

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL
O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN Y SU APLICACIÓN EN
ECUADOR

Realizado por:

JUAN SEBASTIÁN DÍAZ GRANDA

Como requisito para la obtención del título de:

ABOGADO

QUITO, 2012

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, Juan Sebastián Díaz Granda, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigentes.

JUAN SEBASTIÁN DÍAZ GRANDA

C.C. 171717300-7

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado
“PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN
PARTICIPACIÓN Y SU APLICACIÓN EN ECUADOR”

Realizado por el alumno
JUAN SEBASTIÁN DÍAZ GRANDA

Como requisito para la obtención del título de
ABOGADO

Ha sido dirigido por el profesor
DR. GABRIEL GALÁN
Quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

DR. GABRIEL GALAN

Director

Los profesores informantes

Dr. Fernando Polo Elmir

Dr. Juan Carlos Morales

Después de revisar el trabajo escrito presentado, lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador.

DEDICATORIA

Quiero dedicar este trabajo de investigación de fin de carrea a mis padres, quienes han estado siempre presentes con su apoyo incondicional, cariño y fuerza para alcanzar exitosamente la culminación de mis estudios.

A mis hermanos y familia, quienes me han alentado e impulsado en el desarrollo de esta investigación.

A todos y cada uno de mis profesores, quienes me supieron brindar todo su conocimiento y consejos en estos cinco años de etapa estudiantil.

De una manera especial dedico este trabajo a mi hijo, Martín Sebastián Díaz Andrade, quien desde hace un año y medio se ha convertido en mi motor más importante para poder culminar con éxito mi carrera y llegar a ser un profesional del Derecho, al igual que su madre Diana Andrade, quien siempre me empujo hacia la culminación de ésta investigación.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por darme la oportunidad y permitirme recorrer con éxito el camino que escogí.

A la Universidad Internacional SEK, sus directivos y docentes por brindarme las herramientas necesarias para poder alcanzar mi meta, ser Abogado.

Agradezco de una manera especial a mi Director de Tesis, Dr. Gabriel Galán, quien me supo apoyar, y manifestar en todo sentido su compromiso, dirección, paciencia y consejos que me permitieron culminar este trabajo de la mejor manera.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se centra en la actividad mercantil que se realiza en el país y en las formas de asociarse que existen para ejercerla, tomando como punto principal a la compañía accidental o cuentas en participación, figura que se encuentra prescrita en la Ley de Compañías ecuatoriana, y la cual tiene como objetivo la realización de una o varias actividades comerciales donde el gestor busca inversionistas a los cuales se les llamará partícipes, quienes deberán realizar una aportación y de esta forma tendrán derecho a recibir una utilidad producto de lo realizado por dicho gestor.

En todas las legislaciones revisadas para la elaboración del presente trabajo, pude ver que la normativa es muy parecida a la que tenemos en nuestro país. Sin embargo en mi criterio, lo definido por la legislación argentina nos hace entender con mayor claridad cuál es la función de la compañía accidental o cuentas en participación y sus características principales que la diferencian con respecto a los otros tipos de sociedades.

La compañía accidental o cuentas en participación, al ser una figura *sui generis* por la forma de creación que tiene, así como, por su falta de solemnidades, puede ser aplicada para la realización de varios negocios o actos comerciales de corta data y rápida ejecución, en donde se mantiene oculta la identidad de los partícipes, quienes no actúan de una forma activa en el negocio, sino que, solo se encargan de dar la aportación que les corresponde y de percibir la utilidad en caso de haberla.

Al realizar una comparación entre los tipos de compañías aplicados en Ecuador y la compañía accidental o cuentas en participación con las ventajas o beneficios que estos representan, se busca potenciar y aplicar ésta figura jurídica con mayor frecuencia por parte de personas naturales o personas jurídicas interesadas en invertir dinero, para al final obtener un lucro que represente a esa aportación realizada.

ABSTRACT

The present research works focus on the commercial activity carried out in the country and in the forms of partnering that exist to exercise it, taking as its main point the accidental company or accounts in participation, figure that is written down in the Ecuadorian Company Law, and which its main objective is the realization of one or more commercial activities where the Manager looks for investors which will be then called participants who must contribute and thus are entitled to receive a utility product of what has been done by the administrator.

In all legislations reviewed for this work, I could see that the normative is very similar to the one we have in our country. However in my opinion, what is defined by the Argentinian legislation enables us to understand clearly what is the function of the accidental company or share accounts and its main features that differentiate it from other type of companies.

The accidental companies or participating share accounts, being a *sui generis* figure, not just because of the way they are created as well as the lack of solemnities, can be applied in order to carry out businesses or commercial activities of short data and fast execution, where is hidden the identity of participants who do not act in an active way in business, but just give the contribution they owed and collect the utility in the case there is any.

Making a comparison between the types of companies applied in Ecuador and the accidental companies or share accounts with the advantages or benefits they represent, seeks to promote and apply this legal figure more frequently by natural or legal individuals interested in investing money to eventually obtain a non-profit benefit that represents the contribution made.

RESUMEN EJECUTIVO

En el presente trabajo de investigación tratamos sobre la compañía accidental o cuentas en participación, figura jurídica que forma parte de la Ley de Compañías y que es una de las formas de sociedad que existe en nuestro país. Esta figura jurídica tiene como objetivo la realización de una o varias actividades mercantiles, en la cual una persona denominada gestor, da a una o más personas a las que se las llamarán partícipes, en las utilidades que puedan provenir como producto de la gestión realizada por el gestor. Si bien es cierto que este tipo de compañía se encuentra exenta de las solemnidades establecidas para los demás tipos de compañía, debemos recordar que el artículo 428 de la Ley de Compañías determina que:

Estas asociaciones están exentas de las formalidades establecidas para las compañías. A falta de contrato por escritura pública, se pueden probar por los demás medios admitidos por la ley mercantil. Pero la prueba testimonial no es admisible cuando se trate de un negocio cuyo valor pase de doscientos sucres, si no hay principio de prueba por escrito.¹

Sin embargo, del artículo mencionado anteriormente obtenemos que toda compañía accidental o cuentas en participación debe ser conformada por intermedio de un instrumento privado o público, es decir que exista un contrato escrito, por lo que, no sería válida la conformación de esta figura jurídica mediante contrato verbal.

Para poder hablar de la compañía accidental o cuentas en participación y sobre el campo en que será aplicada, por lo que en el primer capítulo del presente trabajo de investigación revisé temas comerciales, como son los actos de comercio, cuales son los actos de comercio establecidos en Ecuador, quienes pueden ser o no comerciantes, la sociedad como una de las formas de asociarse para la realización de actos de comercio y sobre la personalidad jurídica como característica de las personas jurídicas para la realización de dichos actos.

¹Art. 428 de la Ley de Compañías ecuatoriana.

Al respecto, Paúl Valerí manifiesta que: “El acto de comercio en sentido general, se entiende como la operación producto de la actividad comercial de sus intervinientes y no solamente como obligaciones y contratos particularmente individualizados”.² Por lo que, puedo definir que el acto de comercio es aquella actividad lícita la cual es realizada por personas naturales o personas jurídicas con ánimo de percibir un lucro y haciendo de esa actividad su modo de vida.

En nuestro Código de Comercio en su artículo 3, nos señala taxativamente cuales son aquellas actividades lícitas mediante las cuales tanto personas naturales como personas jurídicas pueden de su ejercicio obtener un lucro y de esa manera hacer de aquellas actividades su modo de vida.

De la misma forma, tenemos que tener en claro quiénes son aquellas personas que la ley autoriza para que puedan realizar los actos de comercio, y es así que, el artículo 2 del Código de Comercio establece que aquellas personas (naturales o jurídicas) que tengan la capacidad para contratar y que hagan de esa actividad su profesión serán consideradas comerciantes.

En palabras de Ignacio Quevedo, nos señala que comerciante: “es aquella persona que buscando el lucro, realiza actos de comercio haciendo de ello su profesión habitual, su modus vivendi”.³ Por su parte la persona jurídica debe encontrarse legalmente constituida e inscrita en el Registro Mercantil para que pueda ser considerada como comerciante.

Por otro lado, hablando sobre lo que es la sociedad tenemos que Adolfo Ruiz, la define como: “un acuerdo de voluntades entre varios sujetos para conseguir una finalidad concreta (...) La sociedad no se ha quedado en un solo acuerdo de voluntades sino que ha dado origen a un nuevo ser capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones”⁴.

²Valeri Albornoz, Paúl. Curso de Derecho Mercantil. Ediciones Liber 2010. Caracas-Venezuela. Página 38

³Quevedo Coronado, Ignacio. Derecho Mercantil. Tercera Edición 2008. Pearson Educación de México S.A., de CV. Página 12.

⁴Adolfo Ruiz de Velasco y del Valle. Manual de Derecho Mercantil. Edición 3 Universidad Pontifica de Comillas, 2007. Página 194.

Y es así, que una sociedad debe contar con dos elementos sumamente importantes como lo son el elemento material y el elemento formal, mismos que se definen como:

Elemento Material: Este elemento material nos habla sobre lo que necesita la sociedad para ser conformada, y como ya lo mencionamos anteriormente, diciendo que la sociedad es un acuerdo de voluntades, pues el elemento material de la misma es la pluralidad de personas, estas personas son las que van a manifestar su voluntad de crear una sociedad para un fin determinado.

Elemento Formal: Este elemento formal hace relación al objeto o fin que se va a dar a la sociedad, constituye la motivación por la cual las partes intervinientes manifiestan su voluntad de querer constituir una sociedad con la finalidad de alcanzar un determinado de lucro.

Una de las características de una sociedad es que entre aquellas personas que van a ser parte del nuevo ente ficticio, exista el ánimo de querer ser parte de ella, y este ánimo es conocido como *ánimus societatis* el cual significa que, es la convicción interna de los asociados en querer ser parte de ella conjuntamente con los otros.

Por otra parte, tenemos la personalidad jurídica, aquella característica que se le otorga a las sociedades mercantiles a fin de que puedan ejercer derechos y contraer obligaciones, al momento que se encuentren legalmente constituidas e inscritas en el Registro Mercantil, y es así, que Guillermo Cabanellas define a la personalidad jurídica como: “el sujeto susceptible de adquirir y ejercer derechos y de aceptar y cumplir obligaciones ya lo sea por sí o por representante”.⁵ De igual forma se establece que para que se pueda reconocer a un ente, personalidad jurídica se debe tomar en consideración 4 aspectos muy importantes, los cuales son: denominación social, domicilio y nacionalidad; tener un patrimonio propio; ser titular de derechos y obligaciones; y, se la deberá considerar como comerciante.

⁵CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho usual. Tomo VI. 31 Edición. Revisada, actualizada y ampliada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina 2009. Página 256.

Recordemos que existen dos teorías sobre la personalidad jurídica, una es la teoría de la ficción y la otra es la teoría orgánica o también conocida como teoría de la realidad. La primera hace relación a que: “la ficción implica que por analogía se les extiende el régimen propio de los seres humanos”.⁶

Por otro lado, tenemos a la teoría orgánica, la cual tiene como principio fundamental el que, solamente aquellos seres que se encuentren dotados de propia voluntad pueden ser considerados titulares de derechos, y es así, ya que, si una persona ya sea esta natural o jurídica, no tiene la capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, no debe en el caso de las sociedades, tener la característica de personalidad jurídica.

En nuestro país, rige y nos acogemos a la teoría de la ficción jurídica, sin embargo considero que sería mucho más aplicable y más apegado a la realidad la teoría orgánica, ya que, básicamente aquellos seres que cuentan con propia voluntad pueden ser considerados titulares de derechos.

Dentro del segundo capítulo del presente trabajo, estudie los antecedentes de la compañía accidental o cuentas en participación, el conocer de donde proviene esta figura jurídica es sumamente importante para poder determinar cuál fue la razón por la que se la dio vida.

Y es así, que la compañía accidental o cuentas en participación nace de la figura conocida como *commenda* en la edad media, esta figura se dio por la necesidad de mejorar el desarrollo empresarial de la época, así como para que personas que no podían ejercer las actividades comerciales por su condición social, encuentren la manera de realizar actos de comercio mediante la captación de capital para que una persona ajena se encargase de realizar el negocio y al final reporte una utilidad a la persona que en un principio dio el aporte económico.

⁶ Capilla Roncero Francisco. La Personalidad Jurídica Funciones y Disfunciones. Editorial Tecnos S.A. 1.984. Madrid. Página 45.

Con el pasar de los años se fue volviendo una manera rápida de realizar negocios o actividades comerciales y a la vez de obtener un lucro como resultado de dicha actividad, por lo que, la figura de la *commenda* fue cambiando e ingresando a las legislaciones de varios países, y a su vez fue cambiando su nombre, es así, que en Ecuador se la conoce como, compañía accidental o cuentas en participación; en la legislación española la conocen como el contrato de cuentas en participación; en el derecho francés *associazione en partecipazione*; la legislación mexicana la identifica como asociación en participación y en la legislación argentina la conocen con el nombre de sociedad accidental o en participación.

Mediante el desarrollo del presente trabajo de investigación, pude observar que la compañía accidental o cuentas en participación tiene una característica muy singular, y es que esta figura tiene un carácter de ocultamiento, es así que, la identidad de los partícipes se mantiene oculta hacia terceros, pues únicamente el gestor es quien aparece frente a terceros como único dueño de la compañía accidental o cuentas en participación.

De igual manera se realizó una comparación entre definiciones legales y doctrinarias con respecto a la figura jurídica objeto del presente trabajo de investigación, en donde la definición que nos da el derecho argentino me parece la más completa, y es que textualmente nos dice que:

Su objeto es la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias, a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre del socio gestor. No es sujeto de derecho y carece de denominación social, no está sometida a requisitos ni se inscribe en el registro público de comercio.⁷

Mientras que dentro de las definiciones doctrinarias, nos encontramos con que José Ramón Cano Rico, define a la compañía accidental o cuentas en participación como:

Aquel en virtud del cual una o más personas se obligan a realizar una aportación de bienes y derechos (valorables en dinero) a favor de un comerciante que procederá a destinar las anteriores aportaciones que adquiriera en propiedad y se integran en su patrimonio a sus actividades mercantiles o industriales con el fin de obtener un lucro

⁷Art. 361 de la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina.

repartiéndose los resultados de su actividad entre el gestor y los partícipes en la forma que hayan estipulado.⁸

Una vez revisadas las definiciones legales como doctrinarias concernientes a la compañía accidental o cuentas en participación, buscamos la naturaleza jurídica que tiene esta figura, concluyendo que, el contrato de compañía accidental o cuentas en participación es un contrato asociativo, en el cual el partícipe realiza una inversión con riesgo al momento de entregar la aportación al gestor a fin de que éste pueda realizar el negocio y al cumplir con el objeto, de la cuenta en participación se reparta las utilidades de conformidad a la aportación realizada por el o los partícipes, ya sea que éstos no contemplen el ánimo de estar juntos como socios de la manera en la que se pueda configurar una sociedad como tal capaz de que se la reconozca personalidad jurídica.

También se definió las características con las que cuenta el contrato de la compañía accidental o cuentas en participación, así como, aquellas condiciones con las que debe cumplir el contrato de conformación de la figura jurídica en estudio. Por otro lado, se determinaron aquellos puntos que pueden ser considerados como ventajas y desventajas al momento de tomar la decisión de conformar una compañía accidental o cuentas en participación.

Continuando con el estudio, nos enfocamos en la utilidad que tiene el contrato de la compañía accidental o cuentas en participación en Ecuador, partiendo de que nuestra Ley de Compañías regula a esta figura jurídica dentro de los artículos 423 hasta el 428. Dentro del tercer capítulo revisamos quienes forman parte de esta compañía, sus derechos y obligaciones, el objeto por el cual se crea, así como, las formas de terminación del contrato y el efecto que causa dicha terminación.

Para la formación de una compañía accidental o cuentas en participación se necesita de la suscripción de un contrato, con al menos dos partes, la primera que es el gestor, persona quien será la encargada de administrar y representar el negocio, y por otro lado, el o los partícipes,

⁸Sierra Morol, citado por José Ramón Cano Rico, de España en su Manual práctico de Contratación Mercantil, Tomo I. Página 410.

quienes serán los “socios ocultos” y realizaran las aportaciones tanto de capital, bienes o servicios para el buen manejo y funcionamiento de la Cuentas en Participación.

Debemos recordar que la ley establece que para la conformación de esta compañía se la debe hacer por escrito, ya sea mediante instrumento público o privado, por lo que no se admitirá un contrato verbal. Las partes que suscriban el contrato se registrarán al mismo, en el cual se hará constar todos los acuerdos a los que lleguen el gestor y partícipes en relación al objeto que justifica la creación de la compañía accidental o cuentas en participación.

Es importante mencionar, que dentro de la compañía accidental o cuentas en participación al gestor lo con los partícipes el contrato en sí de la creación de la figura jurídica antes mencionada y recordando que no deriva de ninguna forma en una especie de mandato, por cuanto el gestor jamás comparece como mandatario ante terceros, sino que comparece a su propia cuenta y como único responsable y dueño de la compañía accidental hacia terceras personas.

Por otro lado, los partícipes son aquellos miembros de la compañía accidental o cuentas en participación quienes indudablemente tienen el deber principal de suministrar o aportar con el capital o bienes al gestor para que se pueda cumplir con el objetivo de la compañía accidental o cuentas en participación.

Las aportaciones que son realizadas por los partícipes constituyen una parte fundamental para cumplir con el objeto de la compañía accidental o cuentas en participación, ya que, si no existieran dichas aportaciones, el gestor simplemente no contaría con los recursos para poder llevar a cabo el negocio que se tiene planeado, ya que debemos recordar que el gestor cuenta con su propia fama para presentarse ante terceros y poder realizar todas las actividades que crea convenientes para obtener un producto de la inversión realizada por los partícipes y de esa manera poder repartir las utilidades correspondientes.

Todas aquellas aportaciones que realicen los partícipes al gestor, pasarán a formar parte del patrimonio de este último, a fin de que no se presente ningún inconveniente para poder realizar

de la mejor manera el negocio y así alcanzar el objetivo de la compañía accidental o cuentas en participación, el lucro.

Como todo contrato dentro del Derecho tiene su forma de extinguirse, el contrato de compañía accidental o cuentas en participación, también tiene causales que se deben respetar para poder dar por terminado el contrato y es así, que debemos indicar que ésta es una facultad inherente del gestor, así como de los partícipes, ya que estos son quienes conforman esta figura jurídica.

El hecho que esta facultad de extinguir el contrato se encuentre implícita en aquellos que forman parte de la compañía accidental o cuentas en participación, no significa que se deben cumplir ciertas acciones tales como, la liquidación de obligaciones con terceros, los partícipes, las utilidades, etc. A continuación mencionaré aquellas causas por las que puede darse por terminado el contrato de la compañía accidental o cuentas en participación:

- Mutuo acuerdo;
- Transcurso del tiempo fijado para el efecto;
- Denuncia del contrato;
- Conclusión de la compañía accidental o cuentas en participación;
- Muerte del gestor; y,
- Quiebra del gestor.

Cualquiera de estas causas justifica la terminación de la compañía accidental o cuentas en participación.

En palabras de Joaquín Garrigues, el efecto que produce la terminación del contrato de la figura jurídica objeto del presente trabajo de investigación consiste:

En la liquidación de la cuenta, que se hará por el gestor. Esta liquidación no tiene ningún influjo sobre el resto de los negocios mercantiles que puede explotar el gestor. Propiamente no es una verdadera liquidación, es más bien un arreglo de cuentas, limitada a la relación contractual entre el gestor y el partícipe; limitada la liquidación a este aspecto interno, su consecuencia es la liberación en lo futuro de toda obligación

contractual. El comerciante gestor en completa libertad para la prosecución de sus negocios.⁹

Una vez que hemos estudiado a la compañía accidental o cuentas en participación, en el último capítulo del presente trabajo de investigación, realicé un estudio comparativo entre los tipos de compañías aceptados por la legislación ecuatoriana y la figura jurídica objeto del presente trabajo, obteniendo como resultado las semejanzas y diferencias que puede existir entre las figuras jurídicas y recordando que estamos dentro de un mundo cada vez más globalizado en el ámbito mercantil; y que, las compañías van sufriendo cambios para satisfacer las necesidades de empresarios nacionales como internacionales, así como, a la vez se van creando nuevas formas de asociarse; dentro de nuestro país las compañías o grupos de asociación más utilizadas son las sociedades anónimas, las compañías de responsabilidad limitada, las compañías holding o tenedoras de acciones y los consorcios o grupos empresariales.

La importancia de realizar un estudio comparativo entre las diferentes compañías y la compañía accidental o cuentas en participación, es conocer que tipos de sociedad son las que existe en nuestra legislación, y como funciona cada una de ellas, a fin de que cuando tomemos la decisión de optar por una de ellas para la realización de un negocio, tengamos pleno conocimiento sobre cuál sería nuestra mejor opción para el negocio que vayamos a emprender. De igual manera, como futuro Abogado, poder asesorar y recomendar de la mejor manera al cliente, entendiendo la necesidad que este tenga para emprender el negocio.

Una vez que hemos estudiado a la compañía accidental o cuentas en participación y al terminar el presente trabajo de investigación, he llegado a fijar ciertas conclusiones, tomando como puntos de referencia aquellas características de la compañía accidental o cuentas en participación que me parecieron realmente importantes y que la hace realmente diferente a comparación de los demás tipos de compañías, ya que, al ser realmente una figura *sui generis*, la cual, por un lado se encuentra exenta de solemnidades y formalismos a excepción de que el

⁹Garrigues, Joaquin. Curso de Derecho Mercantil. Novena Edición, Tomo II. Editorial Porrúa S.A. Av. República Argentina 15. México 1993. Página 63.

contrato de creación debe constar por escrito, carece de denominación social tal como lo señala la legislación Argentina, tiene el carácter de oculto con respecto a la identidad de los partícipes hacia terceros, cuenta únicamente con el gestor que aparece como dueño y señor de toda la compañía accidental o cuentas en participación frente a terceros, ya que, es la persona que realiza el negocio y administra todas las aportaciones que son realizadas por los partícipes.

