

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Implementación de un adecuado marco de enforcement
societario en Ecuador**

Mateo Vicente Landívar Chávez

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de Abogado

Quito, 19 de noviembre de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Mateo Vicente Landívar Chávez

Código: 00201981

Cédula de identidad: 1721499604

Lugar y Fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

IMPLEMENTACIÓN DE UN ADECUADO MARCO DE ENFORCEMENT SOCIETARIO EN ECUADOR¹

IMPLEMENTATION OF AN ADEQUATE CORPORATE ENFORCEMENT FRAMEWORK IN ECUADOR

Mateo Vicente Landívar Chávez²

mateolandivar06@gmail.com

RESUMEN

Este ensayo se enmarcó en la situación actual ecuatoriana con respecto a la aplicación de la normativa societaria y en la posible implementación de reformas para establecer un marco de enforcement adecuado. Apoyándose en su derecho en libros, ¿se podría desarrollar un planteamiento que asegure la correcta aplicación de tales normas? El ensayo sostuvo que sí, entre algunas medidas, principalmente mediante la creación de un Foro arbitral especializado en materia societaria, para mejorar el escenario dado que hoy por hoy, el enforcement societario en Ecuador es inexistente. Para validar su aplicación práctica, se acogió como caso de estudio la experiencia en Delaware, Israel y Colombia. La exposición es presentada a través de un método deductivo, mixto (cualitativo y cuantitativo) y del estudio comparado y comparativo de otras jurisdicciones. Tras un profundo análisis, se ultima que el planteamiento es plausible y compaginaría convenientemente con las últimas reformas referentes al derecho societario.

PALABRAS CLAVE

APLICACIÓN DE LA LEY, DERECHO SOCIETARIO, SISTEMA JUDICIAL, ARBITRAJE, TRIBUNALES ESPECIALIZADOS.

ABSTRACT

This essay analyzes the current Ecuadorian situation regarding corporate law enforcement and the possible implementation of reforms to establish an adequate enforcement framework. Relying on its law on the books, could the country develop an approach that ensures the correct application of such rules? This essay argues that, among other measures, mainly through the creation of an arbitration forum specialized in corporate matters, the current situation has room for improvement. To validate its practical application, this essay uses the experience in Delaware, Israel, and Colombia as case studies. The conclusion is presented through a deductive method, qualitative perspective, and the comparative study of other jurisdictions. After a thorough analysis, it is concluded that the proposal is plausible and would conveniently resonate with the latest reforms regarding corporate law.

KEYWORDS

LAW ENFORCEMENT, CORPORATE LAW, ARBITRATION, JUDICIARY SYSTEM, SPECIALIZED COURTS.

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Oswaldo Santos Dávalos.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO.- 5. EL ENFORCEMENT DEL DERECHO SOCIETARIO.- 6. APLICACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO EN ECUADOR.- 7. EL ARBITRAJE COMO INSTRUMENTO PARA MEJORAR EL ENFORCEMENT SOCIETARIO.- 8. CONCLUSIONES.-

1. Introducción.

La noción general de *enforcement* tiende a aparecer de manera difusa en el contexto latinoamericano e incluso europeo³. Este término, desde una perspectiva legal, alude a los procedimientos iniciados ante una Corte u otros tribunales⁴. El desarrollo histórico del derecho societario ecuatoriano demuestra la inexistencia de herramientas⁵ que permitan un adecuado *enforcement* de la normativa societaria. Este hecho se vincula con las falencias del sistema de administración de justicia presentado en Ecuador. Al día de hoy, no se ha planteado formalmente la creación de un espacio con jueces expertos en materia societaria.

Hoy por hoy, en Ecuador, dirimir los conflictos en esta materia es competencia de los jueces de lo civil. Estos jueces están llamados a conocer y resolver conflictos societarios, a pesar de no tener conocimiento especializado sobre dichos asuntos. Existen varios esfuerzos porque se elimine este problema y se posibilite a las compañías contar con seguridad jurídica para evitar la constante disputa que el escenario de hoy en día presenta. Gracias al avance en su derecho en libros, si consigue que se plasmen en la práctica de manera efectiva, Ecuador podría situarse por encima de países que se actualizan constantemente y procuran establecer marcos adecuados de *enforcement* de manera continua⁶.

Existen países que han demostrado tener modelos estables y exitosos de *enforcement* societario, comprobando ser jurisdicciones en las que la ley es clara y bien ejecutada. Ecuador se encuentra por detrás de estos modelos dado que no permite una armonía entre lo que el derecho establece y lo que en el terreno de juego se practica. Por otro lado, el país ha

³ Francisco Reyes, *Análisis Económico del Derecho Societario*, (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2012), 84-88.

⁴ John Armour, “Enforcement Strategies in UK Corporate Governance: A Roadmap and Empirical Assessment”, *ECGI - Law Working Paper No. 106/2008* (2008), 3.

⁵ Paúl Noboa Velasco. “Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano”, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF). Working Paper Series 5/2020* (2020), 37.

⁶ Aurelio Gurrea Martínez, Paúl Noboa Velasco y Esteban Ortiz Mena, “Modernizing Corporate Law in Latin America: Lessons from Ecuador”, *Oxford Business Law Blog*, 27 de enero de 2021, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/01/modernizing-corporate-law-latin-america-lessons-ecuador>

demostrado no quedarse atrás en el trabajo y estudio por la evolución normativa, por cuanto ha modernizado su legislación desde varias aristas. Sin embargo, debe encontrarse una vía apropiada para permitir que se pueda ejercer lo definido legalmente de forma eficaz.

Contar con un adecuado derecho en libros y eficiente sistema de *enforcement* es fundamental para el desarrollo económico⁷. Sobre aquello, cabe decir que existen muchos beneficios, evidenciados en los países con sistemas judiciales efectivos. Entre ellos, se ha mencionado que además de proteger a los inversionistas locales, esta iniciativa también “(...) podría favorecer la atracción de consumo e inversión en el país, además de promover la creación y financiación de empresas”⁸. Esto promovería una mayor seguridad jurídica al momento de resolver controversias societarias.

Con el *enforcement*, se pretende activar mecanismos óptimos que aseguren una expedita aplicación protecciones sustantivas en provecho de todo grupo de interés vinculado a una sociedad mercantil⁹. Es fundamental encontrar la aplicación del reconocimiento de principios adecuados suficientes para encausar, debidamente, las relaciones societarias y proteger, cuando correspondiere, a los grupos de interés que no controlan una compañía¹⁰. Ecuador aún se encuentra ante varios desafíos de índole urgente, pero, en definitiva, prima la necesidad de contar con autoridades especializadas para la resolución de controversias societaria.

Este trabajo se plantea demostrar si existe o no una debida aplicación de las normas y, con ello saber si tal *enforcement* es aprovechado en su totalidad. Los resultados serán discutidos de acuerdo con la realidad ecuatoriana y lo que su legislación determina. La metodología que se utilizará para dicho análisis es deductiva, poseerá un enfoque cualitativo y cuantitativo, así como ciertamente axiológico, el cual permitirá realizar un exhaustivo estudio comparativo con base en diversas jurisdicciones.

2. Estado del arte.

⁷ Aurelio Gurrea Martínez y César Coronel Jones, “Propuesta para la Mejora y Modernización de la Legislación Societaria en Ecuador” *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas Working Paper Series 2/2019* (2019), 65. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3383861>

⁸ *Id.*

⁹ Paúl Noboa Velasco, “El Enforcement Societario en Ecuador”, *Columna Societaria Lawyers Ec Magazine*, 05 de octubre de 2021, https://twitter.com/lawyers_ec/status/1445547460454072324

¹⁰ *Id.*

Para que el Derecho Societario pueda reducir el riesgo de oportunismo de los denominados *corporate insiders*¹¹ y proteger a los inversores de manera efectiva, debería existir un adecuado marco de aplicación de las normas societarias¹². Caso contrario, cualquier reforma propuesta al marco societario en los libros (o, en general, de cualquier ámbito del Derecho), por más avanzado que este fuere, resultaría inaplicable en la práctica¹³.

Un importante sector doctrinario sostiene que es imperativo considerar la creación de un medio que se base en un sistema alternativo de resolución de conflictos societarios¹⁴. El marco procesal ordinario en Ecuador podría encontrar incompatibilidad con la necesidad de asegurar una adecuada aplicación de las normas societarias¹⁵. Esta medida es complementaria con una serie de acciones que se recomienda tomar para conseguir un *enforcement* societario adecuado¹⁶.

El *enforcement*, entendido como la buena aplicación del Derecho, así como las reglas por sí mismas, son complementarios¹⁷. Para cumplir con sus objetivos, es esencial actualizar el régimen societario adjetivo para obtener un *enforcement* adecuado¹⁸. Tener una figura exacta o similar a la de los tribunales económicos especializados, presente en varios países, representa una sustancial evolución en la rama referida. Entre otras acciones, la base para que este sistema funcione, en virtud de los distintos ordenamientos jurídicos en los que aparece, es que el poder judicial coopere con la legislatura¹⁹.

