



COMPAÑÍAS DE BENEFICIO PÚBLICO: EL NUEVO PARADIGMA SOCIETARIO (PARTE II)

Vicente Servigón Caballero

4. Deberes y responsabilidades de los administradores de una compañía de beneficio público

4.1. Introducción

Se ha mencionado que existen tres características legales que distinguen a una compañía de beneficio público de una sociedad anónima tradicional.

Primero, una empresa social busca ser un agente de cambio y solucionar una problemática socio ambiental. Para otorgar rigor jurídico a esta intención benéfica debe incorporarse una cláusula en los estatutos sociales de la compañía que consigne un propósito de beneficio concreto y medible. La legislación norteamericana prevé la opción de incluir adicionalmente una meta específica de impacto. De tal forma, la misión de impacto socio ambiental cobra una importancia equiparable al objeto social de la compañía. En concreto, la legislación modelo norteamericana ejemplifica algunos posibles propósitos de beneficio, a saber: a) Proveer a

individuos o comunidades de bajos recursos o en situación de vulnerabilidad con productos o servicios para su beneficio; b) Preservar el medio ambiente; b) Mejorar la salud humana; c) Promover las artes, ciencias y el avance del conocimiento; d) Incrementar el movimiento de capitales a entidades con un propósito de beneficio público; entre otras.

En segundo lugar, el propósito de beneficio debe necesariamente crear un compromiso legalmente vinculante para los directores y administradores de una CBP. Esta característica cobra vital importancia para los inversionistas de impacto, quienes trasladan su capital al emprendedor social, sea a través de acciones u otros títulos, con la finalidad que el proyecto social cause un impacto positivo en la comunidad. El objetivo de este tipo de cláusulas es encauzar la gestión de una Empresa B hacia el cumplimiento de la misión de impacto. Además, provee fundamento jurídico para judicializar y sancionar el caso de un 'desvío de la misión'. Esto ocurre cuando el emprendedor prioriza la ganancia económica



en detrimento del propósito de beneficio ocasionando una ‘dilución del impacto’ originalmente planificada.

Finalmente, a través de un modelo de negocio sostenible, los productos o servicios de un emprendimiento social buscan crear un impacto positivo, el cual, fundamentalmente, debe ser materialmente medible y reportado de forma honesta y transparente a la comunidad. Normalmente, una empresa al final del año fiscal presenta ante la autoridad tributaria sus balances y estados financieros a efectos de determinar su carga impositiva.

Conceptualmente hablando, una CBP debería entonces presentar anualmente reportes de medición del impacto social y ambiental junto con los informes financieros y hacerlos a conocer públicamente a la comunidad.

4.2. Aproximación conceptual a los deberes fiduciarios

El Sistema B, a través de su página web, menciona que en el proceso de certificación se evalúan las siguientes áreas del modelo de negocio de una Empresa B: propósito, medio ambiente, trabajadores, comunidad, transparencia y gobernanza. Sobre esta última, el Sistema B literalmente señala que la Empresa B amplía el “deber fiduciario” de sus accionistas y gestores para incorporar intereses no financieros, cumpliendo un compromiso a generar impactos positivos socioambientales, operando con altos estándares de des-

empeño y transparencia. Además, el Sistema B afirma que la responsabilidad fiduciaria ampliada permite considerar intereses no financieros de públicos interesados y la naturaleza, incorpora el propósito en la genética de la empresa y permite que la misión se mantenga en el largo plazo.

Debe mencionarse que dentro del contexto jurídico ecuatoriano no es recomendable utilizar los términos ‘deberes fiduciarios’ porque podrían generar confusión y derivar en interpretaciones legales erróneas. Esto se debe a que la palabra ‘fiduciario’ tiene varias connotaciones legales como consecuencia del alcance semántico y la noción técnica del término.

En todo caso, con la finalidad de dilucidar los conceptos jurídicos, a continuación explicaremos las diversas acepciones relativas a los ‘deberes fiduciarios’ en el Ecuador.

- University of California, Berkeley, School of Law (Boalt Hall), Berkeley, CA. Master of Laws (LL.M.) con Certificate of Specialization in Business Law, Agosto 2016. Cursos relevantes: Intellectual Property Law; Antitrust Law; Business Associations. Tesis de maestría: Legal formalism and constitutional reform in Ecuador.
- China Europe International Business School, Shanghai, China. Diploma in Management, December 2011. Cursos relevantes: Macroeconomics; Competitive Strategy; Marketing.
- Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador. Licenciado en ciencias sociales y políticas; Abogado de los juzgados y tribunales de la República, Mayo 2005.
- EXPERIENCIA: Maviju S.A., Guayaquil, Ecuador: Procurador Judicial, agosto 2012– presente.
- Corporación Financiera Nacional, Guayaquil, Ecuador: Miembro del Directorio; Presidente del Comité de Auditoría y del Comité de Seguridad de la Información, julio 2014– mayo 2015.
- Franco & Asociados, Attorneys at Law, Guayaquil, Ecuador; Abogado Asociado, mayo 2006-abril 2007; septiembre 2012- presente.
- Presidencia de la República del Ecuador, Quito-Ecuador; Asesor de la Secretaría General Jurídica, abril 2007- agosto 2009.