Realmente la compañía accidental o cuentas en participación forma una sociedad, ya que de una u otra manera tanto gestor como partícipe se unen para alcanzar un fin determinado, que es el lucro; sin embargo, esa unión no complace lo que manda en esencia el *animus societatis*, por lo que no configura una persona jurídica como tal.

ÍNDICE

1	CAPÍTULO I.....	2
1.1	ACTOS DE COMERCIO.....	2
1.2	EL COMERCIANTE: PERSONA NATURAL O PERSONA JURÍDICA.....	5
1.3	LA SOCIEDAD.....	9
1.4	TÉCNICAS ASOCIATIVAS.....	11
1.4.1	El Condominio Naval.....	11
1.4.2	La Societas.....	11
1.4.3	La Commenda.....	12
1.4.4	La Compañía.....	13
1.5	PERSONALIDAD JURÍDICA.....	14
2	CAPÍTULO II.....	20
2.1	COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.....	20
2.1.1	Antecedentes.....	20
2.2	CUENTAS EN PARTICIPACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	22
2.3	CARÁCTER OCULTO DE LAS CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.....	24
2.4	DEFINICIONES LEGALES Y DOCTRINARIAS DE LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.....	27
2.4.1	Definiciones Legales.....	27

2.4.2	Definiciones Doctrinarias.....	28
2.5	NATURALEZA JURÍDICA	30
2.6	CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN	35
2.7	CONDICIONES DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO DE COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN	36
2.7.1	El Contrato.....	36
2.7.2	Existencia del Contrato.....	37
2.7.3	Validez del Contrato.....	38
2.8	VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN	39
2.8.1	Ventajas:	41
2.8.2	Desventajas:.....	41
3	CAPÍTULO III.....	43
3.1	UTILIDAD DEL CONTRATO DE COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN	43
3.1.1	El Contrato de Cuentas en Participación en Ecuador	44
3.2	PARTES INTEGRANTES DE LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN	45
3.3	OBJETO DEL CONTRATO DE COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN	46
3.4	EL GESTOR.....	47
3.4.1	Derechos del Gestor:	48
3.4.2	Obligaciones del Gestor:	49

3.5	EL PARTÍCIPE	49
3.5.1	Derechos del Partícipe	49
3.5.2	Obligaciones del Partícipe	50
3.6	LAS APORTACIONES	50
3.6.1	Propiedad de los bienes aportados.....	52
3.6.2	Naturaleza de los bienes aportados.....	52
3.7	RESPONSABILIDADES	53
3.8	EXTINCIÓN DE LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN / FORMAS DE EXTINCIÓN	54
3.8.1	Mutuo Acuerdo, que puede manifestarse expresa o tácitamente.....	55
3.8.2	Transcurso del tiempo fijado en el contrato, siempre que no medie un acuerdo expreso o tácito de prórroga	56
3.8.3	Denuncia del contrato por uno de los contratantes.....	57
3.8.4	La conclusión de la empresa que constituya el objeto de la cuenta en participación	59
3.8.5	La muerte del gestor	60
3.8.6	La quiebra del gestor	61
3.9	EFFECTOS DE LA EXTINCIÓN.....	62
4	CAPÍTULO IV	64
4.1	COMPARACIÓN DE LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN CON LOS DEMÁS TIPOS DE SOCIEDADES.....	64
4.2	LA COMPAÑÍA ANÓNIMA Y LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN	66

4.3	LA COMPAÑÍA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN	68
4.4	LA COMPAÑÍA HOLDING O TENEDORA DE ACCIONES Y LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN	70
4.5	EL JOINT VENTURE Y LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN	72
4.6	EL CONSORCIO Y LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN	74
4.7	LA COMPAÑÍA EN COMANDITA SIMPLE Y LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN	76
5	CONCLUSIONES	78
6	RECOMENDACIONES	80
	BIBLIOGRAFÍA	81

INTRODUCCIÓN

Por la evolución que ha tenido el mundo tanto en el ámbito económico, social, mercantil, como societario, es importante estudiar a la compañía accidental o cuentas en participación, así como, las diferentes modalidades de compañías mercantiles a fin de satisfacer las necesidades de los empresarios tanto nacionales como extranjeros, ya que nos encontramos en un mundo completamente globalizado y es necesario que los abogados estemos siempre a la vanguardia de este tema, para prestar un correcto asesoramiento legal, mercantil y societario, a nuestros potenciales clientes y por eso revisaremos la figura de la compañía accidental o cuentas en participación.

El contrato de compañía accidental o cuenta en participación, tiene su precedente al igual que la compañía en comandita en el denominado contrato de comenda, figura jurídica aparecida en la edad media en Europa, vinculada a las operaciones marítimas. La comenda era un contrato por el cual el comendador confiaba dinero o mercancías al comendatario o comerciante para que, actuando a nombre propio, lo emplee en actos mercantiles, para al final compartir las pérdidas o utilidades en la proporción pactada.¹⁰

Por lo tanto, esta figura jurídica tiene como objeto, que, mediante las aportaciones realizadas por los partícipes, el gestor pueda administrar el negocio y al final reportar las utilidades a los partícipes de conformidad con la proporción de la aportación realizada y es así como, la compañía accidental o cuentas en participación se encuentra regulada dentro de nuestra legislación en la Ley de Compañías. Este tipo de compañía tiene cierta cercanía a lo que es un joint venture o un consorcio¹¹, ya que, estas tres figuras jurídicas producen la unión de personas naturales o personas jurídicas para realizar un proyecto determinado y por un tiempo

¹⁰Cevallos Vasquez, Victor. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Jurídica del Ecuador 4ta. Edición revisada y ampliada. Página 369

¹¹Jointventure, es un agrupamiento temporal ya sea de personas naturales o jurídicas, destinadas al cumplimiento de un objetivo ya determinado. Consorcio, vinculación temporal entre dos o más personas naturales o jurídicas, para el cumplimiento de un determinado objeto, regulando las actividades de cada parte. partes.

determinado, excluyéndolas de ciertas formalidades a diferencia de los tipos de compañías tradicionales. Y por lo general no van a ser de carácter permanente.

Es así, que la compañía accidental o cuentas en participación puede ser identificada:

Como una herramienta jurídica útil, en las relaciones jurídicas entre los actores del mercado y comercio, en lo que tiene que ver con el financiamiento parcial de ciertas operaciones comerciales, con entregas de dinero o mercancías de terceros al comerciante para que los emplee en las mismas y al final reporten utilidades para las partes.¹²

En el presente trabajo de investigación nos enfocaremos exclusivamente en la compañía accidental o cuentas en participación, figura jurídica que dentro de mi percepción, entorno y experiencia laboral, y desde mi punto de vista es una figura de muy poca atracción en el ámbito local para ser aplicada por parte de los empresarios, ya sea por la falta de solemnidades o por el desconocimiento de la misma, pero: ¿a qué podría deberse la poca utilización de esta figura?, ¿presenta seguridad jurídica a los sujetos que intervienen en ella?, ¿se puede regular o formalizar más esta figura mercantil en la legislación ecuatoriana? Estas son algunas de las incógnitas que inspiran el presente trabajo de investigación y que al momento de desarrollarlo, trataremos de ir las resolviendo.

Por ello, es indispensable mencionar los antecedentes de la compañía accidental o cuentas en participación, que revisemos su historia, el motivo por el cual fue creada, la evolución que ha tenido ésta, así como, sus características, para finalmente indicar las semejanzas como diferencias que pudieran existir entre las compañías tipo y la compañía accidental o cuentas en participación.

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo fundamental el estudiar a la compañía accidental o cuentas en participación, con el afán de poder establecer si se la debe reconocer personalidad jurídica o no, de manera expresa, en nuestra legislación, para lo cual utilizaré el método comparativo, inductivo y exegético en el desarrollo del presente trabajo de

¹²Cevallos Vasquez, Victor. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Jurídica del Ecuador 4ta. Edición revisada y ampliada. Página 369

investigación, métodos que ayudarán a tener un mayor conocimiento sobre la figura jurídica en estudio y el funcionamiento que tiene en otras legislaciones; para de esta manera poder compararla con la legislación ecuatoriana y saber en qué se podría mejorar nuestra Ley de Compañías.

1 CAPÍTULO I

Al desarrollar el presente capítulo revisaremos temas concernientes a la actividad comercial, es decir, estudiaremos muy brevemente lo que es un acto de comercio, cuales son los actos de comercio, quienes pueden ser comerciantes y quienes no, así como, la sociedad comercial como ente de actos de comercio, la evolución que ha tenido la asociación y la personalidad jurídica de las sociedades o compañías. Estos temas son muy importantes, para que, entendamos qué es y cómo funciona la compañía accidental o cuentas en participación. Inicialmente, la compañía accidental o cuentas en participación corresponde al ámbito mercantil; analizaré que actos son de comercio y quienes pueden ejecutarlos.

1.1 ACTOS DE COMERCIO

Los actos de comercio pueden ser realizados por personas naturales o por personas jurídicas. En el primer caso, las personas naturales que hacen del comercio su profesión habitual deben cumplir los requisitos que señala el mismo Código de Comercio, según lo prescrito en el artículo 6¹³.

¹³“Art. 6: Toda persona que, según las disposiciones del Código Civil, tiene capacidad para contratar, la tiene igualmente para ejercer el comercio. (Código de Comercio ecuatoriano).”

También las personas jurídicas pueden ejecutar actos de comercio; inclusive la ley reserva exclusivamente para las personas jurídicas la práctica de ciertas actividades comerciales como la banca¹⁴, los seguros¹⁵, el arrendamiento mercantil (leasing)¹⁶, la intermediación de valores, etc.

Para Guillermo Cabanellas los actos de comercio son:

Aquellos actos que pueden ser por su naturaleza, por accesión o por autoridad de ley. Los primeros por cuanto se practican normalmente por comerciantes, como la compra de mercancías para revenderlas con idea de lucro; los segundos, a consecuencia de otros actos mercantiles, como la fianza que garantiza una operación de comercio y, los terceros, por imperio de la Ley, como la letra de cambio, considerada siempre mercantil, aun cuando la libre una persona que no sea comerciante¹⁷.

Por su parte Paúl Valeri Albornoz, manifiesta que: “El acto de comercio en sentido general, se entiende como la operación producto de la actividad comercial de sus intervinientes y no solamente como obligaciones y contratos particularmente individualizados”¹⁸.

En definitiva, los actos de comercio son aquellas actividades lícitas realizadas por personas naturales o por personas jurídicas nacionales o extranjeras, quienes hacen de su vida cotidiana o tienen como giro de negocio el comercio y viven de ello, con el único fin de lograr un lucro

¹⁴“Art. 3.- La Superintendencia autorizará la constitución de las instituciones del sistema financiero privado. Estas instituciones se constituirán bajo la forma de una compañía anónima, salvo las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda. (Cfr. Ley General de Instituciones del Sistemas Financiero ecuatoriano).”

¹⁵“Art. 1.- Esta Ley regula la constitución, organización, actividades, funcionamiento y extinción **de las personas jurídicas** y las operaciones y actividades de las personas naturales que integran el sistema de seguro privado; las cuales se someterán a las leyes de la República y a la vigilancia y control de la Superintendencia de Bancos y Seguros. (Cfr. Ley General de Seguros ecuatoriana) (las negrillas y subrayado es mío).”

¹⁶“Art. 1, tercer inciso. Las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda, así como las instituciones deservicios financieros, entendiéndose por éstas a los almacenes generales de depósito, **compañías de arrendamiento mercantil**, compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, casas de cambio, corporaciones de garantía y retro garantía, corporaciones de desarrollo de mercado secundario de hipotecas, que deberán tener como objeto social exclusivo la realización de esas actividades, quedarán sometidas a la aplicación de normas de solvencia y prudencia financiera y al control que realizará la Superintendencia dentro del marco legal que regula a dichas instituciones, en base a las normas que expida para el efecto. (Ley General de Instituciones del Sistema Financiero ecuatoriano) (las negrillas y subrayado es mío).”

¹⁷CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo I. 31 Edición. Revisada, actualizada y ampliada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina 2009. Página 151.

¹⁸Valeri Albornoz, Paúl. Curso de Derecho Mercantil. Ediciones Liber 2010. Caracas-Venezuela. Página 38

por todas esas actividades realizadas, pero también estos actos pueden ser realizados por personas que no necesariamente sean consideradas comerciantes.

Una vez que hemos visto lo que es un acto de comercio, a continuación, citaremos aquellas actividades estipuladas en nuestro Código de Comercio, a fin de poder establecer que actos son de comercio en Ecuador:

(1) La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertenecen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, más no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias; (2) La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil; (3) La comisión o mandato comercial; (4) Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes; (5) El transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico; (6) El depósito de mercaderías, las agencias de negocios mercantiles y las empresas de martillo; (7) El seguro; (8) Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aún entre no comerciantes; las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza; (9) Las operaciones de banco; (10) Las operaciones de correduría; (11) Las operaciones de bolsa; (12) Las operaciones de construcción y carena de naves, y la compra o venta de naves o desparejos y vituallas; (13) Las asociaciones de armadores; (14) Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas; (15) Los fletamentos, préstamos a la gruesa y más contratos concernientes al comercio marítimo; y, los hechos que producen obligación en los casos de averías, naufragios y salvamento.¹⁹

¹⁹Código de Comercio ecuatoriano. Artículo 3

Una vez que hemos visto cuales son los actos de comercio que se encuentran en nuestro Código de Comercio, a continuación encontraremos quienes son las personas, ya sean estas naturales o jurídicas, que realizan los actos anteriormente citados.

1.2 EL COMERCIANTE: PERSONA NATURAL O PERSONA JURÍDICA

En Ecuador, se considera comerciante a aquellos que teniendo la capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual.²⁰ Partiendo de esta definición tenemos que el mismo Código de Comercio en su artículo innumerado, después del artículo 2 prescribe que:

Se considerarán comerciantes a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, domiciliadas en el Ecuador, que intervengan en el comercio de muebles e inmuebles, que realicen servicios relacionados con actividades comerciales, y que, teniendo capacidad para contratar, hagan del comercio su profesión habitual y actúen con un capital en giro propio y ajeno (...)²¹.

Cabe mencionar, que el mismo Código de Comercio en su artículo 7 señala expresamente a aquellas personas que no pueden realizar actos de comercio, y estas son: las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos; los funcionarios públicos a quienes está prohibido ejercer el comercio conforme el artículo 266 del Código Penal²², salvo las excepciones establecidas en el mismo artículo; y, los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación;²³ así como aquellas personas que no tengan la capacidad para contratar.

²⁰Código de Comercio ecuatoriano. Artículo 2

²¹Art. innumerado, después del artículo 2 del Código de Comercio ecuatoriano.

²²Los jueces de lo penal, tesoreros, administradores y demás empleados de Aduana y del Resguardo, que ejercieren el comercio por si mismos, dentro del distrito donde respectivamente desempeñan sus funciones, sea abiertamente o por actos simulados, serán reprimidos con la pérdida de lo que se les aprehenda pertinente a este comercio ilícito.

La misma pena se impondrá al Presidente de la República, Ministros del Estado, Gobernadores, Comandantes Generales, Jefes de Zona Militar y Magistrados de los tribunales, si ejercieren el comercio...

²³Art. 7 del Código de Comercio ecuatoriano.

De esta manera, mediante las normas citadas anteriormente, tenemos claro que, para ser comerciante y poder realizar los actos de comercio ya descritos, se requiere de personas naturales o jurídicas, pero ¿qué es lo que requiere una persona natural para convertirse en comerciante y poder ejercer el comercio? Según lo dispuesto en el artículo 6 del Código de Comercio, “Toda persona que según las disposiciones del Código Civil, tenga capacidad para contratar, la tiene igualmente para ejercer el comercio”²⁴. Por lo que, la persona natural únicamente necesita encontrarse en plena capacidad legal para poder contratar. Adicionalmente, en nuestro Código de Comercio se establece que la persona que desea efectuar actos de comercio, debe poseer la respectiva matrícula de comerciante, tal como lo prescribe el artículo 22 del mismo Código de Comercio²⁵.

Sin embargo, Paúl Valeri Albornoz dice que comerciantes son:

Las personas que hacen del comercio su profesión habitual, esto implica que, dentro del mundo de sus actividades, destaca la actividad comercial haciendo de ella un medio de vida, reiterado, constante y permanente. De modo que la cualidad de comerciante no depende de su inscripción en el Registro Mercantil o Cámara de Comercio o de una matrícula que lo identifique como tal. La cualidad de comerciante depende de su actividad diaria, de sus obligaciones y del ejercicio de sus derechos frecuentes para su mantenimiento y operatividad de sus negocios²⁶.

Por su parte, Ignacio Quevedo Coronado señala que comerciante: “es la persona que buscando el lucro, realiza actos de comercio haciendo de ello su profesión habitual, su modus vivendi”²⁷.

El comerciante es aquella persona que como modo de vida realiza actos de comercio; de su profesión resalta el ejercicio de esos actos, y es por esto que concuerdo con la definición citada por el autor Paúl Valeri.

²⁴Art. 6 del Código de Comercio ecuatoriano.

²⁵“Artículo 22.-Toda persona que quiera ejercer el comercio con un capital mayor de mil sucres, se hará inscribir en la matrícula del cantón. Al efecto, se dirigirá por escrito a uno de los jueces de lo Civil, haciéndole conocer el giro que va a emprender, el lugar donde va a establecerse, el nombre o razón con la que ha de girar, el modelo de la firma que usará, y si intenta ejercer por mayor o menor la profesión mercantil, el capital que destina a ese comercio”. Código de Comercio ecuatoriano.

²⁶Valeri Albornoz, Paúl. Curso de Derecho Mercantil. Ediciones Liber 2010. Caracas-Venezuela. Página 45

²⁷Quevedo Coronado, Ignacio. Derecho Mercantil. Tercera Edición 2008. Pearson Educación de México S.A., de CV. Página 12.

En lo que respecta al comerciante como persona jurídica, el artículo 1.957 del Código Civil define a la sociedad o compañía como el contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común (dinero, bienes, servicios, industria o trabajo apreciables en dinero), con el fin de dividirse entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica distinta de sus miembros individualmente considerados²⁸. Y es con la creación de la persona jurídica, la cual debe encontrarse legalmente inscrita en el Registro Mercantil, a fin de que ésta puede ser considerada como comerciante.

El mismo Código Civil ecuatoriano en su artículo 1.963 clasifica a las sociedades en civiles y comerciales. Estas últimas son las que se forman para realizar negocios o actividades que la ley califica como actos de comercio. Es decir, que es la naturaleza mercantil de los actos que realice una sociedad o compañía la que determina su calificación como sociedad comercial.

Este concepto es reafirmado por la Ley de Compañías, cuerpo normativo, en el cual, en su primer artículo define al contrato de compañía como “aquel en el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades”²⁹. Sin embargo este contrato también atenderá todas las disposiciones que se hayan pactado al momento de su suscripción.

Según José de Benito:

Las sociedades mercantiles son aquellas cuyo fin sea practicar actos de comercio. Poco importa que los socios sean o no comerciantes; desde un punto de vista racional-dice el señor GONZALEZ DE ICHÁ VARRI- es indiferente que la forma está regida por las leyes civiles o comerciales; lo que imprime carácter es el objeto que se propone conseguir, realizar actos comerciales, acercar los productos al consumidor, mediar entre productores y consumidores o ayudar a solventar las dificultades y obstáculos que se opongan a tales fines³⁰.

²⁸ Art. 1.957 del Código Civil Ecuatoriano.

²⁹ Art. 1 de la Ley de Compañías ecuatoriano.

³⁰ José L. de Benito. La Personalidad Jurídica de las Compañías y Sociedades Mercantiles. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Página 61 y 62.

Santo Tomás, por su parte, citado por el autor Aníbal Bascuñán, define a la sociedad como “el conjunto de hombres que se reúnen para realizar una cosa en común”³¹, y es así que dentro de la sociedad concurren dos elementos fundamentales, el elemento material y el elemento formal. El mismo autor los define como:

a) El elemento material, “*la pluralidad de seres racionales*”³², es decir que, se requiere de por lo menos dos personas para conformar una sociedad o una compañía, tal como lo prescribe nuestra Ley de Compañías en sus artículos 92 y 147. Con la excepción de las sociedades anónimas en las que participen instituciones de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública (las cuales pueden constituirse con un solo accionista).³³

b) El elemento formal, “*la conspiración constitutiva con unidad de fin, de tendencias y de acción*”³⁴, que no es más que el fin común u objeto social que determina el aporte de medios de distinta naturaleza para conseguirlo. El fin debe tener un carácter lucrativo, pues lo que se pretende es obtener beneficios para repartirse entre los integrantes de la sociedad; y no se entienden como tales los puramente morales no apreciables en dinero.

Una vez que hemos revisado lo que es el acto de comercio y teniendo claro las personas que pueden ejecutar dichos actos, a continuación, analizaremos lo que es la sociedad mercantil a fin de entender cuál es el funcionamiento de la sociedad, así como, la evolución que ha sufrido y de esta manera poder determinar si la compañía accidental o cuentas en participación cumple con los requisitos de una sociedad, para poder considerarla como tal.

³¹Aníbal Bascuñán Valdés. Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Segunda Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1990. Página 92

³²Ibídem.

³³Aquellas sociedades en las que el Estado forme parte, ya sea como accionista o socio, necesariamente éstas se convertirán en **empresas públicas**. El Art. 225, numerales 3 y 4 de la Constitución de la República establecen que: “Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y, Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”. De igual manera el Art. 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas las define como: “Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado”.

