor, se refiere a la justicia de la siguiente forma: “Es dar a cada uno una parte igual, de bienes, bajo la condición igual del trabajo. Es obrar societariamente (...)”. En cuanto a la equidad establece que está es la base misma de la justicia, para él “La equidad, sin la justicia, no existe; la sociedad, sin la justicia, es un imposible”.

La relación entre la justicia, equidad y sociabilidad no son una idea única de Proudhon, Hume (s.f) citado por Dobson (2010) sostiene que “(...) La naturaleza humana no puede de modo alguno subsistir sin la asociación de individuos y que esa asociación nunca podría tener lugar si no se respetan las leyes de la equidad y la justicia” (p.14).

Según el mismo autor el hombre evoluciona de la forma instintiva de comprender y de relacionarse con los miembros de su especie, cuando se da la transición del nomadismo al sedentarismo, como producto de la agricultura, en donde además se manifestaron nuevas

formas de convivencia que dieron paso a las primeras comunidades organizadas, de tal manera que la justicia sustituiría al instinto como la base misma de las relaciones sociales.

### **1.2.1. Asociaciones y sociedades mercantiles.**

Con la evolución de las formas comunitarias, surgieron nuevos retos y necesidades propias de la organización social que derivó en formas asociativas con características propias que fueron adecuadas de acuerdo al objetivo que perseguían sus miembros. De este modo Algunas de las características que diferenciaban a las sociedades, asociaciones y corporaciones se daban en virtud del factor económico, al respecto Narváez (2015) señala que:

La diferencia entre sociedad y asociación continúa siendo el fin perseguido. En la sociedad se persigue siempre un fin económico en el que el móvil primordial se bifurca en el lucro social y el lucro de los asociados. En la asociación regulada en la legislación civil su fin es cultural, científico, deportivo o de simple recreación o esparcimiento, etc., sin descartar que el desarrollo de su actividad la asociación obtenga un rendimiento o beneficio apreciable en dinero (p.26).

Este concepto plantea un problema y es que, como ya lo mencionamos antes, toda asociación necesita de fondos que puedan facilitar la consecución de sus fines, el factor económico no es un medio eficaz para determinar las diferencias entre las sociedades y asociaciones, pues como lo señala Brunetti (1970) citado por Farina (1973):

La asociación puede o no procurar lucro; pero este lucro nunca estará destinado a ser repartido entre los socios si no que constituirá un medio para que la asociación preste servicios de diversa índole a sus asociados o bien a terceros (p.20).

Hay que prestar especial atención a lo que señala Juan Farina, respecto a la idea de que las asociaciones usan los fondos producto del ejercicio económico de la asociación para prestar servicios, pues como veremos más adelante, la idea de una sociedad comercial se ha fundado en la idea del beneficio personal de los socios, y aquí podemos plantearnos la siguiente pregunta ¿Acaso las sociedades mercantiles no deben prestar beneficios a terceros, además de a los miembros de la organización? Se podría decir que, en efecto, existe una prestación de bienes o servicios, pero de acuerdo a la doctrina contractual desarrollada a partir del surgimiento de las sociedades de comercio, el motor o la idea central en la creación de las sociedades mercantiles ha sido el ánimo de lucro de sus miembros.

### **1.2.2. Sociedad mercantil y comunidad.**

La sociedad y comunidad se distinguen en que esta última representa una situación pasiva entre varias personas que tienen algo en común, esta situación surge en la mayoría de casos cuando un bien o derechos en general, que han estado en poder de una sola persona, pasa a manos de varios que tienen un vínculo jurídico o civil en común. A diferencia de la sociedad donde el ánimo de asociarse existe previamente a la existencia de la sociedad misma. Narváez (2015) señala que “La sociedad es una creación contractual. La comunidad resulta de la concurrencia accidental de derechos sobre una cosa” (p.29).

En este sentido el mismo autor señala algunas de las principales distinciones entre la sociedad y comunidad. La sociedad nace de la voluntad de una o más personas, como producto del ánimo de formar sociedad para conseguir un fin determinado, es decir el objeto social, con ánimo de repartir las ganancias entre los miembros de la organización. En cuanto que la comunidad se perfila como un cuasicontrato en la que los comuneros ya sea por voluntad propia o de un tercero, es decir los partícipes adquieren ciertos derechos reales sobre los cuales tienen el dominio en proindiviso.

Otro aspecto a tomar en cuenta tiene que ver con la forma organizativa de la sociedad frente a la comunidad, mientras que la primera se plantea como una institución estable con recursos humanos y materiales, así como un estatuto propio y personalidad jurídica, la comunidad está sujeta a las normas y régimen establecido por las leyes y reglamentos estatales. (Narváez, 2015).

### **1.2.3. Sociedad mercantil y empresa.**

Se podría decir que el término empresa tiene una noción eminentemente económica, distinto del concepto de sociedad, en este sentido Sánchez (1997) señala que:

(...) La empresa es una unidad de producción en la que se combinan los precios del capital y del trabajo con la finalidad de suministrar al mercado bienes o servicios a un determinado precio con el fin de obtener una renta monetaria igual a la diferencia de unos precios y otros (p.50).

Por lo tanto, podríamos afirmar que la sociedad hace uso de la empresa, como un instrumento mediante el cual se facilitan la consecución del objeto social de la organización. Quintana (2004) señala que: “la empresa debe considerarse como el eje en el que gira todo el mecanismo económico jurídico y cuya función consiste en combinar todos sus elementos para obtener un mayor rendimiento (p.92)

### **1.3. Evolución histórica del derecho mercantil.**

El Derecho mercantil y sus instituciones jurídicas han surgido de las actividades humanas conducentes a la satisfacción de necesidades, la costumbre, los factores políticos y sociales, así como la imperante necesidad de normas para regular estas relaciones de comercio dieron lugar a que a la par de la evolución de la humanidad, se creara un Derecho especial que obedezca a las exigencias propias de estos actos asociativos y de comercio.

Tal como lo señala Quintana (2004) “varios pueblos de la antigüedad, como babilonia, Egipto, Grecia, Rodas, fenicia y su colonia, Cartago, alcanzaron un grado altísimo de prosperidad mercantil; No obstante, no hubo la distinción entre materia comercial y civil” (p.47).

Con respecto a los pueblos Babilonios Langle y Rubio (s.f) citados por Quintana (2004) señalan que:

Anterior a todos es el código de Hammurabi (...) cuyo descubrimiento en Susa en 1902, arrojó mucha luz sobre el Derecho babilonio. Regulaba ampliamente la contratación: Préstamo, arrendamiento, aprendizaje, y gestión de negocios, contenía una mención especial a ciertas materias mercantiles, tales como la compraventa la comisión el almacenaje, la construcción naval y los abordajes. (p.45)

Precisamente en Babilonia surgió la comenda que era una forma de comercio asociativa mediante la cual el comendador entregaba al comendatario activos que podían estar constituidos por dinero o mercancías para que éste les saque un provecho económico, la comenda surgió de la necesidad de las personas de comerciar sus productos con pueblos lejanos a los que en la mayoría de veces se accedía cruzando el mar, en este sentido el comendador permanecía en su pueblo en espera de que el comendatario, obedeciendo a los términos convenidos en el contrato inicial, regresara con las ganancias, producto de las actividades realizadas en provecho de las mercancías o el dinero a él confiado.

Con el tiempo el comendatario se convirtió en una especie de empresario, pues no respondía únicamente a un socio, las comendas podían encargarse de 10 a 20 personas. Se puede decir que lo que en un momento surgió como una sociedad se desnaturalizó, pues la comenda pasó a ser una especie de empresa, destinada al comercio de productos e incluso de inversión, pues luego de cumplir su parte de contrato el comendatario liquidaba de forma personal a comendador (Weber, 1974).

Un punto clave en el desarrollo de las instituciones y principios del Derecho mercantil y societario se originó en occidente, en donde surgió la responsabilidad solidaria entre los miembros del grupo familiar, en razón de la necesidad de créditos en las operaciones

comendatarias y ya que estos créditos en la mayoría de veces a largo plazo y tomando en cuenta que personas ajenas a la familia operaban en estas asociaciones, se planteó la necesidad de separar la contabilidad familiar de la del comercio con el objetivo de proteger los bienes de la familia. Weber (1974) señala:

Se impuso la conservación del patrimonio de toda la familia manteniendo la comunidad doméstica incluso en los grados de parentesco más lejanos. Luego se implantó la responsabilidad solidaria de cuantos vivían bajo un mismo techo. De la deuda contraída por un miembro de la comunidad doméstica, respondían todos los demás. La responsabilidad solidaria se originó probablemente en el Derecho penal, pues en delitos de alta traición se derribaba la casa del culpable y la familia se desintegraba por sospechosa. Es probable que la responsabilidad solidaria pase de este sector al derecho civil. Cuando por razones de carácter comercial se introdujeron en la comunidad familiar capitales y personas ajenas a ella. (p.199).

Se puede decir que el comercio se desarrolló en la medida de las necesidades que experimentaban las diferentes civilizaciones de la antigüedad.

Los fenicios por ejemplo son considerados pueblos de comerciantes, dominaron el mar por lo que la navegación permitió el intercambio de productos con los pueblos circundantes. Uno de estos pueblos eran los griegos quienes si bien no llegaron a diferenciar el Derecho civil del mercantil, si crearon normas mercantiles a través de la costumbre, ejemplo de ello el comercio bancario (Quintana, 2004).

### **1.3.1. El contrato de sociedad en el Derecho romano.**

En Roma, en sus distintas etapas, monarquía, república o imperio, surgieron instituciones jurídicas tan importantes como el matrimonio, la propiedad privada, obligaciones, sucesiones, o múltiples formas de contratos, una de estas formas de contrato era el de sociedad.

El surgimiento de las formas asociativas de comercio en el Derecho romano se establecía a través de un contrato, por el cual las partes, de forma voluntaria, aportaban bienes, que no solamente podían ser en dinero, sino también en trabajo industria o crédito, con el fin de participar de las ganancias y asumir las pérdidas producto de la sociedad. Para Salgado (1975) en el contrato de sociedad romano “Lo esencial era que exista consentimiento, importando poco la forma en que este se exprese, aunque bien vale indicar que se podía manifestar el consentimiento oralmente, por escrito o por mensajero” (p.12-13). En este

sentido podemos apreciar que hemos mantenido hasta la fecha una de las características esenciales de los contratos, que es la voluntad de las partes.

Respecto al surgimiento del derecho mercantil a través de los contratos entre dos o más personas, hay que aclarar que estos contratos solo obligaban a los socios, Estecche (2016) señala que: “las sociedades tenían simplemente relevancia interna (...) se suscribía a la relación entre los socios individualmente considerados sin ningún reflejo hacia el exterior, ya que la finalidad perseguida no rebasaba la esfera estrictamente individual” (p.24).

Aunque la doctrina señala que no se puede hablar de un verdadero Derecho mercantil en el imperio romano, sí existieron normas e instituciones destinadas a regular las relaciones de comercio.

Entre los romanos ya existían algunos tipos de sociedades que sin embargo pertenecían al Derecho civil: La sociedad universal, consistía en el comprometimiento de los asociados de todos sus bienes presentes o futuros

La sociedad *alicujus negotiationes* este tipo de sociedad se caracterizaba porque los socios asumían los beneficios o las pérdidas resultantes del negocio.

Sociedad *alicujus jus rei*, esta sociedad se limitaba a uno o varios objetos y las *adquisiciones* que era un tipo de sociedad en la que se incluían todas las adquisiciones que hicieran los asociados, esta sociedad se constituía cuando las partes no habían convenido sobre el tipo de sociedad que constituían (Morales, 1989).

A pesar de la flexibilidad en cuanto a las formas de manifestación de la voluntad, el Derecho Romano consideraba ciertas características esenciales de los contratos de sociedad para que se configuren como tales. Al igual que en la actualidad era necesario que el fin que perseguiría la sociedad sea lícito, de tal manera todo contrato con objeto ilícito era nulo. De igual manera debía existir comunidad entre los socios, es decir que todos asumían las ganancias y las pérdidas producto de la actividad. El aporte de los socios era indispensable, y existían distintos mecanismos para aquello, el aporte podía consistir en dinero, bienes, trabajo o industria. Otro elemento esencial en el contrato de sociedad era el “*affectio Societatis*” consistía en que los contratantes debían demostrar su intención de formar parte de la sociedad (Salgado, 1975).

En cuanto a las manifestaciones asociativas de comercio, es destacable el aporte del jurista Gayo, respecto a su vida no se tiene mucha información, sin embargo sus obras han servido de referencia para la aplicación de algunos principios que rigen el contrato de sociedad actual, Gayo en las *Institutas*, un conjunto de cuatro libros con el que enseñaba el Derecho en Roma, señala en el libro tercero, aspectos como el surgimiento de la sociedad mercantil, las ganancias, la vigencia de la sociedad así como los modos de disolución.

La flexibilidad del Derecho romano imposibilitó el surgimiento de un derecho especial que regulara las necesidades imperantes del derecho mercantil, Brosseta y Martínez (2015) señalan que: “El Derecho mercantil se hará tanto más necesario cuanto más rígido sea el Derecho común” (p.43).

### **1.3.2. El Derecho mercantil en la edad media.**

La doctrina ubica el nacimiento del derecho mercantil en la baja edad media, como producto del incremento comercial de la época, el surgimiento de las ferias o mercados, y la relevancia que tomaron los comerciantes en el desarrollo económico y político de la sociedad, precisamente fueron éstos quienes consientes de la necesidad de un Derecho especial que regulara los actos de comercio formaron gremios e incluso matriculas que daban la calidad de comerciantes a las personas, su interés en que surgiera la normativa mercantilista estaba en que éstos operaban a base de créditos y asumiendo grandes riesgos económicos.

Se puede decir que el surgimiento de los gremios y corporaciones dio origen a una nueva clase social, la burguesía, quienes disconformes con las prácticas consuetudinarias y la escasa normativa en materia mercantil crearon sus propios tribunales consulares (Quintana, 2004). Posteriormente todas estas decisiones de los cónsules se codificaron, de esta manera aparecieron las primeras normas del derecho mercantil. Sin embargo, estas codificaciones mantuvieron que la creación de las sociedades mercantiles por medio de un contrato influenciado por el Derecho romano, con la diferencia de que los socios sí estaban obligados solidariamente frente a terceras personas.

Estecche (2016) señala que: “Estas modificaciones, comenzaron a motivar la exteriorización de la sociedad a través de la razón social, formándose los primeros cimientos del efecto externo del contrato. Los socios no solamente van a considerarse de forma individual sino también de forma social, como grupo organizado” (p.25). De esta forma estos contratos, que daban inicio a la sociedad mercantil como tal, pasaron a ser considerados institucionalmente aportándole los primeros rasgos de la personalidad jurídica pues la organización ya podía contraer Derechos y obligaciones.

De este modo podemos advertir que luego de la amplia evolución de las sociedades mercantiles y las leyes del Derecho comercial quedaron rasgos o manifestaciones mercantiles propias de la cultura romana principalmente, lo que derivó en que, en esta etapa del Derecho mercantil, gracias a los aportes del derecho germánico existiera un cierto tipo de costumbre o Derecho común a los actos mercantiles, esto tuvo como consecuencia que el Derecho mercantil gozara de autonomía.

### 1.3.3. El Derecho mercantil en la edad moderna.

Algunos historiadores sugieren el inicio de la edad moderna con el descubrimiento de América, la invención de la imprenta o la toma de Constantinopla por los turcos en 1453. En esta época el mundo experimentó grandes procesos de transformación política y social. Quintana 2004, citando a Langle y Rubio señala: “Esta fue la edad histórica de más audaces empresas, de las profundas reformas legislativas y del nacimiento del Derecho mercantil científico” (p.59).

Con la formación de los Estados en esta etapa histórica, la libertad que tenían los comerciantes se restringió pues cada Estado buscó el sometimiento de los ciudadanos a las leyes nacionales, ya se podía hablar de la jurisdicción que tenían los cónsules para regular las relaciones de comercio, éstos eran jueces de primera instancia y los *supra-consoli*, se ocupaban de los asuntos del tráfico de los comerciantes.

Por estos motivos podemos afirmar que en esta etapa existió un Derecho especial que se ocupó de los conflictos legales surgidos a partir de las relaciones jurídicas comerciales. Este periodo histórico facilitó el desarrollo de las instituciones que habían surgido de pueblos antiguos.

En los siglos XVII y XVIII el desarrollo de las instituciones mercantiles y societarias dio lugar a que la sociedad anónima tomara fuerza entre los actos asociativos, al menos la estructura general de esta sociedad anónima se mantiene hasta nuestros días, esta institucionalización permitió que haya más de dos partes, que le sea atribuible una personalidad jurídica, así como la capacidad de contraer obligaciones y Derechos que puedan afectar a terceros.

De lo señalado en líneas anteriores, respecto a los antecedentes del derecho mercantil, se evidencia que la influencia del Derecho romano en la creación de las sociedades de comercio, estas sociedades tenían como base la suscripción de un contrato bilateral que generaba obligaciones para las dos partes, sin generar efectos contra terceros, de igual manera de esta manifestación de voluntades no surgía una persona jurídica. Según Estecche (2016) “la llamada tesis contractualista, predominante hasta el siglo XIX, producto del Derecho romano, fuese alterada” (p.26).

En este sentido el debate respecto a la creación de la sociedad, de acuerdo a la llamada tesis contractualista, tuvo como base el código de comercio francés de 1807 donde se establecieron los llamados actos objetivos de comercio. Hasta entonces el derecho mercantil consuetudinario basado en legislaciones civiles había buscado regular los actos de comercio generados únicamente entre aquellas personas que tenían la calidad jurídica de comerciante. La importancia del Código francés radica en la objetivación de estos actos, al respecto Brosseta y Martínez (2015) señalan que:

Ciertos actos que se son mercantiles y se someten al Código, sea o no sea comerciante su autor (...) de un derecho que se aplica y delimita subjetivamente se ha pasado a otro donde la limitación y aplicación se realiza objetivamente (p.48).

Es evidente entonces, que el surgimiento de los Estados, la nacionalización de las leyes, la distinción entre Derecho civil y Derecho privado dio como resultado que surgiera la normativa necesaria que regule los actos mercantiles.

En base a lo expuesto podemos señalar que el Derecho Mercantil y sus instituciones han evolucionado de acuerdo a la realidad histórica, al marco social, político y económico de los pueblos y Estados de acuerdo a factores propios de un tiempo determinado.

#### **1.3.4. El Derecho mercantil contemporáneo.**

Algunos historiadores ubican el comienzo de la edad contemporánea luego de la ilustración, que fue un movimiento cultural que se originó entre la burguesía de Francia principalmente. En el siglo de las luces, como también se lo llama, primó el uso de la razón sobre las supersticiones, y convencionalismos sociales surgidos a partir de la costumbre o religión. De este modo la evolución de las legislaciones surgió a la par de este movimiento cultural. Langle y Rubio (s.f) citados por Quintana (2004) señala que: "Si la edad Moderna fue época de las ordenanzas, la contemporánea puede distinguirse por ser la de las Codificaciones, que se realizaron en diversas ramas jurídicas" (p.62). De la difusión del Código de comercio francés en 1807, surgieron diferentes codificaciones en países como: España, Portugal, Holanda, Alemania e Italia.

En torno a las diferentes codificaciones surgieron distintas doctrinas sobre las cuales se debatieron aspectos como la estructura organizacional y jurídica de la empresa en razón del contrato bilateral, que como vimos en los antecedentes se encontró presente desde la formación del Derecho mercantil, Grecia, Roma; y posteriormente en Francia. En este sentido se cuestionó la formación de la sociedad como un contrato o como una manifestación de voluntades que forman una persona jurídica.

Como ya lo señalamos la evolución del derecho mercantil obedece a un tiempo y lugar determinado. Las exigencias de mundo actual han sido determinantes para el surgimiento de nuevas instituciones mercantiles, que regulan actos complejos de carácter público y privado.