Vicente Servigón Caballero

4.3. La propiedad fiduciaria en el derecho civil

Es indiscutible la gran influencia del derecho romano en el derecho civil latinoamericano. A su vez, el Código Civil ecuatoriano ha recogido la figura de la propiedad fiduciaria en el título VIII denominado “De las limitaciones del dominio, y primeramente de la propiedad fiduciaria”, contenido a su vez en el Libro II “De los bienes y de su dominio, posesión, uso, goce y limitaciones”. En referencia a esta antigua institución jurídica, Larrea explica claramente:

“El fideicomiso civil es un contrato solemne, constituido por un fideicomitente sobre bienes de su propiedad, que serán transferidos a un fiduciario con gravamen resolutorio”

[...] fideicomiso deriva de “fiducia” y “commissum”, confianza y encargo. Nos hallamos ante un encargo de confianza: se dispone que alguien tenga la propiedad para hacerla pasar a otro. Así nació en el derecho romano el fideicomiso, como una disposición -normalmente testamentaria- por la cual se ordenaba al heredero o legatario, entregar la herencia o un determinado bien a otra persona, a cumplirse cierta condición. Se empleaba este procedimiento para lograr que los bienes pasarán a personas que podían tener algún impedimento para recibirlos (en adelante como los extranjeros), o que no convenía que los recibieran durante un tiempo, como en el caso de los menores de edad, en espera que lleguen a ser capaces. También podía servir para que el propietario fiduciario se beneficiara durante un tiempo limitado con la propiedad de la cosa, por ejemplo, hasta contraer matrimonio².

En este orden de ideas, la Ley define a la propiedad fiduciaria como una limitación al de-

recho real de dominio del fiduciario por la existencia de una condición, que de verificarse determinaría que opere la restitución a favor del fideicomisario³. De este modo, el fideicomiso civil es un contrato solemne, constituido por un fideicomitente sobre bienes de su propiedad, que serán transferidos a un fiduciario con gravamen resolutorio, a fin que este restituya los bienes a un beneficiario designado por el constituyente bajo el cumplimiento de una condición.

Mientras esté pendiente la condición resolutoria del fideicomiso el fiduciario tiene determinadas responsabilidades sobre la propiedad fiduciaria, como por ejemplo, está obligado a pagar todas las expensas extraordinarias para la conservación de la cosa, incluso el pago de las deudas y de las

hipotecas, según el Art. 769 del CC.

Por lo expresado podría interpretarse que una persona, en virtud de un contrato de fideicomiso civil, puede contraer responsabilidades o “deberes fiduciarios” sobre una propiedad fiduciaria. Como por ejemplo, la del pago del impuesto a los predios urbanos de un bien inmueble. No obstante, queda claro que tales “deberes fiduciarios” de naturaleza civil no guardan relación alguna con las obligaciones societarias de los administradores de una Empresa B de generar impacto social y ambiental.

4.4. El fideicomiso en el derecho mercantil

El fideicomiso mercantil, de naturaleza comercial, es definido de una manera sencilla por González como:

[...] el acto jurídico por el cual una persona, denominada fideicomitente, fiduciante o constituyente, transfiere determinados bienes

– que configuran un patrimonio especial, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen o se vinculan con el contrato cuya titularidad dominical se confiere a otra denominada fiduciario, para la realización de un fin determinado a favor de una tercera persona llamada fideicomisario o beneficiario⁴.

Según dicho análisis, el lector podrá apreciar que paralelamente a la figura jurídica del fideicomiso civil, existe además la estructura del fideicomiso mercantil. Este se encuentra regulado por el Art. 109 del libro segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero (en adelante COMF), y se concibe como un patrimonio autónomo dotado con la finalidad instituida por el constituyente en el contrato, administrado por una fiduciaria, esto es, una compañía administradora de fondos y fideicomisos, y en beneficio del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

En la práctica, los fideicomisos mercantiles han llegado a ser muy útiles para los negocios inmobiliarios donde varios inversionistas o constituyentes aportan terrenos o dinero al patrimonio autónomo para desarrollar un proyecto inmobiliario. Dicho patrimonio es administrado por una compañía administradora

de fideicomisos elegida por los inversionistas, la cual, a medida que avance la construcción del proyecto, transferirá la propiedad de los bienes inmuebles a los promitentes compradores del proyecto. Es común que el contrato también establezca las instrucciones respecto a la forma de repartir las utilidades del negocio entre los inversionistas.

Dicho esto, según las normas del COMF tampoco existen los llamados “deberes fiduciarios” hablando en estricto derecho, sino propiamente obligaciones de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, como por ejemplo: i) El fiduciario tiene la obligación de administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil⁵; ii) Existe la responsabilidad solidaria del fiduciario con el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponda al fideicomiso⁶; iii) Se prohíbe a las administradoras de fondos y fideicomisos adquirir, enajenar o mezclar activos de un fondo con los suyos propios⁷; y, iv) Es un derecho del beneficiario del fideicomiso mercantil exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil⁸.