³⁴Ibídem.

1.3 LA SOCIEDAD

Para el autor José de Benito,

La filosofía jurídica divide a las Sociedades en dos grandes secciones o grupos: en el primero se incluyen todas aquellas que por su carácter general pueden llenar las necesidades de la vida humana (Estados, Municipios); en el segundo, las que por su finalidad concreta o específica limitan su fin a un solo aspecto.

Y continúa el mismo autor, “Serán Sociedades especiales y, por tanto, personas jurídicas de finalidad única, las Asociaciones lucrativas o no lucrativas, y las corporaciones”³⁵.

Por otro lado, en la obra Manual de Derecho Mercantil, Adolfo Ruiz, dice que:

La sociedad ha sido tradicionalmente un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades entre varios sujetos para conseguir una finalidad concreta. Este contrato, en el devenir histórico del Derecho ha ido de la mano con el concepto de personalidad jurídica. La sociedad no se ha quedado en un mero acuerdo de voluntades sino que ha dado origen a un nuevo ser capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones³⁶.

En relación al tema, María de los Ángeles Soto, dice que la sociedad mercantil:

Es la asociación de personas que a través de un contrato crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio económico individual, participando en el reparto de las ganancias”. La misma autora continúa más adelante indicando que “Para alcanzar ese objetivo eligen una forma de asociación llamada sociedad. Así se dice, que los hombres confieren bienes o servicios para el ejercicio común de una actividad económica con el objeto de dividirse las utilidades³⁷.

Y para Guillermo Cabanellas, sociedad, en lo jurídico, es una:

³⁵José L. de Benito. La Personalidad Jurídica de las Compañías y Sociedades Mercantiles. Editorial Revista de Derecho Privado – Madrid. Página 60 y 61.

³⁶Adolfo Ruiz de Velasco y del Valle. Manual de Derecho Mercantil. Edición 3 Universidad Pontificia de Comillas, 2007. Página 194.

³⁷María de los Ángeles Soto Gamboa. Nociones Básicas de Derecho. Segunda Edición, Editorial Estatal a Distancia San José, Costa Rica, 1987. Página 104.

Elegante expresión, reveladora de que son los hombres mismos los que generan la sociedad, a la que dan vida simultánea con la suya, un aforismo romano proclamaba: ‘Societas est corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum’ (La sociedad es un cuerpo místico compuesto por varias personas). Las manifestaciones jurídicas más concretas de la sociedad, como contrato de Derecho Privado, las configuran la sociedad civil y la sociedad mercantil, donde no sólo se trata por extenso lo atinente a una y otra; sino que rompiendo con fundamento el rigor idiomático en las remisiones, se insertan todas las voces que las complementan, aún con la indicación solitaria de ‘sociedad’, pero por abreviación antonomástica de una o de otra³⁸.

En conclusión, la sociedad es un acuerdo de voluntades, realizado por personas naturales o jurídicas, con el único fin de lucrar mediante la creación de un nuevo ser capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y mediante el cual se pueda desarrollar actos de comercio, que sean capaces de brindar utilidades para las personas que forman parte de esa sociedad y teniendo siempre presente el ánimo de estar todos los socios juntos al frente de la sociedad que conformaron, y en donde uno de los elementos fundamentales de la sociedad, es el “*animus societatis*” o deseo de estar asociado, ya que este elemento:

Es la convicción interna que cada uno de los asociados debe sentir de permanecer en la sociedad con los otros, es como un estado anímico interior y común de cada una de las personas que deben conllevarlos a una predisposición interna de permanecer en una sociedad con sus socios³⁹.

Es decir, para que una sociedad pueda existir como tal, aparte de necesitar a los socios (personas naturales o personas jurídicas), tener un capital, se necesita indispensablemente que aquellos socios tengan el ánimo de estar asociados entre ellos y de este manera poder conjuntamente llevar a cabo el objeto social de la sociedad que conforman, ya que, sin *animus societatis* es muy difícil que la sociedad pueda continuar produciendo, debido a que no hay acuerdos entre los socios o simplemente no tienen interés en ella.

Una vez que hemos identificado lo que es una sociedad, a continuación daremos un vistazo a las diferentes formas de asociación que han existido a lo largo de la historia.

³⁸CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VII. 31 Edición. Revisada, actualizada y ampliada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina 2009. Página 529.

³⁹<http://algunascositasdederecho.blogspot.com/2011/02/elementos-escenciales-del-contrato-de.html>. Fecha de ingreso, 21/07/2012.

1.4 TÉCNICAS ASOCIATIVAS

Para María Gual, en su obra *Las Cuentas en Participación*⁴⁰, existe una clasificación de formas de asociarse que se ha venido desarrollando a lo largo de los tiempos, estas figuras nos describen el paso de asociarse de unas figuras a otras más modernas que tienen como objeto la finalidad del fraccionamiento del riesgo entre aquellas personas o partes que intervienen en la relación asociativa-comercial. Estas figuras son:

1.4.1 El Condominio Naval

Pese a su denominación se trata de una auténtica figura asociativa. Cada partícipe contribuye con su parte a la financiación del buque, la cual, sirve, además, de módulo para la distribución de los beneficios. El patrón del buque, generalmente uno de los copropietarios, se asocia con los demás partícipes para la explotación del buque. El riesgo se divide entre todos los condóminos y la administración de la cosa común; se somete a las reglas de la mayoría, con lo que se altera y se modifica sustancialmente el régimen ordinario de la copropiedad⁴¹.

1.4.2 La Societas

El término *societas*⁴² en el *iusmercatorum*⁴³ medieval poco o nada tiene que ver con la *societas* del *iuscommune*⁴⁴. En su modalidad más típica, la *societas* era un contrato realizado entre un inversor que aportaba dinero y un socio gestor que se encargaba de hacerlo fructificar. Este contrato se realizaba para un solo viaje o con una duración determinada y era muy usual en las

⁴⁰Gual Dalmau, María Asunción. *Las Cuentas en Participación*. Primera Edición 1993. Editorial Civitas S.A. Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid – España. PAG. 51

⁴¹Ibidem

⁴²Societas= Asociación. (http://recursos.cnice.mec.es/latingriego/Palladium/5_aps/diclat.php). Fecha: 21/07/2012

⁴³Iusmercatorum= Derecho mercantil. (http://recursos.cnice.mec.es/latingriego/Palladium/5_aps/diclat.php). Fecha: 21/07/2012

⁴⁴Iuscommune: Derecho común. (http://recursos.cnice.mec.es/latingriego/Palladium/5_aps/diclat.php). Fecha: 21/07/2012

rutas del mediterráneo oriental. Normalmente, quien hacía el viaje aportaba una cantidad de dinero que servía de módulo y quien permanecía en tierra aportaba exactamente el doble. Una vez que la nave llegaba de vuelta al lugar de origen, el gestor liquidaba el contrato con su asociado: cada uno de ellos recuperaba el capital que había aportado y el resto, que eran los beneficios, se repartían por la mitad. Ello suponía la aplicación de una metodología que consistía en aplicar al capital las tres cuartas partes de las ganancias, y el lucro restante se utilizaba para remunerar el trabajo y el riesgo de la persona que realizaba el viaje. De este modo el socio capitalista recibía exactamente la mitad de las ganancias por su aportación de capital, y el gestor, la otra mitad, dividida en dos *quarts*⁴⁵, uno que retribuía el capital y el otro por el trabajo realizado. En cuanto a las pérdidas, éstas eran únicamente soportables en proporción al capital aportado ($2/3$ y $1/3$). Es decir que, el socio capitalista respondía por las $2/3$ partes del monto aportado y el gestor por la tercera parte restante⁴⁶.

La presencia del contrato en esas rutas y el hecho de que la participación se realice entre mercaderes, constituye un claro exponente del incipiente capitalismo comercial de la época. La aportación de capital de forma diversa al préstamo, junto a la ausencia de causas específicas para canalizar la inversión, son las más claras señales de expresión de la falta de especialización y grado de organización del mercado financiero, que ponen además de relieve la función financiera de esa modalidad asociativa⁴⁷.

1.4.3 La Commenda

El desarrollo progresivo de la inversión y extensión de la mentalidad capitalista durante las décadas posteriores, dan lugar a la aparición de una nueva fórmula contractual, conocida con el nombre de *commenda* o *commanda* que más que un contrato es un sistema de contratos que tiene en común las notas del encargo y de la inversión, y que posteriormente, a medida que se

⁴⁵Quarts= cuarta. (http://recursos.cnice.mec.es/latingriego/Palladium/5_aps/diclat.php). Fecha: 21/07/2012

⁴⁶CFR. Gual Dalmau, María Asunción. Las Cuentas en Participación. Primera Edición 1993. Editorial Civitas S.A. Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid – España. PAG. 52

⁴⁷Ibídem.

incrementa la especialización y se perfecciona la organización del mercado, evoluciona hacia la constitución de modalidades contractuales autónomas.

Esta forma asociativa fue la de mayor extensión y utilización durante la baja edad media. Este contrato era muy similar al anterior, según él, el socio capitalista (comandante) realizaba la aportación íntegra del capital necesario para la operación, mientras que el socio gestor (comanditario) sólo aportaba su trabajo personal. Lógicamente, correspondían al socio capitalista las tres cuartas partes de la ganancia total y la cuarta parte restante se atribuía al gestor – que normalmente era un mercader o un patrón de embarcación – como remuneración de su trabajo, mientras que el primero de ellos corría íntegramente con el riesgo de la pérdida del capital encomendado⁴⁸.

La utilización de esa metodología, típica del naciente capitalismo comercial bajo-medieval pone de relieve las notas comunes tanto conceptuales como funcionales existentes entre las *societas maris*⁴⁹ y la *commenda*. En ambos casos se trata de una asociación entre mercaderes, aunque en ocasiones solía también entregarse en comanda dinero ajeno, como era el caso del recibido por aquellos que tenían una mesa de depósitos. Y por último, el objetivo que persigue la fórmula asociativa es también idéntico; únicamente varía la retribución de la persona que realiza el viaje, por la sencilla razón de que al no aportar capital, no puede corresponderle ingreso alguno por este concepto⁵⁰.

1.4.4 La Compañía

El sistema comercial desarrollado durante el siglo XIII hacía posible que los mercaderes aprovecharan al máximo los viajes comerciales sin necesidad de poner capital ni arriesgar la inversión, ya que un mismo comanditario podía recibir, y en el práctico desarrollo de la figura

⁴⁸Ibídem.

⁴⁹Maris= Mar. (http://recursos.cnice.mec.es/latingriego/Palladium/5_aps/diclat.php). Fecha: 21/07/2012. Comanditario era una sociedad.

⁵⁰Cfr. Gual Dalmau, María Asunción. Las Cuentas en Participación. Primera Edición 1993. Editorial Civitas S.A. Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid – España. PAG. 53.

así sucedía, gran cantidad de comendas de diversas personas, que de este modo, fraccionaba el riesgo, repartiendo su capital en distintas comandas hechas a diversos mercaderes.

Esta modalidad de inversión adoptaba la forma de una aportación fija de capital a un negocio ajeno, aunque en ocasiones se realizaba a través de una clase especial de comanda, denominada *missa in societate*⁵¹, que tenía lugar cuando el comandatario era una sociedad, tanto en negocios marítimos como terrestres, extendiéndose así a esta última modalidad de comercio, una práctica surgida originariamente para financiar expediciones navales⁵².

La flexibilidad de este método dio lugar a la sociedad mercantil con razón social y larga duración, conocida con el nombre de *companya*⁵³ o *compañía*.

Una vez que hemos visto brevemente algunas de las formas de asociarse que ha existido a lo largo de la historia, es importante determinar la importancia que en la actualidad cualquier tipo de sociedad se encuentra protegida mediante el otorgamiento de personalidad jurídica y es por esto que a continuación veremos lo que es la personalidad jurídica.

1.5 PERSONALIDAD JURÍDICA

Para el autor Andrés Nieto:

La persona jurídica puede ser definida como organización humana, encaminada a la consecución de un fin, a la que el derecho reconoce como miembro de la Comunidad, otorgándole capacidad jurídica.

Pues, el derecho atribuye personalidad a ciertos entes que aprehende del campo social, entes que, sin tener una realidad corporal y espiritual como el hombre, sin embargo tiene realidad social, una individualidad propia y forman parte en la comunidad, como unidades distintas e independientes, para alcanzar determinados fines que interesan no

⁵¹Missa in Societate= Enviar la Asociación.http://recursos.cnice.mec.es/latingriego/Palladium/5_aps/diclat.php

⁵²Cfr. Gual Dalmau, María Asunción. Las Cuentas en Participación. Primera Edición 1993. Editorial Civitas S.A. Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid – España. PAG. 53

⁵³Companya= Compañía. http://recursos.cnice.mec.es/latingriego/Palladium/5_aps/diclat.php

a un solo hombre, sino a una pluralidad de ellos, o que prácticamente solo son concebibles, o al menos lo son más fácilmente, por organizaciones humanas que por el hombre aislado.

Según el profesor Castán, la persona jurídica tiene que tener dos requisitos esenciales que la definen como tal, y estos son:

- Que aparezca una entidad independiente de sus elementos componentes, incluso de los individuos humanos que puedan constituir la, y
- Que a tal entidad se le reconozcan derechos u obligaciones que no corresponden a alguno de los elementos o miembros componentes⁵⁴.

Para Cabanellas el concepto de personalidad jurídica no es más que “todo el que tiene aptitud para el Derecho y ante él; el sujeto susceptible de adquirir y ejercer derechos y de aceptar y cumplir obligaciones; ya lo sea por sí o por representante.”⁵⁵ Con esto tenemos claro que aquel que cuente con aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones debe tener la característica de persona jurídica, refiriéndonos en este caso únicamente a las Sociedades Mercantiles y cualquier otro tipo de contrato que tenga como fin el realizar actos de comercio.

En la legislación ecuatoriana tenemos que, el artículo 564 del Código Civil llama persona jurídica a una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. De igual manera el artículo 1.957 ibídem manifiesta que: “sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”⁵⁶.

Para que el reconocimiento de la personalidad jurídica se dé, se debe tomar en cuenta los siguientes elementos⁵⁷:

1. Usará su propio nombre, tendrá un domicilio y una nacionalidad.

⁵⁴Nieto Salinas Andrés. Administración de Empresas Volumen 1. Editorial Mad. S.L. Primera edición 2004. Sevilla-España. Página 20.

⁵⁵CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VI. 31 Edición. Revisada, actualizada y ampliada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina 2009. Página 256

⁵⁶Art. 1.957 del Código Civil ecuatoriano.

⁵⁷<http://www.santiagooscoar.com.ar/?p=571>. Fecha de consulta 21/07/2012

2. Será titular de un patrimonio propio con el que responderá de las deudas sociales.
3. Podrá ser titular de derechos y obligaciones.
4. Tendrá la consideración de comerciante.

Una vez que hemos visto los conceptos de lo que es una persona jurídica, debemos saber que existen dos teorías sobre la persona jurídica, una de ellas es la teoría de la Ficción y la otra, es la teoría orgánica.

Teoría de la ficción:

Para Francisco Capilla, la teoría de la ficción recoge dos características primordiales como son: la agrupación para la consecución de un fin que reviste interés general y tiene visos de permanencia, y, los casos en los cuales un conjunto de bienes que dan afectos a la consecución de un fin que también es general y permanente⁵⁸.

El mismo autor señala más adelante que:

La ficción implica que por analogía se les extiende el régimen propio de los seres humanos. Y de tal artificio, ante la imposibilidad de otra explicación lógica, se dice que es una *fictio iuris*, expresión con la cual indefectiblemente se quiere indicar a aquellas situaciones que, sin ser de una determinada manera en la realidad, sin embargo merecen esa consideración determinada para el ordenamiento jurídico⁵⁹.

Por su parte Savigny manifestaba que persona era todo ente capaz de contraer derechos y obligaciones ya que solo aquellos entes que se encuentren dotados de voluntad podían tener derechos. Así mismo advierte que la personalidad jurídica tiene un elemento fundamental, como es el de la capacidad para tener su propio patrimonio⁶⁰.

Es por esto que, la teoría de la ficción ha sido criticada en dos puntos, primero tachándola de burda al expediente técnico a fin de justificar la atribución de personalidad jurídica y en

⁵⁸Capilla Roncero Francisco. La Persona Jurídica Funciones y Disfunciones. Editorial Tecnos S.A. 1.984. Madrid. Página 45.

⁵⁹Capilla Roncero Francisco. La Persona Jurídica Funciones y Disfunciones. Editorial Tecnos S.A. 1.984. Madrid. Página 45.

⁶⁰Cfr. (davinci22.tach.ula.ve/documents/derecho_mercantil.../grupo4.doc). Fecha de consulta 21/07/2012

segundo lugar porque tiene un carácter heterogéneo, que se predica en los distintos supuestos: de una parte, naturalmente es persona el hombre; y de otra, artificialmente y por ficción son personas las asociaciones de personas.

Teoría Orgánica:

Esta teoría también es conocida como, la teoría de la realidad o teoría orgánica de las personas jurídicas. La paternidad de esta teoría se la atribuye a Beseler y sobre todo a Otto Von Gierke. Para los seguidores de la concepción orgánica solamente los seres dotados de propia voluntad pueden ser considerados titulares de derechos subjetivos.

Por su parte, Francisco Capilla manifiesta que la función del Derecho respecto de tales seres (los seres dotados de propia voluntad) se reduce a la del mero reconocimiento de tal realidad preexistente. Esa realidad preexistente y predeterminada del mundo jurídico, tiene dos tipos de seres; por una parte los individuos, quienes asumen relevancia jurídica, no por su existencia en sí, sino en virtud de y para su integración social; y por otra parte se encuentran los conjuntos o grupos de individuos, que son grupos portadores de interés propios y distintos de los individuales de sus miembros y que poseen una voluntad propia, también distinta de las individuales, conformada y expresada a través de los órganos de la comunidad⁶¹.

Continúa el mismo autor, advirtiendo que el logro más destacable de la teoría orgánica a diferencia de la teoría de la ficción, es que la primera da homogeneidad y coherencia a la categoría de la persona, los entes reconocidos como tales son considerados existentes en la realidad y en el Derecho, tanto para las personas físicas como para las jurídicas, y desempeña idéntica función: el declarar realidades preexistentes por parte del Estado, ya que éste cumple un papel puramente declarativo y no constitutivo respecto de las personas jurídicas.

⁶¹Capilla Roncero Francisco. La Persona Jurídica Funciones y Disfunciones. Editorial Tecnos S.A. 1.984. Madrid. Página 48.

Por otra parte, continúa el mismo autor:

la tesis orgánica mantiene y fomenta el asociamiento y corporativismo, esto es, la formación y subsistencia de centros de poder organizado independientes del Estado que éste no puede arbitrariamente desconocer. En tiempos de cambio, mantener la concepción orgánica, supone el favorecimiento del inmovilismo y conservación de la situación preexistente⁶².

En conclusión, debemos recordar que en Ecuador prevalece y se aplica la teoría de la ficción jurídica, sin embargo para mi forma de ver podría ser aplicable la teoría orgánica o también llamada teoría de la realidad, ya que básicamente aquellos seres que cuentan con propia voluntad pueden ser considerados titulares de derechos, y es así que, para que una persona natural sea titular de derechos debe ser inscrita en el Registro Civil y las personas jurídicas legalmente constituidas se vuelven titulares de derechos el momento que se encuentren inscritas en el Registro Mercantil. Y es que para ésta teoría tanto las personas naturales como jurídicas existen en la realidad, así como para el Derecho.

Una vez que hemos revisado lo que es la persona jurídica y las diferentes teorías sobre la personalidad jurídica, tenemos claro que toda compañía mercantil goza de personalidad jurídica, por lo que es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones para con terceros siempre a través de su representante legal.

En base a lo que estipula el artículo 2 de nuestra Ley de Compañías y los artículos 423 al 428 del mismo cuerpo normativo, saltan dudas y nos planteamos las siguientes inquietudes, ¿por qué el legislador presumiblemente no incluyó dentro de las cinco especies de compañías de comercio que tiene personalidad jurídica a la compañía accidental o cuentas en participación?, ¿será que el legislador pretendió darle un trato o régimen especial a las compañías accidentales o cuentas en participación?, ¿son válidos todos los actos realizados por las compañías accidentales o cuentas en participación?, todas éstas, las iré resolviendo a lo largo del presente trabajo.

⁶²Capilla Roncero Francisco. La Persona Jurídica Funciones y Disfunciones. Editorial Tecnos S.A. 1.984. Madrid. Página 48 y 49.

Una vez que hemos visto lo que son los actos de comercio, quienes son comerciantes, la sociedad comercial, las formas de asociación que han existido y la personalidad jurídica de la misma y teniendo más claros todos esos conceptos, en el siguiente capítulo estudiaremos a la compañía accidental o cuentas en participación a fin de entender cuál es su funcionamiento y su propósito en el ámbito mercantil del Ecuador.

2 CAPÍTULO II

2.1 COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

2.1.1 Antecedentes

Una vez que hemos precisado en el capítulo anterior lo que es el acto de comercio así como quienes pueden ejecutarlo, lo que es la sociedad mercantil y la personalidad jurídica, a continuación, nos enfocaremos en la compañía accidental o cuentas en participación, figura jurídica que por su objeto realiza actos de comercio y actividades mercantiles.