Partiendo de la diferencia entre el Derecho en los libros y el Derecho en la acción²⁰, el Derecho Societario en Ecuador aún afronta el gran desafío de implementar un marco procesal avanzado que permita resolver las controversias societarias de manera oportuna y técnica²¹. Ante la ausencia de un marco de *enforcement* eficiente, cualquier esfuerzo

¹¹ Traducción no oficial: Grupos controladores.

¹² Gurrea *et. al.*, “Propuesta”, 62.

¹³ Roscoe Pound, “Law in Books and Law in Action”, *American Law Review* 44, No. 1. (1910): 12-36.

¹⁴ Gurrea, *et. al.*, “Propuesta”, 63.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Marco Ventoruzzo, Pierre-Henri Conac, Gen Goto, Sebastian Mock, Mari Notari, Arad Reisbegr, 2015. *Comparative Corporate Law. Comparative Corporate Law*. (St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2015), 107.

¹⁷ La Porta, Rafael, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer and Robert Vishny, “Law and Finance After a Decade of Research Article in Handbook of the Economics of Finance”, *Harvard University & University of Chicago. Legal Rules Versus Law Enforcement* (2021), 445-446.

¹⁸ Gurrea, *et. al.*, “Propuesta”, 63.

¹⁹ Marco Ventoruzzo, *et al. Comparative Corporate Law*, 107

²⁰ Pound, “Law in Books”, 12.

²¹ Noboa, “El Enforcement Societario en Ecuador”, 2.

legislativo para modernizar las disposiciones de la Ley de Compañías podría resultar insuficiente²². En este estudio, se puede apreciar un justo enfoque a la imperante necesidad de mejorar el sistema de justicia actual o apostar por el uso de un mecanismo alternativo.

3. Marco Teórico.

Como se ha demostrado hasta el momento, se han generado varios criterios muy similares al tratar las posibles vías para aplicar el Derecho en libros²³. Para darle forma a la obtención de esta conjugación de teoría y práctica, existen, en principio, dos opciones que lo permitirían. En primer lugar, la justicia ordinaria, sistema que se aplica en la actualidad en Ecuador y, el arbitraje, como método alternativo de resolución de conflictos, mecanismo bien aplicado en muchos países a los que se hará mención.

Para el enfoque que este análisis requiere, precisamente en temas de aplicación de normas de derecho corporativo, hay un país que lo ha ejecutado impecablemente. Se trata de Estados Unidos, ya que cuenta con uno de los modelos mejor desarrollados de *enforcement* dado a su eficiente sistema de resolución de controversias societarias²⁴. Delaware es un Estado que se ha posicionado con una fuerte ventaja por sobre los demás en este país, en esta materia. Este Estado goza de una distinguida Corte conformada por jueces especializados en asuntos societarios y una Corte Suprema con la misma calidad de versados en la misma materia²⁵.

Por otro lado, se ha comentado a breves rasgos sobre la justicia ordinaria y su situación existente en Ecuador. En la actualidad del país, varias ramas del Derecho cuentan con jueces especialistas, lo son puesto que les corresponde dirimir controversias en cada una de dichas áreas. No es el mismo escenario para el derecho societario, dado que es notoria la ausencia de especialización en los jueces y por ello muchos casos se dilatan o simplemente no se solucionan de la mejor manera.

En lo relativo a los mecanismos alternativos de resolución de controversias, autores mencionan un planteamiento bajo la figura de tribunal arbitral especializado en materia

²² Gurrea, *et al.*, “Modernizing Corporate Law in Latin-America”

²³ Gurrea *et. al.*, “Propuesta”, 62.

²⁴ Venteruzzo, *et al.*, “Comparative Corporate Law”, 38.

²⁵ *Id.*

societaria, se trata de una opción con justificada preferencia²⁶. Gurrea, *et. al.* señalan que los avances de las normas societarias dependerán significativamente de si se aplican correctamente²⁷, para evitar la propensión al oportunismo²⁸ y la disminución de costos²⁹.

Para mayor practicidad, es indispensable tener expertos con excepcionales estándares técnicos y cualidades éticas para dirimir controversias societarias³⁰. Este aspecto contribuirá a su vez al crecimiento económico del Estado que asegure una aplicación práctica de sus normas jurídicas³¹. Para aquellos efectos, la propuesta a la que se ha hecho alusión para promover la correcta aplicación del buen Derecho en libros, exige dos básicos factores.

El primero es, sin duda alguna, un preclaro requisito que, a su vez, es intrínseco en esta propuesta: se debe contar con verdaderos entendidos en finanzas corporativas, economía, contabilidad y ante todo, derecho societario³². Estos intermediarios necesitarían demostrar su conocimiento sobre normativa local, extranjera y también estar al día en opiniones doctrinarias y jurisprudenciales en asuntos societarios³³. Sin este elemento, la práctica se complicaría y nos llevaría al problema inicial, tener autoridades con experticia en otras materias a cargo de resolver conflictos en procedimientos societarios.

Sobre el segundo requisito, es primordial ofrecer facilidades para el acceso a este tribunal especializado. Para su funcionamiento, se ha mencionado que “[...] el auspicio económico podría provenir de las tasas recaudadas de compañías extranjeras y otra parte de un subsidio estatal complementario”³⁴. Esta iniciativa sería favorable en varios aspectos, ciertamente en lo referente a costes y al tratarse de una tutela sofisticada para inversionistas, incentivaría a muchas compañías a domiciliarse en Ecuador. Si bien existen otras

²⁶ Gurrea, *et al.*, “Modernizing Corporate Law in Latin America: Lessons from Ecuador.”

²⁷ *Id.*

²⁸ Reyes, “Análisis Económico del Derecho Societario”, 84-88.

²⁹ Gurrea *et. al.*, “Propuesta”, 62-67.

³⁰ *Id.*

³¹ John Coffee, “The Future as History: The Prospects for Global Corporate Governance and its Implication”, 93 *Nw U.L. Rev.* 641, 1999, 26. Citado por: Francisco Reyes Villamizar, “Análisis Económico del Derecho Societario”, 87.

³² Gurrea *et. al.*, “Propuesta”, 62.

³³ Aurelio Gurrea Martínez, “La sociedad por acciones simplificada como paradigma de innovación jurídica: Una reflexión sobre la función social de los investigadores de Derecho a partir de la experiencia de la SAS en Colombia”, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, Working Paper Series 2/2018*”, 25 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3097775.

³⁴ Gurrea; *et. al.*, “Propuesta”, 62-67.

alternativas, dado que el arbitraje es costoso, una mejor opción podría ser recurrir al organismo de control de las compañías en Ecuador.

A pesar de que la intención de la mencionada propuesta es meritoria, podría pasar que en Ecuador no llegue a efectuarse dado a que este escenario presenta varios obstáculos y limitaciones que se puntualizarán más adelante. Por esta razón, la sugerencia expuesta por el Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, podría funcionar siempre que se adapte a nuestra realidad para solucionar los inconvenientes procesales vigentes y, a su vez, marcar un referente para la región. Por consiguiente, resultaría conveniente sustituir el marco procesal societario ecuatoriano, para asegurar su adecuado funcionamiento.

Con fundamento en la experiencia de otras jurisdicciones, expertos en materia societaria sugieren la creación de un centro especializado para la resolución de controversias en esta materia³⁵. Este permitiría a las partes beneficiarse de una solución técnica a sus controversias, derivándose, de esta manera, mayores beneficios en el funcionamiento del mismo.

En atención a lo citado sobre el trabajo que propone la mejora y modernización de la legislación societaria³⁶, un mejor aporte se resume en el desarrollo de un Foro para otorgar a las partes mayor facilidad y apertura en muchos aspectos. Además, la Superintendencia de Sociedades de Compañías, Valores y Seguros, SCVS, podría ser quién administre el Foro y se encargue del financiamiento del mismo, de acuerdo con requerimientos específicos. Cabe mencionar que esta atribución de gestión del Foro, no debería implicar que la SCVS dirima directamente estas controversias. Este tema gozará de mayor y más prolijo desarrollo en la exposición de los siguientes capítulos.

4. MARCO NORMATIVO.

En la actualidad, Ecuador ha invertido esfuerzo en modernizar su marco societario sustantivo, avance normativo que ha sido reconocido por varios países a escala regional y global³⁷. La entrada en vigencia de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, así

³⁵ Gurrea; *et. al.*, “Propuesta”, 62-67.

³⁶ Gurrea; *et. al.*, “Propuesta”, 62-67.

³⁷ Daniel Carreño Monsalve. “Ley de Modernización a la Ley de Compañías, cómo Ecuador pasó a estar a la Vanguardia del Derecho Societario en América Latina y lo que Significa para la Región”, *Revista Jurídica Uniandes*, Vol 6 (1), (2021), 136-164.

como varias reformas en el ámbito societario, específicamente, han significado un paradigmático y notable avance. Significa una gran mejoría en varios principios y distintos procedimientos societarios.