Factores como las guerras, la monopolización del mercado, la globalización y la imperante economía capitalista han determinado que las políticas estatales apunten a la protección de

la economía local. Según Quintana (2004) el intervencionismo Estatal es de dos grados: “Intervencionismo normativo: por el cual se regula la actividad económica, limitando la anterior y absoluta libertad de iniciativa” (p.52). Mientras que el segundo grado de intervención del mismo autor es el directo: “En virtud del cual el Estado u otros entes públicos realizan actividades económicas de producción o mediación en el mercado de los bienes y servicios” (p.53).

Para Brosseta y Martínez (1992), el contenido actual del Derecho mercantil se encuentra en: “El empresario, la empresa, y la actividad externa y conjunta de ambos” (p.56). La actividad externa podría ser entendida como el conjunto de acciones que tienen repercusión sobre terceros, es decir la personalidad jurídica de la sociedad mercantil.

La evolución de la sociedad, las tecnologías de la información, la globalización y el transporte de mercancías, así como las nuevas necesidades de la humanidad han sido favorables para intercambio de bienes y servicios, la aparición de múltiples formas de comercio y los más variados tipos de empresas han sido favorables para la aparición nuevos tipos de sociedades mercantiles, una de esos tipos de sociedad es la unipersonal al respecto Raspall (s.f) citado por Estecche (2006) señala que:

La recepción por parte de numerosísimas legislaciones de la sociedad unipersonal, ha puesto en crisis a la teoría contractualista que ha cedido el paso a estas nuevas formas, dando lugar a la teoría de la institución como técnica de organización, finalidad que se cumple sin la necesidad de concurrencia de dos o más personas a través de un contrato, sino de una voluntad -en este caso unipersonal- que organice una actividad productiva (p.29).

La doctrina señala que la evolución del Derecho mercantil, ha iniciado en la edad contemporánea, la característica principal está en que existe un progresivo acercamiento a la esfera jurídica del empresario, de sus actos y repercusiones en la esfera socioeconómica (Menéndez y Uría, 2006).

El debate se centra en cuando al surgimiento de la sociedad mercantil, ya sea como institución o como un contrato. En este sentido la sociedad y el Estado exige que las sociedades de comercio, personas jurídicas, respondan, no solo en razón de un solo grupo como lo señalaba la teoría contractualista sostenida por juristas como Ascarelli sino en razón de los grupos de interés, conformado por el Estado, propietarios, trabajadores, proveedores, consumidores y la naturaleza es decir que los actos de comercio ejercidos por las sociedades mercantiles estarían siendo juzgados por la sociedad y el Estado, las decisiones tomadas por las personas

llamadas a responder civil y penalmente por los actos jurídicos se extrapolan a la esfera corporativa de las sociedades mercantiles.

#### **1.4. Conceptualización del Derecho mercantil.**

A continuación, abordaremos el significado histórico y actual del Derecho Mercantil sus implicaciones, evolución y desafíos actuales en cuanto al derecho empresarial.

Tal como lo señalamos en puntos anteriores la evolución del Derecho mercantil obedece a factores sociales, políticos y económicos enmarcados dentro de un periodo histórico determinado, esa característica es justamente una de las razones que hace difícil la existencia de un solo concepto de Derecho mercantil que delimite su campo de acción y abarque todos los actos jurídicos inmersos que las actividades de comercio conllevan, al respecto Rodríguez, (1982) señala: “las operaciones reputadas como comerciales se mezclan de continuo y tienen vínculos muy estrechos con las operaciones de la vida civil, por lo que resulta difícil la determinación del límite exacto de su recíproco alcance” (p.4).

Dentro de las consideraciones preliminares, para la conceptualización del derecho mercantil hay que señalar que según la doctrina existen tres enfoques:

El subjetivo, que tiene como fundamento a las personas que intervienen en los contratos mercantiles, es decir los comerciantes dejando de lado a terceras personas que pudieran verse afectadas por dichos actos de comercio. El enfoque objetivo mediante el cual se consideraban los actos de comercio considerando que había personas que no necesariamente tenían la calidad de comerciantes podían establecer contratos y negocios jurídico-mercantiles, el problema de este enfoque radica en que no se han establecido cuales son los actos de comercio, dada la complejidad que ello conlleva. Enfoque mixto, combina los dos enfoques antes mencionados pues el Derecho mercantil ha evolucionado hasta convertirse en el Derecho de las empresas y de la actividad que estas realizan (Quintana, 2004).

El concepto de Derecho mercantil puede ser abordado también desde la perspectiva del tráfico masivo, el ejercicio repetitivo de ciertas conductas, en éste caso económicas o negocios jurídicos, puede traer cambios importantes para la sociedad pues se crean todo tipo de mecanismos que faciliten el tráfico comercial, el intercambio de bienes y servicios, las diversas formas de cumplimiento de obligaciones nacidas en razón de los contratos bi o multilaterales lo que a su vez generó el nacimiento de instituciones mercantiles que regulan dichos actos de comercio, al respecto Rodríguez (1982) señala que:

El ejercicio repetido de una acción humana, el ejercicio en masa, masivo, cuantioso, produce general efectos importantes, fenómenos de adecuación externa e interna. Internamente, provoca un aumento de la capacidad de realización, una disminución de la atención necesaria para un mismo acto. Externamente, esta acomodación que provoca el ejercicio en masa del acto se refleja en la lucha contra aquellos hechos, que si para el que realiza el acto aislado pueden carecer de importancia, llegan a ser muy importantes cuando se trata de realizarlos en masa; al mismo tiempo pueden aparecer una serie de instituciones que son innecesarias ante la presencia de actos en masa. (p.8).

La dificultad de definir al Derecho mercantil como el de los actos en masa o en serie radica en que estas manifestaciones masivas no se dan únicamente en el Derecho mercantil, sino también dentro de otras materias, ejemplo de ello los contratos de trabajo, arrendamiento, servicios profesionales, etc.

#### **1.4.1. El Derecho mercantil como el derecho de las sociedades mercantiles.**

Para Menéndez Y Uría (2006) el Derecho mercantil es “Es aquel Derecho privado especial que tiene por objeto al empresario, al estatuto jurídico de ese empresario y la peculiar actividad que éste realiza en el mercado” (p.25). Del concepto citado se puede colegir el carácter especial del Derecho mercantil frente al Derecho civil, esta necesidad surgió en razón de diversas manifestaciones de comercio y negocios jurídicos llevados a cabo, en un principio, por personas naturales, cuyo objetivo principal era establecer, mediante contratos bilaterales, una relación jurídica que les diera el estatus de “socios” posteriormente y de acuerdo a la evolución del derecho mercantil, esta convención de voluntades ya no solo se dio en razón de dos personas, el contrato de sociedad mercantil puede llevarse a cabo por una o varias personas viéndose afectadas además terceros, dándole la calidad de persona jurídica, de contraer derechos y obligaciones dentro del marco Estatal y normas mercantiles que regulan y delimitan la actividad empresarial y al empresario mercantil, en este sentido según Brosseta y Martínez (1992) la estructura del Derecho mercantil gira en torno a tres elementos: “El empresario; la empresa; y la actividad externa y conjunta de ambos.

La especialidad de las exigencias que estos elementos hacen surgir (...) justifica la singularidad de la disciplina” (p.56). El empresario es justamente quien, en el marco del Derecho mercantil y la evolución de sus instituciones ha tomado un papel preponderante en la realización de actos y negocios jurídicos, para Fernando Calero el empresario ha sustituido al comerciante tradicional y esa es una de las razones para que el concepto del Derecho

mercantil se acerque cada vez más al derecho de las empresas, al respecto a las empresas Calero (1997) señala:

La actividad tradicional de organización de aquel (cuya manifestación más expresiva es la llevanza de una contabilidad) era realizada en una economía de mercado por todo empresario, aunque su actividad económica no fuera el comercio. Además, la función de intermediario del comerciante encontraba su paralelo en la intermediación que realiza todo empresario entre los precios de los llamados factores de producción (capital y trabajo) y los de sus productos, tendiendo en ambos casos al máximo beneficio. (p.17-18).

La economía mundial es evidentemente capitalista, el desarrollo industrial, tecnológico y científico han generado la posibilidad de comprar y vender todo tipo de bienes y servicios, en este contexto las sociedades mercantiles, ya no buscan la satisfacción de necesidades sino la creación de éstas. Tal como lo señala Calero el objetivo es la maximización de sus ganancias.

Rodríguez (1982) citando a Mossa afirma que:

1. Los actos de comercio están basados en la empresa.
2. Es preciso, pues, reconocer la empresa como base del Derecho Mercantil.
3. Este concepto será la base para la construcción del concepto de comerciante.
4. La empresa así concebida constituirá el fundamento unitario de la materia de comercio y quedarán eliminadas las incertidumbres de los problemas examinados en relación con ésta y las dificultades que se derivan de la noción imperfecta del empeño comerciante; pero, sobre todo será decisivamente preciso para imprimir unidad de desenvolvimiento a todo el Derecho unificado. (pp.10-11).

De lo citado y en base a lo descrito en los puntos anteriores se puede decir que si en la edad media el eje central del Derecho Mercantil era el comerciante, quien además propició el surgimiento del Derecho especial que regule los actos de comercio, en la actualidad es el empresario quien ha tomado un papel preponderante en el Derecho Comercial, el empresario mercantil es la persona natural quien a nombre propio o de un tercero ejerce una actividad destinada a la oferta de bienes o servicios para el mercado. Al respecto Brosseta y Martínez (2015) señalan que: “La especialidad de éste sujeto, frente a los restantes del Derecho privado, le viene atribuida por realizar profesionalmente y de forma organizada (es decir a través de una empresa) una actividad económica” (p.56). Se podría decir entonces que el empresario es quien mediante su capacidad jurídica y en base a los derechos económicos,

civiles y políticos emprende una actividad económica mediante las sociedades de comercio, entendida como un medio para cumplir dicha actividad.

### **1.5. Tipos de sociedades mercantiles.**

Las sociedades mercantiles se crean para ejercer actividades de comercio variadas y con riesgos característicos propios con la forma en que se desarrollan dichos actos, por tal razón las sociedades han evolucionado hasta la creación de distintos tipos que favorecen la consecución de un objetivo en común, de tal manera que el tipo de sociedad mercantil se origina bajo la voluntad y necesidad de los socios que la conforman, a continuación, haremos mención a cada una de estas sociedades.

#### **1.5.1. Sociedad colectiva.**

La sociedad colectiva o general es el tipo de sociedad que se da en razón de lazos familiares de las personas que pretenden formar dicha sociedad. Este tipo de sociedad fue muy extendida en la edad media debido a que la conformaban los hijos del comerciante cuando éste fallecía, de tal modo que los herederos seguían explotando la empresa heredada, por tal razón algunos autores la cataloguen como una comunidad, en tal razón se presupone la existencia de cierta confianza entre los socios (Sánchez, 1977).

Respecto al concepto de sociedad colectiva, Rodríguez (1982) señala que la sociedad colectiva: “Es una sociedad mercantil, personalista, que existe bajo una razón social, y en la que los socios responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales” (p.61).

Del concepto dado por Joaquín Rodríguez hay que referirnos en lo principal al carácter personalista que tiene la sociedad colectiva, esto quiere decir que al momento de la constitución de la sociedad se han tomado en cuenta las características o elementos personales y patrimoniales de cada socio, en tal virtud existen ciertas limitaciones de los socios, pues no se puede modificar la estructura interna de la sociedad sin el consentimiento expreso de los demás miembros, un ejemplo claro de éste carácter personalista se da cuando un socio muere, es incapaz o entra en quiebra, esto supone una causa de disolución de la sociedad. (Broseta y Martínez, 2015). Respecto al carácter personalista Sánchez (1997), señala que el carácter personalista de la sociedad colectiva se da en razón de “la dedicación de los socios –en principio- a la gestión social hace que se conciba esta sociedad como una

comunidad de trabajo. Además, influye la circunstancia de estar vinculado fuertemente al crédito de la sociedad al personal de los socios” (p.239).

En cuanto al carácter subsidiario de la sociedad colectiva, se está haciendo referencia a la responsabilidad de los socios de cubrir aquellas deudas y obligaciones en general que la sociedad adquiriera como producto de su actividad económica, esta responsabilidad es ilimitada, lo que determina que los socios responden no, sobre el monto de sus aportaciones como sucede en otras clases de sociedades mercantiles sino por el total de las deudas de la organización, esto además se cumple de manera solidaria, respecto a otros socios.

La responsabilidad ilimitada de los socios, es según algunos autores, la razón por la cual este tipo de sociedad haya caído en el desuso pues lo que buscan los socios al conformar la organización es justamente establecer una limitación que equilibre los riesgos que conlleva toda actividad económica. Para la economía de la época la sociedad anónima significó un instrumento útil para establecer las bases del mercado capitalista (Broseta y Martínez, 2015).

### **1.5.2. Sociedad en comandita simple.**

La sociedad en comandita simple al igual que la colectiva se caracteriza por ser una sociedad de carácter personalista e ilimitada, así mismo está sujeta a una razón social, su origen histórico al igual que la sociedad colectiva se remonta a la edad media, sin embargo, de acuerdo a algunos autores su aparición no es consecuencia de la sociedad colectiva, sino que se dio en razón de las relaciones de comercio establecidas mediante las commendas. Sánchez (1997) señala que “La esencia del contrato medieval residió en el hecho de que una persona entregaba a otra bienes (mercaderías, dinero, etc.) con la finalidad de que comerciara con ellos y después participar de los beneficios” (p.252).

En este sentido es entendible que sea una sociedad de carácter personalista puesto que el comanditario tomaba en cuenta más que el capital aportado para establecer la sociedad a las cualidades personales del socio con quien establecía el negocio jurídico.

Respecto al concepto de sociedad en comandita simple Sánchez y Sánchez (2013) se refiere a este tipo de sociedad:

Como la sociedad de tipo personalista que ejercita una actividad mercantil y se caracteriza por la coexistencia de socios colectivos, que corresponden ilimitadamente de las deudas de las deudas sociales y cuyo nombre ha de servir para formar la razón social, y de los socios comanditarios cuya responsabilidad es limitada (p.367).

Suele confundirse la sociedad comandita simple con la comandita por acciones, esto es completamente equivocado, pues son dos sociedades distintas, pues mientras que la comandita simple es de carácter personalista, la comandita por acciones es una sociedad con características más cercanas a la sociedad anónima.

En tal virtud debemos hacer referencia a aquellas características propias de este tipo de sociedad: Al igual que la sociedad colectiva, la sociedad en comandita se caracteriza por ser de tipo personalista, es decir que toma en cuenta cualidades personales de los socios que la conforman para el ejercicio económico destinado a la consecución del fin social. Sin embargo, dentro de esta sociedad se diferencian los socios colectivos de los comanditarios para quienes sí existe la responsabilidad limitada respecto al monto de sus aportaciones, los comanditarios además no participan en la gestión de la sociedad mercantil (Sánchez y Sánchez, 2013).

### **1.5.3. La sociedad anónima.**

La sociedad anónima es una de las sociedades con más notoriedad desde sus primeras manifestaciones en el siglo XVII, estas sociedades se propagaron rápidamente por Europa gracias a las compañías de Indias, que según la doctrina fueron las primeras en organizarse de este modo, la principal razón fue que las sociedades existentes hasta esa época, la sociedad en comandita y la sociedad colectiva, no prestaban las condiciones necesarias para el ejercicio de actividades económicas de alto riesgo con las que corrían los socios, recordemos que estas sociedades establecían una responsabilidad ilimitada de los socios respecto a la deuda social, de tal modo que surgió la necesidad de crear un tipo de sociedad que no generara tantos riesgos a su patrimonio

Las sociedades anónimas también alcanzaron una relevancia histórica gracias al Estado quien tenía especial interés en las actividades que estas realizaban, así lo manifiesta Sánchez y Sánchez (2013) quien señala que “Eran entidades semipúblicas, constituidas directamente por los soberanos mediante decisiones gubernativas (actroi) que les dotaban de personalidad y les conferían privilegios monopolísticos en la explotación comercial (...)” (p.805).

Después de la revolución francesa estas sociedades se multiplicaron gracias a la libre constitución, dichas sociedades ya no necesitaban del consentimiento o aprobación del poder estatal, sin embargo, si obedecían a un régimen legal establecido.

Para establecer un concepto acertado de sociedad anónima es necesario recurrir a tres características esenciales que la componen. Se podría afirmar que la sociedad es de tipo capitalista, en el sentido de que no importan las cualidades personales de los socios sino sus

aportaciones para conformar el capital social de la organización, a la vez este capital se encuentra dividido en acciones que de acuerdo a la normativa legal establecida determinará el estatus de socio de los participantes, de igual manera esta sociedad establece la responsabilidad limitada de sus miembros frente a la deuda social adquirida como producto de la actividad económica desarrollada, esta característica ha sido esencial para la constitución de este tipo de sociedades, pues supone una barrera eficaz para proteger el patrimonio de los socios respecto a los acreedores.

Existe además en la sociedad anónima la posibilidad de negociar libremente las acciones, lo que facilitaría la inversión, para Uría y Menéndez “La responsabilidad limitada facilita la plena negociabilidad de las acciones, que pueden circular como bienes fungibles desvinculados de la capacidad patrimonial de sus sucesivos titulares (...)” (p.812).

La consolidación de la sociedad anónima se produjo en el siglo XIX durante la revolución industrial, el uso de las máquinas a grande escala traería consigo la necesidad de invertir grandes cantidades de capital, que no podían ser manejadas bajo el imperio de otras sociedades con menos garantías para los inversores, en este sentido la sociedad anónima facilitó la organización y les dio legitimidad a dichas organizaciones.

#### **1.5.4. La sociedad de responsabilidad limitada.**

La sociedad de responsabilidad limitada surge en el siglo XIX respondiendo a la necesidad de regular actividades asociativas a pequeña escala. Las sociedades mercantiles existentes hasta la época no supieron satisfacer las exigencias de grupos pequeños de personas que no querían estar bajo el velo societario de la sociedad colectiva o comandita, porque suponía un gran riesgo para sus intereses económicos, ya que no establecían limitaciones efectivas a los acreedores sobre su patrimonio, en cuanto a la sociedad anónima no resultó viable por ser una organización más compleja y jerarquizada. De tal modo que la sociedad de responsabilidad limitada se fundó para que los grupos pequeños de personas formaran sociedades mercantiles con responsabilidad limitada.

Existen algunos rasgos distintivos que caracterizan a la sociedad mercantil, en este sentido aremos referencia a las principales:

- 1) La sociedad de responsabilidad limitada debe estar debidamente integrada por un capital social mínimo, él mismo que es determinado al momento de su constitución y el monto se establecerá de acuerdo a la legislación en donde esta vaya a realizar sus actividades económicas.

2) El capital de la sociedad estará integrado de igual manera por las aportaciones de cada uno de los socios, estas aportaciones darán derecho a los beneficios que genere la sociedad mercantil, y a diferencia de la sociedad anónima, el capital social no estará dividido en acciones sino en participaciones sociales.

3) La cualidad más importante para la constitución de este tipo de sociedad es que los socios responden únicamente por el monto de sus aportaciones, se establece una protección efectiva al patrimonio personal de los miembros de la sociedad, Sánchez y Sánchez (2013) señala al respecto que:

La responsabilidad exclusiva del patrimonio social por las deudas de la sociedad, pues los socios no responden personalmente de ellas, de forma que la denominación de “responsabilidad limitada” no resulta del todo apropiada, ya que los socios no responden y la sociedad lo hace ilimitadamente, de la misma forma que en la sociedad anónima (p.648).

4) En cuanto a la disponibilidad de las participaciones de los socios, esta sociedad establece ciertas restricciones a la libre negociación de las participaciones de los socios, en este sentido existe cierto carácter personalista pues la sociedad toma en cuenta algunas cualidades de los socios para ejercer el derecho a disponer de sus participaciones.

#### **1.5.5. La sociedad en comandita por acciones.**

La sociedad en comandita por acciones pertenece a las llamadas sociedades de capital, estas sociedades como ya lo hemos visto, se diferencian de las personalistas por no tomar en cuenta aspectos o cualidades propias de los socios, sino que importan únicamente las aportaciones que constituirán el capital social de la sociedad.