Con el objetivo de llevar a cabo la realización del presente trabajo de investigación sobre la compañía accidental o cuentas en participación, es muy importante determinar las raíces que dieron vida a esta figura jurídica, es por esto que:

Su origen histórico está en la figura medieval de la <<comenda>>, y la razón económica de su existencia es doble. Por un lado, la necesidad de captar capitales que pueda precisar un empresario para el mejor desarrollo de su actividad. Este contrato permite conseguirlos de una forma menos onerosa que acudiendo al crédito o préstamo, ya que el coste de los fondos se remuneran con beneficios obtenidos sin gravar con ello la explotación. De otro, el deseo de invertir <<a riesgo>>, que puedan

sentir ciertas personas, sin verse implicados en un complejo proceso de responsabilidad personal, y sin que su nombre figure en las relaciones empresariales.⁶³

Es decir, que de un breve análisis histórico de esta figura se impone como referencia la común percepción doctrinaria en el sentido de asegurar que las cuentas en participación son un contrato de cooperación económica cuyos antecedentes se encuentran en la denominada “participación” o “comenda” medievales, la más antigua de las formas de colaboración empresarial conocida y además origen histórico de las sociedades en comandita. Así “Sociedad Comanditaria y cuentas en participación descansan en el mismo fundamento económico; ambas conceden a un capitalista la posibilidad de participar con un aporte patrimonial en el negocio mercantil dirigido por otro”.⁶⁴

La diferencia primordial que presenta el contrato de cuentas en participación con el contrato de comenda, se encuentra en el carácter oculto en el que se lleva a cabo la aportación del o los partícipes; es por esto que, el contrato de cuentas en participación presentaba diferentes denominaciones alrededor del mundo tales como: “Sociedad Secreta”, “Sociedad Accidental”, “Compagina Secreta”, “StilleGesellschaft”, e incluso “SocietéAnonyme” o “Conta d’ Amentare”.

La utilización de esta institución jurídica en la baja edad media, llegó a ser totalmente útil y de una forma extraordinaria, ya que permitía la participación en toda actividad comercial de aquellas personas que contaban con impedimentos o que no era común verlas realizando actividades referentes al ejercicio mercantil, tales como la nobleza, los eclesiásticos y los jueces, y evadía la prohibición canónica que impedía el cobro de impuestos, siendo así, la compañía accidental o cuentas en participación fue una nueva forma de realizar actos de comercio.

⁶³Adolfo Ruiz de Velasco y del Valle. Manual de Derecho Mercantil. Edición 3. Volumen 24. Editor Universidad Pontificia de Comillas, 2007. Paginas, 544

⁶⁴Garrigues, Joaquín. Tratado de Derecho Mercantil. Tomo III. Volumen I. Obligaciones y contratos mercantiles. Revista de derecho mercantil. Madrid, 1963. Página 183.

Como se puede observar, las razones de su existencia continúan plenamente vigentes en el momento actual, siendo una figura sin mayores formalismos previstos en los cuerpos normativos. Así tenemos por ejemplo que:

En Europa, en las legislaciones española y portuguesa regulan el contrato de cuentas en participación; en Francia la *associazione en partecipazione*; en el derecho anglosajón se permite en las sociedades la presencia del “*Sleeping Partner*” o “*Dormant Partner*” que no es otra cosa que el o los partícipes; en nuestro continente, en México y Venezuela se denominan asociaciones de participación; en Argentina, las sociedades accidentales o en participación, en Colombia contrato de cuentas en participación⁶⁵

Sin embargo, a pesar de que en nuestro país este tipo de asociaciones o cuentas en participación se encuentra plenamente reconocida y regulada por nuestra Ley de Compañías, en mi experiencia pre profesional esta figura jurídica no es muy atractiva para los actos de comercio realizados por empresarios, comerciantes y demás, quienes prefieren recurrir a las figuras societarias tradicionales tales como las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada; esto a pesar de que las asociaciones accidentales o cuentas en participación están exentas de los formalismos para los demás tipos de sociedades previstas en la Ley.

2.2 CUENTAS EN PARTICIPACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

La Ley de Compañías ecuatoriana, define en su artículo 423 a las asociaciones en participación “como aquella en que un comerciante da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todo su comercio; pero puede también tener lugar en operaciones mercantiles hechas por no comerciantes”. Estas asociaciones están exentas de las formalidades establecidas para las demás compañías, pudiendo establecerse por escritura pública o contrato privado y presumiblemente carecen de personalidad jurídica.

⁶⁵Londoño Jaramillo, Juan Carlos. El contrato de cuentas en participación. Pontificia Universidad Católica Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Santa fe de Bogotá 2.000. Página 8.

El contrato de sociedad accidental o cuentas en participación, es aquel mediante el cual dos o más personas sean estas naturales o jurídicas, toman interés en una o más operaciones determinadas o transitorias, a cumplirse mediante aportaciones comunes, llevándose a cabo las operaciones por uno, dos, tres o el número de asociados que se haya planteado en el contrato suscrito para dar vida a esta figura jurídica, de igual manera serán repartidas las utilidades que provengan por la acción comercial que se realice e igualmente serán repartidas las pérdidas en caso de haberlas:.

El contrato de cuentas en participación, por lo demás, se encuentra enmarcado dentro de las asociaciones económicas, con alguna aproximación al jointventure y al consorcio, es identificado como una herramienta jurídica útil en las relaciones jurídicas entre los actores del mercado y comercio, en lo que tiene que ver con el financiamiento parcial de ciertas operaciones comerciales, con entregas de dinero o mercancías de terceros al comerciante para que los emplee en las mismas y al final reporten utilidades para las partes⁶⁶.

Por su parte, el autor Juan M. Farina, hace una distinción entre lo que sería la sociedad en participación y sociedad accidental ya que dice que conceptualmente son dos figuras distintas y perfectamente separables, conceptos que cito a continuación:

Hay sociedad en participación cuando dos o más personas mediante aportes destinados a constituir un fondo común, en virtud de un acuerdo privado que no trasciende a terceros, encomiendan a uno de ellos, llamado socio gestor, la aplicación de este fondo común a una actividad económica para dividirse entre sí las ganancias o soportar las pérdidas que resultaren” y por otro lado dice que “Sociedad accidental es aquella que se constituye para una o más operaciones determinadas y transitorias, de tal modo que concluidas dichas operaciones la sociedad se disuelve. Conceptualmente la sociedad accidental no necesita ser oculta o en participación.⁶⁷

En nuestra legislación, no tenemos una distinción tan clara entre lo que es una sociedad en participación y una sociedad accidental, tal como lo indica Juan Farina, puesto que en la Ley de Compañías ecuatoriana en la primera parte de su Sección XV, habla sobre la asociación o

⁶⁶Cevallos Vásquez, Víctor. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Jurídica del Ecuador, 4ta. Edición Revisada ampliada y actualizada. Página 369.

⁶⁷Farina, Juan M. Estudio de Sociedades Comerciales Colectiva en Comandita Simple Capital e Industria Responsabilidad Limitada en Comandita por Acciones Accidental o en Participación. Editorial ZEUS Editora Rosario, 1974. Páginas 516-517.

cuentas en participación, y en su artículo 423 dice que: “la asociación en participación es aquella en la que un comerciante da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todo su comercio” y en el artículo 427 *ibídem*, señala que “Salvo lo dispuesto en los artículos anteriores, la asociación accidental se rige por las convenciones de las partes...”⁶⁸. Como podemos ver, el legislador trata a la asociación en participación como a la asociación accidental dentro de un mismo capítulo y para mi forma de ver, las trata por igual, es decir que no hace ninguna distinción y vendrían a ser “sinónimos” por llamarlas de alguna forma o simplemente las dos serían una misma figura jurídica.

Realizando una comparación con lo que dice Farina y nuestra Ley de Compañías, tenemos que para el tratadista existe 2 figuras completamente diferentes, y es que por un lado se encuentra la sociedad en participación y por otro la sociedad accidental; mientras que para la legislación ecuatoriana, únicamente existe la compañía accidental o cuentas en participación, esto quiere decir que nuestro legislador no hizo una distinción sobre las figuras jurídicas, sino de lo contrario, las tomó como si fuesen una misma y es por eso la tipificación que tenemos en la Ley de Compañías ecuatoriana.

Siguiendo con el estudio de la compañía accidental o cuentas en participación, tenemos que una característica de esa figura jurídica es su carácter oculto, pues como sabemos, el único que se deja ver ante terceros es el gestor quien a su propio nombre y propia cuenta responde ante ellos, como único administrador y dueño. A continuación trataremos esta característica de la compañía accidental o cuentas en participación.

2.3 CARÁCTER OCULTO DE LAS CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Para María Gual, en su obra “Las Cuentas en Participación”, sostiene que:

⁶⁸ Artículo 423 y 427 de la Ley de Compañías ecuatoriana.

El carácter oculto de las cuentas en participación ha sido históricamente una característica propia de la misma. La antigua *comenda medieval* se caracterizaba porque frente a terceros solo aparecía el *comendador*, quedando oculto el partícipe. Es precisamente el carácter oculto de la relación lo que hace posible que personas a las que estaba prohibido el ejercicio del comercio, como eran el clero, y la nobleza pudieran, a través de una contribución al negocio de otro, participar en los beneficios de la actividad comercial desarrollada por un tercero.⁶⁹

La misma autora señala en su obra que, por la característica de carecer de nombre y ocultamiento hacia terceros la *société anonyme ou inconnue*, posee una gran similitud con la compañía accidental o cuentas en participación, y es así que la falta de publicidad de esta figura jurídica respondía a una estrategia de limitar la responsabilidad del o de los partícipes, ya que en la etapa pre capitalista de acumulación de capitales, la limitación de responsabilidad se lograba a través de instrumentos contractuales, entre los que se encontraba la figura jurídica ya mencionada.⁷⁰

Es por esta característica de ocultamiento de la figura jurídica objeto del presente trabajo de investigación, que el partícipe o inversionista (oculto) realiza las contribuciones, financieras (dinero, bienes, servicios) necesarias en un negocio, cuyo único titular es el denominado gestor y a la espera de recibir los frutos (utilidades) por las aportaciones realizadas; pero la característica fundamental de la figura jurídica en estudio es su falta de manifestación externa acerca de la procedencia de las aportaciones realizadas por los partícipes, siendo así, únicamente el gestor el encargado de llevar la titularidad individual del negocio, la responsabilidad derivada del ejercicio del negocio económico se la imputa directamente a este último, limitando, así, el riesgo del o los partícipes a su cuota de aportación invertida⁷¹.

Si la compañía accidental o cuentas en participación, como una relación jurídica oculta, interna, que no se exterioriza hacia terceros, llegara en algún momento a un quebrantamiento total del secreto respecto de sus partícipes, esta figura jurídica perdería su condición de tal para convertirse en otro tipo de sociedad o compañía, esta interrogante es muy discutida por tratadistas como Vivante, quien manifiesta que “sería desde luego extraño que un contrato

⁶⁹Gual Dalmau, María Asunción. Las Cuentas en Participación. Primera Edición 1993. Editorial Civitas S.A. Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid – España. PAG. 190

⁷⁰Cfr. Ibídem.

⁷¹Cfr. Ibídem.

lícito tuviera que mantenerse en secreto para conservar su propia naturaleza”; al respecto Langle señala que “la posición jurídica del partícipe no puede verse alterada simplemente por el hecho de hacerse pública la existencia de la relación de cuentas en participación”. Esto quiere decir que sin importar que se vea expuesta la conformación de la compañía accidental o cuentas en participación, esta figura no pierde su esencia ni su validez de creación como tal.

La declaración de la existencia de la cuenta en participación o incluso el nombre del partícipe no tendrá ninguna relevancia jurídica siempre y cuando quede absolutamente clara la condición con la que se encuentra el partícipe.

De acuerdo a lo investigado con respecto al carácter oculto de la compañía accidental o cuentas en participación, debemos indicar que esta figura jurídica, no se presenta como una compañía *per se* frente a terceros, sino que, es el gestor quien la representa y da la cara frente a las otras personas, y de este modo se condiciona la responsabilidad frente a terceros y limita la responsabilidad de los partícipes en relación a la cuota aportada por cada uno de ellos. El hecho de que en algún momento se deje en evidencia quienes conforman la compañía accidental o cuentas en participación, no tendría por qué afectar a la figura jurídica, ya que el rol que cumple cada persona se presume está definido claramente y no debería acarrear ninguna responsabilidad jurídica adicional.

Actualmente en nuestro país se está desarrollando la cultura de la transparencia en cuanto a las compañías y sociedades⁷² a fin de poder identificar plenamente quienes son socios y accionistas de empresas y compañías nacionales o extranjeras que tengan sucursales en el país, para de esta manera poder establecer las correspondientes responsabilidades del caso. Por esta razón que, en caso de que se llegue a identificar a los partícipes, la compañía accidental o cuentas en participación no tendría por qué tener problema alguno en cuanto a una posible terminación del contrato. A continuación revisaremos algunas definiciones legales como doctrinarias sobre la compañía accidental o cuentas en participación.

⁷²Resolución No. SC-DSC-G-12-002, de fecha 12 de marzo de 2012 y publicada en el Registro Oficial No. 676 de 4 de abril de 2012.

2.4 DEFINICIONES LEGALES Y DOCTRINARIAS DE LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Para entender de mejor manera lo que es la compañía accidental o cuentas en participación a continuación citaremos diferentes definiciones jurídicas así como definiciones doctrinales sobre esta figura jurídica.

2.4.1 Definiciones Legales

La legislación ecuatoriana en su Ley de Compañías dentro de su artículo 423, define a la Compañía Accidental o Cuentas en Participación como:

Aquella en que un comerciante da a una o más personas participaciones en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todo su comercio; pero puede también tener lugar en operaciones mercantiles hechas por no comerciantes⁷³.

En la legislación colombiana tenemos que el Código de Comercio en su artículo 507 define a este tipo de sociedades como:

La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida⁷⁴.

La Ley de Sociedades Comerciales de Argentina en su artículo 361 define este tipo de sociedad como:

⁷³Ley de Compañías ecuatoriana. Artículo 423. Registro Oficial 312 de 05 de noviembre de 1999. Última modificación el 13 de octubre de 2011.

⁷⁴Artículo 507, Código de Comercio Colombiano.

Su objeto es la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias, a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del socio gestor. No es sujeto de derecho y carece de denominación social, no está sometida a requisito de forma ni se inscribe en el Registro Público de Comercio. Su prueba se rige por las normas de prueba de los Contratos⁷⁵.

Y la Ley General de Sociedades Mercantiles mexicana en su artículo 252 la define como:

La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil de una o varias operaciones de comercio⁷⁶.

De las definiciones legales que hemos enunciado anteriormente podemos ver claramente, que en el fondo, todas las legislaciones latinoamericanas consultadas guardan la misma esencia sobre el objeto de la compañía accidental o cuentas en participación, acerca de que el o los partícipes son quienes invierten en un negocio ajeno perteneciente y administrado por el denominado gestor y a la espera de recibir las utilidades respectivas en proporción a su aporte; pero también se puede distinguir que en la normativa Argentina se señala expresamente que la compañía accidental o cuentas en participación no es sujeto de derecho y carece de denominación social y que no debe cumplir con las solemnidades establecidas para los otros tipos de compañías. Por lo que, para mi criterio, la definición de la legislación argentina es la más completa y se la debería tomar en cuenta para tal vez en un futuro cercano los señores asambleístas realicen una reforma a nuestra ley de compañías.

2.4.2 Definiciones Doctrinarias

Cesar Vivante en su obra el Tratado de Derecho Mercantil define a las sociedades accidentales o cuentas en participación como:

⁷⁵ Art. 361 de la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina.

⁷⁶ Art. 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles Mexicana.

La asociación es un contrato por el cual una persona concede a otra en las ganancias y pérdidas de sus operaciones mercantiles. Llamaremos asociante al que dirige la operación y asociado al que sigue su suerte participando en los resultados.⁷⁷

En el Manual de Derecho Mercantil español realizado por Emilio Langle y Rubio señalan que las cuentas en participación:

Podría darse su noción doctrinal diciendo que una persona (titular, participante, asociante, gestor o complementario) se obliga a dar participación a otra (participe o asociado) en las utilidades o pérdidas de una o de varias operaciones mercantiles o del comercio entero que realiza aquella bajo su exclusivo nombre y responsabilidad a cambio de una aportación que ésta se compromete a conferirla”. (...) También puede darse el caso de que varias personas se reúnan (sin constituir sociedad) para emprender una actividad comercial no iniciada todavía y apareciendo públicamente sólo una de ellas; lo cual representa una modalidad especial, con notas particulares⁷⁸.

En el Manual de Derecho Mercantil de Broseta Pont se presenta la siguiente definición sobre las sociedades accidentales o cuentas en participación como:

Las cuentas en participación fueron y son un contrato de colaboración económica, frecuentemente estipulado, por el que uno o varios sujetos aportan capital o bienes a otro, para participar en los resultados prósperos o adversos de un acto o actividades que éste desarrolla enteramente en su nombre y aparentemente por su única cuenta⁷⁹.

Y cabe mencionar que Sierra Mallol, citado por José Ramón Cano Rico, de España en su Manual Práctico de Contratación Mercantil, considera que el contrato de cuentas en participación es

Aquel en virtud del cual una o más personas se obligan a realizar una aportación de bienes y derechos (valorables en dinero) a favor de un comerciante que procederá a destinar las anteriores aportaciones que adquiera en propiedad y se integran en su patrimonio a sus actividades mercantiles o industriales con el fin de obtener un lucro

⁷⁷Vivante, César. Tratado de Derecho Mercantil Volumen II. Traducido por Ricardo Espejo de Hinojoza. Primera Edición. Editorial Reus S.A. Madrid, 1932. Página 576.

⁷⁸Ibídem

⁷⁹Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. 6ta. Edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1985. Página 357.

repartiéndose los resultados de su actividad entre el gestor y los partícipes en la forma que hayan estipulado⁸⁰.

De las definiciones doctrinales planteadas por los diferentes autores podemos percibir que la esencia de la definición de cuentas en participación es la misma, pero me parece que José Ramón Cano Rico nos presentan una idea mucho más clara y completa sobre las cuentas en participación, ya que refleja claramente el propósito que tiene este tipo de asociación, el cual puede funcionar bien como para emprender un negocio permanente así como para formar la sociedad únicamente para un fin o un proyecto determinado, lo cual para mi punto de vista es mucho más ventajoso ya que se pueden unir dos o más empresas y lograr mayor competitividad en el mercado para un proyecto determinado.

Debemos tener en claro que el hecho de que haya la posibilidad de que personas naturales como jurídicas puedan unirse para formar una compañía accidental o cuentas en participación, van a tener que nombrar al gestor quien va a ser la persona encargada de administrar el negocio en su nombre y como único dueño del negocio frente a terceros, sin afectar de ninguna forma la naturaleza jurídica de las compañías que sean partícipes dentro de una compañía accidental o cuentas en participación. Para tener mucho más claro el funcionamiento de esta figura jurídica a continuación revisaremos la naturaleza jurídica de la compañía accidental o cuentas en participación.

2.5 NATURALEZA JURÍDICA

La compañía accidental o cuentas en participación tiene una naturaleza de carácter mercantilista, en base al criterio objetivista tal como a continuación lo señala Víctor Cevallos:

Criterio Objetivista.- El contrato de la referencia es mercantil, porque de acuerdo a la doctrina objetivista se encuentra reglado en la Ley de Compañías a partir del artículo 423, por lo tanto constituye un acto de comercio incluso haciendo abstracción de la calidad de las partes intervinientes en el contrato. Por otro lado, **no es aplicable el**

⁸⁰Sierra Mallol, citado por José Ramón Cano Rico, de España en su Manual Práctico de Contratación Mercantil”, Tomo I, página 410

criterio subjetivista.- Ordinariamente el gestor en las cuentas en participación es comerciante, sin embargo, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 423 de la Ley de Compañías, párrafo segundo, las partes contratantes pueden no ser comerciantes, por lo expresado, no es determinante de la mercantilidad del contrato el criterio subjetivista. No obstante que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 140 del Código de Comercio, los actos o contratos efectuados por los comerciantes se entienden mercantiles.⁸¹

Para el autor mencionado anteriormente, la compañía accidental o cuentas en participación, en base al criterio objetivista menciona que tendría una naturaleza jurídica mercantilista, ya que, la figura jurídica en estudio, se encuentra regulada por nuestra Ley de Compañías.

Como se ha visto a lo largo de la historia de esta figura jurídica, este tipo de contrato proviene de las raíces de la figura de la comenda y durante su evolución ha recibido nombres que lo vinculan a instituciones jurídicas distintas, especialmente a la sociedad en general, negando su autonomía y tipicidad como contrato mercantil.

Sin embargo, es totalmente inobjetable que, tratar el tema y el poder determinar la naturaleza jurídica de la compañía accidental o cuentas en participación, es sumamente importante para la elaboración del presente trabajo de investigación, ya que al no tener una normativa mucho más profunda del tema, nos deja muchos vacíos jurídicos y tiene una estrecha relación o similitud con el concepto de contrato de sociedad de nuestro Código Civil, el cual define a la Sociedad en su artículo 1.957 como: “Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre si los beneficios que de ello provengan”, y es aquí donde presumiblemente encuadraría el espíritu de la compañía accidental o cuentas en participación al momento de que de la unión de dos o más personas por realizar una operación mercantil puedan ambas partes salir beneficiadas del producto de su trabajo o inversión, según corresponda y poder llegar a conformar una sociedad, conceptualmente hablando y teniendo en cuenta la definición establecida anteriormente del Código Civil. Y sin dejar de lado que en el segundo inciso de la Ley *ibidem* establece que: “La sociedad forma una **persona jurídica**, distinta de los socios individualmente considerados” sin

⁸¹ CEVALLOS Vasquez, Victor. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Jurídica del Ecuador. 4ta. Edición. Revista ampliada y actualizada.

importar la calidad *per sé* que estos tengan, con el solo hecho de que sean socios, forman un ente ficticio distinto de ellos mismo (negrillas y subrayado es mío).