El alcance de este avance es tal por la creación de las Sociedades por Acciones Simplificadas, SAS; la protección de los socios o accionistas minoritarios mediante el establecimiento de las acciones derivadas; o del sistema de la mayoría de la minoría para regular las operaciones entre partes vinculadas. Por otro lado, también se ha incluido el reconocimiento de la *business judgment rule* como patrón para medir la diligencia o eventual negligencia de los administradores y, finalmente, la promulgación de un Código de Gobierno Corporativo, por citar algunos ejemplos³⁸.

Por medio de una clara agrupación de normas en distintos códigos y cuerpos legales, se anunciará la normativa existente, principalmente en grado nacional, así como a nivel más amplio por vía de instrumentos internacionales.

4.1. La normativa que rige en Ecuador.

La norma suprema en el país es la actual Constitución, CRE, misma que tiene vigencia desde 2008. El artículo 76 literal k se refiere al derecho a la defensa que las personas deben ser juzgadas por un juez independiente imparcial y competente³⁹. Dentro de la misma norma, los principios que rigen al ordenamiento son enumerados de manera taxativa. Uno de ellos presta alta relevancia a los temas en cuestión, dado que expone que ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria⁴⁰. En otras palabras, la ley máxima reconoce el principio de unidad jurisdiccional.

El caso ecuatoriano difiere del colombiano, en el cuál la Constitución permite, como excepción, en el modificado artículo 116, que en materias precisas, determinadas autoridades administrativas tengan atribuidas facultades jurisdiccionales⁴¹. En tal sistema, la facultad de administrar justicia está principalmente en cabeza de la rama judicial⁴². Es por ello, que el órgano de control y vigilancia equivalente en el país vecino, la Superintendencia de Sociedades, Supersociedades, tiene habilitada esa potestad y la aplica a través de su

³⁸ Gurrea, *et. al.*, “Modernizing Corporate Law in Ecuador”

³⁹ Artículo 168.3. Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, de 20 de octubre de 2008.

⁴⁰ Artículo 76.7.k. Constitución de la República del Ecuador, 2008

⁴¹ Artículo 116, Constitución Política de la República de Colombia, 04 de julio de 1991.

⁴² Liliana Otero, “Las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de sociedades en la ley 1258 de 2008. ¿Un ejemplo a seguir?”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* (2010) Colombia.

Delegatura para Procedimientos Mercantiles y por intermedio de su Centro de Arbitraje especializado.

Con este concepto claro, es evidente que sin una reforma constitucional, no es posible permitir a nuestro órgano de control en materia societaria que actúe como juzgador. Siendo necesario incorporar la idea del Foro de arbitraje que, siendo administrado por la SCVS, cuente con instancias de decisión independientes.

En su artículo 190, la CRE reconoce al arbitraje como procedimiento alternativo de resolución de conflictos⁴³. Siendo así, cabe señalar que no existe posibilidad de apelación a los laudos dictados por los tribunales de arbitraje⁴⁴. La regla de la inapelabilidad de los laudos se presenta como una ventaja, en términos generales, frente al sistema de justicia ordinaria, el cual lleva intrínseca la posibilidad de recurrir los fallos judiciales. Para el planteamiento en cuestión, recurrir a una figura de doble instancia, representaría mayor demora y complicaciones para la organización del mismo Foro⁴⁵.

Por otro lado, la Ley de Compañías, LC, expone en una serie de articulados, las atribuciones de los jueces de lo civil y mercantil en asuntos societarios. En el artículo 17 y 17A, se menciona que la justicia ordinaria deberá conocer los casos sobre inoponibilidad de la persona jurídica en fraudes, abusos o vías de hecho cometidas a nombre de compañías⁴⁶. El segundo artículo mencionado se refiere al mismo tema, señalando que esta acción se tramitará en procedimiento ordinario⁴⁷.

Por otro lado, el artículo 215 de la misma LC habla de la posibilidad de impugnación de los acuerdos de las juntas generales por parte de los accionistas de una sociedad anónima que representen, cuando menos, la cuarta parte de su capital social⁴⁸. La impugnación se presentará ante juez de lo civil del domicilio principal de la compañía⁴⁹.

En la relativamente reciente Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, existen una serie de artículos innumerados que hacen alusión, al igual que las referencias anteriores, a la competencia de los jueces de lo civil y mercantil del domicilio principal de una Sociedad

⁴³ Artículo 190. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁴⁴ Artículo 30. Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006.

⁴⁵ Paúl Noboa. "Problemas de Agencia", 37.

⁴⁶ Artículo 17. Ley de Compañías [LC], R.O.326 de 05 de noviembre de 1999.

⁴⁷ Artículo 17A, LC.

⁴⁸ Artículo 215, LC.

⁴⁹ Artículo 216, LC.

por Acciones Simplificada, SAS. Sucede en el caso del artículo referente al abuso del derecho de voto, al mencionar que el juez con competencia puede declarar nulidad de la determinación⁵⁰.

4.2. Instrumentos internacionales.

4.2.1. Ley modelo sobre reglas de procedimiento para la resolución de controversias en las Sociedades por Acciones Simplificadas.

Como se ha mencionado, existe una clara necesidad de reformar el marco de *enforcement* no solo en Ecuador sino en toda Latinoamérica. La Organización de Estados Americanos, OEA, a través de la Ley Modelo sobre Reglas de Procedimiento para la Resolución de Controversias en las SAS, Ley Modelo, busca establecer reglas procesales adecuadas y la necesidad de cambiar el marco procesal para tener reglas más claras, procedimientos expeditos y autoridades especializadas que diriman las controversias societarias. Este instrumento sirve de claro referente para la implementación a la que se hace alusión dado que expone reglas de procedimiento para esta problemática, precisamente.

La finalidad de esta Ley Modelo es establecida en la sección 1 del primer Capítulo, que habla de “[...] suministrar las reglas procesales aplicables a la resolución de controversias”⁵¹. En su sección de jurisdicción, menciona que “[...] la autoridad administrativa o colegiado especializado a cargo del procedimiento gozará de facultades judiciares con relación a cualquier procedimiento⁵²”, y “[...] tendrá jurisdicción exclusiva sobre dicho procedimiento”⁵³. Esta Ley Modelo, en definitiva, busca sortear los inconvenientes derivados del enfoque tradicional del *enforcement* societario en Latinoamérica, sustituyéndolo por una instancia especializada.

5. El Enforcement del Derecho Societario.

5.1. Fines del Derecho Societario.

⁵⁰ Artículo innumerado titulado “Abuso del Derecho de voto”, LC.

⁵¹ Sección 1. Resolución, Proyecto de Ley Modelo Sobre la Sociedad por Acciones Simplificada. Comité Jurídico Interamericano, CJI/RES.188(LXXX-O/12), OEA, de 9 de marzo de 2012.

⁵² Sección 1. Resolución, Proyecto de Ley Modelo Sobre la Sociedad por Acciones Simplificada. Comité Jurídico Interamericano, CJI/RES.188(LXXX-O/12), OEA, de 9 de marzo de 2012.

⁵³ *Id.*

El Derecho Societario tiene dos fines esenciales: Regular los procesos de constitución societaria y mitigar los conflictos de interés que existen entre todas las partes que se relacionan por medio de una compañía⁵⁴. Con relación al primer objetivo, se busca establecer un marco que permita a los empresarios adoptar una estructura que les posibilite operar, a través de regulaciones amigables⁵⁵, que los costos de transacción se reduzcan y que exista seguridad jurídica para los inversionistas.

En el caso ecuatoriano, el primer objetivo se ha visto reforzado mediante la implementación de las SAS. Estas tienen como sólida ventaja la formalización de emprendimientos, así el empresario evita costos de transacción que son en obstáculos en su práctica y que en otros tipos de compañías, hubieren tenido que afrontar.⁵⁶ Otro avance, por ejemplo, es el precedente de la Corte Constitucional que pretendió limitar los casos en los que se puede levantar el velo societario en contra de socios o accionistas.⁵⁷

El segundo gran objetivo del Derecho societario, mencionado de antemano, es la mitigación de los problemas de agencia⁵⁸. A partir de un punto de vista económico del Derecho, los problemas de agencia son conflictos de intereses que se derivan de la convergencia de varios intereses en una compañía, centro de imputación diferenciado dotado de personalidad jurídica independiente de sus socios o accionistas⁵⁹.

El término toma forma cuando la propiedad o el bienestar de una parte, el principal, depende de las actuaciones de terceras personas, los agentes⁶⁰. El problema se da al momento de incentivar al agente que no actúe únicamente por sus intereses sino velando también por el interés del principal⁶¹. Estos inconvenientes surgen en una amplia gama de

⁵⁴ John Armour, Henry Hansmaam y Reinier Kraakman, “Essential Elements of Corporate Law”, *ECGI Working Paper No. 134/2009*, 4. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436551

⁵⁵ John Armour, Henry Hansmann, Reinier Kraakman y Mariana Pargendler, “What is Corporate Law?” en: *John Armour et al, The Anatomy of Corporate Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), 19.

⁵⁶ Paúl Noboa Velasco y Esteban Ortiz Mena, “Elementos Característicos de las Sociedades por Acciones Simplificadas en Ecuador” (2020). <https://ssrn.com/abstract=3582137>

⁵⁷ Sentencia No. 22-13-IN/20. Corte Constitucional del Ecuador. Quito, 09 de junio de 2020.