Por lo visto, bajo el paraguas del derecho mercantil existen

ciertos “deberes fiduciarios”, o propiamente dicho, responsabilidades de una fiduciaria respecto a la administración de los bienes fideicomitados. Según lo explicado, y en concordancia a lo expresado en el acápite anterior, podemos concluir que estos “deberes fiduciarios” tampoco guardan relación alguna con las obligaciones de impacto social y ambiental de los gestores una Empresa B.

Se ha explicado, por un lado, que el alcance semántico del término “fiduciario” está relacionado con la institución del fideicomiso, en los ámbitos del derecho civil y mercantil, respectivamente. Por otro lado, la legislación societaria contenida en la LC no hace mención a los llamados “deberes fiduciarios” de los administradores o accionistas de una compañía. Por tanto, bajo tales premisas, una exégesis del ordenamiento jurídico ecuatoriano nos lleva a concluir que es un error utilizar la terminología “deberes fiduciarios” en el contexto de una Empresa B. Utilizar dichos vocablos puede causar confusión y derivar en interpretaciones legales erróneas.

4.5. Los deberes fiduciarios en el derecho anglosajón

Una vez dilucidados ciertos conceptos jurídicos, ahora, es justo preguntarse: ¿De dónde se originan los susodichos

“deberes fiduciarios”? Así, nuevamente encontraremos la respuesta en un análisis de derecho comparado. Puede intuirse que el Sistema B realizó una traducción analógica y literal de los llamados *fiduciary duties* del derecho anglosajón, los cuales consisten en normas jurídicas que regulan las relaciones de confianza entre una compañía y sus administradores⁹.

A breves rasgos, en EE.UU. los deberes fiduciarios provienen del encargo que una compañía otorga a los administradores para la gestión, dirección y control de aquella. El administrador goza de la confianza de una corporación cuando su directorio (*Board of Directors*) le encarga su administración. De tal forma, los deberes fiduciarios emergen en situaciones de conflicto de intereses, donde el administrador podría abusar del encargo y ejercer el poder para beneficio propio, a expensas de los intereses corporativos.

Si un administrador incumple los deberes fiduciarios, tiene las responsabilidades, primero, de dar cuentas sobre los beneficios mal obtenidos y, segundo, de indemnizar a la corporación por los daños y perjuicios ocasionados, como veremos más adelante¹⁰.

4.5.1. Duty of Care

Desde los albores del derecho corporativo Anglo-Americano, las Cortes de Justicia han sostenido que los directores y administradores corporativos tienen la obligación de actuar de buena fe y en aras de los intereses corporativos. Adicionalmente dichos órganos tienen el deber de actuar y supervisar las operaciones de la compañía como lo haría una persona razonable. Este deber alcanza todos los aspectos de la conducta de un administrador o director en ejercicio de sus funciones. Según su formulación clásica, este standard requiere que los directores corporativos supervisen las operaciones de la compañía con el cuidado de una persona razonable¹¹.

Además, este deber fiduciario exige a los miembros del directorio que se informen de toda la información material y razonablemente disponible para ellos, previo a tomar una decisión sobre los negocios corporativos. Para determinar si los directores recibieron toda la información importante, corresponde analizar la calidad de la información, la asesoría disponible y si tuvieron la suficiente oportunidad para tomar conocimiento de un problema antes de tomar decisiones y acciones al respecto. Adicionalmente, se considera que un director debe evaluar la información con un “ojo crítico” para proteger los intereses de la corporación y sus accionistas.

4.5.2. Duty of Loyalty

El deber de lealtad consiste en el principio que los directores y administradores de una corporación deben tomar decisiones en beneficio de esta, y no para su provecho económico personal¹². El deber de lealtad puede ser violado ya sea realizando una transacción en conflicto de intereses o tomando una oportunidad de negocio que hubiese podido beneficiar a la corporación. En el derecho ecuatoriano, existe una figura similar conocida como la auto-contratación, con diferentes matices legales.

Un administrador podría evitar cometer una violación al deber de lealtad probando que la transacción es justa. De tal forma, para realizar una transacción en provecho propio o tomar una oportunidad corporativa el administrador debe ser transparente y revelar completamente tanto los hechos potencialmente en conflicto como los detalles de la transacción. Tal oportunidad de negocio a favor del administrador o director debe inexorablemente ser aprobada por una mayoría del directorio sin intereses en conflicto o por una mayoría de accionistas también desinteresados.

Al respecto, la jurisprudencia norteamericana ha resuelto que los directores de una corporación pueden involucrarse en el auto-manejo de negocios corporativos sin violar claramente el deber de

lealtad si cumplen los siguientes requisitos: i) si el interés en la auto-transacción se revela al directorio; ii) si el interés se revela a los accionistas con derecho a voto y estos autorizan la transacción; y, iii) si la transacción es justa y razonable para la corporación. Adicionalmente, los directores que participan en auto-transacciones deben probar adicionalmente que han actuado de buena fe, honestamente e imparcialmente¹³.

Por último, en caso de violación al deber de lealtad, los jueces pueden ordenar al fiduciante ofensor pagar la restitución de los beneficios mal habidos e imponer daños punitivos para disuadir futuras violaciones.