Pero aquí cabe ver más allá del mero hecho de centrarnos en que sociedad es el contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en conjunto para obtener beneficios de ello, debemos tomar en cuenta, cual es el ánimo que mueve a las partes para construir una sociedad, es decir, el *ánimus societas* con el que cuentan los intervinientes, si en ellos existe la voluntad, el ánimos de juntarse, asociarse para que en la calidad de socios puedan llevar a delante una sociedad, o si, simplemente ese *ánimus societas* no existe, y lo único que “asocia” a esas personas es el interés de recibir un beneficio económico, por un aporte realizado del partícipe al gestor, para que este último realice por sí solo lo que más crea conveniente en cuanto a la dirección del negocio y al final únicamente se entregue y se reporte la utilidad que le corresponda al partícipe.

La cuestión relativa a determinar la naturaleza jurídica de la compañía accidental o cuentas en participación, no es únicamente de carácter estrictamente dogmático, sino que posee también una dimensión fundamentalmente práctica. La calificación de la cuenta en participación como un contrato de cambio o como un contrato de naturaleza asociativa, tiene notables consecuencias en lo que se refiere a la posición jurídica de las partes, las cuales tratarán de imprimir el negocio de que se trate la calificación correspondiente en uno u otro sentido, según cuál sea la solución más conveniente para ellas.

Y es así, como a continuación veremos sobre que trata el contrato de cambio y el contrato de naturaleza asociativa, con el fin de llegar a una conclusión personal acerca de la naturaleza jurídica de la compañía accidental o cuentas en participación.

El contrato de cambio, es aquel contrato de carácter consensual, mediante el cual, una parte entrega dinero a otra a cambio de recibir la misma cantidad y es así como al autor Huebra citado por Eleuterio Maisonnave dice que:

El contrato de cambio es un convenio por el que uno se obliga a pagar cierta cantidad, que se le da o promete en el acto, en un lugar distinto de aquel en que lo recibe, a la

misma persona quien la entrega o promete o a cualquier otra persona que haya adquirido el derecho de cobrarla⁸².

Guillermo Cabanellas dice que:

Se habla también de contrato de cambio respecto de la categoría de los que implican un intercambio de prestaciones, contraposición a los contratos asociativos y a los contratos de organización⁸³.

El contrato de cambio tiene grandes similitudes en cuanto a su espíritu con el contrato de permuta (cambio de cosa por cosa) y el contrato de compraventa (cambio de dinero por cosa), el objeto principal del contrato de cambio es la entrega de dinero para posteriormente recibir de nuevo dinero, y es importante señalar que de acuerdo a las definiciones de los autores antes mencionados, en ninguna de ellas, establece que la relación de las partes intervinientes de ese contrato sea la de “socios”, pues al momento que una persona (partícipe) entrega dinero a otra (gestor), no se crea ningún vínculo de sociedad, únicamente existe la entrega de dinero para que se lo trabaje y posteriormente sea devuelto.

En cuanto al contrato asociativo, según Jorge Mosset dice que es: “un acuerdo de tipo contractual colectivo y de organización, que da nacimiento a las figuras que se crean a partir de él, integrándolas como el primer paso necesario para darles vida jurídica”⁸⁴. De igual manera para el autor Juan López Gandía, señala que el contrato asociativo: “es capaz de ser el instrumento mediante el cual se gestiona y da satisfacción a la organización de intereses comunes”⁸⁵. Es así como podemos ver que el contrato asociativo tiene como objeto principal, el lograr conformar una sociedad, unión de un grupo de personas (socios) que tengan intereses comunes y que juntos lleven adelante proyectos, negocios, etc. Las personas que intervienen

⁸²Eleuterio Maisonnave. El contrato de cambio: aplicaciones prácticas sobre los títulos del código de comercio que tratan de esta materia. Editor Imp y Tip de la viuda de Juan J. Carratalá. 1867. Universidad Complutense de Madrid. Digitalizado el 13 de junio de 2008. Página 22.

⁸³CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II. 31 Edición. Revisada, actualizada y ampliada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina 2009. Página 396

⁸⁴MossetIturraspe, Jorge. Edición Homenaje: Dr. Jorge MossetIturraspe. Editor Universidad Nac. Del Litoral, 2005. Página 483.

⁸⁵López Gandía, Juan. Las Cooperativas de Trabajo Asociado y la aplicación del derecho del Trabajo. Universidad de Valencia, 2006. Página 218.

en este tipo de contratos tienen ese ánimo de asociarse, y con esa cualidad lograr todos los fines que se hayan propuestos.

De lo analizado, la figura de la compañía accidental o cuentas en participación, se asemeja mucho a lo que podría ser el contrato de cambio, ya que si bien es cierto que tanto partícipe como gestor, tienen un fin común (el lucro), no es menos cierto que, la voluntad de cada uno es completamente diferente, pues el partícipe únicamente realiza una aportación con el fin de recibir su dinero más una utilidad, mientras que el gestor es quien administra y maneja todo el negocio por su propia cuenta y a su propio nombre, por lo tanto aquí no existe el *animus societas*, que es un elemento fundamental para poder crear una sociedad, a mi parecer solo hay la obligatoriedad de que tanto partícipe como gestor cumplan con lo pactado en el contrato, sin embargo, debemos tener muy en cuenta el objeto que tiene la compañía accidental o cuentas en participación, el cual es el de realizar actos de comercio, independientemente de la forma en que se las realice, y con el fundamento de que esta figura se encuentra tipificada en nuestra Ley de Compañías, debemos concluir con que la naturaleza jurídica de las ACP⁸⁶ es meramente mercantil, de allí porque el marco normativo antes mencionado califica a esta figura como asociación accidental, compañía accidental o cuentas en participación.

En atención a todo lo dicho, puedo concluir que el contrato de compañía accidental o cuentas en participación, sería un contrato asociativo, ya que, el partícipe realiza una inversión con riesgo al formar parte de una ACP al momento de unirse con el gestor para uno o varios negocios jurídicos, así sea que no tengan el ánimo de estar juntos al frente de la compañía accidental o cuentas en participación; sin embargo tampoco gestor y partícipe realizan un simple intercambio de una cosa por otra, como lo sería con el contrato de cambio, sino que, se entrega una aportación con riesgo a la espera de recibir una utilidad por la aportación realizada para el negocio manejado por el gestor.

⁸⁶ACP: Asociación o cuentas en participación.

2.6 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

A continuación vamos a presentar algunas características que posee el contrato de compañía accidental o cuentas en participación, tomando en cuenta lo señalado por el Dr. Víctor Cevallos⁸⁷:

1. **Es Sinalagmático:** En el contrato de compañía accidental o cuentas en participación tanto los partícipes como el gestor contraen derechos y obligaciones, pues los partícipes se comprometen en realizar las aportaciones, mientras que el gestor es la persona encargada de administrar el negocio y pagar las utilidades correspondientes a los partícipes de conformidad al monto aportado.
2. **El contrato es oneroso:** El contrato de compañía accidental o cuentas en participación contiene cláusulas por las que los partícipes y el gestor asumen diferentes responsabilidades, siendo así, su participación en la compañía accidental o cuentas en participación no es a título gratuito.
3. **Es de tracto sucesivo:** La compañía accidental o cuentas en participación es un convenio, el cual se lo realiza mediante tracto sucesivo, pues solo por excepción puede pactarse para una operación de tracto instantáneo. No es muy común que esta figura jurídica tenga una duración indefinida.
4. **Es una asociación oculta:** La compañía accidental o cuentas de participación tiene la característica de poseer un carácter oculto, pues no aparece como tal ante terceros debido a que el gestor como administrador es quien a su propio nombre se deja ver ante terceros, ocultando así la identificación de los partícipes.

⁸⁷Cfr. Cevallos Vasquez, Víctor. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Jurídica del Ecuador, 4ta. Edición revisada ampliada y actualizada. Página 373.

2.7 CONDICIONES DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO DE COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

2.7.1 El Contrato

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, la compañía accidental o cuentas en participación, al igual que los demás tipos de compañías nacen a la vida jurídica a través de la voluntad y consentimiento de las partes intervinientes de celebrar o suscribir un contrato. Pero ¿qué es el contrato?, nuestro Código Civil en su artículo 1.454 lo define como: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”⁸⁸.

Partiendo de la definición del Código Civil, podemos ver que la compañía accidental o cuentas en participación es un contrato mediante el cual las partes, se obligan entre sí a dar, hacer o no hacer algo. Estudiando este artículo partimos que el gestor⁸⁹ está obligado a hacer algo, ese algo es el administrar la cuenta en participación; mientras que los partícipes⁹⁰ por su parte están obligados a dar algo, las aportaciones, las cuales son las que durante la vigencia del contrato la compañía accidental o cuentas en participación, dará a los partícipes gananciales por las aportaciones realizadas al negocio. De esta forma se configura el contrato y partiendo del principio “el contrato es ley para las partes”, los comparecientes se unen a través de ese acto para perseguir un fin determinado, el lucro.

Si bien es cierto que el contrato de la compañía accidental o cuentas en participación, no está sujeto a las formalidades que exige nuestra Ley de Compañías, no es menos cierto que, este contrato debe cumplir con las condiciones mínimas para su existencia y validez. Condiciones que se encuentran establecidas en nuestro Código Civil.

⁸⁸ Art. 1.454 del Código Civil Ecuatoriano.

⁸⁹ Gestor, persona encargada de administrar el negocio y es quien representa la compañía accidental o cuentas en participación, pues actúa a su propio nombre frente a terceros.

⁹⁰ Partícipe, persona encargada de realizar la aportación (dinero, bienes, servicios) a cambio de recibir una utilidad del producto de la gestión del gestor.

Con la finalidad de conocer cuáles son los requisitos que deben cumplir los contratos suscritos en el territorio ecuatoriano, incluyendo el contrato de la compañía accidental o cuentas en participación, a continuación revisaremos los siguientes:

2.7.2 Existencia del Contrato

Para que un contrato exista, tiene que cumplir ciertos requisitos mínimos tal como lo señala José Luis Caballero⁹¹:

- 1. Al menos dos partes.-** Se necesita de al menos dos intervinientes en un contrato para que puedan contraer derechos y obligaciones mutuamente.
- 2. Manifestación de la Voluntad.-** Es sumamente necesario que las partes expresen su voluntad de contraer derechos y obligaciones mediante la suscripción del contrato. Lo pueden hacer de manera expresa o tácita.
- 3. Objeto.-** Las partes toman la decisión de realizar el contrato, para el cumplimiento de un hecho deseado.
- 4. Causa.-** Es la motivación con la que cuentan y se fundamentan las partes para la realización del contrato.
- 5. Solemnidades.-** Son aquellos requisitos legales para la prueba y eficacia de los contratos, en los casos que corresponda.

De los requisitos de existencia mencionados podemos determinar que el contrato de la compañía accidental o cuentas en participación, se enmarca en todos estos requisitos, a excepción de las solemnidades, puesto que nuestra Ley de Compañías expresamente las

⁹¹Cfr. Caballero, José Luis. Derecho de Autor para Autores. Librería, 2004. Página 22.

excusa de este requisito. Sin embargo en cuanto a los demás requisitos los debe cumplir de conformidad a la ley, caso contrario el contrato no existirá.

2.7.3 Validez del Contrato

Para que un contrato sea considerado válido y pueda tener vida jurídica plena, debe cumplir con los siguientes requisitos⁹²:

1. **Capacidad.-** Es aquella aptitud que brinda a las personas, el poder ser titular de derechos y obligaciones por sí sola.
2. **Consentimiento libre de vicios.-** Se refiere al discernimiento que añadido a la intención y libertad, sin ningún tipo de vicio, se efectúa un acto jurídico.
3. **Objeto Lícito.-** Aquel que no debe ser contrario a la ley, al orden público y las buenas costumbres.
4. **Causa Lícita.-** Aquella motivación ajustada a la ley, la moral y al orden público o al menos que no se encuentre prohibida por la ley.
5. **Formalidades.-** Aquella forma específica que determina la ley para ciertos contratos.

Si el contrato de compañía accidental o cuentas en participación no cumpla con los requisitos de validez señalados, se entenderá que no es válido, lo cual acarreará la nulidad absoluta del contrato dejando sin efecto todo lo actuado. Sin embargo debemos recordar que aunque la Ley de Compañías excusa a la compañía accidental o cuentas en participación de toda solemnidad, pero si establece una formalidad que debe cumplir este contrato, es que, por lo menos, debe hacerse constar por escrito, es decir que no cabe conformar una ACP de manera verbal.

⁹²Cfr. Art. 1.461 del Código Civil Ecuatoriano.

2.8 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Al momento de elegir un tipo de asociación mercantil existen consideraciones de índoles muy variadas que deberían ser tomadas en cuenta al momento de decidirse por la aplicación de la cuenta en participación como fórmula para actividades mercantiles, económicas y de comercio. “Se tienen presentes de forma muy especial cuestiones relativas a la financiación propiamente dicha, a la responsabilidad del o de los cuenta-partícipes e, incluso, al carácter oculto de esta figura”.⁹³ Estas características y su combinación pueden contribuir de una manera ágil y oportuna a establecer que la figura de la compañía accidental o cuentas en participación se presenta como la más adecuada para emprender actos de comercio.

Siguiendo el lineamiento de los partícipes de recurrir a la aplicación de esta figura jurídica, podemos establecer que a más de realizar una inversión mediante la cual se busca el lucro, la obtención de beneficios que si bien es cierto se lo podrían ofrecer tanto acciones, participaciones o préstamo de dinero, lo que el partícipe busca es una seguridad y rentabilidad por la aportación o inversión dada a la compañía accidental o cuenta en participación, así como, la confidencialidad o secreto que brinda esta figura jurídica acerca de la inversión realizada, y de quien hace la aportación y de esta manera poder limitar las pérdidas a la cantidad aportada por el partícipe.

De igual manera existen también motivaciones de tipo económico y personal que aconsejan acudir a la cuenta en participación como forma de inversión. Puede darse el caso de que la persona que pretende invertir no pueda ejercer el comercio por cuenta propia, ya sea por circunstancias que concurren con su persona, por su profesión, o que por la posición que ocupan en una determinada sociedad no puedan ejercer por sí mismo el comercio o simplemente no quieran hacerlo, recurriendo en cambio, a esa modalidad como vía o procedimiento indirecto. Se trata, pues, del concurso de causas de incompatibilidad o de títulos inhabilitantes que impiden a determinadas personas, por razón de su oficio, profesión o cargo

⁹³Gual Dalmau, María Asunción. Las Cuentas en Participación. Primera Edición 1993. Editorial Civitas S.A. Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid – España.

aparecer al frente ya sea como titular o asociado de la cuentas en participación. Como ya se ha señalado el partícipe únicamente se limita a aportar una cantidad de dinero o bien a fin de que el gestor sea la persona encargada de llevar la cabeza del negocio jurídico.

Desde el ángulo opuesto, también son múltiples y variadas las razones que pueden inducir al empresario a recurrir la cuenta en participación como fórmula de financiación de su empresa. En primer lugar, el empresario puede trabajar con dinero ajeno durante un periodo mucho más largo que si acudiera al préstamo, ya que cuanto más se prolongue éste en el tiempo, mayor será la cantidad que deberá satisfacer en concepto de intereses y por consiguiente la empresa deberá seguir soportando unos costos fijos que el margen de beneficios o dificultan la explotación. Tampoco el empresario corre el riesgo de una disolución intempestiva de la sociedad, pudiendo además alternativamente, recurrir en cualquier momento a esa modalidad financiera, y no para resolver un problema estructural de financiación de las inversiones, sino para dar salida a una situación puntual de iliquidez o de dificultades de tesorería siendo para el más conveniente que el préstamo. (...) Las sociedades capitalistas pueden encontrarse inmersas en iguales condiciones (arriba citadas) y verse precisadas así de recurrir a la figura de la Cuenta en Participación, para solventar en un determinado momento un problema de liquidez y no querer recurrir a la emisión de obligaciones, lo que comportaría el deber de pagar intereses a los obligacionistas, o al aumento de capital con emisión de nuevas acciones⁹⁴.

Por lo dicho, la emisión de obligaciones es la oxigenación de estados financieros, se emiten papeles de deudas u obligaciones o fin de realizar captación de recursos para inyectar capital a la empresa.

De esta manera la figura de la Compañía Accidental o Cuentas en Participación aparece también como fórmula sencilla y teóricamente indicada para obtener dinero o utilidades de forma rápida y sin costos elevados también para las sociedades ya existentes. A continuación mencionaremos ventajas y desventajas que tenga la compañía accidental o cuentas en participación.

⁹⁴Gual Dalmau, María Asunción. Las Cuentas en Participación. Primera Edición 1993. Editorial Civitas S.A. Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid – España. Página 46.

2.8.1 Ventajas:

- Su simplicidad de conformación no requiere de formalidades especiales, puede formarse fácilmente.
- Los partícipes de este tipo de compañía se mantienen ocultos hacia terceros.
- Los partícipes tiene responsabilidad limitada con respecto a la aportación que hayan realizado.
- La facilidad de su administración, ya que el único administrador es el gestor, quien la única obligación que tiene hacia los partícipes es el de velar por sus utilidades.
- En general con este tipo de compañía, el gestor por ser el único administrador puede conducir a un buen éxito la empresa y el socio capitalista por su parte, podrá encontrar un medio fácil y beneficioso para la inversión realizada.

2.8.2 Desventajas:

- No es atractivo para negocios o licitaciones públicas, ya que en el ordenamiento jurídico pertinente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se pide la identificación de los socios o accionistas y de conformidad a lo que vimos anteriormente, la compañía accidental o cuentas en participación tiene la característica de ocultar la identidad de los partícipes. Además no está bajo el control de la Superintendencia de Compañías.
- Frente a terceros el administrador o “dueño” de la compañía es el gestor, y éste no goza más de que su fama y crédito hacia los clientes, para llevar a cabo el negocio.

- Su regulación no es muy profunda y puede llevar a conducir a fraudes y no solo entre los socios o partícipes, sino ante terceros también.
- No es aconsejable para negocios grandes o de gran envergadura ya que se necesitaría de partícipes con un gran poder económico para optar por este tipo de negocios.

3 CAPÍTULO III

3.1 UTILIDAD DEL CONTRATO DE COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Una vez que hemos revisado los antecedentes de la figura jurídica objeto del presente trabajo de investigación, así como definiciones legales y doctrinarias de varios autores, la naturaleza jurídica que embiste a la compañía accidental o cuentas en participación, quienes forman parte de este contrato, y las ventajas y desventajas que presente el mismo; a continuación trataremos sobre la utilidad que puede dar este tipo de contrato para la realización de operaciones mercantiles.

En el presente capítulo, estudiaremos con mayor detalle a la compañía accidental o cuentas en participación, hablaremos sobre el uso de esta figura jurídica en Ecuador, el objeto que tiene este contrato, sabremos cuales son las funciones de las partes que intervienen en esta figura, así como de sus derechos y obligaciones, trataremos sobre las aportaciones y de la extinción de la compañía accidental o cuentas en participación. Todo esto en razón de conocer el funcionamiento de la figura objeto del presente trabajo de investigación, y si es posible determinar aquellos aspectos que se pudieran mejorar en nuestra legislación para un futuro cercano.

3.1.1 El Contrato de Cuentas en Participación en Ecuador

Si bien es cierto, nuestra Ley de Compañías reconoce a la compañía accidental o cuentas en participación y que las regula dentro de los artículos 423 al 428 del mismo cuerpo normativo, no es menos cierto que, es una normativa muy escueta, sin mucho estudio y nos deja con algunas inquietudes respecto a la forma y utilización que se le debe dar a la figura jurídica y es así que a mi criterio personal se debe utilizar cuerpos normativos suplementarios a la Ley que regula el ámbito societario dentro de la legislación ecuatoriana para complementarla; así como también deja un gran vacío respecto a la seguridad jurídica de esta figura societaria, sobre todo en virtud que nuestra legislación no deja muy en claro si se reconoce o no personalidad jurídica a las cuentas en participación y es por este punto que, como ya lo habíamos mencionado anteriormente en el presente trabajo de investigación, según mi experiencia pre profesional la compañía accidental o cuentas en participación es una de las asociaciones mercantiles que no cuenta con mayor acogida dentro del Ecuador, por un sin número de factores que pueden ser al mismo tiempo convenientes, como no, para los empresario, comerciantes, etc.

Mediante el presente trabajo, trataremos de dar a conocer las debilidades, así como las fortalezas que tenga esta figura jurídica, para de esta forma llegar a determinar cuál sería la solución más adecuada a fin de brindar toda la seguridad jurídica tanto a los empresarios que opten por la compañía accidental o cuentas en participación, así como, para terceros que puedan verse afectados por aquellas relaciones mercantiles que puedan darse.

Y es así, que al momento de que la Ley de Compañías prescribe a esta figura jurídica sin mayores solemnidades, formalismo y sobre todo sin tener claro si se le reconoce o no personalidad jurídica, crea cierto malestar, desconfianza e inseguridad sobre todo en la aplicación e implementación de la compañía accidental o cuentas en participación, ya que podría prestarse para la realización de actos ilícitos, por cuanto si no contamos con una normativa clara sobre la compañía accidental o cuentas en participación, podría ser mal utilizada; sin embargo el motivo del presente trabajo de investigación es el poder dar una mayor aplicabilidad a esta figura jurídica, por tal motivo a continuación estudiaremos, la

forma de creación, las partes intervinientes de la compañía accidental o cuentas en participación y los derechos y obligaciones que tienen tanto el gestor como los partícipes en la compañía accidental o cuentas en participación, las aportaciones que se realizan y la terminación del contrato.

3.2 PARTES INTEGRANTES DE LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Para la formación de una compañía accidental o cuentas en participación se necesita de la suscripción de un contrato, con al menos dos partes, la primera que es el GESTOR, persona quien será la encargada de administrar y representar el negocio, y por otro lado, el o los PARTÍCIPES, quienes serán los “socios ocultos” y realizarán las aportaciones tanto de capital, bienes o servicios para el buen manejo y funcionamiento de la Cuentas en Participación.

