



CARRERA

DE

ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS

ASIGNATURA

DERECHO EMPRESARIAL

Nivel: TERCER SEMESTRE

Código:

Semestre: Septiembre 2019 - febrero 2020

TUTOR:

Dr. LENIN MOROCHO PAREDES MSC

UNIDAD DIDACTICA DE DERECHO EMPRESARIAL

UNIDAD UNO

CONCEPTOS Y TEMAS BÁSICOS

DE LOS ACTOS Y CONTRATOS DE COMERCIO

El Comercio

El comerciante: Son comerciantes:

- a. Las personas naturales que, teniendo capacidad legal para contratar, hacen del comercio su ocupación habitual;
- b. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles; y,
- c. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio, según la normativa legal que regule su funcionamiento.

Se considerarán comerciantes o empresarios, y estarán sometidos por tanto a las disposiciones de este Código: Registro Oficial N° 497 - Suplemento Miércoles 29 de mayo de 2019 – 5

- a. Los comerciantes o empresarios, definidos como tales bajo los términos de este Código;
- b. Las sociedades que se encuentran controladas por las entidades rectoras en materia de vigilancia de sociedades, valores, seguros y bancos, según corresponda, en función de sus actividades de interrelación;
- c. Las unidades económicas o entes dotados o no de personalidad jurídica cuyo patrimonio sea independiente del de sus miembros, que desarrollen actividades mercantiles; y,
- d. Las personas naturales que se dedican a actividades agropecuarias, manufactureras, agroindustriales, entre otras; y que, por el volumen de su actividad, tienen la obligación de llevar contabilidad de acuerdo con la ley y las disposiciones reglamentarias pertinentes.

No son comerciantes o empresarios:

- a. Los agentes económicos que ejercen una profesión liberal, y aquellos que se dedican a actividades intelectuales, literarias, científicas y artísticas, así lo hagan con la participación de colaboradores;
- b. Los artesanos; y,
- c. Los que se retiran de forma definitiva de la actividad comercial.
- d. Los agentes económicos que ejercen una profesión liberal, y aquellos que se dedican a actividades intelectuales, literarias, científicas y artísticas, así lo hagan con la participación de colaboradores;
- e. Los artesanos; y,
- f. Los que se retiran de forma definitiva de la actividad comercial.

NOTA: Las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a lo dispuesto en este Código en cuanto a dichas operaciones.

Actos de Comercio:

Son actos de comercio para todos los efectos legales:

- a. La compra o permuta de bienes muebles, con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos;
- b. La compra o permuta de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos;
- c. La compra o enajenación de establecimientos de comercio, y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos;
- d. La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las acciones, participaciones o partes sociales;
- e. La producción, transformación, manufactura y circulación de bienes;
- f. El transporte de bienes y personas;
- g. Las operaciones descritas y reguladas por el Código Orgánico Monetario y Financiero, sin perjuicio de que las mismas se encuentran sometidas a dicha ley;

- h) Las actividades de representación, prestadas por terceros, a través de las cuales se colocan productos o se prestan servicios en el mercado;
- i) Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes;
- j) Las actividades mercantiles realizadas por medio de establecimientos físicos o sitios virtuales, donde se oferten productos o servicios;
- k) El contrato de seguro;
- l) 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;
- m) El depósito de mercaderías; y, en general, la tenencia de bienes a título oneroso;
- n) Las actividades de interrelación derivadas de los contratos existentes entre los prestadores de servicios de transporte y sus usuarios;
- o) El contrato de operación logística;
- p) La prenda, y otras garantías que se regulen en este Código;
- q) Las operaciones de crédito;
- r) La colaboración empresarial cuando está encaminada a realizar actos de comercio;

Empresa:

Definición: Empresa es la unidad económica a través de la cual se organizan elementos personales, materiales e inmateriales para desarrollar una actividad mercantil determinada.

El establecimiento de comercio, como parte integrante de la empresa, comprende el conjunto de bienes organizados por el comerciante o empresario, en un lugar determinado, para realizar los fines de la empresa. Podrá formar parte de una misma empresa varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá ser parte de varias empresas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales.

Se entenderá que forman parte integrante de una empresa:

- a. El nombre o denominación con la que se da a conocer al público o da a conocer los productos y servicios que oferta;
- b. Los bienes tangibles e intangibles susceptibles de valoración económica, tales como los signos distintivos, marcas, lemas comerciales, u otros, así como los

elementos constitutivos de la imagen de la empresa, que la diferencien o distingan de otras;

- c. Los activos que le permitan desarrollar su actividad mercantil;
- d. El conocimiento empleado en la actividad desarrollada;
- e. La cartera de clientes;
- f. Los derechos y obligaciones derivados de las actividades emprendidas, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de la empresa y que atañan a él como individuo particular;
- g. Las relaciones jurídicas y de hecho establecidas por el empresario para el desarrollo de la actividad empresarial; y,
- h) Los establecimientos de comercio.

Contratos de Comercio.-

Son contratos mercantiles los que se tratan en el Código de Comercio, Libro V, artículo 295. Los contratos de comercio deben ser analizados e interpretados bajo los criterios de este Código otras formas contractuales en las que estén presentes elementos que determinen la naturaleza mercantil de los actos, lo que incluye los contratos innominados que puedan llegar a celebrarse.

Se entiende por contratos innominados o atípicos, aquellos que no están expresamente regulados por el presente Código o por leyes especiales.

El contrato de comercio es un contrato que se realiza con una finalidad económica, de manera habitual, organizada y dirigido a un mercado, en que una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.

Cuando el precio consista parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en el caso contrario.

Elementos del Contrato de Comercio.

1. **Capacidad;**
2. **Consentimiento**
3. **Objeto lícito;**
4. **Causa lícita; y,**
5. **Solemnidades.**

Capacidad.-

La capacidad es la actitud para realizar actos jurídicos; condición propia de toda persona como sujeto de derechos y obligaciones para actuar válidamente en derecho. Calidad de quien puede por sí mismo manejar sus propios negocios jurídicos (capacidad de ejercicio).

Se define jurídicamente a la persona como el ente capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones; luego toda persona es capaz; así el artículo 1462 del Código Civil estipula: ***“Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”***.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o autorización de otra.

La capacidad ha sido contemplada en ángulos diversos que nos lleva a la consideración de la existencia de una capacidad general y de varias capacidades especiales; una capacidad de obrar y una capacidad de adquirir.

Pero, dentro de la capacidad para contratar, nuestra ley civil distingue la **capacidad de goce** y la **capacidad de ejercicio**; la primera es la que corresponde a todo individuo de la especie humana y también a toda persona jurídica; la capacidad de goce, es pues, general, universal, se extiende a todo sujeto de derecho, por esta generalidad rara vez se la menciona en las leyes; se da por supuesta y se aplica a todos.

En cambio, la capacidad de ejercicio es la que se define en el artículo 1461; cuando se habla de personas **capaces** se refiere por consiguiente a la capacidad de ejercicio, a las que pueden por sí mismas obligarse a exigir sus derechos. Quienes necesitan el ministerio de otra persona o bien la autorización de otro, tienen la capacidad de goce, pero no pueden por sí mismos ejercitar sus derechos o contraer obligaciones. Deben ser autorizados o representados para actuar.

La capacidad de ejercicio se traduce en el hecho por la capacidad de obligarse, porque la manera corriente de ejercer los derechos que nos pertenecen es por medio de actos jurídicos, y de éstos los contratos son los más frecuentes; de manera que la capacidad de ejercicio viene a ser la capacidad para contratar.

Los hermanos Mazeud definen a la capacidad indicando que ésta presenta dos aspectos muy diferentes: de una parte, es la *aptitud para adquirir un derecho, de ser su titular*; por otra parte, la *aptitud para ejercer los derechos* de que se es titular (LECCIONES DE DERECHO CIVIL”, Parte Primera, Volumen IV, Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 192).

Por lo tanto, la capacidad es la regla general, la situación normal; la incapacidad es la excepción, por ello, la capacidad de goce o adquisitiva, es decir, la aptitud legal para adquirir derechos, la tiene, por regla general, toda persona por el sólo hecho de serlo, porque precisamente es persona todo ser que es capaz de adquirir derechos, de ser titular de un derecho; por excepción no tiene capacidad de goce el muerto civil que deja de ser una persona relativamente al derecho de propiedad. Mientras que la capacidad de ejercicio no se encuentra en la misma situación que la capacidad de goce; la capacidad de ejercicio no.

Toda persona física o moral, por tener la personalidad jurídica, es, en principio, plenamente capaz, tanto en el terreno de la capacidad de goce como en el de la capacidad de obrar. La capacidad es la regla; la incapacidad, la excepción.

La incapacidad general y especial.

La incapacidad de ejercicio puede ser de dos clases: general y especial o particular. Es general cuando se refiere a todo acto jurídico; la persona afectada por esta incapacidad no puede ejecutar ninguna clase de acto jurídico, excepto aquellos que expresamente la ley lo autoriza a ejecutar. La incapacidad es general en los casos de los absoluta y de los relativamente incapaces, porque unos y otros no pueden celebrar, por regla general, ningún acto jurídico, salvo aquellos que la ley expresamente les permite.

La incapacidad especial o particular es la que se refiere a la ejecución de ciertos y determinados actos jurídicos; los individuos afectados por una incapacidad particular pueden celebrar todos los actos de la vida jurídica, excepto aquellos actos o contratos que la ley les prohíbe. Estas incapacidades especiales **no son propiamente incapacidades**, sino prohibiciones establecidas por la ley, por razones de moralidad o de conveniencia pública, para que ciertas personas no puedan ejecutar ciertos actos; a ellos se refiere el inciso final del artículo 1463 del Código Civil.

Así, los cónyuges no pueden hacerse donaciones entre vivos, porque de otra manera sería muy fácil burlar a los acreedores del marido; por la misma razón es nula la venta entre cónyuges no divorciados, entre el padre y el hijo de familia; también se le prohíbe al tutor comprar los bienes de su pupilo y así existen varias disposiciones al respecto.

Por lo expuesto, constituye como única y verdadera incapacidad la general, es decir aquella que impide a la persona a quien afecta, la celebración de todo acto o contrato. La incapacidad general puede ser absoluta o relativa, según la mayor o menor extensión que la ley le da.

Según el Código Civil ecuatoriano se define a la capacidad como: Artículo 1462 "Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces".

En nuestro derecho, la regla general es la capacidad y la incapacidad es la excepción, como lo señala expresamente el artículo antes indicado. Por lo tanto no existe incapacidad de goce, sino sólo de ejercicio.

Así, la incapacidad de ejercicio puede ser general, que a la vez es absoluta o relativa, y especial.

- **Incapacidad general.-**

Incapacidad Absoluta: aquella que impide la ejecución de cualquier acto jurídico y en cualquier circunstancia, también llamada por algunos autores "natural", porque obedece a razones de la naturaleza. La incapacidad absoluta produce como efectos la nulidad absoluta en los términos del Art. 1699 del Código Civil ecuatoriano.

Son incapaces absolutos:

1. **Los dementes**, o sea aquellas personas con perturbaciones mentales que les impiden emitir un consentimiento válido y que han sido puestos en interdicción mediante el correspondiente proceso establecido a partir del Art. 752 hasta el artículo 770 del Código de Procedimiento Civil.

Respecto a la actuación de los dementes, es necesario además observar que el Art. 486 del Código Civil consagra dos importantes presunciones como efectos directos de la declaratoria de interdicción por demencia: una de derecho, según la cual los actos del demente que ha sido declarado en interdicción son nulos y en ningún caso pueden validarse; y, la otra, una presunción legal según la cual los actos del demente que no ha sido declarado interdicto, son válidos mientras no se pruebe que sufría una enajenación mental durante su ejecución. Por ello, no basta recuperar la razón para que los actos del demente sean válidos sino que esta situación debe ser reconocida y declarada en providencia judicial y a partir de entonces serán válidos. Sin embargo, el Art. 530 del mismo cuerpo legal indica que la demencia del tutor o curador vicia de nulidad todos los actos que durante ella se hayan ejecutado, aunque durante su ejecución no hubieran sido declarados interdictos. El código Civil además establece, ciertas prohibiciones expresas para los dementes: prohibición de testar (Art. 1043 CC) y de ser testigos en testamentos solemnes (Art. 1050), aunque dichas prohibiciones se infieren de la propia calidad de incapaz absoluto.

Los dementes no responden por sus actos ilícitos, pero será responsable su guardador en caso de negligencia y, por lo tanto, se le podrán reclamar los daños y perjuicios ocasionados por el delito o cuasi delito civil (Art. 2219 del código Civil)

2. **Los impúberes**: Según el Art. 21 del Código Civil, el hombre menor de catorce años y la mujer menor de doce años; Esta diferencia de edad, basada en el antiguo criterio de que la pubertad ocurre primero en la mujer y luego en el hombre, no es considerada por la moderna doctrina civilista ni de niñez y adolescencia, por lo que se puede establecer que ni en el Art. 2 ni en el Art. 3 del Código Niñez y Adolescencia se encuentra estipulado el término impúberes.

3. **La persona sorda que no puede darse a entender por ningún medio**: cabe precisar que a esta persona con capacidades especiales al igual que al demente se necesita ponerle en interdicción, pero a diferencia de la situación del demente esto no significa que cuando ha ejecutado actos posteriores a la interdicción sean nulos si ya podía darse a entender por cualquier medio, es decir, para la persona sorda se establece una presunción legal después de la interdicción y esta afirmación se sustenta en que el Art. 491 del CC no se remite al Art. 486 del Código Civil. Cabe anotar que hasta antes de la vigencia de la citada Ley Orgánica de discapacidades, la incapacidad prevista en el Código Civil era para el sordomudo que no podía darse a entender por escrito, pero acertadamente, la citada ley especial reformó expresamente esta incapacidad, considerando que hay diversos medios para darse a entender, como son el lenguaje de señas, etc. La persona muda no tiene ninguna incapacidad legal.

- **Incapacidad Relativa:** Es aquella que sufren ciertas personas cuyos actos, en ciertas circunstancias y en determinados supuestos previstos por las leyes, pueden tener valor legal, por esto se dice que la ley a estas personas les concede cierto grado de capacidad. Sus efectos son la nulidad relativa en los términos del Art. 1700 del Código Civil.

Son incapaces relativos:

1.- Los menores adultos: según el Art. 21 del código Civil son la mujer mayor de doce años y menor de dieciocho años y el hombre mayor de catorce años y menor de dieciocho años. Para los “púberes o menores adultos” es posible celebrar ciertos actos jurídicos válidamente cuando están expresamente autorizados por la Ley, por ejemplo, consentir en su emancipación (Art. 309 del CC).

Sin embargo, debemos tener presente que también se aplica lo señalado en líneas anteriores sobre la derogatoria tácita por el Código de Niñez y Adolescencia para la categorización de los impúberes, por lo que actualmente debemos entender que incapaces relativos son los adolescentes: hombre y mujer menor de 18 años y mayor de 12 años. Así, en cuanto a la capacidad civil, se ha ampliado esta capacidad de conformidad con el Art. 65 del Código de Niñez y adolescencia pues, según este artículo el adolescente puede: “Art. 65.- Validez de los actos jurídicos.- La capacidad jurídica respecto a los actos celebrados por niñas, niños y adolescentes se estará a lo previsto en el Código Civil, a excepción de los siguientes casos:

1. Los actos y contratos de los adolescentes que no han cumplido quince años, son relativamente nulos sin perjuicio de la validez que la ley confiera para la celebración de determinados actos;

2. Las personas que han cumplido quince años, además, tienen capacidad legal para celebrar contratos de trabajo según las normas del presente Código; y,

3. Para celebrar los actos y contratos que estén comprendidos en el objeto de una organización estudiantil, laboral, cultural, artística, ambiental, deportiva o vecinal, de las que sean personeros o legítimos representantes en el ejercicio de su derecho de asociación y cuya cuantía no exceda a dos mil dólares. Los adolescentes podrán ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías. Los niños y niñas podrán pedir directamente auxilio para la protección de sus derechos cuando deban dirigir la acción contra su representante legal.”

Además la Constitución del 2008 amplía también la capacidad del adolescente mayor de 16 años para intervenir activamente como ciudadano, con derecho a votar en forma facultativa. La opinión de los adolescentes (al igual que la de las niñas y niños) en los asuntos que les atañen debe ser siempre consultada según la misma Constitución (Art. 45) y en concordancia, el Art. 60 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia también lo establece. Resulta interesante que para los casos de traslado del ejercicio de la tenencia de un progenitor a otro, o para la privación de la patria potestad, el criterio que emite el adolescente es obligatorio para el Juez, de conformidad con el Art. 106 del citado cuerpo legal.

4. Disipador declarado en interdicción: disipador es aquel que malgasta, que dilapida; y para ser considerado como tal es necesario que el gasto sea habitual, desproporcionado (todo su patrimonio) y además sin justa causa (Art. 466 CC).

Para que sea considerado incapaz relativo, el disipador debe ser declarado interdicto y su interdicción tiene iguales efectos que la de la persona sorda.

5. Otras personas declaradas en interdicción de administrar sus bienes:

Además del disipador, los ebrios consuetudinarios, toxicómanos, insolventes y quebrados se hallan en interdicción de administrar sus bienes y, en armonía con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, son incapaces relativos. Sin embargo, sobre el insolvente (persona natural cuyos pasivos han superado sus activos y no ha podido satisfacer sus deudas) y el quebrado (persona jurídica cuyos pasivos han superado sus activos y no ha podido satisfacer sus deudas), es preciso observar que pese a la disposición legal, por la naturaleza misma de la prohibición, se trata más bien de una incapacidad particular, pues conforme al Art. 523 del Código de Procedimiento Civil, la interdicción se refiere sólo a los bienes que existen al momento del concurso de acreedores y, en cuanto a los bienes que el insolvente adquiera en lo posterior, el 50% para a la masa del concurso y el otro 50% será administrado por el propio fallido.

Conviene precisar acerca de la interdicción del ebrio consuetudinario, que la habitualidad en la ebriedad o embriaguez, debe medirse respecto a las costumbres de cada país: se debe probar que el alcoholismo está causando daño, detrimento al patrimonio de la persona y que le impide razonar sobre sus actos. Igual regla deberá aplicarse para el toxicómano, es decir, aquel que consume estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

6. Las personas jurídicas.-

Nuestro Código Civil al definir a las personas colectivas sigue la teoría de la ficción y establece que la persona colectiva “no existe en la realidad, sino que se trata de una creación jurídica ideada por el legislador para satisfacer las necesidades de los seres humanos en el mundo de los negocios”. Von Savigny la extrajo de los glosadores y Don Andrés Bello acogió esta teoría en la definición del Código Chileno que posteriormente copia el legislador ecuatoriano, por lo que el actual Art. 564 establece: “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública.

Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter”

La persona jurídica es un incapaz relativo y como tal, los actos celebrados sin la actuación de su representante legal se encuentran viciados de nulidad relativa.

A. Incapacidad Especial: También llamada incapacidad particular o inhabilidad. Se refiere únicamente a ciertos actos jurídicos y, a diferencia de la incapacidad general, afecta a un sujeto capaz y se establece en beneficio de los terceros y no del propio incapaz. Existen múltiples ejemplos de este tipo de incapacidad no sólo en el Código Civil sino también en otras Leyes como la Constitución, el Código del Trabajo, etc. Así,

podemos citar entre otros: la prohibición de que el extranjero trabaje en relación de dependencia sin previamente haber obtenido permiso expreso del Director Nacional de Trabajo y Recursos Humanos(Art. 560 del Código del Trabajo); la prohibición para ser Ministros de Estado a los parientes hasta el segundo grado de afinidad y cuarto grado de consanguinidad del Presidente o del Vicepresidente de la República (Art. 152 numeral uno de la Constitución).

En cuanto a sus efectos, dependen de la formulación o redacción de la norma que establece la incapacidad: así, si la norma jurídica es prohibitiva, se produce la nulidad absoluta como por ejemplo en el caso de la prohibición a los cónyuges de no celebrar contratos entre sí salvo el mandato y las capitulaciones matrimoniales(Art. 218 del Código Civil); en cambio, si la norma jurídica es imperativa negativa, el efecto será la nulidad relativa, como por ejemplo el caso del Art. 2048 del Código Civil: “Art. 2048.- No podrá el mandatario, por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar; si no fuere con aprobación expresa del mandante”.

1.4.2. Consentimiento

En términos generales podemos decir que el consentimiento es el acto de voluntad, por el cual se quiere, admite o tolera algo. Para obligarse por un contrato, se requiere el libre consentimiento, sin vicio de error, fuera o dolo. Los contratos consensuales son aquellos que se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, manifestado expresa o tácitamente.

Así mismo de una manera general se puede definir al consentimiento como el acuerdo de voluntades para crear obligaciones, es una manifestación de voluntad deliberada, consciente y libre, que expresa el acuerdo de una persona respecto de un acto externo ajeno.

El consentimiento es uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato, cualquiera que fuere su tipo o naturaleza, sea este real, solemne o consensual. En todo contrato es necesaria la existencia del consentimiento, pese que en los reales y los solemnes se necesita, además, la entrega de la cosa o el cumplimiento de las formalidades pautadas en la ley.

Para poder prestar un consentimiento que sea jurídicamente válido es necesario cumplir determinados requisitos: en general, es necesario tener suficiente capacidad de obrar. No pueden prestar su consentimiento los menores de edad o incapacitados; sin embargo, puede darse el caso de que la incapacidad de prestar consentimiento sólo abarque a una serie de actos jurídicos, y no a otros.

Además, el consentimiento no es válido cuando se ha emitido bajo la influencia de alguno de los posibles vicios del consentimiento que ya veremos más adelante (error, fuera y dolo).

En Derecho Civil, el consentimiento se define como el concurso entre la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

El consentimiento se considera un requisito esencial para la formalización de contratos, y para cualquier otra asunción de derechos y obligaciones que requiera voluntariedad, como la aceptación de herencias, contraer matrimonios, etc.

En los contratos reales se perfeccionan por la entrega de la cosa, y si en este sentido se oponen a los consensuales, no les dispensa el requisito del consentimiento de las partes, exigible en todo acto jurídico. Recordemos al efecto el Art. 1453 del Código Civil en la parte pertinente que dice: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos y convenciones...”

Para los hermanos Mazeud, en el lenguaje corriente, el consentimiento es la voluntad de la persona que se obliga; mientras que ese término designa, en la lengua del derecho, *el acuerdo de dos o más voluntades*. Para que exista consentimiento se necesita pues: 1. La existencia de voluntades individuales; 2. El concierto de esas voluntades. Por eso el estudio del consentimiento implica a la vez, el análisis de la voluntad de cada uno de los contratantes (existencia, vicios de esa voluntad, capacidad) y el examen del concierto, del acuerdo de las voluntades; porque esos dos aspectos del mismo problema no pueden ser disociados por otra parte, cuando se trata de precisar las reglas jurídicas que los rigen.

Luis Díez-Picazo en cambio nos explica que el consentimiento es la acción de consentir y consentir es permitir o tolerar algo, es decir, dar aquiescencia o aprobación a algo. En otro sentido, quizá más técnico, consentir (de *cum-sentire*) puede considerarse como el común sentimiento o la común voluntad de dos o más personas.

1.4.3. Objeto lícito.

De conformidad con el Art. 1483 del Código Civil, no puede haber obligación sin causa, aunque no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entienda por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así mismo de conformidad con el Art. 1476 del Código Sustantivo Civil, toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.

Nuestro Código Civil en el Art. 1477, inciso tercero estatuye: “Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

Según el Art. 1480 del C.C., haya objeto ilícito en la enajenación:

- De las cosas que no están en comercio;
- De los derechos y privilegios que no pueden transferirse; y,
- De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez autorice, o el acreedor consienta en ello.

Existe también objeto ilícito en las deudas contraídas en juegos de azar, en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas, estatuas, telecomunicaciones, audiovisuales obscenos, y de impresos condenados como abusivos a la libertad de opinión y expresión; y generalmente, en todos los contratos prohibidos por las leyes.

En consecuencia, el objeto de una pretensión es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible, el prohibidos por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

Por lo tanto, pueden ser objeto de contratos todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aún las cosas futuras. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes, a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

Según Arturo Alesandrí el objeto del contrato es el derecho que las partes quieren crear, contratando; el objeto de la obligación es la cosa o el hecho al cual este derecho se aplica.

En conclusión diremos que: el objeto es la materia sobre la cual versa el acto jurídico o sea los hechos, las cosas, y; la causa es la finalidad tenida en cuenta o en mira de las partes al celebrar el negocio.

1.4.4. Causa lícita.

Por lo tanto, el ordenamiento jurídico nuestro establece la necesidad de la causa para la existencia de una obligación. Muchos autores y la doctrina distingue tres clases de causas: eficiente, ocasional y final.

La causa eficiente o formal es el elemento generador de la obligación, es decir, la fuerza productora del efecto, y en este sentido se habla de los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley como causa de obligaciones.

La causa ocasional llamada también impulsiva, y la causa final entran ambas en lo que se llama las “fuerzas impulsivas”, que son los móviles, los motivos de nuestros actos, pero es preciso no confundirlas. La causa final de un contrato es el fin invariable e inmediato de este acto, la ocasional es un elemento diferente según el caso y que actúa solamente por ocasión.

Más concretamente, la diferencia entre causa final y ocasional, fundamentalmente son dos: la primera es un elemento interno que no varía, mientras que la segunda es externa y varía hasta el infinito.

En el Derecho civil, para que nazcan los actos jurídicos provenientes de un contrato, debe existir una causa, que justifique la acción que se va a realizar. Esto es, el motivo preciso por el cual las partes llevaron a cabo dicho contrato. Se dice que un contrato no tiene causa cuando las manifestaciones de voluntad no son las correspondientes con la función social que debe cumplir; tampoco cuando se simula una causa. Esto quiere decir que el contrato debe tener causa, y esta ha de ser existente, verdadera y lícita.

Nuestra jurisprudencia ha establecido que, de acuerdo con el derecho de acción garantizado por la Constitución y la ley, cualquier persona puede acudir ante los órganos judiciales y formular en su demanda las pretensiones que tenga a bien. Lo que no puede es promover pretensiones contrarias a la moral, al orden público o a las prohibidas por la ley, en cuyo caso existe causa ilícita.

1.4.5. Solemnidades.

Hay que tener presente que el acto o negocio jurídico, es la manifestación de voluntad, protegida por el ordenamiento jurídico, que se verifica con la intención de producir consecuencias jurídicas, vale decir, la creación, la modificación o la extinción de un derecho subjetivo.

La llamada teoría de los actos jurídicos, se basa en la presencia de dos grupos de requisitos. Por una parte, se encontrarían los requisitos de existencia del acto, y por la otra, los requisitos de validez de los mismos. Existe unanimidad en la doctrina, al plantear la necesidad de distinguir entre ambas clases de requisitos. Sin embargo, a la hora de establecer cuáles son requisitos de existencia y cuáles son de validez, surgen las discrepancias. Las mayores divergencias doctrinales, se evidencian a la hora de establecer las consecuencias jurídicas (sanciones) frente a la omisión de uno o de otro tipo de requisito.

La ley se encarga de reglamentar las relaciones jurídicas que pueden producirse entre los individuos, por lo que con este fin y con el propósito de que no se produzca abusos ni injusticias, protege a las personas que intervienen mediante los “actos jurídicos”, para lo cual ha establecido una serie de requisitos en la celebración de tales actos, requisitos que si no concurren acarrear la sanción de nulidad del acto.

Los actos y contratos se presumen válidos mientras no se demuestre que son nulos; se debe probar la nulidad y ser declarada por un juez.

En el derecho contractual moderno, predomina el con sensualismo sobre el formalismo, aunque por otro lado, el legislador ha querido que subsista al lado de estos “la solemnidad” para muy contados actos jurídicos, de modo que la solemnidad aparece hoy en día, como excepción de las excepciones, si así pudiéramos calificarla. En este orden de ideas tenemos que, la solemnidad es la formalidad exigida por la ley para que

el acto jurídico nazca a la vida del derecho; es la manera como se expresa la voluntad para el perfeccionamiento del acto jurídico.

Según Sanromán Aranda la solemnidad “es aquella en la que se emplean términos ceremoniosos, o cuando se realiza el acto ante un funcionario público. Por su parte, Ernesto Gutiérrez y González señala que “la solemnidad es el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del acto.

La solemnidad se presenta ocasionalmente, cuando para la constitución del acto jurídico la ley requiera del pronunciamiento de frases sacramentales, y/o prácticas rituales y/o de la intervención de un funcionario que sancione el acto jurídico. Los casos en los que se exige éste requisito esencial, son por lo general de suma trascendencia social, actos jurídicos del derecho de familia como el matrimonio, la adopción por citar algunos. Se les identifica como solemnnes, no porque la ley así los califique con la expresión de “solemnes”, sino más bien porque para su creación o perfeccionamiento, requieren la observancia de esa formalidad conocida como “solemnidad”, la llamada forma “ad solemnitatem causa”, o “formalidad ad substantiam”, que como es una forma constitutiva sin la cual el acto jurídico no nace; en estos casos, la forma es más que un simple elemento probatorio. Algunos actos son solemnnes porque sin la voluntad del estado a través de la autorización del funcionario que la ley establece no existirían, tal es el caso del divorcio, la adopción, el matrimonio, en los que no basta la voluntad de las partes, ni el objeto posible, pues requieren además, la sanción o autorización del Estado.

Se ha llegado a afirmar que no existen los contratos solemnnes. Según Javier Martínez Alarcón, “la solemnidad no se incluye como elemento esencial de los contratos, pero sí se contempla como tal cuando se refiere al acto jurídico.

1.8 Aspectos legales de la Contabilidad

Los comerciantes están en la obligación de llevar contabilidad en los términos prescritos en el ordenamiento jurídico.

En el curso de una causa judicial o arbitral podrán el juez o el árbitro ordenar a petición de parte, o aun de oficio, la inspección o exhibición contable, pero sólo para el examen y compulsas de lo que tenga relación con el asunto que se ventila; lo cual deberá designarse previa y determinadamente. Esta determinación no conlleva el deber de hacer un señalamiento exacto de cuentas o asientos, sino la identificación de los rubros controvertidos.

Se podrá incorporar a los procesos judiciales o arbitrales la información contable obtenida durante la inspección o exhibición a través de capturas o copias de datos de sistemas contables; o incorporar tales capturas en medios de soporte que estarán a disposición de los intervinientes en el proceso.

De igual naturaleza y eficacia será la información obtenida a través de peritos designados por los jueces o árbitros en las respectivas causas que conozcan, peritos que estarán obligados a guardar la confidencialidad de la información que han obtenido.

La contabilidad que no se ajustare a las normas respectivas, no tendrán valor en los procesos judiciales o Arbitrales a favor del comerciante a quien pertenezcan, y las diferencias que le ocurran con otro comerciante, por hechos mercantiles, serán decididas por los libros de éste, siempre y cuando estuvieren a lo dispuesto en la ley.

En caso de que ningún comerciante mantenga sus registros contables conforme a derecho, los jueces y árbitros decidirán según el mérito que suministren las demás pruebas.

Respecto a otra persona que no fuere comerciante, los asientos de los libros solo harán fe contra su dueño, pero la otra parte no podrá aceptar lo favorable sin admitir también lo adverso que ellos contengan.

Los libros y asientos contables hacen fe de los actos del comerciante que los lleva y no se le admitirá prueba que tienda a destruir lo que resultare de sus asientos.

No podrá ordenarse de oficio, ni a petición de parte, la inspección, exhibición o examen general de la totalidad de la contabilidad del comerciante o empresario, sino, exclusivamente en los casos expresamente determinados en la ley y en los de sucesión universal, comunidad de bienes, liquidación de sociedades, quiebra y en el de denuncia o demanda por indicios de abuso de la personalidad jurídica de compañías o de empresas unipersonales de responsabilidad limitada, en perjuicio de terceros, en los términos que señalan la Ley de Compañías y la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada.

No podrá obligarse a un comerciante o empresario a trasladar su contabilidad fuera de su oficina mercantil; además, en caso de que las cuentas y los libros se encontraren en otra localidad, podrá someterse el examen o compulsas a un juez del lugar donde se llevaren los libros mediante la petición correspondiente. El examen y compulsas se harán en presencia del comerciante, representante, gerente, dependiente o la persona que él comisione.

Si uno de los litigantes ofrece estar y pasar por lo que constare de los libros de su contendor, y éste se niega a exhibirlos sin causa suficiente ajuicio del juzgador, éste podrá deferir al juramento de la otra parte, o decidir la controversia por lo que resulte de los libros de este si fuere comerciante.

El comerciante y sus herederos deben conservar los libros de su contabilidad y sus comprobantes o soportes, hasta que termine de todo punto la liquidación de sus negocios, y siete años después.

Los comerciantes podrán hacer uso de microfilm, de discos ópticos o de cualquier otro medio que permita archivar documentos e información, con el objeto de guardar de una manera más eficiente los registros.

Los registros y los asientos que realicen los encargados de la contabilidad en los libros de sus principales, tendrán el mismo valor que si fueran realizados por sus titulares.

El comerciante o empresario deberá guardar y respaldar los documentos y la información relativa a los actos jurídicos que desarrolle, sean estos instrumentos públicos o privados, así como también los mensajes constantes en correos electrónicos que existen sobre aquellos; estos últimos se llevarán y tendrán los efectos que se prevé en el capítulo dedicado al comercio electrónico que consta en este Código.

Para los fines de este Código y para las controversias en materia comercial o empresarial, las informaciones o recomendaciones de profesionales que asistan al comerciante o empresario estarán sujetas al sigilo que para las respectivas materias establecen las leyes del país.

Dentro del Texto Guía, la autora ha considerado un grupo de contratos en los que generalmente el usuario se adhiere a las condiciones del que proporciona el servicio, como en el caso de los bancos cuando se pretende abrir una cuenta, el depositario suscribe un contrato sometiéndose a las condiciones de la entidad, o cuando se adquiere un teléfono celular o se compra un pasaje de avión, las empresas ponen sus condiciones y el usuario se somete a ellas.

Ventajosamente, la Ley de Defensa del Consumidor, ha impuesto algunas normas para la elaboración de estos contratos, de manera que si no son respetados, el consumidor o usuario, puede iniciar las acciones del caso en defensa de sus intereses.

CONTRATOS COMERCIALES MODERNOS

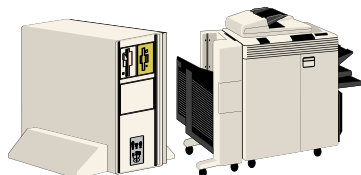
En el cuadro detallado a continuación, podrá observar los contratos que forman parte de la clasificación general, especificándose: Función, Clases y Características:

PRODUCTOS Y SERVICIOS	PROPIEDAD INTELECTUAL	BANCARIOS	COLABORACION EMPRESARIAL	OTROS
FUNCIÓN: Desarrollar promoción y distribución de productos a	FUNCIÓN: Regula derechos de autor, es decir derechos	FUNCIÓN: Contratos celebrados por bancos en el	FUNCIÓN: Proyectos económicos que exigen el concurso	FUNCIÓN: Contratos novedosos de gran aceptación

gran escala, en forma directa o indirecta	<p>morales y económicos de los creadores.</p> <p>Propiedad Industrial conformada por la propiedad intelectual utilizada en producción y comercialización de bienes y servicios.</p> <p>Aquello de transferencia de tecnología (carente de amparo de propiedad industrial)</p>	giro normal de sus negocios.	simultaneo de varias empresas para un fin determinado	en nuestro medio
<p>CLASES:</p> <p>Comercialización directa: Centros comerciales.</p> <p>Indirecta: Agencia, distribución, franquicia, concesión y suministro.</p>	<p>CLASES:</p> <p>Propiedad Intelectual</p> <p>Contratos de edición, fijación fotomecánica, radiodifusión, fijación cinematográfica y de representación.</p> <p>Propiedad Industrial patentes, marcas, modelos de utilidad, diseños y secretos industriales.</p> <p>Licencia para patentes</p>	<p>CLASES:</p> <p>Leasing</p> <p>Factoring</p> <p>Fideicomiso Mercantil</p> <p>Círculos de Ahorro</p>	<p>CLASES:</p> <p>Joint Venture</p>	<p>CLASES:</p> <p>Contrato de Tiempo compartido</p>

	modelos y similares			
	Transferencia de tecnología Know How			
CARACTERÍSTICAS	CARACTERÍSTICAS	CARACTERÍSTICAS	CARACTERÍSTICAS	CARACTERÍSTICAS
<ul style="list-style-type: none"> • Intervienen comerciantes independientes, • Actúan a nombre propio. • Se vinculan a la empresa productora a través de contratos uniformes. 	<ul style="list-style-type: none"> • Creación del pensamiento sobre el que existe tutela legal. • Obras literarias, artísticas y científicas. • La Propiedad Industrial forma parte de la propiedad intelectual. • La transferencia tecnológica no tiene protección de propiedad industrial. 	<ul style="list-style-type: none"> • Los contratos bancarios siempre serán considerados contratos de comercio. • Algunos se encuentran regulados, como el fideicomiso mercantil, leasing o factoring. • Otros son innominados como los círculos de ahorro. 	<ul style="list-style-type: none"> • No está regulado por nuestra legislación. • Trabajo conjunto de varias empresas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Contratos innominados. • Empiezan a funcionar en nuestro medio.

--	--	--	--	--



El Leasing o Arrendamiento Mercantil

Este es un contrato que tiene por objeto, facilitar la adquisición de maquinaria, bienes muebles e inmuebles, (excepto aquello relacionado con locales de vivienda, talleres vivienda, etc., que se hallan bajo la Ley de inquilinato), de esta manera las personas naturales o jurídicas pueden adquirir el bien que requieran aunque no cuenten con los medios económicos suficientes, con el uso de los mismos, van pagando el arrendamiento, que generalmente será de cinco años. Una vez terminado el contrato, el arrendatario tendrá la opción de compra, si esto le conviene, la ley, establece varias posibilidades.