4.5.3. Duty of Good Faith

El deber de buena fe estriba en la obligación de los directores y administradores de una corporación en tomar decisiones y actuar con un cuidado consciente de sus responsabilidades en calidad de fiduciarios corporativos. Una violación del deber de buena fe puede incluir un abandono intencional en los deberes habituales de un director o funcionario, actuando intencionalmente con un propósito¹⁴ que no sea el beneficio de la corporación o violando intencionalmente la Ley. Aunque no existe una acción judicial específica por violación a este deber fiduciario, los accionistas afectados



pueden plantear una reclamación sustentada como el deber de lealtad.

En un caso insignia del derecho corporativo anglosajón, se identificó dos categorías de comportamiento fiduciario que constituyen mala fe. En primer lugar está la llamada “mala fe subjetiva” que se evidencia por una conducta motivada por una intención real de hacer daño a la corporación o a sus accionistas. La Corte se refirió a esa conducta como “mala fe por excelencia”. La segunda categoría de conducta fiduciaria que constituye mala fe consiste en la negligencia intencional del deber y descuido consciente de las responsabilidades.¹⁵

4.5.4. Duty of Candor

El precedente jurídico sobre el deber de candor fue establecido de la siguiente forma:

[...] Cuando los directores se comunican públicamente o directamente con los accionistas sobre asuntos corporativos, sea de forma directa o pública, sea solicitando o no una actuación de los accionistas, los primeros tienen un deber fiduciario con los segundos de actuar con debido cuidado, buena fe y lealtad. La honestidad es una condición sine qua non en las comunicaciones entre directores y accionistas sobre asuntos corporativos¹⁶.

Los gerentes tienen la obligación de no hacer declaraciones falsas o engañosas, de forma intencionada o imprudente. Esta obligación de no engañar y no inducir al error se refiere a la cuestión de cómo un administrador debe actuar al momento de comunicarse con los accionistas de la compañía.

Fundamentalmente, este deber exige que toda comunicación sea honesta.

Adicionalmente, los administradores tienen la obligación de informar debidamente a otros órganos corporativos sobre la información que el administrador conoce que es importante para esos órganos corporativos en la toma de decisiones o en el desempeño de sus funciones. Este deber positivo impone a los administradores la obligación de comunicar con franqueza a los gerentes de otros departamentos cualquier información que pueda, en último caso, beneficiar a la compañía.

4.6. Ampliación de deberes de directores o administradores

Es sabido que los EE.UU. han sido pioneros en regular el emprendimiento social y han creado la figura jurídica de las CBP. Muchos practicantes afirman que la necesidad de una legislación específica se dio por la siguiente razón. La doctrina tradicional, recogida en la jurisprudencia norteamericana, la academia y el mundo empresarial, ha concebido la idea que las sociedades de capital deben tener por objetivo el beneficio exclusivo de sus socios (*increase shareholder value*). De tal forma, en estricto derecho, los directores y administradores corporativos no estaban obligados a cumplir un propósito de beneficio, ni tampoco debían contemplar los intereses de terceros (*stakeholders*).

La legislación norteamericana que regula las *benefit corporations* fue novedosa al crear deberes y responsabilidades adicionales para la administración corporativa. En este sentido, Mujica señala:

Los directores o administradores de las sociedades de beneficio e interés colectivo tienen mayores deberes y responsabilidades que los directores o administradores de las sociedades tradicionales [...] deben tener en

permanente consideración a la hora de tomar sus decisiones a los intereses a corto y a largo plazo de la persona jurídica. Estos intereses no deben ser analizados de manera aislada, en tanto los mismos deben de considerar la relación sinérgica entre la consecución del objeto social y del propósito de beneficio. [...] Es posible concluir que este elemento esencial de las sociedades de beneficio e interés colectivo incorpora una tarea más grande y compleja para los directores o administradores, en tanto los mismos deberán tener en permanente consideración a una serie de grupos de interés que no necesariamente pueden tener relación directa e inmediata con la persona jurídica. En tal sentido, esta ampliación de deberes, si bien hace posible que los directores o administradores puedan trabajar en todo el sentido teleológico que llevan consigo esta categoría societaria, también implica una responsabilidad de grandes implicancias, ya que los mismos deberán hacer una valoración de una multiplicidad de factores, que en muchas oportunidades se opondrán entre sí.¹⁷

Debe mencionarse que esta temática ha sido objeto de debate jurídico en Latinoamérica. El 19 y 20 de junio de este año se realizó la 1ª Conferencia internacional de abogados B en Lima. La iniciativa fue organizada por Sistema B y tuvo como sede la Pontificia Universidad Católica del Perú. En tal evento se esgrimieron criterios sobre los elementos jurídicos esenciales de las sociedades de beneficio e interés colectivo. También se intercambiaron opiniones y experiencias sobre los proyectos de Ley para regular la materia en la región. Es sumamente rescatable la participación y opinión de William H. Clark, quien redactó de la legislación modelo sobre CBP en EE.UU. Desde una perspectiva práctica, él manifestó es necesario crear estructuras jurídicas que los negocios tradicionales puedan y deseen adoptar. Por ende, cualquier proyecto de regulación sobre esta

materia en Ecuador deberá analizar sesudamente el límite y los alcances de esta responsabilidad gerencial ampliada.