Esta sociedad además se caracteriza porque las aportaciones se encuentran divididas en acciones, al igual que la sociedad anónima, sin embargo se diferencia de esta porque los socios se encuentran obligados a responder ilimitadamente por las deudas sociales que como producto de la actividad económica la sociedad adquiera frente a terceros.

**CAPÍTULO II**  
**LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES**

## 2.1. Introducción.

En el presente capítulo buscaremos explicar, a través de distintas fuentes doctrinales, jurídicas y filosóficas el concepto de “personalidad moral” entendida como un atributo fundamental de las sociedades mercantiles. La importancia de la personalidad jurídica subyace en la idea de protección a los bienes de quienes integran una sociedad de capitales, debido a que toda actividad económica implica riesgos y en tal caso sus participantes pueden recurrir a esta protección contra posibles acreedores. En tal caso es necesaria la creación de un patrimonio separado de quienes integran la sociedad.

Puesto que, la creación de un ente distinto al de los socios conlleva una serie de consecuencias jurídicas y aspectos que resultan cuestionados por la naturaleza de estas organizaciones. Así pues, algunos tratadistas ponen en duda la capacidad de las sociedades mercantiles que, a pesar de estar dotadas de personalidad jurídica mantienen un ejercicio pasivo de sus derechos dado que siempre necesitarán de un representante (persona natural) para que ejerza de manera activa aquellos derechos que le son otorgados por pertenecer a la categoría de *persona*. En efecto, el concepto de personalidad moral entraña una compleja relación entre quienes componen el corporativo social, persona física o natural, y la persona jurídica.

En este sentido, es necesario explicar el significado del término persona o personalidad, y cuáles son las consecuencias de que se haya atribuido la capacidad jurídica, derechos y obligaciones a las sociedades mercantiles. La capacidad de querer y obrar, como elemento esencial de la personalidad moral, resulta insuficiente para explicar la naturaleza de este atributo.

Distintos autores han buscado explicar la naturaleza de la personalidad moral, Savigny, por ejemplo, sostenía que esta personalidad se trata de una ficción jurídica, ya que él el Estado crea a través del Derecho estos entes dotados de capacidad y obligaciones, esta idea conlleva un vínculo necesario entre la persona natural, es decir los socios y la persona moral o jurídica. Por otra parte, la teoría de la realidad, expuesta por autores como Kuntze, plantea que dada la naturaleza social del hombre el Estado no crea la persona moral, sino que la reconoce.

Por último, buscaremos establecer los atributos que se desprenden de la personalidad jurídica; la capacidad, razón social, patrimonio, y nacionalidad. Para finalizar, buscaremos determinar cuál es la situación actual del derecho de sociedades ecuatoriano y de cómo la doctrina contractualista ha sido la base de nuestra legislación mercantil.

## 2.2. Concepto de persona.

El concepto de persona ha evolucionado a lo largo de la historia de manera constante y de acuerdo a las circunstancias políticas y sociales de los Estados, etimológicamente el término persona es relacionado con una especie de máscara denominada “personare” o “prosopon” que era usada por actores en la antigua Grecia (Narváez, 2015).

Con la evolución del ordenamiento jurídico el término persona fue asociado al hombre, y adquirió una connotación relevante dentro de las primeras manifestaciones jurídicas, así en Roma el término persona tuvo una connotación eminentemente excluyente pues no todos los miembros de la especie humana eran consideradas personas. En este sentido para tener el status de “persona” se debía cumplir con ciertos requisitos o cualidades que determinaban las leyes romanas, estas eran ser libre, ser ciudadano romano, y estar sujeto a la patria potestad del *pater familias*.

Al respecto del término persona en el contexto romano Fortunat (2015) señala que “El presuntamente neutral –en cuanto radicalmente abstracto– concepto de persona constituye, ciertamente, el pretexto para llevar a cabo/instaurar/establecer ciertas categorizaciones de la sociedad, y con ello pasa a ser un instrumento de dominio” (p.379).

Esta primera aproximación al término persona denota que, independientemente de la exclusión de algunos miembros de la especie humana, su uso es exclusivamente para referirse al hombre y mujer, ya sea que se reconozca o no, como posteriormente lo harían los romanos, su condición de ser humano.

La evolución del término ha sido constante en el último siglo, a pesar de la legitimación de la esclavitud por algunos Estados y su abolición total en el siglo XX, actualmente ha adquirido una connotación importante en el contexto global, gracias a la institucionalización de los Estados y la materialización de los derechos humanos reconocidos gracias a movimientos culturales como la ilustración en el siglo XVII y XVIII, así como las revoluciones y movimientos sociales que han conseguido la inclusión de toda la familia humana al significado de “persona”.

El Derecho ha introducido en las leyes y normas el término de manera progresiva, esto ha permitido que, gracias a la aparición de nuevos fenómenos jurídicos, se de paso a un nuevo concepto de persona distinto del concepto tradicional, en este sentido García (2015) señala “El concepto jurídico de persona ha recibido distintas modalidades dentro del sustrato común: la persona es para unos el sujeto capaz de derechos y obligaciones, para otros el sujeto titular de derechos y deberes (...)” (p.14). El concepto tradicional de persona suponía, según el mismo autor, estar dotada de inteligencia, voluntad libertad y actitud, a partir de estas

cualidades podemos establecer la diferencia entre el concepto de “persona” en el sentido filosófico u ontológico y el concepto jurídico.

Sin embargo, es necesario entender que en la era moderna el lenguaje ha cambiado y ha adquirido nuevos significados, que se enmarcan en un contexto cultural y político de constante evolución, a pesar de las obvias distinciones entre la persona física y la persona jurídica o moral, existen ciertas similitudes y situaciones legales que nos dan una idea de la relevancia del estudio de estos dos conceptos, en este sentido abordaremos esta problemática a partir de las distintas teorías que tratan de justificar la aparición de la personalidad jurídica de las sociedades de comercio.

### **2.3. La persona jurídica o moral.**

El reconocimiento de la personalidad jurídica por parte del derecho positivo obedece al papel cada vez más relevante que tomaron las sociedades comerciales en el desarrollo económico, además de favorecer el intercambio de bienes y servicios entre los habitantes el papel de las sociedades mercantiles ha sido de permanente contribución a las arcas fiscales del Estado, y la creación de empleos, permitiendo, que a partir de esa carga impositiva, sea posible la satisfacción de algunas de las necesidades básicas de la población. Al respecto Dobson (2010) señala que “El Estado se encontraba interesado en el desarrollo del comercio y en la realización de ferias y mercados dentro de sus límites territoriales. Para eso le otorgaba ciertos privilegios a las corporaciones (...)” (p.21).

Este privilegio al que hace referencia Dobson tiene que ver justamente con la necesaria creación de un patrimonio separado del de los socios, es decir el reconocimiento de una personalidad diferenciada, que implica ser sujeto de derechos y obligaciones, de tal modo que la organización social sea responsable de las consecuencias jurídicas de su actividad. En este sentido el otorgamiento de la personalidad jurídica a las sociedades mercantiles favoreció a que se crearan sociedades de todo tipo tomando en cuenta, para tal caso, las personas, y los objetivos que persiguen sus miembros.

Por esta razón, los Estados, en miras a regular estas relaciones asociativas ha adaptado las diferentes instituciones del derecho mercantil para que respondan al ordenamiento interno. En este sentido, se pueden diferenciar dos elementos, el material que tiene que ver con las características propias de esta institución jurídica y por otra parte existe un elemento formal determinado por el ordenamiento interno (Rodríguez, 1971).

En tal caso, la idea de la personalidad jurídica también puede hallar su justificación en fines prácticos si tomamos en cuenta por una parte el patrimonio propio que se crea con la sociedad y los beneficios que podría tener el Estado por las actividades llevadas a cabo estas organizaciones (Nissen, 2006)

En todo caso, cualquier razonamiento conlleva una necesaria vinculación entre el concepto de voluntad y persona, vinculado al derecho subjetivo que recae sobre las personas.

### **2.2.1. Reconocimiento de derechos subjetivos a las sociedades mercantiles.**

El reconocimiento de la personalidad jurídica por parte del Estado a las sociedades de comercio ha generado un gran debate en cuanto a que, de acuerdo a algunos autores el reconocimiento de Derechos subjetivos es algo único de los seres humanos, es decir un derecho propio de la especie humana.

Sin embargo, los derechos subjetivos pueden ser entendidos como la facultad o posibilidad de ejercer un derecho, históricamente esta facultad fue propia de las personas físicas, exceptuándose aquellos casos donde el Estado imponía ciertos requisitos para el ejercicio de determinados derechos. Al respecto Dobson 2010 señala que:

El derecho subjetivo tiene un elemento interno, dado por la voluntad del individuo de querer y de obrar, y otro externo, constituido por la imposibilidad de todo impedimento ajeno y por la posibilidad de reacción contra aquel. Titular de un derecho subjetivo es todo individuo capaz de tener una voluntad propia de actuación amparada o tutelada por el Derecho Objetivo. (p.14)

En este sentido la “voluntad de querer y de obrar” es la característica principal de los derechos subjetivos. La voluntad puede justificar esta personificación de las sociedades mercantiles, en el sentido de que presupone la consecución de una finalidad, es decir el objeto por el cual se crea el ente corporativo. Mantilla (1997) señala que “(...) La voluntad presupone un fin a cuya realización está encaminada (...) se presenta así: la existencia de un fin que realizar implica una voluntad, y ésta, a su vez una persona” (p.193).

Doctrinariamente la capacidad de obrar se ha vinculado a la mayoría de edad de las personas para ejercer determinados derechos y deberes. Las legislaciones por lo general señalan los 18 años como la edad en que las personas naturales somos capaces para ejercer ciertos derechos reservados hasta entonces, por ejemplo, la capacidad de contratar, de contraer obligaciones, la imputabilidad, etc. Un segundo factor que puede ser analizado es la imposibilidad de imponer una acción legal que restaure o conceda el derecho reclamado, es

decir la legitimación entendida como la capacidad de comparecer ante un juez para reclamar un derecho, puede ser activa o pasiva.

El patrimonio de las sociedades de comercio ha sido ampliamente tratado por la doctrina, y es un argumento usado para justificar el otorgamiento de ciertos derechos a las organizaciones. De este modo el debate se ha enmarcado en establecer si existe alguna conexión entre persona y patrimonio, este tema fue tratado en un primer momento por los romanos en cuanto a la herencia yacente, por la cual el patrimonio del causante se encontraba en una situación transitoria respecto a los herederos quienes podían aceptar o rechazar el patrimonio. Blanch (2018) sostiene que:

La herencia yacente constituye, por tanto, un conjunto de elementos patrimoniales que, según una orientación jurisprudencial de época del Principado, venía a representar en sí misma, como universalidad, a la persona del heredero hasta la aceptación por éste de la herencia. (p.9).

En este sentido se colige que el patrimonio de la organización no puede existir sin un titular, pues para la consecución de los fines que se plantea necesita fondos propios, es decir el patrimonio. Mantilla (1997) señala que: “Para la realización del fin social, han de hacerse aportaciones, que constituyen una masa de bienes fácilmente considerados como una unidad, como un patrimonio, si se busca la persona titular del patrimonio, se llega de nuevo a la sociedad” (p.194).

### **2.3. Teorías que justifican la personalidad jurídica.**

#### **2.3.1 Teoría de la ficción.**

La teoría de la ficción legal fue desarrollada en Alemania por Savigny quien sostiene que el otorgamiento de la personalidad jurídica responde únicamente a la voluntad del hombre de crear un ente ficticio con capacidad propia, diferente de los socios que conforman la organización, de este modo la teoría de la ficción legal sostiene que el único ser dotado de voluntad y por ende capaz de crear o inventar un ente de carácter corporativo es el ser humano a través de las leyes que crean un ente ficticio. Dobson (2010) citando a Savigny señala que: “La capacidad jurídica puede ser extendida a sujetos artificiales creados por simple ficción” (p.26).

El ejercicio de la actividad económica llevada a cabo por la sociedad mercantil supone la necesaria existencia de un ente dotado de personalidad jurídica distinta al de los socios, sin embargo, para Savigny la idea de dotar de personalidad jurídica no supone que el ente tenga

una existencia previa a la sociedad, del mismo modo la voluntad y el ejercicio de los derechos económicos están estrechamente ligados a la voluntad de los miembros de la organización social. En este orden de ideas podríamos decir que la teoría de la ficción jurídica sostiene que el único ser capaz de tener capacidad jurídica es el ser humano de tal modo que la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles es un instrumento para alcanzar los fines planteados por el objeto social de la organización. Narváez (2015) señala que: "(...) las personas jurídicas son seres ficticios y artificiales a quienes se les reconoce existencia solamente para fines jurídicos" (p.37).

Se entendería entonces que la responsabilidad de los actos económicos, sociales y jurídicos cometidos por la sociedad están subordinados a los miembros de la sociedad comercial

La discusión sobre la teoría de la ficción se da en el sentido de que el reconocimiento parecería limitarse únicamente a la necesidad de crear un ente que se encargue del patrimonio de la sociedad, pues no puede haber patrimonio sin propietario de tal modo que como lo señala Dobson (2010) "Dichos entes ficticios son incapaces de querer y obrar. Actúan por medio de mandatarios. (...) los actos ilícitos pueden ser cometidos solamente por los individuos que forman parte de ella y la rigen" (p.26).

### **2.3.2. Teoría de la realidad.**

La teoría de la realidad plantea un argumento distinto al de la ficción, sostiene que el hombre, por necesidad debe mantener lasos sociales con los miembros de su especie, en el caso de las sociedades mercantiles, se da por una situación de carácter económico, de este modo el Estado a través de las leyes no crea un ente ficticio, sino que lo reconoce. La existencia de la sociedad por lo tanto es anterior al reconocimiento de la ley. Así lo señala Dobson (2010) citando a Kuntze "El derecho no hace o finge tales corporaciones, sino que las encuentra hechas. El derecho no les presta personalidad simplemente las reconoce" (p.27).

En cuanto a la voluntad, como característica esencial de la personalidad, entendida desde la concepción ontológica y jurídica, para la teoría de la realidad, los miembros organizados en sociedad, son portadores de una voluntad individual, que necesariamente da inicio a la formación de un ente de carácter institucional, el cual se considera como el portador de la voluntad general de los socios.

El Estado reconoce a la sociedad la personalidad jurídica y consecuentemente le da la capacidad de contraer derechos y obligaciones frente a terceros, al respecto Blanch 2018 señala que: "(...) dichas personas jurídicas como otros tantos "organismos naturales" que no

se configuran como meras abstracciones frente a las personas físicas y no necesitan, por tanto, de un reconocimiento especial del Estado salvo meramente declarativo de la existencia del ente” (p.16).

Respecto a la teoría de la realidad, se desprenden dos corrientes, las cuáles las trataremos brevemente. La teoría de la realidad organicista según la cual las sociedades pueden ser entendidas como realidades vivas, las cuáles gracias a la capacidad de los seres humanos adquieren una potestad superior por la cual son capaces de adquirir y contraer obligaciones. Narváez (2015) señala que esta teoría:

(...) ha tratado de comparar las etapas o circunstancias de la vida de una persona física, con lo que le puede suceder a una persona jurídica. Por ejemplo arguye: La persona nace, la persona jurídica se constituye; la persona muere, la persona jurídica se disuelve, la persona física se casa, la persona jurídica se fusiona; la persona física tiene descendencia, la persona jurídica se escinde, entre otras (p.25).

De este modo podríamos afirmar que existen, además de los ejemplos mencionados, otras situaciones en las que se evidencia que el campo de acción de ejercicio de los derechos de las personas físicas como el de las jurídicas no es muy distinta. La misma denominación de “persona jurídica” parecería ser errónea, puesto que la persona física como la sociedad mercantil dotada de personalidad, son consideradas personas jurídicas ante el Estado.

Algunos autores como Hans Kelsen sostienen que la denominación o concepto de persona es una categoría jurídica y por tal razón no debe ser un término excluyente o que establezca alguna diferencia en cuanto a las personas físicas y jurídicas. Narváez (2015) citando a Kelsen señala que “Si la llamada física es persona jurídica, no puede haber ninguna diferencia esencial entre ella y la que por regla general se considera exclusivamente como jurídica” (p. 39).

Por otra parte, existe otra corriente, la teoría de la institución, que tiene que ver más con aspectos sociológicos del ser humano. En este sentido se hace referencia a la necesidad del ser humano de vivir en sociedad, de tal modo que la organización es una consecuencia realista de la unión entre seres humanos. Al respecto García (2015) citando a Caputo señala que: “La teoría de la realidad ve en la persona jurídica una cualidad emanada del sustrato personal y real que surge de la naturaleza misma del hombre” (p.26).

#### **2.4. Atributos de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.**

Como lo hemos visto a través de las diferentes doctrinas que justifican el otorgamiento de la personalidad jurídica a las sociedades mercantiles, esta situación tiene una consecuencia inmediata en cuanto al ejercicio y goce de los derechos de la organización, pues se crea un ente con capacidad propia, el cual posee además capacidad de obrar de acuerdo al ordenamiento legal que el Estado les impone.

Al respecto Narváez (2015) señala que:

La personalidad distinta a los socios individualmente considerados implica los atributos que la individualizan en sus relaciones jurídico-económicas y la sociedad adquiere en el instante en que nace y no después, a saber: nombre, capacidad jurídica, domicilio, patrimonio y nacionalidad.

Aunque el citado autor hace referencia a la teoría de la ficción al afirmar que los atributos de la sociedad son adquiridos al momento del otorgamiento de la capacidad jurídica, establece las características generales de las sociedades de comercio dotadas de personalidad.

Para César Vivante (1932):

(...) las Sociedades Mercantiles tienen una existencia jurídica autónoma; están provistas de un organismo administrativo dirigido por la voluntad social; tienen responsabilidad jurídica y económica propia; poseen un domicilio, que es el centro de sus negocios, un nombre que pueden defender de toda usurpación y un patrimonio que se halla destinado a una finalidad propia. Ellas figuran como comerciantes, como contribuyentes, hasta como electores en aquel campo de las Cámaras de Comercio en que se desenvuelvan sus intereses y figuran como demandantes y demandados en juicio para sostener sus propios derechos (p.21–22).

En este sentido estos atributos son considerados como una consecuencia legal del otorgamiento de la personalidad jurídica que el Estado concede a las sociedades de comercio, cada una de estas características conformarán parte de la esfera jurídica, del ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes de la sociedad mercantil.

#### **2.4.1. Capacidad.**

La capacidad jurídica de las sociedades mercantiles es una consecuencia lógica y necesaria del reconocimiento de la personalidad jurídica de las que gozan estas organizaciones comerciales. La capacidad legal, históricamente vinculada al ejercicio de los derechos y deberes del ser humano se ha transformado a lo largo de la historia jurídica, obedeciendo a las necesidades económicas del ser humano y de las sociedades que ha conformado.

En este sentido la capacidad jurídica ha favorecido que las sociedades mercantiles puedan desenvolverse en un marco legal necesario para el ejercicio y goce de los derechos de las sociedades mercantiles como de las personas naturales. En cuanto a ejercicio y goce de los derechos, la doctrina ha hecho una distinción en cuanto a esta característica, al respecto Narváez (2015) señala que:

La capacidad jurídica tiene dos dimensiones: la de goce y la de ejercicio o de obrar: la primera es un atributo de toda persona, en cuya virtud puede ser titular de derechos y sujeto de situaciones jurídicas, estados y obligaciones (...) La de ejercicio en cambio, es la aptitud de la persona para ejercer o hacer valer sus derechos por sí misma y sin la autorización o asistencia de otra (p.49).

En tal caso, el goce de los derechos derivados del reconocimiento de la personalidad jurídica se ejerce, en igualdad de condiciones tanto por las personas naturales como por las jurídicas, en cuanto a que las dos pueden adquirir cualquier tipo de bienes, salvo las limitaciones impuestas por la legislación determinadas en razón del objeto social, de igual manera son hábiles para celebrar contratos e incluso para recibir, donaciones, legados o herencias.

Al respecto de la capacidad de goce Dávalos (2010) señala que "(...) es la aptitud de una persona para ser titular de derechos y deberes. En las personas morales, la capacidad de goce nace en el momento que surge un ente con la aptitud de ser titular de derechos y deberes" (p.129).