Precisamente las opciones que le da a Ley al finalizar el contrato, lo diferencian de un arrendamiento normal,

La Ley determina que la Corporación Financiera Nacional (CFN) y las instituciones financieras privadas están autorizadas para realizar contratos de arrendamiento mercantil en calidad de arrendadores, en tal virtud cuando se van a arrendar mercadería que hay importarse el arrendador gozará de los beneficios y franquicias que correspondan al arrendatario, el cual debe figurar en los permisos de importación y demás documentos.

El arrendador es el propietario de la cosa, por tanto, en caso de incumplimiento del contrato por parte del arrendatario, o terminación de plazo, o muerte o disolución del arrendatario, embargo o prohibición de enajenar originados en obligaciones del arrendatario hacia terceros, el arrendador tendrá derecho a recuperar inmediatamente la cosa arrendada, que deberá solicitar al juez adjuntando el contrato de leasing debidamente inscrito en el Registro Mercantil y de contar con documentos que aseveren la situación del arrendatario. El Juez ordenará que con la intervención de un Alguacil del cantón, se entregue la cosa al arrendador, en el caso de muebles y en el caso de inmuebles dispondrá el lanzamiento (ley de inquilinato).

Los bienes en arrendamiento mercantil no entrarán a la masa del concurso de acreedores ni podrán ser objeto de convenio.



El Factoring

El factoring.- Es un contrato que tiene como objeto la negociación de cartera vencida y/o por vencer.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, le da a los bancos la posibilidad de realizar negociación de cartera, con pagarés, letra de cambio, inclusive con facturas, etc., de negociaciones debidamente finalizadas, para lo cual se deberán endosar estos documentos a favor del factor que realizará la cobranza. Es evidente que efectuará previamente un estudio de los documentos y de sus deudores.

También la institución bancaria podrá actuar como intermediaria. El productor o comerciante venderá a sus clientes de contado y éstos se endeudarán directamente con la entidad bancaria, por tanto el banco podrá rehusar un crédito a los clientes que no tengan solvencia de acuerdo a los parámetros utilizados por éstos para el otorgamiento de crédito y a establecer límites para el pago.

El factor trabaja por comisión de lo que logré recuperar.

Contenidos

- a) Joint Venture;
- b) Comercialización en centros comerciales;
- c) Contrato de Distribución;
- d) Contrato Agencia;
- e) Contrato de Concesión;
- f) Contrato de Franquicia;
- g) Contrato de Suministro;
- h) Contrato de Licencia;
- i) Contrato de Know How;
- j) El fideicomiso Mercantil; y,

k) Círculos de Ahorro;

l) Contrato de tiempo compartido.

TEMPORALIDAD

Sugerimos que para la realización de cada uno de estos temas usted utilice diariamente noventa minutos, tiempo suficiente para la lectura de cada una de las figuras jurídicas, su análisis en los ejercicios propuestos por el profesor, sus autoevaluaciones y por fin el desarrollo de aquellos ejercicios que servirán para su calificación.

CONCEPTOS PRINCIPALES:

Contrato.- Negocio jurídico en el que una o más partes crea, modifican o extinguen una relación jurídica patrimonial.

Agencia.- Es aquel contrato por el cual una parte llamado agente se obliga frente a otro de manera continuada o estable a cambio de una remuneración o promover actos u operaciones comerciales o promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos

Centro Comercial.- Figura contractual parecida al arrendamiento, suelen llamarse de concesión.

Círculos de ahorro.- Ahorro y préstamo para fines determinados

Concesión.- Aquel denominado concedente busca hacer llegar su producción al público y un comerciante independiente denominado concesionario, quien actuando a nombre propio pone a disposición del primero su organización comercial y aplica las directrices señaladas por este.

Distribución- Comercialización realizada por terceros.

Fideicomiso Mercantil.- Contrato por el cual una o más personas llamadas constituyentes transfieren temporal e irrevocablemente la propiedad de bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporales que existan o se espera que existan a un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica para que una entidad fiduciaria lo administre y cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución.

Franquicia.- Concesión de una licencia a un comerciante independiente.

Know How.- Conjunto de habilidades y conocimientos técnicos comerciales y administrativos necesarios para ejecutar de forma fácil y eficiente una determinada actividad de producción o comercialización.

Licencia.- El titular de una patente de invención autoriza temporalmente a otra a explotar industrialmente su invención, sin transferirle la titularidad.

Suministro.- Una de las partes llamada suministrante se obliga frente a la otra llamada suministrada a proveerle en forma continuada de los bienes que solicite, durante cierto tiempo a cambio de un precio

Tiempo compartido.- Una parte adquiere el derecho de usar exclusivamente cierto bien durante un lapso de tiempo determinado, dentro del año calendario, a cambio de una remuneración entregada a la empresa organizadora.

EXPLICACIONES Y EJEMPLOS

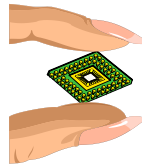
Las explicaciones vertidas a continuación, son un extracto de lo que explicita la Ley, su aprehensión, facilitará su estudio en el Texto Guía

El Joint Venture



Esta figura de asociación empresarial, es una estrategia para el desarrollo de las empresas en momentos específicos de su desarrollo, de tal manera que vayan solucionando problemas que afrontan en igualdad de condiciones. Para que el Joint venture, se produzca, hablamos de empresas competidoras, es decir en la misma rama y con problemas que les interesa solucionar a las asociadas. Pera tal asociación es temporal, no es una fusión o un menger, sino que se producirá hasta que se haya cumplido el objetivo del contrato.

La aventura de estas empresas tendrá gastos y beneficios, estos serán compartidos en forma proporcional por cada una de sus integrantes.



Dos figuras bastante parecidas son la **licencia y la franquicia**, por lo siguiente:

- **La licencia.**- Concede una patente, un ejemplo de licencia será la explotación de un producto nuevo con patente.
- **La franquicia.**- Concede una licencia, por ejemplo la baba del caracol. La franquicia es un contrato más común, es probable que sus productos ya no tenga patente, pero si protección de propiedad industrial como una marca, por ejemplo chiclets adams, felze azurra, etc.

El Know How.- Es un contrato que permite transferir conocimientos tecnológicos, especialmente de procedimientos que facilitan y mejoran la producción o un servicio.

Los países desarrollados transmiten ese conocimiento, rindan asesoramiento e información permanente.

El Know how, no goza de protección de propiedad industrial, por lo que es necesario celebrar este contrato que precise las condiciones en las que se manejarán las partes.

LICENCIA	FRANQUICIA	KNOW HOW
<p>CONCEPTO: Autorización temporal para explotar industrialmente una invención sin transferencia de titular (patente)</p> <p>CLASES.- Por:</p> <p>DURACIÓN DE LA LICENCIA: Determinada o indeterminable.</p> <p>DERECHOS PARA EL LICENCIATARIO:</p> <p>Total o Parcial.</p>	<p>CONCEPTO:</p> <p>Concede licencia a un comerciante independiente para que produzca o comercialice bienes o servicios a cambio de un canon o regalía.</p> <p>DERECHOS:</p> <p>FRANQUICIANTE:</p> <p>Inspeccionar el local del franquiciado y tomar muestras del producto.</p> <p>Fijar el precio de venta de los productos o servicios.</p>	<p>CONCEPTO:</p> <p>Conjunto de habilidades y conocimientos técnicos comerciales y administrativos necesarios para ejecutar de forma fácil y eficiente una determinada actividad de producción o comercialización.</p> <p>INTERVINIENTES:</p> <p>Titular de conocimientos y o Receptor o beneficiario.</p> <p>Los contratos de Know How versan sobre</p>

<p>AREA DE EXPLOTACIÓN: De acuerdo al país o a la zona.</p> <p>DE ACUERDO A LA EXCLUSIVIDAD: Puede ser exclusivo o no.</p> <p>DERECHOS LICENCIANTE:</p> <p>El licenciatario se obliga a utilizar la patente concedida en una forma determinada.</p> <p>A devolver todos los documentos y herramientas recibidos por parte del Licenciante, sin conservar reproducciones.</p> <p>DERECHOS LICENCIATARIO:</p> <p>Finalizado el vínculo contractual, puede producir bienes para cumplir con los compromisos adquiridos antes de la terminación de la licencia.</p>	<p>Determinar el monto mínimo de ventas.</p> <p>Recibir e pago en contrapartida de la licencia en el plazo y condiciones pactadas.</p> <p>Autorizar o no subfranquicias,</p> <p>FRANQUICIADO:</p> <p>Exclusividad territorial de la distribución.</p> <p>Exigir la entrega de los bienes que van a ser distribuidos.</p> <p>Hacer uso de la marca,, nombre comercial diseños o propiedad intelectual.</p> <p>Recibir asesoría técnica, administrativa o publicitaria.</p> <p>OBLIGACIONES:</p> <p>FRANQUICIANTE:</p> <p>Conceder una exclusividad territorial.</p> <p>Prestar asistencia financiera</p> <p>Respetar el plazo de duración de la franquicia.</p> <p>Proporcionar los productos para su distribución</p> <p>Realizar entrenamientos asistencia, etc.</p> <p>FRANQUICIADO:</p> <p>Realizar las inversiones pactadas para la instalación del negocio.</p> <p>Respetar la circunscripción territorial.</p>	<p>procedimientos que no han sido legalmente protegidos.</p> <p>El titular proporcionará un flujo constante de información, situación que no cabe n la licencia, ni siquiera en la franquicia.</p>
---	--	--

	<p>Cumplir el mínimo de ventas.</p> <p>Pagar el canon o regalía.</p> <p>Confidencialidad sobre las invenciones.</p> <p>Prohibición de competir con su franquiciante.</p>	
--	--	--

Concesión y Comercialización en Centros Comerciales

En la práctica se confunden estos dos tipos de contratos, sin embargo son absolutamente diferentes, así tenemos que la comercialización en centros comerciales, es un contrato de arrendamiento, con características específicas; mientras que en la concesión, el concedente entrega los productos, pero el concesionario pone su infraestructura para el desarrollo de negocio, funcionan bajo las directrices y nombre de la concedente. Un ejemplo del primero, podría ser el Almacén Casa Tosi en el Centro Comercial Iñaquito, el contrato lo celebran con el Centro Comercial; y, un ejemplo del segundo, la hyundai, la concesionaria en el Ecuador funciona con todos los parámetros de hyundai de Corea.

Es importante no confundir la concesión de servicios públicos o de bienes del Estado tales como el petróleo o la energía eléctrica con la concesión de tipo privado que es la que nos interesa en el campo mercantil.

A continuación observamos:

Concesión	Comercialización de Centros Comerciales
<p>Comerciante independiente quien actúa a nombre propio, quien pone a disposición del concedente su organización comercial y aplica las direcciones impartidas por este.</p> <p>Forman un grupo económicamente dependiente.</p> <p>Criterios formales serán los del concedente.</p> <p>Los contratos se configuran como verdaderos reglamentos.</p> <p>DERECHOS</p>	<p>Organizadora, entrega al comerciante la tenencia de un local por precio pactado.</p> <p>DERECHOS</p> <p>EMPRESA LOCADORA</p> <p>Percibir mensualmente el canon fijado y exigir las condiciones establecidas en el contrato.</p>

<p>CONCESIONARIO:</p> <p>A la fijación de una zona geográfica</p> <p>A nombrar subconcesionarios</p> <p>CONCESIONANTE:</p> <p>A autorizar la concesionario el nombramiento de subconcesionarios</p> <p>A recibir del concesionario información relacionada con las instalaciones físicas y con su historial legal.</p> <p>OBLIGACIONES</p> <p>CONCESIONARIO:</p> <p>Mantener las instalaciones en óptimas condiciones y contar con personal técnicamente preparado.</p> <p>Mantenimiento y compostura de productos que lleguen hasta sus instalaciones.</p> <p>Analizar y conocer la situación del mercado.</p> <p>Llevar un registro de la clientela</p> <p>Se le prohíbe vender distribuir productos de la competencia.</p> <p>A guardar la información confidencial entregada por el concesionario</p> <p>CONCESIONANTE</p> <p>Proporcionar tecnología necesaria para la venta del producto.</p> <p>Entregar procedimientos contables de presentación de local entre otros.</p>	<p>OBLIGACIONES:</p> <p>Administrar el centro comercial</p> <p>Dirigir la actividad publicitaria.</p> <p>DERECHOS</p> <p>LOCATARIO</p> <p>Explotación del local arrendado</p> <p>Impugnar decisiones de la administración en lo que se refiere a expensas, limpieza, contratación de personal y despido.</p> <p>OBLIGACIONES:</p> <p>Abrir el local en días y horarios establecidos, fines de semana y feriados.</p> <p>Participar en las campañas publicitarias.</p> <p>Adecuar la presentación del local a parámetros establecidos, de no hacerlo se observan multas</p> <p>Para remodelación, previa autorización de la empresa locadora.</p> <p>Pagar los rubros fijados como expensas.</p>
--	---

Tres contratos que se pueden prestar confusión son el de **Distribución, Agencia y Suministro**, especialmente los dos primeros. **Contrato de Distribución**, es

simplemente una comercialización realizada por terceros, es decir al comprar por mayor reciben a precios más cómodos y lo venden a precios de mercado, la diferencia es su ganancia; **mientras que la Agencia**, tiene su local pero expende productos por cuenta de otro, su ganancia será un porcentaje del precio. Este contrato es el más parecido al contrato de comisión, que lo vimos anteriormente.

Contrato de Suministro.- Es un contrato en el que el dueño de la producción o cualquiera de los otros, distribuidor o agente realizan con su propio cliente, a este se le llamará proveedor. A continuación se efectúa un resumen de este tipo de contratos:

Distribución	Agencia	Suministro
Comercialización realizada por terceros. Contratos de adhesión en los que los precios incluyen un precio especial.	Comerciante independiente quien promoverá el consumo público de bienes por cuenta de otro a cambio del porcentaje del precio.	Provisión en forma continuada de bienes.
DERECHOS		DERECHOS
DEL PRODUCTOR O DISTRIBUIDO	DERECHOS	SUMINISTRANTE:
Recibir del distribuidor el valor de la mercadería a entregada.	AGENCIADO:	Percepción de la cantidad acordada por cada entrega realizada.
OBLIGACIONES:	Exigir el cumplimiento de las instrucciones impartidas	OBLIGACIÓN:
Entregar puntualmente sus productos al distribuidor en condiciones aptas para la reventa.	Recibir toda la información necesaria para valorar la situación del mercado.	Entrega de los bienes materia del contrato en la época estipulada y por las cantidades convenidas.
Informar al distribuidor de las variaciones en los precios de los productos con anticipación.	Autorizar cobranzas de crédito.	SUMINISTRADO
Respetar el convenio de exclusividad.	OBLIGACIONES AGENCIADO:	DERECHOS
Cumplir con los compromisos adquiridos en materia publicitaria.	Entregar la comisión por la venta de los productos.	Ser surtido puntualmente con materiales y productos convenidos
DERECHOS	Rembolsar por los gastos efectuados al agente.	OBLIGACIONES:
DISTRIBUIDOR:	DERECHOS AGENTE:	
	Recibir la comisión acordada	Pago al suministrante por

Percibir la utilidad generada por las reventas de los productos distribuidos.	De existir convenio de exclusividad el agenciado deberá respetarlo	cada una de las entregas
Recibir las cantidades necesarios de mercadería para abastecer a lo consumidores.	Recibir indemnizaciones cuando exista resolución unilateral del contrato que le ocasionen perjuicios	Observancia por los pactos de preferencia y exclusividad, en caso de ser convenido.
Exigir garantía por los vicios ocultos del producto.	OBLIGACIONES DEL AGENTE:	
OBLIGACIONES:		
Organizar su establecimiento, para el ejercicio de la tarea encomendada.	Cumplir con el encargo según las instrucciones recibidas.	
Pagar el precio acordado al distribuido.	Informar al agenciado, sobre las condiciones del mercado	
Respetar la zona de distribución	De existir convenio de exclusividad con respecto al agenciado, deberá respetarlo.	
Cumplir con obligaciones publicitarias.		
Cubrir el mínimo de compras establecido.		
Permitir la fiscalización del distribuido.		
Guardar confidencialidad sobre secretos comerciales.		

El Fideicomiso Mercantil

Esta figura legal, consta precisada en la Ley de Mercado de Valores, que le da la estructura para la celebración de estos contratos y permite la multiplicidad de negocios para los que puede ser adaptada.

La norma legal dice que el constituyente (personas naturales o jurídicas) transfiere temporal e irrevocablemente bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporeales

(cosas y derechos) que existan o se espera que existan (por ejemplo mercadería en proceso de elaboración) a un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica para que una entidad fiduciaria lo administre y cumpla con las finalidades específicas.

El fideicomiso, siempre tendrá un objetivo específico que cumplir, por ejemplo la construcción de una planta industrial, por tanto el fiduciario administrará los bienes de acuerdo a lo especificado y programado en el contrato y será éste quien ejerza la representación legal judicial y extrajudicial del fideicomiso. Esto significa que aunque exista orden de un Juez contra los bienes de cualquiera de sus intervinientes, no podrá hacerse efectiva esta orden de secuestro o de embargo, porque el patrimonio autónomo le proporciona independencia de otros bienes, protegiéndolos contra terceros.

Puede presentarse el caso de que el fideicomiso sea el deudor, los acreedores solo tendrán derecho de ejecutar medidas cautelares sobre los bienes del fideicomiso y bajo ningún concepto sobre el patrimonio personal de las partes contratantes.

Patrimonio Autónomo.- Es un peculio que ya no le corresponde al constituyente y también se encuentra diferenciado de los bienes del fiduciario y del beneficiario.

Fiduciario.- Es una persona jurídica autorizada, a quien se transfiera en propiedad dineros y otros bienes, a fin de que los administre de acuerdo a las condiciones establecidas en el contrato.

Beneficiario.- Son las personas naturales o jurídicas o entidades dotadas de personalidad jurídica designados como tales por el constituyente o posteriormente, si en el contrato se ha previsto tal atribución. Es posible que se designe como beneficiario a una persona que se espera que exista.

A fin de que usted señor estudiante tiene la obligación de revisar las pag. 119/125 del Texto Guía y complementará su conocimiento en relación al contrato de Fideicomiso, sus características, intervinientes y lo que hace relación a las obligaciones y derechos de los que participan en este tipo de contrato.

Círculos de Ahorro y Tiempo Compartido

Se considera como novedosos estos dos tipos de contratos, el de **Círculos de Ahorro y Tiempo Compartido**. Estos dos contratos se producen una vez que dentro de cada grupo existen suficientes intervinientes. En el primero el objetivo de la gente del grupo será el mismo, por ejemplo un vehículo, se efectuará a través de empresas especializadas, y los bancos han tomado el curso de estos contratos, pues se trata de ahorro y préstamo.

Contrato de Tiempo Compartido.- Varios interesados establecerán sus condiciones para compartir el mismo bien, organizándose durante cierto lapso de tiempo. Por ejemplo las instalaciones que dispone un hotel por un tiempo determinado.

CIRCULOS DE AHORRO	TIEMPO COMPARTIDO
---------------------------	--------------------------

Ahorro y préstamo para fines determinados. Quien desea adquirir un bien específico empieza a ahorrar periódicamente hasta completar un monto mínimo previsto en el contrato nace entonces el derecho de recibir la cosa por el saldo el adquirente deberá abonar cuotas previamente estipuladas	Una parte adquiere el derecho de usar exclusivamente cierto bien durante un lapso de tiempo dentro del año calendario a cambio de una remuneración que es entregada a la empresa organizadora del sistema.
---	--

Los Títulos Valores

Generalidad de los títulos de valor

Son los que se conoce como, los documentos necesarios que se aplican a la comercialización estos títulos son de libre circulación, sus contenidos de fondo están representados en forma literal y autónoma los derechos que se expresan en ellos, por otro lado estos títulos no necesitan de ordenamiento jurídico para su circulación son usados generalmente por particulares e instituciones de comercio o negocios internos y externos.

En el Derecho Mercantil los Títulos Valores son documentos alternativos al uso del dinero efectivo que sirven de garantía para el cumplimiento de una obligación económica, por lo general crediticia.

En términos comunes, son instrumentos que valen tanto como el dinero pues sirven de respaldo al pago de una obligación adquirida frente a un tercero.

De este mismo precepto se deriva su importancia para el movimiento de capitales, ya que su validez intrínseca está asociada a la eficacia y seguridad para la obtención, desarrollo, amortización y cumplimiento de obligaciones pecuniarias adquiridas.

En los Títulos Valores se observa el nacimiento del Derecho que hace exigible la obligación de cumplimiento, porque a través del libre consentimiento, sin coacción y con capacidad de obligarse, el otorgante de un título valor reconoce la adquisición de una deuda y expresa su capacidad de pago mediante la garantía que en dicho título otorga, con lo cual se hace presente la literalidad que describe su compromiso detallado frente a su acreedor.

Debido a esto, constituyen en sí mismos comprobantes o medios probatorios de la obligación que contienen y por tanto su efectividad es casi irrefutable, y siempre y cuando se presenten a exigirse antes de sus fechas de prescripción o caducidad y reúnan los requisitos de forma estrictamente necesarios, según su tipo, para que su ejecución de cumplimiento sea casi inmediata en la vía judicial.

Característica de los títulos de valor

Entre ellos referiremos algunos aspectos más importantes para que se entienda como título, este es un documento necesario de cuya existencia o el nacimiento de este subsiste por sí mismo, además es la relación objetiva y clara que enlaza un compromiso con los individuos en particular, librado librador, para de esa manera nazca el derecho a quien lo porta o es tenedor de dicho título valor.

Puesto que sin el documento nadie podría exigir un obligación ni transmitir un derecho a otros sin la presencia del documento y exigir su pago a quien se le considere como la persona o institución que estuviere obligado hace un pago, en consecuencia para que este título tenga el carácter de constitutivo debe estar presente y autenticado por el responsable de la obligación con su firma en el título de valor.

Caso puntual

Y muchos grupos sociales de acuerdo a las costumbres reconocen un título de valor a los llamados “vales” por ser su contenido la obligación de pagar un valor económico, estos son documentos sin ninguna formalidad y requisito o contenido de fondo. Ni contenido Jurídico ni norma establecida claramente.

Para hacer cumplir sus obligaciones en contra de quien los gira solo su texto corto que expresa un valor y firma por el responsable a cumplir con el pago de este vale, sin estipular una fecha explícita.

Anoto un caso puntual las comunidades militares ecuatorianas en sus recintos o guarniciones adoptan estos títulos de valor para cumplir a futuro una obligación entre sujetos de la misma institución.

De pequeñas obligaciones concursos, juegos, etc. o préstamos pequeños de dinero en efectivo que el uno da al otro y quien recibe ese dinero solo firma en un documento simple y queda así convenido el asunto y de esa manera se produce la responsabilizada de este título que debe de reconocer tácitamente su valor luego de ser estampada la firma por el responsable de esa deuda o compromiso que haya adquirido.

Sin lugar esto se puede entender, es uno de los métodos más antiguos de comprometer a otro a reconocer una deuda o formalizar un trato entre particulares que se reconocen entre sí, basado más que otra cosa en la palabra informal o sea sin protocolo, que a la misma vez se constituye formal de ese compromiso adquirido mutuamente por su acotación mutua finalmente.

A la misma vez se constituye formal de ese compromiso adquirido mutuamente por su acotación mutua finalmente.

En Ecuador los Títulos Valores permitidos y usados más comúnmente en asuntos de Derecho Mercantil son:

- 1. La Letra de Cambio**
- 2. Pagaré**
- 3. Hipoteca**

- 4. Prenda
- 5. El Cheque
- 6. Factura

LETRA DE CAMBIO

Tiene como función permitir la circulación y la realización del crédito en forma particularmente rápida y segura. Cumple esencialmente la función económica de ser instrumento de crédito a corto plazo, tanto en el campo comercial como en el financiero. Una letra de cambio es un título formal y completo que contiene la promesa incondicionada de hacer pagar, al vencerse el crédito, una suma de dinero, vinculando solidariamente a todos lo que en ella intervienen y que aparecen suscribiéndola. La letra de cambio tiene dos elementos auxiliares a saber:

El endoso: permite que la letra se transforme, en instrumento para la circulación de un crédito independiente de la relación de emisión, en el papel moneda de los comerciantes.

El aval: puede definirse como una institución típicamente cambiaria, que tiene por finalidad garantizar el pago de la letra de cambio. Esa garantía tiene como función, entre otras, reforzar la capacidad circulatoria de la letra de cambio.

LA LETRA DE CAMBIO
<p>CONCEPTO</p> <p><u>La letra de cambio</u> en su esencia es el reconocimiento de un título de crédito creado y regulado por la ley y que nace de cualquier actividad lícita de comercialización dentro del derecho mercantil y comercial de los mercados nacionales y extranjeros. Así se constituye la letra de cambio como un mandato de pago que lo emite el girador para que otra persona, llamado girado o librado, de aceptar esa orden expresa en la letra de cambio, se constituye en ella el pago valorado en moneda de curso que los participantes expresen mutuamente y se cumpla su cancelación según los términos fijados y a favor del tenedor del título.</p>
<p>REQUISITOS</p> <p>En conformidad es lo que dispone el código de comercio. Por lo que la letra de cambio el contenido será:</p> <p>1.- La denominación de la letra de cambio empresa en el mismo texto del documento e idioma para la relación de dicha o varias actividades mercantiles. Debiéndose expresar y/o entender que será este documento a la orden.</p>

- 2.- La orden incondicional de pagar una cantidad determinada.
- 3.- El nombre de la persona que deberá pagar (librado o girador)
- 4.- La indicación del **vencimiento**
- 5.- La del lugar donde debe efectuarse el pago.
- 6.- El nombre de la persona a quien se debe hacer el pago finalmente.
- 7.- La indicación de la fecha y el lugar en la que se gira la letra.
- 8.- La firma de la persona que la entrega (librado o librador)

NATURALEZA

En cuanto a la naturaleza de la **letra de cambio** encontraremos sus referencias a continuación:

- 1.-) Como punto de vista genérico, este es un documento relacionado como título de valor al que se le incorpora un derecho, literalmente y autónomo a este título.
- 2.-) La diferencia específica a este se la reconoce como un título de crédito.
- 3.-) Se entiende este título como un documento privado ya que para su consentimiento no es necesario ser notariado o legalizado por otro órgano. Su escrito es válido por la ley de las personas particulares, en convenio mutuo.

ACEPTACIÓN.

Así procede la aceptación con el acto que el girado asume tal obligación, que se haya sustentado en la letra de cambio de pagar incondicionalmente una cantidad incorporada de dinero, que fue dada y aceptada por el girado, así este contrae la obligación de pagar esa deuda como el principal deudor.

Por otro lado la letra de cambio, la aceptación no es un requisito de validez de acuerdo al Código Civil (C.C.).

Cabe señalar que si la letra de cambio está viciada por los señalamientos de la ley en contra de girado como: error, fuerza, dolo, se anula la letra de cambio.

El Código de Comercio manifiesta que la letra de cambio será pagada a su presentación, por lo tanto, el girado al mismo tiempo que acepta la letra paga la cantidad que se determina en ella: y, en tal caso se confunden los actos de aceptación y pago.

EL PAGARÉ

El pagaré es un título por medio del cual una persona se obliga a pagar a la orden de otra persona una cantidad de dinero en una fecha determinada. El pagaré es una promesa de pago y siendo un título a la orden es transmisible por medio de endoso. El emitente del pagaré no ordena a nadie que pague sino que se obliga él mismo a pagar.

PARTICULARIDADES DEL PAGARÉ

1. El pagaré a la orden es un título de crédito, creado por ley y debidamente reglamentado, que contiene una promesa incondicional de quien lo suscribe, de pagar a otra persona y a su orden, una suma determinada.
2. El suscriptor de un pagaré se obliga del mismo modo que el aceptante de una letra de cambio.

CONTENIDO DEL PAGARÉ A LA ORDEN

1. La denominación del documento inserta en el texto mismo y expresado en el idioma empleado en la redacción del documento.

Los pagarés que no llevaren la referida denominación, serán, sin embargo, válidos, si contuvieren la indicación expresa de ser a la orden;

2. La promesa incondicional de pagar una suma determinada;
3. La indicación del vencimiento;
4. La del lugar donde debe efectuarse el pago;
5. El nombre de la persona a quien o a cuya orden debe efectuarse el pago;
6. La indicación de la fecha y el lugar donde se suscribe el PAGARÉ; y,
7. La firma del que emite el documento (suscriptor)".

DIFERENCIAS ENTRE EL PAGARÉ A LA ORDEN Y LA LETRA DE CAMBIO

1. En la letra de cambio intervienen tres partes, el girador o el crea la letra; el girado o persona a quien se da la orden de pago: y, el beneficiario o sea la persona a quien debe realizarse pago.

En el pagaré a la orden intervienen solo dos partes el suscriptor y el beneficiario.

2. La letra de cambio contiene una orden de pago y el pagaré a la orden una promesa de quien lo suscribe de pagar.
3. En el pagaré no existe la aceptación, que hace del girado el obligado principal como sucede en la letra de cambio, es el suscriptor el obligado principal o quien debe pagar lo establecido.

4. En el pagaré a la orden no se da la posibilidad de la pluralidad de ejemplares.

HIPOTECA Y PRENDA	
Concepto de Hipoteca	<p><u>La hipoteca</u></p> <p>Es la que pasa a otra persona o institución un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor que somete ese bien Art. 2309 Código Civil</p> <p>Esto se caracteriza por un contrato accesorio, que otorga al acreedor el derecho de persecución y le confiere un derecho de preferencia en el cobro del crédito.</p>
Características de hipoteca	<ul style="list-style-type: none">1.- Es un derecho real2.- Se constituye sobre inmuebles3.- El Inmueble constituido en hipoteca permanece en poder del deudor-propietario o del garante propietario, que la constituye.4.- La hipoteca es de carácter accesorio.5.- La hipoteca otorga al acreedor el derecho de perseguir el pago en la finca hipotecada6.- La hipoteca otorga un derecho de preferencia de tercera clase en el cobro del crédito7.- La hipoteca se inscribe en el Registro de la Propiedad correspondiente.8.- La hipoteca es un principio de enajenación9.- La hipoteca es indivisible
Las clase de hipoteca se distinguen en:	<p>Para que estas clases de hipoteca surtan el efecto real se la deberá otorgar mediante escritura pública o constituirse por mandato de la ley Art.3211 CC. A más de esto se la deberá inscribir en el respectivo registro que corresponda para que desde esa fecha corra la aceptación de tal acto.</p> <p><u>“Se distinguen los bienes o cosas que están en la susceptibilidad de ser hipotecados, bienes a los que se extiende”.</u></p> <ul style="list-style-type: none">1.- Bienes raíces que se poseen en propiedad2.- Bienes raíces que se posean en usufructo3.- Sobre naves4.- Sobre minas y canteras
Capacidad de hipoteca	<p><u>En cuanto a la capacidad.</u></p> <p>Solo tendrán facultad las personas en capacidad del derecho de enajenar sus bienes y con los requisitos necesarios para la enajenación Art.2310 Código civil y demás relacionados de legalidad para este acto.</p>

<p style="text-align: center;">LA PRENDA</p>	<p><u>CARACTERÍSTICAS:</u></p> <p>a) Este contrato se vincula necesariamente a un contrato de venta y asegura las ventas a plazo. El vendedor entrega al comprador los objetos vendidos, pero los constituye en prenda a su favor. Este contrato se diferencia de las prendas comunes, porque los bienes prendados permanecen en poder del comprador-deudor.</p> <p>b) El ejemplar del contrato entregado al acreedor prendario es título negociable, sin más formalidades que el endoso y la respectiva anotación al margen de la inscripción del contrato ante el Registrador.</p> <p>c) Los abonos a una obligación prendaria deben constar notados en el ejemplar del acreedor además del recibo que entregue al deudor. d) La cancelación se hará constar por el acreedor en el ejemplar que conserva en su poder, y que lo entregará al deudor para que con él obtenga la cancelación de la inscripción de la prenda en el respectivo Registro.</p> <p>e) En caso de pérdida o destrucción de cualquiera de los ejemplares del contrato, el Registrador conferirá una copia de la inscripción del mismo, que reemplazará al ejemplar destruido o perdido, copia que conferirá a petición de cualquiera de los contratantes, por orden del juez competente, previa notificación contraria.</p>
---	--

LA FACTURA:

La factura cambiaria de compraventa es una clase de título valor la cual es expedida por el vendedor o prestador de un servicio al comprador o beneficiario del servicio, en la cual está estipulado el valor que el comprador debe pagar al vendedor y plazo para realizar dicho pago.

EL CHEQUE

El cheque es el medio más utilizado para disponer de los fondos de una cuenta corriente bancaria, pero no la única forma. Por ser el cheque y la cuenta corriente bancaria sobre la cual se gira, relativamente independientes, se ha concluido que el uso del cheque resulta ser un convenio accesorio de la cuenta corriente.

El cheque, como título de crédito, es el documento más usado necesario para ejercitar el derecho que indubitadamente se refleja en el mismo.

De acuerdo a la Ley General de Cheques. “El cheque deberá contener”:

1. La denominación de cheque, inserta en el texto mismo del documento y expresada en el idioma empleado para su redacción;
2. El mandato puro y simple de pagar una suma determinada de dinero;

3. El nombre de quien debe pagar o girado;
4. La indicación del lugar del pago;
5. La indicación de la fecha y del lugar de la emisión del cheque; y,
6. La firma de quien expide el cheque o girador.

UNIDAD DOS

LA COMPAÑÍA ANÓNIMA SOCIEDAD ANÓNIMA

La Sociedad Anónima está regulada a partir del Art. 143 de la Ley de Compañías.

Concepto

La sociedad anónima es una compañía cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente hasta el monto de sus acciones. La denominación de esta compañía deberá contener la indicación de "compañía anónima" o "sociedad anónima", o las correspondientes siglas.

Naturaleza

Para efectos fiscales y tributarios esta compañía es una sociedad de capital.

Capacidad

Para intervenir en la formación de una compañía anónima en calidad de promotor o fundador requiere de capacidad civil para contratar. Sin embargo, no podrán hacerlo entre cónyuges ni entre padres e hijos no emancipados.

Socios

La sociedad anónima requiere al menos de dos accionistas al momento de su constitución. En aquellas en que participen instituciones de derecho público o derecho privado con finalidad social, podrán constituirse o subsistir con un solo accionista.

Puede continuar funcionando con un solo accionista, sin que por ello incurra en causal de disolución.

Responsabilidad

Los accionistas responden únicamente por el monto de sus acciones.

Constitución

La compañía se constituirá mediante escritura pública que, previa Resolución aprobatoria de la Superintendencia de Compañías, será inscrita en el Registro Mercantil.

La compañía se tendrá como existente y con personería jurídica desde el momento de dicha inscripción.

Capital

Está integrado con los aportes de los accionistas. Debe ser suscrito en su totalidad al momento de la celebración del contrato ante Notario Público y pagado por lo menos el veinte y cinco de cada acción y el saldo pagado en un máximo de dos años.

Capital autorizado

La compañía podrá establecerse con el capital autorizado que determine la escritura de constitución. No podrá exceder del doble del capital suscrito. La compañía podrá aceptar suscripciones y emitir acciones hasta el monto de sus acciones.

Capital mínimo

El monto mínimo de capital, será el que determine la Superintendencia de Compañías. (800,00 USD actualmente). El capital de las compañías debe expresarse en dólares de los Estados Unidos de América.

Acciones

Aportaciones

Para la constitución del capital suscrito las aportaciones pueden ser en dinero o no, y en éste último caso, consistir en bienes muebles e inmuebles. No se puede aportar cosa mueble o inmueble que no corresponda al género de comercio de la compañía.

Aportaciones en especie

En los casos en que la aportación no fuere en numerario, en la escritura se hará constar el bien en que consista tal aportación, su valor y la transferencia de dominio que del mismo se haga a la compañía, así como las acciones a cambio de las especies aportadas.

Los bienes aportados serán valuados y los informes, debidamente fundamentados, se incorporarán al contrato.

En la constitución sucesiva los avalúos serán hechos por peritos designados por los promotores. Cuando se decida aceptar aportes en especie será indispensable contar con la mayoría de accionistas.

En la constitución simultánea las especies aportadas serán valuadas por los fundadores o por los peritos por ellos designados. Los fundadores responderán solidariamente frente a la compañía y con relación a terceros por el valor asignado a las especies aportadas.

En la designación de los peritos y en la aprobación de los avalúos no podrán tomar parte los aportantes.

Estas disposiciones, relativas a la verificación del aporte que no consista en numerario, no son aplicables cuando la compañía esté formada solo por los propietarios de ese aporte.

Características de las acciones

Las acciones serán nominativas.

La compañía no puede emitir títulos definitivos de las acciones que no estén totalmente pagadas.

Las acciones cuyo valor ha sido totalmente pagado se llaman liberadas.

El derecho de negociar las acciones libremente no admite limitaciones.

Acciones ordinarias o preferidas

Las acciones pueden ser ordinarias o preferidas, según lo establezca el estatuto.

Las acciones ordinarias confieren todos los derechos fundamentales que en la ley se reconoce a los accionistas.

Las acciones preferidas no tendrán derecho a voto, pero podrán conferir derechos especiales en cuanto al pago de dividendos y en la liquidación de la compañía.

Adquisición de acciones por la propia compañía

La compañía anónima puede adquirir sus propias acciones por decisión de la junta general, en cuyo caso empleará en tal operación únicamente fondos tomados de las utilidades líquidas y siempre que las acciones estén liberadas en su totalidad.

Transferencia de la propiedad de las acciones

La propiedad de las acciones se transfiere mediante nota de cesión firmada por quien la transfiere o la persona o casa de valores que lo represente. La cesión deberá hacerse constar en el título correspondiente o en una hoja adherida al mismo; sin embargo, para los títulos que estuvieren entregados en custodia en un depósito centralizado de compensación y liquidación, la cesión podrá hacerse de conformidad con los mecanismos que se establezcan para tales depósitos centralizados.