⁵⁸ John Armour, Henry Hansmann y Reinier Kraakman, *Agency Problems, Legal Strategies, and Enforcement*. En: John Armour *et al*, *The Anatomy of Corporate Law*, 3rd ed, 2017, OUP, 57-58. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436555

⁵⁹ Paúl Noboa, “Problemas de Agencia”, 37.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ John Armour, Henry Hansmann and Reinier Kraakman, ‘Agency Problems and Legal Strategies’ en: *John Armour et al, The Anatomy of Corporate Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), 57

situaciones que van mucho más allá de aquello a lo que se podría clasificar formalmente como relaciones de agencia⁶².

Cuando las instituciones privadas de aplicación de la ley funcionan razonablemente, es posible proteger a los *accionistas* minoritarios de manera quizás más efectiva que otras figuras societarias, como por ejemplo, el derecho de suscripción preferente⁶³. Es por esto que EE.UU. cuenta con una amplia ventaja, dado que sus jurisdicciones se basan en una estrategia de estándares, el deber de lealtad, para frustrar las emisiones oportunistas de las acciones⁶⁴.

Debido a su patrón de concentración de capital, se entiende que el conflicto que debe ser atendido en Ecuador e Iberoamérica es entre los socios o accionistas que tienen un interés controlante y quienes no lo tienen⁶⁵. Esto controlaría potenciales abusos por posiciones privilegiadas en estas relaciones, lo cual se conoce como *tunneling*⁶⁶, actividad que posee variaciones diversas⁶⁷. El derecho societario tiene, entre otros fines, la función esencial de aplacar la colisión de intereses con respecto a los diferentes grupos de interés dentro de una compañía que pueden verse contrapuestos entre sí⁶⁸.

A fin de cumplir con este objetivo, según Noboa “ (...) el derecho de sociedades debe establecer mecanismos que encausen a los agentes a actuar en procura de los intereses de sus principales”⁶⁹. El enunciado sugiere que esta rama del Derecho tome cargo de los inconvenientes que puedan generarse en las relaciones entre y hacia los integrantes de una compañía para así brindar seguridad jurídica y un ejercicio correcto.

5.2. Enforcement en el Derecho societario.

⁶² *Id.*

⁶³ Edward Rock, Paul Davies, Hideki Kanda, Reiner Kraakman and Wolf-Georg Ringe, Fundamental Changes, en: *John Armour et al, The Anatomy of Corporate Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), 2017, 259-260

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ Paúl Noboa, “La implementación de las acciones derivadas en Ecuador”, *Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, 03 de agosto de 2021, <https://www.derechoyfinanzas.org/la-implementacion-de-las-acciones-derivadas-en-ecuador/>

⁶⁶ Vladimir Atanasov, Bernard Black, and Conrad S. Ciccotello. "Unbundling and Measuring Tunneling", *University of Illinois Law Review* (2014), 5. <https://www.scholars.northwestern.edu/en/publications/unbundling-and-measuring-tunneling>

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ Paúl Noboa, “La implementación de las acciones derivadas”

Un objetivo del *enforcement* societario es promover una gestión eficaz del riesgo y limitar la asunción de riesgos socialmente excesiva⁷⁰. En otros contextos, es generar una disuasión creíble, castigar las irregularidades o garantizar que las partes lesionadas reciban una compensación adecuada⁷¹. El éxito de esta herramienta legal⁷² se basa en la existencia de reguladores altamente expertos y bien informados, dotaciones que a menudo se adquieren por medio de sus interacciones con los participantes del mercado regulado en el contexto de las relaciones de supervisión diarias⁷³.

Un *enforcement* adecuado de las reglas para proteger a los inversionistas es fundamental. Es pertinente tener un funcionario judicial con entrenamiento práctico específico, formación profesional e independencia para ser protagonista en la adecuada administración de las reglas modernas del Derecho de sociedades, a quien Enriques llama el buen juez societario⁷⁴. Para hablar de *enforcement*, lo necesario es conseguir que las normas legales sustantivas se encuentren acompañadas de la efectiva aplicación de las mismas⁷⁵.

Para que se integre y funcione bien esta figura de aplicación del derecho, es imprescindible que se encuentren extrapolada con reglas procedimentales y reformas institucionales encargadas de administrar tales reglas⁷⁶. Por mencionar el caso ecuatoriano, su Ley de Compañías, LC, producto de una serie de reformas societarias del año 2020, ha situado al país a la vanguardia de la regulación societaria con relación al denominado Derecho en los libros⁷⁷.

En inglés, *Law in action* es la aplicación del Derecho, mismo que se ejecuta correctamente cuando se pone en práctica el *Law on the books* o Derecho en los libros⁷⁸. En Ecuador, el *enforcement* societario no funciona⁷⁹, por la incompatibilidad entre ambas. La

⁷⁰ John Armour, Dan Awrey, Paul Davies, Luca Enriques, Jeffrey N. Gordon, Colin Mayer, and Jennifer Payne, *Principles of Financial Regulation*, (Oxford: Oxford University Press, 2016), 578-579

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*

⁷⁴ Luca Enriques. "Off the Books but on the record: Evidence from Italy on the Relevance of Judges to the Quality of Corporate Law. Global Markets, Domestic Institutions, Corporate Law and Governance in a New Era of Cross-Border Deals". (Nueva York, Columbia University Press. 2003). 258-259.

⁷⁵ Francisco Reyes Villamizar. "Aplicación del análisis económico del Derecho a la formulación de políticas legislativas sobre la materia". *Análisis Económico del Derecho Societario*. Ibañez. pp. 125.

⁷⁶ Gurrea, *et al.*, "Modernizing Corporate Law in Ecuador"

⁷⁷ Gurrea, *et al.*, "Modernizing Corporate Law in Ecuador"

⁷⁸ Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action", 12-36.

⁷⁹ Gurrea, *et al.*, "Modernizing Corporate Law in Ecuador"

aplicación de la normativa, a pesar de sus reformas, está alejada de situarse a un nivel deseable. Es decir, en cierto sentido, la normativa está aún muy lejos de consagrar estándares que permitan ejecutar eficazmente muchos temas societarios.

En adición a aquello, el sistema procesal en general es supremamente deficiente y por ello es virtualmente inexistente. En definitiva, la administración de justicia no está en condiciones de lidiar adecuadamente con el litigio societario complejo. Para entender el panorama en su totalidad, la falta de jueces con especialización en materia societaria, resume la precaria atmósfera que se vive en Ecuador.

Dado el escenario institucional, normativo y práctico del país, ¿sería empezar de cero y cambiar de raíz lo que se ha hecho hasta ahora una solución? La pregunta surge puesto que como conclusión, existen dificultades en el ejercicio del Derecho que requieren atención de carácter urgente. Uno de los fundamentos de este razonamiento es que si en una jurisdicción no existe protección suficiente, así uno sea socio o accionista, acreedor u otro inversionista, no existe incentivo para participar en negocios con una compañía incorporada en esa jurisdicción, o al menos requerirán una compensación por el aumento del riesgo que toman⁸⁰.

Para este tema, es prudente ahondar en que es y que hace la SCVS. Se trata de un organismo técnico, orientado a vigilar y controlar el funcionamiento, organización de las compañías⁸¹. También administra las actividades de las mismas, así como la disolución y liquidación de estas y de otras entidades en las condiciones que la ley determina⁸². La vigilancia y control de la SCVS comprende los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables de una compañía⁸³. Para todos estos efectos, la SCVS podrá ordenar inspecciones y verificaciones oportunas⁸⁴.

Cabe señalar que esta entidad cuenta con autonomía administrativa y económica, misma que le permite regular y prestar servicios⁸⁵. Mucha gente acude a la SCVS pretendiendo solucionar conflictos en materia societaria y lo que no saben es que esta

⁸⁰ Marco Ventoruzzo, *et al.*, “Comparative Corporate Law”, 104.

⁸¹ Artículo 430. LC

⁸² *Id.*

⁸³ Artículo 432. LC

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ Paúl Noboa, “Problemas de Agencia”. 37.

institución no tiene potestad de juzgador⁸⁶, como se defendió anteriormente, bajo el criterio del principio de unidad jurisdiccional.

Por otro lado, este órgano es responsable de proteger al administrado a través de trámites tales como consultas, opiniones, doctrina, e inclusive, mediante las denuncias societarias, entre otros. Por la vía de justicia ordinaria, muchas veces no se resuelve el conflicto por el tiempo que toma⁸⁷. Sucede que la compañía se ha disuelto o tomado otra medida drástica en el transcurso de tiempo a la respuesta⁸⁸.

5.3. Obstáculos para implementar un sistema eficaz de enforcement.

El inversionista promedio puede no percatarse de elementos o ser engañado en sus negocios y decisiones, la cotidianidad lo demuestra en muchos ejemplos. Para Gillat, *the investor's rationale indifference*: no saber lo suficiente sobre una compañía en la que está invirtiendo y no tomar los medios para inspeccionar cada movimiento y decisión, podría ser una elección económica imprudente⁸⁹.