Se podría decir que la capacidad de goce de los derechos en las personas morales se da en una situación activa, es decir que las sociedades mercantiles dotadas de personalidad jurídica, tienen al igual que las personas físicas derecho a que el Estado garantice y proteja el goce de los derechos de acuerdo al marco legal establecido.

La otra característica de la capacidad jurídica tiene que ver con el ejercicio de los derechos que como bien lo señala Narváez es una aptitud personal, es decir del sujeto a quien se le ha afectado un bien jurídico determinado y en tal virtud acudir ante los organismos e instituciones Estatales a reclamar para que se reestablezcan los derechos afectados. Esta situación es la explica de mejor manera Mantilla (1977) quien señala que:

(...) para el ejercicio de los derechos y para el cumplimiento de las obligaciones han de realizarse actos jurídicos, para los cuales son necesarias cualidades síquicas, conocer y querer, que no puede tener una persona creada por la ley; de aquí que la sociedad haya de tener órganos, es decir, seres humanos dotados de psique, que pongan al servicio de la sociedad su capacidad cognoscitiva y volitiva (p.195).

De este modo, podríamos afirmar que las personas morales se encuentran con una limitación respecto al ejercicio activo de los derechos y a diferencia del “goce” el ejercicio se da desde una situación pasiva, pues la sociedad necesariamente debe ejercer a través de sus representantes legales, Dávalos (2010) señala que “Las personas morales no pueden ejercer sus derechos por sí mismas pues son una ficción jurídica; por esta razón es necesario que al momento de construir una sociedad se designe un representante legal (...)” (p.129).

Sin embargo, el goce y ejercicio de los derechos de las sociedades mercantiles deben estar necesariamente vinculados al cumplimiento y consecución del fin social que persigue la organización, en este sentido, podríamos afirmar que la capacidad jurídica de las personas morales es más limitada que la de las personas físicas en cuanto a aquellas limitaciones que la legislación les impone respecto de las actividades económicas que estas realizan.

La doctrina ha denominado a esta situación como la teoría de la especialidad, que tiene que ver con aquel vínculo necesario entre los actos jurídicos realizados por la sociedad de comercio y el objeto social que esta persigue, respecto a la especialidad Narváez (2015) señala que: “(...) tiende a evitar la imprecisión del objeto social. Este determina el ámbito de la capacidad de la persona jurídica (...) la capacidad de la compañía queda circunscrita a las actividades enunciadas de modo explícito y completo” y más adelante señala “un acto desborda la capacidad jurídica de la sociedad cuando no aparece mencionado entre los que conforman el objeto social” (p.50). Es decir que aquellos actos realizados fuera de la esfera jurídica y marco legal aplicable para la sociedad puede acarrear nulidad pues el Estado puede establecer limitaciones correspondientes.

#### **2.4.2. Razón social o denominación objetiva.**

Las personas jurídicas al igual que las físicas tienen derecho a un nombre o designación, con el propósito de individualizarse respecto a las demás, esta individualización tiene varias razones, la primera es identificar a la sociedad como un empresario social, lo que equivale a sociedad mercantil o comercial y la segunda es que lógicamente es que el Estado tiene interés en que los actos jurídicos consecuentes de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales les sean imputables de manera objetiva, así además será reconocida por terceros y la comunidad en general.

Al respecto Narváez (2015) señala que:

La designación de la sociedad se equipara al nombre de pila y apellido de la persona natural. Así, el nombre comercial que adopta una compañía para individualizarse y

diferenciarse de las demás por medio del cual es conocida por el público y actúa frente a terceros, se llama razón social, cuando se forma con los prenombrados y apellidos o con los apellidos de todos o algunos o varios socios; y es denominación social cuando se toma de los negocios o actividades que constituyen el objeto de la sociedad (p.47).

De lo señalado por Narváez se podría decir que tanto la razón social o denominación objetiva de las personas jurídicas como el nombre de las personas físicas adquieren la misma relevancia frente a la legislación, esto favorece al ejercicio de los deberes y derechos de las personas, entendiendo el término personas en el sentido general de la palabra. Al respecto Quintana 2004 señala que “La función del domicilio en la vida jurídica de una persona física o moral es tomada en consideración, tanto para la determinación de los tribunales competentes y la regularidad de los actos procesales como para el cumplimiento de determinado número de actos u operaciones comerciales” (p.296).

#### **2.4.3. Patrimonio de la sociedad.**

El patrimonio de la sociedad ha sido objeto de debate y una de las razones que han llevado a justificar el otorgamiento de la personalidad jurídica a las sociedades mercantiles en cuanto a que al momento en que las personas conforman una sociedad, el patrimonio aportado no puede quedar sin dueño, de ahí la necesidad de crear un ente con capacidad propia diferente a los socios. Para Mantilla (1977) “El patrimonio social es un conjunto de bienes y derechos de la sociedad, con deducción de sus obligaciones; se forma, inicialmente, con el conjunto de aportaciones de los socios” (p.198).

Como lo hemos visto en páginas anteriores, la constitución de la sociedad se da en virtud de un contrato elevado a escritura pública, de tal modo que al momento de su celebración los socios son quienes a través de sus aportaciones constituyen el capital social de la organización, para Narváez (2015) “Ese acervo es garantía o prenda común de los acreedores y terceros que negocian con la sociedad, y de él forman parte todos los acrecimientos patrimoniales” (p.53).

El patrimonio de las sociedades no se mantiene estático, varía de acuerdo a los actos y negocios jurídicos que las sociedades mercantiles realizan de acuerdo al desarrollo del objeto social, evidentemente las sociedades persiguen un fin económico, y en la búsqueda de ganancias esta también se expone al riesgo de pérdidas, producto de la actividad económica, Dávalos (2010) señala que “con el transcurso del tiempo, la sociedad realiza actividades que le generan ganancias o pérdidas, unas y otras van modificando el patrimonio, de tal manera que el capital social pasa a formar solo una parte del patrimonio de la sociedad” (p.129).

Respecto al capital y patrimonio cabe hacer una distinción ya que estos dos términos son comúnmente confundidos, en este sentido nos referiremos al capital social como al aporte necesario que deben hacer los socios al momento de la constitución de la sociedad mercantil, estas aportaciones en su conjunto están destinadas a conformar el patrimonio social inicial para que la sociedad pueda constituirse, y a diferencia del patrimonio el capital social no puede estar sujeto a variaciones, salvo en caso de aumento o disminución de socios por ejemplo. Para Mantilla (1977) “El capital social es un número que tiene un significado jurídico y contable, pero que no tiene un correlato económico: pueden haberse perdido casi todos los bienes de la sociedad, y, sin embargo, el capital social permanece invariable (...)” (p.198). Mientras que para Narváez (2015) “El capital social es la cifra representativa del total de las aportaciones efectuadas o prometidas por los asociados; y el patrimonio social es el conjunto de valores de que es titular la sociedad” (p.53).

#### **2.4.4. Nacionalidad.**

Históricamente la nacionalidad ha sido un atributo del ser humano, algunos autores la definen como el vínculo entre la persona y el Estado, además de ser un derecho irrenunciable del ser humano, la nacionalidad presupone la sujeción a las leyes de un determinado Estado, es decir a los deberes y derechos, en tal virtud la nacionalidad otorgaría a las personas derechos políticos y sociales.

En este sentido, es necesario entender las implicaciones de este atributo otorgado a las sociedades mercantiles que, evidentemente, no tiene la misma connotación que una persona física. Respecto a la nacionalidad Narváez (2015) señala que para la persona moral la nacionalidad “(...) determina el régimen de su constitución y funcionamiento, así como el goce y ejercicio de sus derechos de orden privado” (p.53).

Mientras que para una persona natural la nacionalidad genera un cúmulo de derechos y deberes, además del sentido de pertenencia ha determinado Estado para las personas morales su importancia radica en cuanto a las normas a las que se tiene que sujetar para el ejercicio de su actividad económica. Narváez (2015) citando a Jiménez (1949) establece que el reconocimiento de la nacionalidad a las sociedades mercantiles es:

- a) Conveniente para regular su constitución, funcionamiento y extinción, pues ninguna asegura, al imponerles una dirección única, el fin material que ellas persiguen;
- b) Necesaria para otorgar la protección extraterritorial a unos intereses que, de otro modo, no podrían defenderse;

c) Indispensable en el desarrollo positivo actual, pues solo ella podría indicarnos los derechos y deberes que este ente mercantil tiene en unas legislaciones que establecen una distinta condición entre nacionales y extranjeros, prohibiendo a estos el ejercicio de ciertas industrias o actividades comerciales y sometiendo a un trato distinto en materia tributaria, por ejemplo, que solo a ellos se refieren (p.54).

Respecto a la distinción entre nacionales y extranjeros, esta situación se ha dado en razón del proteccionismo que ciertos Estados han adoptado para proteger la industria nacional, pues ante el gran número de empresas extranjeras que ofertan todo tipo de productos con precios más bajos que los que manufacturan las empresas locales se dan situaciones adversas para la economía local, en este sentido la nacionalidad de las sociedades mercantiles es necesaria para establecer cuál es el marco legal al que se encuentran sujetas dichas organizaciones como también a la protección de los intereses económicos de las sociedades que se encuentran en un Estado determinado.

## **2.5. Tradición jurídica respecto a la persona moral en Ecuador.**

El Ecuador nace como república en el año 1830 luego de casi tres siglos de dominación española, en este tiempo existió además del mestizaje y la adopción de diversas manifestaciones culturales, una gran influencia en cuanto a legislación mercantil, no solo en el caso ecuatoriano, sino en la mayoría de países de América Latina, se podría decir que, el descubrimiento de América fue una de las razones que motivaría a la evolución de las sociedades mercantiles, pues fue en razón de la exploración española y al flujo de mercaderías lo que impulsaría la creación de sociedades de tipo capitalistas como la sociedad anónima que mostraría sus primeras manifestaciones a través de las compañías de Indias por ejemplo.

En el siglo XIX gracias a los aportes de la ilustración las legislaciones estatales adoptarían un gran papel en el marco de las relaciones internacionales y de los actos mercantiles desarrollados por los comerciantes.

Es precisamente en Francia donde se desarrollaría este movimiento social y donde surge el código de comercio de 1807 promovido por Napoleón Bonaparte, este es uno de los muchos aportes sobre codificaciones que él promovió. Respecto a este código Broseta y Martínez (2015) señalan que: "(...) el código frente a las recopilaciones anteriores, aparecerá como un cuerpo trabado de normas, como un sistema, con pretensiones de atemporalidad y perpetuidad" (p.47).

La importancia del código de comercio francés radica en que marca una ruptura en cuanto a la calificación de los actos mercantiles, de este modo se plantea la necesidad de reconocer dichos actos tomando en cuenta ya no solamente aspectos personales y de carácter profesional respecto a quienes llevaban a cabo las actividades comerciales, sino que se establece una objetivación de los actos considerados mercantiles, independientemente de que si la persona quien los realizara contara o no con la calidad de comerciante.

Respecto a la determinación de los actos objetivos de comercio establecidos en el código francés, Broseta y Martínez (2015) señalan que: "(...) de un Derecho que se aplica y se determina subjetivamente se ha pasado a otro donde la delimitación y aplicación se realiza objetivamente" (p.48).

Este código tuvo una repercusión notable en toda Europa y por ende influenció a los países que para ese entonces tenían establecidas colonias en toda América Latina. En este sentido podríamos afirmar que Ecuador heredó la tradición mercantil establecida por España, quien tomó las bases del Código de Napoleón sobre el cual edificaría su normativa comercial y las de sus colonias.

Por tal razón podríamos afirmar que hemos heredado una legislación mercantil basada en los códigos impulsados por Napoleón Bonaparte cuya normativa a su vez deriva del Derecho romano, esta situación se da no solo en cuanto al Derecho mercantil sino también en el código civil.

### **2.5.1. La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles de acuerdo a la legislación ecuatoriana.**

Existe una gran influencia romana y del código francés en nuestra legislación, y en general en la mayoría de codificaciones latinoamericanas, resulta necesario hacer alusión a lo establecido en el artículo 1957 del código civil donde se establece que: "Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados."

De lo establecido en el código civil ecuatoriano podemos advertir que se ha establecido que la sociedad es un contrato. Como lo hemos visto a breves rasgos en el capítulo primero respecto a la evolución de las sociedades comerciales, existen dos vertientes que tratan de justificar el nacimiento de las sociedades mercantiles, estas son las teorías contractualista e institucionalista.

Ya que estas dos teorías serán abordadas a profundidad en el siguiente capítulo solo haremos una breve mención a esta problemática. La teoría contractualista sitúa a las sociedades de comercio como producto de la celebración de un contrato entre dos o más personas, si tendríamos que establecer cuál es la característica esencial que recubre esta teoría podríamos hacer mención a que la sociedad responde únicamente al interés de quienes la conforman, es decir los accionistas o quienes hayan aportado con bienes o capitales para la constitución de la misma. En cuanto que para la teoría institucionalista la sociedad no puede ser concebida solamente como un contrato, sino como una institución en la que convergen unos intereses legítimos, esta idea conlleva a que la sociedad mercantil dotada de personalidad jurídica debe responder no solamente a los socios sino también al Estado, la comunidad, trabajadores, consumidores, naturaleza, proveedores, o lo que entendemos como stakeholders o grupos de interés.

Otra característica importante que resulta del concepto estipulado del código civil sobre la sociedad es que se establece que las personas que intervienen en dicho contrato deben aportar algo para tener la calidad de socios, este aporte como lo señala la doctrina y como lo ha recogido nuestra legislación puede ser en bienes o en activos, de este modo se configura la sociedad con los aportes de los socios, quienes tendrán que repartirse además de las ganancias, las pérdidas que generase la sociedad como producto de su actividad económica.

El Derecho de sociedades ecuatoriano establece que, con la constitución de la sociedad se crea una persona jurídica distinta a los socios personalmente considerados. Como ya lo hemos visto a través de las distintas teorías que buscan justificar el otorgamiento de la personalidad, la idea que recubre esta cualidad de las sociedades se funda en la necesidad de establecer limitaciones a los acreedores respecto a los socios quienes realizan operaciones económicas que conllevan riesgos, de este modo se ha otorgado la capacidad de obrar y de ejercer derechos a las sociedades a través de la personalidad jurídica.

El mismo código civil establece en el artículo 564 que: “se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.

De acuerdo a la ley de compañías en Ecuador hay cinco especies de sociedades mercantiles, así lo determina el artículo 2 donde establece lo siguiente:

Art. 2.- Hay cinco especies de compañías de comercio, a saber:

La compañía en nombre colectivo;

La compañía en comandita simple y dividida por acciones;

La compañía de responsabilidad limitada;

La compañía anónima; y,  
La compañía de economía mixta.

Estas cinco especies de compañías constituyen personas jurídicas.

La Ley reconoce, además, la compañía accidental o cuentas en participación.

Estas compañías ya fueron estudiadas en el capítulo uno de la presente investigación, donde se ha establecido sus características esenciales, de este modo hemos podido constatar que se trata de sociedades que la doctrina a denominado de tipo personalistas, como es el caso de la compañía colectiva, y la sociedad en comandita simple, esta denominación se da en virtud de que los socios son personalmente considerados para la constitución de la sociedad, es decir que se toma en cuenta cualidades individuales más que las aportaciones mismas, es importante precisar que estas sociedades tienen responsabilidad ilimitada frente a terceros. Mientras que las llamadas sociedades capitalistas a diferencia de las personalistas no toman en cuenta las cualidades personales de los socios, sino sus aportaciones, de este modo la sociedad anónima y la comandita por acciones establecen la responsabilidad limitada de los socios frente a terceros por las deudas sociales, en este sentido podríamos afirmar que la ley de compañías, así como el código civil guardan estrecha relación con las distintas formas asociativas que se han ido manifestando a lo largo de la evolución del derecho mercantil.

**CAPÍTULO III**  
**TEORÍA CONTRACTUALISTA E INSTITUCIONALISTA**

### **3.1. Introducción.**

Para el propósito de la presente investigación en este capítulo abordaremos las dos teorías que han intentado establecer las razones que han permitido el surgimiento de las sociedades mercantiles.

Por una parte, haremos un estudio de la teoría contractualista de la sociedad, por la cual ésta surge a través de la celebración de un contrato, esta teoría tuvo sus primeras manifestaciones en el Derecho romano en donde se plantearon los primeros rasgos de las sociedades de comercio actuales, sin embargo, el Derecho romano no gozaba de un derecho mercantil propiamente dicho, las sociedades mercantiles se desarrollaron a partir de un tipo de contrato meramente civil. De este modo a pesar de los posteriores avances en cuanto a la concepción de la sociedad, y el derecho especializado, propio de las relaciones de comercio desarrollados por los grupos que la conformaban, se ha mantenido que la forma de establecer sociedades se limite a la celebración de un contrato.

Por estas circunstancias surgieron diversas teorías contrarias a la contractualista la razón principal se da en el sentido de que una sociedad mercantil, dotada de personalidad jurídica no puede ser concebida como un contrato, pues esto permitiría que la sociedad se limite únicamente a buscar el beneficio de sus miembros.

Por su parte la teoría institucionalista busca establecer que la sociedad es una institución, en la que convergen distintos intereses, ya no solo el de sus asociados, esta teoría ha establecido distintos grupos a los que la sociedad debe responder.

De este modo buscaremos determinar mediante cuál de estas dos teorías es más factible establecer la responsabilidad moral de la persona jurídica.

### **3.2. Teoría contractualista.**

La teoría contractualista se ha desarrollado en base al derecho romano, cuyo régimen surgió a partir de la celebración de un tipo de contrato de tipo civil, la razón está en que el derecho romano establecía cierta flexibilidad para la celebración de este tipo de contrato, como lo señalan Broseta y Pont la flexibilidad del derecho romano imposibilitó el surgimiento de un derecho especial que regulara las relaciones de comercio. Cabe aclarar que con la constitución de la sociedad no surgía una persona jurídica cuya responsabilidad sea distinta a la de los socios, sino que el ámbito de la sociedad se limitaba a regular las relaciones internas entre los asociados. Ya que el derecho romano goza de un reconocimiento mundial pues ha sido la base para la construcción de las legislaciones Estatales, el Derecho mercantil

no es la excepción, en cuanto al derecho de sociedades podríamos afirmar que tiene una enorme influencia.

En cuanto al surgimiento de las sociedades mercantiles concebidas como un contrato, Estecche (2016) señala que “En la época romana, la función del contrato era engendrar una sociedad; no puede haber sociedad sin contrato. El contrato es el único procedimiento jurídico para engendrar una sociedad” (p.24).

El enfoque contractual de la sociedad se ha mantenido a pesar de su posterior evolución en la edad media y moderna donde se desarrolló extensa doctrina respecto al derecho mercantil y los tipos de sociedades.

Para precisar sobre el contrato de sociedad y su incidencia en el acto constitutivo es necesario hacer una distinción entre: Hecho, acto y negocio jurídico con la finalidad de precisar sobre tales conceptos que inciden en lo que entendemos por un contrato.

### **3.2.1. Hecho jurídico.**

La doctrina señala como hecho jurídico a aquellas acciones humanas que tienen consecuencias legales, de tal modo que en un determinado contexto puedan ser establecidas en un cuerpo legal o norma. Al respecto Quintana (2004) señala que se designa como un hecho jurídico a:

Un acontecimiento natural o del hombre previsto en la norma jurídica como supuesto para producir una o varias consecuencias de creación, transmisión, modificación o extinción de derechos obligaciones o sanciones (p.198).

Sin embargo, es necesario establecer que no todos los hechos resultantes de las actividades humanas pueden ser considerados hechos jurídicos, sino que serán considerados únicamente aquellos que tengan relevancia para la legislación. Existe también la posibilidad de que se generen hechos jurídicos por razones ajenas a la voluntad del hombre, en determinados casos los fenómenos naturales también pueden facilitar esta situación.

### **3.2.2. Acto jurídico.**

Como señalamos en el primer punto, un hecho puede considerarse una acción humana o natural que deriva en efectos jurídicos que han sido previamente considerados en la legislación, mientras que el acto jurídico es más complejo pues conlleva necesariamente la voluntad de quienes buscan producir consecuencias jurídicas, al respecto Quintana (2004)

señala que el acto es “Una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de Derecho o en una institución jurídica, en contra o en favor de una o varias personas (...)” (p.185).