Inscripción de la transferencia de acciones

La transferencia del dominio de acciones no surtirá efecto contra la compañía ni contra terceros, sino desde la fecha de su inscripción en el libro de Acciones y Accionistas.

Esta inscripción se efectuará válidamente con la sola firma del representante legal de la compañía, a la presentación y entrega de una comunicación firmada conjuntamente por cedente y cesionario; o de comunicaciones separadas suscritas por cada uno de ellos, que den a conocer la transferencia; o del título objeto de la cesión. Dichas comunicaciones o el título, según fuere del caso, se archivarán en la compañía. De haberse optado por la presentación y entrega del título objeto de la cesión, éste será anulado y en su lugar se emitirá un nuevo título a nombre del adquirente.

La Ley de Compañías prohíbe establecer requisitos o formalidades para la transferencia de acciones, que no estuvieren expresamente señalados en la ley, y cualquier estipulación estatutaria o contractual que los establezca no tendrá valor alguno.

Percepción de utilidades

El certificado provisional y las acciones darán derecho al titular o accionistas a percibir dividendos en proporción a la parte pagada del capital suscrito a la fecha del balance.

Obligaciones

Las Compañías Anónimas pueden emitir obligaciones, esto es, títulos valor que crean una obligación a cargo de la compañía emisora.

Las obligaciones son valores de corto, mediano y largo plazo, emitidas por compañías anónimas que reconocen o crean una deuda a cargo de las mismas; se encuentran inscritas en el Registro del Mercado de Valores y están representadas por títulos impresos en papel de seguridad, en serie, con numeración continua y sucesiva o anotaciones en cuenta.

Administración

Junta General

La Junta General formada por los accionistas legalmente convocados y reunidos, es el órgano supremo de la compañía.

Junta General de Accionistas

En nuestra legislación y de conformidad con nuestra Ley de Compañías, Art. 230, la Junta General formada por los accionistas, legalmente convocados y reunidos, es el órgano supremo de la compañía.

Atribuciones de la Junta General de Accionistas

El Art. 231 de la Ley de Compañías establece que la Junta General tiene poderes para resolver todos los asuntos relativos a los negocios sociales y para tomar las decisiones que juzgue convenientes en defensa de la compañía.

Competencia de la junta general:

1. Nombrar y remover a los miembros de los organismos administrativos de la compañía, comisarios, o cualquier otro personero o funcionario cuyo cargo hubiere sido creado por el estatuto, y designar o remover a los administradores, si en el estatuto no se confiere esta facultad a otro organismo.
2. Conocer anualmente las cuentas, el balance, los informes que le presentaren los administradores o directores y los comisarios acerca de los negocios sociales y dictar la resolución correspondiente. Igualmente conocerá los informes de auditoría externa en los casos que proceda. No podrán aprobarse ni el balance ni las cuentas si no hubiesen sido precedidos por el informe de los comisarios.
3. Fijar la retribución de los comisarios, administradores e integrantes de los organismos de administración y fiscalización, cuando no estuviere determinada en los estatutos o su señalamiento no corresponda a otro organismo o funcionario.
4. Resolver acerca de la distribución de los beneficios sociales;
5. Resolver acerca de la emisión de las partes beneficiarias y de las obligaciones,
6. Resolver acerca de la amortización de las acciones,
7. Acordar todas las modificaciones al contrato social; y,
8. Resolver acerca de la fusión, transformación, escisión, disolución y liquidación de la compañía, nombrar liquidadores, fijar el procedimiento para la liquidación, la retribución de los liquidadores y considerarlas cuentas de liquidación.

Clases de juntas generales

Las Juntas Generales de Accionistas son ordinarias o extraordinarias; adicionalmente pueden constituirse éstas como universales si concurre la totalidad del capital pagado.

Junta Ordinaria

El Art. 234 de la Ley de Compañías establece que las juntas generales ordinarias se reunirán por lo menos una vez al año, dentro de los tres meses posteriores a la finalización del ejercicio económico de la compañía, para conocer anualmente las cuentas, el balance los informes de administradores, directores y los comisarios, igualmente conocerá de los informes de auditoría externa. Adicionalmente resolverá acerca de la distribución de los beneficios sociales y fijará la retribución de los comisarios, administradores e integrantes de los organismos de administración y fiscalización, cuando no estuviere determinada en los estatutos o su señalamiento no

corresponda a otro organismo, y cualquier otro asunto del día, de acuerdo con la convocatoria.

La Junta General Ordinaria podrá deliberar sobre la suspensión y remoción de los administradores y más miembros de los organismos de administración creados por el estatuto, aun cuando el asunto no figure en el orden del día.

Junta Extraordinaria de Accionistas

El Art. 238 de la Ley de Compañías establece como juntas extraordinarias aquellas que se reúnen en cualquier época, en el domicilio principal de la compañía, previa convocatoria para tratar los asuntos puntualizados en la convocatoria.

Junta Universal de Accionistas

El Art. 238 de la Ley de Compañías establece que la junta se entenderá convocada y quedará válidamente constituida en cualquier tiempo y en cualquier lugar, dentro del territorio nacional, para tratar cualquier asunto, siempre que esté presente todo el capital pagado, y los asistentes, quienes deberán suscribir el acta bajo sanción de nulidad, acepten por unanimidad la celebración de la Junta. Este tipo de Junta General es denominada Universal, por contar con la presencia de todo el capital pagado, y no requiere de una convocatoria por la prensa para su validez.

COMPAÑÍAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

Antecedentes Históricos

Da Cunha Peixoto, señalan como antecedentes de las sociedades de responsabilidad limitada, las figuras jurídicas del Derecho Inglés denominadas: companies limited by plases o public companies (equivalentes a las sociedades anónimas de otros países) y la private company que corresponde a la sociedad de responsabilidad limitada, conocida también como companies limited by guarantee.

Sin desestimar lo expresado, es justo reconocer que la sociedad de responsabilidad limitada es una invención del legislador alemán de fines del siglo XIX: "Su nacimiento se atribuye al deseo de encontrar una forma de organización empresarial en la que al mismo tiempo se eludiera la responsabilidad personal e ilimitada de los titulares de las empresas individuales y los socios de parte de las Sociedades Personalistas, Colectivas y Comanditarias, y las severas y encorsetadas normas sobre la constitución, administración y control de las Sociedades Anónimas"

Se opina que este tipo societario es el apropiado para las empresas con un número pequeño de socios o de corte familiar, sin tomar en cuenta la cuantía del capital (siempre que sea propio). En general se coincide en que es el ente ideal para la pequeña y mediana empresa.

Concepto

La Compañía de Responsabilidad Limitada se encuentra regulada en nuestro país, en la sección V de la Ley de Compañías, específicamente, en su Art. 92, define a la Compañía de Responsabilidad Limitada como: "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, en todo caso, las palabras "Compañía Limitada" o su correspondiente abreviatura". Si se utilizare una denominación objetiva será una que no pueda confundirse con la de una compañía preexistente. Los términos comunes y los que sirven para determinar una clase de empresa, como "comercial", "industrial", "agrícola", "constructora", etc., no serán de uso exclusivo e irán acompañadas de una expresión peculiar.

Características fundamentales de la compañía de RESPONSABILIDAD LIMITADA

Generalidades:

La Compañía de Responsabilidad Limitada, es la que se contrae con un mínimo de dos personas, y pudiendo tener como máximo un número de quince. En ésta especie de compañías sus socios responden únicamente por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales, y hacen el comercio bajo su razón social o nombre de la empresa acompañado siempre de una expresión peculiar para que no pueda confundirse con otra compañía.

Requisitos:

El nombre.- En esta especie de compañías puede consistir en una razón social, una denominación objetiva o de fantasía. Deberá ser aprobado por la Secretaría General de la Oficina Matriz de la Superintendencia de Compañías, o por la Secretaría General de la Intendencia de Compañías de Guayaquil, o por el funcionario que para el efecto fuere designado en las intendencias de compañías.

Solicitud de aprobación.- La presentación al Superintendente de Compañías, se la hará con tres copias certificadas de la escritura de constitución de la compañía, adjuntando la solicitud correspondiente, la misma que tiene que ser elaborada por un abogado, pidiendo la aprobación del contrato constitutivo.

Números mínimo y máximo de socios.- La compañía se constituirá con dos socios, como mínimo y con un máximo de quince, y si durante su existencia jurídica llegare a exceder este número deberá transformarse en otra clase de compañía o deberá disolverse. Cabe señalar que ésta especie de compañías no puede subsistir con un solo socio.

Capital mínimo.- El capital mínimo con que ha de constituirse la compañía de Responsabilidad Limitada, es de cuatrocientos dólares. El capital deberá suscribirse íntegramente y pagarse al menos en el 50% del valor nominal de cada participación y su saldo deberá cancelarse en un plazo no mayor a doce meses. Las aportaciones

pueden consistir en numerario (dinero) o en especies (bienes) muebles o inmuebles e intangibles, o incluso, en dinero y especies a la vez. En cualquier caso las especies deben corresponder a la actividad o actividades que integren el objeto de la compañía.

El socio que ingrese con bienes, se hará constar en la escritura de constitución, el bien, su valor, la transferencia de dominio a favor de la compañía, y dichos bienes serán avaluado por los socios o por los peritos.

NOTA: Cuando el objeto social de una compañía comprenda más de una finalidad, le corresponderá a la Superintendencia de Compañías establecer su afiliación de acuerdo a la primera actividad empresarial que aparezca en el mismo

Algunos aspectos importantes de la compañía limitada.

1. Monto mínimo para constituir US \$ 400
2. El capital debe estar pagado al constituir la compañía, o en un aumento de capital, mínimo el 50% y el saldo en un año.
3. Número de socios para constituir mínimo 2 máximo 15. Luego de constituida no puede subsistir con un sólo socio.
4. El capital está dividido en participaciones.
5. Para transferir las participaciones se requiere el consentimiento unánime de todos los socios.
6. La transferencia de las participaciones es formal a través de escritura pública.
7. El nombre puede estar constituido por una razón social.
8. Tanto el quórum de instalación de la Junta de Socios como el de votación se los establece sobre la base del capital que tenga cada socio al margen si el mismo está o no íntegramente pagado.
9. Es facultativo la existencia del Comisario.
10. Las convocatorias a Junta de Socios pueden hacerse mediante comunicación escrita dirigida a cada socio o por la prensa o por cualquier otro mecanismo según lo disponga el estatuto.
11. El Fondo de Reserva es el 5% de las utilidades anuales hasta completar el 20% del capital.
12. No puede establecerse un capital autorizado.
13. Existen únicamente dos convocatorias de la Junta General para resolver sobre reformas al estatuto.
14. No pueden ser socios los bancos, las compañías de seguros, capitalización y ahorro, las compañías anónimas extranjeras, las corporaciones eclesiásticas, los religiosos, los clérigos, los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación y los funcionarios públicos de alto nivel señalados en el Art. 266 del Código Penal.
15. Se puede excluir a un socio por causas legales previo trámite judicial.
16. No se puede disminuir el capital para devolver el mismo a los socios.
17. Los administradores pueden ser removidos únicamente por causas legales.
18. Las participaciones no son embargables.
19. El derecho preferente que tienen los socios para aumentar el capital lo será salvo que el estatuto o las resoluciones de la Junta de Socios dispongan lo contrario.
20. Las participaciones son de un solo tipo.

21. Pueden pedir convocatoria a Junta un número de socios que representen el 10% del capital.
22. Debe autorizar el gravamen o la venta de los bienes inmuebles de la compañía.
23. Los administradores no pueden dedicarse por cuenta propia al mismo género de negocios de la compañía.

OBJETO SOCIAL

Según la Ley de Compañías en su Art. 94 dispone que “la Compañía de Responsabilidad Limitada podrá tener como finalidad la realización de toda clase de actos civiles o de comercio y operaciones mercantiles permitidos por la Ley, excepción hecha de operaciones de bancos, seguros, capitalización y ahorro”, que conciernen a otro tipo de sociedades sobre todo vigiladas por la Superintendencia de Bancos. A él debemos agregar lo que indica el Art. 3 de la misma ley: “Se prohíbe la formación y funcionamiento de compañías contrarias al orden público, a las leyes mercantiles y a las buenas costumbres; de las que no tengan un objeto real y de lícita negociación y de las que tienden al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de cualquier industria, mediante prácticas comerciales orientadas a esa finalidad”.

Nacimiento y carácter de la Compañía de Responsabilidad Limitada La compañía adquiere vida jurídica desde la fecha de inscripción del contrato social en el Registro Mercantil. Para efectos fiscales y tributarios estas compañías son catalogadas como empresas de Capital.

PROCEDIMIENTOS PARA LA CONSTITUCION

1. Reservar el nombre de la compañía en la Superintendencia de Compañías.
2. Si la suscripción se realiza con dinero en efectivo (numerario) se tiene que abrir una “Cuenta de Integración de Capital” en cualquier banco y si es con especies, se tiene que sacar un Certificado en el Registro Mercantil de que no se encuentran gravados dichos bienes. La cuenta de integración pasa a formar parte de la Escritura como documento habilitante.
3. Otorgar en cualquier Notaría la escritura de constitución de la compañía cuyo borrador o minuta deberá ser elaborada previamente por un abogado.
4. Presentar a la Superintendencia de Compañías tres ejemplares de la escritura pública con una solicitud de aprobación firmada por el Abogado y la persona autorizada (que puede ser el mismo abogado).
5. Si cumple con las disposiciones de Ley se procede a emitir la Resolución de aprobación y Extracto correspondiente.
6. Se publica por una sola vez en un diario de mayor circulación en el domicilio de la compañía el extracto respectivo.
7. Se margina la resolución aprobatoria en la Notaría.
8. Se afilia la compañía a una de las Cámaras de la Producción. (si la compañía debe afiliarse a la Cámara de Industrias o Pequeña Industria, Construcción, Agricultura, Minería o Acuicultura, la afiliación es previa al paso No. 4).
9. Se inscribe la escritura de constitución en el Registro Mercantil.
10. Se emiten los nombramientos de administradores y se los inscribe en el Registro Mercantil.

11. Remitir a la Superintendencia de Compañías la siguiente documentación:

- Publicación por la prensa.
- Un ejemplar de la Escritura y la Resolución ya marginada e inscrita.
- Copia del formulario 01-A RUC y 01-B RUC que el SRI emite para el efecto.
- Nombramientos de Administradores.
- Copia de la afiliación a la Cámara respectiva

12. La SC emite una hoja de Datos Generales, para que el interesado pueda obtener el RUC en el S.R.I.

La Superintendencia de Compañías autoriza la devolución del capital de la compañía depositado en el Banco.

DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN ASOCIARSE

Según la Ley de Compañías en su Art. 98., dispone “Para intervenir en la constitución de una compañía de responsabilidad limitada se requiere de capacidad civil para contratar. El menor emancipado, autorizado para comerciar, no necesitará autorización especial para participar en la formación de esta especie de compañías.

Personas inhábiles para constituir una compañía

No pueden celebrar este tipo de contratos:

1. Los cónyuges entre sí:
2. Los padres con los hijos no emancipados:
3. Las personas jurídicas que funcionan como bancos, como compañías de seguros, capitalización de ahorro, e incluso las sociedades anónimas extranjeras:
4. Los quebrados que no hubieren obtenido rehabilitación³

DEL CAPITAL

El principio general en este tipo de compañías es:

1. Capital mínimo establecido por la Ley: USD. 400,00.
2. Al constituirse debe estar suscrito y pagado en el 50% de cada participación.
3. Saldo a pagar en un plazo no mayor de doce meses, a contarse de la fecha de inscripción de la escritura constitutiva en el Registro Mercantil (Art. 102)
4. Aportaciones en numerario o especie.
5. Especie: Bienes muebles o inmuebles que correspondan a la actividad de la compañía.

Prohibición de suscripción pública

En este tipo de compañías no se admite la constitución o aumento de capital mediante suscripción pública, ya que ello iría en contra de la naturaleza personalista de la Compañía Limitada. Ello es admisible solamente en la Sociedad por acciones o capitalistas. Concretamente solo en la Anónima (Art. 105) Ley de Compañías.

Formas de Aporte

1. Declaración juramentada en caso de estar sujeta a control Parcial, no se requiere inspección.
2. Numerario (Inspección).
3. Especie (Inspección).
4. Compensación de Créditos (Inspección).
5. Cuentas Patrimoniales.

PARTICIPACIONES

Concepto

El capital de las compañías limitadas está dividido en participaciones, por tanto, estas serán las cuotas en las cuales se divide dicho capital y que corresponderán a cada socio según los aportes que realicen.

Características

Las participaciones son en primer lugar iguales. Es decir, en la compañía limitada, existe un solo tipo de participación igual para todos los socios.

La participación es además acumulativa por cuanto puede cada socio ir sumando las que posee bien sea a través de adquisiciones posteriores o aumentos de capital.

DE LA ADMINISTRACION

La administración de esta especie de Compañía se encuentra representada en tres niveles:

⇒ **Dirección**

⇒ **Ejecución;**

⇒ **Vigilancia**

El nivel directivo corresponde a la Junta General de Socios; el nivel Ejecutivo corresponde a los Administradores o Gerentes; y, el nivel de Vigilancia corresponde al Comité o Consejo de Vigilancia o a cualquier funcionario al que el contrato social le otorgue ese carácter

ASPECTOS GENERALES SOBRE OTRAS CLASES COMPAÑÍAS COMO: EN COMANDITA SIMPLE, Y POR ACCIONES, EN NOMBRE COLECTIVO, EXTRANJERAS, DE ECONOMÍA MIXTA, ASOCIACIÓN O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN; COMPAÑÍA HOLDING O TENEDOR DE ACCIONES, CONSULTORAS Y UNIPERSONALES

COMPAÑÍAS DE ECONOMIA MIXTA

Generalidades: Para constituir estas compañías es indispensable que contraten personas jurídicas de derecho público o personas jurídicas semipúblicas con personas jurídicas o naturales de derecho privado. Son empresas dedicadas al desarrollo y fomento de la agricultura y la industria.

Requisitos: El trámite para la constitución de esta especie de compañías es el mismo que se utiliza para la constitución de la Compañía Anónima. En esta especie de compañías no puede faltar el órgano administrativo pluri-personal denominado directorio. Asimismo, en el estatuto, si el Estado o las entidades u organismos del sector público que participen en la compañía, así lo plantearen, se determinarán los requisitos y condiciones especiales que resultaren adecuados respecto a la transferencia de las acciones y a la participación en el aumento del capital suscrito de la compañía.

Socios y capital: El capital de esta compañía es de ochocientos dólares, o puede serlo también en bienes muebles o inmuebles relacionado con el objeto social de la compañía. En lo demás, para constituir estas compañías, se estará a lo normado en la Sección VI de la Ley de Compañías, relativa a la sociedad anónima. En esta especie de compañías el Estado, por razones de utilidad pública, podrá en cualquier momento expropiar el monto del capital privado.

LEY DE EMPRESAS UNIPERSONALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Se ha publicado en el Registro Oficial 196 de 26 de enero del 2006 esta Ley que permite que una sola persona natural constituya una compañía. Este tipo de compañía, por su naturaleza, tiene diferencias notorias con otras especies societarias comprendidas en la Ley de Compañías. Para empezar, se conforma esta empresa con la figura de compañía de responsabilidad limitada, pero no con las características particulares de las compañías de responsabilidad limitada ordinarias contempladas en la Ley de Compañías, ya que la empresa unipersonal inicia sus actividades hasta la finalización de su plazo legal con una sola persona, única y exclusivamente. A esta persona se la conoce como gerente-propietario y no como socio. La compañía unipersonal de responsabilidad limitada no admite una transformación por otra especie de compañía, salvo el caso de que los herederos del gerente-propietario sean varios, en cuyo caso deberán transformar la compañía unipersonal en otra tipo de compañía. Se puede conformar esta compañía por una persona que tenga la capacidad legal para realizar actos de comercio, esto es lo contemplado en el artículo 6 del Código de Comercio y artículo 1461 del Código Civil. De ninguna forma se puede constituir este tipo de compañía con una persona jurídica ni con personas naturales que no puedan ejercer el comercio según la Ley, esto es el artículo 7 del Código de Comercio. Se dispone que tanto el gerente-propietario como la empresa unipersonal de responsabilidad limitada son distintas personas, por consiguiente sus patrimonios son separados. De lo anterior, la ley dispone que el gerente-propietario no será responsable

de las obligaciones de la empresa, ni viceversa, salvo casos que la misma Ley enumera, como la quiebra fraudulenta, en los que si puede responder con su patrimonio personal por las obligaciones de la empresa. El objeto de esta compañía es la actividad económica organizada a la que se va a dedicar, y dicho objeto comprenderá solo una actividad empresarial. Expresamente se prohíbe a este tipo de compañías realizar las actividades contempladas en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Ley de Mercado de Valores y Ley General de Seguros, además de otras actividades por las cuáles se necesita de otra especie societaria. También se les prohíbe la captación de dineros o recursos del público, inclusive las que tuvieren por pretexto o finalidad el apoyo o el mejor desarrollo del objeto de la empresa, aún cuando se realizaren bajo las formas de planes, sorteos, promesas u ofertas de bienes o servicios. El capital inicial de esta empresa, de acuerdo a la Ley es el monto total de dinero que el gerente-propietario hubiere destinado a la actividad misma, sin embargo este capital no podrá ser inferior al producto de la multiplicación de la remuneración básica mínima unificada del trabajador en general por diez. Esto quiere decir que en la actualidad con una remuneración básica mínima unificada de 160 dólares, el capital inicial de estas compañías no podrá ser inferior a 1600 dólares. Incluso se dispone que, si en cualquier momento de existencia de la compañía unipersonal de responsabilidad limitada, el capital fuera inferior al mínimo establecido, en función de la remuneración básica mínima unificada que entonces se hallare vigente, el gerente propietario deberá aumentar el capital dentro del plazo de seis meses y deberá registrarse en el Registro Mercantil dicho aumento, caso contrario la empresa entrará en liquidación inmediatamente. Esta compañía puede hacer aumentos de capital que provengan ya sea de un aporte en dinero del gerente-propietario o por capitalización de reservas o utilidades de la empresa. Respecto de las reservas, están son resultado de destinar el diez por ciento de las utilidades anuales hasta que representen el 50% del capital empresarial. El capital puede ser disminuido pero no de tal forma que implique un capital inferior al mínimo establecido por la Ley o si se determinare que con la disminución que el activo es menor que el pasivo. La empresa unipersonal esta exenta de impuestos en el proceso de constitución o transformación, y solamente sus utilidades y valores que retiren de ella el gerente-propietario esta sujeta al tratamiento tributario que tienen las compañías anónimas. Otra diferencia es que la constitución de estas compañías se la hace por medio de escritura pública y una vez que sea otorgada la misma, el gerente-propietario se dirigirá ante uno de los jueces de lo civil y pedirá su aprobación e inscripción en el Registro Mercantil, pudiendo a la vez afiliarla al gremio o cámara que le correspondería conforme a la actividad u objeto al que se dedique la empresa. El Representante legal de la empresa unipersonal será el mismo gerente-propietario, quien podrá realizar únicamente actos y contratos con relación al objeto de la empresa. El gerente-propietario podrá delegar funciones administrativas a uno o varios apoderados, en el caso que el apoderado tenga que ejercer dicha funciones en una sucursal, el poder que le otorga dicha calidad deberá ser inscrito en el Registro Mercantil del lugar donde se encuentra la sucursal. Por otra parte ni el gerente-propietario ni sus apoderados podrán por ningún concepto otorgar caución para el cumplimiento de una o varias obligaciones que contraiga la empresa unipersonal de responsabilidad limitada. La contabilidad de la empresa estará sometida a la Ley de Compañías y reglamentos expedidos por la Superintendencia de Compañías en lo que fueren aplicables. La empresa unipersonal de responsabilidad limitada, en los noventa días posteriores al término del ejercicio económico deberá prepara su balance. El gerente – propietario luego de ver los resultados económicos tomará las resoluciones

al respecto que deberán constar en un acta firmada por él y el contador de la empresa para protocolizarla, ante notario, conjuntamente con el balance general y el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias. La consecuencia de no protocolizar el acta con los estados financieros mencionados dentro del primer semestre del año, es la responsabilidad solidaria que el gerente-propietario tendrá de todas las obligaciones contraídas por la empresa desde el mes de enero del año anterior hasta el momento que se protocolice el acta y estados financieros señalados. El tiempo en que prescribe la responsabilidad del gerente-propietario o sus sucesores por la disolución de la empresa es de tres años, salvo el caso en que haya habido la disolución de la empresa por quiebra; la responsabilidad del representante legal prescribirá en cinco años desde la inscripción del auto de quiebra en el Registro Mercantil. En el caso de que aun existan fondos indivisos de la empresa, los acreedores tendrán el derecho de anteponer acciones contra la empresa en liquidación, acción que prescribirá en cinco años, contados desde el último aviso a los acreedores. Finalmente, esta Ley anota de una manera muy clara que al ser utilizada la empresa unipersonal de responsabilidad limitada como medio para burlar la ley, la buena fe, el orden público y defraudar derechos de terceros, serán responsables solidarios el gerente-propietario y todas las personas que estuvieron involucradas en el hecho. La responsabilidad que deberán asumir será civil y penalmente con relación a los daños causados. Las acciones que ejercerán los perjudicados en materia penal prescribirán conforme al Código Penal y las acciones en materia civil, prescribirán en cinco años desde que se inscriba la liquidación de la empresa o desde cuando se realizó el hecho, eso quedará a elección del accionante.

DERECHO SOCIETARIO

Reformas a la Ley de Compañías en cuanto al número de socios, vigencia de la misma y creación de una nueva empresa “Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada”.

Por ejemplo la Compañía de Responsabilidad Limitada, antes de la reforma podía constituirse con un mínimo de tres socios y podía subsistir con un solo socio, hoy en día se puede constituir con un mínimo de dos socios pero ya no puede subsistir con un socio sino con dos. Esto por la aparición de la Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada, que como su nombre lo dice se la constituye con una sola persona y solo puede subsistir con esta persona sin que puedan ingresar más socios.

COMPAÑÍA EN NOMBRE COLECTIVO

- a) En esta compañía rige el principio de conocimiento y confianza entre los socios.
- b) No admite suscripción pública de capital.
- c) El contrato de compañía en nombre colectivo se celebra por escritura pública;
- d) La escritura pública de formación de la compañía será aprobada por un Juez de lo Civil;
- e) La compañía se forma entre 2 o más personas;

- f) El nombre de la compañía debe ser una razón social que es la fórmula enunciativa de los nombre de todos los socios, o de algunos de ellos, con la agregación de las palabras “y compañía”.
- g) La Ley no señala para esta compañía un mínimo de capital fundacional;
- h) Los aportes de capital no están representadas por títulos negociables.
- i) Para la constitución de la compañía se pagará no menos del cincuenta por ciento del capital suscrito;
- j) Por las obligaciones sociales los socios responden en forma SOLIDARIA E ILIMITADA.
- k) No está sujeta a la superintendencia de compañías.

COMPAÑÍA EN COMANDITA SIMPLE

- a) La compañía tiene dos clases de socios y se contrae entre uno o varios socios solidaria e ilimitadamente responsables llamados socios comanditados y uno o más socios suministradores de fondos, llamados socios comanditarios, cuya responsabilidad se limita al monto de sus aportes.
- b) La compañía existe bajo una razón social que consiste en el nombre de uno o varios de los socios comanditados, al que se agregará las palabras “Compañía en comandita”.
- c) Para esta compañía no existe un mínimo de capital fundacional.d) La administración está a cargo de los socios comanditados.
- e) La compañía en comandita simple se constituirá en la misma forma que una compañía en nombre colectivo.
- f) No está sujeta a la superintendencia de compañías.

COMPAÑÍA EN COMANDITA POR ACCIONES

- a) Al igual que la compañía en comandita simple, esta compañía se constituye entre dos clases de socios: comanditados y comanditarios.
- b) La compañía existirá bajo una razón social que se formará con los nombres de uno o más socios solidariamente responsables llamados socios comanditados, seguido de las palabras “compañía en comandita”.
- c) El capital de esta compañía se dividirá en acciones nominativas de un valor nominal igual. La décima parte del capital social, por lo menos, debe ser aportada por los socios solidariamente responsables (comanditados).
- d) La administración de la compañía corresponde a los socios comanditados.
- e) Respecto a lo no contemplado en las anteriores características, esta compañía se rige por las reglas de la compañía anónima.

Análisis al Mandato Constitucional Nº 8:

Según el mandato expedido por la Asamblea Constituyente conjuntamente con su secretario, del 30 de abril de 2008, se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral al igual que la contratación laboral por horas, y que únicamente se podrá contratar en actividades complementarias como vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, en consecuencia la empresa que desee realizar contratos con empresas que se dedique a actividades tales como vigilancia, esta no podrá tener ningún tipo de vinculación con la empresa a la que va a prestar sus servicios.

Empresas que tienen contratos civiles o de servicios profesionales, van a tener que cambiar de contrato, salvo el caso de que estos servicios sean técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria tales como: contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos entre otros. Ahora bien, las empresas que se encontraban con los trabajadores tercerizados prestando sus servicios por más de 180 días en sus empresas, estas tendrán que asumirlos de manera directa, siempre y cuando las instituciones sean del sector público, empresas públicas estatales, organismos seccionales y por las entidades de derecho privado, que tengan participación accionaria o aportes de recursos públicos.

Si los trabajadores tercerizados tienen menos de 180 días laborando para la empresa, esta podrá o no hacerse cargo de este personal, según el mandato. De las instituciones antes mencionadas se garantiza la contratación colectiva para los trabajadores. Los trabajadores que se encontraban trabajando bajo la modalidad por horas en una empresa, esta tendrá que contratarlos bajo la modalidad de jornada parcial, la misma que el salario básico unificado lo fijará el Ministerio de Trabajo. Los trabajadores que se encontraban trabajando bajo la modalidad por horas con más de 180 días serán contratados de manera obligatoria. Autor: Dr. Francisco Sánchez Farfán.

Hace aproximadamente 2 años hubo reformas en cuanto a la tercerizadora, esto es que se dividió en Tercerización de Servicios Complementarios y de la Intermediación Laboral, cada una para un fin específico y distinto. La primera la que realiza una persona jurídica legalmente constituida conforme a la Ley de Compañías, esto para la ejecución de actividades complementarias de otra empresa, por lo que la relación laboral sería de la entre la empresa tercerizadora y el personal; en cambio la Intermediación Laboral consiste en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona puede ser natural o jurídica llamada usuaria la misma que determina tareas y supervisa su ejecución.

IV UNIDAD: DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS Y ÓRGANO DE CONTROL

TERMINACIÓN DE LA COMPAÑÍA

REGLAMENTO SOBRE INACTIVIDAD, DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN, REACTIVACIÓN Y CANCELACIÓN DE COMPAÑÍAS NACIONALES Y SUCURSALES EXTRANJERAS

En el Suplemento del Registro Oficial N° 868 del pasado lunes 24 de octubre de 2016, se publicó la resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2016-010 de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, cuyo objeto es:

Normar el ejercicio de la inactividad, disolución, liquidación, reactivación, y el trámite abreviado de disolución voluntaria, liquidación y cancelación directa de compañías nacionales; y la cancelación del permiso de operación, liquidación y cancelación de inscripción de sucursales de compañías.

Definir las normas para la determinación y pago de los honorarios de los liquidadores de las compañías sujetas a control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Vigencia del Reglamento

Desde su publicación en el Registro Oficial, el lunes 24 de octubre de 2016. En la Disposición Transitoria Primera del reglamento se dispone que “los procesos de disolución y liquidación iniciados con anterioridad a la fecha de publicación de la presente resolución en el Registro Oficial y cuya resolución de cancelación aún no haya sido emitida, se ceñirán a lo dispuesto en el presente reglamento”.

Contenido del Reglamento:

Capítulo I – Generalidades

Capítulo II – De la inactividad

Capítulo III – De la disolución de pleno derecho

Capítulo IV – De la liquidación

Capítulo V – De la reactivación

Capítulo VI – De la cancelación

Capítulo VII – Trámite abreviado de disolución voluntaria, liquidación u cancelación directa

Capítulo VIII – Cancelación de sucursales de compañías extranjeras

Capítulo II – De la inactividad

Definición de inactividad: se verifica cuando la compañía no ha cumplido con la presentación de los documentos previstos en el artículo 20 de la Ley de Compañías durante dos años consecutivos

Declaratoria de inactividad:

La declarará la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, de oficio o a petición de parte. Publicará la resolución correspondiente en el portal web institucional.

La compañía deberá cumplir con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Compañías dentro del término de 30 días contados desde la publicación.

Si se verifica el cumplimiento, se deja sin efecto la resolución de inactividad.

Si persiste la inactividad, se declara de oficio la disolución y ordena la liquidación.

Capítulo III – De la disolución de pleno derecho

Se contemplan tres tipos de disolución:

Disolución de pleno derecho	Disolución por decisión del Superintendente de Compañías, Valores y Seguros	Disolución por acuerdo de los socios o accionistas
<p>Se produce por auto de quiebra de la compañía. Actuará el liquidador designado por la Superintendencia, sin perjuicio de los deberes del síndico designado por el órgano jurisdiccional.</p> <p>Si se supera la causal que motivó la disolución, la compañía se deberá acoger al trámite de reactivación.</p>	<p>Inicia con la verificación de que la compañía no tenga contratos públicos adjudicados pendientes de ejecución, para precautelar los intereses del Estado.</p>	<p>Inicia con la solicitud de los socios o accionistas, acompañada del acta de la junta general que haya resuelto la disolución, elevada a escritura pública.</p> <p>Se admite la oposición de terceros.</p>

Capítulo IV – De la liquidación

Sobre el liquidador:

Es nombrado por el Superintendente, en casos de disolución de oficio o de pleno derecho

1. Es nombrado por socios o accionistas de acuerdo a lo dispuesto en el estatuto social de la compañía, o a lo resuelto en la junta general. Si la junta no designare liquidador, el Superintendente lo hará dentro de treinta días
2. Su cargo es indelegable
3. Lo podrá ejercer una persona natural o jurídica
4. El liquidador estará sujeto a evaluación permanente de sus actividades por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.
5. El liquidador podrá renunciar en cualquier momento. De igual manera, podrá ser removido de oficio o a petición de parte

No podrán ejercer las funciones de liquidador:

1. Los miembros del consejo de vigilancia de la compañía
2. Los auditores internos y externos de la compañía
3. Quienes mantuvieren un litigio con la compañía.
4. Sobre el pago de honorarios del liquidador:

Corresponde a la compañía pagar los honorarios del liquidador, los cuales serán determinados por el Superintendente (en caso de disolución de oficio o pleno derecho), o por la junta general de socios o accionistas (en caso de disolución voluntaria).

Dichos honorarios se determinarán y mantendrán en función de los activos totales registrados en el balance inicial, de conformidad con la siguiente tabla:

ACTIVOS TOTALES

DESDE (US\$)	HASTA (US\$)	HONORARIOS (s.b.u)
0	50,000.00	1
50,000.01	150,000.00	2
150,000.01	250,000.00	3
250,000.01	350,000.00	4
350,000.01	450,000.00	5
450,000.01	550,000.00	6
550,000.01	1'000,000.00	7

En el siguiente cuadro se establecen los parámetros que el liquidador debe observar en el cumplimiento de sus funciones durante el proceso de liquidación. El pago de los honorarios se realizará en tres partes que corresponden a las tres etapas descritas a continuación. La determinación de los honorarios del liquidador se realizará a partir del cumplimiento de la primera etapa.

PARÁMETROS

ETAPA	ACTIVIDADES	TIEMPO ESTIMADO DE CUMPLIMIENTO
1ra	Acta de entrega y recepción de libros sociales Balance inicial Informe y plan de trabajo del liquidador, especificando cómo llevará la liquidación	60 días
2da	Aviso de acreedores Gestiones a efectuar en la realización de los activos y extinción del pasivo, de ser el caso	30 días
3ra	Informe de gestión del liquidador a la Junta General Balance Final Distribución del haber social, de ser el caso Cancelación	60 días

Capítulo V – De la reactivación

Una vez inscrita la resolución de disolución en el Registro Mercantil, y hasta antes de la inscripción de la resolución de cancelación, la compañía podrá reactivarse de acuerdo a lo dispuesto en el art. 374 de la Ley de Compañías.

Capítulo VI – De la cancelación

El capítulo detalla las normas de aplicación del artículo 405 de la Ley de Compañías

Art. 405. Ley de Compañías.-El Superintendente de Compañías y Valores, sin ningún otro trámite, podrá ordenar la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil, de las compañías cuya disolución hubiere sido declarada, por lo menos con cinco años de anterioridad al 29 de junio de 1989.

En lo posterior, emitida la resolución de disolución y si no hubiere terminado el trámite de disolución y liquidación en el lapso de un año, el Superintendente de Compañías y Valores podrá ordenar la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil correspondiente.

Cualquier reclamo que se produjere en estos casos, será conocido y resuelto por los jueces de lo civil del domicilio principal de la compañía.

Sobre el citado artículo, el Reglamento aclara lo siguiente:

El año previsto en el artículo 405 de la Ley de Compañías, se contará a partir de la fecha de inscripción de la resolución de disolución y de liquidación en el Registro Mercantil del cantón correspondiente del domicilio de la compañía.

En el caso de disolución de pleno derecho, el día en que se produzca cualquiera de los hechos expresados en la ley, será considerado como fecha de disolución de la compañía para efectos de disponer la inscripción de la resolución de cancelación en el Registro Mercantil.

En aplicación a lo dispuesto en el art. 405 de la Ley de Compañías, el Superintendente verificará lo siguiente:

Cuando la resolución de disolución o la resolución en la que se ordenare la liquidación, no se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, no se admitirá a trámite la solicitud de cancelación.