Este contrato es un documento meramente privado, en el cual consta todos los acuerdos, derechos y obligaciones a los que se comprometen el gestor como los partícipes; de conformidad a lo previsto en la Ley de Compañías en su parte pertinente, donde prescribe que la compañía accidental o cuentas en participación no necesitará de formalidad alguna para su perfecta constitución, dejando de esta forma abierta la puerta para que sean las partes comparecientes quienes de acuerdo a sus intereses formalicen y normen el funcionamiento de esta figura jurídica en estudio.

Es sumamente importante que en el contrato de constitución, conste las aportaciones que cada partícipe vaya a realizar para la cuenta en participación, así como, se establezcan los porcentajes por los cuales serán reconocidos las utilidades al igual que en las pérdidas. También se debe establecer el objeto para el cual se crea la compañía accidental, así como, el tiempo de duración, pudiendo ser este, temporal, ocasional o permanente.

La responsabilidad hacia terceros, según la legislación española dice que los partícipes limitarán su responsabilidad al valor de la aportación que hayan realizado⁹⁵, mientras que el gestor como responsable de la compañía accidental o cuentas en participación, será quien responda formalmente hacia terceros.

Con todo lo antes señalado, puede constituirse una compañía accidental o cuentas en participación, dejando a libertad de los interesados la posibilidad de agregar los acuerdos o disposiciones que ellos creyeran convenientes para un buen manejo del negocio.

3.3 OBJETO DEL CONTRATO DE COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Partiendo de la definición del artículo 423 de nuestra Ley de Compañías, se permite afirmar que las sociedades accidentales o cuentas en participación tienen como objeto primordial el realizar una o varias operaciones mercantiles, permitiendo de esta manera que el gestor haga partícipes a los asociados en las utilidades así como en las pérdidas producto de o las operaciones mercantiles realizadas. Tomando en cuenta el objeto por el que se desea conformar una ACP, se podrá determinar su tiempo de duración pudiendo ser este ocasional, temporal o permanente.

Ocasional: La ACP será ocasional si en su objeto existe una o varias operaciones mercantiles, las cuales serán concretas o determinadas en el contrato o estatuto de constitución. Es decir, que al momento de que se cumpla el objeto para el cual se creó la asociación accidental o cuentas en participación ésta terminará de *ipso facto*.

Temporal: Si en los estatutos se establece que el objeto para su creación es un determinado tiempo (de tracto sucesivo).

⁹⁵Art. 511 del Código de Comercio español.

Permanente: Si su objeto es indefinido y así se lo determinó en el contrato principal, aunque por su naturaleza conforme a lo analizado anteriormente, la ACP naturalmente no debería extenderse en el tiempo.

Es importante señalar que en todos los casos que acabamos de citar en cuanto al objeto del contrato de cuentas en participación, se lo puede aplicar en todo o solo en una parte del negocio del gestor. No está por demás indicar que el objeto de este contrato sea cual fuere su forma, debe ser lícito, esto es, que no contraría la Ley o el orden público, ya que si el objeto es ilícito y se llegare a comprobarlo, recaería en causa de nulidad por lo que la compañía accidental o cuentas en participación quedaría nula sin surtir efecto alguno y no lograría cumplir su objetivo para el cual fue creada.

3.4 EL GESTOR

La administración de todas las operaciones que realice la compañía accidental o cuentas en participación estará a cargo del gestor, esto deberá constar en los estatutos de constitución, ya que éste es la exteriorización de la sociedad oculta y por lo tanto es el encargado de administrar las aportaciones realizadas por los partícipes y de responder a nombre personal ante partícipes y terceros. Si bien es cierto que los demás partícipes han realizado sus aportaciones, pero no les da derecho para intervenir en el giro del negocio llevado por el gestor.

Es importante señalar que en la administración de este tipo de compañía, no se puede estipular que dos partícipes estarán a cargo de la compañía, pero si decimos que el gestor responde de conformidad con lo estipulado en los estatutos de constitución, podría crearse en ese mismo estatuto, una junta directiva similar a las utilizadas por los otros tipos de compañías, con la finalidad de que se estipule específicamente sus funciones a efecto de dejar en claro las responsabilidades del gestor frente a los partícipes miembros de la junta directiva. De esta manera se podría evitar que los partícipes actúen en la administración del negocio de forma

activa y en aquellos casos que algún partícipe pierda su calidad de oculto este se convertirá en responsable ilimitadamente frente a terceros conjuntamente con el gestor.

Debemos indicar que en la compañía accidental o cuentas en participación, lo que vincula al gestor con los partícipes es el contrato en sí de la creación de la figura jurídica antes mencionada y que no deriva de ninguna forma en una especie de mandato, por cuanto el gestor jamás comparece como mandatario antes terceros, como revisamos en el capítulo anterior del presente trabajo, el gestor comparece a su propia cuenta y como único responsable y dueño de la compañía accidental hacia terceras personas.

En su obra Curso de Derecho Mercantil, Joaquín Garrigues con respecto al gestor indica que:

Esta gestión no es la gestión normal que por definición corresponde al empresario en su propia empresa, sin necesidad de calificarle como gestor. Si se habla de gestor es justamente para expresar la idea de que se están administrando no sólo los intereses propios, sino los intereses ajenos, y esta realidad es la que justifica lo que en otro caso no tendría justificación y es el calificar como gestor de su propia empresa a un empresario independiente⁹⁶.

De aquí la característica que se le da a la persona encargada de administrar y que se la calificará como “gestor” de la compañía accidental o cuentas en participación.

3.4.1 Derechos del Gestor:

Los derechos del gestor son los siguientes: recibir los bienes en su patrimonio; realizar operaciones mercantiles; y, recibir beneficio de las utilidades producidas por las operaciones mercantiles.

⁹⁶ GARRIGUES Joaquin, Curso de Derecho Mercantil, 9na. Edición, Tomo II Editorial Porrúa S.A., Av. República Argentina, 15, México, 1993.

3.4.2 Obligaciones del Gestor:

Las obligaciones del gestor son: responder por las obligaciones comerciales que realice y por el destino que se dé a los bienes o dinero entregado por los partícipes; llevar la contabilidad del negocio; entregar las utilidades a los partícipes de acuerdo al porcentaje aportado o de conformidad a lo estipulado en el contrato; correr con las pérdidas según lo acordado en el estatuto de constitución; y, respetar los acuerdos adicionales incluidos en las cláusulas del estatuto o contrato.

3.5 EL PARTÍCIPE

Los partícipes son aquellos miembros de la compañía accidental o cuentas en participación quienes indudablemente tienen el deber principal de suministrar o aportar con el capital o bienes al gestor para que se pueda cumplir con el objetivo de la ACP. La aportación realizada por el partícipe es considerada conjuntamente con la participación de las partes en los resultados prósperos y adversos que se presenten a lo largo de la aplicación de esta figura jurídica.

A través de la aportación de los partícipes se consigue la financiación para la operación u operaciones deseadas, al tiempo que se dota a la compañía accidental o cuentas en participación, de los medios necesarios para poder desarrollar su actividad. La aportación debe ser utilizada necesariamente en la operación u operaciones para la que se pactó, o para la actividad empresarial del gestor y obtener así el lucro perseguido por las partes intervinientes.

3.5.1 Derechos del Partícipe

Los derechos del partícipe son: recibir las utilidades producto de las operaciones mercantiles realizadas por el gestor; pedir al gestor que rinda cuentas del aporte entregado por los

partícipes; y, los partícipes tienen derecho a ser considerados como pasivos por los fondos con los que aportó.

3.5.2 Obligaciones del Partícipe

Las obligaciones del partícipe son: realizar las aportaciones convenidas en el estatuto de constitución; eventual participación de pérdidas, de acuerdo al porcentaje aportado; y, el partícipe no puede involucrarse directamente en la administración del negocio.

3.6 LAS APORTACIONES

Para que toda sociedad, mercantilmente hablando, pueda funcionar y cumplir con su objeto para el cual fue creado, es indispensable el aporte por parte de los socios, accionistas, partícipes, etc., ya sean estos aportes en bienes o especies. Pero veamos el significado de aportación, Guillermo Cabanellas de Torres en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define a la aportación social como: “Firme promesa, o compromiso cuando menos, y entrega efectiva por lo común, de trabajado, derechos o bienes a una sociedad; y con mayor frecuencia, de cierta cantidad de dinero, que integra el capital de ésta o una de las cuotas que se conocen como acciones”⁹⁷.

Teniendo en cuenta esta definición de Cabanellas, nos queda claro que toda sociedad mercantil necesita de un patrimonio o capital para poder funcionar, aun cuando en especial en la compañía accidentales o cuentas en participación existe la característica de que todas las aportaciones que realicen los partícipes pasan a formar parte del gestor quien es el administrador del negocio y empieza a realizar su trabajo.

⁹⁷CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo I. 31 Edición. Revisada, actualizada y ampliada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina 2009. Página 364.

Con relación a este mismo tema, es sumamente necesario resaltar dos aspectos esenciales de las aportaciones, estos son: lo relativo a la propiedad de los bienes aportados y el segundo, la naturaleza de los bienes a aportarse.

La aportación es un elemento esencial de la cuenta en participación, tan importante que su ausencia impide por completo la calificación de la relación jurídica como tal; por consiguiente en virtud de la relación jurídica de cuenta en participación, el gestor obtiene recursos financieros para poder llevar adelante uno o varias operaciones mercantiles que ya hayan sido pactadas o establecidas para la compañía accidental o cuentas en participación, a cambio de la aportación realizada el o los partícipes se beneficiarán de los resultados del negocio logrado por el gestor, en la proporción acordada en un principio, siendo de esta manera la aportación del partícipe fundamental para la consecución del fin último perseguido por ambas partes, que es la obtención del lucro⁹⁸.

Es importante también señalar que en la compañía accidental o cuentas en participación, mediante la aportación de capital que es realizada por parte del o los partícipes, se produce un negocio traslativo de dominio por el cual la aportación realizada ingresa en el patrimonio del gestor, conservando únicamente el partícipe el derecho a la cuota que le corresponda del resultado de la liquidación efectuada al momento de finalización del término por el cual fueron pactadas las cuentas en participación en el estatuto o contrato de constitución.

Según la doctrina alemana 335 del Handelsgesetzbuch (HGB): “el partícipe o socio oculto debe efectuar la aportación de tal forma que ésta pase a formar parte del patrimonio del gestor. Si no lo hiciese así el contrato celebrado entre las partes no podría calificarse como una cuenta en participación”⁹⁹.

El ingreso de la aportación en el patrimonio del gestor es la solución más adecuada a la par que sencilla para la satisfacción de los intereses de las partes intervinientes en el contrato. En

⁹⁸ Cfr. Gual Dalmau, María Asunción. Las Cuentas en Participación. Primera Edición 1993. Editorial Civitas S.A. Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid – España. PAGINA 203

⁹⁹ Gual Dalmau, María Asunción. Las Cuentas en Participación. Primera Edición 1993. Editorial Civitas S.A. Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid – España. PAGINA 209

efecto, el gestor desea mantener el poder de disposición sobre el patrimonio que dedica a la actividad empresarial, el hecho de que la aportación ingrese en el patrimonio del gestor, posibilita a éste que conserve el poder de disposición sobre los bienes aportados sin tener que recabar constantemente para las diferentes actividades relacionadas al giro del negocio, la autorización constante del partícipe, lo cual sucedería si éste último conservase la titularidad de los bienes aportados; de esta manera el gestor posee el poder de iniciativa y dirección sobre el bien aportado, en la operación u operaciones singularmente pactadas.

3.6.1 Propiedad de los bienes aportados

La Ley de Compañías ecuatoriana en su artículo 425 dicta que: “los participantes no tienen ningún derecho de propiedad sobre los bienes objeto de asociación aportados por ellos”, sin embargo establece que tendrán beneficio de utilidades así como de pérdidas hasta por el monto de su aportación realizada a la compañía accidental o cuentas en participación. Esta aportación realizada por los partícipes al gestor, le da la libertad a éste último de disponer de los bienes libremente en beneficio del negocio. Ahora para que dicha transferencia cumpla todos los efectos es necesario, que se cumpla con los requisitos formales que según la naturaleza del bien se haya establecido en la Ley. Es muy cierto que mediante esta aportación realizada por los partícipes, no se llega a producir un patrimonio común, ya que todos aquellos bienes aportados únicamente pasan a formar parte del patrimonio del gestor.

3.6.2 Naturaleza de los bienes aportados

La aportación no constituye un contrato particular que forma parte o integre el contrato de sociedad dentro de su etapa de constitución o de creación; existen dos teorías que hablan del tema, por una parte se encuentra Thaller, quien dice que para el derecho francés se propuso que exista una teoría especial de la personalidad jurídica de la sociedad en formación, la cual sería únicamente para manejar temas internos (las aportaciones) entre los eventuales y futuros socios y la sociedad en formación representada por los promotores y fundadores. Esta teoría es

desechada por cuanto no puede haber representación de un ente que no existe ni tiene validez jurídica plena. Y Vivante por su parte, afirmó la existencia de “contratos preliminares unilaterales, condicionados a la futura constitución de la sociedad”, instrumentos que desaparecerían una vez que se haya formado por completo la sociedad.

Debemos tener en cuenta, que la realización de una aportación no constituye de ninguna manera contrato alguno, tal como, lo pretendieron hacer ver los tratadistas anteriormente mencionados, ya que debemos recordar que la aportación es un elemento esencial de una sociedad y mucho más de la compañía accidental o cuentas en participación y de ninguna forma se podría separar o individualizar el contrato de constitución o formación de una sociedad y la realización de contratos por las aportaciones dadas por parte de los partícipes¹⁰⁰.

3.7 RESPONSABILIDADES

La responsabilidad es un tema sumamente importante para el funcionamiento de la compañía accidental o cuentas en participación, ya que siendo el gestor la persona encargada de la administración del negocio, es quien va a tener que responder por las pérdidas que hubieran incurrido así como por todos los actos que él mismo realice; pero esta responsabilidad va dirigida también hacia los partícipes, ya que ellos al momento de conformar la compañía accidental o cuentas en participación cuentan con pleno conocimiento de que tienen la responsabilidad de responder limitadamente hasta el valor aportado a esta figura jurídica.

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define a la responsabilidad como una:

(...) Fundamental pieza en las relaciones humanas y para restablecer la estricta equidad en lo patrimonial y de discernimiento retributivo acorde con la conducta humana, especialmente en sus manifestaciones negativas. De borrar la responsabilidad, la convivencia humana retrocedería a las expresiones más crudas del salvajismo y representaría el impunismo frente a las culpas más graves y a las mayores pérdidas.

¹⁰⁰ Cfr. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=912> . Fecha de consulta. 20/08/2012.

El mismo autor señala que la responsabilidad contractual es “*lo procedente ante la infracción de un contrato válido*”¹⁰¹.

La legislación española en su Código de Comercio en el artículo 511, sobre la responsabilidad del partícipe dice que: “La Responsabilidad del partícipe no gestor se limitará al valor de su aportación. Sin embargo, los partícipes inactivos que revelen o autoricen que se conozca su calidad de partícipe, responderán ante terceros en forma solidaria con el gestor. Esta solidaridad surgirá desde la fecha en que haya desaparecido el carácter oculto del partícipe”¹⁰².

Esta característica que prescribe la legislación española en cuanto a la responsabilidad de los partícipes que deseen perder su carácter de “oculto” y compartan solidariamente con el gestor las obligaciones ante terceros, es algo que en la legislación ecuatoriana no se encuentra normado, por ejemplo, en nuestra Ley de Compañías en la Sección XV de la asociación o cuentas en participación, únicamente nos indica que el gestor será la persona encargada de responder ante terceros, excluyendo de esta forma a los partícipes en responder conjuntamente con el gestor; sino solo hasta la parte proporcional de su aportación realizada.

3.8 EXTINCIÓN DE LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN / FORMAS DE EXTINCIÓN

Debemos mencionar que la compañía accidental o cuentas en participación como contrato, tiene también la facultad de extinguirse por las diferentes formas que veremos a continuación.

Por extinción debemos entender la cesación de derechos y obligaciones para las partes. La extinción se produce por la concurrencia de determinadas causas que implican la ruptura del vínculo jurídico existente entre el gestor y el partícipe. La concurrencia de estas circunstancias no implica necesariamente la total interrupción de la actividad económica desarrollada por el gestor, sino que el partícipe deja de estar interesado en

¹⁰¹CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VII. 31 Edición. Revisada, actualizada y ampliada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina 2009. Páginas 212 y 217

¹⁰²Art. 511 del Código de Comercio español.

la misma, extinguiéndose el derecho a participar en las ganancias y la obligación de contribuir en las pérdidas que hasta ese momento le correspondían.¹⁰³

La Ley de Compañías ecuatoriana no ofrece norma alguna en la que se indiquen las causas de extinción de la compañía accidental o cuentas en participación, por lo que, la naturaleza societaria de esta figura jurídica, nos permite afirmar y disponer, con la debida certeza y cuidado, que las causas de extinción de este tipo de compañía serán las causas de disolución de las demás sociedades. Esto, sin dejar de lado que las partes puedan fijar en el contrato de creación las causas de extinción que ellos crean convenientes, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de los contratantes, recordando que la ley no exige formalidad alguna para la constitución de este tipo de compañía.

Para llevar a la compañía accidental o cuentas en participación a su extinción, debemos indicar que esto es una facultad inherente del gestor, así como de los partícipes, ya que estos son quienes conforman esta figura jurídica. El hecho que esta facultad de extinguir el contrato se encuentre implícita en aquellos que forman parte de la ACP, no significa que se deben cumplir ciertas acciones tales como, la liquidación de obligaciones con terceros, los partícipes, las utilidades, etc., es por esto que a continuación citaremos algunas de las formas de extinción del contrato de compañía accidental o cuentas en participación y su procedimiento.

3.8.1 Mutuo Acuerdo, que puede manifestarse expresa o tácitamente

Como ya se señaló anteriormente, al momento de dar la facultad a los miembros de la compañía accidental o cuentas en participación, de que mediante el contrato de conformación de la compañía accidental o cuentas en participación se establezcan las diferentes formas de extinción de la compañía accidental o cuentas en participación, una de ellas puede ser, la terminación por mutuo acuerdo. Esta terminación de la relación jurídica puede ser expresa o tácita.

¹⁰³Gual Dalmau, María Asunción. Las Cuentas en Participación. Primera Edición 1993. Editorial Civitas S.A. Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid – España.

Es expresa, al momento que las partes en el contrato de constitución señalan expresamente las causales por las que se podrá dar por terminado la cuenta en participación señalando entre ellos la de mutuo acuerdo y lo hacen; y es tácita, cuando de las acciones realizadas por el gestor o partícipe dan cuenta de la terminación por mutuo acuerdo de la cuenta en participación.

María Gual sostiene que “De la misma forma que el acuerdo de las partes da lugar al nacimiento de la relación jurídica de cuenta en participación, también la voluntad de las mismas puede extinguir la relación entre ellas”¹⁰⁴. Y esta apreciación se complementa con lo prescrito en nuestro Código Civil, el cual textualmente dice: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”¹⁰⁵ (las negrillas y subrayado son míos). Esta norma, nos remite al principio de autonomía de voluntad, el cual no es más que, el total respeto a todo lo pactado y acordado en un contrato por las partes contrayentes.

3.8.2 Transcurso del tiempo fijado en el contrato, siempre que no medie un acuerdo expreso o tácito de prórroga

El transcurso del tiempo fijado por las partes es causa de extinción común a todas aquellas relaciones jurídicas que se pactan por un determinado tiempo. Si el contrato de la compañía accidental o cuentas en participación, tiene como objeto que el gestor cumpla una actividad empresarial, existe la posibilidad de que en el contrato no se fije plazo alguno de la relación jurídica, por lo que, esto daría a entender que el plazo es indefinido.

El cumplimiento del término no implica la interrupción de la actividad empresarial que el gestor tiene a su propio nombre, éste podría continuar con su actividad, ya que la única relación que se extinguiría sería entre él y el partícipe, cesando este último en los derechos y

¹⁰⁴Gual Dalmau, María Asunción. Las Cuentas en Participación. Primera Edición 1993. Editorial Civitas S.A. Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid – España. Página 252.

¹⁰⁵Artículo 1.561 del Código Civil ecuatoriano.

obligaciones que poseía y principalmente las ganancias que éste recibía por la gestión del gestor, que se liquidará al momento de su separación.

La cuenta en participación que tenga como objeto primordial dentro del contrato de su constitución, la realización de una o varias operaciones concretas, se extinguirá de igual manera que aquella cuenta en participación que contenía un plazo determinado de duración, ya que, sin duda alguna éstas se extinguen una vez que se haya culminado la operación para la cual fue creada o haya transcurrido el tiempo fijado en el caso que corresponda, esta extinción se produce de forma automática e inmediata.

Cabe recordar que, no se puede prorrogar el tiempo de duración de una cuenta en participación en la cual ya se ha cumplido el plazo o ya se ha cumplido con el objeto determinado para el cual se realizó la creación de la relación jurídica; para que las partes puedan continuar con este nexo, en caso de que esa fuera su voluntad, lo que deberán hacer es suscribir un nuevo contrato de constitución de la compañía accidental o cuentas en participación, caso contrario es imposible que se mantenga la relación gestor-partícipe, debido a que una vez que se cumplió el plazo se debe realizar la liquidación correspondiente y se extingue las obligaciones contractuales, por lo que sería necesario un nuevo contrato ya que podría existir un nuevo monto de aportación y otro objeto.