Para que un acto jurídico pueda ser considerado como tal debe contar con ciertos requisitos esenciales para su existencia, estos son: La voluntad, entendida como la manifestación expresa o tácita de quienes busquen establecer dichos actos, El objeto, para que un acto jurídico sea legítimo y poder ser materia de un contrato debe existir causa y objeto lícito, es decir debe ser compatible con la legislación y por último deben existir las solemnidades que la ley determina (Quintana, 2004).

### **3.2.3. Negocio jurídico.**

El negocio jurídico por su parte puede ser considerado como una manifestación de voluntad privada, esto en razón de que el acto jurídico por sí solo no constituye un negocio jurídico, puesto que en determinados casos este acto no establece ni modifica ningún derecho.

En este sentido resulta necesario establecer que la declaración de voluntad es el elemento esencial del negocio jurídico, ya que son los ciudadanos quienes están dotados de un Derecho fundamental como es la libertad, por tal motivo debe existir la voluntad de quienes quieran establecer el llamado negocio jurídico. Quintana (2004) establece que el negocio jurídico es una “Declaración de voluntad de una persona mediante la cual el que la hace propone establecer, cambiar, o extinguir un derecho o una relación jurídica” (p.198).

### **3.2.4. La naturaleza jurídica del acto constitutivo.**

Para efectos del presente apartado centraremos estudio del acto constitutivo a partir de la teoría contractual de las sociedades mercantiles según la cual la sociedad es un contrato por el cual se establece una relación jurídica en la que converge la voluntad de distintos socios con el propósito de aportar con bienes o trabajo con el fin de participar de las posibles ganancias y repartir por igual las pérdidas de dicha actividad.

La teoría contractual ha tenido tal trascendencia que ha sido aplicada en la mayoría de legislaciones mercantiles, incluido nuestro país, así se ha llegado a establecer que la sociedad es un contrato.

En este sentido es necesario discernir que conlleva establecer que el acto constitutivo de la sociedad se da a partir del contrato, para Dobson (2010):

El contrato de sociedad conlleva la existencia de un fin común (la obtención de beneficios), fin que se halla estrechamente vinculado al concepto de interés societario, excluyendo de esta manera la configuración de un interés superior y diverso de los socios (p.50).

Dobson señala la existencia de un fin común determinado por el contrato de sociedad, el cual sugiere la necesidad de cumplir un fin económico, cuya base es la maximización de las ganancias que resulte en el beneficio de sus miembros, el ideal de la sociedad es el lucro social de la empresa. El contrato de sociedad conlleva necesariamente una finalidad, en tal virtud la organización debe procurar la obtención de ganancias que serán repartidas entre los participantes de dicho contrato.

Al respecto Sabogal (2011) señala que “Ese interés común de los socios nace de la comunidad de intereses de los asociados, pudiendo calificarse como "social" cuando se una a la causa común del “contrato social”, el cual, por regla general, es alcanzar un fin lucrativo (...)” (p.3).

### **3.2.5. El contrato plurilateral de sociedad.**

Se podría hablar de una teoría contractual propiamente dicha a partir del surgimiento del código civil italiano de 1942 donde se afianza la idea del “interés social” a partir de las ideas de Ascarelli para quien la sociedad mercantil estaba incluida en la categoría de los llamados contratos plurilaterales (Estecche, 2016).

Dobson (2010) señala al respecto que “La teoría contractualista tiene una vinculación directa con la posición doctrinal que pregona la naturaleza jurídica de la sociedad comercial como un contrato plurilateral de organización” (p.50).

El contrato plurilateral pregonado por Ascarelli permite explicar la existencia de más de dos partes en la celebración del mismo. La doctrina ha tratado de demostrar que la sociedad no puede ser concebida como un contrato sino como una institución. El contrato plurilateral puede ser entendido como una sub categoría contractual que permite la existencia de dos o más partes, las cuáles pueden formar parte del mismo desde su celebración o posteriormente.

Respecto a la concurrencia de dos o más partes interesadas Messineo (1952) señala que:

(...) el carácter *efectivo* del llamado contrato plurilateral (...) es el hecho de que, mediante el mismo, las partes *persiguen un fin común*. Pero, sí el llamado contrato plurilateral se manifiesta como un *acto colectivo*, el cual es, sí, de tipo *negocial* pero no es figura contractual (p.77).

De este modo los intereses de los socios no se contraponen, sino que coexisten, esto permite que, habiendo varias partes involucradas, puedan otras adherirse al contrato de sociedad, a pesar de no haber participado en el momento de su celebración. Los intereses de los socios suponen una serie de vínculos jurídicos cuya vigencia se establece de forma permanente, el cumplimiento del fin del contrato es decir el fin común no supone la culminación de la relación jurídica de los socios (Rodríguez, 1971).

Rodríguez (1971) citando a Ascarelli (s.f) establece que los contratos de sociedad suponen una separación necesaria entre los contratos de cambio, en este sentido establece tres características necesarias para diferenciarlos:

1. Es un contrato plurilateral, en el sentido de que, siendo o pudiendo ser más de dos las partes contratantes, cada una de ellas no tiene contraparte, sino una serie de contrapartes.
2. En el contrato de organización, las prestaciones son atípicas. En el contrato de cambio tienen un contenido determinado.
3. En el contrato de cambio, cada parte está obligada a realizar su prestación, pero no tiene derecho a ello, mientras que en los contratos de organización las partes tienen derecho a realizar la propia prestación, puesto que ésta es el requisito indispensable para la realización del fin común (p.19).

De lo señalado por Ascarelli se establecen que en la sociedad se determinan una serie de prestaciones entre los socios y no solamente una prestación de carácter bilateral. Ya que, de acuerdo a esta doctrina, los socios buscan conseguir un fin determinado por el acto constitutivo deben contribuir ya sea con dinero, bienes o trabajo, consecuentemente pueden participar de las ganancias de los bienes que generen las sociedades.

Contrato de cambio	Contrato de organización
1º La realización de las prestaciones concluye el contrato.	1º La realización de las prestaciones crea la sociedad
2º Las prestaciones se intercambian.	2º Las prestaciones constituyen un fondo común.
3º Los intereses de los contratantes son opuestos y su satisfacción contradictoria.	3º Los intereses de los contratantes son opuestos pero su satisfacción es ordinaria.
4º Solo puede haber dos partes.	4º Puede haber varias partes, cada una opuesta cada una de las demás.
5º Son contratos cerrados.	5º Son contratos abiertos.
6º La relación sinalagmática se establece de parte en parte.	

	6º La relación sinalagmática se establece entre cada parte y el nuevo sujeto jurídico.
--	--

Extraído de: Tratado de sociedades mercantiles; Joaquín Rodríguez (1971) p.23

### **3.2.6. Elementos del contrato de sociedad.**

Los elementos del contrato de sociedad se establecen de acuerdo a cuatro factores principales estos son el consentimiento, objeto, causa y forma, a continuación, buscaremos determinar las características principales de cada uno de estos.

#### **3.2.6.1. Consentimiento.**

El consentimiento puede ser entendido como la expresión de la voluntad de querer pertenecer a la sociedad, de unir sus bienes y capitales e incluso su trabajo con el fin de establecer alguna actividad de comercio que genere ganancias para sus miembros.

En el contrato de sociedad existen ciertos requisitos de forma que varían de acuerdo a la legislación donde se lleve a cabo, por ejemplo, la exigencia de elevarlo a escritura pública o su inscripción en el registro mercantil. Sin embargo, estos requisitos, comparables de algún modo a algunos contratos bilaterales no acarrear las mismas consecuencias por su celebración. El perfeccionamiento del contrato de sociedad conlleva a que aún después de haberse celebrado puedan vincularse a la sociedad (Broseta y Martínez, 2015).

Doctrinariamente el consentimiento ha sido relacionado con la capacidad de contratar, en este punto el contrato de sociedad no se distingue mucho con los contratos de cambio, en ciertos casos puede darse la posibilidad de que puedan participar menores a través de representantes o procuradores (Rodríguez, 1971).

La capacidad según algunos autores, deriva de dos supuestos, estos son la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como de ejercer tales derechos. En este sentido es importante determinar cuál es la naturaleza del contrato social, la forma en que los miembros de la sociedad pueden acceder a ser parte de la organización y las consecuencias jurídicas de ser partícipes de dicho acto constitutivo (García, 1999).

### **3.2.6.2. *El objeto del contrato de sociedad y objeto de las obligaciones de los socios.***

En el objeto del contrato de sociedad derivan dos situaciones jurídicas que usualmente suelen confundirse, por una parte, derivada de la celebración del contrato se establece la obligación de los socios de aportar con lo acordado para constituir la sociedad de comercio, y por otra parte las obligaciones que se generan entre los socios respecto del contrato social.

Por otra parte algunos autores han relacionado el objeto del contrato social con los actos de comercio que la sociedad pretende ejercer, en este sentido Rodríguez (1971) citando a Vivante señala que “El objeto de la sociedad según el lenguaje del código, está constituido por las operaciones mercantiles que se propone realizar” (p.32).

Sin embargo, el mismo autor señala la necesidad de hacer una distinción entre el objeto del contrato de sociedad y el objeto de las obligaciones de los socios, que lo determina en los siguientes términos “(...) el objeto del contrato de sociedad son las obligaciones que están a cargo los socios; a su vez el objeto de las obligaciones consiste en las aportaciones que los mismos han de realizar”. (p.32).

### **3.2.6.3. *Motivo o causa del contrato de sociedad.***

La causa del contrato de sociedad puede definirse como el fin común que se han planteado los socios para la constitución de la sociedad de comercio. Podríamos afirmar entonces que la causa originadora del contrato de sociedad es obtener ganancias como producto de las actividades económicas que estas realicen. Para Broseta y Martínez (2015) la causa puede entenderse como:

(...) la finalidad económico-social que las partes persiguen al estipularlo, la del contrato de sociedad será, a la luz del concepto amplio de sociedad (...) e fin común que se proponen los socios con la constitución de la sociedad, que no tiene por qué ser siempre y en todo caso, lucrativo. (p.309)

Alrededor de las causas que originan el contrato social han surgido diversas teorías, algunas de estas niegan la posibilidad de la existencia de una causa como concepto jurídico propiamente dicho, así como la imposibilidad de aplicarla al contrato de sociedad. Se distinguen tres principales teorías:

1. Teoría anticausalista. - Siguiendo las ideas de Planiol esta teoría plantea la imposibilidad de la existencia de una causa, sustentada en que, en los contratos bilaterales, por ejemplo,

existen obligaciones que nacen del mismo contrato, de tal modo que la causa de una obligación no puede ser el motivo de la otra.

2. Teoría psicológica de la causa.- Esta teoría ha sido expuesta por Bonnacasse principalmente y sostiene que la causa, más que nada es un móvil, y se reemplaza el termino causa por motivo o fin, de acuerdo a esta corriente se deben tener en cuenta que para la celebración del contrato convergen un sinnúmero de intereses y propósitos, de este modo se le atribuye cierta moralidad puesto que el motivo o finalidad que persigue el contrato no puede carecer de este valor.
3. Teoría clásica.- De acuerdo a esta teoría, la obligación de una de las partes causa la obligación de la otra. (Rodríguez, 1971).

En este sentido, es necesario determinar, cuál de estas teorías resulta más compatible al contrato de sociedad, según la doctrina el motivo para celebrar un contrato de sociedad se da en razón de las aportaciones que hacen los socios para obtener beneficios económicos por la actividad económica que lleve a cabo la sociedad de comercio. Rodríguez (1971) señala que: “La teoría clásica resulta aquí inadmisibile; no hay relación de causa a efecto entre las prestaciones de los socios, ni el incumplimiento de uno es causa para el incumplimiento del otro” (p.47-48). La razón es que el contrato de sociedad puede subsistir aun cuando uno de los socios no cumpla con la aportación acordada, puesto que bastaría con separarlo de la sociedad para que esta continúe.

En cuanto a la teoría anticausalista, esta tampoco resulta compatible puesto que niega la posibilidad de una causa como hecho generador del contrato, el contrato de sociedad conlleva a la realización de una actividad económica, de tal modo que la causa se podrá subsumir al hecho de que cada socio aporta para que le sean retribuidos los beneficios y pérdidas que la sociedad mercantil genere. Al respecto Messineo (1952):

(...) el contrato no puede dejar de tener una causa; esto, ante todo, en el sentido de que estructuralmente y en abstracto no se concibe un contrato sin causa, como no se lo concibe sin partes, o sin consentimiento, o sin objeto, o sin forma constitutiva. Pero el enunciado de que el contrato no puede dejar de tener una causa tiene también otro significado (p.110).

También se ha llegado a relacionar la causa del contrato de sociedad con el effectio societatis, es decir el ánimo de permanecer en sociedad, sin embargo, esta situación no resulta del todo adecuada por cuanto el ánimo de los socios no puede generar un hecho jurídico.

### **3.2.7. La forma del contrato de sociedad.**

En la mayoría de legislaciones el contrato de sociedad debe ser elevado a escritura pública, estas facultades que el Estado les ha otorgado a los portadores de la fe pública como lo son los notarios tiene una razón de ser, esta situación se da en respuesta a dos situaciones; el crédito y la administración. El crédito en el sentido de que la sociedad mercantil como producto de su actividad económica necesita transmitir cierta seguridad a sus acreedores puesto que es más fácil dar a conocer el objeto social y el patrimonio por el cual está constituida mientras que la administración se establece que la sociedad está debidamente organizada. De igual manera al Estado le resulta necesario establecer las obligaciones tributarias por las cuales está obligada.

### **3.2.8. Efectos del contrato de sociedad.**

El contrato de sociedad tiene como consecuencia lógica que los miembros que conforman el corporativo social conduzcan sus esfuerzos al cumplimiento del objeto social que se han planteado. Para ello la sociedad buscará hacer valer el contrato por el cual se ha constituido la relación jurídica de socios y consecuentemente establecerá unos estatutos que servirán principalmente para la aplicación de las disposiciones legales, así como de los pactos voluntarios que los miembros de la sociedad establezcan. Rodríguez (1971) señala al respecto que “La voluntad de los socios en el contrato tiene valor de ley en un doble aspecto, como aplicación de derecho objetivo, en la medida en que dichos pactos sean simple aplicación de disposiciones imperativas de la Ley, y como creador de normas jurídica” (p.78).

En relación a lo señalado por Joaquín Rodríguez es necesario establecer que, los estatutos, tienen validez interna, rigen las relaciones internas de la sociedad comercial, pueden establecer nuevas disposiciones y relaciones jurídicas entre los socios en razón de la sociedad y siempre deben ceñirse a lo establecido en el contrato constitutivo.

#### **3.2.8.1. *El contrato y los socios.***

Con la celebración del contrato de sociedad surgen derechos y obligaciones para los socios en virtud del status de socio conferido en virtud del contrato de sociedad celebrado, respecto al status de socio, Damartello (1937) señala lo siguiente “Es el conjunto de los deberes y derechos, de las funciones y de los poderes que el socio tiene frente a un centro idealmente subjetivizado” (p.177).

Es necesario precisar algunas cuestiones respecto al término “status” que para algunos autores resulta muy vago, este término puede contener varios elementos, así se puede hablar

de una calidad jurídica por la cual el socio contrae diversos derechos y obligaciones, no se trataría solamente de un status de socio sino de un status jurídico (Rodríguez, 1971).

De este modo se establece que el contrato de sociedad genera diversas situaciones jurídicas con efecto interno y externo, producto de la personalidad jurídica que reviste a las sociedades de comercio, el efecto del contrato de sociedad por lo tanto tiene como consecuencia la derivación de un status jurídico para quienes participaron de la celebración de dicho acuerdo.

La doctrina ha buscado explicar los derechos de los socios a través de una clasificación en la que se tiene en cuenta razones como: El origen, contenido, titularidad y el carácter de los derechos. Sin embargo, algunos autores, como Mantilla, Quintana o el tratadista Joaquín Rodríguez han determinado la clasificación de los derechos de los socios en dos apartados que serán tratados a continuación.

#### a) Derechos patrimoniales.

Los derechos patrimoniales tienen que ver con aquellos derechos económicos que les son atribuibles a los socios por su participación en la sociedad comercial, se podría decir que estos derechos tienen una doble función determinada en el sentido de que el socio tiene derecho a percibir los beneficios producto de la actividad económica de la sociedad de comercio, pues se entiende que con el cumplimiento del objeto social van a existir ciertos beneficios y por otra parte el socio tiene que cumplir con las aportaciones a la sociedad.

Dentro de la clasificación de los derechos patrimoniales la doctrina distingue entre principales y accesorios. Sobre los derechos patrimoniales principales se podría hablar de la participación en los beneficios de la actividad económica, mientras que los derechos accesorios están constituidos por aquellos derechos relativos al status jurídico de socio estos son: La transmisión de la calidad de socio, y la aportación limitada en función del tipo de sociedad que haya sido fundada por el corporativo social. (García, 1999).

#### b) Derechos de consecución.

Los derechos de consecución están conformados por aquellos derechos que contienen facultades para solicitar información, o denunciar las actividades llevadas a cabo por los administradores de la sociedad comercial a través de los órganos de vigilancia. (Rodríguez, 1971).

Estos derechos se subdividen en derechos de consecución administrativos y de vigilancia, los derechos administrativos tienen que ver principalmente con la participación activa de los socios en la toma de decisiones, el derecho al voto constituye el principal derecho en cuanto

a la administración, en consecuencia, los socios podrán participar en las asambleas y el nombramiento de los administradores. (Sabogal, 2011)

Los derechos de consecución en cuanto a la vigilancia hacen referencia a la información que los socios deben tener acceso, como por ejemplo el pedir cuentas a los administradores, pues de acuerdo a la teoría contractual de la sociedad estos tendrán como principal función la creación de valor económico.

### **3.2.9. El interés social en el contrato de sociedad.**

Una vez repasado algunos de los principales aspectos de la teoría contractualista buscaremos establecer, en base a estos preceptos cuál es el interés social que persigue la sociedad teniendo como base al contrato plurilateral se sociedad como elemento generador de la relación jurídica.

La basta doctrina desarrollada sobre el tema sostiene que para encontrar el interés social en el contrato de sociedad es necesario establecer el interés común que persiguen los socios que la componen.

Autores como Ascarelli o Ferrara sostienen que la idea del interés social se funda en la idea de aportar con bienes, trabajo o capital para primeramente establecerse como socio y consecuentemente participar de la administración y beneficio económico que la sociedad genere. (Dobson, 2010) Bajo esta concepción el interés social que persigue la empresa o la sociedad de comercio se limita al beneficio de quienes hayan participado en el contrato, de tal modo que las acciones y políticas de gobierno de las sociedades mercantiles no pueden ser otras que las que ayuden a la consecución de estos fines (Sabogal, 2011).

Para la teoría contractualista, la idea del interés social y el beneficio social son conceptos estrechamente ligados, sin embargo algunos autores señalan que la idea del beneficio a través de la maximización de las ganancias que percibe la sociedad como producto de su actividad económica también puede derivar en la creación de valor a través del costo de las acciones o participaciones, al respecto Sabogal (2011) sostiene que: “Los administradores en el ejercicio de sus funciones tendrán pues la obligación de “creación de valor”, maximizando el valor de la empresa, y aumentando por ende el valor de las acciones” (p.5).

### **3.3. Teoría institucionalista.**

Los primeros esbozos de la teoría institucional de las sociedades se desarrollan en Alemania, bajo las ideas de Rathenau principalmente, esta teoría se denominó como “la teoría de la empresa en sí” y tuvo una amplia repercusión a inicio del siglo XX. (Deik, y otros, 2018). Esta teoría surgió en el contexto del nacionalismo alemán, por el cual se determinaría que las sociedades de comercio deben generar valor económico no solo para sus socios sino para el Estado y la sociedad civil, de este modo el Estado autorizaba la actividad mercantil de ciertas empresas sobre las cuáles la sociedad civil tenía cierto interés.