5. Nexos transversales entre derechos humanos y emprendimiento de impacto social y ambiental

5.1. Introducción

Hemos mencionado que el emprendimiento social y las inversiones de impacto son iniciativas privadas que utilizan las herramientas del mercado para solucionar problemas sociales y ambientales. El modelo de negocio de una Empresa B se rige bajo las reglas del mercado y por ende, los productos o servicios ofrecidos debe tener una viabilidad comercial y aceptación favorable de los consumidores. En muchos casos, la oferta comercial de un emprendimiento de triple impacto buscan satisfacer necesidades no atendidas por el Estado, en segmentos como saneamiento, vivienda, educación o salud, etc.

Sin embargo, habrá quienes cuestionarán el involucramiento de las CBP en dichas áreas, por considerarlas competencias exclusivas del Estado o iniciativas propias de organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro. Como el caso de Pabel Muñoz, asambleísta de Alianza

País y ex Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo. El ha mencionado que la Constitución marca el carácter universal y gratuito de al

rechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Protocolo de San Salvador) constituyen los instrumentos jurídicos internacionales que

“El modelo de negocio de una Empresa B se rige bajo las reglas del mercado y por ende, los productos o servicios ofrecidos debe tener una viabilidad comercial y aceptación favorable de los consumidores.”

menos la salud, educación, seguridad social y educación superior y que pretender privatizar tales derechos es atentar contra lo consagrado en la Constitución¹⁸.

Para contrarrestar lo afirmado por los representantes de la clase política, hemos encontramos argumentos jurídicos y doctrinales para justificar un legítimo involucramiento de Empresas B en áreas consideradas como competencia privativa del Estado.

5.2. Derechos económicos, sociales y culturales

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) y su Protocolo Facultativo como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de De-

regulan el sistema interamericano de protección de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC).

Conceptualmente, mientras que los derechos civiles y políticos exigen una acción negativa por parte del Estado al impedirle una interferencia en la esfera privada del individuo, al contrario, los DESC suponen un derecho de crédito frente al Estado para exigir una acción del mismo. Entonces, el Estado enfrenta una distinción entre obligaciones de hacer y no hacer. En tal sentido, Borja explica que:

[...] los derechos sociales se caracterizan, a diferencia de los de la primera generación, que no pueden satisfacerse solamente con simples “inacciones” estatales: no matar, no torturar, no realizar detenciones arbitrarias,



no invadir la esfera privada de las personas, sino que **requieren la presencia dinámica del Estado** para brindar a los más pobres servicios compensatorios, como la protección de la salud o la seguridad social o la promoción de un sistema educativo de masas, que demandan del Estado ingentes cantidad de recursos en su política social. De esta forma, los derechos de la primera generación son *oponibles* al Estado, los de la segunda generación son *exigibles* del Estado y *oponibles* a los grupos económicamente privilegiados (énfasis añadido)¹⁹.

Entonces, los derechos de primera generación imponen una obligación negativa de abstenerse de hacer algo, por ejemplo, no atentar contra la vida de una mujer o no privar arbitrariamente de la libertad a un individuo. En cambio, los derechos de segunda generación contienen obligaciones de resultados positivos de proveer bienes y servicios a los ciudadanos mediante la implementación de acciones gubernamentales concretas, como por ejemplo, el ‘Programa de alimentación escolar’ del Ministerio de Educación o las políticas públicas para el financiamiento de viviendas de interés social de la banca pública.

5.3. Dimensión colectiva de los derechos económicos, sociales y culturales

La dimensión colectiva de los DESC consiste en la exigencia al Estado de cruzar la línea que separa una norma enunciativa a una política pública de acción para garantizar un derecho concreto. Refiriéndose a la responsabilidad del Estado frente a los DESC, Sosa menciona que:

[...] La dimensión colectiva de estos derechos participa de una cualidad difusa, que busca

establecer el marco de acción del Estado en la política económica la dimensión colectiva propone la actuación prestacional de este para con un grupo colectivo; es decir, busca el acceso universal de bienes y servicios de quienes no poseen esos bienes y servicios, exigiendo al Estado que los satisfaga. La dimensión colectiva convierte a los DESC en derechos de acceso: así, el derecho a la propiedad se convierte en el derecho de acceso de todos a una vivienda, y **obliga al Estado positivamente a** “proveer a todos de una vivienda” (énfasis añadido)²⁰.

5.4. Progresividad

El concepto de la progresiva implementación de los DESC es importante porque se entiende que Estados con diferentes niveles de desarrollo económico tendrían a su vez, distintos grados de satisfacción de tales derechos. Pese a que todos los seres humanos son titulares de los mismos derechos, en la práctica los ciudadanos de países en vías de desarrollo como Ecuador no van a tener el mismo grado de satisfacción del derecho a la salud, que un ciudadano de un país escandinavo, en virtud del

mayor desarrollo económico de tal región.