3.8.3 Denuncia del contrato por uno de los contratantes

Por su parte Joaquin Garrigues sostiene que:

El derecho de denuncia puede ejercerse libremente cuando el contrato no se pactó con duración definida. Pero no ha de mediar mala fe. Cabe aplicar por analogía lo dicho sobre denuncia del contrato de una sociedad de tipo personalista, dado que en el orden interno es grande la semejanza entre la cuenta en participación y esa clase de sociedad. Aunque el contrato tenga una duración limitada, también puede ejercerse el derecho de

denuncia, o de rescisión en nuestra terminología legal, si concurre una causa justificada¹⁰⁶.

Cuando la compañía accidental o cuentas en participación se ha pactado por un tiempo indefinido, el derecho de denuncia sobre el contrato de cuenta en participación puede ejercerse por las partes en cualquier momento sin que haya necesidad de que exista causa justa, ni acuerdo de todos los socios, el único requisito necesario para que puedan hacer uso de este derecho de denuncia, es que, no exista mala fe. La mala fe se probará cuando la denuncia sea impuesta por el gestor y éste ante la perspectiva de un negocio que puede producir ganancias para la empresa – donde se incluye al partícipe – procede a realizar la denuncia del contrato con la intención de dejar por fuera o excluir al partícipe de los resultados que puedan existir de ese negocio, o si la denuncia es realizada por el partícipe mediante la cual se esté impidiendo que el gestor concluya del modo más conveniente el negocio que está llevando a cabo.

También puede denunciarse el contrato en aquellos supuestos en que la cuenta en participación se haya pactado por tiempo determinado, pero en este caso no basta, naturalmente, la ausencia de mala fe, para que pueda denunciarse el contrato antes de que se cumpla el término fijado por las partes, sino que es preciso que la denuncia se base en una justa causa¹⁰⁷.

Para la denuncia del contrato de la compañía accidental o cuentas en participación, antes del cumplimiento del término pactado para su extinción, las partes podrán fundar su denuncia justificadamente en las siguientes causas:

1. Cuando el gestor utilice en negocios propios el capital común que únicamente debe utilizar para la actividad económica o la operación u operaciones objeto de la cuenta en participación.
2. Cuando el partícipe interfiera en funciones de administración y gestión de la cuenta en participación que no le corresponde.

¹⁰⁶Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Novena Edición, Tomo II. Editorial Porrúa S.A. Av. República Argentina 15. México 1993. Página 63.

¹⁰⁷Gual Dalmau, María Asunción. Las Cuentas en Participación. Primera Edición 1993. Editorial Civitas S.A. Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid – España. Página 249.

3. Cuando el gestor cometa fraude en la administración o contabilidad del objeto del contrato.
4. Cuando el partícipe no realice la aportación a la que se comprometió después de haber sido requerido para ello o cuando el gestor no realice las inversiones correspondientes.
5. Cuando el gestor realice exclusivamente por su cuenta operaciones de comercio que por ser de la misma índole o clase de aquellas que son objeto de la cuenta en participación, signifiquen una violación del principio de buena fe y confianza que en todo momento deben prescindir las relaciones del gestor y el partícipe.
6. Cuando se ausente el gestor siempre que no pueda justificar esa ausencia, y ello le impida dirigir responsablemente las operaciones objeto de la cuenta en participación o la explotación de la actividad empresarial en la que está interesado el partícipe.
7. Cuando una de las partes, ya sea el gestor o el partícipe, incumplan de algún modo las obligaciones que se pusieron en el contrato de constitución de la Compañía Accidental o Cuentas en Participación.¹⁰⁸

Cualquier tipo de incumplimiento contractual abre la puerta a la denuncia del contrato.

3.8.4 La conclusión de la empresa que constituya el objeto de la cuenta en participación

A esta posibilidad de extinción de la compañía accidental o cuentas en participación, pertenece la cesación y la enajenación del negocio mercantil del gestor. Entendiéndose de esta forma que el gestor ha tomado la decisión de enajenar el negocio y por ende extinguiendo el contrato de

¹⁰⁸Gual Dalmau, María Asunción. Las Cuentas en Participación. Primera Edición 1993. Editorial Civitas S.A. Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid – España. Página 251.

la compañía accidental o cuentas en participación, de tal modo que deberá liquidarse y realizar la partición de las utilidades a los partícipes.

3.8.5 La muerte del gestor

La muerte del gestor es también una de las causas de extinción de la compañía accidental o cuentas en participación, a no ser que el contrato expresamente contenga la continuidad de la figura jurídica en estudio con los herederos del gestor fallecido, caso en el cual, los partícipes no podrán alegar la terminación de la relación jurídica. Es importante recordar que la relación del gestor con la compañía accidental o cuentas en participación tiene la característica de *intuitu personae*, y por tanto es completamente sensible a todas las incidencias que pudieran afectar a los partícipes.

Tenemos muy claro que la relación de una sociedad es meramente de confianza con las personas que uno decide asociarse, y es por este sentido en que se tiene en cuenta las cualidades personales de los socios, de manera que esa confianza puede verse alterada cuando uno de los socios desaparece o si intenta sustituirlo con otra persona ajena a la relación jurídica existente al momento de la constitución de la cuenta en participación.

No puede obligarse a ninguno de los socios a continuar en sociedad cuando quizá las cualidades del gestor eran fundamentales para la buena marcha de los asuntos sociales, puesto que era la persona encargada y responsable de dirigir las operaciones objeto del contrato, así como de administrar todas y cada una de las aportaciones que realizaron los socios partícipes al momento de la constitución de la cuenta en participación, ya que de la habilidad y conocimiento del gestor dependerán los resultados de la actividad económica y es por esa razón que se eligió nombrarlo como gestor, por la confianza en su administración y a la persona.

En el caso de que en el contrato se haya estipulado expresamente que la continuación de la relación jurídica se extiende para con los herederos del gestor, los partícipes no podrán alegar

la muerte de éste, como causa justa para la denuncia del contrato, ya que esta eventualidad de continuar la relación con los herederos del gestor fue pactada y aceptada por cada uno de los partícipes al momento de la constitución de la cuenta en participación. Por otro lado, si, la muerte es de uno de los partícipes, la relación jurídica no se ve afectada y puede continuar con los herederos de éste, ya que, no desarrolla ninguna actividad personal más que la aportación.

3.8.6 La quiebra del gestor

Es indudable que la posición del gestor es muy importante, ya que corresponde a la realización y dirección de la actividad económica objeto de la cuenta en participación y también responde personal e ilimitadamente de las obligaciones derivadas del ejercicio de esa actividad económica. La posibilidad de que el partícipe vea retribuida su aportación queda siempre subordinada a los resultados netos obtenidos, para lo cual es imprescindible la previa liquidación de las operaciones con terceros en caso de quiebra del gestor.

En la Ley de Compañías, en su artículo 426 prescribe que: “En caso de quiebra los participantes tiene derecho a ser considerados en el pasivo de los fondos con que han contribuido, en cuanto éstos excedan de la cuota de pérdidas que les corresponde”¹⁰⁹.

Es importante señalar que la relación que une al gestor con el partícipe en esta compañía accidental o cuenta en participación, más allá del ámbito comercial o mercantil, es la confianza, por lo que si el gestor en algún momento llegará a estar en quiebra y otra persona tomara su lugar, posiblemente el partícipe ya no quisiera formar parte de la ACP.

La quiebra del gestor debe producir de forma automática e inmediata su inhabilitación para seguir al frente de la compañía accidental o cuentas en participación, por tanto no se puede obligar a los partícipes a continuar con una relación en la que la persona del gestor, libremente elegido por todos los partícipes, ha sido sustituido debido a la

¹⁰⁹Art. 426 de la Ley de Compañías ecuatoriana.

situación que atraviesa el gestor, por el síndico de la quiebra con quien no les une ninguna relación de confianza¹¹⁰.

Como sabemos, en nuestra legislación no se encuentran las disposiciones por las cuales se podría extinguir la compañía accidental o cuentas en participación, por lo que, hemos revisado aquellas causales de terminación que se podrían aplicar a la ACP, con la ayuda de una analogía con las formas tradicionales de extinción de los demás tipos de compañías y respaldándonos en la obra “Las Cuentas en Participación”, a continuación estudiaremos el efecto que causa tal extinción en las ACP.

3.9 EFECTOS DE LA EXTINCIÓN

Una vez extinta la compañía accidental o cuentas en participación:

El efecto obligado consiste en la liquidación de la cuenta, que se hará por el gestor. Esta liquidación no tiene ningún influjo sobre el resto de los negocios mercantiles que puede explotar el gestor. Propiamente no es una verdadera liquidación, es más bien un arreglo de cuentas, limitada a la relación contractual entre el gestor y el partícipe; limitada la liquidación a este aspecto interno, su consecuencia es la liberación en lo futuro de toda obligación contractual. El comerciante gestor en completa libertad para la prosecución de sus negocios¹¹¹.

Es importante recordar que la compañía accidental o cuentas en participación se rigen por el acuerdo establecido entre las partes, por lo cual, el modo de realizar la liquidación, se basará a las disposiciones prescritas en el contrato.

Una vez hecho esto, rendirá el gestor cuenta justificada de los resultados, atribuyendo a partícipe la porción que de ganancia o pérdida le corresponda. En su derecho a reclamar los beneficios reconocidos en la cuenta, el partícipe no se considera como socio del gestor, sometido en tal concepto a la preferencia de los acreedores no socios, sino como acreedor del gestor, al nivel de los demás¹¹².

¹¹⁰Gual Dalmau, María Asunción. Las Cuentas en Participación. Primera Edición 1993. Editorial Civitas S.A. Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid – España. Página 255.

¹¹¹Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Novena Edición, Tomo II. Editorial Porrúa S.A. Av. República Argentina 15. México 1993. Página 63.

¹¹²Ibidem.

Una vez realizada la liquidación y repartición de las utilidades a los acreedores de la compañía accidental o cuentas en participación, así como a los partícipes, en el caso que corresponda ya que, si existió obligaciones pendientes a los acreedores, los partícipes responderán por esto también hasta el monto de su aportación, tal como ya se indicó anteriormente, una vez verificado y realizado todo esto se da por terminada definitivamente esta figura jurídica.

En cuanto a la aportación realizada por los partícipes, una vez que se haya terminado la liquidación, se deberá reconocer la aportación realizada en su totalidad si cabe el caso, de lo contrario la parte proporcional que le corresponda después de que se haya hecho el pago a los terceros por las pérdidas causadas producto de la compañía accidental o cuentas en participación.

4 CAPÍTULO IV

4.1 COMPARACIÓN DE LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN CON LOS DEMÁS TIPOS DE SOCIEDADES

La compañía accidental o cuentas en participación, como ya lo describimos a lo largo de este trabajo de investigación, es una compañía atípica, ya que carece de todo tipo de formalidades con las que cuentan las demás compañías, y está únicamente sujeta a los acuerdos y disposiciones que tanto gestor como partícipe hayan decidido aplicar y hacer constar en el contrato de constitución, para que, de cierto modo esta figura jurídica pueda ser “regulada” y cumpla a cabalidad el objeto para la cual fue creada, así como las disposiciones para la partición de utilidades y pérdidas entre los intervinientes de la relación jurídica.

El objeto principal de la compañía accidental o cuentas en participación es simple, y se trata pues del interés, en el que un comerciante, que será denominado *gestor*, desea brindar a una o más personas (naturales o jurídicas), utilidades del negocio que va a realizar, estas personas serán denominadas *partícipes*. De este modo, lo que el gestor busca es personas interesadas en el negocio a realizar y que le sirvan como inversionistas, pues la aportación que brinden los partícipes será empleada en cumplir con el objeto del contrato y que éstos últimos reciban a cambio una utilidad por la aportación realizada, recordando que, en caso de pérdidas en el negocio, los partícipes responderán hasta por el monto de su aportación, mientras que será el

gestor quien responda frente a los daños que se podrían causar a terceros, ya que éste es el único dueño y administrador del negocio.

Como ya señalamos a lo largo del presente trabajo, las partes intervinientes en la compañía accidental o cuentas en participación, se regirán únicamente por las disposiciones acordadas en el contrato de constitución, sin embargo, tanto gestor como partícipe dentro de esta figura jurídica gozan de derechos y obligaciones; en cuanto al gestor está, administrar los bienes o capital aportados por los partícipes de la mejor manera a fin de poder cumplir a cabalidad el objeto del contrato, así como de rendir cuentas a los partícipes; por su lado los partícipes, no pueden inmiscuirse en la administración del negocio por parte del gestor, pero pueden tomar algunas alternativas para poder tener un control sobre la aportación realizada, una de estas alternativas en caso que exista dudas sobre la forma de administrar o si el gestor se está alejando del objeto del contrato, es la denuncia del contrato de cuentas en participación, que como ya vimos anteriormente, forma parte de una de las maneras de extinguir la relación jurídica.

Si bien es cierto, que el gestor es la persona que responde y actúa en nombre propio hacia terceros, y que éste no tiene la obligación de dar a conocer los nombres de los partícipes (quienes gozan de carácter oculto), en lo personal ésta es una de las debilidades con las cuales cuenta la compañía accidental o cuentas en participación y que, podría llegar a afectar a terceros, sin embargo esta preocupación la aclararé más adelante en las conclusiones y recomendaciones.

Dentro de este capítulo lo que pretendo, es dar a conocer la diferencia que existe entre la figura jurídica objeto del presente trabajo y los tipos de compañía más utilizados dentro del Ecuador, recordando que estamos dentro de un mundo cada vez más globalizado en el ámbito mercantil y que las compañías van sufriendo cambios para satisfacer las necesidades de empresarios nacionales como internacionales, así como a la vez se van creando nuevas formas de asociarse; dentro de nuestro país las compañías o grupos de asociación más utilizadas son las sociedades anónimas, las compañías de responsabilidad limitada, las compañías holding o tenedoras de acciones y los consorcios o grupos empresariales. La importancia de esta

comparación es el darnos cuenta cuál es el objeto de cada una de estas figuras jurídicas así como el objeto principal que tienen y que la hacen atractivas para empresarios nacionales e internacionales.

4.2 LA COMPAÑÍA ANÓNIMA Y LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

En nuestra Ley de Compañías se encuentra normada la compañía anónima, y es en su artículo 143 en la que la define como “La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones”.¹¹³ Por su parte, en la Sección XV, artículo 423 de la misma ley, se norma a la asociación o cuentas en participación definiéndola como “La asociación en participación es aquella en la que un comerciante da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todo su comercio. Pudiendo tener lugar también en operaciones mercantiles hechas por no comerciantes”.

Como la legislación ecuatoriana considera a la sociedad como un contrato entre dos o más personas, son requisitos para la validez de este contrato: la capacidad de las personas que intervienen en el mismo, el consentimiento que dan para su celebración, el objeto lícito, la causa lícita y las solemnidades que prescriba la ley¹¹⁴. El contrato de creación de la compañía accidental o cuentas en participación, debe cumplir éstos mismos requisitos para su correcta validez.

Se requiere de un capital mínimo para formar este tipo de compañías. A diferencia de las sociedades de personas, la sociedad anónima es esencialmente capitalista, esto quiere decir que no se conforma en consideración a las personas que se asocian, sino con respecto al capital que puede acaparar y es por esto que, el capital es una característica principal de este tipo de compañías y en este sentido se divide en acciones, que son títulos negociables en el

¹¹³ Art. 143 de la Ley de Compañías ecuatoriana.

¹¹⁴ Art. 1.461 del Código Civil ecuatoriano.

mercado, sin que pueda establecerse limitación alguna a este respecto¹¹⁵. Por su parte la compañía accidental o cuentas en participación no requiere de un capital mínimo para poder ser constituida o creada, esta compañía se caracteriza principalmente por las aportaciones que realizan los partícipes, las cuales respaldan el negocio que realizará el gestor, esta figura jurídica no se divide en acciones, los partícipes únicamente reciben una utilidad al fin del negocio, con respecto a la aportación que realizaron.

La responsabilidad de los accionistas es limitada, pues responden únicamente hasta el monto de sus acciones. No así la sociedad, que responde hasta el monto de su patrimonio. En la ACP quien responde frente a terceros de manera ilimitada es el gestor, ya que él es quien maneja el negocio llevado por la compañía accidental o cuentas en participación; los partícipes responden únicamente hasta por el monto que hayan aportado.

Las sociedades de personas actúan bajo una razón social, las sociedades de capital lo hacen bajo una denominación objetiva que constituye su propiedad. La diferencia consiste en que la razón social se establece en base del nombre de los socios; en cambio la denominación objetiva se refiere a las actividades de la compañía, como una consecuencia de lo expresado en el sentido de que en estas sociedades interesa el capital y no las personas que lo conforman. La ley de compañías no dice nada al respecto sobre si la compañía accidental o cuentas en participación puede o no llevar denominación, por lo que se deja a arbitrio de las partes (gestor y partícipe) el denominar de una u otra forma a la ACP, o caso contrario decidir que no lleve denominación alguna¹¹⁶.

La Sociedad Anónima, se administra por mandatarios, cuyo mandato puede ser revocado en cualquier momento, que obligan a la compañía en virtud del mandato; pero que no contraen por razón de su administración una obligación personal por los negocios y actividades de la compañía, a no ser en los casos establecidos en la ley, que se refieren a faltas u omisiones que acarrear expresamente responsabilidad solidaria¹¹⁷. Por su parte la compañía accidental o cuentas en participación es dirigida única y exclusivamente por el gestor, éste es la persona

¹¹⁵ Art. 143 de la Ley de Compañías ecuatoriana.

¹¹⁶ Art. 361 de la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina.

¹¹⁷ Art. 144 de la Ley de Compañías ecuatoriana.

encargada de administrar el negocio que va a manejar la ACP, así como, las aportaciones que hayan realizado los partícipes, por cuanto el gestor al fin de su gestión deberá rendir cuentas de todo lo actuado y entregar las utilidades respectivas a los partícipes o informar sobre las pérdidas que existieran.

4.3 LA COMPAÑÍA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

La Ley de Compañías ecuatoriana define a la compañía de responsabilidad limitada:

Es la que se contrae entre dos o más personas que solamente responden por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales y hacen el comercio bajo una razón social o denominación objetiva, a la que se añadirá las palabras "compañía limitada" o su abreviatura¹¹⁸.

En este tipo de compañía el capital social se encuentra dividido en participaciones, que podrán ser transferibles de conformidad a lo previsto en la misma ley. Por su parte el artículo 423 de la misma ley norma a la asociación o cuentas en participación definiéndola como: “La asociación en participación es aquella en la que un comerciante da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todo su comercio. Pudiendo tener lugar también en operaciones mercantiles hechas por no comerciantes”. En esta figura jurídica el gestor es quien responde por las obligaciones contraídas frente a terceros, y puede o no tener una denominación, eso lo resolverá el gestor y partícipes.

Al igual que la sociedad anónima y en general para la celebración de todos los contratos son requisitos para la validez de los contratos: la capacidad de las personas que intervienen en el mismo, el consentimiento que dan para su celebración, el objeto lícito, la causa lícita y las solemnidades que prescriba la ley, de conformidad a lo establecido en el Código Civil en su

¹¹⁸ Art. 92 de la Ley de Compañías ecuatoriana.

artículo 1.461. Las ACP por ser también un contrato deben cumplir obligatoriamente con este requisito.

La compañía de responsabilidad limitada en cuanto a su naturaleza, será siempre de carácter mercantil por su finalidad de lucro, pero cabe mencionar que sus integrantes, por el hecho de constituirlos no adquieren la calidad de comerciantes. (Art. 93 LC). Tanto este contrato como la sociedad anónima son contratos que deben seguir ciertas solemnidades para su perfecta constitución. La compañía accidental o cuentas en participación, como ya lo mencionamos en el segundo capítulo del presente trabajo, tiene una naturaleza muy complicada de definir, pero por los actos que realiza y la finalidad que persigue (el lucro), es de naturaleza mercantil y a su vez también hace comerciantes al gestor y partícipes en base al criterio objetivista, como tratamos en el segundo capítulo; en cuanto a solemnidades se refiere, la ACP, por disposición expresa en la Ley de Compañías se encuentra exenta de solemnidades.

El objeto de las compañías de responsabilidad limitada abarca la realización de toda clase de actos civiles o de comercio y operaciones mercantiles permitidas por la ley, con excepción de la realización de operaciones de bancos, seguros, capitalizaciones y ahorros. Por su parte el objeto de la compañía accidental o cuentas en participación es el de realizar una o varias operaciones mercantiles, permitiendo que el gestor, de esta manera haga partícipes a los asociados de las utilidades obtenidas o pérdidas si fuere el caso.

Para la constitución de esta compañía se requiere de un capital mínimo que estará fijado en la Ley de Compañías y también tiene la característica esencial, de que esta figura jurídica le da mucha más importancia a la responsabilidad, más que al capital, y es por esto, que el número máximo de socios que pueden ser parte de una compañía de responsabilidad limitada se encuentra limitado al número máximo de quince socios (Art. 95 LC), si la compañía excede el número de socios permitidos, deberá transformarse en otra sociedad o disolverse. La ACP, para su conformación requiere únicamente de la suscripción de un contrato, el cual puede ser elevado a escritura pública o no, pues este tipo de contrato se encuentra exento de las solemnidades establecidas en la ley, sin embargo por el formalismo que cobija a la ACP debe haber contrato por escrito.

El órgano encargado para la administración de la compañía de responsabilidad limitada es la Junta General, la cual estará conformada por los socios legalmente convocados y reunidos, éste es el órgano supremo de la compañía¹¹⁹. De otro lado, la compañía accidental o cuentas en participación será dirigida por el gestor, pues él es el único encargado de administrar los negocios que realice ya que lo hace a su propio nombre y por su propia cuenta.