La teoría institucional o pluralista busca establecer una idea distinta del interés societario, bajo esta concepción, las sociedades de comercio y empresas en general deben cumplir un fin social, además de generar ganancias para los miembros de la organización. En tal virtud, se evidencia que existen muchos grupos que pueden ser afectados por la acción empresarial o de comercio. Para Dobson (2010) bajo la teoría institucionalista “la empresa está constituida por un conjunto de intereses dentro de los cuales el de los accionistas representa sólo una fracción (...)” (p.55).

Según algunos autores como Dobson, Rovira o Manóvil el interés social bajo la teoría institucionalista buscaría la conservación de la empresa principalmente. La razón de esta consideración se fundamenta en que son las empresas a través de su actividad económica quienes generan valor, dinamizan la economía estatal mediante la oferta de empleos, servicios, productos y consecuentemente generan tributos para el Estado. En este sentido la idea del interés social va más allá de generar recursos económicos, puesto que la idea del beneficio no siempre se encuentra contenido en un valor patrimonial, una empresa o sociedad mercantil puede generar beneficios y afectar de manera positiva la sociedad en donde se desarrolle, por ejemplo, respetando las leyes ambientales, laborales o tributarias.

De este modo, la sociedad mercantil se configura como una institución importante dentro del contexto económico estatal en el sentido de que, como ya lo mencionamos, forma parte del desarrollo económico del Estado, por lo tanto, es factible hablar de la existencia de un interés propio de la empresa, debido a la amplitud de los intereses que convergen en ella.

La teoría institucional tuvo distintas corrientes, una de ellas es la desarrollada por Maurice Hariou quien desarrolló una extensa teoría sobre el institucionalismo Estatal, y posteriormente teorizada por Renard, quien intentó dar una explicación sobre las instituciones a partir de la personalidad jurídica. Dobson (2010) haciendo referencia a Renard señala que “La institución es un organismo dotado de propósitos de vida y medios de acción, superiores, en poder y duración, a los de los individuos que la componen”. (p.56)

La teoría institucional francesa identificó cuatro puntos esenciales que abarca el institucionalismo. Como primer punto se establece lo que denominan “idea de obra” este punto hace referencia a la actividad llevada a cabo por quienes componen la organización en este sentido la idea de obra en el derecho mercantil podría encontrar su conexión con la empresa. Como segundo punto se determinan los órganos de la administración lo que en el derecho de sociedades conocemos como; La junta directiva, asambleas, o los consejos de vigilancia. Un tercer elemento lo compone la organización de los órganos de la administración en el sentido de que mancomunadamente buscan alcanzar los objetivos que se han planteado a alcanzar con la sociedad, y por último el cuarto punto estaría constituido por la constitución de la sociedad. (Dobson, 2010).

Posteriormente la tesis institucional alcanzaría una dimensión más completa gracias a la tesis expuesta por Emilio Gaillard quien gracias a lo desarrollado por Hauriou y Renard supo determinar algunos puntos esenciales que determinan una teoría institucional propia de las sociedades de comercio. Gaillard (1932) citado por Atehortúa (2005) señala que:

1. Del contrato de sociedad nace una institución, o sea un organismo cuya finalidad es un interés intermedio entre los del individuo y los del Estado; ese interés es la “idea directriz” de la institución; 2. La sociedad es un sujeto de derecho, por cuanto tiene un interés legítimo distinto del de sus socios y una voluntad para defender ese interés; 3. La sociedad lleva implícita una autoridad en la búsqueda del fin común que la institución debe cumplir; 4. El poder es atribuido en vista del interés social y no en vista de intereses individuales, sino en función del interés común. No se reparte en forma igualitaria sino proporcionalmente a los servicios rendidos a dicho interés; 5. la institución cuenta con una pluralidad de órganos para realizar cada función del organismo societario; 6. Existe continuidad en la gestión, por cuanto la institución implícitamente presupone un interés perdurable y no tiende a una sola operación; 7. Las cláusulas estatutarias son simples medios para la consecución del interés social, y de ahí que puedan ser modificadas según las necesidades, sin el consentimiento de la totalidad de los socios, poniendo de manifiesto la preeminencia que tiene el interés social sobre el de los socios, y 8. La sociedad, en cuanto institución, lleva implícito un interés perdurable. (p.64)

Para Gaillard la sociedad no puede subsumirse bajo la idea de un contrato, para él el contrato de sociedad es el hecho generador de una institución, es decir que la sociedad mercantil históricamente considerada como contrato no sería tal. La sociedad es una institución que, a partir de la personalidad jurídica desprende interés propio, derivado de la suma de voluntades

que han sido necesarias para establecer el contrato social que, en tal virtud, genera un ente separado de los socios con voluntad propia, esta característica es propia de la personalidad jurídica. Por lo tanto, es sostenible que la sociedad deba perseguir su propio interés, el cual sería, como ya lo hemos señalado, la conservación de la sociedad mercantil.

Por otra parte, se establece que, a partir de los órganos sociales de la administración existe la idea de autoridad para la búsqueda de los fines que persigue la institución. En este caso esta idea parecería identificarse con aquellas actuaciones propias de los órganos de gobierno encaminadas al cumplimiento del objeto social de la empresa.

En cuanto al poder que tienen los socios se establece que este se da en razón del interés social es decir de la conservación de la empresa y del beneficio común a diferencia de la tesis contractualista que establece que el poder es por y para los accionistas de la sociedad comercial.

Otro punto importante se establece a partir del consentimiento, Gaillard sostiene que, para la modificación de los estatutos es necesario que exista un acuerdo general, es decir el consentimiento, se evidencia que los estatutos son un mero instrumento para alcanzar el objeto social que persigue la organización. De igual manera, bajo estos preceptos, existiría una distinción entre el interés de los socios y el de la sociedad mercantil en el sentido de que la sociedad ya no debe responder a los socios como único grupo interesado en el cumplimiento de sus fines, no se considera el repartimiento de las ganancias como último fin, sino que de manera proporcional y tomando en cuenta el aporte de quienes conforman el corporativo.

Narváz (2015) señala que “Esta finalidad social determina los límites de la autonomía de la voluntad, que, conforme a la concepción tradicional, imperaba sin freno ni medida. En consecuencia, son legítimos los actos que se realizan en pro el bien común”. (p.62)

Sin embargo, las políticas de gobierno corporativo no van encaminadas a realizar el bien común porque resultaría ilegítimo establecer lineamientos corporativos que no se encuentren en el contrato de sociedad. (Estecche, 2016)

En este sentido, es necesario establecer el alcance de la teoría institucional en el Derecho de sociedades ecuatoriano cuyas normas mercantiles son de corte contractualista lo que deriva en un enfoque demasiado limitado respecto a quiénes son parte del corporativo social.

Por tal razón, la teoría institucionalista plantea nueva perspectiva pluralista del derecho societario evidenciando la necesidad de establecer un nuevo concepto del interés social. Para (Deik y otros, 2010) “(...) Esta posición sería de corte filosófico “iusnaturalista” y estaría

presente en la mayoría de las nuevas constituciones influenciadas por el neo-constitucionalismo y una de ellas sería la constitución garantista ecuatoriana (...)" (p.11).

**CAPÍTULO IV**  
**NEOCONSTITUCIONALISMO Y ÉTICA DE LAS ORGANIZACIONES**

#### **4.1. Introducción.**

En el presente capítulo se abordarán: El neo-constitucionalismo y la ética de las organizaciones, buscando establecer una línea argumentativa que permita conectar cuestiones como *la ética de las organizaciones, ética de los negocios, interés social*, con el Estado Constitucional de Derechos y justicia. En tal caso, se busca dilucidar la responsabilidad moral de la persona jurídica a través de un estudio de las nuevas tendencias filosóficas y jurídicas que impulsaron el cambio constitucional del 2008. El ordenamiento jurídico ecuatoriano nos plantea nuevos desafíos en cuanto al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en tal caso, es necesario de qué manera se han adecuado los postulados emanados de la constitución de Montecristi

El neo-constitucionalismo puede ser definido como una nueva corriente filosófica y jurídica que busca establecer una nueva teoría del Derecho que se caracteriza porque el Estado está sublevado a la constitución, sus principios y valores que en definitiva buscan erigir al ser humano, a través de la aplicación de los derechos fundamentales, como el eje central de las normas. No obstante, no existe un concepto único de neo-constitucionalismo, se podría decir que es una corriente jurídica en construcción. En tal sentido se busca establecer un análisis filosófico y jurídico respecto a los principios y valores relativos a la dignidad humana, el buen vivir o la economía social con el propósito de identificar de qué manera estos postulados pueden encontrar una relación con la teoría institucional de las sociedades de comercio.

Por otro lado, la ética de las organizaciones es una corriente de la ética aplicada que ha tenido un auge relativamente reciente que busca identificar a la empresa y a cualquier organización como instituciones con un carácter social. La ética organizacional es una respuesta a la crisis ética actual en el sentido de que quienes abogan por esta corriente filosófica sostienen que no solo las personas deben comportarse de acuerdo a ciertos valores morales, sino que cualquier organización debe incorporar una filosofía corporativa identificada con la moral y la ética.

#### **4.2. Antecedentes.**

El neo-constitucionalismo surge en Europa como consecuencia de graves violaciones a los Derechos humanos por parte del Estado. Luego de la segunda guerra mundial muchos de los países involucrados en el conflicto armamentista ven la necesidad de no sólo establecer la división de poderes del Estado y sus instituciones sino de materializar los derechos fundamentales de los ciudadanos en la carta magna, de esta manera surgen las primeras

constituciones garantistas en las que es el ser humano es el eje fundamental del aparato jurídico constitucional (Rendón, 2011).

El neoconstitucionalismo podría ser conceptualizado como una corriente jurídica, que busca establecer una nueva teoría del Derecho basada principalmente en la aplicación de los Derechos fundamentales. Ávila (2012) señala que en el neoconstitucionalismo:

El derecho se construye ya no a partir de la ley, de la propiedad, del mercado, de la autonomía de la voluntad, del derecho subjetivo, del estado, de orden público, de los principios generales, de la civilización, del progreso; sino que debe construirse a partir de las personas y colectividades y de sus derechos (p.5).

Para Miguel Carbonell pueden distinguirse tres niveles que caracterizan el neoconstitucionalismo. En un primer nivel de análisis señala que en los sistemas neoconstitucionales se caracterizan por la materialización de los Derechos fundamentales en los *textos constitucionales*; en la segunda mitad del siglo XX se produjeron grandes transformaciones constitucionales, principalmente en países donde se habían violado los derechos y la dignidad humana, es así el caso de Italia en 1947, o países como Alemania, España y Portugal, no es de extrañarse que fueron los Estados que sufrieron las consecuencias económicas, políticas y sociales de la guerra quienes impulsaron cambios transformadores para el derecho constitucional.

En un segundo nivel están las *Prácticas jurisprudenciales* el papel de los jueces en un Estado constitucional de Derechos juega un rol esencial en cuanto a la tutela, garantía y ejercicio de los Derechos fundamentales, en este sentido los jueces hacen uso de técnicas de interpretación y aplicación de los Derechos como La irradiación de los Derechos fundamentales, la proyección horizontal de los Derechos, la hermenéutica, ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, principio pro persona, etc.

De acuerdo al mismo autor en un tercer nivel de análisis el neoconstitucionalismo se caracteriza por los *Desarrollos teóricos* que partirán tanto del ejercicio, el debate, la jurisprudencia y textos constitucionales que resultan, además de ser una forma explicativa del ordenamiento jurídico considera que también es una fuente creadora del nuevo derecho constitucional (Carbonell, 2011).

En tal caso, el nuevo derecho constitucional debe basar su accionar, ya no subordinado a la ley, sino que debería estar subordinado a la dignidad del ser humano, al respecto Barroso (2010) señala: "(...) la dignidad humana es un valor fundamental que informa el contenido de diversas normas escritas, al tiempo que condiciona la interpretación constitucional como un

todo, principalmente cuando los derechos fundamentales están involucrados (p.105). de tal modo que las nuevas constituciones buscan potenciar, en todos los niveles normativos, los valores, principios y reglas propios del Estado constitucional de Derecho.

En América Latina el cambio constitucional se ha visto impulsado por las ideas europeas y la constitución norteamericana, Juristas y filósofos del Derecho han aportado modelos Estatales que se han materializado en los nuevos cuerpos constitucionales. Actualmente su aplicación está siendo objeto de innumerables estudios, teorización y debates ya que no se han logrado materializar los principios del Estado constitucional de Derechos en la realidad social, económica y política de nuestros países.

Sin embargo, Nuestro continente se ha caracterizado históricamente por la creciente desigualdad entre los grupos sociales, se podría decir que la desigualdad económica y social ha sido consecuencia de varios factores, entre los principales, y los de más trascendencia para esta investigación están; la corrupción, evasión de impuestos, el uso de paraísos fiscales, la monopolización del mercado, el irrespeto de los derechos fundamentales por parte de las grandes organizaciones y la falta de compromiso social y actuaciones económicas fuera de todos los parámetros éticos y morales por parte de las sociedades mercantiles que han ahondado la brecha económica entre ricos y pobres.

Es este sentido el papel de los Estados constitucionales está justamente en plasmar los principios y valores del nuevo Derecho constitucional en la realidad económica y social de todos los individuos que pertenecen a la sociedad.

#### **4.3. El Estado de Derecho.**

El Estado de Derecho o Estado legal de derecho se caracteriza principalmente por la subordinación del Estado a las leyes, reglamentos o normas. Si bien según algunos autores ecuatorianos ya se puede ver la influencia europea y norteamericana en la constitución de 1998 en cuanto al neoconstitucionalismo, en este sistema constitucional aun prevalecía el Estado legal de Derecho, muestra de aquello es la inestabilidad social como consecuencia de la cultura política que usó el legislativo como herramienta de poder, Ávila (2012) señala al respecto que: "(...) el Estado de Derecho es la síntesis de una pugna de poderes entre quienes ejercían el poder económico (burguesía) y político (aristocracia)" (p.108).

Como bien lo señala Ávila el Estado al estar sometido a la ley, la misma que es emitida por los parlamentos limita su esfera de actuación al poder legislativo lo cual es un error puesto que el poder legislativo no ofrece las garantías necesarias para el cumplimiento de los

derechos fundamentales y el respeto a la dignidad humana. Los grupos de poder, (bancos, corporaciones, multinacionales, etc.) buscan, a través de formas inmorales y deshonestas con el Estado, incidir en la política Estatal pues sus intereses se contraponen al bien común. Por otro lado, la aristocracia no ha sido un problema único de nuestra política, este fenómeno se repite por todos los países de América Latina, la concentración del poder en pequeños grupos políticos ha evitado la materialización de los Derechos fundamentales en el Estado legal de Derecho.

Fue justamente bajo el imperio del Estado de Derecho donde se originó una de las peores crisis económicas de nuestro país. La crisis económica de 1999, año donde se produjo el feriado bancario, situación que provocó cambios drásticos en la sociedad ecuatoriana, la migración alcanzó niveles críticos y fueron los migrantes quienes lograron reactivar la economía a través de las remesas enviadas desde el extranjero.

Es claro que las sociedades mercantiles se han convertido en un actor importante dentro del desarrollo económico de los Estados. Se podría decir que el Estado legal de Derecho no ha sabido encaminar a las sociedades mercantiles para que cumplan un rol más activo en la sociedad, para que su accionar se base en parámetros éticos y morales enmarcados en el respeto de la dignidad humana. Puesto que, como ya lo hemos visto en capítulos anteriores el interés de las sociedades mercantiles se encuentra determinado por la maximización de las ganancias, en tal sentido para alcanzar ese ideal económico, las organizaciones, a través de los órganos de gobierno corporativo y amparados en la protección legal que les otorga la personalidad jurídica, recurren a prácticas económicas poco responsables con los grupos involucrados en el ejercicio de su actividad.

En este sentido, uno de los principales problemas del Estado de Derecho es la desnaturalización de las instituciones y políticas públicas a favor del capital, cuando el papel de Estado debe ser la búsqueda constante del bienestar general. Al respecto Montero (2006) señala que: "(...) al presentar un Estado fordista como el imperio del derecho, enmascara su verdadero papel social y sus fines. En realidad, trataba de defender los intereses de la burguesía, fijados por la ley" (p.30).

	Estado de Derecho	Estado legal de Derecho	Estado de Derecho constitucional	Estado de Derechos
--	-------------------	-------------------------	----------------------------------	--------------------

Estado	Somete a Derecho	Ley somete a Estado	Constitución somete a Estado	Derecho somete a Estados
Poder referente	Autoridad	Parlamento Constituyente	Constituyente	Personas y Pueblos

Extraído de, El constitucionalismo transformador; El estado y el derecho en la constitución, Ramiro Ávila Santamaría, 2011. (p.123)

#### **4.4. El Estado Constitucional de Derechos y Justicia.**

El neoconstitucionalismo surge en Ecuador a partir de las exigencias sociales y políticas como resultado de severas crisis económicas e inestabilidad que fraccionó al país desde su fundación misma. Esto se evidencia con las 21 constituciones que hemos tenido a lo largo de nuestra historia política, los gobiernos de turno han usado la constitución para legitimarse en el poder, de tal manera que la carta magna se adecúe a sus políticas de gobierno y a sus intereses, las constituciones han sido usadas para defender intereses personales de los grupos de poder, entre esos grupos de poder se encuentran las grandes sociedades mercantiles manejadas por empresarios ecuatorianos y extranjeros que bajo el velo corporativo han incidido de manera directa en las codificaciones nacionales. Pocas han sido las constituciones que han logrado cambios significativos y que hayan incidido de manera relevante en el ejercicio de los Derechos de los ciudadanos. Al respecto de la historia constitucional ecuatoriana Ávila (2012) señala:

En la historia del Ecuador básicamente hay cuatro constituciones: la una es la que funda la República del Ecuador en 1830, la otra es la constitución liberal de 1906, que establece la separación del Estado con la Iglesia, la tercera es la que instaura el constitucionalismo social, que se combinan entre la del 29 y la del 45, finalmente la cuarta, la del 2008, es la que establece el constitucionalismo cultural y que junta todos los movimientos y todas las reivindicaciones emancipadoras (p.21).

Estas constituciones tienen relevancia porque los principios y valores constitucionales han perdurado aun después de que los regímenes responsables de su promulgación han dejado el poder, de tal manera que a pesar de las posteriores reformas constitucionales o incluso de las nuevas constituciones se han seguido materializando los derechos fundamentales del estado constitucional de Derecho, y ha sido la constitución de Montecristi la que ha establecido algunos de los principios y valores del Estado constitucional de Derechos y justicia. Así lo señala nuestra constitución en su artículo primero: “El Ecuador es un Estado constitucional de

derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”.

Paralelamente se han introducido conceptos y principios innovadores respecto a la garantía de los Derechos que son necesarios para alcanzar el buen vivir o como se lo ha determinado en la carta magna el *sumak kausay*, este término en la lengua kichwa tiene como significado “vivir a plenitud” al respecto Dávalos (2014) citado por Ávila (2017) señala que:

Es la primera vez que una expresión que expresa una práctica de convivencia ancestral respetuosa con la naturaleza, con las sociedades y con los seres humanos, cobra carta de naturalización en el debate político y se inscribe con fuerza en el horizonte de las posibilidades humanas. (p.9)

Sin duda resulta importante incluir a la naturaleza como sujeto de derechos, esta situación conlleva necesariamente el reconocimiento de una personalidad jurídica.

Por otra parte, nuestra Constitución establece que:

Art. 283. El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. (...).

Visto que nuestra constitución plantea un sistema económico social y solidario surge la necesidad de superar los viejos dogmas del mercado capitalista estableciendo al ser humano como eje de la economía, la misma que debe responder al bienestar de las personas (Coraggio, 2011).

Por otra parte, el sistema económico ecuatoriano parecería soportar la idea de un interés social más amplio en el campo de la actividad empresarial, pues sus postulados apuntan a la defensa de la dignidad humana, la solidaridad, el interés general sobre el particular, y en definitiva al bien común, en tal caso todos estos principios se encuentran instaurados en el sistema económico que propende a identificar el interés común entre el Estado y los ciudadanos (Deik y otros, 2018). Esta relación entre el Estado, la actividad empresarial y la ciudadanía deberá guardar armonía con la naturaleza.