Previo a emitir la resolución de cancelación, se verificará que la compañía no registre obligaciones pendientes con la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el Servicio de Rentas Internas, el Servicio Nacional de Aduana de Ecuador, y el Servicio Nacional de Contratación Pública.

Capítulo VII

Trámite abreviado de disolución voluntaria, liquidación u cancelación directa

Las compañías que no tengan obligaciones pendientes podrán solicitar al Superintendente, la disolución y liquidación de la compañía y la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil, en un solo acto

Los socios y accionistas que decidieren someter a la compañía a este trámite abreviado, declararán que son solidaria e ilimitadamente responsables en conjunto con el o los representantes legales, por las obligaciones de la compañía que hubieren omitido reconocer

La Superintendencia verificará que no adeude a ninguna institución del Estado, que no existan obligaciones tributarias pendientes, y que no hubieren contratos públicos pendientes de ejecución

Capítulo VIII

Cancelación de sucursales de compañías extranjeras

Sobre la cancelación del permiso de operación

Efectos de la cancelación del permiso de operación: los mismos efectos que la disolución. Se sujetará al proceso de disolución y liquidación previsto en la Ley de Compañías y este Reglamento

Verificación de existencia de obligaciones pendientes: producida la causal de cancelación del permiso, se verificará que la sucursal de la compañía extranjera no tenga contratos u otras obligaciones pendientes de ejecución

Prohibición: desde la fecha en que se notifique con la resolución de cancelación del permiso de operación, los apoderados no podrán ejecutar nuevas operaciones sociales directa ni indirectamente. Si lo hicieren, sin perjuicio de la responsabilidad civil y/o penal, a que hubiere lugar, serán personal y solidariamente responsables frente a la sucursal de la compañía extranjera y terceros.

La sucursal de compañía extranjera únicamente podrá realizar trámites administrativos o judiciales que se hubieren presentado o que se presentaren en lo sucesivo, como cobrar créditos y cumplir con las obligaciones pendientes.

Sobre la liquidación y cancelación de la inscripción

El órgano correspondiente de la compañía extranjera que resuelva cancelar el permiso, deberá designar al liquidador

Las disposiciones que regulen el nombramiento, aceptación, funciones, responsabilidades de los liquidadores y proceso de liquidación para las compañías

nacionales se aplicarán a la liquidación de las sucursales de compañías extranjeras establecidas en el país

Las compañías podrán someterse al trámite abreviado dispuesto en el capítulo VII.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS

Naturaleza Jurídica

BASE CONSTITUCIONAL Y MARCO LEGAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS

Al tenor de lo que previene la Constitución de la República (Art.231) como la Ley de Compañías (Art.430) la Superintendencia de Compañías es el organismo técnico y con autonomía administrativa, económica y financiera, que vigila y controla la organización, actividades, funcionamiento, disolución y liquidación de las compañías y otras entidades, en las circunstancias y condiciones establecidas por la ley.

La Institución tiene personalidad jurídica y su primera autoridad y representante legal es el Superintendente de Compañías (Art.431 L. C).

La sede principal de la Superintendencia de Compañías y por tanto el lugar para el Despacho del Superintendente de Compañías es la ciudad de Guayaquil. (Res. No.08.G. DSC.001, julio 25 del 2008. Suplemento RO. No.400, lunes 11 de agosto del 2008).

La Institución ejerce su vigilancia y control sobre las siguientes compañías, corporaciones y entes (Art.431.LC):

- a) Las compañías nacionales anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, en general;
- b) Las empresas extranjeras que ejerzan sus actividades en el Ecuador, cualquiera que fuere su especie;
- c) Las compañías de responsabilidad limitada; y,
- d) Las bolsas de valores y demás entes en los términos de la Ley de Mercado de Valores.

La vigilancia y control preindicados comprende los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables. Es parcial cuando se concreta a la aprobación o negación de la constitución o actos jurídicos posteriores de las compañías o a los actos de declaratoria de la inactividad, disolución o cancelación, así como al proceso de liquidación de una compañía, acción que se manifiesta a través de la práctica de inspecciones de control y la expedición de las pertinentes Resoluciones. Es total cuando

se refiere a compañías cuyas características especiales, naturaleza o especie societaria, se encuentran determinadas en la Ley de Compañías (Art.432 LC).

El Superintendente está provisto por la Ley de facultad reglamentaria especial, para expedir regulaciones, reglamentos y resoluciones que considere necesarios para el buen gobierno, vigilancia y control de las compañías, así como para resolver los casos de duda que se suscitaren en la práctica (Art.433 LC).

Los fondos para atender los gastos de la Superintendencia de Compañías se obtendrán por contribuciones señaladas por el Superintendente y que se fijan anualmente antes del uno de agosto de cada año, y no excederán del uno por mil de los activos reales de las compañías, de acuerdo a las normas que fije el señor Superintendente. (Art.449 LC).

La difusión de las normas expedidas por el Superintendente además del Registro Oficial, según el caso, se realiza a través de su Órgano oficial que es la Gaceta Societaria, (Art.439 LC) medio en el cual como orientación y asesoría al público, se editan además las consultas y sus absoluciones, tanto en materia jurídica, como económica y de mercado de valores, así como las Doctrinas Jurídico-Societarias, en las cuales se hace conocer el criterio institucional sobre su servicio de vigilancia y control societarios. Además la Institución edita, con frecuencia anual, información estadística de carácter general en sus Anuarios Estadísticos.

El Superintendente despliega en todo el territorio nacional sus atribuciones a través de Intendencias regionales, provinciales y de área, dotando a estos funcionarios de las pertinentes delegaciones. Además la institución desarrolla su labor de servicio con Centros de Atención al Usuario en varias ciudades del país, acercando al usuario los servicios que brinda. Así como ha celebrado Convenios con las Cámaras de la Producción y organismos de servicio público, haciendo factible una atención más ágil y oportuna.

En materia societaria la Ley de Compañías es el instrumento de aplicación para el servicio (Codificación publicada en el RO. No.312 del viernes 5 de noviembre de 1999, con sus reformas), así como la gran variedad y especialidad de sus reglamentos y normativos, que se encuentran en permanente actualización.

En materia de mercado de valores la Ley de Mercado de Valores es el instrumento de aplicación para su servicio (Codificación No.2006-001, publicada en el Suplemento al Registro Oficial No.215 del miércoles 22 de febrero del 2006); así como se aplica la Codificación de las Resoluciones expedida por el Consejo Nacional de Valores (Res No. CNV-008-2006, publicada en la Edición Especial No.1 del Registro Oficial del jueves 8 de marzo del 2007, con sus reformas).

Para establecer la política general del mercado de valores y regular su funcionamiento, se creó adscrito a la Superintendencia de Compañías, como órgano rector del mercado de valores el Consejo Nacional de Valores (C.N.V.), integrado por siete miembros: cuatro del sector público: el Superintendente de Compañías que lo preside, un Delegado del Presidente de la República, el Superintendente de Bancos y Seguros y el Presidente del Directorio del Banco Central del Ecuador; y tres del sector privado, designados por

el Presidente de la República de las terna enviada por el Superintendente de Compañías. Se prevén miembros alternos.

En materia administrativa la Superintendencia de Compañías cuenta con un Reglamento Orgánico Funcional dictado por Resolución No. ADM.08399 del 8 de febrero del 2008 y en vigencia desde tal fecha; así como con una amplia gama de su normatividad interna para ordenar las materias de personal, uso de bienes, notificaciones, y todos los aspectos administrativos que hacen posible su ordenado desenvolvimiento y un efectivo servicio público.

El Superintendente de Compañías

Proceso de designación:

La o el Superintendente es nombrado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de una terna enviada por el Presidente de la República, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución.

Las terna que envía el Ejecutivo deben respetar la alternabilidad entre hombres y mujeres y bajo el principio de interculturalidad.

Las terna deben estar conformadas con criterios de especialidad y méritos y sujeta a escrutinio público y derecho de impugnación ciudadana.

Fases del proceso de designación:

- 1.- Solicitud de las terna al presidente de la República
- 2.- Verificación de requisitos
- 3.- Impugnación Ciudadana (Audiencias públicas)
- 4.- Designación

El Art. 438 de la Ley de Compañías determina las atribuciones y deberes del Superintendente y que son:

- a) Nombrar al personal necesario para el desempeño de las funciones de la superintendencia;
- b) Formular el presupuesto de sueldos y gastos de la Superintendencia, el mismo que será aprobado por el Presidente de la República, y expedir los reglamentos necesarios para la marcha de la Institución.

Nota: En cuanto al Presupuesto de Sueldos, aparentemente derogado por el artículo 102 de la Ley No. 17, publicada en Registro Oficial Suplemento 184 de 6 de Octubre del 2003.

- c) Inspeccionar, personalmente o por medio de los funcionarios y empleados de la Superintendencia a quienes delegue, las actividades de las compañías, especialmente cuando tuviere conocimiento de irregularidades, infracciones de las leyes, reglamentos,

disposiciones estatutarias o resoluciones de la Superintendencia, o cuando por parte de accionistas o socios se formule denuncia fundamentada, a juicio del Superintendente. Toda denuncia será reconocida ante el Superintendente o su delegado;

d) Presentar anualmente al Congreso Nacional un informe, en el que dará cuenta de sus labores y del movimiento de las compañías sujetas a su vigilancia;

e) Rendir cuentas ante la Contraloría General del Estado;

f) Modificar los estatutos de las compañías cuando sus normas sean contrarias a esta Ley.

En el ejercicio de su facultad de vigilancia y control ulterior podrá también disponer, mediante resolución debidamente motivada, que el Registrador Mercantil correspondiente cancele la inscripción de los actos societarios no sujetos a aprobación previa, que no cumplan con los requisitos legales pertinentes o que hayan sido inscritos en infracción de normas jurídicas. Los Registradores Mercantiles no podrán negarse o retardar la cancelación de la inscripción que hubiese sido ordenada por el Superintendente de Compañías y Valores mediante resolución, sin perjuicio de los derechos y acciones que puedan ejercerse contra tal resolución. La resolución que dispone la cancelación de la inscripción se notificará a las personas y entidades que el Superintendente estime pertinente, y un extracto de la misma se publicará en el sitio web de la Superintendencia.

Nota: Literal sustituido por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 249 de 20 de Mayo del 2014 .

g) Exonerar a las compañías sujetas a su control y vigilancia, previo el estudio de cada caso, de la presentación de los documentos a los que se refiere el Art. 20 de esta Ley;

h) Calificar los documentos y ordenar la inscripción y la publicación a los que se refiere el Art. 4o. del Decreto Supremo 986, publicado en el Registro Oficial No. 652 de 3 de octubre de 1974;

i) Determinar y reformar la estructura orgánica y funcional de la Superintendencia de Compañías;

j) Delegar una o más de sus atribuciones específicas a cualquier funcionario de la Superintendencia de Compañías; y,

k) Ejercer las demás atribuciones y cumplir los deberes que le señalen las leyes y reglamentos que LEY DE COMPAÑÍAS

El Registro de Sociedades

OBJETO El objeto del presente manual de usuario es facilitar el procedimiento para el registro de la calidad de sociedad de interés público que deben realizar todas las compañías sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

ALCANCE El presente manual de usuario inicia con el ingreso a la aplicación y termina con el registro exitoso de la calidad declarada por la compañía. Incluye la actualización del registro.

El martes 30 de enero de 2018 se publicó en el Registro Oficial el Instructivo sobre sociedades de interés público, expedido por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros mediante Resolución No. SCVS-DSC-2018-0001. El instructivo tiene como finalidad delimitar qué compañías se considerarán de interés público a efectos de aplicar el artículo 433-A de la Ley de Compañías, el cual dispone lo siguiente:

Art. 433-A.- *La Superintendencia de Compañías y Valores determinará, mediante la expedición de las regulaciones de carácter general que correspondan, en función de su impacto social y económico, en qué casos una compañía sujeta a su vigilancia y control será considerada como una sociedad de interés público.*

En la misma reglamentación, la Superintendencia podrá imponer a las sociedades de interés público requisitos adicionales de información, transparencia, administración, capital y los demás que fueren necesarios para la protección del interés general.

A efectos de lo dispuesto en el artículo 433-A de la Ley de Compañías, se considerará sociedad de interés público a las siguientes compañías sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros:

Las emisoras de valores inscritas en el Catastro Público de Mercado de Valores;

Las casas de valores, los depósitos centralizados de compensación y liquidación de valores y las sociedades administradoras de fondos de inversión y fideicomisos;

Las de seguros, de reaseguros, intermediaras de reaseguros, peritos de seguros y las agencias asesoras productoras de seguros;

Las que financien servicios de atención integral de salud prepagada;

Las que provean servicios de asistencia a asegurados o tarjetahabientes, por sí o a través de terceros;

Las calificadoras de riesgo y auditoras externas;

Las dedicadas a las actividades corrientes y especializadas de construcción de todo tipo de edificios y obras generales de construcción para proyectos de ingeniería civil;

Las que realicen actividades de agencia y corretaje inmobiliarios, y de intermediación en la compra, venta y alquiler de bienes inmuebles;

Las dedicadas a las actividades de agencias de viaje, como a la venta de servicios de viajes (tours), de viajes organizados, de transporte y alojamiento, al público en general y a clientes comerciales; y de operadores turísticos, como la planificación y organización de paquetes de servicios de viajes para su venta a través de agencias de viajes o por los propios operadores turísticos; si la compañía obtuviere dinero de terceros a base de planes, promesas u ofertas de venta del servicio;

Las que se dediquen a la venta de vehículos automotores nuevos y usados;

Las que se dediquen a la venta de productos nuevos y usados, a excepción de los mencionados en el numeral anterior, por cuenta propia o a cambio de retribución o

contrato (comisión), a usuarios minoristas, industriales, comerciales, institucionales, profesionales, o a otros mayoristas; y a la venta al público en general del mismo tipo de mercancías, para el consumo o uso personal o doméstico, realizada mediante tiendas, almacenes, puestos de venta, empresas de venta por correo, internet, a domicilio, vendedores ambulantes, si los ingresos anuales por ventas son iguales o superiores a cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 5000,000.00); y,

Las que se dediquen a actividades de factorización por compra de cartera.

Las compañías sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, cuyo giro ordinario de negocio se adecué a alguno de los numerales descritos en el artículo anterior, deberán señalar por una sola ocasión en la opción que se habilitará en el sistema institucional, si tienen o no la calidad de sociedad de interés público.

En caso de que una compañía deje de tener la calidad de sociedad de interés público, deberá comunicarlo a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros a fin de que previo a la verificación de tal hecho la Dirección Nacional de Inspección, Control, Auditoría e Intervención proceda a la afectación de la base de datos.

Las compañías tienen la obligación de mantener actualizada la información respecto de la calidad de sociedad de interés público, so pena de las sanciones y medidas administrativas que correspondan.

Las compañías sujetas a la vigilancia y control de esta Superintendencia **deberán cumplir estas disposiciones en el plazo de treinta días, contado a partir de su publicación en el Registro Oficial; es decir, hasta el 1ero de marzo de 2018.** El incumplimiento se reflejará en el Certificado de Cumplimiento de Obligaciones (CCO) de la compañía.

Contribuciones para la Superintendencia

La Resolución señala que la contribución que las compañías y otras entidades sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros deben pagar a ésta, para el año 2018, será de acuerdo con lo especificado en la siguiente tabla:

Monto del activo real de las compañías (en US Dólares)		Contribución por mil sobre el activo real
Desde	Hasta	
0,00	23.500,00	0,00
23.500,01	100.000,00	0,71

100.000,01	1.000.000,00	0,76
1.000.000,01	20.000.000,00	0,82
20.000.000,01	500 .000.000,00	0,87
500.000.000,01	En adelante	0,93

Las compañías en las que el 50% o más del capital social estuviere representado por acciones pertenecientes a instituciones de derecho público o de derecho privado, con finalidad social o pública, pagarán únicamente el 50% de la.

Las compañías y entidades cuyos activos reales sean iguales o inferiores a US\$ 23.500,00 en sus estados financieros 2017, se fija la contribución con tarifa US\$ 0,00 para el año 2018, por lo que a estas compañías no se les emitirá títulos de crédito.

Las contribuciones se depositarán hasta el 30 de septiembre de 2018 en la Cuenta de Recaudaciones, denominada "Superintendencia de Compañías", en el Banco corresponsal autorizado.

Las compañías que hasta el 30 de septiembre del año 2018 hayan pagado al menos el 50% de la contribución que les corresponde, tendrán derecho a cancelar el otro 50%, hasta el 31 de diciembre del 2018, sin lugar a recargo ni penalidad alguna, previa solicitud.

Las compañías holding o tenedoras de acciones y sus vinculadas podrán presentar sus estados financieros consolidados, dentro del primer cuatrimestre y pagarán la contribución sobre los activos reales que se reflejen en dichos estados financieros consolidados.

4.2.5 Funciones de la Superintendencia

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, es el organismo técnico que supervisa y controla al sector societario, mercado de valores y seguros.

Ejerce sus funciones y atribuciones en el ámbito del mercado de valores a través de la Intendencia Nacional de Mercado de Valores y de la Dirección Regional de Mercado de Valores y sus Áreas de Control, Autorización y Registro, Promoción, Orientación y Educación al Inversionista, Fiscalización, Consultas y Desarrollo Normativo. Tiene entre sus funciones contribuir a lograr un mercado de valores organizado, integrado, eficaz y transparente, así como promover e impulsar el desarrollo del sector.

FUNCIONES

El marco jurídico que regula las actividades de la Superintendencia en el ámbito de seguros se encuentra:

En la Constitución Política, artículo 213, el que dispone que las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades

públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general; actúan de oficio o por requerimiento ciudadano, y sus facultades específicas y áreas de control, auditoría y vigilancia, se determinan en la ley.

En el Código Orgánico Monetario y Financiero, cuyo artículo 78 atribuye a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la facultad de ejercer la vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión del régimen de seguros en el Ecuador

En el Libro II de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y de la Junta Bancaria y reformas introducidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera

Dentro de este marco normativo, las principales funciones de la Superintendencia son:

Supervisar en forma regular y permanente las actividades de las entidades controladas (aseguradoras, reaseguradoras, peritos, asesores productores de seguros, e intermediarios de reaseguros), mediante auditorías in situ y extra situ, vigilando que su accionar se ciña a las leyes y normas, con el fin de asegurar su solvencia patrimonial y rectitud de procedimientos, en salvaguarda de los intereses de los usuarios y del sistema.

Atender y resolver reclamos y denuncias que presenten usuarios contra entidades controladas.

Sancionar a las entidades controladas infractoras de la ley.

Expedir normativa que es de su competencia, y proponer normativa que corresponde expedir a la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

Disponer la adopción de programas de regularización a las empresas controladas que por su situación lo requieran, así como la intervención, disolución y liquidación forzosa.

Conocer y aprobar actos societarios de las entidades controladas, como son la constitución, fusión, reformas estatutarias, cambio de denominación.

Participación en Juntas Generales

Para que el Superintendente de Compañías y Valores disponga la convocatoria, el o los peticionarios deberán previamente comprobar que han agotado el procedimiento establecido en las normas de los artículos 120, 212 y 213 de la Ley de Compañías.

En estos casos, el o los socios o accionistas que deseen ejercer este derecho, podrán presentar ante el Superintendente de Compañías y Valores una solicitud en ese sentido, a la cual adjuntarán la que hubieran hecho a los órganos administrativos o de fiscalización, según el caso, para la convocatoria a junta general.

En la convocatoria que hiciere la Superintendencia de Compañías y Valores no se requerirá que los comisarios sean convocados especial e individualmente según el artículo siguiente; tampoco se notificará a través de correo.

Convocatoria a comisarios

Los comisarios serán convocados especial e individualmente en el mismo aviso en el que se haga el llamamiento a junta general a los socios o accionistas de la compañía. El requisito de la especialidad en la convocatoria se cumplirá con el llamamiento expreso a los comisarios a reunión de junta general, y el de su individualización, con la mención en ella, de modo también expreso, de sus nombres y apellidos y de la dirección de cada uno de ellos.

Petición para que el Superintendente o su delegado asista a junta general

La petición en la que se solicite la concurrencia del Superintendente de Compañías y Valores o de su delegado a junta general de una compañía sujeta a control de la institución, deberá ser presentada al menos con 48 horas de anticipación respecto de la hora en que deba comenzar la junta.

La solicitud podrá formularla cualquier socio o accionista de la compañía; a la petición se acompañará copia de la convocatoria y de toda la información que se hubiere recibido a propósito de la junta.

Actos preparatorios de la Junta General

El Secretario o, cualquier administrador de la compañía o, el delegado de la Superintendencia de Compañías, comenzará a formar la lista de asistentes al principiar la hora para la que fue convocada la reunión y dejará constancia de que se ha completado el quórum de instalación en el momento en que ello ocurra. Transcurrida una hora desde aquella que fue señalada en la convocatoria, sin que se haya obtenido el quórum, la junta se tendrá por no realizada y el secretario o quien hiciere sus veces, dejará constancia escrita del particular.

La Intervención

La vertiginosa celeridad con la que realizan complejas actividades mercantiles las compañías, durante los últimos años, requiere de una urgente reforma de la Ley que regula su formación y funcionamiento, especialmente de algunas instituciones jurídicas, que han merecido contradictorios criterios, tanto en su teoría como en su aplicación práctica, como es la intervención administrativa de las sociedades sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías.

A pesar de la gran actividad interpretativa desplegada por la Superintendencia de Compañías, a través de importantes doctrinas y reglamentos de aplicación, que han cubierto varios campos y temas reglados por la Ley de Compañías, que ilustran a los empresarios y asesores, jurídicos y financieros, de las compañías sujetas a su control y vigilancia, no ha tenido la misma suerte lo relacionado con intervención.

Convencido de que las autoridades superiores de la entidad de control y los legisladores sabrán escuchar el clamor de la urgencia de las reformas que requiere el estatuto jurídico que rige la vida de las compañías en materia de intervención, y no simplemente la reforma del reglamento, me permito escribir estas líneas, pretendiendo sentar algunas de las razones que ameritan esta petición:

1.- Poco o casi nada se ha reglado sobre la intervención a las compañías sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, no obstante su importancia y frecuente aplicación de la medida de control para supervigilar su marcha económica, cuando se encuentran afectadas por irregularidades que pueden producir graves perjuicios al interés social, ocasionada por el órgano de administración en un exceso o indebido ejercicio de sus funciones.

2.- Se ha distorsionado su filosofía y finalidad y errónea-mente han querido presentarla como una medida punitiva, sancionadora, llegando erróneamente a afirmar que la intervención es la antesala de la disolución y posterior liquidación de las compañías. Puede obedecer esta confusión a las secuelas dejadas por la intervención regulada por la derogada Ley General de Bancos que para cumplir con los objetivos administrativos y financieros llamada a corregir, permitía que el interventor ejerza la administración de una institución bancaria, cuando tenía dificultades económicas y financieras, lo cual difiere sustancialmente de la naturaleza jurídica de la intervención prevista por la Ley de Compañías, de ser una medida cautelar y correctiva.

3.- La dinamica de las operaciones mercantiles de las sociedades, se debe en parte a la moderna tecnología que ha facilitado dicha actividad; pero así mismo ha dado lugar a la presencia de nuevas irregularidades, que no pudieron ser previstas por nuestra antigua Ley de Compañías y que justifican su intervención. Para que sea posible precautelar a las compañías de estas nuevas irregularidades, así como para la adopción de mecanismos modernos o de otros de avanzada tecnología, es necesario una reforma legal, que establezca nuevas causales de intervención, así como el establecimiento de otras clases de intervención, tanto para las actuales compañías, como para las creadas al amparo de la Ley de Mercado de Valores y en los trámites de concursos preventivos, para una mejor aplicación de la nueva Ley de Concurso Preventivo.

ANTECEDENTES

La intervención fue introducida en la legislación ecuatoriana como consecuencia de permanentes conflictos que afectaban al interés social, a los socios, accionistas o terceros, que corrían el riesgo de una pérdida económica o un incremento de la responsabilidad de la sociedad, debido al exceso en el ejercicio de las facultades que la Ley y el Estatuto confieren a los representantes legales.

En la primera Ley de Compañías, expedida mediante Decreto Supremo No. 142, de 27 de enero de 1964, promulgada en el Registro Oficial No. 181, de 15 de febrero de 1964, no se había incluido disposiciones, mediante las cuales la entidad controladora, a través de sus departamentos, pueda ejercer labor de supervigilancia de la marcha económica de una compañía, especialmente en lo concerniente a ingresos y egresos, que pudieran menoscabar su patrimonio, que sirve de garantía a socios, accionistas o terceros que negocian con ella.

Frente a conflictos societarios, derivados de actuaciones irregulares de los representantes legales de las compañías, como son la desviación de los recursos sociales, el Gobierno de las Fuerzas Armadas, mediante Decreto Supremo No. 1353-A, de 31 de diciembre de 1974, publicado en el Registro Oficial No. 720, de 13 de enero de 1975, reformó la Ley de Compañías y faculta, por primera vez, al Superintendente

de Compañías designar interventor, de dentro o fuera del personal de su dependencia, para que supervigilen la marcha económica de la compañía y corrijan las situaciones irregulares de la actividad empresarial.

Como esta regulación de la intervención fue insuficiente y creara algunas dudas sobre su aplicación, por Decreto Supremo No. 328, de 29 de abril de 1975, publicado en el Registro Oficial No. 794, de 2 de mayo de 1975, entre otros asuntos establece con más precisión las causas por las que el Superintendente de Compañías puede designar interventor; dispone que previamente se debe realizar una inspección a la compañía respectiva; determina las atribuciones y deberes del interventor y establece la forma reservada de comunicar la designación de interventor a los representantes legales, administradores y comisarios de la compañía intervenida.

En la Tercera Codificación de la Ley de Compañías, realizada por la Comisión de Legislación, publicada en el Registro Oficial No. 389 de 28 de julio de 1977, la intervención aparece en iguales términos, en los Arts. 388 y siguientes de la Sección X, de la antedicha Ley.

En la última Codificación de la Ley de Compañías, efectuada por la Comisión de Legislación y Codificación del H. Congreso Nacional, promulgada en el Registro Oficial No. 312, de 5 de noviembre de 1999, la intervención se encuentra en los Arts. 353 a 358 de la Sección XI de la citada Ley, en los cuales se reúnen otras causales de intervención que se encontraban en otras disposiciones de la misma Ley. Fundamentalmente, las causales de intervención se mantienen, no han sido actualizadas, no obstante la presencia de otras irregularidades en el ejercicio de las transacciones mercantiles que las compañías realizan, las mismas que no pudieron ser previstas en el año 1975. Estas circunstancias han creado dificultades en la aplicación de la medida, al tratar de adecuarlos en alguno de los casos generales establecidos por la Ley de Compañías. Reite-ramos nuestra recomendación de una reforma a la Ley de Compañías, en lo relacionado con el capítulo de la intervención, para establecer otras causales y otras clases de intervención, a fin de adecuar las nuevas irregularidades, que cotidianamente se presentan, a disposiciones legales que efectivamente protejan los derechos de socios y accionistas, terceros y la preservación de la empresa, que en la actualidad se encuentran desamparados.

De las actuales disposiciones legales se establece que el objetivo de la intervención es el de supervigilar la marcha económica de una sociedad, cuando ha sufrido o se halla en riesgo de sufrir un grave perjuicio, como consecuencia de las irregularidades surgidas en la administración de las compañías, ocasionadas por parte de sus representantes legales; tratar de corregir o remediar las causas que motivaron la intervención, proteger los derechos de socios, accionistas o terceros, así como preservar el patrimonio de la empresa, unidad de explotación económica, creadora de riqueza, fuente de producción, generadora de trabajo y empleo.

La intervención declarada por el Superintendente de Compañías opera mediante la designación de un interventor, que puede ser o no funcionario de la institución de control, quien deberá asesorar, tratará de corregir o remediar las irregularidades por las que se declaró el estado de intervención, así como las que descubra dentro de dicho proceso.

Las causas para declarar intervenida a una compañía o para que continúe intervenida, cuando ya se encuentra en proceso de intervención, son única y exclusivamente las señaladas por la Ley de Compañías. Salvo el caso de que alguna ley especial posterior establezca otra u otras causales, ninguna disposición, norma reglamentaria o resolución podrá crear más causales de intervención.

- **Concepto**

La Ley de Compañías no trae una definición de intervención, sino que sienta unas ideas generales de lo que se debe entender y la finalidad que persigue. Por las consideraciones expuestas en los párrafos que anteceden, séanos permitido ensayar el siguiente concepto de intervención:

“La intervención es una medida administrativa de carácter cautelar, correctiva, temporal, revocable, excepcional, expedida para proteger los derechos de los socios, accionistas o terceros y preservar el patrimonio social, cuando ha sufrido o se tema sufrir un grave riesgo debido a irregularidades en la administración de la empresa, por parte de administradores que tienen la representación legal.

Opera mediante la designación de un interventor que controla la libre gestión del órgano de administración, que procura corregir o sanear las causas que fundamentaron la intervención y las que aparecieren dentro de dicho proceso, sin interferir, afectar, ni entorpecer el ejercicio de las funciones que le confiere la Ley”.

La intervención es una medida cautelar.- Como su nombre lo indica, pretende actuar antes, para proteger un derecho que se halla en peligro y que si no se toma la medida el daño puede producirse. Se tiende a proteger el derecho de socios, accionistas o terceros, así como el de preservar el patrimonio social, cuando se encuentra afectado por acciones u omisiones del representante legal, que ocasionan o pueden ocasionar un grave perjuicio al interés social o cuando exista un grave riesgo para el público, por la interrupción de servicio.

Tiene el carácter de temporal porque solamente dura el tiempo indispensable para superar la situación anómala de la compañía. En algunas legislaciones, al declarar intervenida a una compañía, se fija el tiempo de duración de la medida; es decir, es graduable con relación a la gravedad de las irregularidades.

Es revocable.- La facultad de declarar la intervención de una compañía es una facultad discrecional que la Ley confiere al Superintendente de Compañías para conseguir el fin que la norma le autoriza, proteger un derecho en peligro de sufrir un daño o perjuicio. La resolución por la que se declara la intervención de una sociedad no causa estado, razón por la que, pasado el peligro, puede ser revocada por la misma autoridad que la dictó, mediante otra resolución. Sin embargo, nos permitimos reiterar al aplicar esta medida, la autoridad tiene que sujetarse, únicamente, a la existencia de una o varias de las causales previstas por la Ley de Compañías.

La intervención es una medida de carácter excepcional, de emergencia en la vida de una sociedad, concedida por la Ley al Superintendente para precautelar determinados derechos, frente a la presencia de hechos patológicos, producidos por la actuación del órgano de administración de la compañía.

El interventor puede ser designado de entre los funcionarios o empleados de la entidad de control o una persona que no pertenece a dicha institución. El interventor designado por la Superintendencia de Compañías, que no pertenece al personal de la institución, no es un funcionario público, sino un auxiliar externo de dicha autoridad; por este hecho no adquiere ni la calidad de administrador, ni la representación legal de la compañía intervenida. La actuación principal del interventor es la de propiciar la corrección de las irregularidades que determinaron su designación. Las demás funciones están determinadas en el oficio de nombramiento, como son las de poner su visto bueno en las operaciones, actos y contratos que realiza el representante legal de la compañía y, en general, en todos los documentos de carácter económico; es decir, ejerce una función de vigilancia, es un contralor diario de las operaciones de la compañía.

- **Naturaleza jurídica**

Para determinar la naturaleza jurídica de la intervención, es indispensable destacar que la declaración de intervención de una compañía y su consiguiente designación de interventor es una medida cautelar, provisional y, consecuentemente, revocable por la misma autoridad que la expidió, pues no causa cosa juzgada administrativa, no es un fin en si misma, sino un medio, una medida justificable ante la necesidad de proteger los derechos de socios, accionistas o terceros y preservar el patrimonio social de una compañía, hasta que se corrijan las irregularidades producidas por el representante legal o se decida la suerte del indicado funcionario.

Como su nombre lo indica, básicamente, se pretende actuar antes de que se produzca el grave perjuicio o daño que se ocasionaría si no se toman las precauciones adecuadas oportunamente.

Con la indicada medida se limitan los excesos en las acciones u omisiones, el derecho de abusar por parte de los representantes legales de una sociedad, cuando tales actos pueden generar perjuicios para la propia compañía o a sus asociados o terceros que contratan con ella.

Con esta medida no se modifican las facultades conferidas al representante legal, por la Ley o el Estatuto Social; esto es, el administrador que tiene la representación legal conserva la titularidad del cargo, las facultades de administración y disposición previstos por la Ley y Estatutos, pero, no el derecho a la libre gestión que se encuentra limitado, porque el órgano de la administración en todos sus actos está sometido al conocimiento, control, vigilancia y autorización del interventor.

Cabe también agregar que con la intervención no se afecta o entorpecen las operaciones, transacciones y normal funcionamiento de la sociedad intervenida, menos aún, de ninguna manera afecta a su personalidad jurídica, ni implica que necesariamente va camino a su disolución y liquidación, como erradamente han sostenido algunos opositores y detractores de la medida.

En el supuesto, antes indicado, las compañías se hacen acreedoras a la sanción de disolución y liquidación, cuando los representantes legales, asesorados por sus defensores, impiden al interventor el acceso al control y vigilancia de la compañía intervenida o cuando a dicho interventor le ocultan la información y la documentación pertinente solicitada, para que cumpla con su función de corregir las irregularidades o se burlan del control de él, al realizar operaciones que significan movimientos de

ingresos y egresos sin obtener su visto bueno y autorización, para que se justifique la validez y eficacia de tales operaciones; pues, con esta conducta, los representantes legales de la compañía intervenida están obstaculizando la labor de control de la Superintendencia de Compañías y colocando a la sociedad intervenida en causal de disolución, prevista por la Ley de Compañías.

Por el contrario, cuando el representante legal presta todas las facilidades al interventor, para corregir las irregularidades, este proceso termina en corto tiempo, porque con la medida no se vulnera el derecho o el interés de la compañía, ni se provoca perjuicio a los socios o accionistas, cuyos derechos se pretende proteger.

- **Reserva**

Considerando que la Ley es un mecanismo para regular y satisfacer las necesidades humanas, busca siempre estar al servicio del hombre.

La reserva o sigilo societario concedida por el legislador a la institución de la intervención tiene un fundamento filosófico, lógico y de protección para las empresas a las cuales se les ha aplicado esta medida, para preservar la imagen de esta unidad de explotación económica, creadora de riqueza y fuente generadora de empleo e impedir que, al tener conocimiento de la medida, sea fácil y negativamente aprovechada por parte de la competencia desleal, reprobada por la ley por no respetar el mínimo de honestidad en la lucha comercial; por sus acreedores, que desinformados de la finalidad de la medida le cierran los créditos, considerando que han intervenido a la empresa por encontrarse en grave crisis patrimonial; y, aún más, por sus deudores, que consideran un negocio estupendo la intervención, para dilatar el cumplimiento de sus obligaciones.

Por mandato del Art. 358 de la Ley de Compañías la designación de interventor y todo lo concerniente a las actuaciones, informaciones y documentos agregados al expedientillo, como consecuencia de tal designación, tienen el carácter de reservado. Se entiende y concluye de esta manera por cuanto la susodicha Ley establece como condición o requisito que: “La designación del interventor o interventores será comunicada por el Superintendente de Compañías únicamente y mediante nota reservada a los representantes legales, administradores, comisarios u otros órganos de fiscalización de la compañía y, si lo creyere necesario, al Superintendente de Bancos para que éste, a su vez, la haga conocer también mediante nota reservada, a las instituciones bancarias y financieras” sujetas a su control.

PROCEDENCIA

La designación de interventor es procedente y la declaración de intervención de una compañía se justifica en cualquier estado jurídico que ésta se encuentre, ya sea cuando está operando o cuando ésta se halle en trámite de concurso preventivo o en estado de disolución o en proceso de liquidación.

Amparados en reiterados fallos expedidos por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, de Casación dictados por la Corte Suprema de Justicia y resoluciones del Tribunal Constitucional en recursos de Amparo Constitucional, que han declarado la validez y eficacia de las Resoluciones de Intervención emitidas por la Superintendencia de Compañías y desechado los recursos interpuestos, por considerar

que es un acto legítimo, que no causa daño irreparable y que, por su carácter de provisional y de protección, no afecta derecho alguno, razones que nos conduce a la conclusión de que no cabe recurso alguno de la resolución que declara la intervención de una compañía, sino que tales recursos interponen los empresarios solamente para impedir o para dilatar el cumplimiento de la medida cautelar.

Sin embargo, si fuera procedente algún recurso, consideramos que éste debería concederse, únicamente, en el efecto devolutivo y no suspensivo, por la presencia del grave riesgo que es el objeto de la medida, prever que el grave daño no ocurra.

Antes de proceder al examen de las causales de intervención, previstos por la Ley de Compañías, nos permitimos manifestar para que sea viable la medida se debe demostrar la procedencia o por lo menos ciertos visos de verosimilitud de la violación del derecho de los socios o el grave peligro invocado, lo que se puede extraer del examen de la documentación presentada y del resultado de la inspección a la compañía, por parte del Departamento de Control e Intervención.

• Clases

Del contexto del Art. 353 de la Ley de Compañías fluye que en nuestra normatividad jurídica solo existe una clase de intervención, que es la designación de un interventor veedor.

La legislación argentina establece tres clases de interventores: la de mero veedor, la de coadministrador y la de administrador.

En el primer caso, el interventor no participa en la administración de la compañía intervenida. Su función es la de controlar las operaciones del órgano administrativo.

El interventor coadministrador participa conjuntamente con el representante legal de la intervenida, en su administración.

En el último caso, el interventor reemplaza al representante legal en la administración de la compañía intervenida.

Cualquiera de estas clases de intervención se aplica a las sociedades, en consideración a la gravedad de las irregularidades presentadas.