De tal manera, la realidad social y del progreso económico de cada país marca el ritmo en la progresiva implementación de los DESC, siendo, obviamente, la meta final de los Estados la íntegra satisfacción de los mismos. Sobre la noción de progresividad, Ávila sostiene que:

[...] en la teoría tradicional de los derechos humanos, solo los derechos que tenían dimensiones negativas podían ser justiciables porque no significaban erogación alguna de parte del Estado y significaba que el Estado estaba abusando de su poder. El ejemplo paradigmático es el de la libertad de movimiento. Toda persona tiene la posibilidad y la atribución de moverse donde le sea permitido; si alguna autoridad pública le impide el movimiento, estaba violando el deber de abstenerse. Por el contrario, **los derechos sociales, que se consideraban prestacionales, requerían de recursos económicos y humanos para su realización y, por tanto, su consecución era progresiva (énfasis añadido)**²¹.

5.5. Justiciabilidad

Ahora, respecto a la justiciabilidad de los DESC, sería

absurdo considerar que un indigente tiene el derecho de tocar la puerta de una casa y demandar a su habitante el acceso a alimentación y alojamiento porque los DESC son exigibles judicialmente frente al Estado, no frente al vecino.

Tradicionalmente la visión respecto a la participación de la sociedad civil en el efectivo cumplimiento de tal obligación está distribuida a través del pago de impuestos. Esto involucra una transferencia de riqueza desde los contribuyentes hacia la población de escasos recursos. A su vez, aquello conlleva a un Estado de bienestar con una enorme masa burocrática para administrar hospitales, escuelas, centros de salud, universidades, etc.

En este orden de ideas, Sosa afirma que “los problemas de

justiciabilidad de los DESC no estriban en su dimensión individual sino en la dimensión colectiva, y en la llamada “dimensión intermedia” como políticas públicas del Estado (normas programáticas)”²². Podríamos agregar que dicha percepción peca de inobservar el hecho que el Estado, además de promulgar políticas públicas, requiere la erogación de recursos económicos para la efectiva implementación de los DESC.

Partiendo de un análisis en presupuestos fácticos, y no teóricos, cabe cuestionarse ¿cuál es el beneficio concreto de la positivización del derecho constitucional a la vivienda digna y dotación de albergues? En el espectro deontológico todos deseáramos que los DESC estén plenamente garantizados, no



obstante, en el mundo ontológico el Estado no cuenta con el presupuesto para asegurar a todos los ciudadanos un lugar de alojamiento. Tales contrastes entre lo deseable y lo alcanzable generan una erosión en la confianza y legitimidad de la norma constitucional.

5.6. Neoconstitucionalismo

La Constitución ecuatoriana del 2008 recibió una fuerte influencia doctrinal del llamado “neoconstitucionalismo” que se define como una nueva teoría jurídica que busca transformar el Estado de Derecho en el Estado Constitucional de Derecho. Dicha teoría plantea una amplia intervención del Estado en la sociedad civil y la creación de espacios democráticos igualitarios y de respeto a los derechos humanos. Adicionalmente, sostienen que las constituciones deben proclamar un extenso catálogo de derechos a favor de los ciudadanos. Esta ideología sigue entonces una lógica cuantitativa, porque se entiende a mayor derechos consagrados positivamente en la Constitución, mayor garantismo y protección a los ciudadanos.

A nuestro modo de ver, el neoconstitucionalismo es una suerte de positivización forzada

de los DESC en un marco constitucional. Lo lógica subyacente a la teoría jurídica de los DD.HH. consiste en que los Estados son responsables de un cumplimiento progresivo de los DESC. No obstante, el neoconstitucionalista ecuatoriano se inventó una obligación de cumplimiento inmediato de los DESC. Esto ha venido justificando una mayor intervención del Estado en la economía, un aumento de la carga tributaria y la monopolización del poder político. Tales herramientas políticas y económicas supuestamente llevarían como resultado una efectiva realización de los DESC, sin embargo, la efectiva asistencia social del Estado ecuatoriano en la realidad difiere mucho de los buenos deseos de la norma neoconstitucionalista.

Los derechos, de cualquier tipo, adquieren significado y vigencia material y objetiva en la medida que su invocación y ejecución sea atendida de manera efectiva por los órganos jurisdiccionales. Esto prueba que el neoconstitucionalismo es una ideología falaz porque invocar los DESC como derechos de acceso equivaldría a que los ciudadanos podrían obligar al Estado, mediante una acción judicial, a construir un albergue para los indigentes que trasnochan en las veredas de calle Quito en la ciudad de Guayaquil. De acuerdo al criterio de Sosa: “las normas se invocan para su ejecución. Una norma que no es susceptible de ser ejecutada se vuelve ilógica y se ve seriamente cuestionada en su legitimidad”²³.

Por un lado, no existen medidas reales de protección de los DESC que deriven de una petición ante un órgano jurisdiccional. Por otro lado, es innegable la imposibilidad fáctica del Estado ecuatoriano en



el cumplimiento de todas las prestaciones sociales comprometidas constitucionalmente. Por ende, podemos concluir que el extenso catálogo de derechos “garantizados” en la Constitución son, en gran medida, simplemente derechos de papel.