## **5. Ética de las organizaciones.**

En el contexto actual la humanidad se enfrenta a graves problemas y dificultades generados principalmente por la inequidad y la falta de oportunidades que aqueja a gran parte de la población mundial.

En un mundo globalizado y capitalista, las crisis sociales y humanitarias juegan un papel preponderante en el desarrollo de las relaciones humanas y la forma en que las personas perciben el papel de las organizaciones.

Para Cortina (1998) la sociedad actual se caracteriza por ser una sociedad organizacional en la que convergen una serie de instituciones y grupos humanos sobre los cuáles la sociedad civil tiene un interés legítimo, por ello es necesario no solamente enfocarnos en una *ética empresarial* sino en una *ética de las organizaciones*, no obstante, es cierto que los estudios económicos y éticos más críticos se han enfocado en la ética empresarial.

La actividad empresarial ha tenido un desarrollo acelerado en los dos últimos siglos, y en este tiempo, muchas de estas organizaciones han alcanzado un desarrollo económico que supera a muchos de nuestros países, en tal caso surge la necesidad de estudiar su impacto en la sociedad civil, el Estado y la naturaleza (Deik y otros, 2018). Estas empresas operan bajo intereses propios y están amparadas en las limitaciones de que impone la personalidad jurídica, que es su atributo principal y sin el cual no podrían operar en base a los riesgos económicos que conlleva la actividad comercial que realizan.

Por otro lado, la globalización ha permitido el incremento de todo tipo de negocios y consecuentemente la oferta y demanda de toda clase de servicios para suplir algunas de las necesidades básicas del ser humano. Esta perspectiva a primera vista positiva se ve empañada por que aun con los alcances tecnológicos, la evolución de las leyes y el progresivo alcance de los Derechos Humanos, aún existen brechas de inequidad social que no han podido ser reducidas (Malagón, 2010). En tal caso surge la necesidad de estudiar el impacto de las políticas mercantiles a nivel global y si cabe de que manera la ética económica puede ayudar a superar estas brechas sociales, Conill (2003) señala que “Si la economía moderna solo tiene sentido en la medida en que favorece la libertad y su universalización (...) habrá que escrutar si los procesos globalizadores cumplen este propósito y esta condición de sentido de las instituciones modernas” (p. 11).

La prosperidad económica tanto de los países en vías de desarrollo como las potencias mundiales se yergue sobre los hombros de las clases más vulnerables, y en detrimento de la naturaleza y sus recursos. La situación de los trabajadores, consumidores, proveedores, o en general quienes se ven afectados por las actividades económicas requiere especial atención, tanto del Estado como de los agentes económicos privados.

En este sentido el principal desafío radica en la disminución de la desigualdad entre quienes tienen el poder, ya sea económico o político: Empresarios, o dirigentes y quienes aportan de alguna manera a los objetivos que buscan alcanzar estas organizaciones (Malagón, 2010).

En tal caso la actividad empresarial, han cobrado una gran importancia en la generación de riqueza y como agentes económicos que propician el desarrollo, sin embargo, en su afán de maximizar las ganancias algunas de estas organizaciones recurren a comportamientos poco éticos con su entorno que perjudican a toda la comunidad, comportamientos como no cumplir con las políticas ambientales, laborales, tributarias, e incluso de protección al consumidor, han desencadenado un rechazo generalizado de la sociedad.

Estas sociedades han pasado a ser un sujeto de derechos y obligaciones y en tal virtud la sociedad civil juzga sus políticas empresariales y de gobierno corporativo en base a parámetros morales y éticos (Deik, y otros, 2018).

En este contexto han surgido nuevos paradigmas que buscan dilucidar cual debe ser el papel de la empresa en el mundo actual, de igual manera se ha establecido un amplio debate acerca de la responsabilidad moral de las sociedades de comercio en relación a la personalidad jurídica que surge en razón de esa asociación de voluntades, característica principal de estas organizaciones.

Por tal razón, se han desarrollado amplios estudios acerca de la responsabilidad empresarial y principalmente de las organizaciones, pues se considera que toda organización debe cumplir una finalidad social y en tal virtud debe comportarse éticamente, esta idea está estrechamente ligada a la legitimidad que recubre una actividad, en tal caso esta actividad empresarial debe estar al servicio de la humanidad para que sea no solo legal sino también legítima (Cortina, 2010). Con respecto a la idea de legitimidad Malagón (2010) a manera de ejemplo señala que "(...) el político cuya vocación de servicio al bien común lo conduce legítimamente a ejercer la labor de gobierno y ahora el empresario que asume y se encarga del ejercicio sensato de la responsabilidad social" (p.39). en tal caso es someter a un estudio crítico impactos económicos, sociales y ambientales que la actividad empresarial genera, por tal razón, la necesidad de una ética empresarial orientada hacia una ética de las organizaciones es imprescindible.

Sin embargo, algunas voces críticas apuntan a la imposibilidad de dotar de cierta responsabilidad moral a las organizaciones y en especial a las sociedades mercantiles pues consideran que la ética es algo propio de las personas. No obstante, como veremos más adelante se puede demostrar que las personas por sí solas no pueden conducir a las organizaciones a una filosofía moral corporativa (Hoffman, 1998).

En tal sentido, podríamos hablar de dos conceptos atribuidos a uno de los más grandes sociólogos modernos Max Weber, él sostenía que frente a los problemas éticos del nuevo siglo debemos distinguir entre una ética de la convicción y una ética de la responsabilidad. Para Weber la ética de la convicción tiene que ver con aquellos preceptos sobre los cuales basamos un accionar porque una autoridad, ley o mandato nos lo dice, y en tal virtud nos convencemos que los resultados y consecuencias son correctos per se, es decir el resultado no importa mientras actuemos de acuerdo a una máxima de la que estemos convencidos.

Respecto a la insuficiencia de la ética de la convicción, Cortina (2010) señala que:

Tampoco es suficiente para tomar decisiones racionalmente justas atender solo al derecho positivo y a la conciencia moral alcanzada por una sociedad determinada, porque el hecho de que en ella no exista sensibilidad, por ejemplo, hacia determinados derechos humanos, no significa que podamos atendernos tranquilamente a unas convicciones que están por debajo de las convicciones morales generadas por una moral crítica. (p.27)

Así, por ejemplo, una organización que cumpla con las políticas y requerimientos legales mínimos establecidos, aun cuando estos actos produzcan resultados negativos, tal como sucede en la realidad, estará actuando de acuerdo a una ética de la convicción.

Frente a la ética de la convicción tenemos la ética de la responsabilidad por la cual debemos advertir cuáles van a ser los resultados de nuestras acciones, en este caso y a diferencia que la ética de la convicción los resultados nos son buenos por que sí, los resultados deben ser valorados porque son en cierta medida previsibles. Weber (1919) sostiene que:

Cuando las consecuencias de una acción realizada conforme a una ética de la convicción son malas, quien la ejecutó no se siente responsable de ellas (...) Quien actúa conforme a una ética de la responsabilidad, por el contrario, toma en cuenta todos los defectos del hombre medio. (p.23)

Por tal razón, es necesario complementar la ética de la responsabilidad, y la ética de la convicción en el plano empresarial y de las organizaciones. No obstante, hay que señalar que aun obedeciendo a una ética de la convicción las personas y organizaciones buscan a toda costa esquivar sus obligaciones legales y ciudadanas con el Estado y la sociedad civil.

En la actualidad ya no solo se habla de una crisis económica, política o social, parecería ser que en la sociedad existe una crisis de valores, de ciudadanos faltos de ética, lo que en contraste con nuestros cuerpos constitucionales que tienen altos principios morales da como resultado leyes ineficaces difíciles de materializar en la realidad, para Cortina (1998) "(...) la

ciudadanía está al nivel en el que aún es necesario convencerse individualmente de que cumplir las leyes es algo que resulta beneficioso para todos” (p.4).

Podríamos decir que, históricamente la ética y los valores han sido algo propio de las personas naturales y no de las personas jurídicas u organizaciones, pues al fin y al cabo la sociedad civil busca implantar estos valores en los ciudadanos. Ya que son estos quienes dirigirán las organizaciones, se entendería que estas personas van a establecer sus políticas de gobierno corporativo de acuerdo a ciertas máximas que han hecho propias a lo largo de su vida.

Sin embargo, no basta con que una organización o sociedad mercantil esté compuesta por personas dotadas de valores morales, puesto que cualquier actuación que se encuentre fuera de los objetivos que persiguen estos grupos puede ser cuestionada. Dobson (2010) haciendo referencia a las sociedades mercantiles señala que “La pauta de “creación de valor” para el accionista (...) constituye un deber de lealtad del administrador societario en su tarea de gestión negocial” (p.298).

En tal sentido, la consecuencia lógica es que, quien esté a cargo de la administración de la sociedad tendrá que, en cierto modo, sustituir sus intereses y valores morales por los de las personas interesadas en encaminar a la organización al cumplimiento de su objeto social. Hoffman (1987) afirma que, solo las personas con una moral cuestionable pueden ascender o siquiera mantenerse en alguna organización, mientras que quienes mantienen unos altos valores morales y éticos siempre son separados.

Por eso es necesario impulsar una creación de valores morales desde adentro, desde las propias organizaciones, la moral debe ser una parte de aquellos valores intangibles que las organizaciones y empresas ofrezcan a la ciudadanía, Cortina (1998) señala que

La moral no viene de afuera. No hay un parlamento moral que diga qué es lo que hay que hacer ni nada por el estilo, sino que la moral tiene que venir desde dentro. Por eso, las empresas, los empresarios y los políticos se convencen de que merece la pena vivir moralmente o no hay legislación que resuelva el asunto. (p.12)

En tal sentido, vemos que la creación de valor para el accionista es el fin en definitiva un fin puramente económico. Sin embargo, estas organizaciones también están compuestas por bienes intangibles que dependerán de su filosofía corporativa y sus valores, y ya que la ética no puede ser impuesta coercitivamente, tanto las personas como las organizaciones deben tener libertad para elegir y tomar las decisiones que les permitan obrar de acuerdo a ciertas máximas, en otras palabras, la ética y la libertad son elementos necesarios para juzgar la moral (Cortina, 2010).

Sin embargo, la libertad ha sido uno de los elementos sobre los cuales se ha buscado fundamentar argumentos en contra de la moralidad de las organizaciones, efectivamente para que haya responsabilidad moral debe existir la libertad de tomar decisiones. Esta idea puede ser refutada si tomamos en cuenta cual es el interés social de una organización. De acuerdo a la teoría clásica el interés de las sociedades mercantiles es la maximización del capital, bajo esta idea, la sociedad se ve limitada a perseguir la consecución del objeto social. Por otra parte, bajo la teoría institucional el interés social podría ser entendido también como un interés perdurable, la organización tiene una finalidad social, es decir un fin en sí misma, lo que conlleva necesariamente a una conexión con la ética y la moral pues sus fines no pueden ser únicamente económicos sino el bienestar general.

Por otra parte, Montuschi (2002) señala que existen tres nociones sobre la responsabilidad:

1) La persona debe rendir cuentas (moralmente) por acciones pasadas (se asigna culpa o elogio por las mismas). En este caso hay una **imputación de responsabilidad**.

2) La persona es moralmente responsable por el cuidado o bienestar de otro/s (tiene obligación moral) debido al **rol social específico** que cumple (p.e. los padres son moralmente responsables del cuidado de los hijos). Se diferencia del caso anterior en que el mismo se refiere a acciones pasadas mientras que aquí la responsabilidad designa algo que todavía no ha sido hecho.

3) La persona tiene capacidad para tomar por sí misma decisiones morales o racionales genuinas. "Responsable" es entonces un atributo de personas y acciones. En este sentido la responsabilidad se describe como una **disposición de la personalidad** y se puede esperar que la persona cumpla sus obligaciones y esté dispuesta a asumir las consecuencias de sus actos. (p.4)

En este orden de ideas, podemos ver que se recurre a la legitimidad, como ya lo habíamos señalado antes, las nuevas tendencias de la ética económica sugieren que la actividad empresarial debe estar al servicio de la humanidad, pues desde su fundación ya engendra una finalidad social, además una empresa u organización maneja bienes sociales y ambientales que no pueden ser sujetos a los mismos parámetros de la propiedad privada tradicional.

Por otra parte, las nuevas corrientes constitucionales y el mismo Estado ecuatoriano instaura una *economía social y solidaria* donde sitúa al ser humano como sujeto y fin de la actividad económica, y de igual manera señala que la propiedad privada tendrá una finalidad social y

ambiental. En tal caso, estas organizaciones tienen que responder por el manejo de estos bienes, lo que conlleva a una conexión con la moral.

## **6. Ética de los negocios.**

Cuando hablamos de ética de los negocios parecería ser que nos referimos a dos términos totalmente irreconciliables y de una incompatibilidad antagónica. Esta idea tiene su razón de ser y es que desde que existe el intercambio de bienes y servicios y con la posterior creación de la moneda como instrumento de cambio, el ser humano se ha visto forzado a recurrir a todo tipo de actividades para generar ingresos que le permitan subsistir y escalar en la pirámide social.

En este sentido, Conill (2017) señala que: "(...) el ser humano como agente económico interpreta la realidad bajo la perspectiva de «coste-beneficio». Parte del hecho de que los recursos son escasos y tiende a satisfacer sus preferencias intentando maximizar el beneficio" (p. 547).

Así pues, aquellos que emprenden una empresa o cualquier actividad económica buscan la generación de valor como principal objetivo dejando de lado todo aquello que se constituya como un riesgo o pérdida de capital.

Por tal razón es necesario, investigar sobre la ética económica y su impacto en la sociedad. Para Montuschi (2009) la ética de los negocios es:

(...) una rama de la ética aplicada que examina los principios éticos y los problemas éticos que pueden surgir en un medio de negocios. Se aplica a todos los aspectos del comportamiento en los negocios y es pertinente al comportamiento de individuos y organizaciones como un todo. (p.4)

Aunque la ética de los negocios ha alcanzado mayor repercusión en las últimas décadas, ciertos temas ya fueron analizados desde la antigüedad, por ejemplo Aristóteles a quien algunos consideran el primer economista analítico de la historia, hizo una distinción entre lo que denominaba comercio doméstico, cuya práctica consideraba necesaria para el funcionamiento de la sociedad y por otra parte el comercio para el lucro que le generaba un total rechazo debido a lo superflua y egoístas que resultaban ciertas actividades que solo beneficiaban a determinados grupos (Solomon. 1995).

En definitiva, para Aristóteles el comercio debía ser ante todo una manifestación de justicia en la esfera social en la que se desarrollase. Reforzando la primera distinción diferenció

además los fines con los que nos apropiamos de ciertos bienes de la naturaleza, así podemos distinguir entre aquellos bienes que se relacionan con “administración doméstica” es decir aquellos recursos necesarios para vivir con dignidad y por otra parte están los que denominó como “crematística” que tiene que ver con la adquisición de bienes con el solo propósito de incrementar la riqueza de manera ilimitada (Paradinas. S.f).

A pesar de esta apreciación hay que tener en cuenta que a partir del siglo XVII el mundo experimentó algunos cambios tanto a nivel cultural como demográfico, con la revolución industrial y el éxodo de personas que se trasladaron del campo a la ciudad surgió la necesidad de producir unos bienes y servicios que permitieran ser parte de una sociedad económicamente organizada. Podríamos decir que aquella idea Aristotélica de que la naturaleza podía satisfacer todas las necesidades del ser humano había quedado obsoleta. Solomon (1995) señala que “Los beneficios ya no son condenados junto a la «avaricia» en sermones moralizantes, y ya no se concibe a las empresas como monolitos sin cara, sin alma y amorales” (p.5).

En otras palabras, las personas físicas o jurídicas ya no son juzgadas moralmente por el simple hecho de percibir beneficios económicos, el debate se ha enfocado en como estas actividades mercantiles afectan a la sociedad, al Estado y a la naturaleza, así como el papel que desempeñan estas organizaciones como agentes del desarrollo económico.

En este sentido debemos aclarar que el acceso al mercado y la libertad de empresa constituyen hoy en día una de los derechos fundamentales de todo ser humano. Smith (s.f) citado por Sen (1999) señala que “La libertad para realizar intercambios y transacciones constituye en sí misma una parte de las libertades básicas que los individuos tienen razones para valorar” (p.23).

En tal caso el papel de la ética de los negocios está justamente en valorar las conductas corporativas y las actividades mercantiles que se manifiestan como producto de esta necesidad de perseguir los beneficios económicos.

Sin embargo, la economía moderna se basa en el sistema capitalista y por lo tanto resulta difícil conciliar sus preceptos con la ética y la moral. Sin embargo, para Cortina (2010) también podemos encontrar una corriente moral en el capitalismo, esta idea podría contenerse en la filosofía moral moderna.

La ética empresarial no solo es necesaria, sino que resulta una decisión acertada dentro del ámbito económico pues es rentable. La ética de los negocios conlleva a la creación de valores intangibles, aquellas empresas comprometidas con la ética resultan más competitivas pues generan confianza y credibilidad (Cortina, 1998).

Por otra parte, una organización social legitima su actividad cuando está al servicio de las personas. En tal caso, una empresa que sea percibida como un agente económico deshonesto puede estar expuesto a pérdidas económicas, un claro ejemplo de esta situación se puede reflejar en la cotización en la bolsa de valores (Ramírez, 2008).

### **6.1. El desarrollo económico como factor de expansión de las libertades fundamentales.**

Uno de los temas de mayor preocupación en la actualidad es la desigualdad que existe entre la población mundial en donde se evidencian marcadas asimetrías respecto al acceso a los mercados laborales, derechos económicos, políticos y sociales (Malagón, 2010).

Según Oxfam<sup>1</sup> el 1% de la población mundial se quedó con el 82% de los beneficios económicos generados en el 2017, esto como consecuencia de las condiciones precarias impuestas por el mercado laboral, así como recortes en temas relativos a responsabilidad social y seguridad ambiental producto de las políticas corporativas.

De manera análoga podemos ver como unas pocas organizaciones y empresas han llegado a controlar el mercado mundial, monopolizando productos de primera necesidad, alimentos, semillas, fármacos, etc. Algunas de estas corporaciones son responsables en gran medida de la contaminación ambiental, así por ejemplo Coca cola, Pepsico y Nestlé son algunas de las que más contaminan los océanos con plástico.<sup>2</sup> Al mismo tiempo que, algunos de estos corporativos amasan un gran poderío económico que supera al de algunos países (Deik y otros, 2018).

Esta situación nos lleva a cuestionarnos sobre los fines del desarrollo económico y el papel de las empresas y demás agentes económicos en un mundo cada vez más desigual, desde luego que la maximización de las ganancias como fin único de las actividades resulta en una idea equivocada, pues en la riqueza no constituye el fin mismo, sino que es un instrumento para potenciar las libertades individuales de las personas (Sen, 1999).

Antes que nada, debemos establecer la forma en que concebimos el desarrollo económico, una primera postura podría ser que el desarrollo no siempre es un proceso amigable, un

---

<sup>1</sup> Oxfam es una ONG sin fines de lucro, integrada por 19 organizaciones y comunidades en más de 90 países cuyo objetivo es generar proyectos de desarrollo social y económico.

<sup>2</sup> Greenpeace y Break Free From PLastic, determinaron a partir de una investigación desarrollada en 42 países que, Coca-cola, Pepsico y Nestlé son las corporaciones que más están contaminando los océanos. Según la misma organización se estima que para 2050 la cantidad de plásticos en los océanos será mayor a la cantidad de peces.

proceso en que solo unos pocos se ven beneficiados y en el que no todos ganan, en definitiva, un proceso inequitativo pero legitimado.

Una segunda postura sería concebir al desarrollo económico como un proceso agradable en que se ven potenciadas las libertades y derechos fundamentales, donde además del beneficio económico de quienes impulsan las actividades de comercio ganen todos aquellos grupos que se ven afectados y que de todas maneras son quienes contribuyen a la consecución de los fines económicos de las sociedades de comercio, organizaciones y corporaciones.