Aspiraríamos que en una reforma a la Ley de Compañías se revise las clases de intervención, puesto que actualmente el interventor coadministrador funcionaría perfectamente en las compañías que se encuentran en proceso de liquidación; y, el interventor administrador podría ser designado en las compañías que se encuentren en trámite de concurso preventivo, en los casos de que la Junta de Acreedores resuelva la remoción del administrador como parte del acuerdo concordatario.

• Causales

El Art. 354 de la Ley de Compañías faculta al Superintendente de Compañías, en su calidad de representante legal de la entidad de control, declarar a una compañía sujeta a control total, en estado de intervención y designar un interventor solamente cuando exista alguno o varios de los casos enunciados en dicha disposición legal que son:

1.- INCUMPLIMIENTO O VIOLACIÓN DE LA LEY, REGLAMENTO O ESTATUTO

“1º Si lo solicitare uno o más accionistas o socios que representen cuando menos el diez por ciento del capital pagado de la compañía, manifestando que han sufrido o se hallan en riesgo de sufrir grave perjuicio por incumplimiento o violación de la Ley, sus reglamentos o el estatuto de la compañía, en que hubieren incurrido ésta o sus administradores.

El o los peticionarios deberán comprobar su calidad de titulares del porcentaje de capital señalado en el inciso anterior, indicar, con precisión las violaciones o incumplimientos de la Ley, sus reglamentos o el estatuto de la compañía que motiven el pedido y expresar las razones por las que tales hechos les ocasionan o pueden ocasionarles grave perjuicio”;

Esta disposición exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Ser socio o accionista de la compañía;
- b) Tener un porcentaje accionario de, por lo menos, el 10% del capital pagado;
- c) Haber sufrido o hallarse en riesgo de sufrir grave perjuicio;
- d) Que el perjuicio se deba a incumplimiento o violación de la Ley, reglamentos o estatuto social, por parte de la compañía o de sus administradores.

La calidad de ser socio o accionista y titular del porcentaje requerido, debe ser comprobado mediante documentos agregados o anexos a la petición.

En la solicitud se debe precisar el incumplimiento o violación de la Ley, que tales hechos le ocasiona o pueden ocasionarle graves perjuicios.

La Ley no indica o define qué debe entenderse por GRAVE PERJUICIO. Arecha y García Cuerva, en su obra Sociedades Comerciales, página 113, dicen: “Grave Perjuicio es aquel que puede afectar la estructura de la sociedad, y puede ser tanto el desquiciamiento del órgano de administración, como su irregular funcionamiento”.

Miguel A. Sasot Betes y Miguel P. Sasot en su obra El Órgano de Administración, pág. 489, expresan:

(...) “la asunción por el presidente de la administración de la sociedad, el atraso de la contabilidad, desconocimiento del presidente sobre el paradero del libro de inventario y balances y del registro de acciones, la existencia de una cuenta bancaria a nombre personal del presidente, vales de caja firmados por el presidente por cantidades considerables sobre las cuales este se niega a dar explicaciones, etc., resultan de hecho irregularidades que, prima facie, configuran una situación de peligro grave para la sociedad”.

La jurisprudencia argentina manifiesta que “(...) es una irregularidad grave que pudiera poner en peligro a la sociedad y perjudicaría el interés de los socios y su posibilidad de ser subsanado por otra vía”.

Nosotros diríamos que grave perjuicio es el peligro inmediato que vulnera el derecho de socios o accionistas y el riesgo que amenaza la permanencia del patrimonio de la sociedad. La Ley exige, además que ese perjuicio grave sea ocasionado por el órgano de administración, mediante el incumplimiento o violación de la ley, reglamento o estatuto.

Se justifica que la Ley generalice el incumplimiento o violación de las normas legales, reglamentarias y estatutarias, porque sería inútil o difícil establecer un patrón indicativo para los distintos casos que se presenten en la realidad.

En el caso de las compañías, sujetas a control parcial, la medida de intervención solamente puede aplicarse cuando exista denuncia y se compruebe mediante inspección, la violación de la Ley, de los derechos de los socios o se ha contravenido el contrato social, en perjuicio de la propia compañía, de socios o terceros. La intervención solo podrá declararse, a estas compañías, cuando estuvieren incursas en cualquiera de las causales 1º, 2º y 4º, del citado artículo 354 de la Ley de Compañías.

2.- IRREGULARIDADES CONTABLES

“2º.- Si se comprobare ante denuncia, de parte interesada o de oficio, que en la contabilidad de la compañía se han ocultado activos o pasivos o se ha incurrido en falsedades y otras irregularidades graves, y que estos hechos pudieren generar perjuicios para los socios, accionistas o terceros.

En la denuncia debería determinarse con precisión las falsedades o irregularidades de la contabilidad, así como los perjuicios que se hubieren causado o pudieren causarse;” (...).

La intervención por esta causa, puede declararse de oficio o a petición de parte cuando se haya comprobado:

- a) Que en la contabilidad de la compañía hay oculta-miento de activos o de pasivos;
- b) Falsedades en los registros contables o en los balances;
- c) Falta de documentos de soporte de los registros contables, de las operaciones realizadas;
- d) Otras irregularidades o falsedades graves que generen perjuicio a socios, accionistas o terceros.

Para que proceda la intervención por esta causal, que ocasiona graves perjuicios a socios, accionistas, terceros y a la propia sociedad, es requisito indispensable la comprobación de cualquiera de los hechos enunciados por la disposición legal, antes citada.

Las irregularidades y deficiencias contables de una sociedad, por una parte, impiden obtener un conocimiento claro, de su real situación económica y financiera y de las operaciones comerciales efectuadas; y, por otra, dificultan y entorpecen la labor de control que realiza la Superintendencia de Compañías.

Hay ocultación de activos o de pasivos cuando se compruebe que se han omitido registrar en la contabilidad ciertos activos o pasivos que posee una compañía. El hecho de registrar contablemente pasivos superiores a los que realmente tiene la compañía, es una irregularidad grave porque encierra una falsedad que justifica la aplicación de la medida.

Hay falsedad en la contabilidad cuando se registran hechos falsos. La falsedad puede provenir por la alteración de los documentos de soporte de las operaciones registradas en los Libros Contables o por la inexistencia de dichos soportes. Es una seria

irregularidad elaborar una contabilidad cuando falten o no existan documentos de soporte, relativos a movimientos de fondos, porque no existe justificación y explicación de tales hechos.

Cuando en la contabilidad de una compañía se registran hechos falsos, la consecuencia inmediata es la confección de estados financieros falsos. Por una parte, esta irregularidad amerita la intervención de la compañía; y, por otra, la publicación o autorización de balances o cualquier otro informe falso e incompleto, cualquiera que haya sido el propósito al verificarlo, se encuentra reprimido con prisión de dos meses a dos años, por el Código Penal del Ecuador.

3.- NO PRESENTACIÓN DE BALANCES ANTE REQUERIMIENTO

“3º.- Si requerida la compañía por la Superintendencia para presentar el balance general anual y el estado de pérdidas y ganancias o documentos y comprobantes necesarios para determinar la situación financiera de la compañía, no lo hiciere, y hubiese motivos para temer que con su renuencia trate de encubrir una situación económica o financiera que implique graves riesgos para sus accionistas, socios o terceros; (...).”

La presentación oportuna de los estados financieros de las compañías a la Institución Controladora es de suma importancia para socios, accionistas o terceros, porque les permite conocer la real situación económica y financiera de la compañía, saber si le reporta o no beneficios para permanecer asociado y, si fuere el caso, hacer nuevos aportes.

La causal se perfecciona cuando existe omisión de la presentación de los indicados documentos, por parte de los representantes legales, después de haber sido requeridos por la Superintendencia de Compañías, para que presente:

- El balance general anual y estado de pérdidas y ganancias de ejercicios anteriores;
- El balance general anual y estado de pérdidas y ganancias del ejercicio inmediato anterior, una vez transcurrido el primer trimestre del año siguiente, aunque estos no hubieren sido aprobados por la Junta General;
- Un balance de situación, cortado a una fecha determinada;
- La presentación de documentos y comprobantes necesarios para determinar la situación financiera de una compañía.

La renuencia en la no presentación de algunos de los documentos requeridos, hace presumir que existen algunos motivos graves para el incumplimiento y temer que con tal actitud se trata de encubrir situaciones económicas o financieras que impliquen graves riesgos para socios, accionistas o terceros, razón por la que se justifica la aplicación de la medida.

4.- INTERES PÚBLICO

“4º.- Si una compañía recurriere a cualquier forma de invitación pública para obtener dinero de terceros a base de planes, sorteos, promesas u ofertas generales de venta, entrega o construcción de bienes muebles o inmuebles o suministro de préstamo cuando no hubiere garantías suficientes para respaldar los dineros recibidos y tal situación implicare graves riesgos para terceros o cuando efectuaren una oferta pública

de valores, sin cumplir con los requisitos señalados en la Ley de Mercado de Valores (...).”.

Existen muchas empresas que para facilitar la venta o construcción de muebles o inmuebles, recurren a la invitación pública, para captar dinero del público interesado en algún bien ofertado; pero carecen de suficiente respaldo o garantías de los dineros recibidos, lo cual implica graves riesgos para terceros.

No es preciso que se haya causado el perjuicio para aplicar la medida, bastaría la información del Departamento de Control e Intervención sobre la existencia de un patrimonio insuficiente que respalde el monto de los dineros captados, para cumplir con la entrega de los bienes ofertados; pues, en la práctica, existen casos de empresarios que operan bajo esta modalidad, que no han cumplido ni en el tiempo, ni en las condiciones y calidad ofertadas.

En protección de los derechos de terceros que operan en valores, es justificable también la aplicación de la intervención, a las compañías que efectúen oferta pública de valores sin cumplir con los requisitos exigidos por la Ley de Mercado de Valores, por el grave riesgo que implica que cualquier sociedad no autorizada, efectúe transacciones de esta naturaleza y ocasione graves perjuicios al público.

5.- NO CONTRATAR AUDITORIA EXTERNA

“5º.- Cuando la compañía se encontrare en cualquiera de los casos referidos en los Arts. 325 ó 432 inciso quinto de esta Ley (...).”.

Respecto de las compañías sometidas a control parcial, ya nos referimos al final del comentario de la causal en el numeral 1º del presente trabajo.

La Ley de Compañías y el Reglamento expedido por la Superintendencia de Compañías, para un mejor control de las sociedades que tienen determinado monto de activos, prevé la obligación de contratar auditoría externa.

Existen sociedades que, no obstante haber sido sancionadas con multa, por el incumplimiento de contratar auditoría externa, se muestran renuentes a cumplir con el mandato legal, casos en los cuales se justifica la intervención de estas compañías.

Solamente la existencia o persistencia de una o algunas de las causales antes citadas, previstas por la Ley de Compañías, justifica o servirá de fundamento para que continúe la intervención de una compañía.

• Procedimiento

De acuerdo con la Ley de Compañías y Reglamento de Intervención, el procedimiento para expedir la resolución mediante la cual se dispone la intervención de una compañía y designa interventor, es sui géneris, sencillo y breve.

Puede iniciarse mediante denuncia o expedirse de oficio.

1.- EXISTE DENUNCIA

Con el fin de evitar la presentación de denuncias infundadas, falsas o por desafecto al representante legal de la compañía, la Ley debe imponer como obligación del

denunciante, presentar una contra cautela, para que la Institución Controladora pueda hacer efectiva la sanción prevista por el Art. 356 de la Ley de Compañías.

Cuando existe denuncia, el procedimiento es el siguiente:

1. Presentación de la denuncia, por escrito;
2. Ser socio o accionista de la compañía y poseer el porcentaje previsto por la Ley o un tercero que contrate con aquella;
3. Calificación de la denuncia, para establecer si reúne o no los requisitos previstos por la Ley y Reglamento;
4. Reconocimiento de las firmas y rúbricas del denunciante;
5. Orden inmediata de inspeccionar la compañía;
6. Verificado el o los hechos denunciados mediante inspección realizada a la compañía, el informe que contiene el resultado se remite a Secretaría;
7. Secretaría remite todo lo actuado al Intendente Jurídico para que realice el respectivo análisis jurídico y emita su dictamen;
8. Si el informe del Intendente de Control e Intervención y el dictamen del Intendente Jurídico fueren favorables para la intervención de la compañía, se elaborará la correspondiente resolución, para la firma del Superintendente o su delegado;

Con la resolución de intervención y las conclusiones del informe de inspección se notificará, mediante nota reservada, únicamente al representante legal, administradores y Comisarios u órganos de fiscalización de la compañía. Igualmente, mediante nota reservada, se notificará al Superintendente de Bancos y a los funcionarios que, de conformidad con las leyes especiales, están obligados a llevar registro de transferencia y gravámenes de bienes.

2.- DE OFICIO

Cuando la intervención se declara de oficio, el proceso comienza con la orden de inspección de la compañía, emanada de la autoridad competente y, luego, continúa el resto del procedimiento antes señalado.

- No procede la intervención

Desde el punto de vista meramente expositivo, consideramos que no se justifica la aplicación de la medida cautelar de intervención, cuando se trata: 1) de hechos o circunstancias internas en la administración; 2) discrepancias entre socios o accionistas o de éstos contra los administradores; y, 3) irregularidades contables intrascendentes.

1.- HECHOS O CIRCUNSTANCIAS INTERNAS EN LA ADMINISTRACIÓN

Entre los diferentes conflictos e irregularidades Internas de la administración de una compañía, resaltamos:

1. Cesación en sus funciones del órgano de administración o fiscalización;
2. Irregular funcionamiento de los órganos sociales;

3. Omisión del pago de la cuota social que le corresponde cancelar al socio o accionista;
4. Por exclusión del socio, en las compañías de responsabilidad limitada;
5. Participación indebida de socios o accionistas en la administración;
6. Para obtener antecedentes y pruebas del derecho que se supone vulnerado, por violación o incumplimiento de la Ley, Reglamento o Estatuto, por parte del representante legal;
7. No convocar a Junta General.

2.- DISCREPANCIAS ENTRE SOCIOS Y ADMINISTRADORES

La desinteligencia de los socios o accionistas con el representante legal, la discrepancia entre socios sobre la propiedad de las acciones o participaciones, por falta de convocatoria a junta general, retención indebida de los títulos de acciones, la desaparición de la affectio societatis, no justifican la declaratoria de intervención, porque no constituyen en sí graves riesgos de los derechos de los socios o accionistas o del patrimonio social, salvo el caso de que las discrepancias lleguen a ser un obstáculo para el regular funcionamiento de la sociedad o ponga en peligro la existencia misma de la compañía.

3.- IRREGULARIDADES CONTABLES INTRASCENDENTES

No siempre las irregularidades cometidas en los Registros Contables o en los estados financieros de las compañías fundamentan la aplicación de la intervención o para que continúe intervenida una compañía. Existen irregularidades intrascendentes como son la deficiencia contable que no reviste gravedad, según los resultados de los informes de inspección de la compañía; el hecho de no llevar los Libros Contables en forma regular; no haber distribuido las utilidades; no haber presentado los estados financieros anuales, no obstante haber concluido el ejercicio económico; los vicios que existan en los balances que fueren aprobados por una Junta General, si no ha mediado impugnación o demandado la nulidad de la decisión de la junta u otras señaladas por el Departamento de Control e Intervención.

La presencia de alguna o de varias de las causales señaladas en esta parte, no servirán como fundamento para que continúe la intervención de una compañía.

§ INTERVENTOR

El interventor es la persona designada por el Superintendente de entre los funcionarios o empleados de la entidad de control o de fuera de dicho personal, para que supervigile la marcha económica de una compañía, en la que se ha verificado o detectado ciertas irregularidades cometidas por el órgano de administración, las mismas que pueden causar graves perjuicios a los derechos de socios, accionistas o terceros o poner en riesgo la estabilidad de la propia sociedad.

- **Condiciones**

La Ley de Compañías no establece requisitos especiales que debe reunir la persona que va a desempeñar la función de interventor. Se limita a señalar que el Superintendente de Compañías puede designar uno o más interventores a funcionarios o empleados de la Institución o de fuera de su personal.

Este mandato legal nos conduce a la conclusión de que no pueden ser designados interventores los socios, accionistas o terceros que tengan interés directo o indirecto, con las compañías que van a ser intervenidas.

Para la selección del interventor, la autoridad nominadora debe requerir la presentación de la hoja de vida de los aspirantes. Nosotros nos permitimos sostener que el interventor debe ser un profesional con título académico, que posea conocimientos jurídicos o contables, según la naturaleza de las irregularidades y actividades que va a desarrollar en su función y amplia experiencia y si el caso lo requiere, podría designarse a dos profesionales, cada uno especialista o con conocimientos en cada área. No se descarta la posibilidad de que pueda ser designado interventor una persona jurídica, con personal técnico especializado en las áreas antes indicadas.

El nombramiento de interventor no requiere que se inscriba en ningún registro, público ni privado, por su carácter de reservado y temporal. La aceptación de su nombramiento debe considerarse suficiente como posesión del cargo. Dicho nombramiento le servirá como documento habilitante para el desempeño de su función. Sin embargo, consideramos que la Superintendencia de Compañías debe llevar un registro de interventores, con los resultados de su gestión en otra u otras compañías.

- **Clases**

Hemos indicado que de acuerdo con nuestra legislación solamente existe una clase de interventor, interventor veedor, encargado de autorizar con su visto bueno o firma los actos y contratos que celebre el representante legal de la compañía intervenida y que no tiene ninguna participación en la administración de la misma.

- **Funciones**

De manera general, la función del interventor es la supervigilancia de la marcha económica de la compañía intervenida, las de propiciar la corrección de las irregularidades que determinaron su designación y las que se presente durante dicho proceso, así como procurar mantener el patrimonio social, cuando se encuentre afectado por alguna irregularidad ocasionada por el representante legal de la intervenida, mediante un control permanente de las operaciones y documentos de carácter económico, provenientes del órgano de administración.

El nombramiento de interventor no le confiere a éste facultades de administrador de la compañía intervenida, ni la calidad de representante legal. Como ya tenemos expresado, el representante legal de la compañía intervenida conserva su titularidad, con todas las facultades conferidas por la Ley y el Estatuto, pero, limitadas en su libre gestión, porque está sometido a la autorización y visto bueno del interventor.

Por esta razón, ratificamos nuestra afirmación de que el interventor es, a la vez, un auxiliar de la autoridad que lo designó y un contralor de las operaciones diarias que efectúe el órgano de la administración.

• **Atribuciones**

El interventor no tiene más atribuciones que las que constan en su oficio de nombramiento y resolución de intervención. Consecuentemente, no puede considerarse ni actuar como auditor, ni como fiscalizador de la sociedad intervenida.

Con fines expositivos, las atribuciones del interventor podríamos agruparlos así:

- Propiciar la corrección de las irregularidades que motivaron su designación y las que se presenten durante el proceso de intervención;
- Evitar que se ocasionen perjuicios a socios, accionistas o terceros;
- Procurar conservar el patrimonio social;
- Registrar sus firmas y siglas de visto bueno en las instituciones bancarias que la compañía intervenida mantenga cuentas corrientes, de ahorro, depósitos, etcétera;
- Autorizar con su firma operaciones, actos, contratos, renovación o renegociación de obligaciones de la compañía;
- Autorizar con su visto bueno documentos, que impliquen ingresos y egresos económicos, determinados en la resolución de intervención y oficio de nombramiento;
- Autorizar con su firma o visto bueno, según el registro en las instituciones financieras, conjuntamente con los representantes legales o firmas autorizadas, los cheques que se giren, dentro o fuera del país;
- Autorizar con visto buenos los egresos que impliquen las demandas propuestas por el representante legal, en defensa del patrimonio social o las contestaciones a las mismas;
- Autorizar con su firma las demandas propuestas por el representante legal, en defensa del patrimonio social;
- Controlar los ingresos y egresos diarios, las inversiones, cartera, obligaciones, depósitos, inventarios, compra, venta de bienes de la compañía.

• **Deberes**

Si no lo determina la Ley o un Reglamento, en rigor no podríamos enunciar categóricamente cuales son, en estrictu sensu, los deberes del interventor. Sin embargo, extrayendo de alguna de las disposiciones anotadas podemos agruparlos en las siguientes:

1. Presentar mensualmente informes a la Superintendencia de Compañías, acerca de las actividades cumplidas y las acciones realizadas por el representante legal de la intervenida, tendentes a superar o sanear las causas que originaron la intervención;
2. Revisar los libros sociales y contables de la empresa y requerir al representante legal la formación de inventarios;
3. Asesorar al órgano de administración en la elaboración de libros sociales para que cumplan con la Ley y Reglamentos;
4. Asesorar a los administradores en la confección de los Registros Contables para que cumplan con los Principios y Normas Contables de General Aceptación;
5. Asesorar al representante legal para la elaboración y presentación de los estados financieros a la entidad de control;
6. Asistir a las Juntas Generales y Sesiones de Directorio, con voz informativa sobre el estado de la intervención, cuando fuere requerido;
7. Recomendar el levantamiento de la intervención cuando se hubieren superado o saneado las causas que originaron la intervención; y,
8. Rendir cuentas de su gestión a la Superintendencia de Compañías, cuando fuere reemplazado en su función o al término de su función, por conclusión de la intervención.

- **Prohibiciones**

El Reglamento de Intervención expedido por la Superintendencia de Compañías establece las siguientes prohibiciones:

- a) Autorizar préstamos a socios, accionistas y directivos;
- b) Contratar directa o indirectamente con la compañía;
- c) Participar en la administración de la compañía;
- d) Inmiscuirse en lo referente a procedimientos de fabricación, sistemas de propaganda o de ventas y, en general, en nada de lo que constituya o afecte la reserva en relación con la competencia.

- **Responsabilidad**

La Ley de Compañías no ha previsto un régimen expreso de responsabilidades del interventor en el ejercicio de sus funciones, pero tampoco le ha exonerado de aquellas.

Considerando que de acuerdo con las normas constitucionales y legales, ninguna persona está exenta de responsabilidad de sus acciones u omisiones típicamente antijurídicos, estimamos que el interventor es responsable, personal y pecuniariamente, independientemente de las responsabilidades civil o penal a que hubiere lugar, de toda disposición arbitraria por parte del representante legal, de bienes y efectos de la compañía intervenida, que hayan sido autorizados con su firma o visto bueno; de todo perjuicio o faltante que, por su negligencia, abuso, fraude, actuar al margen de las

facultades delegadas o extralimitándose en sus funciones, se ocasione al haber social, a socios, accionistas o terceros.

- **Remoción**

Tampoco ha previsto la Ley de Compañías un catálogo de causas especiales para la remoción del interventor. Sin embargo, nos permitimos puntualizar las siguientes:

1. No dedicar el tiempo necesario para el cumplimiento de sus funciones;:
2. Negligencia o desacierto en el desempeño de sus funciones;
3. Realizar actos extralimitándose de sus funciones;
4. Autorizar con su firma o visto bueno actos al margen de las funciones delegadas;
5. Irrespeto a la autoridad que lo designó.

- **Honorarios**

Los honorarios de los interventores son fijados por el Superintendente de Compañías y pagados por la compañía intervenida.

Se estima justo que el interventor no tenga que esperar la conclusión de su gestión para percibir sus honorarios, siendo prudente que se le fije una retribución mensual, la misma que puede señalarse en la resolución inicial o en otra posterior.

Cuando el interventor es un funcionario o empleado de la Superintendencia de Compañías, no percibe retribución adicional a la que le corresponde como funcionario o empleado de dicha entidad.

Si el interventor designado no pertenece al personal de la entidad controladora de las compañías, percibirá los honorarios que le fije el Superintendente. Para el efecto, el Intendente de Control e Intervención asesorará en la fijación, teniendo en consideración el volumen de las operaciones de la compañía, el trabajo que realizará, el tiempo que dedicará al cumplimiento de sus funciones y el sueldo que percibe el representante legal de la compañía intervenida.

DURACIÓN DE LA INTERVENCIÓN

De conformidad con la legislación vigente, la intervención solamente dura el tiempo necesario para superar la situación anómala por la que atraviesa la compañía.

Esta disposición legal permite establecer que la duración de la intervención variará según la causal por la que se la declaró y dependerá de la buena predisposición del representante legal de la intervenida, facilitar, colaborar y coadyuvar en la ejecución de los actos conducentes a superar la causal o causales que la originaron.

Por la diversidad de situaciones que suelen presentarse en las compañías intervenidas, es imposible establecer un calendario para determinar el tiempo que puede durar una intervención; sin embargo, creemos que en la resolución que se declara la intervención debería establecerse un plazo estimativo prudente, el mismo que podría ser prorrogado, si las necesidades para sanear o superar las causales, así lo amerita, caso

en el cual debería dictarse una resolución ordenando la prórroga por un tiempo prudencial, que en ningún caso podrá ser superior al fijado inicialmente.

- **Terminación**

Con la designación de interventor la Superintendencia de Compañías persigue normalizar los actos del órgano de administración de una compañía. Consecuentemente, es lógico que la intervención concluya y el interventor cese en sus funciones cuando se han superados las causas que motivaron la aplicación de la antedicha medida o cuando amerite su remoción.

Hemos indicado que para declarar a una compañía en estado de intervención y designar interventor es requisito indispensable una inspección de la compañía, cuyo resultado consta en el informe del Intendente de Control e Intervención, el cual se remite al Superintendente o a su delegado, quien a su vez remite al Intendente Jurídico para que emita su dictamen. Si de los antedichos informe y dictamen se encuentran irregularidades de las previstas por el Art. 354 de la Ley de Compañías se expide la correspondiente resolución de intervención y designación de interventor.

Es principio jurídico que en derecho las cosas se deshacen de la misma manera que se hace, resulta también lógico que para la terminación y levantamiento de la intervención, sean los mismos funcionarios que informaron previamente para la intervención, quienes informen que se han cumplido los objetivos propuestos y, por tanto, recomienden la terminación de la intervención y la cesación de las funciones del interventor, en sus correspondientes informes y dictámenes.

La recomendación del interventor de que se levante la intervención es irrelevante, no constituye ni una solemnidad, ni una formalidad a la que debe sujetarse el Superintendente de Compañías para dictar la resolución que declare concluido el proceso de intervención. Por tanto, opinamos que la autoridad, con buen criterio, puede prescindir del informe o recomendación del interventor de que termine la intervención o levantar la intervención aunque el informe del interventor indique que debe continuar la intervención. Lo que no puede prescindir jamás la autoridad es de los Informes del Intendente de Control e Intervención, ni del dictamen del Intendente Jurídico, por constituir elementos sustanciales para su pronunciamiento.

Resulta interesante aclarar que en los casos de renuncia o remoción del interventor, la intervención no termina; se subsana esta situación con la designación de un nuevo interventor.

También estamos obligados a aclarar que cuando el proceso de intervención se ha iniciado por denuncia de socio o accionista o tercero, el desistimiento de la misma no surte el efecto de dar por terminado el proceso de intervención y la cesación de las funciones del interventor. La resolución que declara la intervención de una compañía se expide con méritos suficientes de la existencia de una causal señalada por la Ley y una vez que se ha verificado la existencia de una o varias irregularidades. En consecuencia, ya no está en juego el interés del denunciante, sino el interés social, los derechos que pudieran estar comprometidos con el grave perjuicio que se trata de evitar y que la Superintendencia de Compañías, con la aplicación de la medida, pretende precautelar.

UNIDAD III

LEGISLACIÓN TRIBUTARIA

Fuentes del Derecho Tributario

El autor Rodríguez Lobato cita a dos autores refiriéndose al tema, señalando que: García Maynes define a la fuente formal, como “el proceso de creación de las normas jurídicas.” Y citando el referido al autor a Serra Rojas se afirma que, “Las fuentes del Derecho son los procedimientos, formas, actos o hechos, y demás medios de creación e interpretación, en los cuales tienen su origen los principios y leyes en general.”

Entonces se puede de esta manera se puede concluir que las fuentes formales del Derecho Fiscal Ecuatoriano se las podría determinar de la siguiente manera:

- **La Constitución**
- **La Ley:**
- **Los Reglamentos**
- **Los Decretos-Ley**
- **La Jurisprudencia**
- **Los Tratados Internacionales**
- **La Doctrina**

Por lo que al tema de se refiere sólo me evocaré al estudio de la Constitución, la ley, tratados internacionales y la jurisprudencia.

La Constitución.

El fundamento de todo nuestro orden jurídico fiscal se encuentra en la Constitución, porque de ella derivan las leyes secundarias. La Carta Magna aparece como la fuente primigenia del Derecho Tributario, puesto que va a proporcionar los lineamientos fundamentales y básicos a los que deberá ajustarse al contenido de la legislación que integra esta rama del Derecho. La

Constitución es la fuente por excelencia del Derecho, en cuanto determina la estructura del Estado, la forma de gobierno, la competencia de los órganos constitucionales y administrativos, los derechos y deberes de los ciudadanos, la libertad jurídica y determinados problemas básicos de una comunidad, elevados a la categoría de constitucionales, para mantenerlos permanentemente fuera de los vaivenes de los problemas políticos cotidianos.

Rodríguez Lobato, Raúl. Derecho Fiscal. Oxford University Press. 2002, pág. 162 17 En nuestra Constitución de la República, aparecen consignados los principios rectores del orden jurídico-fiscal, que revelan además la orientación precisa y las características esenciales a las que debe obedecer el sistema tributario. Asimismo, cabe señalar a la Constitución como el primer proceso de manifestación de las normas jurídicas que estructuran e integran nuestro Derecho Fiscal. En apoyo a lo anterior cabe citar lo dispuesto por el artículo 300 de la Constitución, el cual reza lo siguiente: “El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos. La política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.”

La Ley.

En Ecuador la principal fuente del Derecho Fiscal es la ley, como se desprende del contenido del artículo 301 de la Constitución Política del país, que dispone lo siguiente: “Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley”.⁹ En el precepto transcrito, se consagran las garantías tributarias, de las cuales, la ley representa el principio de legalidad, pilar importante del Derecho Fiscal puesto que nada puede ser exigible sino está establecido en la ley. Por consiguiente si el primero de los dispositivos legales estatuye que las contribuciones deben estar establecidas en ley, correlativamente el segundo dispositivo jurídico otorga la facultad de establecer tales contribuciones al órgano en quien deposita la Constitución la tarea de realizar la actividad legislativa.

Jurisprudencia

En nuestro Sistema Jurídico Ecuatoriano, la jurisprudencia tiene gran importancia como fuente de Derecho, ya que la mayoría de las reformas e innovaciones que se introducen en nuestras leyes fiscales, ya sea porque se detecten errores o se precisen conceptos, obedecen a sentencias que los órganos jurisdiccionales han emitido en una serie de casos análogos. Sin embargo, debemos entender que la jurisprudencia, por si misma no modifica, deroga o 8 Constitución Política del Ecuador. Año 2008 9 Ibíd. Artículo 301 18 crea a las leyes fiscales, sino que únicamente puede determinar la conveniencia y, en su caso, el contenido de la modificación, derogación o creación de esas leyes que se haga a través de los órganos competentes para ello. Se debe precisar que los requisitos que deben reunirse para la configuración de la jurisprudencia, de manera general, y aplicable al caso tributario, es que sea un triple fallo reiterativo sobre un asunto similar, resuelto en un mismo sentido. El fin que persigue la jurisprudencia es el de sentar criterios firmes y uniformes en lo tocante a la interpretación de la

Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos, conforme lo establece el Art. 425 de la Constitución de la República. La jurisprudencia puede definirse como la interpretación habitual, constante y sistemática que llevan a cabo los tribunales con motivo de la resolución de casos que son sometidos a su jurisdicción y que, por disposición de la ley, se convierte en precedente de observancia obligatoria para fallos posteriores, tanto para el órgano jurisdiccional que la establece, como para los tribunales que subsiguientes instancias posteriores. En otras palabras, la jurisprudencia, en realidad, no viene a ser fuente formal, sino una fuente real, de las leyes fiscales. Por ello, el estudio de las sentencias que en materia fiscal expiden nuestros tribunales, muchas veces nos explica y orienta el porqué de las reformas introducidas a las leyes tributarias y de ello deriva que la jurisprudencia tenga una enorme importancia.

Tratados Internacionales.

Los tratados internacionales pueden definirse como los acuerdos de voluntades celebrados entre dos o más Estados soberanos en el ámbito internacional, con el objeto de sentar las bases para la solución pacífica de problemas comunes. De esta definición se desprenden los siguientes elementos:

1. Constituyen un acuerdo de voluntades, es decir, un pacto derivado de mutuo y libre consentimiento de las partes signatarias.

2. Exclusivamente pueden llevarse a cabo mediante la intervención de los “sujetos de Derecho Internacional”, que no son otros que los Estados que componen la comunidad internacional y cuya soberanía, independencia e integridad territorial, se encuentran reconocidas y respetadas por los demás miembros de dicha comunidad.

3. Los tratados deben otorgarse entre un mínimo de dos Estados; sin embargo, pueden revestir la forma de convenciones internacionales, cuando son suscritos por una pluralidad de naciones afectadas o interesadas en la materia de que se trate.

4. Los tratados internacionales aparecen como instrumentos de conciliación cuyo objetivo radica en el establecimiento de bases y reglas generales de observancia obligatoria para los Estados signatarios, que tienden a prevenir y solucionar las inevitables controversias y fricciones provenientes de las relaciones internacionales. El artículo 1 de la Convención de Viena de 1969 sobre los Derechos de los Tratados señala que dichos tratados son un “Acuerdo Internacional entre Estados al cual se aplica el Derecho Internacional, que comprende un documento o también dos o más documentos relacionados entre sí, sin que importe su nombre correcto”. Los tratados internacionales pueden alcanzar efectos obligatorios, es necesario que cada Estado signatario los incorpore a su legislación interna y los aplique como si fueran leyes de rango constitucional, ya que de otra forma, ante la falta de coercibilidad que caracteriza a las normas internacionales, correrían el riesgo de convertirse en letra muerta. Por esa razón, se les incluye, entre las fuentes formales del Derecho. El artículo 424 de la Constitución de la República establece que la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del

ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. De modo que en términos generales, nuestra Constitución atribuye a los tratados internacionales la norma que prevalece cualquier otra que no se dé en la constitución, a condición de que reúnan tres requisitos:

- Que no contengan estipulaciones contrarias a cualquier norma constitucional.
- Que sean celebrados directamente por el Presidente de la República.
- Que sean aprobados o ratificados por la Asamblea Nacional

Lo señalado conforme a lo estipulado en el Art. 118, numeral 8 de nuestra Constitución de la República. La importancia que tienen los Tratados Internacionales como fuente formal del Derecho Tributario Ecuatoriano es mucha, en virtud de que esta clase de acuerdos de voluntades está llamada a resolver una serie de complejos problemas económicos internacionales, que suelen agruparse bajo el rubro de doble imposición internacional, y que actúan como factores de encarecimiento de todo tipo de operaciones de importación y exportación de artículos de consumo, bienes de capital, conocimientos tecnológicos, así como de operaciones de financiamiento internacional.

Ante esta clase de problemas, surgen los tratados internacionales en materia tributaria, que pueden coadyuvar a resolverlos de manera eficaz, mediante la fijación de impuestos con tasas diferenciales o de un solo impuesto cuyos rendimientos se distribuyan entre los países involucrados proporcionalmente al Estado de su Balanza Comercial.

Fines de los tributos: fiscal y extra fiscal

Los Tributos.- Conceptos, clasificaciones

Para adentrarnos al tema tenemos que saber que los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la Ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.

Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución.

CARACTERÍSTICAS DE LOS TRIBUTOS

1. Son ingresos ordinarios, pues se perciben con regularidad.
2. Son prestaciones coactivas, es decir, con capacidad para apremiar u obligar.
3. Sólo pueden establecerse en virtud de ley.
4. Gravan la capacidad económica
5. Se destinan a cubrir los gastos generales del Estado.
6. Sirven como instrumento de política económica y para procurar una mejor distribución de la renta nacional.

La obligación tributaria se identifica con la principal del sujeto pasivo: el pago del tributo. El pago del tributo, es una obligación ex lege, de Derecho público, cuyo objeto consiste en una prestación patrimonial a favor del Ente público.

La obligación tributaria principal, pago del tributo, se origina por la realización del hecho imponible y surge siempre con independencia de la voluntad de las partes, si bien el particular es libre para realizar o no el hecho tipificado, una vez lo realice se devengará inevitablemente la obligación, de acuerdo con la voluntad y el mandato de la ley.

LOS PRINCIPIOS TRIBUTARIOS

- **LEGALIDAD.-** Establece que no habrá tributos sino hay una ley
- **IGUALDAD.-** Que todos van a pagar un impuesto
- **GENERALIDAD.-** Abarca a mucha cantidad de personas
- **PROPORCIONALIDAD.-** Pagar tributos de acuerdo a donde vivimos o recursos que nosotros pagamos
- **NO CONFISCATORIO.-** No debe exceder el total de nuestro sueldo solo el 30%
- **RETROACTIVIDAD.-** Las leyes no deben afectar los derechos constitucionales

CLASES DE TRIBUTOS

Los tributos se clasifican en tasas, contribuciones especiales e impuestos, que pueden diferenciarse con arreglo a sus respectivos hechos imponibles (supuestos de la realidad en los que se aplica cada tributo):

TASAS

Su hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al contribuyente, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los contribuyentes, o no se presten o realicen por el sector privado.

CONTRIBUCIONES ESPECIALES

Son los tributos debidos en razón de beneficios individuales o de grupos sociales derivados de la realización de obras o gastos públicos o de especiales actividades del Estado.

Los propietarios de bienes inmuebles que han visto incrementado el valor de ellos por efecto de una determinada obra pública están obligados a devolver al Estado parte de sus beneficios a través del pago de una *contribución especial*. Ella es una categoría tributaria diferente del *>impuesto* y de la *>tasa*. Se la ha definido como la compensación que se debe obligatoriamente a una entidad pública en razón de una obra específica construida por ésta en beneficio general pero que proporciona ventajas particulares a determinados propietarios de bienes inmuebles. En ciertas legislaciones se la llama también contribución especial “*de mejoras*”. Algunos economistas la han definido como el pago por los beneficiarios especiales de la parte divisible del coste de una obra pública.