5.7. El rol del sector privado para garantizar los DESC

Hemos visto, por un lado, que la corriente jurídica dominante otorga la competencia al Estado para garantizar los DESC y que la Constitución ecuatoriana peca de ilegitimidad porque muchos de los supuestamente “derechos garantizados” son en realidad simplemente normas programáticas o buenas intenciones.

Por otro lado, es sabido que los instrumentos internacionales no tienen un rol de asignación ideológica de un modelo económico determinado, es decir, los tratados de DD.HH. no sostienen o afirman ideología alguna. En este sentido, el Art. 1 del PIDESC establece el derecho a la libre determinación en el desarrollo económico y social y a disponer libremente de la riqueza. En base a tal norma encontramos una justificación al involucramiento de la sociedad civil y emprendedores sociales de impacto civil en garantizar los DESC, como

complemento a los esfuerzos del sector público.

Hay doctrina que comparte nuestro entender, así, según Henkin “los derechos económicos y sociales (alimentación, vivienda, trabajo, salud y educación) podrían ser satisfechos, en una sociedad afortunada, por la iniciativa privada, por la fuerza del mercado, mediante contratos de trabajo y a través de seguros privados.”²⁴

A lo largo de la historia el Estado ecuatoriano ha probado ser gravemente ineficiente y perversamente corrupto en el manejo de recursos públicos. Una lacerante concentración de poder político y económico ha socavado la libre iniciativa de los individuos. Creemos que las decisiones sobre asignación de recursos en proyectos sociales debe trasladarse al mercado y debe otorgarse mayor libertad de acción a los emprendedores sociales a fin de identificar soluciones para garantizar los DESC. En fin, los Estados y organismos internacionales de DDHH deberán prestar más atención a la capacidad de los individuos de contribuir y participar activamente en la realización de los DESC.

6. Conclusiones

Los emprendedores sociales son el tipo de personas apasio-

nadas por la vida, que buscan cambiar al mundo hacia algo mejor y que comparten los beneficios de su productividad a la sociedad. Los incipientes pero exitosos emprendimientos sociales a nivel local demuestran el gran potencial del sector privado con fin de lucro para causar un impacto social y ambiental positivo en el Ecuador.

Sin embargo, los emprendedores sociales se enfrentan con la durísima tarea de escalar sus proyectos. Tal crecimiento se consigue mediante la sistematización de su modelo de negocio y con una estrategia de sostenibilidad económica que les permita crecer, sostenerse en el tiempo y generar un impacto. Por parte del Estado, ellos necesitan políticas públicas adecuadas para alinear sus objetivos de crear beneficios sociales, ambientales y económicos. Por tanto, es necesario desarrollar un ecosistema de innovación social que les permita regular su status jurídico y facilitar el acceso a financiamiento.

El desarrollo de una legislación favorable a las empresas con propósito es una labor indispensable. Ya existen proyectos de ley en trámite en países como Chile, Colombia y Argentina para institucionalizar las CBP. Es necesario difundir estas ideas y encontrar apoyo en la función legislativa,

tanto en sectores de derecha como de izquierda, para la construcción de marcos legales favorables. Fundamentalmente, la normativa debería incluir mecanismos de protección a los inversionistas a fin de evitar un desvío de la misión y contener incentivos de toda clase, sean tributarios o administrativos, para impulsar al sector privado como agente de cambio.

Además, para fortalecer las capacidades de los emprendedores de triple impacto debe crearse un clima de negocios más amigable y un mayor grado de flexibilidad que facilite al emprendedor la forma de hacer negocios. Esto se materializa a través de trámites simples y expeditos, menos burocracia y en mecanismos financieros alineados a la innovación social.

Las oportunidades de recibir inversión extranjera para proyectos sociales son sumamente prometedoras. El desafío de convertir una aspiración a una realidad concreta, que pueda ayudar a satisfacer necesidades básicas de miles

de ecuatorianos, consiste en que los actores del ecosistema del emprendimiento social tomen acciones correctas y coordinadas para mostrar el potencial de los proyectos sociales ecuatorianos a las diversas organizaciones que proveen financiamiento de impacto.

Este tipo de estructuras pueden servir como una solución “extra-gubernamental” a la actual recesión económica, actuando como vehículos de crecimiento económico, creación de empleo y generación de impacto social y ambiental positivo en el país. De conseguirse la reforma legal, es probable que en el mediano o largo plazo, la compañía anónima deje de ser la estructura societaria por antonomasia, y pase a ser una de muchas otras alternativas legales. Mientras tanto, en el corto plazo sería provechoso promover un diálogo público-privado entre la SCV, el Sistema B y emprendedores sociales para trabajar en conjunto una reglamentación adecuada sobre la sociedad de interés público¹⁰