Los inversionistas suelen poseer una amplia tasa de compañías en su portafolio de inversiones, pero muchas veces no tienen el tiempo ni los recursos para informarse del todo en cada una de ellas⁹⁰, en referencia al nivel de inversión y el retorno esperado en cada una. Incluso si un interesado inversionista si llegase a examinar las compañías con cautela, existirán siempre lagunas de información entre esta y el inversionista. Este elemento dificulta fuertemente el poder encontrarse con un buen *enforcement* societario.

Por otro lado, también hay un problema en el *Public enforcement*⁹¹, como en muchos otros campos, son las restricciones presupuestarias: se agudiza en el derecho corporativo, debido su complejidad⁹². A pesar de que la supresión de las barreras de entrada y la reducción

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ Esteban Ortiz Mena (ex Intendente de Compañías de Quito), en entrevista por Mateo Vicente Landívar Chávez, 26 de octubre de 2021. Transcripción: https://docs.google.com/document/d/18DTvehc-es6Q8cKfQRqtHcDOIAzwqi1F7_5g0JfIQJQ/edit?usp=sharing

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ Rotem Gillad. "Corporate Law Enforcement: The Israeli experience & the Israeli Economic Court", Foro Empresarial - *El enforcement del derecho societario en Ecuador*, USFQ Colegio de Jurisprudencia, 15 de abril de 2021, video, <https://www.facebook.com/USFQJurisprudencia/videos/495322855234728>

⁹⁰ Eilís Ferran and Look Chan Ho, *Principles Of Corporate Finance Law* (Oxford: OUP, 2014), 12

⁹¹ Traducción no oficial: El uso de agentes públicos para detectar y sancionar a los infractores de las normas legales. Es el enforcement a través de una autoridad; no es una autoregulación sino por un ente que te obliga a cumplir algo

⁹² Polinsky, A., Mitchell, and Steven Shavell, "The Economic Theory of Public Enforcement of Law", *Journal of Economic Literature*, 38 (1) (2000), 45-76.

de costos son elementos determinantes, lo que el inversionista busca es tener opciones para resolver los problemas de agencia que se presentaren y cualquier otro que requiera atención⁹³.

A todo esto, aterrizando en el escenario ecuatoriano, muchos procesos son llenos de formalidades y complicaciones, lo que los vuelven largos y complejos. Esto deriva en dificultades como la congestión judicial, tardanza en las citaciones, entre otras. En materia societaria, esta problemática toma mayor fuerza puesto que a diferencia de los temas penales, laborales o familiares, por ejemplo, no existe especialización ni experticia en la autoridad judicial⁹⁴, lo cual produce deficiencia en la respuesta requerida como resultado del desconocimiento y poca calificación por parte de quien resuelve los conflictos.

Ha sido la situación en muchos campos del derecho societario, como los derechos de los accionistas minoritarios, lo que ha incentivado a las reformas para adaptar códigos y leyes de sociedades en los regímenes jurídicos de América Latina⁹⁵. El derecho en libros en Ecuador debería funcionar sin impedimentos, en virtud de los grandes avances a partir de las mencionadas reformas societarias. En estas, es notorio que las autoridades societarias han dedicado esfuerzo en eliminar requisitos innecesarios y han considerado problemas bastante serios, como lo es la protección de accionistas minoritarios, por ejemplo. Que el *enforcement* sea adecuado es esencial, sin importar si es buena o no su *law on the books*⁹⁶.

Para Villalba, en el país el área societaria se encuentra huérfana, aunque con excepciones, no existe un *local case law* importante⁹⁷. Si bien expone a la compañía como objeto de los conflictos, es también el motivo por el cual existe desarrollo económico en la sociedad⁹⁸. Insta el trabajo a través de la especialización⁹⁹, sea de un juez, tribunal, o cualquier vía de resolución de conflictos expedita y eficaz, para hacer saber al inversionista cuál es su posición en temas específicos. Villalba demanda atención a los diferentes gobiernos a través de las autoridades correspondientes, dada la necesidad de crear órganos de derecho especializados en la solución en materia societaria¹⁰⁰.

⁹³ *Id.*

⁹⁴ Vladimir Villalba, Foro Empresarial - *El enforcement del derecho societario en Ecuador*, USFQ Colegio de Jurisprudencia, 15 de abril de 2021, video, <https://www.facebook.com/USFQJurisprudencia/videos/495322855234728>.

⁹⁵ Francisco Reyes Villamizar. “Análisis Económico del Derecho Societario”, 84-85.

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ Vladimir Villalba, “El enforcement del derecho societario”

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Id.*

De los elementos más importantes para el *enforcement* es el *Master the Law*¹⁰¹, en el que los jueces están enterados sobre una materia determinada, de manera especializada¹⁰². A su vez, para esta propuesta aplica en los árbitros, quienes de igual manera deben dominar la temática sobre lo que están resolviendo. En Ecuador no es posible hablar de *enforcement* societario cuando no contamos con las características de un buen juez societario¹⁰³, mismas que permiten sustraer a este del inveterado formalismo propio de las jurisdicciones de la tradición civilista¹⁰⁴.

En muchos casos, a los tribunales se les dificulta entender el más elemental de los negocios¹⁰⁵, lo cual trae consigo una demora importante incluso en procesos sencillos. Los jueces no disponen de un buen dominio en materias afines a economía, finanzas y administración de empresas, como para en una decisión empresarial, estimar su deseabilidad económica¹⁰⁶. Estos tribunales de justicia no cuentan con experiencia, pericia y conocimiento específico del negocio del que disponen los administradores sociales, lo cual sucede en ocasiones inclusive en jurisdicciones con magistrados de buena formación en materia económica¹⁰⁷.

Por otra parte, cabe hacer hincapié en que los jueces de corte civilista poseen formación distinta. Un ejemplo de lo mencionado es la noción de estándar de “culpa” o “diligencia”, que en lo civil, como buen padre de familia es averso al riesgo, mientras que en el ámbito societario, como buen empresario se debe buscar la asunción de riesgos razonables¹⁰⁸. Todo esto imposibilita un correcto funcionamiento de un régimen societario.

5.4. Revisión y análisis de las experiencias en el derecho comparado y comparativo.

¹⁰¹ Traducción no oficial: Dominar la ley.

¹⁰² Luca Enriques. “Off the Books but on the record”, 258-259.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ Francisco Reyes Villamizar. “Análisis Económico del Derecho Societario”, 125.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ Aurelio Gurrea Martínez. “La cuestionada deseabilidad económica de la business judgment rule en el Derecho español”, *Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo Working Paper Series* (2015), 12-13

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ Paul Noboa Velasco, “El reconocimiento de la Business Judgement Rule en el Derecho Societario en Ecuador”, Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, 21 de diciembre de 2020, <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-de-la-business-judgment-rule-en-el-derecho-societario-del-ecuador/>

De acuerdo a los aportes doctrinarios mencionados, un óptimo *enforcement* de las reglas serviría para proteger a socios o accionistas minoritarios o a acreedores ante una distracción de activos por parte de los socios o accionistas de control¹⁰⁹. Es importante resaltar que independientemente a que sean estas reglas malas o buenas, su ejecución debe ser apropiada. Adelante se realizará un análisis sobre las legislaciones más influyentes en cuanto a sus reformas y avances de diversos tipos, que han permitido que en la aplicación sean modelos a seguir para las necesidades del Ecuador.

5.4.1. Delaware.

En países como EE.UU. se aplica la *Business Judgement rule*, BJR¹¹⁰, regla que presume que el administrador tomó una decisión informada y de buena fe¹¹¹. La idea supone que los jueces no se inmiscuyan a analizar decisiones empresariales dado que, al no ser empresarios, carecerían del conocimiento técnico para analizar el mérito de una decisión empresarial¹¹². Otra forma en la que se aplica el *enforcement* societario, correctamente, es a través de las *class actions*¹¹³, las cuales permiten presentar una demanda a nombre de una clase (grupo de individuos que no están identificados con un interés en común). Tiene ventajas que pueden servir para combatir la apatía racional de los inversionistas¹¹⁴.

Como se mencionó anteriormente, Delaware, uno de los estados más pequeños de EE.UU., es conocido como un lugar ideal para constituir compañías porque goza de una Corte especializada “de equidad” con jurisdicción específica en disputas corporativas. Para este espacio, no hay jurados sino solo cinco jueces expertos y en caso de requerir apelación, la Corte Suprema de Delaware tiene también cinco jueces especializados en esta rama del derecho¹¹⁵. La jurisprudencia que generan ambas cortes es reconocida por su calidad y, definitivamente, un modelo ejemplar a nivel global. Estos jueces son capaces de resolver

¹⁰⁹ Francisco Reyes Villamizar. “Análisis Económico del Derecho Societario”, 84-88.

¹¹⁰ Traducción: Regla de la discrecionalidad.

¹¹¹ Noboa, “El reconocimiento de la Business Judgement Rule”

¹¹² Stephen Bainbridge, “The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine” *7 Vanderbilt Law Review* 83 (2004) 03-18.

¹¹³ Traducción no oficial: Acciones de clase.