Las *contribuciones especiales* se pagan una sola vez por cada obra: sea una avenida, una carretera, un sistema de riego, la extensión de la red eléctrica o cualquier otra que eleve el valor de las tierras situadas en su zona de influencia, aunque el pago se pueda hacer eventualmente por cuotas.

El propietario devuelve así parte o todo el beneficio de la plusvalía de su inmueble — plusvalía en el sentido no marxista de la palabra, o sea el acrecentamiento de valor de una cosa por causas extrínsecas a ella— motivada por la obra pública construida en la zona.

Esta contribución, sin embargo, es diferente del “impuesto a la plusvalía” ya que este no está asociado a gasto público concreto y específico. Las contribuciones especiales se pagan una sola vez y tienen un límite, que está dado por el coste de la obra, mientras que el impuesto a la plusvalía no tiene límite alguno y está establecido de modo general y a veces progresivo. La causa de la exacción, en el un caso, es el beneficio patrimonial ocasional del propietario de un inmueble a causa de una obra pública y, en el otro, el aumento de la capacidad tributaria general del contribuyente por el beneficio que percibe entre el precio de compra y el de venta de un bien dentro de un período determinado. Es esa diferencia la materia imponible del impuesto sobre la plusvalía.

En el caso de la *contribución especial* la causa y fundamento de la exacción es la obra de infraestructura construida por una entidad pública que ha determinado el aumento del valor de los bienes inmuebles situados en su área de influencia.

CONTRIBUCIONES DE MEJORAS

Un tributo cuyo hecho generador se integra con el beneficio obtenido por la realización de la obra pública.

PEAJE

Se paga por el beneficio que se recibe por la realización de una obra pública por parte del estado que sería la construcción y mantenimiento de caminos y autopistas, lo pagan quienes se benefician por su utilización.

IMPUESTO:

Los impuestos se definen como, los tributos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente.

Como notas características del impuesto podemos señalar:

- El impuesto es un tributo exigido sin contraprestación, ya que el sujeto pasivo resulta obligado al pago una vez realizado el presupuesto de hecho previsto en cada impuesto para configurar el hecho imponible.
- El impuesto es un tributo que se fundamenta en la capacidad de pago que pone de manifiesto el sujeto pasivo.
- El impuesto al igual que el resto de los tributos debe ser regulado por ley en todos sus elementos esenciales.

Definido el concepto de impuesto, viendo cómo su objeto es el patrimonio, la renta o el gasto, señalaremos algunas de las clasificaciones tradicionalmente aceptadas.

CLASIFICACIÓN DE TRIBUTOS

Los tributos se clasifican en:

Impuestos Planos: cuando el porcentaje no es dependiente de la base imponible o la renta del individuo sujeto a impuestos, sino que varía según la compra. Ejemplo: IVA.

Impuesto progresivo: cuando a mayor ganancia o renta, mayor es el porcentaje de impuestos sobre la base. Ejemplo: Ganancias.

Impuesto regresivo: cuando a mayor ganancia o mayor renta, menor el porcentaje de impuestos que debe pagarse sobre el total de la base imponible. Ejemplo: Rentas.

También se pueden clasificar los tributos según el tipo de impuesto que sea:

* **Impuesto interno:** Son los impuestos al consumo, se perciben dentro de los límites del país.

* **Impuesto externo:** Son los aduaneros, se cobran con motivo de entradas o salidas del país.

* **Impuesto directo:** Cuando existen circunstancias o situaciones objetivas que revelan en forma bastante aproximada un determinado nivel de riqueza son impuestos directos y no pueden transmitirse a otra persona o sea no son trasladables.

* **Impuesto indirecto:** Cuando existen circunstancias o situaciones objetivas que hacen solamente presumir un determinado nivel de riqueza pero con un nivel de aproximación inferior al anterior son impuestos indirectos, gravan actos o situaciones accidentales o como los consumos. Por ejemplo: el IVA, no lo pago yo pero al comprar un producto lo paga indirectamente el comerciante.

* **Impuesto ordinario:** Son los que se recaudan siempre. Tienen vigencia permanente. Ejemplo: luz, gas teléfono, etc.

- * **Impuesto extraordinario:** Son aquellos impuestos transitorios de emergencia, que tienen un lapso determinado de tiempo. Ejemplo: una multa.
- * **Impuesto de cupo:** Son los impuestos que tienen una suma establecida de lo que se debe pagar.
- * **Impuesto de cuota:** Son los impuestos en el cual no tengo el monto establecido, es dependiendo del consumo que la persona tenga.

FORMAS DE DAR POR TERMINADA UNA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

- **PAGO:** cumplimiento de la prestación que constituye la relación jurídica.
- **LA COMPENSACIÓN:** Cuando una misma persona es deudor y acreedor a la vez.
- **CONFUSIÓN:** Ocurre cuando el sujeto de la obligación tributaria (El estado) como consecuencia de la transmisión de bienes y derechos queda colocado en la situación de deudor.
- **NOVACIÓN:** Las deudas originales no pagadas en su debido tiempo quedan extinguidas cuando el deudor regulariza su situación tributaria.
- **PRESCRIPCIÓN:** Cuando algo deja de tener valor. Ocurre a partir de los 5 años.
- **REMISIÓN O CONDONACIÓN.-** Perdón del pago de impuesto o su valor devengado (intereses, recargos, multas)

En síntesis los tributos son ingresos públicos de Derecho público que consisten en prestaciones pecuniarias obligatorias, impuestas unilateralmente, exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del hecho imponible al que la Ley vincula el deber de contribuir. De esta manera podemos caracterizarlas y clasificarlas de distintas formas y entender para el fin que tienen y así comprender mas el tema

Los Impuestos - nacionales, seccionales, aduaneros

- **Para que sirven los impuestos Nacionales:**

Los impuestos sirven para financiar los servicios y obras de carácter general que debe proporcionar el Estado a la sociedad. Destacan los servicios de educación, salud, seguridad y justicia y en infraestructura, lo relativo a la vialidad y la infraestructura comunal.

¿Qué impuesto administra y recauda el SRI a nivel Nacional?

Los impuestos que administra y recauda el SRI son:

1. Impuesto a los Consumos Especiales
2. Impuesto a la Renta
3. Impuesto al Valor Agregado
4. Impuesto a la Salida de Divisas
5. Impuestos a los activos en el exterior
6. Impuestos a los vehículos motorizados

1. IMPUESTO A LOS CONSUMOS ESPECIALES (ICE)

El impuesto a los consumos especiales ICE, se aplicará a los bienes y servicios de procedencia nacional o importados, detallados en el artículo 82 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Este impuesto grava los bienes de lujo y que no son de primera necesidad como el cigarrillo, bebidas alcohólicas y gaseosas, etc.

Sujetos pasivos del ICE:

1. Las personas naturales y sociedades, fabricantes de bienes gravados con este impuesto
2. Quienes realicen importaciones de bienes gravados por este impuesto
3. Quienes presten servicios gravados

2. IMPUESTO A LA RENTA (I.R.)

Es el impuesto que se debe cancelar sobre los ingresos o rentas, producto de actividades personales, comerciales, industriales, agrícolas, y en general actividades económicas y aún sobre ingresos gratuitos, percibidos durante un año, luego de descontar los costos y gastos incurridos para obtener o conservar dichas rentas.

Deben pagar las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades, ecuatorianas o extranjeras, residentes o no en el país, que hayan percibido rentas gravadas en el Ecuador.

Sujetos pasivos del I.R.

Son sujetos pasivos del impuesto a la renta las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades, nacionales o extranjeras, domiciliadas o no en el país, que obtengan ingresos gravados de conformidad con las disposiciones de esta Ley.

Los sujetos pasivos obligados a llevar contabilidad, pagarán el impuesto a la renta en base de los resultados que arroje la misma.

3. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO I.V.A.

Es el impuesto que se paga por la transferencia de bienes y por la prestación de servicios. Se denomina Impuesto al Valor Agregado por ser un gravamen que

afecta a todas las etapas de comercialización pero exclusivamente en la parte generada o agregada en cada etapa.

Deben pagar todos los adquirentes de bienes o servicios, gravados con tarifa 12%. El pago lo hará al comerciante o prestador del servicio, quien a su vez, luego de percibir el tributo lo entrega al Estado mediante una declaración.

En el caso de importaciones paga el importador el momento de desaduanizar la mercadería.

4. IMPUESTO A LA SALIDA DE DIVISAS (I.S.C.)

Es el impuesto que se carga sobre el valor de todas las operaciones y transacciones monetarias que se realicen al exterior, con o sin intervención de las instituciones que integran el sistema financiero.

La tarifa del Impuesto a la Salida de Divisas es del 2%.

Sujeto Pasivo del (I.S.C.)

Constituyen sujetos pasivos del Impuesto a la Salida de Divisas en calidad de contribuyentes, las personas naturales, sucesiones indivisas y las sociedades privadas, en los términos de la Ley de Régimen Tributario Interno, tanto nacionales como extranjeras, que transfieran, trasladen o envíen divisas al exterior, o retiren divisas desde el exterior con cargo a cuentas nacionales.

5. IMPUESTO A LOS ACTIVOS EN EL EXTERIOR

Se crea el impuesto mensual sobre los fondos disponibles e inversiones que mantengan en el exterior las entidades privadas reguladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros y las Intendencias del Mercado de Valores de la Superintendencia de Compañías.

Están obligados al pago de este tributo, las entidades privadas reguladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros y por las Intendencias del Mercado de Valores de la Superintendencia de Compañías.

Sujetos pasivos de este impuesto

Serán sujetos pasivos del impuesto a los activos en el exterior, en calidad de contribuyentes, las instituciones privadas controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros y por las intendencias de Mercado de Valores de la Superintendencia de Compañías.

6. IMPUESTO A LOS VEHÍCULOS MOTORIZADOS

Es el impuesto anual que debe pagar el propietario de un vehículo motorizado de transporte terrestre.

¿Quién debe pagar?

Este impuesto debe ser pagado por los propietarios de vehículos motorizados de transporte terrestre en forma anual. Cuando se adquiera un vehículo cuyo anterior propietario no haya cancelado dicho impuesto, el comprador será responsable por el pago de las obligaciones pendientes.

¿Sobre qué se paga?

El impuesto se paga sobre el avalúo del vehículo que consta en la base de datos del SRI. Este avalúo, para automotores nuevos corresponde al precio de venta al público informado por los comercializadores y, para vehículos de años anteriores, del precio informado se deducirá una depreciación anual del 20% sin que el valor residual sea inferior al 10%. En documentos adjuntos se encuentra el instructivo para utilizar la consulta de Avalúos de Categorías.

¿Cuál es el Período Tributario?

Al ser un impuesto anual, los propietarios de vehículos tanto de servicio particular como de servicio público deben cancelarlo cada año, incluso cuando la matrícula tenga validez por un período mayor.

¿Cuánto se tiene que pagar?

Este impuesto utiliza una tabla progresiva que toma como referencia el avalúo vehicular. Para el caso de vehículos nuevos, los adquiridos en el primer trimestre del año pagarán el 100% del impuesto, mientras que los adquiridos a partir de abril pagarán el impuesto por los meses que falten hasta el fin del año, incluido el mes de compra. Los vehículos usados deberán pagar el 100% del impuesto, aplicando en forma anual la depreciación del 20% del avalúo, hasta llegar a un valor residual del 10%.

¿Cuándo se debe pagar?

El propietario del vehículo, cada año, podrá pagar el impuesto sin intereses, desde el 2 de enero hasta el 31 de julio. Si el pago lo realiza fuera de este periodo ordinario, deberá cancelar, conjuntamente con el impuesto, intereses por cada mes o fracción de mes de retraso.

Los propietarios de vehículos nuevos deberán pagar el impuesto antes de que concesionario le entregue el mismo.

En caso de que el propietario tenga derecho a una exoneración o rebaja, deberá realizar este trámite, previo al pago del impuesto.

Una vez cancelado el valor de la matrícula Posterior al pago, el propietario del vehículo .

¿Qué rubros componen el valor de la matrícula de un vehículo?

El valor de la matrícula incluye varios rubros, los cuales se calculan de acuerdo a las características del vehículo, tales como si es particular o de servicio público, cantón de matriculación, institución de tránsito a la que pertenece, entre otros.

¿Cuál es el valor de la matrícula de mi vehículo?

El valor de la matrícula de un vehículo lo puede consultar en línea, únicamente con la placa si el vehículo es usado o con el Certificado de Aduana (CAMV) si es importado o el Certificado de Producción Nacional (CPN) si es ensamblado.

Además puede consultar los pagos realizados por concepto de matrícula de un vehículo.

¿Puede una tercera persona realizar mis trámites?

Si el propietario de un vehículo no puede presentar un trámite personalmente puede hacerlo a través de una tercera persona con una carta de autorización, siempre que la solicitud esté firmada por el propietario. Mientras que para delegar la firma de una solicitud se deberá presentar un poder general o especial.

¿Cómo se tiene que pagar?

Este impuesto se paga juntamente con la matrícula y debe ser cancelado en las instituciones financieras autorizadas. Para ello, el propietario debe presentar la matrícula anterior si el vehículo es usado o la factura si es nuevo.

En la ley se han previsto exoneraciones y rebajas de este impuesto de acuerdo a la situación del propietario del vehículo. Para acceder a ellas, el propietario debe presentar en cualquier oficina del SRI el formulario 02 IVM con los requisitos establecidos para cada caso.

Exenciones y rebajas

El propietario que cancele el impuesto en el período extraordinario deberá cancelar los intereses vigentes por cada mes o fracción de mes de retraso. Los concesionarios que entreguen el vehículo nuevo sin que esté pagada la matrícula también serán sancionados. El Servicio de Rentas Internas podrá exigir el pago de este impuesto, incluso por la vía coactiva.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 21 del Código Tributario Codificado se establece que el interés anual por obligación tributaria no satisfecha equivaldrá a 1.5 veces la tasa activa referencial para noventa días determinada por el Banco Central del Ecuador

➤ Para que sirven los impuestos Seccionales

Antes de indicar sobre el servicio de impuestos seccionales debemos conocer sobre la facultad impositiva seccional, y al respecto indico lo siguiente:

El Art. 186 de la COTAD.- Facultad tributaria.

Los gobiernos municipales y distritos metropolitanos autónomos podrán crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras generales o específicas, por el establecimiento o ampliación de servicios públicos que son de su responsabilidad, el uso de bienes o espacios públicos y en razón de las obras que ejecuten dentro del ámbito de sus competencias y circunscripción, así como la regulación para la captación de las plusvalías.

Cuando por decisión del gobierno metropolitano o municipal, la prestación de un servicio público exija el cobro de una prestación patrimonial al usuario, cualquiera sea el modelo de gestión o el prestador del servicio público, esta prestación patrimonial será fijada, modificada o suprimida mediante ordenanza. Los municipios aplicarán obligatoriamente las contraprestaciones patrimoniales que hubieren fijado para los servicios públicos que presten, aplicando el principio de justicia redistributiva. El incumplimiento de esta obligación podrá ser causal de destitución de los funcionarios responsables.

En el caso de incumplimiento el órgano legislativo del gobierno autónomo descentralizado respectivo sancionará sin perjuicio de las sanciones correspondientes al funcionario responsable del incumplimiento.

Los gobiernos municipales y distritos metropolitanos autónomos en base a los tributos generados en las parroquias rurales y otros que desconcentren en beneficio de los presupuestos de los gobiernos parroquiales rurales constituirán un fondo cuyo cincuenta por ciento (50%) se reinvertirá equitativamente entre todas las parroquias rurales de la respectiva circunscripción territorial y el cincuenta por ciento (50%) restante se invertirá bajo criterios de población y necesidades básicas insatisfechas.

El Art. 172 de la COTAD establece que los ingresos propios de la gestión:

Los gobiernos autónomos descentralizados regional, provincial, metropolitano y municipal son beneficiarios de ingresos por la gestión propia, y su clasificación estará sujeta a la definición de la ley que regule las finanzas públicas.

Son ingresos propios los que provienen de impuestos, tasas y contribuciones especiales de mejoras generales o específicas; los de venta de bienes y servicios; los de renta de inversiones y multas; los de venta de activos no financieros y recuperación de inversiones; los de rifas, sorteos, entre otros ingresos.

Las tasas que por un concepto determinado creen los gobiernos autónomos descentralizados, en ejercicio de sus competencias, no podrán duplicarse en los respectivos territorios.

La aplicación tributaria se guiará por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, transparencia y suficiencia recaudatoria.

Los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales se beneficiarán de ingresos propios y de ingresos delegados de los otros niveles de gobiernos.

Sólo los gobiernos autónomos regionales podrán organizar loterías para generarse ingresos propios.

El Art. 182 de la COTAD.- Contribuciones especiales de mejoras.

El propietario no responderá por concepto de contribución especial de mejoras, sino hasta el valor de su propiedad, establecido antes de iniciarse la obra. Las contribuciones especiales de mejoras determinadas en esta sección serán recaudadas por el gobierno autónomo descentralizado provincial hasta en diez anualidades contadas desde la terminación de la respectiva obra, para lo cual se expedirán los títulos correspondientes. Al concluirse una obra realizada por el gobierno provincial, que aumente el valor de las propiedades de particulares, este gobierno determinará, por medio del departamento respectivo, el valor que adquirirán los predios ubicados en las diferentes zonas de influencia y la cantidad que deben pagar los particulares beneficiados por concepto de contribución especial de mejoras.

Ingresos Propios de los Gobiernos Parroquiales Rurales El Art. 187 del COTAD.-

Ingresos propios.- Son ingresos propios del gobierno autónomo descentralizado parroquial rural los que provengan de la administración de infraestructura comunitaria y del espacio público parroquial. De igual manera, los gobiernos parroquiales rurales podrán contar con los ingresos provenientes de la delegación que a su favor realicen otros niveles de gobierno autónomo descentralizado y los que provengan de cooperación internacional, legados, donaciones, y actividades de autogestión.

➤ **Para que sirven los impuestos Aduaneros**

De acuerdo a lo estipulado en el Artículo 108, del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones COPCI, se consideran tributos al comercio exterior:

Los derechos arancelarios;

Los impuestos establecidos en leyes orgánicas y ordinarias, cuyos hechos generadores guarden relación con el ingreso o salida de mercancías; y,

Las tasas por servicios aduaneros.

Los tributos recaudados reflejan información de las prestaciones pecuniarias que el Estado exige de los consignatarios y exportadores, con motivo de la realización de operaciones aduaneras y por la prestación de servicios públicos inherentes a la actividad aduanera.

El rubro otros incluye: Costas procesales, derechos consulares, gastos remate y venta directa, intereses, licencias de salida, multas, salvaguarda, sobretiempos petroleros, valor de la garantía, valor de rectificación, valor del remate, tasas y el valor de las notas de crédito

Las Tasas Aduaneras

Antes de tratar sobre este tema debemos conocer sobre lo que expresa la Ley Orgánica de Aduanas, que en su parte más importante expresa:

Art. 10.- Obligación Tributaria Aduanera.- La obligación tributaria aduanera es el vínculo jurídico personal entre el Estado y las personas que operan en el tráfico internacional de mercancías, en virtud del cual, aquellas quedan sometidas a la potestad aduanera, a la prestación de los tributos respectivos al verificarse el hecho generador y al cumplimiento de los demás deberes formales.

Art. 11.- Sujetos de la Obligación Tributaria Aduanera.- Son sujetos de la obligación tributaria: el sujeto activo y el sujeto pasivo. Sujeto activo de la obligación tributaria aduanera es el Estado, por intermedio de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.

Sujeto pasivo de la obligación tributaria aduanera es quien debe satisfacer el respectivo tributo en calidad de contribuyente o responsable.

En las importaciones, contribuyente es el propietario o consignatario de las mercancías; y, en las exportaciones, contribuyente es el consignante.

Art. 12.- Hecho Generador de la Obligación Tributaria Aduanera.- El hecho generador de la obligación tributaria aduanera, es el ingreso o salida de los bienes; para el pago de impuestos al comercio exterior, es la presentación de la declaración; en las tasas, es la prestación de servicios aduaneros.

Art. 13.- Nacimiento de la Obligación Tributaria Aduanera.- La Obligación Tributaria Aduanera, en el caso de los impuestos, nace al momento de la aceptación de la declaración por la administración aduanera; en el de las tasas, nace por la utilización del respectivo servicio aduanero.

El Art. 9 de la Ley Orgánica de Aduanas, es atribución del Directorio de la CAE la creación, fijación y regulación del cobro de las tasas por servicios aduaneros;

a) TASA DE CONTROL.- Se aplicará sobre las mercancías que se despachen bajo los regímenes aduaneros especiales, a excepción del depósito industrial y almacén especial y será equivalente a USD 40,00 (cuarenta Dólares de los Estados Unidos de América);

b) TASA DE ALMACENAJE.- Se aplicará sobre las mercancías y unidades de transporte o carga que se encuentren en almacenes temporales autorizados o sean almacenadas en bodegas o patios de la Aduana para remate, procedimientos administrativos o judiciales. Se aplicará de la siguiente manera:

- tasas para almacenes aero-portuarios;

b) 1. TASA DE ALMACENAJE PORTUARIO.- Se aplicará sobre todas las mercancías y unidades de transporte o carga que se encuentren o sean almacenadas en bodegas o patios de la aduana, para remate, procedimientos administrativos o judiciales. Esta tasa se aplicará según cuadro que consta en el anexo 2, y deberá ser cobrada a todas las mercancías al egreso de dichas bodegas o patios.

c) TASA DE ANALISIS DE LABORATORIO.- Se aplicará cuando la aduana, a efecto de establecer la clasificación arancelaria de mercancías, requiera de análisis de las mismas, en laboratorios de otras instituciones y será equivalente

a: TASAS POR LA PRESTACION DE SERVICIOS ADUANEROS;

d) TASA DE INSPECCION.- Se aplicará a los servicios de inspección técnica ante solicitudes de autorización o renovación de depósitos comerciales, industriales, courier, almacenes temporales y otros servicios sujetos a autorización o concesión, de acuerdo a la siguiente tabla:

- Depósitos comerciales: USD 300
- Depósitos industriales: USD 375
- Courier: USD 180
- Almacenes temporales: USD 300
- Otros: USD 250
- Empresas auditoras y auditores independientes de regímenes especiales USD 200,00; y,

e) (sic) TASA DE VIGILANCIA ADUANERA.- Se aplicará en los casos en que por disposición de autoridad aduanera se requiera la custodia en el traslado de mercancías mediante movilización desde y hacia zonas francas, tránsito aduanero o guía de movilización, y será equivalente a USD 25,00 (veinticinco dólares de los Estados Unidos de América).

10 La Obligación Tributaria: Conceptos

Todos los gobiernos tienen necesidades fiscales, y el dinamismo económico provee la recaudación que las solventa. Los Estados establecen gravámenes tributarios que consienten la recaudación necesaria, y que al mismo tiempo promueven el desarrollo económico que es sustentado por la recaudación.

La tributación es una de las versátiles con mayor relevancia. Antes de invertir se aprecia si la obligación impositiva es razonable, si es factible negociar exoneraciones, acuerdos, y si el procedimiento de la administración tributaria se ajusta a los intereses del capital transnacional.

En el caso de Ecuador es innegable la necesidad de mejorar en los niveles de infraestructura, capacitación, estabilidad política, seguridad y ejercicio eficiente en la impartición de la justicia y combate a la corrupción, etc., pero eso implica un esfuerzo de años o décadas.

Por Lo referido en líneas anteriores es muy importante conocer lo que manifiesta el Código Tributario sobre estas temáticas.

Principios Tributarios

El Art. 5 del Código Tributario concluye que el régimen tributario se presidirá por los principios de legalidad, generalidad, igualdad, proporcionalidad e irretroactividad; por lo descrito, detallo en forma sucinta cada uno de ellos.

*** Principio de Legalidad.-** "Nullum tributum sine lege", significa que no hay tributos sin ley; por lo tanto, este principio exige que la ley establezca claramente el hecho imponible, los sujetos obligados al pago, el sistema o la base para determinar el hecho imponible, la fecha de pago, las exenciones, las infracciones, sanciones, órgano habilitado para recibir el pago, los derechos y obligaciones tanto del contribuyente como de la Administración Tributaria, todos estos aspectos estarán sometidos ineludiblemente a las normas legales.

*** Principio de Generalidad.-** Significa que comprenda a todas las personas cuya situación coincida con la que la ley señala como hecho generador del crédito fiscal. La generalidad se refiere a que todos los individuos debemos pagar impuestos por lo que nadie puede estar exento de esta obligación, por ende, es aplicable universalmente para todos los sujetos que tengan una actividad económica.

*** Principio de Igualdad.-** La uniformidad se traduce en una igualdad frente a la ley tributaria, todos los contribuyentes que estén en igualdad de condiciones deben de ser gravados con la misma contribución y con la misma cuota tributaria, lo que se traduce que ante la Ley todos somos iguales, sin distinción o discriminación alguna.

*** Principio de Proporcionalidad.-** Emanan del principio teórico denominado justicia en la imposición, en este precepto se establece que los organismos fiscales tienen derecho a cobrar contribuciones y los gobernados tienen obligación de pagarlas, a condición de que estas tengan el carácter de proporcionales y equitativas; siendo éste el objetivo, el presente principio es un instrumento de política económica general que sirve para determinar la capacidad económica del contribuyente.

*** Principio de Irretroactividad.-** El régimen tributario rige para lo venidero, no puede haber tributos posteriores con efectos retroactivos, por ende, la Ley tributaria no tiene carácter retroactivo, en forma más sencilla y espontánea el presente principio permite a *las personas tener confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas.*

* **Principio de no Confiscación.-** Este principio nos habla que las contribuciones que el Estado impone no pueden ser confiscatorias, pues las cargas tributarias se deben imponer dentro de un límite racional que no afecta o disminuya el patrimonio del contribuyente, en consideración se concluye que en nuestro país en materia tributaria se prohíbe todo tipo de confiscación, esto con la finalidad de brindar seguridad por parte del sujeto activo a la propiedad privada del contribuyente.

* **Principio de Impugnación.-** Este principio es muy importante, trascendental y substancial ya que todos los individuos inmersos en el régimen tributario tienen la potestad y el derecho de impugnar aquellos actos o resoluciones que afecten sus intereses; ya sea por vía administrativa al (SRI) o por vía judicial ante el Tribunal Distrital Fiscal.

Obligación Tributaria

El Art.15 del Código Tributario expresa que: “obligación tributaria es el vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la Ley”.

Para Hensel, citado por Giuliani Fonrouge la obligación tributaria, consiste en un vínculo obligacional en virtud del cual el Estado tiene el derecho de exigir la prestación jurídica llamada impuesto, cuyo origen radica en la realización del presupuesto de hecho previsto por la ley, de modo tal que ésta vendría a constituir el soplo vital de esa obligación de dar que es la obligación tributaria.

Refiriéndome a la obligación tributaria, puedo expresar que es un vínculo jurídico en virtud del cual un sujeto pasivo (deudor) está obligado a dar a otro sujeto que actúa ejerciendo el poder tributario (acreedor, Estado o fisco) ciertas prestaciones jurídicas a título de tributo, de conformidad o impuestas por la Ley al confirmarse el hecho generador.

Elementos Constitutivos de la Obligación

Los elementos indispensables para que exista o concurra una obligación tributaria son los siguientes:

- **La Ley.-** El Art. 11 del Código Tributario suscribe que las leyes tributarias, sus reglamentos y las circulares de carácter general, regirán en todo el territorio nacional, en sus aguas y espacio aéreo jurisdiccional o en una parte de ellos, desde el día siguiente al de su publicación en el Registro Oficial, salvo que establezcan fechas especiales de vigencia posteriores a esa publicación. El Art. 6 del Código Civil Ecuatoriano manifiesta que la ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde

entonces. Por lo tanto, la ley es la facultad de establecer, modificar o extinguir tributos, por lo que dicho elemento es exclusivo del Estado, en consecuencia no hay tributo sin ley.

- **Hecho Generador.**- Dentro del Art. 16 del Código Tributario expresa que se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo.

En caso específico el Art. 61 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno nos habla del hecho generador en el **IVA**, se causa en el momento que se realiza el acto o se celebra el contrato que tenga por objeto transferir el dominio de los bienes o la prestación de los servicios, hecho por el cual se debe emitir obligatoriamente la respectiva factura, nota o boleta de venta.

Por lo expresado al hecho generador se entiende al presupuesto del hecho, como la hipótesis legal que es el fundamento o soporte constitutivo de la obligación cuya obtención o ejecución está unida a su nacimiento, por lo tanto instituye el nacimiento de una actividad económica.

- **Sujeto Activo.**- El Art. 23 del Código Tributario pronuncia que sujeto activo es el ente público acreedor del tributo.

Es el ente acreedor o consignatario del tributo, puede ser el Estado (administrado por el SRI), Municipios, Consejos Provinciales, o cualquier ente merecedor del tributo.

- **Sujeto Pasivo.**- El Art. 24 del Código Tributario profiere: es sujeto pasivo la persona natural o jurídica que, según la Ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable.

Es la persona natural o jurídica que esta compelida o constreñida al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sean como contribuyente o como responsable de la obligación tributaria.

Base Imponible, Hecho Generador y Sujetos Pasivos del Impuesto al Valor Agregado

Ley de Régimen Tributario Interno.

Art. 58.- Base imponible general.- La base imponible del IVA es el valor total de los bienes muebles de naturaleza corporal que se transfieren o de los servicios que se presten, calculado a base de sus precios de venta o de prestación del servicio, que incluyen impuestos, tasas por servicios y demás gastos legalmente imputables al precio. Del precio así establecido sólo podrán deducirse los valores correspondientes a:

1. Los descuentos y bonificaciones normales concedidos a los compradores según los usos o costumbres mercantiles y que consten en la correspondiente factura;

2. El valor de los bienes y envases devueltos por el comprador; y,
3. Los intereses y las primas de seguros en las ventas a plazos.

Art. 59.- Base imponible en los bienes importados.- La base imponible, en las importaciones, es el resultado de sumar al Valor en Aduana los impuestos, aranceles, tasas, derechos, recargos y otros gastos que figuren en la declaración de importación y en los demás documentos pertinentes.

Art. 60.- Base imponible en casos especiales.- En los casos de permuta, de retiro de bienes para uso o consumo personal y de donaciones, la base imponible será el valor de los bienes, el cual se determinará en relación a los precios de mercado y de acuerdo con las normas que señale el reglamento de la presente Ley

Art. 61.- Hecho generador.- El hecho generador del IVA se verificará en los siguientes momentos:

1. En las transferencias locales de dominio de bienes, sean éstas al contado o a crédito, en el momento de la entrega del bien, o en el momento del pago total o parcial del precio o acreditación en cuenta, lo que suceda primero, hecho por el cual, se debe emitir obligatoriamente el respectivo comprobante de venta.
2. En las prestaciones de servicios, en el momento en que se preste efectivamente el servicio, o en el momento del pago total o parcial del precio o acreditación en cuenta, a elección del contribuyente, hecho por el cual, se debe emitir obligatoriamente el respectivo comprobante de venta.
3. En el caso de prestaciones de servicios por avance de obra o etapas, el hecho generador del impuesto se verificará con la entrega de cada certificado de avance de obra o etapa, hecho por el cual se debe emitir obligatoriamente el respectivo comprobante de venta.

En el caso de uso o consumo personal, por parte del sujeto pasivo del impuesto, de los bienes que sean objeto de su producción o venta, en la fecha en que se produzca el retiro de dichos bienes.

5. En el caso de introducción de mercaderías al territorio nacional, el impuesto se causa en el momento de su despacho por la aduana.
6. En el caso de transferencia de bienes o prestación de servicios que adopten la forma de tracto sucesivo, el impuesto al valor agregado -IVA- se causará al cumplirse las condiciones para cada período, momento en el cual debe emitirse el correspondiente comprobante de venta.

Art. 63.- Sujetos pasivos.- Son sujetos pasivos del IVA:

a) En calidad de contribuyentes: Quienes realicen importaciones gravadas con una tarifa, ya sea por cuenta propia o ajena.

a.1) En calidad de agentes de percepción:

1. Las personas naturales y las sociedades que habitualmente efectúen transferencias de bienes gravados con una tarifa;

2. Las personas naturales y las sociedades que habitualmente presten servicios gravados con una tarifa.

b) En calidad de agentes de retención:

1. Las entidades y organismos del sector público y las empresas públicas; y las sociedades, sucesiones indivisas y personas naturales consideradas como contribuyentes especiales por el Servicio de Rentas Internas; por el IVA que deben pagar por sus adquisiciones a sus proveedores de bienes y servicios cuya transferencia o prestación se encuentra gravada, de conformidad con lo que establezca el reglamento;

2. Las empresas emisoras de tarjetas de crédito por los pagos que efectúen por concepto del IVA a sus establecimientos afiliados, en las mismas condiciones en que se realizan las retenciones en la fuente a proveedores;

3. Las empresas de seguros y reaseguros por los pagos que realicen por compras y servicios gravados con IVA, en las mismas condiciones señaladas en el numeral anterior; y,

4. Los exportadores, sean personas naturales o sociedades, por la totalidad del IVA pagado en las adquisiciones locales o importaciones de bienes que se exporten, así como aquellos bienes, materias primas, insumos, servicios y activos fijos empleados en la fabricación y comercialización de bienes que se exporten.

5. Los Operadores de Turismo que facturen paquetes de turismo receptivo dentro o fuera del país, por la totalidad del IVA pagado en las adquisiciones locales de los bienes que pasen a formar parte de su activo fijo; o de los bienes o insumos y de los servicios necesarios para la producción y comercialización de los servicios que integren el paquete de turismo receptivo facturado;

6. Las personas naturales, sucesiones indivisas o sociedades, que importen servicios gravados, por la totalidad del IVA generado en tales servicios; y,

7. Petrocomercial y las comercializadoras de combustibles sobre el IVA presuntivo en la comercialización de combustibles. Los agentes de retención del Impuesto al Valor Agregado (IVA), retendrán el impuesto en los porcentajes que, mediante resolución, establezca el Servicio de Rentas Internas. Los citados agentes declararán y pagarán el impuesto retenido mensualmente y entregarán a los establecimientos afiliados el correspondiente comprobante de retención del impuesto al valor agregado (IVA), el que le servirá como crédito tributario en las declaraciones del mes que corresponda. Los agentes de retención del IVA estarán sujetos a las obligaciones y sanciones establecidas para los agentes de retención del Impuesto a la Renta.

Los establecimientos que transfieran bienes muebles corporales y presten servicios cuyos pagos se realicen con tarjetas de crédito, están obligados a desagregar el IVA en los comprobantes de venta o documentos equivalentes que entreguen al cliente, caso contrario las casas emisoras de tarjetas de crédito no tramitarán los comprobantes y serán devueltos al establecimiento.

Reglamento Para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Art. 145.- Base imponible en la prestación de servicios.

Para la determinación de la base imponible en la prestación de servicios, se incluirá en ésta el valor total cobrado por el servicio prestado.

La propina legal, esto es el 10% del valor de servicios de hoteles y restaurantes calificados, no será parte de la base imponible.

Si con la prestación de servicios gravados con el IVA tarifa 12% se suministran mercaderías también gravadas con esta tarifa, se entenderá que el valor de tales mercaderías sin incluir el IVA forma parte de la base imponible de este servicio aunque se facture separadamente. Si el servicio prestado está gravado con tarifa cero, la venta de mercaderías gravadas con tarifa 12% se facturará con el respectivo desglose del impuesto.

11 Órganos:

- Administración Tributaria Central

LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA DE EXCEPCION Y CONCEPTOS BASICOS DE CLASES DE TRIBUTOS Y OTROS.

La Administración Tributaria de Excepción El capítulo I del Título III del Código Tributario, se refiere a la Administración Tributaria en General y contempla la división de la misma en Administración Tributaria Central, Seccional y de Excepción.

La Administración Tributaria Central, contempla que la dirección de la administración tributaria corresponde en el ámbito nacional al Presidente de la República, a través de los organismos pertinentes, que son el Servicio de Rentas Internas y la Corporación Aduanera Ecuatoriana.

La Administración Tributaria Seccional en el ámbito provincial o municipal, cuya dirección corresponde al Prefecto Provincial y al Alcalde, quienes la ejercerán a través de las dependencias u órganos administrativos respectivos.

La Administración Tributaria de Excepción, se refiere a los casos en que la Ley expresamente conceda la gestión tributaria a la propia entidad pública acreedora del tributo, en tal virtud la administración de esos tributos corresponderá a los órganos del mismo sujeto activo que la Ley señale; y, a falta de este señalamiento, a las autoridades que deban ordenar la recaudación.

De acuerdo con esta clasificación la Contraloría General del Estado no se encontraría en ninguna de ellas, ya que la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado ni otro cuerpo legal, le ha concedido la gestión tributaria.

Con el afán de hacer una relación con el tributo que las compañías mercantiles deben contribuir a la Superintendencia de Compañía, es importante señalar que el artículo 449 de la Ley de Compañías, publicada en Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999, dispone la Contribución al presupuesto de la Superintendencia de Compañías, para atender a los gastos de dicho Organismo de Control, los cuales se fijan anualmente sobre las compañías sujetas a su vigilancia, en relación a los activos reales.

Además establece que las compañías en las que el cincuenta por ciento o más del capital estuviere representado por acciones pertenecientes a instituciones del sector público o de derecho privado con finalidad social o pública, pagaran la mitad de la contribución, es decir el 0,50/1000 de los activos reales.

A diferencia de la Contraloría General del Estado, la Superintendencia de Compañía, órgano de control de las sociedades mercantiles, beneficiaria de la contribución, ha sido considerada como administración tributaria de excepción por cuanto su relación jurídica tributaria se establece entre una institución pública autónoma (Estado) y personas jurídicas particulares, por fines netamente societarios; no así los aportantes de la Contraloría General del Estado, inicialmente son entidades del sector público y últimamente se han incluido las personas de derecho privado cuyo capital este conformado con recursos públicos.