1. www.sistemab.org (acceso 25/04/2017).
2. Larrea Holguín, Juan. Manual elemental de derecho civil del Ecuador. Tomo VIII. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1995, p. 94.
3. Código Civil. Artículo 748. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.
4. González Torre, Roberto. El Fideicomiso en Derecho Civil y Comercial del Ecuador. Guayaquil. Edino. 2000, p. 19.
5. Código Orgánico Monetario y Financiero. Libro II. Ley de Mercado de Valores. Artículo 103. Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.
6. Id., Artículo 135.
7. Id., Artículo 105.
8. Id., Artículo 127.
9. Traducción Libre. Allen, William, et al. Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations, 4th Ed. Aspen. (2012), p. 217.
10. Traducción libre. Cfr. Mastering the Benefit Corporation. http://www.americanbar.org/publications/blt/2016/07/02_montgomery.html (acceso: 16/05/2017).
11. Id., p. 218.
12. Allen, William, et al. Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations. Óp. cit., p. 269.
13. Cfr. Corte Suprema de Iowa. Cookies Food Products v. Lakes Warehouse. Sentencia, 19 de octubre de 1988.
14. Allen, William, et al. Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations. Óp. cit., p. 364.
15. Cfr. Corte Suprema de Delaware. In Re The Walt Disney Company Derivative Litigation. Sentencia, 8 de junio del 2006.
16. Traducción libre. Corte Suprema de Delaware. Malone v. Brincat. Sentencia, 18 de diciembre de 1998.

17. Mujica Filippi, Juan Diego. Sociedades de beneficio e interés colectivo: un aporte societario al bienestar social y medioambiental. Tesis de grado. Universidad de Lima, Lima, 2016, pp. 36-38.
18. Pabel Muñoz. <http://www.ecuadorenvivo.com/politica/24-politica/58785-pabel-munoz-tras-grandes-acuerdos-nacionales-en-el-trabajo-legislativo.html#.WMLuyhh7FE4> (acceso: 19/04/2017).
19. Borja, Rodrigo. Enciclopedia de la Política. <http://www.encyclopediadelapolitica.org> (acceso: 19/04/2017).
20. Sosa Meza, Jorge. Estudios de Derechos Humanos Fundamentales. Guayaquil: ONI, 2002, p. 105.
21. Ávila, Ramiro. “Los principios de aplicación de los derechos” Constitución del 2008 en el contexto andino. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos -V&M Gráficas, 2008, p. 54.
22. *Óp. cit.*, p. 104.
23. *Óp. cit.*, p. 105.
24. Traducción libre. Henkin, Louis, et al. Human Rights (University Casebook Series). 2nd Ed. Foundation Press. 2009, p. 157.

BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS EN LÍNEA

- In Search of the Hybrid Ideal. Julie Battilana, Matthew Lee, John Walker y Cheryl Dorsey. Stanford social innovation review. Publicado digitalmente en: https://ssir.org/articles/entry/in_search_of_the_hybrid_ideal
- Why Companies Are Becoming B Corporations. Suntae Kim, Matthew J. Karlesky, Christopher G. Myers y Todd Schifeling. Harvard Business Review. Publicado digitalmente en: <https://hbr.org/2016/06/why-companies-are-becoming-b-corporations>
- From “to B or not to B”. Susan Mac Cormac. Mofo impact blog. Publicado digitalmente en: <http://impact.mofo.com/deal-structures/from-to-b-or-not-to-b-a-b-corporation-is-not-a-new-corporate-form/> (acceso: 25/04/2017).
- Un mercado creciente de US\$750 mil millones. Descubriendo oportunidades en la base de la pirámide en América Latina y el Caribe. Banco Interamericano de Desarrollo. https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6992/Un_Mercado_Creciente_de_US%24750_mil_millones.pdf?sequence=7
- Ferguson, Niall. Civilization: The West and the Rest. London: Allen Lane, 2011.
- Antoni Gutiérrez-Rubí. Millennials en Latinoamérica. Una perspectiva desde Ecuador. https://www.fundaciontelefonica.com/artes_cultura/publicaciones-listado/pagina-item-publicaciones/itempubli/554/ (acceso: 24/04/2017).
- Borja, Rodrigo. Enciclopedia de la Política. Publicada digitalmente en: <http://www.encyclopediadelapolitica.org>. (acceso: 24/04/2017).
- Brigante, Rafael. Revista de derecho societario No. 5. Guayaquil. Edino. 2000.
- Odusolu, Temidayo. Impact investments in emerging markets. <http://impact.mofo.com/foreign-investments/impact-investing-in-emerging-markets/> (acceso: 24/04/2017).
- Larrea Holguín, Juan. Manual elemental de derecho civil del Ecuador. Tomo VIII. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 1995.
- González Torre, Roberto. El Fideicomiso en Derecho Civil y Comercial del Ecuador. Guayaquil. Edino. 2000.
- Allen, William, et al. Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations, 4th Ed. Aspen. 2012.
- Sosa Meza, Jorge. Estudios de Derechos Humanos Fundamentales. Guayaquil. ONI. 2002.
- Henkin, Louis, et al. Human Rights (University Casebook Series). 2nd Ed. Foundation Press. 2009.
- Ávila, Ramiro. Constitución del 2008 en el contexto andino. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos -V&M Gráficas, 2008.
- Mastering the Benefit Corporation. http://www.americanbar.org/publications/blt/2016/07/02_montgomery.html (acceso: 16/05/2017).
- Understanding and Improving Benefit Corporation Reporting. http://www.americanbar.org/publications/blt/2016/07/04_murray.html (acceso: 16/05/2017).