La idea de que el desarrollo no es un proceso justo, parecería ser tolerada por la mayoría de la sociedad que en definitiva ve legitimada la actividad comercial cuestiones como la libertad de empresa y la propiedad privada, sin embargo, aún estos derechos tienen limitaciones y deben cumplir ciertos parámetros éticos.

Se podría decir que el ser humano ha llegado a aceptar que las inequidades sociales y económicas son parte del mundo en que vivimos, Rovirosa (1964) cuestiona ciertos convencionalismos sociales que han sido parte de la cultura económica mundial, para él, la idea de que la empresa debe responder únicamente a sus dueños es desde cualquier punto inconcebible, en tal caso el consentimiento universal, de que la empresa es por y para sus dueños, no justifica o legitima su actividad. Aun en nuestros días son normalizadas políticas laborales precarias o la contaminación ambiental. Resulta necesario desarrollar nuevos conceptos e ideas a los límites de la propiedad privada y la manera en que se concibe y legitiman los beneficios económicos de las sociedades de comercio.

sin embargo, la idea de un mejor reparto de los beneficios económicos resulta contradictorio a los intereses propios del mercado, ya que quienes lo integran, velan por su expansión lo que deriva en la monopolización de ciertos sectores contrariando el interés público (Sen, 1999).

Debido a esta expansión de los mercados la sociedad civil ha visto mermados algunos de sus derechos y libertades básicas, aun cuando algunos Estados han elaborado sendos cuerpos constitucionales que velan por un desarrollo económico armonizado con la naturaleza y la dignidad humana.

Esta situación nos invita a reflexionar sobre el concepto de desarrollo, Navarro (2017) sostiene que se suele relacionar equivocadamente términos como PIB y Desarrollo, pues se tiende a ignorar otros indicadores como, la equidad, la distribución de la riqueza, la satisfacción de las necesidades básicas, situación laboral, acceso a los mercados, etc., indicadores que resultan necesarios para establecer un concepto más amplio de desarrollo. En tal caso, la idea del

desarrollo económico tampoco podría asociarse solamente con la industrialización, la globalización, o modernidad.

Muchas voces críticas apuntan al papel de los mercados y el comercio global que no han aportado a equilibrar la balanza entre los más ricos y los pobres, esta situación se ve agravada porque evidentemente nuestros sistemas económicos y sobre todo políticos son injustos (Stiglitz, 2012)

En este sentido resulta necesario entender el papel de los Estados y las decisiones políticas que estos deben tomar para poder instaurar una economía al servicio de las personas. La relación entre política y economía es un tema a estudiar en la actualidad, pues en el mundo global los Estados buscan gestionar el comercio, Conill (2003) señala que:

Surge así un nuevo papel económico de los Estados en la era de la desregulación. Cuando algunos sólo hablan del debilitamiento del Estado o de su desaparición, hay que reflexionar más a fondo sobre su nuevo papel y sus nuevas funciones, su modo de transformarse en una institución eficiente y adecuada al actual desarrollo de la sociedad mundial. (p.13)

Una visión más crítica es la presentada por, Sen (1999) expone una serie de situaciones evidenciando que no siempre una renta elevada supone mayor bienestar en la población, así surgen algunos ejemplos, como el de Bangla Desh, cuya tasa de supervivencia masculina superaba en más de 40 años a los afroamericanos del distrito de Harlem en EE.UU a pesar de las enormes diferencias económicas entre estos dos países, para Amartya Sen, el desarrollo debe ser concebido como un proceso en el que la renta y la riqueza se conviertan en un instrumento de cambio social, en tal sentido las libertades fundamentales del ser humano se verán potenciadas, esto dependerá en la medida en que los estados, a través de las instituciones garanticen y promuevan una visión económica más amplia democrática.

La idea de la libertad resulta un tema complejo en la economía moderna donde cada vez más se aboga por la autosuperación personal y la capacidad del hombre para superar su pobreza, sin embargo, la movilidad económica se ha estancado en los últimos años, en otras palabras, aquellos que nacen pobres tienen pocas probabilidades de ascender socialmente aun cuando hagan todo lo posible por superar su situación económica. Stiglitz (2012) señala que: “Los niños pobres que tienen éxito en sus estudios tienen menos probabilidades de licenciarse en una universidad que los niños más ricos que tienen peor rendimiento escolar” (p. 74).

Por otra parte, la globalización ha permitido que grandes corporaciones sean exitosas gracias a formas de contratación laborales precarias. El falso autónomo constituye hoy en día una de las formas más económicas de asociar grandes cantidades de personas sin darles siquiera el

estatus de trabajador. Empresas como Uber, Delibery, Cabify, han llegado a monopolizar el mercado del transporte y las entregas, gracias a que no emplean trabajadores, sino que cumple sus actividades deslindándose de su responsabilidad en el sector laboral, quienes se asocian a estas empresas ven violados sus derechos laborales. Además, hay que tener en cuenta que en muchos países esta actividad no se encuentra regulada por lo que su contribución a las arcas fiscales es nula.

Por lo tanto, debemos juzgar de qué manera los procesos globalizadores que apuntan por un desarrollo más amplio, pueden o no ser procesos éticos, y si estas corporaciones cumplen su función social, al respecto Conill (2017) señala que:

(...) uno de los procesos más característicos de los procesos globalizadores proviene de la financiación de las economías, habrá que ver si esta promueve realmente de modo primordial los valores morales que decimos defender (por ejemplo, la libertad y la justicia) o si sólo favorece otros objetivos en detrimento de tales valores (...). (p.10)

## CONCLUSIONES

1. Que el asociativismo es una actividad fundamental mediante la cual el ser humano a podido ejercer la actividad económica dando lugar al surgimiento de instituciones, normas y legislaciones mercantiles con un carácter propio y regulador, que en definitiva han velado por la protección del comerciante. Puesto que hasta la edad media la costumbre era la base de las transacciones comerciales, a partir de la edad moderna ya existió un derecho mercantil propio, y especializado, adicionalmente se consideró como acto mercantil ya no solo aquellos actos llevados a cabo por quienes eran considerados comerciantes sino a cualquier acto de comercio independientemente del estatus jurídico de quien lo ejerza, lo que conlleva a una necesaria democratización de intereses sobre esta actividad.
2. Que la evolución del derecho comercial y de sus instituciones demuestran que las actividades de comercio, ejercidas a través de las sociedades mercantiles, constituyen hoy en día la base misma de las actividades económicas ejecutadas de forma conjunta por quienes conforman la empresa.
3. Que en la actualidad resulta complejo establecer un concepto único de *persona* pues el Estado reconoce la existencia de la personalidad jurídica y natural. Al mismo tiempo la teoría de la ficción jurídica, y la teoría de la realidad, resultan insuficientes para entender el concepto amplio de personalidad jurídica en el contexto constitucional ecuatoriano actual.
4. Que la teoría contractualista ecuatoriana heredada del código de comercio italiano resulta incompatible con los principios y valores propios del Estado constitucional de Derechos y justicia, puesto que del contrato de sociedad se desprende un *interés social* identificado con el beneficio económico de los socios dejando de lado a todos aquellos grupos que mantienen intereses legítimos en la actividad ejecutada por la sociedad.
5. Que el estudio de la teoría contractual demuestra a que los administradores sociales, en su afán de perseguir el objeto social recurran a comportamientos poco éticos y moralmente cuestionables, pues el *lucro social* es el eje sobre el cual se construyen las actividades económicas y la filosofía de gobierno corporativo.
6. Que la teoría institucionalista sugiere que con la sociedad se desprende un ente separado de los socios, dotado de personalidad jurídica y que se configura como una

institución social cuyo *interés* se encuentra en la conservación de la sociedad, pues en ella convergen una serie de intereses legítimos y perdurables.

7. Que el Estado Constitucional de Derechos y Justicia sitúa al bienestar general sobre el particular y a la economía al servicio del ser humano, en tal caso la teoría institucional aporta unos postulados coherentes con nuestra legislación permitiendo establecer un concepto más amplio y democrático de *interés social*, en tal sentido la actividad empresarial se verá legitimada en la medida que esté al servicio de las personas y en armonía con la naturaleza.
8. Que en la actualidad las organizaciones son juzgadas por parámetros morales y éticos, en tal sentido resulta necesario que las sociedades mercantiles tomen elementos de la economía ética, la ética de las organizaciones, la ética de los negocios que son necesarias para entender su papel como agentes del desarrollo económico, en tal virtud resultará más viable la materialización de aquellos principios constitucionales relativos a la economía social en el caso ecuatoriano.
9. Que se debe complementar la ética de la convicción, con la ética de la responsabilidad en la actividad empresarial, pues conlleva a una necesaria vinculación con la responsabilidad moral de la persona jurídica.
10. Que el Estado constitucional de Derechos y Justicia plantea nuevos retos con respecto a la actividad empresarial y societaria, pues el sistema económico y social ecuatoriano sitúa al ser humano como sujeto y fin de la actividad económica. En tal sentido surge la necesidad de establecer un *Interés Social* más amplio y democrático, que materialice estos principios en la realidad.
11. Que la persona jurídica debe ser moralmente responsable, pues la teoría institucional sugiere que de la sociedad mercantil se deriva un ente separado del de sus socios, dotado de personalidad jurídica – capacidad de obrar, obligaciones y deberes- cuya finalidad social sería el bienestar común. Así mismo las corrientes de la filosofía moral demuestran que las empresas manejan bienes comunes a todos los seres humanos y por lo tanto las sociedades de comercio tienen un deber para con la sociedad, su fin no puede ser otro que un fin social, pues su actividad solo encuentra legitimidad cuando cumple esta condición.

## RECOMENDACIONES

1. En el desarrollo de la presente investigación se evidenció la falta de un concepto de empresa en el derecho mercantil ecuatoriano. Sin embargo, en marzo del presente año fue aprobado el nuevo código de comercio en donde ya se estableció un concepto, así señala el código actual en su artículo 14. “Empresa es la unidad económica a través de la cual se organizan elementos personales, materiales e inmateriales para desarrollar una actividad mercantil determinada”. En este sentido, es necesario someter a un estudio crítico y metodológico el concepto de empresa establecido por el nuevo código de comercio pues hasta hace poco la única aproximación que teníamos del concepto de empresa era el aportado por el código civil y la ley de compañías que hacían referencia al contrato de sociedad.
2. Hoy más que nunca resulta necesario estudiar el papel de los mercados globales e internos con el fin de identificar su compatibilidad con el sistema económico social y solidario ecuatoriano del cual son parte esencial las empresas.
3. Es necesario estudiar los procesos globalizadores con el fin de determinar los impactos que tienen en la economía ecuatoriana pues es cada vez más apreciable la introducción de grandes corporaciones que tienden a monopolizar ciertos sectores y cuya actividad no se encuentra regulada en nuestra legislación pese a contar con una Superintendencia de Compañías y de Control de Mercado, por lo que resulta apremiante juzgar su labor en próximas investigaciones.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ávila Santamaría, R. (2012). *En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos*. Recuperado de:  
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>.
- Aristóteles, (s.f). *Ética a Nicómaco*. Recuperado de: <http://mastor.cl/blog/wp-content/uploads/2017/12/Etica-a-Nicomaco-Aristoteles-PDF.pdf>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Ecuador: Asamblea Nacional.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (12 de septiembre de 2014). *Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria*. Quito, Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2017). *Ley de compañías*. Quito, Ecuador.
- Atehortúa, J. (2005). *Dimensión institucional de la persona jurídica en el derecho colombiano*. Recuperado de:  
[https://www.researchgate.net/publication/45396789\\_Dimension\\_institucional\\_de\\_la\\_persona\\_juridica\\_en\\_el\\_derecho\\_colombiano\\_La\\_sociedad\\_y\\_la\\_empresa\\_como\\_institucion/download](https://www.researchgate.net/publication/45396789_Dimension_institucional_de_la_persona_juridica_en_el_derecho_colombiano_La_sociedad_y_la_empresa_como_institucion/download)
- Broseta, M. (2010). *Manual de derecho mercantil, Introducción y estatuto del empresariado, derecho de la competencia y de la propiedad industrial, derecho de sociedades*. Madrid, España: Tecnos.
- Broseta, M. & Martínez, M. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Carbonell, M. (2009). *Neoconstitucionalismos*. Madrid, España: Trotta.
- Cárdenas, J. Soto, E. (2007). *Ética en las organizaciones*. Recuperado de:  
[http://fcaenlinea1.unam.mx/anexos/1143/1143\\_u7.pdf](http://fcaenlinea1.unam.mx/anexos/1143/1143_u7.pdf)
- Cárdenas, J. (2012). *El neoliberalismo y las grietas del neoconstitucionalismo*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4828/6.pdf>
- Cortina, A. (2010). *Ética de la empresa*. Madrid, España: Trotta.
- Cortina, A. Conil, J. (1998), *Democracia participativa y sociedad civil: una ética empresarial*. Santafé de Bogotá, Colombia; Siglo del hombre editores.
- Conill, J. (2003). *El sentido ético de la economía en tiempos de globalización*. Recuperado de:  
<http://www.saavedrafajardo.org/Archivos/daimon/029/daimon029-03.pdf>
- Conill, j. (2017). *Nuevos horizontes de economía ética en tiempo de neurociencia*. Recuperado de:  
[https://proyectoscio.ucv.es/wp-content/uploads/2017/09/20-Nuevos-horizontes\\_Jes%C3%BAs-Conill-Sancho.pdf](https://proyectoscio.ucv.es/wp-content/uploads/2017/09/20-Nuevos-horizontes_Jes%C3%BAs-Conill-Sancho.pdf)
- Deik, C. (2018). *La crisis del Estado de derecho*. Bogotá, Colombia: DGP Editores S.A.S.

- Dobson, J. (2010). *Interés Societario*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Domínguez, N. Gómez, B. (2015). Los valores éticos en la responsabilidad social corporativa. Recuperado de:  
<http://www.scielo.org.co/pdf/angr/v14n28/v14n28a02.pdf>
- Esteche, E. (2016). *Conceptualización legal de la sociedad en el siglo XXI*. Recuperado de:  
<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/15165>
- Farinas, J. (1973). *Sociedades mercantiles*. Córdoba, Argentina: Zeus editorial.
- García, G. (2015). *Persona jurídica, Doctrina y legislación mexicana*, México, México D.F: Porrúa.
- Garrigues, J. (1971). *Hacia un nuevo derecho mercantil*. Madrid, España: Tecnos S.A.
- Gil, R. (s.f). El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. Recuperado de:  
<https://biblat.unam.mx/hevila/Quidiuris/2011/vol12/2.pdf>.
- Hoffman, M. (1987). The myth of amoral business. Recuperado de:  
<https://www.bentley.edu/files/2016/02/29/26%20-%20The%20myth%20of%20amoral%20business.pdf>.
- Jiménez, G. (2000). *Lecciones de derecho mercantil*. Madrid, España: Tecnos.
- Hauriou, M. (1968). *La teoría de la institución y de la fundación*. Recuperado de:  
<https://es.scribd.com/document/359231084/La-Teoria-de-La-Institucion-y-de-La-Fundacion-Maurice-Hauriou>
- Macías, M. (1988). *Instituciones del derecho mercantil ecuatoriano*. Quito, Ecuador: Gráficas Arboleda Offset.
- Martínez, E. (2017). *Ética del desarrollo en un mundo globalizado*. Recuperado de:  
[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-92732017000200035](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-92732017000200035)
- Malagón, V. (2010) *Ética y responsabilidad: El nuevo reto de creación de valor en las organizaciones*. Bogotá, Colombia: Corporación pensamiento siglo XXI.
- Mantilla, R. (1977). *Derecho mercantil: Introducción y conceptos fundamentales sociedades*. México: Porrúa.
- Menéndez, A. (1976). *Derecho mercantil*. Barcelona, España: Publicaciones Reunidas S.A.
- Merino, G. (1974). *Derecho mercantil*. Guayaquil, Ecuador: Casa de la cultura ecuatoriana.
- Montuschi, L. (2002). *Las corporaciones como agentes morales: Consideraciones respecto de la personalidad moral de las empresas*. Recuperado de:  
<https://www.researchgate.net/publication/4806453>.
- Montuschi, L. (2009). *Consideraciones respecto a la ética de los negocios, la responsabilidad social empresarial y la filantropía estratégica*. Recuperado de:  
[https://www.researchgate.net/publication/46447809\\_Consideraciones\\_respecto\\_de\\_I](https://www.researchgate.net/publication/46447809_Consideraciones_respecto_de_I)

a\_etica\_en\_los\_negocios\_la\_responsabilidad\_social\_empresa\_y\_la\_filantropia\_es  
trategica.

- Narváez, J. (1998). *Teoría general de las sociedades*. Colombia: Legis editores S.A.
- Nissen, A. (2006). *Curso de derecho societario*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Salgado, V. (1975). *La sociedad de responsabilidad limitada en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Casa de la cultura ecuatoriana.
- Paradinas, J. (s.f). *El pensamiento económico de Aristóteles*. Recuperado de: [http://www.fundacionorotava.org/media/web/files/page161\\_\\_pensamiento-economico-aristoteles\\_BG5v5ax.pdf](http://www.fundacionorotava.org/media/web/files/page161__pensamiento-economico-aristoteles_BG5v5ax.pdf).
- Posso, A. (2009). La función social de la propiedad privada y los incentivos de agentes económicos en el socialismo del siglo XXI. Recuperado de: <http://www.eumed.net/ce/2009a/>.
- Proudhon, P. (2005). *¿Qué es la propiedad? Investigaciones sobre el principio del derecho y del gobierno*. Buenos aires, Argentina: Proyección S.R.L.
- Quintana, E. (2003). *Concursos mercantiles: doctrina, ley Jurisprudencia*, México, México D.F: Universidad autónoma de México.
- Quintana, E. (2006). *Instituciones mercantiles antología*. México D.F, México: Porrúa.
- Ramírez, C. (2004). *Curso de legislación mercantil*. Loja, Ecuador: Gráficaamazonas.
- Ramírez, A. (2008). *Ética de los negocios en un mundo global*. Recuperado de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0187-73722008000200007](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-73722008000200007)
- Rodríguez, J. (1982). *Derecho mercantil*. México D.F, México: Porrúa.
- Rodríguez, J. (1971). *Tratado de sociedades mercantiles*. México D.F, México: Porrúa.
- Rovirosa, g. (1964). *¿De quién es la empresa?* Recuperado de: <https://descargas.solidaridad.net/descargas/de-quien-es-la-empresa-en-pdf/>
- Sabogal, L. (2011). Interés social: *Apuntes teóricos en el marco socio-económico del derecho de empresa*. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2908>
- Salgado, V. (1982). *La sociedad anónima en el Ecuador*. Cuenca, Ecuador: Fondo de cultura ecuatoriana.
- Salgado, V. (1980). *Manual de derecho societario*. Cuenca, Ecuador: Fondo de cultura ecuatoriana.
- Sánchez, F. (1977). *Instituciones de derecho mercantil*. Madrid, España: Mc Graw-Hill.
- Sen, A. (1987). *Sobre Ética y Economía*. Madrid, España: Alianza.
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y Libertad*. Buenos Aires, Argentina: Planeta Argentina.

- Solomon, R. (1995). *La ética de los negocios*. Recuperado de:  
[http://www.uca.edu.sv/facultad/clases/eco/100203/documentos/Singercap\\_31LAETICADELOSNEGOCIOS.htm](http://www.uca.edu.sv/facultad/clases/eco/100203/documentos/Singercap_31LAETICADELOSNEGOCIOS.htm).
- Stiglitz, J. (2012). *El precio de la desigualdad, el 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*. Recuperado de:  
[http://depa.fquim.unam.mx/amyd/archivero/EPreciodelaDesigualdad\\_27245.pdf](http://depa.fquim.unam.mx/amyd/archivero/EPreciodelaDesigualdad_27245.pdf)
- Weber, M. (1919). *La política como vocación*. Recuperado de:  
<http://www.copmadrid.es/webcopm/recursos/pol1.pdf>
- Weber, M. (1974). *Historia económica general*. México: Fondo de cultura económica.
- Zaffaroni, R. (2011). *La Pachamama y el humano*. Recuperado de:  
[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj\\_20180808\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20180808_02.pdf).

## **ANEXOS**