Es menester también señalar que el Reglamento para la Determinación y Recaudación de Contribuciones de las compañías sujetas al control y supervisión de la Superintendencia de Compañías, publicado en Registro Oficial 248 de 11 de abril de 2006, fue concebido al amparo de las disposiciones del Código Tributario, desde la emisión de los títulos de crédito en la forma y con los requisitos establecidos en los artículos 149 y 150 del citado cuerpo legal, hasta su pago, a través de los medios definidos en el citado Reglamento.

Además contempla que la falta de pago causará interés de conformidad con el artículo 21 de Código Tributario, incluyendo los procedimientos para el caso de pagos indebidos o en exceso que originan su devolución, acogiendo a los procedimientos dispuestos en los artículos 51, 115, 116, 119, 120, 122, 123, 306 y 308 de indicado Código.

En cambio el Reglamento para la Determinación y Recaudación del aporte del Cinco por Mil a la Contraloría General, no contempla ninguna referencia legal contenida en el Código Tributario, en concordancia con las disposiciones de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en la que no se establece que el aporte tenga carácter tributario.

- Facultad Reglamentaria SRI

La Administración Tributaria tiene cuatro facultades, las cuales son enumeradas y explicadas desde el artículo 67 hasta el artículo 71 del Código Tributario²:

1. Determinadora
2. Resolución de Reclamos y Recursos del sujeto pasivo
3. Sancionadora
4. Recaudadora

- Facultad determinadora.- tiene por objeto establecer el hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.

- Facultad resolutoria.- las autoridades determinadas por ley, están en la obligación a realizar las contestaciones pertinentes a las consultas, peticiones o reclamos que hayan sido realizadas por los contribuyentes en los plazos correspondientes.
- Facultad sancionadora.- se impondrá las respectivas sanciones por medio de las resoluciones emitidas por la autoridad competente en los casos y en la medida previstas en la ley.
- Facultad recaudadora.- existen dos formas para recaudar los tributos:

Por medio de los agentes de retención, y Por medio de los sistemas o formas que la ley establezca para cada tributo.

- Administración Tributaria Seccional
- Administración Tributaria de Excepción Facultad Reglamentaria Municipalidades y Consejos Provinciales
- Atribuciones y Deberes de la administración tributaria: De Aplicación de la Ley Facultad Determinadora
- Facultad Resolutoria Facultad Sancionadora Facultad Recaudadora

UNIDAD IV CONTRATACION PÚBLICA

Glosario de términos

*SNCP: Sistema Nacional de Contratación Pública.

1.- Entidad Contratante: Serán los organismos, las entidades o en general las personas jurídicas previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Razón Social de la Entidad Estatal o Pública.

2.- Representante Legal: Máxima Autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, capaz de representar a la Entidad en la suscripción de Contratos y todo documento relacionado en materia de Contratación Pública. Esta información constará automáticamente en el portal institucional del Sistema Nacional de Contratación Pública.

3.- Código del Proceso: Combinación de letras y números asignados, para identificar de manera ordenada y cronológica al procedimiento de Contratación.

4.- Objeto de Contratación: Breve descripción del bien, obra o servicio incluido el de consultoría que se pretende contratar por parte de una Entidad Estatal.

5.- Dirección: Espacio físico en el cual se procederá con la entrega de la oferta.

Se denomina así también al lugar en el cual tendrá lugar la construcción de la obra, o a la entrega del bien o la prestación del servicio incluido el de consultoría, a ser contratado.

6.- Acta de Apertura de Ofertas: Documento mediante el cual se formaliza el acto de apertura de ofertas presentadas por los oferentes.

7.- Presupuesto Referencial: Valor estimado de la contratación establecido por la Entidad Contratante.

8.- Certificación Presupuestaria: Documento en el que consta la designación del programa y partida presupuestaria con cargo al cual se efectuarán los pagos derivados de la Contratación.

9.- Inclusión de grupos de atención prioritaria en la Contratación Pública: Inserción total y ruptura de los sistemas tradicionales, que permiten beneficiar a todas las personas que el Estado ecuatoriano considera de atención prioritaria (adultas y adultos mayores, mujeres embarazadas, personas en condición de movilidad humana, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de libertad, jóvenes), lo que genera cambios estructurales en la concepción y paradigmas de la contratación pública, que permiten dinamizar la economía local y en particular de estos grupos humanos y sus familias, garantizándoles su derecho a una vida digna y plena. Priorizar y garantizar la contratación pública a estos grupos debe ser entendida como parte de un compromiso de responsabilidad y justicia social.

10.- Inclusión de grupos GLBTI: Criterio con el cual se persigue una economía más solidaria, amigable e incluyente reconociendo la condición sexo – genérica de grupos que históricamente han sido discriminados por su identidad de género. Por lo que es responsabilidad del Estado y sus instituciones implementar políticas públicas que garanticen la participación dentro del SNCP en igualdad de condiciones, oportunidades, responsabilidades y deberes.

11.- Equidad de Género: Participación que propone la inclusión activa de las mujeres en la contratación pública a través de márgenes de preferencia, en actividades, servicios, bienes, que no sean exclusivamente los históricamente relegados a mujeres. Se trata de romper con la perpetuación de roles, estereotipos y tareas asignadas socialmente a las mujeres, para avanzar hacia la erradicación de privilegios, jerarquías y formas de subordinación con miras a lograr una sociedad emancipada y más equitativa.

12.- Compras Públicas Inteligentes: Mecanismo por el cual las entidades contratantes buscan optimizar los recursos del Estado a través de las compras públicas eficientes, las mismas que son producto de un análisis pormenorizado referente a prioridades, consideraciones prácticas, criterios básicos, necesidades institucionales que encuentran en el Sistema Nacional de Contratación Pública la manera desarrollar adecuadamente dichas compras.

13.- Estratagemas en la Contratación Pública: Maneras cómo los actores del SNCP evaden los procesos adecuados a seguir para el buen manejo del procedimiento de contratación pública.

14.- Alteración de la Información: Las entidades contratantes modifican las condiciones establecidas en los pliegos, para favorecer a determinado oferente.

15.- Chantaje: Presión que, mediante amenazas, se ejerce sobre alguien para obligarle a obrar en determinado sentido.

16.- Colusión: Pacto ilícito en daño de tercero.

17.- Coima: Cosa que mueve, impele o excita el ánimo para inclinarlo a beneficiar a otra persona.

18.- Condiciones Impropias: Se refiere a la documentación fuera del alcance del objeto de la contratación que las entidades contratantes solicitan sus proveedores

19.- Subjetivo: La metodología de evaluación no se halla definida ni dimensionada correctamente, lo que permite a la comisión técnica evaluar las ofertas de acuerdo a su criterio.

20.- Discriminación: Se establecen parámetros de evaluación los cuales limitan la participación de varios oferentes, colocando marcas o condiciones de difícil cumplimiento.

21.- Exclusión: Las entidades excluyen ciertos parámetros legales en los pliegos, lo cual permite la participación de oferentes no calificados para la contratación.

22.- Requisitos Redundantes: Las entidades evalúan dos veces las mismas condiciones. Una vez en la etapa cumple/ no cumple y otra en la etapa por puntaje.

23.- Subdivisión: Para favorecer a ciertos contratistas, las entidades firman varios contratos de Manual de Buenas Prácticas Versión 1 Todos los derechos son compartidos pequeños montos y con objetos similares durante cortos períodos de tiempo, este procedimiento lo realizan para evadir la selección objetiva.

24.- Consejos Consultivos: Es el eje del control social participativo dentro de la contratación pública, que garantiza el desarrollo de proveedores y la transparencia y revolución ética en la contratación pública. Se constituye en un mecanismo a través del cual las y los ciudadanos ejercen su derecho al control público.

25.- LOSNCP: Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Introducción

La experiencia de estos ocho años que lleva implementado el Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), en el marco de un Estado constitucional de derechos y justicia social, que apuesta por la planificación del desarrollo nacional

de manera solidaria y sustentable, la redistribución equitativa de la riqueza y la erradicación de la pobreza para acceder al buen vivir, nos aporta aprendizajes y serios cuestionamientos sobre el ejercicio de la compra pública en el Ecuador, que los asumimos con responsabilidad y compromiso.

Estamos conscientes de que el sistema es vulnerable, pero perfectible; y es hacia allá a donde queremos apuntar con el presente documento, que además de ser una guía facilitadora para conocer los aspectos relevantes en materia de contratación pública, (cualquiera sea la figura) según establece la LOSNCP, expone aquellas prácticas ilegales y en ocasiones no ilegales, pero sí ilegítimas y poco éticas que se han producido y mutado en el propio sistema. Y, una vez identificadas, propone claramente cómo lograr de manera integral una buena contratación pública teniendo como base los principios de legalidad, igualdad, oportunidad, trato justo, transparencia, concurrencia, calidad, vigencia tecnológica e inclusión.

Este es un instrumento que busca como fin último interpelar a todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública, mostrándoles en ocho categorías las estratagemas de la contratación pública en el Ecuador, identificadas durante el periodo 2014 – 2015, de cuatro mil procesos observados, para que estén alertas y actúen como entes de vigilancia y control frente a todos los procesos.

Debemos partir del fundamento de que la compra pública no es solo un proceso técnico mediado por herramientas tecnológicas; sino que es, por sobre todo, un proceso humano que busca transformar las condiciones de vida de cada una y uno de nosotros y las comunidades donde vivimos sobre la base de una economía solidaria, redistributiva, altamente incluyente con los sectores más vulnerables y vulnerados de la sociedad: como los grupos de atención prioritaria, la población GLBTI y los jóvenes. Dicho esto, las y los invitamos a respondernos: ¿por qué nos conviene un sistema de contratación pública transparente?

En ese sentido, lograr transformar las condiciones de vida y productivas del Ecuador es una corresponsabilidad de todos los actores del SNCP. Se vuelve determinante que ejerzamos nuestro derecho constitucional a ser fiscalizadores del poder público, cuestionando nuestras políticas y alertándonos sobre irregularidades en los procesos que pudieran terminar en hechos de corrupción.

El Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), al ser el ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), desarrolla y moderniza mecanismos y herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública para el apoyo de sus participantes, así también impulsa la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados. El propósito del SERCOP es además, difundir normas, reglas, procedimientos y mejoras prácticas para el beneficio de todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública en aras de mantener procedimientos transparentes, oportunos, ágiles y eficientes en beneficio de toda la sociedad.

En consecuencia, ponemos a su alcance este manual de buenas prácticas para coadyuvar a garantizar la transparencia y la calidad del gasto en la compra

pública y se constituye en una herramienta que servirá de apoyo y orientación para la implementación constante de las buenas practicas integrales dentro de la contratación pública a nivel nacional.

El presente manual está dividido en tres capítulos. En el primero, se condensa de manera ordenada y esquemática reglas fundamentales, políticas y estándares aplicables en cada una de las fases de la contratación pública del Estado ecuatoriano. En este marco, proponemos la fase post contractual que no es más que los aprendizajes, experiencias, falencias que se obtienen en cada proceso y deben aportar a los siguientes.

En un segundo momento, se expone las principales observaciones realizadas en las fases precontractuales y algunos casos que ejemplifican la mala práctica en la contratación pública, con el fin, por una parte, de instar a proceder de manera ética, transparente, con responsabilidad y conciencia social y, por otra, para que hagan sonar las alertas cada vez que presuman de un hecho de corrupción. Y en el último capítulo, se proponen criterios integrales para el deber ser de la compra pública en el país, que se alinean con los principios del Plan Nacional del Buen Vivir.

Finalmente, este manual surge como complemento necesario al mandato constitucional para que las compras públicas en todos los niveles de gobierno cumplan, manual con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, priorizando productos y servicios nacionales, la participación de los provenientes de la economía popular y solidaria y de las micro, pequeñas y medianas empresas. Es una apuesta en construcción que se irá alimentando y afinando con la experiencia diaria y con los aportes de cada una y uno de los actores del Sistema.

Ámbito de aplicación El cumplimiento de las reglas, principios y políticas de este manual es obligatorio para todas las entidades contratantes del Sistema Nacional de Contratación Pública previstas en el artículo 1 de la LOSNCP, así como también para los proveedores de bienes, obras o servicios incluidos los de consultoría, ya sean personas naturales o jurídicas que tengan la calidad de nacionales o extranjeros, y además para los organismos del Estado que realizan control en el ámbito de sus competencias a la contratación pública.

El cumplimiento del presente manual será considerando en la supervisión y el control basado en riesgos que ejerce el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP.

La aplicación de este manual es en todas las etapas de los procedimientos de contratación pública. Para ello, se observará lo pertinente en la etapa de preparación, en la cual se deben elaborar los estudios, planos, levantamientos, ingenierías y/o documentos previos, identificados, con la necesidad de adquisición de bienes, servicios y obras requeridos con base en el Plan Anual de Contratación (PAC), continúa con la etapa precontractual, en la cual se desarrolla el procedimiento de selección del proveedor con la mejor oferta en base a los requerimientos definidos en el estudio; la etapa contractual en la cual se

desarrolla la ejecución del contrato y culmina con la liquidación del mismo; y por último, la etapa post contractual (de evaluación) que da cuenta de los aprendizajes una vez terminado el contrato y que deben ser considerados en la futura compra. Todo lo anterior debe estar articulado con lo establecido en el Plan Anual de Contratación (PAC).

CAPÍTULO I

FASES PARA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA EFICIENTE

Uno de los objetivos fundamentales del presente manual es coadyuvar a garantizar la transparencia y la calidad del gasto en la compra pública y constituirse en un instrumento facilitador para conocer los aspectos más relevantes en materia de contratación pública, y una herramienta que servirá de apoyo y orientación para la implementación constante de las buenas practicas dentro de la contratación pública a nivel nacional.

Fases de los procedimientos de contratación pública:

1. Preparatoria
2. Precontractual
3. Contractual
4. Post contractual (Evaluación)

a) Fase Preparatoria: Identificación de oportunidades para el desarrollo

La fase de preparación para cualquier procedimiento de contratación pública desarrolla un proceso laborioso que empieza con la necesidad del proyecto. Se deberá realizar un estudio de viabilidad donde se detalle la necesidad de la compra, y deberá tomarse la alternativa que conforme a un estudio costo-beneficio, costo-eficiencia o costo efectividad, presente mayor cantidad de beneficios tomando en cuenta los factores previamente mencionados, lo que incluye la decisión sobre qué comprar, bajo qué mecanismo hacerlo y el presupuesto que podría emplearse.

Para poder pasar a la siguiente fase se debe contar con:

- Plan Anual de Contrataciones - PAC.- Las Entidades Contratantes deben formular el Plan Anual de Contrataciones -PAC, de acuerdo a la planificación anual y plurianual de la Institución.

Desarrollo y el Presupuesto General del Estado. Además es indispensable la publicación en el portal institucional del SERCOP y en la página web de la Entidad Contratante dentro de los primeros 15 días del mes de enero de cada año.

- **Certificación Presupuestaria.**- Las Entidades Contratantes previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente y/o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación. Por consecuencia, no es posible iniciar una contratación sin la certificación del presupuesto a utilizarse.

b) Fase Precontractual: Garantía de oportunidades para la mejor compra posible Dentro de una contratación, la Máxima Autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las fases de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de la LOSNCP, su Reglamento y demás Resoluciones del SERCOP, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar, de ser el caso. De lo anotado, la responsabilidad recaerá principalmente en la Máxima Autoridad, su delegado, los miembros de la comisión técnica y de los operadores del portal.

Responsabilidades en las actividades precontractuales

Entre las principales funciones y responsabilidades que se consideran buenas prácticas a cumplirse por parte de la entidad contratante cabe destacar las siguientes:

- **Estudio de las necesidades de la entidad estatal.**- Identificar, analizar y definir las necesidades imperantes de la contratación de la dependencia a su cargo, de conformidad con la Constitución, leyes sectoriales y el Plan Nacional para el Buen Vivir.
- **Estudios.**- De acuerdo a la naturaleza de la contratación, la Entidad Contratante deberá realizar estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas y términos de referencia debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad. Estos estudios y diseños incluirán, el análisis de desagregación tecnológica o de Compra de Inclusión, según corresponda, los que determinarán la proporción mínima de participación nacional o local de acuerdo a la metodología y parámetros determinados por el Servicio Nacional de Contratación Pública.
- **Estudios de mercado.** – Elaborar los estudios de mercado para que estos sirvan de guía para la elaboración del objeto del contrato, a fin de generar un criterio sobre la viabilidad de generar esa actividad contractual.
- **La definición de los requisitos habilitantes.**- Los requisitos habilitantes son condición necesaria para la realización del procedimiento contractual. Estos requisitos se establecen de acuerdo a competencias, considerando la naturaleza del objeto a contratar, su valor y modalidad de los requisitos

establecidos, aplicando para el efecto la simplificación de trámites, la obtención de información a través de sistemas electrónicos y catastros públicos.

- La definición de los criterios de evaluación de propuestas.- Establecer los criterios de evaluación, es decir la lista de situaciones que serán valoradas para la calificación y ponderación de conformidad con la naturaleza del objeto a contratarse, la modalidad de selección y normativa vigente.
- La selección de contratistas.- Expedir y publicar el acto administrativo de adjudicación del proceso. La Resolución debe ser elevada al Portal de Compras Públicas el mismo día de su suscripción. No se requiere documentos adicionales por parte del adjudicado.

Responsabilidades adicionales:

En cualquier instancia entre la convocatoria y 24 horas antes de la presentación de las ofertas, la Máxima Autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, podrá declarar cancelado el procedimiento, sin que dé lugar a ningún tipo de reparo o indemnización, mediante acto administrativo motivado, en las siguientes circunstancias:

- Cuando sea necesario introducir una reforma sustancial que cambie el objeto de la contratación en cuyo caso se deberá convocar a un nuevo procedimiento.
- De no persistir la necesidad, en tal caso se archivara el expediente.
- Por violación sustancial a un procedimiento precontractual.

La Máxima Autoridad de la entidad contratante o su delegado, antes de resolver la adjudicación, podrá declarar desierto el procedimiento, en los siguientes casos:

- Por no haberse presentado oferta alguna;
- Por haber sido inhabilitadas las ofertas presentadas por incumplimiento de las condiciones requerimientos establecidos en los pliegos;
- Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente;
- Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada por razones técnicas, económicas o jurídicas;
- Si el adjudicatario no celebrare el contrato por causas que les sean imputables, la Máxima Autoridad de la entidad, declarara fallido al oferente y notificara de esta condición al Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP).

La Entidad Contratante de igual manera deberá programar las siguientes fases en el proceso de contratación:

Fecha de publicación del procedimiento en el portal del SERCOP;

- Fecha límite de aceptación del contratista, de ser el caso;
- Fecha límite de preguntas;
- Fecha límite de respuestas;
- Fecha de audiencia de preguntas y aclaraciones;
- Fecha límite de entrega de propuestas;
- Fecha límite para solicitar convalidaciones de errores, de ser procedentes;
- Fecha límite de respuesta de convalidaciones, de ser procedente;
- Fecha límite de calificación de ofertas;
- Fecha de inicio y fin de puja, de ser procedente;
- Fecha de negociación, en lo que fuere aplicable; y,
- Fecha estimada de adjudicación.

Es importante que la Entidad Contratante pueda garantizar la hora y la fecha exacta de recepción de preguntas, respuestas, propuestas, etc. Además, se debe garantizar que nadie más tendrá acceso a los datos transmitidos, recibidos y abiertos hasta que finalicen los plazos especificados.

En las diferentes fases del procedimiento de contratación, solo las personas autorizadas pueden acceder a la totalidad o a parte de los datos presentados y solo después de la fecha especificada, en caso de que se infrinjan o se intenten infringir las prohibiciones o condiciones de acceso, se pueda garantizar razonablemente que las infracciones o tentativas sean claramente detectables.

Por otro lado, la Máxima Autoridad de la Entidad Contratante o su delegado en coordinación, responderán las preguntas y solicitudes de aclaraciones en el término que para el efecto haya establecido en los pliegos. Cabe mencionar que en caso de existir preguntas, respuestas, aclaraciones, estas serán realizadas a través del portal institucional del SERCOP.

La Máxima Autoridad de la Entidad Contratante o su delegado podrá modificar los pliegos del procedimiento siempre y cuando esto sea necesario, mediante aclaraciones emitidas dentro de la etapa respectiva y siempre que estas modificaciones no alteren el objeto del contrato y el presupuesto referencial de los mismos.

De la presentación de ofertas:

El oferente interesado deberá ingresar su oferta económica y archivos relacionados a través del Portal Institucional, de igual manera el oferente deberá entregar la propuesta técnica de manera física en el lugar, hora y al contacto establecido en los pliegos.

La Máxima Autoridad de la Entidad Contratante, su delegado o la Comisión Técnica deberán receptor de manera física las ofertas, formalizar esta actividad mediante una constancia de recepción en donde se determinará la fecha y hora de recepción de la oferta. Posteriormente estos datos deberán constar en un acta de apertura de ofertas, en dicho acto deberá revisar detenidamente si hubiese la existencia de algún error de forma. En caso de concurrir con algún tipo de error de forma en la oferta presentada, se deberá generar un acta de convalidación

indicando la fecha límite de respuesta para dicha solicitud de convalidación al oferente. El periodo de tiempo definido por la Entidad Contratante para la convalidación de errores deberá ser de mínimo dos días y máximo de cinco días, contados a partir de la fecha de notificación por medio del portal institucional del SERCOP.

Evaluación de la oferta:

1. Definición de formularios que integran la oferta, estos serán enumerados y suscritos conforme con los pliegos y resoluciones que se encuentran en el portal del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) y deberán estar debidamente foliados y rubricados.
2. La integridad de la oferta es la consecuencia asociada al cumplimiento en la entrega de información y documentación solicitada en los pliegos.
3. El incumplimiento de la integridad de la oferta tiene como consecuencia el rechazo de la oferta en mención.
4. Documentos adicionales podrán ser incorporados en la etapa de convalidación, siempre y cuando sean permitidos y estén directamente asociados al objeto y al procedimiento de contratación y no alteren el contenido de forma de la oferta.
5. El análisis de la integridad de la oferta incluye la verificación de las ofertas en las causales de rechazo establecidas en el pliego.

La integridad de la oferta y la correcta definición de los parámetros de evaluación técnico-económicos permite analizar el cumplimiento de las ofertas presentadas. Cada parámetro deberá estar completamente definido y dimensionado de tal modo que no haya duda ni lugar a interpretación o subjetividad.

Únicamente aquel que cumpliera con la integridad de la oferta y todos los parámetros establecidos, y la oferta de mejor costo, es decir que cumpla con las mejores condiciones técnicas, legales y económicas podrá ser adjudicado. Solo los parámetros que se han establecido en los pliegos serán evaluados.

Porcentaje de Participación Ecuatoriana Mínima:

La Entidad contratante deberá verificar si alguno o algunos o todos los oferentes cumplen con el porcentaje de participación ecuatoriana mínima proveniente de los estudios. Sólo el o los participantes que cumplen con el porcentaje de participación ecuatoriana mínimo continuarán en el procedimiento.

Informe que acompaña la Resolución de Adjudicación:

La entidad contratante deberá conjuntamente con la resolución de Adjudicación redactar un informe en el que conste:

- Nombres y cédulas y dirección de los miembros de la Comisión Técnica, y el objeto del contrato;
- Los resultados de la selección cualitativa y/o cuantitativa de las ofertas;

- Los nombres del/los oferentes descalificados y los motivos que justifican su descalificación;
- Los motivos por los que se hayan rechazado ofertas consideradas anormalmente bajas o extremadamente altas, de ser el caso;
- El nombre del adjudicatario y los motivos por los que se ha elegido su oferta, así como, los nombres de los subcontratistas, de ser el caso;
- Los resultados de la negociación realizada en los procedimientos que contemplen esta etapa;
- Los motivos por los que la Comisión Técnica haya recomendado declarar desierto un procedimiento o no adjudicar el mismo;
- Los conflictos de intereses detectados por la entidad contratante y las medidas tomadas al respecto.

Con la realización de este informe, las Entidades Contratantes se cerciorarán de tener suficiente documentación que sirva para justificar las decisiones adoptadas en todas las etapas del procedimiento de contratación, como la documentación relativa a las comunicaciones con los oferentes a través del portal y las deliberaciones internas, la preparación de los pliegos de la contratación, el diálogo o la negociación, en su caso, la selección y la adjudicación del contrato. La documentación deberá conservarse como mínimo durante un período de tres años a partir de la fecha de adjudicación del contrato.

Por último, la máxima autoridad de la entidad contratante, adjudicará el contrato mediante resolución que deberá estar debidamente motivada y ser subida al portal de compras públicas (SERCOP) por la Unidad de Contratación para que el proceso prosiga a la siguiente etapa.

Por último, la máxima autoridad de la entidad contratante, adjudicará el contrato mediante resolución que deberá estar debidamente motivada y ser subida al portal de compras públicas (SERCOP) por la Unidad de Contratación para que el proceso prosiga a la siguiente etapa.

c) Fase Contractual: Ejecución e implementación

Tipo de Garantías

Dependiendo de la naturaleza de cada procedimiento, se solicitarán las garantías que se menciona a continuación, con el fin de garantizar el fiel cumplimiento del contrato.

Garantía de Fiel Cumplimiento

La función principal de esta garantía es dar seguridad respecto del cumplimiento del contrato y de las obligaciones que se contrajeren a favor de terceros, relacionadas en el objeto del mismo. El monto de esta garantía es equivalente en todos los casos al 5% del valor del contrato respectivo.

Garantía por Anticipo

El Contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya

amortizando aquel o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. El monto de la garantía en mención lo regulara la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación. (Para bienes y servicios hasta 70% y en obras hasta el 50%).

Garantía Técnica

Esta garantía es independiente y durará luego de cumplida la obligación principal del contrato, por el plazo establecido en los pliegos o en el contrato. En caso de no ser entregada la garantía técnica en los términos señalados, el contratista entregara una garantía por igual valor del bien a suministrarse. En los casos de bienes sometidos al principio de vigencia tecnológica, se deberá observar para la emisión de esta garantía lo que dispone la normativa dictada al efecto.

Devolución de las Garantías

Con respecto a la garantía de fiel cumplimiento emitida en contrataciones, se procederá con su devolución al momento de la entrega definitiva del objeto del contrato. En referencia a la garantía por anticipo se devolverá cuando el desembolso garantizado se haya devengado en su totalidad. La garantía técnica se redimirá según las condiciones establecidas en cada caso. Toda garantía será devuelta en cuanto se cumpla con las respectivas condiciones que ocasionaron su emisión.

Garantía de Asesoramiento en obras

En todo contrato que tenga como objeto la consultoría de estudios y diseños de ingeniería de obras, se debe exigir al consultor la suscripción de la debida garantía de asesoramiento, conforme a lo que señala la resolución RE-SERCOP-2014-018 de 7 de noviembre de 2014, con lo que se respalda que el diseñador suscriba el contrato de asesoramiento.

Contratos

En la celebración de los contratos administrativos se requiere:

- Competencia de la entidad contratante por medio de su representante legal o u delegado;
- Capacidad jurídica del adjudicatario;
- Existencia de disponibilidad presupuestaria;
- Recursos financieros necesarios para poder dar cumplimiento a las contrataciones;
- Formalización del contrato de acuerdo a cada procedimiento de contratación.

Adicional al contrato administrativo, es esencial contar con los siguientes documentos:

1. Pliegos;
2. Oferta ganadora;

3. Documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones; contractuales y hayan sido concretamente señalados.

Los contratos administrativos se regulan por las disposiciones de la Ley, del Reglamento General, las Resoluciones que emita el SERCOP para el efecto; y, supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil en lo que sean aplicables.

Los contratos deberán suscribirse dentro del término de quince (15) días contados desde la notificación de la adjudicación del mismo, cualquier tipo de gasto derivado del otorgamiento o formalización del contrato correrán por cuenta del contratista (Art. 69 LOSNCP).

Cláusulas Obligatorias de los Contratos

Art.70 RGLOSNCP.- Administración del Contrato.- Los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización.

En el expediente se hará constar todo lo hecho relevante que se presente en la ejecución del contrato, de conformidad a lo que se determine en el Reglamento. Especialmente se referirán a los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos; contratos complementarios; terminación del contrato; ejecución de garantías; aplicación de multas y sanciones; y recepciones.

Art. 71 RGLOSNCP.- Clausulas Obligatorias.- En los contratos sometidos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo el que no podrá exceder del termino de treinta (30) días.

Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de los demás obligaciones contractuales, las que se determinaran en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso.

Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral.”

Art. 112 (RGLOSNCP).- Documentos integrantes del contrato y normativa aplicable.- El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los pliegos y la oferta ganadora. Los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato, también forman parte de este.

Las multas serán impuestas por retardo en la ejecución y entrega de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, el que será encontrado en los términos de referencia del contrato, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que serán determinadas en relación directa con el monto contratado y por cada día de retraso.

Administración del Contrato:

Las principales funciones contractuales tanto del administrador del contrato, como el fiscalizador de las obras deberían estar en relación de:

La supervisión y seguimiento a la ejecución de los contratos.- Controlar, supervisar y vigilar la ejecución de los contratos asignados, a fin de garantizar a la entidad, el fiel cumplimiento de las obligaciones pactadas, con observancia de lo que dispone la LOSNCP, su reglamento, Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado, Resoluciones del SERCOP, pliegos, especificaciones técnicas o términos de referencia según el caso. En los contratos de obra, deberá el consultor del diseño de la misma suscribir el contrato de asesoramiento con el cual se respaldará el trabajo tanto del constructor y del fiscalizador. Todo equipo de fiscalización deberá estar comandado por el jefe de fiscalización y los fiscalizadores que se estime necesarios de acuerdo con los rubros de obra, así por ejemplo, fiscalizador hidrosanitario, fiscalizador mecánico de suelos, fiscalizador arquitectónico, etc.

La fiscalización de obras puede ser ejercida tanto por personas naturales así como jurídicas, siempre que estas sean contratadas por los procedimientos de consultoría. Sin embargo de esto, en caso de tener la Entidad un profesional de la ingeniería civil o arquitectura de planta podrá emplearlo como fiscalizador, en medida de los conocimientos que este posea.

- La comunicación de los oferentes y contratistas.- Mantener una constante y fluida comunicación, oportuna a través de los canales de comunicación establecidos mediante la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debidamente acordados con los oferentes contratistas de la entidad y constantes en el Contrato.

Responsable de la Administración del Contrato

En todo contrato, la entidad contratante designará de manera expresa un administrador del mismo, quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato. Adoptará las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar.

“Art.80 LOSNCP.- Responsable de la Administración del Contrato.- El supervisor y el fiscalizador del contrato son responsables de tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos.”

Administrador del Contrato

“Art. 121 RGLOSNCP.- Administrador del contrato.- En todo contrato, la entidad contratante designará de manera expresa un administrador del mismo, quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato. Adoptará las acciones que sean necesarias

para evitar retrasos injustificados e impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar.”

Recepción del contrato

Contenido de las actas: Las actas de recepción provisional, parcial, total y definitivas serán suscritas por el contratista y los integrantes de la comisión designada por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado conformada por el administrador del contrato y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución del contrato.

Contenido de las actas. Las actas contendrán:

- Antecedentes;
- Condiciones generales de ejecución;
- Condiciones operativas;
- Liquidación económica;
- Liquidación de plazos;
- Constancia de la recepción;
- Cumplimiento de las obligaciones contractuales;
- Reajustes de precios pagados, o pendientes de pago y cualquier otra circunstancia que se estime necesaria.

Al tenor de lo que expresa el artículo 81 de la LOSNCP, en los contratos de ejecución de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo existirán una recepción provisional y una definitiva. En las contrataciones en que se pueda receptar las obras, bienes o servicios por etapas o de manera sucesiva, podrán efectuarse recepciones parciales.

Recepción Provisional: Todo proceso de ejecución de obras deberá contener cláusulas específicas en lo que se refiere al procedimiento para llevar a cabo la recepción de una contratación. Para facilidad, se considera una buena práctica estipular en las cláusulas la realización de una “Recepción Provisional” y posteriormente una “Recepción Definitiva”. En las recepciones provisionales, se hará constar como antecedente los datos y/o información relacionada con la recepción precedente. La última recepción provisional incluirá la información sumaria de todas las anteriores.

Las observaciones que fueran necesarias serán transmitidas al Contratista para que cumpla con las correcciones necesarias de manera escrita en forma detallada y concisa; aquellas observaciones deberán estar basadas bajo los siguientes parámetros:

- Daños causados a otros trabajos como consecuencia de la ejecución de algún rubro contractual.
- Daños o deterioros resultantes de la falta de protección contra la intemperie.
- Perdida o daño por robo o vandalismo.

- Defectos pasados por alto anteriormente, los cuales si no son corregidos inmediatamente pueden constituirse en daños a la salud y seguridad.
- Defectos latentes aun no aparentes, los cuales pueden emerger al hacer uso de la obra ejecutada.
- Defectos menores que a juicio de la Fiscalización, podrán ser subsanados antes de la recepción definitiva.

Recepción Definitiva: En los contratos de obra, la recepción definitiva procederá una vez transcurrido el término previsto en el contrato, que no podrá ser menor a seis meses, a contarse desde la suscripción del acta de recepción provisional total o de la última recepción provisional parcial, si se hubiere previsto realizar varias de estas.

El acta de recepción definitiva será suscrita por las partes, en el plazo previsto en el contrato, siempre que no existan observaciones pendientes en relaciones con los trabajos de consultoría y el informe final definitivo del estudio o proyecto.

Para constancia de esta acción, se levantara un “Acta de Recepción Definitiva” y entonces se emitirá el certificado de Conclusión de la Obra.

Liquidación del contrato

En la liquidación económico contable del contrato se dejará constancia de lo ejecutado, se determinaran los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deben deducírsele o deba devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes. Podrá también procederse a las compensaciones a q hubiere lugar. La liquidación final será parte de la recepción definitiva.

Los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días siguientes a la liquidación; vencido el término causaran intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada.

c) Fase Post Contractual (Evaluación): Validación, aprendizaje y retroalimentación, se refiere a la verificación de cumplimiento de términos y garantías del procedimiento de contratación. Así como también a los mecanismos de aprendizaje institucional a través de informes de cierre de procedimientos, con la finalidad de que sirvan para nutrir los procesos futuros.

Cooperación Interinstitucional:

El SERCOP contará con cooperación recíproca con varias entidades del Estado a fin de interactuar de forma eficaz entre sí, para garantizar el intercambio de información sobre cuestiones relativas a la contratación pública, y se garantizará la confidencialidad de la información que se intercambie.

CAPÍTULO II

ESTRATEGIAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: PRÁCTICAS A

EVITAR, DENUNCIAR Y COMBATIR

Las estratagemas de la contratación pública en el país fueron identificadas tras observar cuatro mil procedimientos llevados a cabo durante el año 2014. En principio fueron detectadas 100 prácticas entre ilegales y no ilegales pero sí poco o nada éticas, que tras un trabajo de análisis, fueron condensadas en 38 dentro de ocho categorías. Publicar este trabajo interno posiblemente implicaría para el SERCOP hacer más vulnerable el Sistema Nacional de Contratación Pública; no obstante, al asumir con enorme responsabilidad la praxis de la compra pública, con el compromiso de combatir la corrupción, aceptamos el riesgo para anunciar a todos los actores que conforman el Sistema que el SERCOP se encuentra ejerciendo un control riguroso en cada uno de los procedimientos y haciendo seguimiento a aquellas instituciones y proveedores que han sido observados.

En ese sentido, por un lado, este capítulo pretende interpelar a todos los actores para que se conviertan en aliados estratégicos del Sistema, ejerciendo su derecho al control del poder público. No es poco lo que está en juego: la compra pública representa el 8% del Producto Interno Bruto nacional y el 24% del Presupuesto General del Estado que con prácticas transparentes, éticas, equitativas, inclusivas, redistributivas, que combatan la corrupción, debería constituirse en un puntal para la dinamización de la economía local y el desarrollo integral de nuestras comunidades. Por otro lado, como ente rector de la contratación pública, el SERCOP asume este riesgo para que las entidades contratantes asuman su responsabilidad de ser garantes de una contratación pública transparente y ética.

Debe entenderse la intervención del Estado en la economía como garante de unos mayores niveles de equidad entre los grupos sociales. Puede decirse que una de esas 'intervenciones' son las políticas inclusivas y solidarias que promueve el SERCOP, pero para que sean realmente efectivas requerimos de que el poder ciudadano, resultado del proceso de participación individual y colectiva de las ciudadanas y los ciudadanos, esté activado, vigilante y controlando.

Por ello, además de los procedimientos formales que el SERCOP estipula (Arts. 102 – 103 LOSNCP) para presentar reclamos y recurso de apelación, ponemos a su disposición dos correos electrónicos para que quienes sientan afectados o conozcan de posibles casos de corrupción, puedan alertarnos:

SECCIÓN I

Estratagemas de la contratación públicas: tipología de las prácticas a evitar, denunciar y combatir
Alteración de información: Tiene la intención de manipular la información según las necesidades de quienes hayan pactado el acto, con el objetivo de favorecer a dicha oferta. Motivo por el cual a pesar que varios oferentes presenten sus propuestas, las mismas no podrán cumplir su aspiración.

Ejemplos:

1.- Se abre una contratación pero se establecen términos muy breves para el diseño, preparación, elaboración y presentación de propuestas. “Alguien” sí conocerá anticipadamente todos los requisitos y estará ya listo para presentar su propuesta dentro de los términos establecidos. (Las especificaciones técnicas o términos de referencia de un procedimiento de contratación son entregados con anticipación al oferente con el cual se ha llegado a un acuerdo, por lo que la Entidad asegura que el mismo tenga el tiempo necesario para elaborar su oferta; posteriormente, establece los tiempos mínimos dentro del cronograma del procedimiento, con el fin de que los demás oferentes no puedan elaborar su oferta de manera adecuada, dejando vía libre al oferente que tuvo esta información con anterioridad).