4.4 LA COMPAÑÍA HOLDING O TENEDORA DE ACCIONES Y LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Compañía Holding según nuestra ley de Compañías es la que tiene por objeto la compra de acciones o participaciones de otras compañías, con la finalidad de vincularlas y ejercer su control a través de vínculos de propiedad accionaria, gestión, administración, responsabilidad crediticia o resultados y conformar así un grupo empresarial.¹²⁰ Como ya vimos anteriormente, el objeto de la compañía accidental o cuentas en participación es el de realizar una o varias operaciones mercantiles, permitiendo que el gestor, de esta manera haga partícipes a los asociados de las utilidades obtenidas o pérdidas si fuere el caso.

Se entenderá por grupo empresarial, al conjunto de empresas unidas mediante vínculos de propiedad accionaria, gestión, administración, responsabilidad crediticia o resultados, controlados por una compañía holding o propietaria de acciones o participaciones, la misma que hace de cabeza de grupo y sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías¹²¹.

Para la conformación de una Compañía Holding, se necesita de una compañía vinculante y de una o más compañías vinculadas. La compañía vinculante tiene la característica de tener un objeto social exclusivo, determinado por la ley, la compra de acciones o participaciones de otras compañías, con la finalidad de vincularlas y ejercer su control a través de vínculos de propiedad accionaria, gestión, administración, responsabilidad crediticia o resultados y conformar así un grupo empresarial. Para poder vincular y ejercer control a las compañías,

¹¹⁹ Art. 116 de la Ley de Compañías ecuatoriana.

¹²⁰ Art. 429 *Ibíd.*

¹²¹ Información obtenida de material de clases, dictado por la Dra. Carolina García.

debe tener la propiedad de más del cincuenta por ciento del capital social de cada compañía que desee vincular. La compañía holding deberá ser constituida bajo una de los tipos de compañías reconocidas por la ley.¹²² Por su parte, para la conformación de una compañía accidental o cuentas en participación se necesita únicamente de la voluntad del gestor y del o los partícipes de suscribir el contrato mediante el cual crean la ACP, contrato que se encuentra exento de solemnidad alguna por disposición expresa en la ley.

Las compañías vinculadas, pueden tener cualquier objeto social, es importante que uno de sus socios o accionistas sea la compañía holding, la cual, tendrá más del cincuenta por ciento del capital social. En la ACP, el gestor se reputa dueño de las aportaciones de los partícipes, ya que éste es quien administra todos los recursos con los que cuenta para de esta manera poder realizar los negocios para lo cual se conformó la cuenta en participación y reporta las utilidades correspondientes a los partícipes.

Las compañías que formen parte de la compañía holding o grupo empresarial, deberán utilizar denominaciones que las identifiquen frente al público como integrantes de un mismo grupo empresarial, debiendo agregar las palabras “Grupo Empresarial”, conjuntamente con la denominación de éste. La solicitud de reserva debe plantearse con el consentimiento de la compañía que ejerce el control del grupo, denominada holding¹²³. La compañía accidental o cuentas en participación puede o no llevar denominación, pues esta facultad se reserva entre gestor y partícipes si quieren tener denominación alguna o no.

La decisión de integrarse a un grupo empresarial deberá ser adoptada por la junta general de cada una de las compañías a vincularse. La compañía holding o tenedora de acciones, al igual que las compañías que conforman el grupo, se inscribirán como tales en el Registro de Mercado de Valores a cargo de la Superintendencia de Compañías. Por su parte, en la compañía accidental o cuentas en participación, no existe una junta general y no necesita estar inscrita en ningún lado.

¹²²Información obtenida de material de clases, dictado por la Dra. Carolina García.

¹²³Información tomada de material de clase, dictado por la Dra. Carolina García.

Las sociedades que forman parte de un grupo empresarial podrán actuar de manera conjunta frente a terceros y ofrecer servicios complementarios y así mismo deberán realizar operaciones inherentes a su objeto social y particular mediante sucursales u oficinas.

Las sociedades vinculadas a la compañía holding o tenedora de acciones, elaborarán y mantendrán estados financieros individuales por cada compañía, para fines de control y distribución de utilidades a los trabajadores y para el pago de los diferentes impuestos para cuando así corresponda. El gestor en la compañía accidental o cuentas en participación es quien al final de su gestión o una vez que se haya cumplido el objeto para el cual se conformó la ACP, rendirá cuentas de todo lo actuado a los partícipes.

La compañía holding o tenedora de acciones, así como, las sociedades que estén vinculadas a ésta y que voluntariamente hayan conformado grupos empresariales, estarán sujetas al control total de la Superintendencia de Compañías. Si bien es cierto que la ACP se encuentra normada bajo la Ley de Compañías, esta figura se rige por el convenio al que hayan llegado las partes intervinientes, pues no tiene que rendir cuentas a la Superintendencia de Compañías.

4.5 EL JOINT VENTURE Y LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Este contrato implica asociación de empresarios conjuntos para llevar adelante un proyecto con propósito de lucro. Para un sector de tratadistas de la materia, el joint venture se define como una especie de consorcio integrado generalmente por importantes empresas para la realización de objetivos determinados¹²⁴. La compañía accidental o cuentas en participación se asemeja mucho a lo que es un joint venture, pues, como ya lo mencionamos anteriormente la figura de la ACP tiene un objeto muy parecido al joint venture y este es el de realizar una o varias operaciones mercantiles, en el cual pueden asociarse personas naturales o jurídicas,

¹²⁴Información tomada de material de clase, dictado por la Dra. Carolina García.

permitiendo que el gestor, de esta manera haga partícipes a los asociados de las utilidades obtenidas o pérdidas si fuere el caso.

José Abelardo Garrone, sostiene que:

El joint venture es un pacto o asociación entre competidores actuales o potenciales, por el cual se comparte el management y a diferencia del merger, que connota una fusión empresarial de la cual deriva cierta estabilidad y permanencia, el joint venture persigue objetivos específicos, concretos y limitados. Se dan generalmente como ejemplo de estas amalgamas empresarias, las asociaciones que se realizan entre dos o más empresas, en principio competitivas, para realizar obras de infraestructura, como puertos, túneles, complejos hidroeléctricos, etc., que por sus riesgos y por las cuantiosas inversiones y el know how requeridos, escapan generalmente a las posibilidades de una sola empresa¹²⁵.

El joint venture es una figura muy aproximada a la sociedad accidental o cuentas en participación, en la que un comerciante da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todo un comercio, pudiendo tener lugar también entre no comerciantes, es un mecanismo económico comercial de colaboración por el que dos o más personas naturales o jurídicas comparten los riesgos financieros, los beneficios y las decisiones en la realización de una aventura u operación común y determinada, en la cual pueden aportar dinero, bienes, tecnología o trabajo.

El joint venture surge de la necesidad de la integración de las empresas mercantiles norteamericanas a la luz del derecho antimonopolio, en un ambiente de libre competencia dentro de una economía desarrollada y cada vez más exigente, en donde la eficiencia es un requerimiento básico para la supervivencia de las empresas. Las entidades productivas se ven obligadas en ocasiones a sortear el dilema entre cumplir su fin comercial agrupadas o asociadas o permanecer como organizaciones autónomas e independientes a riesgo de ser destrozadas por la competencia.

Por lo expuesto se han planteado una serie de posibilidades a las empresas, para poner en práctica este tipo de asociación:

¹²⁵Información obtenida de material de clase y autor citado por la Dra. Carolina García.

- Hacer uso de la figura jurídica denominada fusión, para de esta manera formar una sola empresa que se pueda unir o firmar un joint venture.
- La escisión de las empresas con el fin de que cada una de las escindidas se especialice en distintas tareas del proceso productivo y desde luego entre ellas ejecuten operaciones de colaboración mutua con provecho para las dos partes.
- Celebrar un contrato de joint venture, que es una forma de integración para el ejercicio de actos de comercio sin que las empresas modifiquen su estructura jurídica¹²⁶.

En fin, el nacimiento del joint venture, se justifica, como una fórmula o instituto que propicia el agrupamiento temporal de las empresas, para desarrollar tecnología, presentar ofertas, ejecutar obras públicas, proveerse mutuamente materias primas o comercializar ciertos productos. La duración de esta figura jurídica se apegará a la decisión que tomen las partes negociadas.

4.6 EL CONSORCIO Y LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Como hemos visto ya, existe nuevas formas de asociarse o grupos empresariales para el cumplimiento de un fin determinado, pues el consorcio es una más de ellas, para esto Guillermo Cabanellas lo define como: “Forma de asociación entre dos o más empresas que actúan unidas, bajo una misma dirección y reglas comunes, aunque conservando su personalidad e identidad jurídicas”¹²⁷. Por su parte, en la compañía accidental o cuentas en participación, se puede asociar todo tipo de personas, naturales o jurídicas, a fin de cumplir con un solo objetivo planteado, para lo cual el gestor será la persona encargada de llegar a ese fin y reportar las correspondientes utilidades a sus partícipes al fin de la gestión.

¹²⁶Información tomada de material de clase, dictado por la Dra. Carolina García.

¹²⁷CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II. 31 Edición. Revisada, actualizada y ampliada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina 2009. Página 360.

En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se da espacio a los consorcios y es así que, el artículo 67 de dicha ley prescribe que:

En cualquier proceso precontractual previsto en esta ley, pueden participar consorcios o asociaciones de personas naturales y/o jurídicas, constituidos o por constituirse, en este último caso presentando el compromiso de asociación o consorcio correspondiente. Sin embargo, para la celebración de los contratos con una asociación o consorcio será requisito previo la presentación de la escritura pública mediante la cual se haya celebrado el contrato de asociación o consorcio, escritura en la que debe constar la designación de un apoderado. Las escrituras de constitución y disolución de la asociación o consorcio deberán contener los requisitos establecidos en el Reglamento de esta Ley¹²⁸.

Para este caso, la compañía accidental o cuentas en participación al ser una asociación que tiene como característica el ocultar la identidad de los partícipes, no podría participar en aquellos procesos que sean impulsados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

De esta manera se da oportunidad a las asociaciones o consorcios a participar incluso en contrataciones con el Estado, y esto es pues, muy importante ya que va a existir proyectos sumamente grandes, que para una sola empresa se le va a ser muy difícil el poder cumplir y de esta manera se opta por la constitución de un consorcio, en el cual las empresas que decidan unirse, no perderán su autonomía jurídica y podrán conjuntamente cumplir con el proyecto a cabalidad.

No existe mayor normativa en el país sobre este tipo de asociación, debemos recordar que nuestra Constitución en su artículo 66 referente a los Derechos de Libertad establece el derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria, así como el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental, numerales 13 y 15 respectivamente¹²⁹, por lo que en el territorio nacional todos somos libres de asociarnos de la manera que más creamos conveniente para nuestros interés a fin de desarrollar actividades económicas, teniendo en

¹²⁸ Art. 67 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹²⁹ Art. 66, numerales 13 y 15 de la Constitución de la República del Ecuador.

cuenta siempre la no violación de los derechos ni realizar ilegalidades. Estas normas citadas, también cobijan a la compañía accidental o cuentas en participación, para que tanto gestor y partícipes puedan asociarse de manera libre y voluntaria con el fin de desarrollar actividades económicas siempre enmarcados dentro de las buenas costumbres y la legalidad.

4.7 LA COMPAÑÍA EN COMANDITA SIMPLE Y LA COMPAÑÍA ACCIDENTAL O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Debemos partir indicando, que estas dos figuras jurídicas comparten los mismos antecedentes, pues, las dos nacen de la figura medieval de la *commenda*, tipo de asociación que ya estudiamos en el primer capítulo del presente trabajo de investigación.

La Ley de Compañías señala que la compañía de comandita simple es aquella que existe bajo una razón social y se contrae entre uno o varios socios, solidaria e ilimitadamente responsables, y otro u otros, simples suministradores de fondos, llamados socios comanditarios, cuya responsabilidad se limita al monto de sus aportes. La diferencia con las ACP, es que los partícipes no son responsables ilimitados conjuntamente con el gestor, únicamente responden hasta por el monto de las aportaciones que realizaron y que quedó pactado en el contrato de creación de la compañía accidental o cuentas en participación.

La razón social será necesariamente el nombre de uno o varios de los socios solidariamente responsables a la que se agregará las palabras "**en comandita**". El comanditario que tolerare incluir su nombre en la razón social quedará solidaria e ilimitadamente responsable de las obligaciones de la compañía. Cabe indicar que solamente las personas naturales podrán ser socios comanditados o comanditarios de la compañía en comandita simple. También esta forma ha caído en desuso¹³⁰. Con respecto a la figura jurídica objeto del presente trabajo de investigación, y como ya lo hemos mencionado en el presente capítulo, las ACP no están obligadas a llevar una denominación social y en cuanto a quienes pueden ser considerados

¹³⁰ Art. 59 de la Ley de Compañías ecuatoriana.

partícipes, sabemos que tanto personas naturales como jurídicas pueden formar parte de la compañía accidental o cuentas en participación.

En cuanto a la forma de administración que tiene la compañía en comandita simple, la ley de compañías nos indica que:

Cuando en una compañía en comandita simple hubiere dos o más socios nombrados en la razón social y solidarios, ya administren los negocios de la compañía todos juntos, o ya uno o varios por todos, regirán respecto de éstos las reglas de la compañía en nombre colectivo, y respecto de los meros suministradores de fondos, las de la compañía en comandita simple¹³¹

Y, “Salvo pacto en contrario, la designación de administradores se hará por mayoría de votos de los socios solidariamente responsables y la designación solo podrá recaer en uno de éstos. Es aplicable a ellos todo lo dispuesto para los administradores de la compañía en nombre colectivo”¹³². Por su parte la compañía accidental o cuentas en participación, tiene una manera de administración mucho más sencilla, ya que, la única persona que puede administrar los negocios realizados por la ACP es el gestor, él es la persona encargada de esa responsabilidad y de al final de la gestión rendir cuentas a los partícipes y entregar la correspondiente utilidad si es del caso.

¹³¹ Art. 64 de la Ley de Compañías ecuatoriana.

¹³² Art. 65 Ibídem.

5 CONCLUSIONES

1. La figura jurídica que fue objeto del presente trabajo de investigación, es una de las clases de compañías aceptada y normada de forma muy ligera por la Ley de Compañías de nuestro país, sin embargo es una figura jurídica que no se encuentra bajo la supervisión de la Superintendencia de Compañías y no cuenta con el reconocimiento expreso de la personalidad jurídica. De todas formas, esta compañía accidental o cuentas en participación, realiza actos de comercio, de los cuales, salen beneficios para el gestor, partícipes y terceros.
2. Las aportaciones que son realizadas por parte de los partícipes, es un elemento fundamental para la compañía accidental o cuentas en participación, ya que de ésta aportación nace la figura jurídica antes mencionada, es importante recordar que la responsabilidad hacia terceros recae única y exclusivamente sobre el gestor, sin embargo existe doctrinas en la que sostienen que si los partícipes pierden su calidad de socios ocultos, éstos serán solidariamente responsables con el gestor hacia terceros.
3. La característica de ocultamiento de los partícipes de la compañía accidental o cuentas en participación frente a terceros, se presenta como una de las falencias o puntos débiles para las relaciones comerciales que se pretenda efectuar, por cuanto, no presenta una seguridad jurídica para los terceros intervinientes, quienes pueden tener dudas sobre la naturaleza o legitimidad de las aportaciones con las que cuenta el gestor para la realización del o los negocios.
4. Al ser la compañía accidental o cuentas en participación una figura *sui generis* y al no estar bajo la regulación de la Superintendencia de Compañías, nos deja la puerta

abierta para poder explotar este tipo de sociedad al momento de realizar actos de comercio y demás actividades mercantiles, ya que por su falta de solemnidades se convierte en una manera rápida de crear grupos de sociedades.

5. El hecho que tanto gestor como partícipe no conformen una sociedad como tal, en la que se encuentra el *animus societas* (existe sí un ánimo pero el mismo no alcanza la conformación de una persona jurídica), no deja de formar una compañía accidental o cuentas en participación ya que las dos partes comparten un mismo fin, como es el lucro, y por ende con el objeto de la cuenta en participación se convierte en una sociedad de carácter mercantilista.

6. No debemos confundir a la compañía accidental o cuentas en participación con el contrato de cambio, ya que en la compañía accidental o cuentas en participación si bien es cierto que el partícipe entrega su aportación a cambio de una posible utilidad, debemos recordar que esa inversión tiene riesgo, y el riesgo es que el negocio que está llevando a cabo el gestor no funcione y en lugar de que el partícipe reciba su utilidad lo que habrá sucedido es que éste pierda esa inversión y no reciba nada a cambio; y no como en el contrato de cambio que yo entrego una cosa para recibir otra cosa.

6 RECOMENDACIONES

1. Una vez realizado el presente trabajo de investigación, y al haber estudiado a la compañías accidentales o cuentas en participación, como futuro abogado recomendaría el uso de la presente figura jurídica en todas aquellos negocios jurídicos que sean de corta data y de rápida ejecución, gracias a la falta de solemnidades y formalidades con la que se caracteriza este tipo de contrato lo cual lo hace mucho más rápido.
2. Difundir la utilización de esta figura jurídica, para aquellas personas naturales o personas jurídicas que deseen invertir capital (con riesgo) en un negocio no permanente y del cual únicamente recibirán una utilidad, lo puedan realizar mediante la suscripción y aplicación de la compañía accidental o cuentas en participación.
3. Que la Superintendencia de Compañías lleve un registro de aquellas compañías accidentales o cuentas en participación que existen en Ecuador, sin la necesidad de que sean inscritas, a fin de poder brindar un respaldo a gestor, partícipes y terceros.

BIBLIOGRAFÍA

- Adolfo Ruiz de Velasco y del Valle. Manual de Derecho Mercantil. Edición 3 Universidad Pontifica de Comillas, 2007.
- Aníbal Bascañán Valdés. Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Segunda Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1690
- Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. 6ta. Edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1985.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VI. 31 Edición. Revisada, actualizada y ampliada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina 2009.
- Caballero, José Luis. Derecho de Autor para Autores. Librería, 2004
- Cano Rico, José Ramón. Manual Práctico de Contratación Mercantil. Tomo I, Editorial Tecnos, Quinta Edición Madrid-España, 2002.
- Capilla Roncero Francisco. La Persona Jurídica Funciones y Disfunciones. Editorial Tecnos S.A. 1.984. Madrid.
- Cevallos Vásquez, Víctor. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Jurídica del Ecuador, 4ta. Edición Revisada ampliada y actualizada.
- Escrito por Adolfo Ruiz de Velasco y del Valle. Manual de Derecho Mercantil.
- Eleuterio Maisonnave. El contrato de cambio: aplicaciones prácticas sobre los títulos del código de comercio que tratan de esta materia. Editor Imp y Tip de la viuda de Juan J. Carratalá. 1867. Universidad Complutense de Madrid. Digitalizado el 13 de junio de 2008
- Farina, Juan M. Estudio de Sociedades Comerciales Colectiva en Comandita Simple Capital e Industria Responsabilidad Limitada en Comandita por Acciones Accidental o en Participación. Editorial ZEUS Editora Rosario, 1974.

- Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. 9na. Edición Tomo II. Editorial Porrúa S.A. México, 1993.
- Garrigues, Joaquín. Tratado de Derecho Mercantil. Tomo III. Volumen I. Obligaciones y contratos mercantiles. Revista de derecho mercantil. Madrid, 1963.
- Gual Dalmau, María Asunción. Las Cuentas en Participación. Primera Edición 1993. Editorial Civitas S.A. Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid – España.
- José L. de Benito. La Personalidad Jurídica de las Compañías y Sociedades Mercantiles. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid
- Langle y Rubio, Emilio, Manual de Derecho Mercantil español. Primera Edición, Editorial Bosch Barcelona 1950.
- Londoño Jaramillo, Juan Carlos. El contrato de cuentas en participación. Pontificia Universidad Católica Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Santafé de Bogotá 2.000
- López Gandía, Juan. Las Cooperativas de Trabajo Asociado y la aplicación del derecho del Trabajo. Universidad de Valencia, 2006
- María de los Ángeles Soto Gamboa. Nociones Básicas de Derecho. Segunda Edición, Editorial Estatal a Distancia San José, Costa Rica, 1987
- Mosset Iturraspe, Jorge. Edición Homenaje: Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Editor Universidad Nac. Del Litoral, 2005
- Nieto Salinas Andrés. Administración de Empresas Volumen 1. Editorial Mad. S.L. Primera edición 2004. Sevilla-España
- SIERRA MALLOL, citado por José Ramón Cano Rico, de España en su Manual Práctico de Contratación Mercantil”, Tomo I
- Valeri Albornoz, Paúl. Curso de Derecho Mercantil. Ediciones Liber 2010. Caracas-Venezuela
- Vivante, César. Tratado de Derecho Mercantil Volumen II. Traducido por Ricardo Espejo de Hinojoza. Primera Edición. Editorial Reus S.A. Madrid, 1932.
- Quevedo Coronado, Ignacio. Derecho Mercantil. Tercera Edición 2008. Pearson Educación de México S.A., de CV.
- Material de clase dictado por la Dra. Carolina García.

- <http://algunascositasdederecho.blogspot.com/2011/02/elementos-escenciales-del-contrato-de.html>.
- http://recursos.cnice.mec.es/latingriego/Palladium/5_aps/diclat.php
- <http://www.santiagoescobar.com.ar/?p=571>
- davinci22.tach.ula.ve/documents/derecho_mercantil.../grupo4.doc
- <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=912>

BASES LEGALES

- Constitución de la República del Ecuador.
- Código de Comercio Ecuatoriano.
- Ley de Compañías Ecuatoriano.
- Código Civil Ecuatoriano
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Código Penal Ecuatoriano.
- Resolución No. SC-DSC-G-12-002, de fecha 12 de marzo de 2012 y publicada en el Registro Oficial No. 676 de 4 de abril de 2012
- Código de Comercio Español.
- Código de Comercio Colombiano.
- Ley de Sociedades Comerciales de Argentina.
- Ley general de Sociedades Mercantiles Mexicana.