¹¹⁴ Rosenfeld, Mordecai, “The impact of Class Actions on Corporate and Securities Law”, *Duke Law Journal*. Vol. 1972: 1167. 1168-1170,

<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2421&context=dlj>

¹¹⁵ Ventoruzzo, *et al.*, “Comparative Corporate Law”; 104-108.

problemas societarios de alta dificultad rápidamente por su vasta dominancia en materia corporativa, financiera, contable, entre otras¹¹⁶.

¿Cómo ha tenido tanto éxito en atraer inversiones y como mantiene su ventaja competitiva por sobre las distintas jurisdicciones? Como indican Ventoruzzo, *et al.*, “(...) en los EE. UU., el estado de Delaware es el claro ganador en el mercado de los estatutos corporativos, ya que la mayoría de las compañías que cotizan en bolsa y las más grandes están incorporadas allí¹¹⁷.” Los demás países podrían tomar estos estatutos de derecho corporativo y copiarlos, de ser necesarios, para volver a sus jurisdicciones más atractivas. Después de todo, no hay derechos de autor frente al contenido de las leyes.

La Ley General de Corporaciones de Delaware, está diseñada por expertos en esa rama del derecho; el legislador anualmente revisa la legislación con el fin de resolver temas puntuales, corregir y modernizarlos¹¹⁸. Es una ley permisiva; no es detallada y prescriptiva, incluye requisitos obligatorios para proteger a los accionistas y provee flexibilidad para que salgan adelante los negocios. La verdadera ventaja de Delaware frente a los demás estados no tiene mucho que ver con las disposiciones estatutarias sino por la eficacia de su poder judicial, por su especialización y sofisticación¹¹⁹.

“Delaware es un emblema y todos se quieren parecer a este Estado¹²⁰”. Haciendo un recuento de sus ventajas más importantes, se menciona que, dado que actualizan su legislación anualmente y tienen una Corte de especialización en materia societaria, y sus fallos son presentados por escrito¹²¹. En adición a este atributo, las sentencias que se profieren en las Cortes de Delaware se caracterizan por la rapidez con la que se expiden¹²². Esto pasa gracias a que los jueces son expertos y conocen de diversa tipología contractual¹²³. Más que por ser un Estado barato con facilidades para la constitución de una compañía, al inversionista le atrae la idea de una legislación clara que lo ampara y protege en todo momento¹²⁴.

5.4.2. Colombia.

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *Id.* (traducción no oficial).

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ Ventoruzzo, *et al.*, “Comparative Corporate Law) 38; 104-108.

¹²⁰ Ortiz, entrevista.

¹²¹ *Id.*

¹²² Francisco Reyes Villamizar. “Análisis Económico del Derecho Societario”, 126.

¹²³ Alan Palmiter y Francisco Reyes, “Arbitraje Comercial y otros Mecanismos de Resolución de Conflictos Societarios en Estados Unidos”, *Editorial Cámara de Comercio de Bogotá* (2001), 77-90.

¹²⁴ Ortiz, entrevista.

La práctica societaria estadounidense ha generado un patrón en muchas partes del mundo, como lo fue para la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Supersociedades en Colombia. Antes de profundizar en el caso colombiano y su centro de conciliación y arbitraje empresarial, cabe primero referirse a la Supersociedades. Una de las innovaciones más fuertes en la evolución de dicha entidad tiene que ver con la asunción de facultades jurisdiccionales para resolver asuntos relacionados con las normas del derecho societario¹²⁵. Asistiendo esta capacidad, se encuentra la Constitución Política, la cual establece que:

[...] Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. [...]

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley¹²⁶.

Por su parte, la Corte Constitucional se pronuncia en la sentencia C-436 de 2013 sobre los requisitos que deben cumplirse para que puedan atribuirse las funciones jurisdiccionales a una autoridad administrativa¹²⁷. Ambos cuerpos legales exponen la facultad que poseen específicas autoridades administrativas en definidos contextos y es precisamente lo que sucede en el caso de la Supersociedades.

La Supersociedades, a través de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles, vio en el Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial un gran potencial para el cumplimiento de uno de sus fines esenciales, la resolución de conflictos entre empresarios. El objetivo y la razón de ser de este centro es brindar instrumentos que les permitan abordar sus diferencias y solucionar sus conflictos de manera rápida y segura.

Desde hace varios años, esta Delegatura ha demostrado su éxito ya que se ha planteado administrar justicia de manera pronta y eficaz¹²⁸. Esto se ha conseguido gracias a un plan de acción que ordena “[...] realizar la gestión requerida, orientada a resolver de manera técnica y expedita, las desavenencias que puedan surgir entre los empresarios[...]¹²⁹”.

¹²⁵ Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario Tomo I* (Bogotá: Editorial Temis, 2016), 818

¹²⁶ Artículo 116. Constitución Política de la República de Colombia.

¹²⁷ Asignación de Funciones Jurisdiccionales a la Dirección Nacional de Derechos de Autor, Actor: Diana Miliena Díaz Agudelo, Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia, 436/2013 de 10 de julio de 2013, Bogotá D.C., Colombia, 19.

¹²⁸ “Superintendencia de Sociedades de Colombia: Delegatura Procedimientos Mercantiles”, https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/Planeacion/Paginas/Delegatura-Procedimiento-Mercantiles.aspx

¹²⁹ *Id.*

Entre las funciones de sus autoridades, consta el apoyar la programación de audiencias, realizar el seguimiento a las etapas procesales, planear y realizar seguimiento al desarrollo de los planes estratégicos a cargo de la Delegatura y realizar seguimiento al desarrollo de los planes de acción operativos a cargo de la misma¹³⁰.

Retomando el tema del Centro de Conciliación y Arbitraje, es claro que su estructuración le permite estar dirigida a solucionar conflictos empresariales. El Centro pretende dotar de celeridad a los trámites que presentan frecuentes demoras procesales y, junto a ello, que los costos que respectan a la instalación y funcionamiento del tribunal se vean reducidos, incluidos los relativos al pago de honorario de los árbitros¹³¹.

Con fundamento en la Ley que faculta a la Supersociedades para organizar un centro de arbitraje, se confeccionó una selecta lista de árbitros para cumplir las concernientes funciones. La Supersociedades, en un novedoso reglamento en 2015, se inspiró en lo que sobre el particular se ha previsto en jurisdicciones más avanzadas como como la de Delaware. En este actualizado reglamento institucional se establecen reglas que se orientan a facilitar el trámite y hacerlo menos costoso y más expedito¹³².

Antes de la pandemia, se invirtió además considerablemente en el mejoramiento de la infraestructura física y tecnológica del Centro. Cabe resaltar que se ha realizado una revisión a las listas de secretarios y arbitros también, y como más novedoso avance, ha existido también una iniciativa académica importante¹³³.

El mando estratégico del Centro se encuentra encabezado por el Superintendente de Sociedades, seguido por uno Delegado para Procedimientos Mercantiles y después por el Director del Centro, cada uno cuenta con funciones específicas. En adición a estas autoridades, en el proceso de modernización del Centro, se ha implementado la creación del Comité de Conciliación y Arbitraje, órgano encargado de la selección de árbitros, conciliadores y secretarios del tribunal¹³⁴. Existen también dos subdirecciones, de arbitraje y conciliación, y una Secretaría¹³⁵ que cumple con funciones asistenciales.

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ Superintendencia de Sociedades, “Foro: El Arbitraje y el Derecho Societario”, 24 de septiembre de 2020, video, <https://www.youtube.com/watch?v=PFqyDrXvxSQ>

¹³² *Id.*

¹³³ Superintendencia de Sociedades, “Foro: El Arbitraje y el Derecho Societario”, 24 de septiembre de 2020, video, <https://www.youtube.com/watch?v=PFqyDrXvxSQ>

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ *Id.*

El Centro se compone de una estructura organizada y preparada para ofrecer un servicio eficaz, con gratuidad en los gastos iniciales y posteriormente una ganancia percibida del 30% de los honorarios del árbitro¹³⁶. El servicio de conciliación tampoco tiene costo, sin importar la cuantía de la solicitud¹³⁷. Sin duda alguna, el modelo de nuestro país vecino, aquel con más de diez años de exitosa experiencia en resolución de conflictos societarios, es un ejemplar que confirma que en Ecuador es posible tomar la idea, sea bajo la misma figura del Centro o una similar.

Al arrancar con esto, se podría consolidar al mismo como la más óptima alternativa en resolución de conflictos en esta materia, y así colaborar a la seguridad jurídica que lleva al fortalecimiento de las compañías. Convertirse en impulsador de las mismas resultaría en una buena competencia, una necesidad de mayor inversión y, a su vez, crear más empleos. Sin duda alguna, Ecuador podría apoyarse en este modelo para tener el mismo o mayor éxito.

5.4.3. Israel.

A pesar de ser un país pequeño, Israel tiene un mercado de capitales bastante desarrollado. En los últimos 10 a 15 años, se han introducido importantes avances en las áreas de corporaciones y *securities*¹³⁸ *enforcement*, y por esto, ha sido testigo de una tendencia positiva en el nivel de gobierno corporativo en el mercado¹³⁹. ¿Por qué es tan desafiante el *enforcement* societario? Pues bien, es simplemente complicado ya que existen mecanismos y herramientas económicas, términos profesionales específicos y todo un lenguaje que se debe aprender antes de tener la capacidad de obtener la comprensión más básica de lo que ofrece el mercado de capitales.