2.- Se otorga puntajes muy por debajo del mínimo establecido en los modelos de pliego para evaluar las ofertas económicas, lo cual permite que se adjudiquen ofertas más caras, en perjuicio del presupuesto de la entidad y del estado. (Al establecer un puntaje más bajo que el exigido en el modelo de pliegos para la oferta económica, la Entidad Contratante, privilegia otros parámetros ya que los puntos que no incluyo en la oferta económica se los incluirá en otro que favorezca a un participante en particular; con lo cual como producto de esto, se tiene como resultado que un oferente con un precio más alto, gane, ya que a nivel técnico se lo privilegia con más puntos y por tanto el parámetro oferta económica no es el dirimente).

3.- Los bienes solicitados no son de origen ecuatoriano, lo cual causa un direccionamiento para productos extranjeros. (Las Entidades Contratantes, sin evaluar la producción nacional, cotizan en el exterior y toman los datos de dichas cotizaciones para elaborar los pliegos del procedimiento, teniendo como resultado que cualquier oferente que participe no cumpla con las exigencias solicitadas, inhabilitando de manera automática su oferta, y direccionando a un proveedor del exterior).

4.- Certificados solicitados en las especificaciones técnicas no constan de igual condición como en los pliegos. (Las Entidades colocan un archivo anexo a los pliegos bajo el nombre de Especificaciones Técnicas, en el cual se incorporan requisitos diferentes de los establecidos en los pliegos, lo cual genera la confusión de los oferentes al momento de presentar su oferta; así como, se traduce en que la Entidad dentro de la calificación utilice discrecionalmente los criterios para favorecer a un oferente).

5.- En la etapa de preguntas y aclaraciones dentro de un procedimiento, se modifican las disposiciones contenidas en los pliegos de condiciones referentes a la metodología de calificación por puntaje, con el fin de direccionar la calificación hacia condiciones que sólo un proponente presentará. (La Entidad después de mantener conversaciones con el oferente que quiere que sea el ganador, modifica ciertos parámetros en la etapa de “Preguntas, Respuestas y Aclaraciones”, con el fin de que la oferta de dicho proveedor obtenga los

máximos puntajes y de esta manera asegurar que sea el ganador del procedimiento).

6.- Modificar las condiciones establecidas en los pliegos, en una fecha muy cercana al cierre, de tal manera que solo uno de los aspirantes pueda cumplir con los nuevos requisitos. Ese “solo uno” conoce con anticipación cuáles serán las nuevas exigencias y con anterioridad tendrá sus documentos listos. (Dentro de la etapa de “Preguntas,

Respuestas y Aclaraciones”, la entidades conociendo la fecha límite para realizar aclaraciones, las realiza a última hora, dejando a todos los oferentes sin tiempo necesario para generar un oferta con los cambios solicitados, y beneficiando de manera automática al oferente al cual se le dio la información con anterioridad, con lo que se asegura que este sea el único que cumpla con todos los requisitos solicitados).

Chantaje-Colusión-Coima:

Chantaje: Puede ser determinada como la presión que se hace sobre una persona para sacar provecho, generalmente económico, por medio de amenazas, a cambio de que el chantajista se restrinja de hacer o no hacer hechos que puedan perjudicar a la persona chantajista.

Colusión: Esta característica se presenta con frecuencia cuando personas naturales o empresas que participan en un procedimiento de contratación pública se ponen de acuerdo para manipular o amañar el resultado a través de acuerdos previos de precios, propuestas técnicas, y así excluir a otro u otros competidores.

Coima: Es el acto por el cual se entrega algún tipo de especie, sea esta monetaria o bien a autoridades, funcionarios o servidores de la entidad contratante con el objetivo de salir favorecido en un procedimiento de contratación pública. Tan corrupto es el que entrega la coima como el que la recibe.

Ejemplos:

1.- Los oferentes que participan en una subasta pactan previamente hasta dónde pujar, el piso, y quién se la gana. También se pacta con anterioridad la suma que, a manera de “indemnización”, el “ganador” pagará al “perdedor”. (Proveedores de una misma

actividad económica, llegan al acuerdo de repartir equitativamente los procedimientos en los cuales participen, pactando quien será el ganador, producto de esto tenemos que no se lleva a cabo el objetivo principal de la puja, el cual es encontrar el costo menor de una contratación, ya que el ganador rebaja su oferta lo mínimo posible).

2.- Las entidades del Estado con frecuencia celebran contratos con instituciones educativas para que capaciten a su personal en temas específicos. La trampa aquí puede presentarse de la siguiente forma: La entidad contrata la instrucción de X número de personas a un precio Y por cada alumno. El negocio está en

que el número de estudiantes consignado en el contrato es superior al número de personas que realmente tomarán el curso. El dinero recibido por concepto de los que no existen, es repartida entre el funcionario y la institución corrupta. (La Entidad lanza un procedimiento sobre valorado, para que exista una diferencia de dinero que no le pertenece al contratista y que previamente ya se ha pactado que sea repartido entre el proveedor y los funcionarios).

3.- Los miembros de la comisión técnica dan el máximo del puntaje al oferente que “declara” mayor porcentaje de valor agregado ecuatoriano; sin verificar que dicho porcentaje sea real, ya que se pactó de ante mano beneficiar a dicha oferta.

(La Entidad contratante conocedora de que el portal compras públicas, no pudo detectar la veracidad de la información publicada por el oferente; le dice al oferente el porcentaje del VAE que debe publicar en el portal, el cual de antemano se sabe no podrá ser cumplido por los demás oferentes que declaran su VAE correctamente, por lo que se beneficia a este proveedor haciéndolo el ganador del contrato).

4.- Quienes tienen la facultad de adjudicar contratos, cobran a aquellos a quienes asignan un contrato, un porcentaje del valor del mismo. También se da el caso en el cual tienen la posibilidad de nombrar personas en cargos en los que existe la posibilidad de cobrar coimas por agilizar procesos o trámites. (Las Entidades aprovechando la necesidad de trabajar de los proveedores, ofrece adjudicar contratos a cambio de coimas, luego de pactar el valor, ofrecen al oferente información privilegiada para que sea el ganador, o en su defecto, califican a este proveedor fuera de lo establecido en los pliegos para beneficiar su puntaje).

5.- Un grupo de contratistas participan en todas las licitaciones de una entidad, pactando de antemano, entre ellos, a quién le corresponde ganarse el proceso. Según ellos, así se garantiza una “distribución equitativa” de los contratos de la entidad. También suele darse que la entidad contratante distribuye entre los mismos contratistas de siempre, los contratos de “manera equitativa”. (La Entidad y los proveedores, llegan al acuerdo de generar una especie de oligopolio en los procedimientos, para lo cual se busca generar pliegos en beneficio de este grupo de oferentes, garantizando que todos ganarán de manera equitativa los contratos publicados por la Entidad, cabe señalar que para pertenecer a este círculo de proveedores ganadores, existen coimas a los funcionarios).

Condiciones Impropias: Las entidades contratantes al momento de realizar el pliego del procedimiento de contratación solicitan documentación imposible de cumplir por parte de la mayoría de los oferentes, generalmente sólo el oferente con el cual se ha pactado previamente puede presentar esa documentación.

Ejemplos:

1.- Se solicita certificados de controles de calidad dentro de la metodología de la construcción de la obra, esto no provee ninguna seguridad de su cumplimiento eficiente.

(Las Entidades con el fin de beneficiar a un proveedor en particular, establece como requisitos mínimos certificados que solo dicho proveedor puede cumplir; sin embargo, estos certificados no avalan la correcta ejecución de la obra, ya que en muchos casos no tiene nada que ver con el objeto de contratación).

2.- Solicitar certificados de carácter internacional, y se hallan como un requisito obligatorio para los oferentes, esto se vuelve un condicionamiento discriminatorio.

(Las Entidades al conocer que las normas internacionales son costosas y por ende podrán ser adquiridas por las grandes empresas, que están en la capacidad de ofrecer coimas cuantiosas, establecen en los pliegos certificados internacionales, para direccionar la contratación a estas grandes empresas, afectando la concurrencia de los procedimientos y asegurando el ganador).

3.- Se puede evidenciar marcas y modelos con sus medidas y pesos que imposibilitan a otros proveedores realizar sus ofertas. (Las Entidades generan acuerdos con oferentes de una determinada marca, a los cuales se les solicita pro formas y especificaciones; posteriormente se publica el procedimiento bajo estas características, volviéndose imposible que marcas con otra denominación pudiesen cubrir la necesidad de la Entidad ganen el procedimiento, ya que se convierte en un requisito mínimo el cumplimiento de la marca y especificaciones específicas).

4.- Se solicita a los oferentes, análisis y estudios que requieren como obligación una visita a la localidad del proceso de contratación. (Las Entidades Contratantes, al conocer que varios procedimientos son de naturaleza nacional, con la finalidad de beneficiar a los conocidos de su localidad, establecen como requisito mínimo la visita técnica, lo cual se vuelve un requisito discriminatorio, tomando en cuenta los costos de traslado y estadía que no todos los oferentes están en la capacidad de cubrir; por lo tanto, al ser la oferta una expectativa de participación debe implicar el menor costo de preparación de ofertas para los posibles oferentes).

5.- Se da mayor puntaje a aquellas ofertas que provean vehículos nuevos o de máximo un par de años de uso, sin respetar el tiempo de vida útil establecido por la Agencia Nacional de Tránsito; direccionando así la contratación hacia aquellos grandes oferentes que pueden tener siempre vehículos nuevos en su oferta. (La Entidades bajo el criterio de seguridad y uso, discriminan la participación de oferentes que presentan vehículos de años anteriores al actual, lo cual carece de sustento ya que el tiempo de vida útil establecido por la Agencia Nacional de Tránsito, está atado a pruebas técnicas que demuestran la durabilidad de los vehículos, por otra parte, la manera en cómo debe asegurar la Entidad el buen funcionamiento de los vehículos son la matrícula y revisión técnica vehicular que son los certificados pertinentes para determinar el estado del automotor).

6.- Se establece en el parámetro "Otros parámetros" condiciones que sólo un oferente pactado podrá cumplir, y al cual se otorgará puntajes muy altos en relación al resto de parámetros establecidos. (El parámetro otros tiene como

finalidad solicitar un requisito específico atado al objeto de la contratación; sin embargo, las Entidades lo mal utilizan para incluir algún requisito que solo la oferta con la cual llegaron a un acuerdo cumpla lo solicitado, asegurando descalificar al resto de ofertas).

7.- Se solicitan certificados emitidos por organismos internacionales, esto limita la participación de los oferentes, por lo que se deberá solicitar certificados expedidos por organismos nacionales (INEN).

Subjetividad: Los parámetros de evaluación no se apegan a la realidad, existe una sobredimensión, lo que permite que la comisión técnica califique de manera sesgada o direccionada a cierto tipo de oferentes.

Ejemplos:

1.- En el parámetro de personal técnico mínimo requerido se descalifica a oferentes por no permitir al oferente formar parte del equipo técnico.

Las entidades contratantes utilizan esta mala práctica para descalificar a una oferta sin tener un contingente legal que prohíba la participación del oferente participante como miembro del personal técnico mínimo.

2.- Al calificar la experiencia del oferente, se otorga mayor puntaje en relación a la mayor cantidad de contratos presentados en la oferta; lo cual direcciona la contratación hacia aquellos oferentes que tengan más tiempo en el mercado, limitando las posibilidades de adjudicación a aquellas empresas que sin tener muchos años de experiencia sí tienen la suficiente capacidad para cumplir con el objeto de contratación establecido. (La Entidad inobservando lo establecido en el modelo de pliego, utiliza como único dirimente el número de contratos, direccionando a las empresas que han permanecido mucho tiempo en el mercado y muy posiblemente ya han trabajado con la Entidad anteriormente; sin embargo, esta práctica limita la participación evitando que nuevos oferentes participen y por ende ganen experiencia, reduciendo así los contratos a los mismos oferentes de siempre).

3.- No se está verificando a través del portal del SERCOP, la habilitación en el RUP de todo oferente en cada proceso de contratación y en todas las etapas precontractuales.

(Los encargados del manejo del portal; así como, del procedimiento de contratación después de recibir coimas por parte de los proveedores omiten la verificación del estado del proveedor, para no descalificarlo del procedimiento y dando tiempo al mismo a que resuelva los inconvenientes que lo mantienen inhabilitado).

4.- No se define con precisión la metodología para entregar los puntajes a las ofertas, permitiendo así que los miembros de las comisiones técnicas evalúen subjetivamente las mismas, direccionando la adjudicación. (La entidad contratante utiliza esta mala práctica, para que en la etapa de calificación de ofertas, los miembros de la comisión técnica utilicen criterios discrecionales, para beneficiar a un oferente en particular).

5.- No se establecen fórmulas de proporcionalidad inversa para calificar a los parámetros definidos, sino más bien se determinan “fórmulas” complejas en relación a variables que las entidades van cambiando al momento de la calificación, con el fin de beneficiar a algún oferente.

Discriminación: La elaboración del pliego se determina sobre parámetros que limitan la participación de oferentes en los distintos procedimientos de contratación pública, por lo que existe un acto de discriminación para favorecer a un determinado oferente que es el único que cumple con los requerimientos direccionados.

Ejemplos:

1.- Se solicita certificados de no adeudar a ciertos Gobiernos Autónomos Distritales Municipales como un requisito obligatorio, esto discrimina la participación de oferentes que se encuentren en diferentes cantones o provincias.

2.- En experiencia general y específica, se solicita la experiencia obtenida en cierto sector específico del sector público. (Las Entidades con el fin de direccionar los procedimientos a los oferentes con los cuales han trabajado anteriormente, solicitan experiencia específica con la misma Entidad, lo cual deja sin posibilidades que nuevos oferentes sean adjudicados).

3.- Se considera la condición de propio como mecanismo exclusivo de acreditación, imposibilitando a que un proveedor pueda presentar cartas de compromiso de compraventa de maquinaria. (Dentro de los pliegos las Entidades solicitan que los equipos que van hacer utilizados por los oferentes, sean de propiedad del oferente, privilegiando de esta manera a las grandes empresas que están en la capacidad económica de comprar estos equipos previo al procedimiento; sin embargo de esta manera se perjudica el crecimiento de proveedores que con un compromiso de compra o arrendamiento cumpliría a totalmente el objeto de contratación).

4.- Para calificar la experiencia del oferente, se establece otorgar la totalidad del puntaje a quien justifique la totalidad del presupuesto referencial en un solo contrato; lo cual resulta discriminatorio y limita la posibilidad de adjudicación a los oferentes que habiendo ejecutado montos iguales o superiores al presupuesto referencial, lo hayan hecho en varios contratos; beneficiando nuevamente sólo a las empresas grandes.

Bajo esa lógica, la entidad contratante conscientemente beneficia a las grandes empresas, ya que solo estas tienen la capacidad de cumplir este requisito, impidiendo de esta manera el crecimiento de las pequeñas y medianas empresas.

5.- Se solicita a los oferentes que acrediten experiencias muy superiores al presupuesto referencial de la contratación; con lo cual buscan dar el mayor puntaje sólo a las grandes empresas.

6.- Se establece dar puntaje al parámetro “experiencia del personal técnico” en una obra, colocando como condicionante que estos profesionales presenten Actas de entrega recepción de obras. Este requisito es de muy difícil cumplimiento por profesionales que sólo apoyaron en la ejecución de una obra y por tanto no tienen acceso a estas actas de entrega, direccionando el puntaje de este parámetro a aquella empresa que sí haya otorgado copias de estas actas a los profesionales que forman parte de su plantilla de trabajo. (En el caso que nos ocupa, las entidades contratantes limitan la participación de oferentes en el momento que solicitan que su personal técnico presenten como requisito de cumplimiento mínimo obligatorio un Acta de entrega-recepción a su nombre, beneficiando al oferente que tenga un grado de amistad con los funcionarios de la entidad, para que de esta manera les otorguen las actas requeridas.

Exclusión: Las entidades excluyen ciertos parámetros que deberían ser completamente generales e incluyen otro tipo de elementos que generan determinadas ilegalidades en los pliegos o a su vez excluyen a determinados oferentes por la documentación que debe ser presentada y que se vuelve casi imposible conseguir.

Ejemplos:

1.- Se realizan contratos con el Estado, en el cual el contratista se reserva la propiedad intelectual o los códigos del sistema que está vendiendo. De esta manera, en contrataciones futuras nadie podrá ofrecer lo que es propiedad de otro. Total, el primer contratista será el único en capacidad de ser adjudicado para futuros contratos.

Para que exista un registro de creación en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) deberán seguir algunas etapas legales, por lo que ninguna entidad contratante podrá volver a solicitar ese requerimiento “Limitando la participación de los ofertantes” (la entidad contratante no podrá solicitar jamás un producto que tenga exclusividad por lo que deberán acogerse a un procedimiento de régimen especial de proveedor único).

2.- Las entidades realizan la calificación de las ofertas y no publican actas con todo el detalle de cómo se asignaron los diferentes puntajes a los oferentes; esta información sólo la conoce los miembros de la comisión técnica. Mientras los oferentes que se sienten perjudicados realizan las acciones de reclamo, la contratación es adjudicada y se firma el respectivo contrato; ante lo cual el ente rector ya no puede tomar medidas de sanción y sólo se traslada la causa a la Contraloría General del Estado.

Algunas entidades contratantes para desvincularse de la responsabilidad precontractual o un llamado de atención por parte del SERCOP, suscriben el contrato con fecha anterior a la notificación por parte del órgano rector.

3.- No se presenta toda la información referente a rubros, precios unitarios y totales en los pliegos. (Al presentar información incompleta respecto de los rubros, la Entidad tiene como resultado que los participantes de un procedimiento de contratación, generen ofertas incompletas, por lo que en la etapa de

calificación se evalúe discrecionalmente, beneficiando al oferente que tuvo información privilegiada, previo a la publicación del procedimiento.

4.- No considerar leyes que regulan ciertas actividades, como la ley de Vigilancia y Seguridad, la Ley de Transporte, entre otras. (Las Entidades al inobservar la normativa que regula cada actividad, afectan el trato justo de los participantes; así como, ponen en riesgo la correcta ejecución del contrato, debido a que no se estarían cumpliendo con los requisitos mínimos exigidos en la normativa aplicable para cada procedimiento).

5.- Las especificaciones técnicas de los equipos no ostentan características acorde a las necesidades y funciones que estipule el objeto del contrato. (Con el fin de direccionar los procedimientos, a proveedores con los que se ha llegado a un acuerdo, las Entidades incluyen requisitos y/o equipos que solo cumple dicho proveedor, evidenciando que los solicitado no constituye un factor importante dentro del procedimiento, encontrándose solicitado únicamente para direccionar).

Requisitos redundantes: Existen requisitos que se fijan los cuales están por demás y no tienen justificación de haber sido exigidos, ya que incluso no son inherentes a la naturaleza de la contratación convocada, por lo que generan que los oferentes no puedan participar de manera masiva en los distintos procedimientos de contratación pública.

Ejemplos:

1.- Se solicita que el personal tenga una edad y título específico, sin tener justificación legal para respaldar dichas solicitudes. (Dentro de los procedimientos de contratación; las Entidades al conocer las características del personal que posee el proveedor que quieren beneficiar, solicitan dentro de los pliegos requisitos específicos, como títulos específicos, edad específica; que solo dicho proveedor puede cumplir, afectando la participación de los demás posibles oferentes).

Subdivisión: Esta figura se la realiza con el objetivo de favorecer a un proveedor en específico dividiendo la contratación que se la podía realizar en una sola, causando incluso perjuicios económicos al Estado ya que se genera mayor utilización de recursos.

Ejemplos:

1.- Se contrata dos veces la misma obra, cambiando la redacción del objeto del contrato, de tal manera que en los documentos no se note que es una obra duplicada. Ambas obras deben ser comprobables individualmente. Por ejemplo: un contrato tiene como objeto el cambio de tuberías de un local. El segundo tiene como objeto la colocación de baldosas en el mismo local. La totalidad del trabajo la hace una sola empresa pero hay dos contratos que sumados, dan mucho más que lo que cuesta la totalidad del trabajo.

Ambos trabajos son comprobables separadamente, ya que en realidad se ejecutaron.

2.- Si se requiere un bien deberá ser revisado en el catálogo electrónico antes de proceder con cualquier otro tipo de contratación. (Las Entidades con el fin de contratar con un proveedor amigo, o aquel que coime a su personal, omite la verificación en el catálogo electrónico, teniendo como resultado una compra direccionada; así como, afectación al presupuesto por la Entidad ya que los proveedores por fuera del catálogo, comercializan los bienes a mas alto costo).

3.- La firma de varios contratos de pequeños montos y con objetos similares durante cortos períodos de tiempo. Estos contratos pequeños hubieran podido conformar un solo contrato. Este procedimiento lo utilizan para evadir la selección objetiva y favorecer a uno o varios contratistas. (Con el fin de adquirir a un proveedor preestablecido las Entidades realizan pequeñas compras bajo ínfima cuantía, lo cual asegura su compra directa con el proveedor de su elección; sin embargo, esta práctica representa una afectación tanto a la participación, como al presupuesto de la Entidad, ya que al realizar un procedimiento competitivo se obtendría mayores rebajas económicas).

SECCIÓN II

Prácticas anticompetitivas

El objeto de esta sección es prevenir la realización de prácticas anticompetitivas en los procedimientos de contratación pública que realizan las Entidades Contratantes del Sistema Nacional de Contratación Pública. Se pretende fomentar la transparencia y evitar que se falsee o distorsione la competencia.

Esta sección debe ser observada por todos los operadores económicos: proveedores, oferentes o contratistas del Estado, internacionales o nacionales, que participen en los procedimientos de contratación pública que realiza el Estado ecuatoriano a través del Portal de Compras Públicas. Además, se sujetarán a este Manual los operadores económicos que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en los procedimientos de contratación pública.

Principios: De conformidad con lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador y demás normas aplicables, se deben observar, entre otros, los siguientes principios: libre concurrencia, competencia leal, trato justo, transparencia, publicidad, participación nacional, precio justo, no discriminación, transparencia, buena fe, legalidad, equidad, solidaridad, calidad y eficiencia.

Objetivos: Esta sección tiene los siguientes objetivos:

- a. Impulsar y fortalecer el comercio justo para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible;
- b. Promover la calidad del gasto público y su ejecución, en beneficio de la ciudadanía;

- c. Promover la transparencia y evitar las prácticas anticompetitivas en los procedimientos de contratación pública;
- d. Evitar los acuerdos y prácticas anticompetitivas entre proveedores, oferentes y contratistas del Estado;
- e. Evitar el falseamiento de la competencia en los procedimientos de contratación pública;
- f. Evitar la discrecionalidad y el direccionamiento en la contratación pública; y,
- g. Vigilar en coordinación con las entidades correspondientes, y en los casos que aplique, el cumplimiento de los estándares técnicos de calidad y salubridad;

Lineamientos generales: Los proveedores, oferentes y contratistas del Estado deberán basar sus acciones sobre los siguientes lineamientos:

1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico;
2. La denuncia de las estructuras, mecanismos, prácticas y actitudes comerciales injustas;
3. El desarrollo de acciones conjuntas que ayuden al Estado a enfrentar el comercio ilegal y el contrabando;
4. El compromiso con el comercio justo que permita el bienestar social y económico de la ciudadanía; y,
5. La promoción de la libre competencia.

Responsabilidades y obligaciones de los operadores económicos del sector: Los operadores económicos tienen las siguientes obligaciones y responsabilidades:

- a. Cumplir las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su Reglamento de aplicación y en los reglamentos y actos administrativos que emita la Superintendencia de Control del Poder de Mercado;
- b. Cumplir las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su Reglamento de aplicación y en los reglamentos y actos administrativos que emita el Servicio Nacional de Contratación Pública;
- c. Vigilar, en coordinación con las entidades correspondientes, el cumplimiento de los estándares técnicos de calidad, de salubridad y ambientales;
- d. Colaborar con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en el control de las conductas anticompetitivas;
- e. Promover las prácticas comerciales competitivas y eficientes;

f. No enervar el derecho a desarrollar actividades económicas a través de prácticas restrictivas que pretendan eliminar a sus competidores o eliminar el ingreso de nuevos operadores;

g. Evitar las prácticas que busquen la formación de monopolios y oligopolios;

h. Observar las prácticas comerciales señaladas en este Manual; y, i. Denunciar ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado las conductas susceptibles de ser consideradas infracciones a la Ley Orgánica de

Regulación y Control del Poder de Mercado.

Prácticas desleales: Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social, sanitarias u otras regulaciones de las autoridades competentes. Asimismo, conforme lo establecido en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se consideran prácticas desleales los actos de confusión, de engaño, de explotación de la reputación ajena, entre otras.

Colusión en la contratación pública: En los procedimientos de contratación pública se espera que los oferentes preparen y presenten sus ofertas de manera individual.

En este sentido, está prohibido que los oferentes se pongan de acuerdo con el objetivo de evitar competir en un determinado procedimiento de contratación. En otras palabras, se prohíbe todo acto u omisión, acuerdo o práctica concertada y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, buscando un resultado en beneficio propio o de otro oferente.

En general se han identificado principalmente cuatro maneras de coludir:

1. Mediante la presentación de ofertas diseñadas para simular una competencia auténtica. En este sentido se presentan ofertas cuyo valor es más alto que la del oferente que se acordó que sea adjudicado; o, se presentan ofertas inaceptables, por cuanto adolecen de errores que no son convalidables, a fin de que la oferta acordada sea la adjudicada. A este tipo de ofertas se las conoce doctrinariamente como ofertas de resguardo.

2. Mediante la presentación de ofertas conjuntas, cuando era posible presentar ofertas individuales; mediante el retiro de las ofertas, a fin de que se adjudique el contrato a la oferta acordada; o, mediante la abstención de la presentación de ofertas. A este tipo de modalidad se la conoce doctrinariamente como eliminación de ofertas.

3. Mediante la asignación de mercados. Esta modalidad consiste en la repartición de mercados geográficos o clientes (Entidades públicas); en este sentido, los

operadores económicos que son parte del acuerdo se abstienen de presentar ofertas en los procedimientos de contratación que no les han sido asignados.

4. Mediante la rotación de ofertas. Esta modalidad consiste en que operadores económicos que suelen coincidir en varios procedimientos de contratación acuerdan repartirse por turnos las adjudicaciones de los contratos.

CAPÍTULO III

BUENAS PRÁCTICAS INTEGRALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA EL DESARROLLO

Este capítulo presenta una mirada integral de lo que debe ser la contratación pública en el país, alineada y en sintonía con el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2017. Lo hemos anunciado ya en líneas anteriores: uno de los retos y también deberes del Estado es promover y garantizar la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza. Para ello, hacemos los esfuerzos -a través de nuestras políticas- por brindar herramientas a los esquemas asociativos populares y solidarios para garantizar una negociación justa en los diferentes encadenamientos productivos.

Entendemos la contratación pública integral como un proceso que debe enfocarse a promover, incentivar, estructurar y garantizar que la población más pobre (y entre los pobres aquellos grupos doblemente vulnerados en sus derechos) del país tenga acceso al Sistema de la compra pública y pueda participar en igualdad de oportunidades.

No obstante, sabemos que el acceso a oportunidades depende de que prevalezca un principio de justicia social. Como ente rector de la contratación pública, trabajamos en mejorar las condiciones que permitan el acceso a mejores oportunidades; no obstante, éste debe ser un compromiso que asuman todas las partes del Sistema.

Por tanto, este capítulo pretende ofrecer –amparado en la Constitución, el Plan Nacional de Desarrollo, varias leyes como la de Participación Ciudadana, de Contratación Pública, y las agendas para la igualdad- lineamientos sobre cómo hacer compras públicas más equitativas, incluyentes, solidarias, encaminadas a ese gran reto y deber de redistribuir la riqueza y los medios de producción, que no será posible si a nivel local no se apuesta por preferir los bienes, productos, servicios de la propia comunidad.

Principios de la Contratación Pública

La contratación pública se rige por principios básicos y universales que deben entenderse y tomarse en cuenta en todo procedimiento para evitar violentarlos, estos principios son:

Legalidad: Implica que toda actuación de la administración pública, así como de los proveedores, deberá realizarse de acuerdo al imperio de la Ley. En otras palabras el principio de legalidad es la estricta sujeción y respeto a la Ley con la

que deben operar todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Trato justo: El trato justo es el derecho que tienen todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública, a que se le dé a cada quien lo que le corresponde, y establecer un equilibrio en la relación precontractual, contractual y de ejecución entre la entidad contratante y el proveedor, evitando que se perjudiquen los intereses del Estado, y evitando que los funcionarios públicos actúen con discrecionalidad o subjetividad. El trato justo propicia que la relación entre las partes se dé en términos transparentes, éticos y morales.

Igualdad: Todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública, deben garantizar la igualdad de todos los oferentes dentro de un procedimiento de contratación, evitando cualquier conducta o actitud de carácter discriminatorio y aplicando las mismas condiciones establecidas en los pliegos, es decir no favoreciendo a unos en perjuicio de otros; respetando nuestra Constitución de la República que manifiesta que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Calidad: La contratación pública debe ser una vía a través de la cual la entidad contratante debe garantizar calidad tanto del gasto público, al realizarse en forma eficiente y eficaz, como del objeto de contratación, al cumplir con los estándares que garanticen de la mejor manera el cumplimiento de los objetivos que persiga dicha contratación.

Vigencia Tecnológica: El Estado en sí, promueve el uso intensivo de tecnologías para simplificar los procedimientos de contratación legalmente establecidos, para democratizar el uso de la información y transparentarla gratuitamente.

Oportunidad: significa que todos los procedimientos de contratación pública, deben ejecutarse de manera oportuna y eficiente, atendiendo las necesidades de las entidades contratantes y guardando relación con la programación establecida, lo que implica tener en cuenta el lucro cesante en la inversión pública, y alcanzar un mejor rendimiento de los recursos del Estado.

Concurrencia: Los procedimientos de contratación, deben garantizar la más amplia oportunidad de participación de los miembros de la sociedad, ejerciendo su derecho de ser proveedor del Estado. Es un mecanismo útil tanto para la promoción de la competencia en la contratación pública, como para la obtención de una oferta adecuada y óptima para la Administración Pública. A través de este principio, se está asegurando la no discrecionalidad en la decisión de la administración pública, y a la posibilidad de tener un contratista que asegure de forma más fiable el cumplimiento del objeto del contrato con miras al interés general.

Transparencia: Este principio se encuentra incluso consagrado en la Constitución de la República, por su importancia, ya que la transparencia no es más que garantizar que la actividad y la gestión de la Administración Pública se realicen bajo la moral y la ética, y que los procedimientos de contratación pública se lleven de manera imparcial, de acuerdo con las prácticas de la honestidad y

la justicia. La transparencia promueve el diáfano obrar del Estado y sus instituciones, y se ha constituido en la mejor estrategia para eliminar la corrupción.

Publicidad: Es uno de los pilares fundamentales para el correcto funcionamiento del Sistema Nacional de Contratación Pública, constituye una buena práctica prever una buena publicidad previa a la adjudicación, una publicidad de convocatoria y una publicidad posterior a la adjudicación del contrato. Con la publicación se cumple tanto con la exigencia normativa y además se garantiza que las invitaciones o las convocatorias, y en sí mismo el procedimiento de contratación en sus diferentes fases y etapas, sean de conocimiento de todos los interesados y de la sociedad en general, haciendo de la información un medio de propiedad pública y gratuita a la que se puede ingresar a través del portal institucional www.compraspublicas.gob.ec.

Participación Nacional: Uno de los objetivos de la contratación pública, es la dinamización de la producción nacional y local aprovechando el mercado que genera la contratación pública, para lo cual se han establecido mecanismos de incentivo y fomento, como es la aplicación de márgenes de preferencia y criterios de contratación preferente, buscando sobretodo la participación de los micro, pequeños y medianos productores nacionales, y a los estratos de la economía popular y solidaria.

Eficiencia: Este principio implica obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de costos y el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros.

Responsabilidad Ambiental y Social: Este principio hace referencia al impacto ecológico generado por una decisión. Se debe precautelar de que las acciones o inacciones de un individuo o grupo, no causen daño a otras especies, a la naturaleza en su conjunto o a las futuras generaciones; por lo tanto constituye una buena práctica en contratación pública, obrar de tal modo que los efectos de la acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra. La responsabilidad ambiental recae tanto en las personas naturales, como en las jurídicas, países y en la especie humana en su conjunto.

Planificación: Es importante una buena planificación en los procedimientos de contratación pública, para que las entidades contratantes puedan organizar y priorizar sus necesidades institucionales. La ausencia de planificación y de políticas en compras públicas ha derivado en que las instituciones públicas hayan acudido a la discrecionalidad de su actuar y también ha generado desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado.

Deber ser de las buenas prácticas de la Contratación Pública

Ofrecer soluciones basadas en la práctica diaria de la contratación pública:

Se refiere a determinar fines comunes para desarrollar contrataciones eficientes y oportunas, no corruptas.

Transparencia, responsabilidad por la gestión y profesionalidad:

Parte medular de la contratación pública es la transparencia a través del ciclo completo de la contratación, incluyendo la evaluación y gestión de los contratos como producto de ese procedimiento de contratación efectuado. La contratación pública es una profesión estratégica que juega un papel central en la prevención y detección oportuna del potencial de corrupción en el uso de los fondos públicos que afecta los intereses del Estado.

Competencia e integridad justa:

La LOSNCP, el Reglamento, el SNCP y los actores del Sistema requieren establecer un equilibrio adecuado entre los objetivos de la transparencia y la garantía de oportunidades iguales para quienes concursan en los procedimientos de contratación pública. Cuando existe riesgo fáctico, los actores del SNCP deben usar distintos enfoques y soluciones para asegurar la integridad desde requerir el mínimo de transparencia hasta mecanismos de control internos y externos.

Estándares éticos y profesionales:

Los funcionarios encargados de la contratación pública deben convertirse en profesionales con un alto grado de compromiso para con la Patria, con valores incorruptibles que permitan depositar en dichos funcionarios el alto grado de responsabilidad de administrar de manera adecuada los recursos públicos.

Para quién trabaja la contratación pública:

Los responsables de definir líneas de actuación deben decidir a qué intereses sirve primordialmente la contratación pública, sin duda este elemento conlleva un alto impacto en la opinión de los ciudadanos que son los mandantes, por lo tanto la contratación pública viene siendo considerada como un elemento fundamental de la necesidad de rendir cuentas y en la forma en que se gestiona los recursos del Estado.

La organización basada en el conocimiento:

La contratación pública no es un proceso meramente transaccional, la gestión abarca todo el proceso de contratación, desde la evaluación de la necesidad a la gestión de contratos y pago, como así también a la etapa post contractual. Por lo tanto la contratación pública debe estar basada en la transferencia de conocimientos para el desarrollo de la administración pública.

Calidad de la compra:

Es realizada en los tiempos adecuados, utilizando correctamente los procedimientos, y en que la definición del requerimiento que efectúa la entidad contratante, se ajusta a las necesidades y las características del bien o servicio definidos. Con una buena definición de productos o servicios los proveedores pueden ofertar mejor. Para ello se deben explicitar todos los aspectos que es necesario evaluar para realizar la comparación de las ofertas, es decir contar con

criterios claros y explícitos para evaluar las alternativas que mejor se ajustan a las necesidades.

La contratación pública inclusiva:

Un pilar fundamental del Estado es promover la inclusión de grupos de atención prioritaria (adultos mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad, quienes adolezcan de enfermedades catastróficas, o de alta complejidad), pero así también de grupos que tradicionalmente han sido discriminados por la sociedad (personas GLBTI) . En este contexto el SNCP debe buscar atender a estos grupos motivando su participación en la dinámica productiva, por lo tanto parte de la sensibilización que tengan los actores en las entidades contratantes para promover la participación.

Equidad de género en la contratación pública:

El SNCP debe propender la participación de las mujeres en todos los espacios posibles, por lo que se debe generar acciones afirmativas que permitan la equidad de género. No se puede determinar ciertos roles que la sociedad impone sólo para hombres o sólo para mujeres, ya que no se establecería igualdad de condiciones entre todos los actores de la sociedad. Por lo tanto es de suma importancia que desde los distintos actores se construyan políticas que desarrollen esta propuesta.

Obligatoriedad del presupuesto participativo para generar compras públicas redistributivas:

La Constitución de la República plantea en los artículos 100 y 267 la construcción de presupuestos participativos en los distintos niveles de gobierno. Lo recoge de manera más integral la Ley Orgánica de Participación Ciudadana desde el art. 67 hasta el 71 con el objetivo de que los ciudadanos y ciudadanas formen parte de la decisión y elaboración del presupuesto anual que debe estar alineado con el Plan Nacional del Buen Vivir, por lo tanto la compra pública será la expresión de las necesidades de dicha participación.

Control Participativo de la Contratación Pública:

Tanto la Constitución de la República, así como la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, promueven el poder que tiene la ciudadanía para ejercer el control de los actos de la administración pública, situación de la cual no es ajena la Contratación Pública, por lo que este eje es impulsado por el SERCOP y las observaciones que de este salgan deben ser acatadas por la entidades contratantes.

Compras verdes:

Se debe propender a comprar bienes que sea amigables con el ambiente, que su manufactura no implique la utilización de energías nocivas al ecosistema, sino que estas deben provenir de las energías renovables y limpias, para con ello incluso cumplir con el objetivo nacional de cambio de la Matriz Productiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Constitución 2008
- Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado
- Plan Nacional de Desarrollo 2013 – 2017, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Senplades: Quito, Ecuador

ANEXOS

Etapas Preparatorias: Identificación de oportunidades para el desarrollo

Etapas Precontractuales: Garantía de las oportunidades de la mejor compra posible