Este país es un caso de estudio interesante para aquellos países interesados en la mejora de su *enforcement* societario. Un factor importante, no solo en Israel sino a nivel global, es la falta de cultura societaria¹⁴⁰ y la falta de *corporate compliance*¹⁴¹. Posibles soluciones y condiciones para un entorno empresarial próspero de *enforcement* societario, desde la experiencia israelí, es el poder de la ejecución civil. Leyes y prácticas desarrolladas sobre acciones derivadas y de clase han sido los mecanismos que han cambiado las reglas

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ Traducción no oficial: Valores negociables.

¹³⁹ Rottem Gillad, "Corporate Law Enforcement"

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ Traducción no oficial: Cumplimiento corporativo.

del juego en este país¹⁴². Estos mecanismos se desarrollaron tanto en la ley como en la jurisprudencia de los tribunales y florecieron considerablemente en la última década¹⁴³.

Definitivamente, un buen equilibrio de mercado con todas las funciones para proporcionar a los inversionistas la protección que necesitan, contribuye a un buen crecimiento económico, un mercado de capitales desarrollado y estructuras de propiedad más dispersas¹⁴⁴.

En la primera década de este siglo, existió una fuerte época de protestas, que comenzaron con demandas de vivienda asequible, pero con el tiempo encendieron un interés nacional en temas económicos: brechas entre diferentes clases sociales, nexos entre clase empresarial y clase política, entre otras¹⁴⁵. Junto con esto, se notó que los tribunales no tenían la capacidad de examinar las decisiones comerciales o corporativas en retrospectiva. Primero, es injusto y poco práctico ya que los jueces no están familiarizados con estos temas. Segundo, puede tener un efecto indeseable que afectaría el crecimiento y el éxito de la compañía y, tercero, simplemente no es su trabajo¹⁴⁶.

Todo lo mencionado condujo a la creación de un espacio para garantizar un buen cumplimiento corporativo. En adición a aquello, este espacio podría permitir que se aplique el sistema de pesos y contrapesos de manera correcta y que no se destruyan los mercados de capital en el proceso. La idea nace precisamente en 2006, la autoridad de *securities* de Israel conformó un comité, mismo que concluyó con la recomendación de la creación de Tribunales Económicos especializados, inspirados también en la *Delaware Court of Chancery*¹⁴⁷.

En esta creación se establecieron expectativas y objetivos especiales para su funcionamiento, los cuales buscarían servir al propósito general de la justicia y decidir las disputas entre las partes ante él. Estaría claro también, que el mismo pretendería lograr resultados deseables que vayan más allá del estrecho interés de las partes¹⁴⁸. Al igual que en las similares figuras comentadas previamente, este tribunal debería estar equipado con jueces de profundos conocimientos en finanzas y valores corporativos¹⁴⁹, de modo que se pueda

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ Gurrea, *et al.*, “Modernizing Corporate Law in Ecuador”.

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ Gurrea, *et al.*, “Modernizing Corporate Law in Ecuador”.

¹⁴⁷ Traducción no oficial: Tribunal de cancillería de Delaware.

¹⁴⁸ Gurrea, *et al.*, “Modernizing Corporate Law in Ecuador”.

¹⁴⁹ *Id.*

ofrecer un remedio adecuado. El papel principal que la comisión designó al Tribunal es la protección de los accionistas minoritarios, función que evitará la opresión y las infracciones al deber de lealtad y ayudará a lograr un mercado desarrollado y crecimiento económico.

Este tribunal económico especializado no se encuentra apartado y en solitario, cuenta con dos departamentos económicos y tres niveles judiciales. Estos niveles, de abajo hacia arriba, se dividen primero en tribunales de magistrados que se pueden encontrar en muchas ciudades de Israel, seis tribunales distritales que tienen jurisdicción local sobre diferentes áreas geográficas de todo el país, y en la parte superior la Corte Suprema¹⁵⁰. El primer departamento económico se estableció en el Tribunal de Distrito de Tel Aviv hace 10 años. Debido a su éxito, el segundo departamento económico se estableció en Haifa, en 2018. Hablando de los tribunales de distrito, su materia de jurisdicción va desde el derecho civil corporativo y derecho administrativo hasta *securities*¹⁵¹.

Por supuesto, existían preocupaciones previo a la creación del Tribunal Económico: ¿se tratará de demasiado poder judicial en manos de pocos jueces? o ¿habrá una sobrecarga de litigios? El profesionalismo, la comprensión y el conocimiento de los jueces fueron claves para tomar decisiones buenas y equilibradas¹⁵². Desde la perspectiva internacional, lo que explica la aprobación general y la satisfacción del tribunal hasta hoy, es su notable eficiencia, decisiones fundamentadas y jurisprudencia consistente y coherente, produce mayor certeza.

La correlación que existe entre la implementación adecuada del *enforcement*, aplicada por el Tribunal, y la protección a los minoritarios, reflejado en la prima de control¹⁵³ que Israel ha experimentado, es lo que lo ha vuelto exitoso. Para concluir, decimos que este sistema en Israel funciona bien porque existió una reforma procesal societaria integral para que se creen Tribunales especializados y las acciones de clase, que fueron implementadas correctamente. Si bien el Derecho es distinto en casi todos los países, los modelos estructurales sirven de referencia y le servirían muy bien a Ecuador.

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² Gurrea, *et al.*, “Modernizing Corporate Law in Ecuador”.

¹⁵³ Cantidad que un comprador está dispuesto a pagar sobre el precio de mercado actual de una compañía que cotiza en bolsa para adquirir una participación de control en esa compañía. Alejandro Buján, Enciclopedia Financiera, (último acceso 17 de noviembre de 2021), <http://www.encyclopediainanciera.com/definicion-fianza.html>

6. Aplicación del Derecho Societario en Ecuador.

6.1. Introducción.

Al amparo de la aludida regla del *BJR*, los administradores de las compañías se encuentran bajo protección cuando tomen decisiones empresariales, siempre que se hagan de manera informada, objetiva y razonada¹⁵⁴. El reconocimiento de la *BJR*, es impulsado en la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, incorporación que presenta una gran utilidad al motivar la asunción prudente de los riesgos en favor de la creación de compañías, el impulso de la innovación y desarrollo económico del país¹⁵⁵.

El uso de nuevas tecnologías como la inteligencia artificial, sistema que ya funciona en algunos países (como el sistema *SIARELIS* de la Supersociedades de Colombia)¹⁵⁶, con algoritmos especiales, contribuirá a acceder y en procesos específicos, permitiendo la resolución de controversias con mayor agilidad¹⁵⁷. Si bien las *ODR: Online Dispute Resolutions*¹⁵⁸ son una marca, son también la referencia al campo disciplinar que se origina en las nuevas tecnologías y la resolución de conflictos en mediación o arbitraje, por video¹⁵⁹.

Estos ejemplos, demuestran que la implementación de recursos tecnológicos facilitaría el acceso a la justicia, asegurando la garantía de la tutela judicial efectiva y una importante reducción de costos procesales, en beneficio de las partes¹⁶⁰. Sin duda alguna, la evolución en varios campos permite que se consideren nuevos canales para proporcionar soluciones y a la vez ahorrar más aún en costos y tiempo.

6.2. Problemas del régimen actual.

Dentro de las varias críticas al derecho societario en Ecuador, así como las obstaculizaciones que estas faltas producen, las más notables en concomitancia al *enforcement* inadecuado y las prioridades equivocadas que tienen las autoridades, es la

¹⁵⁴ Paul Noboa Velasco. 2020. El reconocimiento de la “Business Judgement Rule” en el Derecho Societario en Ecuador. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-de-la-business-judgment-rule-en-el-derecho-societario-del-ecuador/>

¹⁵⁵ Paúl Noboa, Reconocimiento (...), n/d.

¹⁵⁶ Carmen Elena Gutiérrez, Conozca el sistema virtual que apoya la resolución de litigios societarios, *Legis Ámbito Jurídico*, 24 de noviembre de 2018, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/conozca-el-sistema-virtual-que-apoya>

¹⁵⁷ Ricardo Oliva León, “Transformación Digital y Tecnología de la Justicia”, en *Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina: Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y Desafíos Regulatorios*, (Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020), 441.

¹⁵⁸ Traducción no oficial: Resolución de disputas en línea.

¹⁵⁹ Ricardo Oliva León, “Transformación Digital”, 441

¹⁶⁰ Ricardo Oliva León, “Transformación Digital”, 441

insuficiente protección que tienen los accionistas minoritarios y una evidente falta de “cultura societaria”. El índice *Doing Business* del Banco Mundial sirve como referencia para analizar el crítico estado en el que el país se encuentra, ya que ocupó la posición 123 entre las 190 economías analizadas y la número 18 entre los 32 países de América Latina y el Caribe¹⁶¹.

Al hablar de prioridades equivocadas, existen varios trámites y costos que se convierten en claros obstáculos para los emprendedores, lo cual los obliga a optar por la informalidad. Es preciso señalar que el Estado no concibe a la compañía privada como su aliada para la generación de valor. Se crean obstrucciones constantemente y se vuelve muy difícil crear y mantener compañías. Muchas veces las instituciones ven al emprendedor con sospecha, sin percatarse que sus en momentos desacertadas decisiones pueden causarle daño a ellos así como a la sociedad.

7. El Arbitraje como Mecanismo para mejorar el *Enforcement* Societario.

7.1. Naturaleza de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos con naturaleza adversarial y adjudicativa, que pretende solventar controversias entre partes que, por el principio de la autonomía de la voluntad, pueden someter su controversia susceptible de transacción; presente o futura, a una resolución. Es una de las vías más atractivas alternas al proceso judicial¹⁶², al ser rápida y efectiva para resolver conflictos transigibles. El sistema de arbitraje es una gran opción, permite mayor celeridad, es más eficiente y mejor administrado que sistema tradicional de justicia.

A fin de cuentas, por cómo se logra resolver el conflicto, en realidad resulta menos costoso, en función del tiempo. En adición a ello, los casos son manejados con discreción y confidencialidad; la especialización de los árbitros en las distintas materias que son sometidas a su conocimiento y decisión¹⁶³, ofrece mejores resultados. Cabe hacer énfasis en que al ser una forma segura para obtener una solución definitiva del conflicto, al ser implementada y resultar conveniente dentro de todo contrato con fin comercial. Es un procedimiento jurisdiccional *sui generis*¹⁶⁴ de cumplimiento obligatorio por su efecto de

¹⁶¹ Banco Mundial, Índice Doing Business, 2020.

¹⁶² José María Roca, *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, (Barcelona, Editorial José María Bosch, 1992) 18.

¹⁶³ Jorge Gil. *Curso práctico de arbitraje*, (Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1993) 11.

¹⁶⁴ *Id.*

sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada¹⁶⁵, a través de un laudo emitido por un tercero, llamado árbitro.

7.2. Arbitrabilidad de las controversias societarias.

Carreño dedica una detallada explicación sobre este mecanismo para la resolución de conflictos societarios, al examinar y claramente encomiar a la Ley de Modernización a la Ley de Compañías ecuatoriana, sus beneficios y la situación del país referente al Derecho Societario latinoamericano por sus innovadoras reformas en 2020¹⁶⁶. Sin embargo, también resalta la inconveniencia que se deriva de la inexistencia de un tribunal especializado en la resolución de conflictos societarios en Ecuador. Como una opción, plantea la “posibilidad de que en el estatuto social se incluya una cláusula compromisoria que permita resolver estos conflictos mediante el uso del arbitraje”¹⁶⁷.

Esta clase de análisis permite entender porqué sería bueno evitar la complejidad de acudir a la justicia ordinaria que ya atiende a un sinnúmero de casos comerciales y civiles. De esta forma, resultaría más eficiente sujetar la resolución de controversias societarias a instancias especializadas, en lugar de hacerlo al dictamen de un juez de lo civil y mercantil, autoridades no especializadas en materia societaria¹⁶⁸. Los beneficios que se presentan en países con sistemas judiciales suficientemente buenos, sirven de evidencia para entender que tanto las buenas reglas como su *enforcement* son esenciales, y su combinación, aún más efectiva¹⁶⁹.

Como se debatió antes, en Colombia, por medio del Centro de Arbitraje, esta alternativa ha sabido exhibir de manera sustentada, resultados para que otros países sepan como solucionar las controversias entre empresarios. Tal y como indica Esteban Ortiz, ex Intendente de Compañías de Quito, “[...] a través de cláusulas arbitrales establecidas en el estatuto de las compañías, se podría canalizar la solución de conflictos a través de este mecanismo cuya resolución la hagan árbitros extremadamente calificados y que conozcan ampliamente sobre la materia¹⁷⁰”.

¹⁶⁵ María Piedrahita, “El arbitraje de consumo: análisis comparado y lineamientos para su posible introducción en la legislación ecuatoriana” (tesis, Universidad Andina Simón Bolívar. 2015), 14-16.

¹⁶⁶ Daniel Carreño Monsalve, “Ley de Modernización a la Ley de Compañías”, 136-164

¹⁶⁷ *Id.*

¹⁶⁸ Daniel Carreño Monsalve, “Ley de Modernización a la Ley de Compañías”, 136-164

¹⁶⁹ La Porta, *et al.*, “Law and Finance After a Decade”, 445-446.

¹⁷⁰ Ortiz, Entrevista.

La expedición de una ley que delimite el alcance y establezca mecanismos de cumplimiento obligatorio para la aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos¹⁷¹, sería un soporte inmenso. Este refuerzo normativo permitiría fortalecer el *enforcement* societario y sería ideal para proporcionar seguridad jurídica, así como mayor transparencia y claridad sobre el tema. En adición a esto, parámetros para que la validez del arbitraje sea reconocida¹⁷².

7.3. Propuesta de creación de un centro arbitral administrado por la SCVS.

Si bien el Consejo de la Judicatura podría preparar y especializar a jueces en materia societaria y mercantil, es sustancialmente menos viable y favorable para el escenario que se persigue¹⁷³. Como se puede observar en la práctica comparada, establecer un sistema de doble instancia podría conducir a que autoridades no especializadas, puedan revertir decisiones proferidas por un Foro especializado en materia societaria (tal y como sucede con las acciones de apelación que se presentan frente a las sentencias emitidas por la Supersociedades de Colombia).

Como se mencionó, aún nada se ha presentado formalmente, pero ya existen planteamientos referentes a la creación de un espacio en el que las personas que requieran solucionar conflictos en materia societaria, puedan recurrir al mismo. Este debe presentarse como un sistema apto, independiente, que genere confianza, sea calificado y avanzado. En adición a la propuesta del trabajo de Gurrea¹⁷⁴, existe un anteproyecto de ley que sugiere la implementación de una instancia arbitral especializada en materia societaria con plenas atribuciones de resolver conflictos societarios y mercantiles, exclusivamente.

A pesar de que el planteamiento discutido no llega a la Asamblea Nacional todavía, se encuentra bien encaminado y es cuestión de tiempo para que sea recibido. Este anteproyecto se fundamenta en la recomendación de la OEA para acoger la Ley modelo sobre reglas de procedimientos para resolución de controversias de las SAS¹⁷⁵. Sin embargo, este no pretende quedarse solo en SAS sino en general generar mecanismos de resolución de conflictos para todo tipo de compañías mercantiles.

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² Ortiz, Entrevista.

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ Gurrea, *et. al.*, “Propuesta”, 57

¹⁷⁵ Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Anteproyecto de ley sobre Reglas de Procedimiento para la Resolución de Controversias Societarias, 2021.

El Centro de Resolución de Controversias Societarias (y sus equivalentes en cada país) es una alternativa que ha tenido buenos resultados, con sus matices, en Colombia, Israel, Holanda, además del referente principal, Delaware. Principalmente por esta razón, está muy claro que es la mejor opción. Se deberá apuntar a que el Foro sea administrado por la SCVS, para evitar costos innecesarios, dar facilidades a aquellos arbitrajes de poca cuantía, regular con claridad que se puedan incorporar al proceso terceros con legítimo interés, a pesar de no haber suscrito en el estatuto contener una cláusula arbitral¹⁷⁶.

En Colombia, la Supersociedades se responsabiliza considerablemente del financiamiento para el funcionamiento del Centro y es algo que podría suceder en Ecuador de la misma manera. Antes de la pandemia, la SCVS percibía por concepto de contribución de todas las compañías alrededor de USD 180 millones anuales¹⁷⁷. El rubro se ha visto afectado a partir de la pandemia por Covid-19, pero de igual manera, el valor que hoy en día entra a las arcas de la SCVS es muy cercano¹⁷⁸. Por lo que se refiere al presupuesto anual de la SCVS, se habla de USD 40 millones aproximadamente, lo cual afirma que existe un monto abundante del cual se podría sustentar para ofrecer un servicio para las compañías¹⁷⁹.

8. Conclusión.

Las discusiones de derecho societario en Ecuador deben cambiar para no versar sobre debates de carácter tramitológico o burocrático, sino enfocarse en los temas que van a incidir en el deseo de las personas que pretenden invertir en compañías ecuatorianas. Encontrar mecanismos para mejorar el *enforcement* resulta fundamental., por lo que estadirigirse por medio de esta esultaría de mucha utilidad que la falta de aplicación del derecho presentaatender al hecho.

Sobre los demás temas que limitan al derecho ecuatoriano actualmente, es evidente que deben haber modificaciones para obtener un modelo de *enforcement* societario exitoso. Ello conseguiría que Ecuador se convierta en un destino más atractivo para crear compañías, como lo confirman los países con una correcta aplicación de las reglas societarias.

¹⁷⁶ Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Anteproyecto de ley sobre Reglas de Procedimiento para la Resolución de Controversias Societarias, 2021.

¹⁷⁷ *Id.*

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ *Id.*

Principalmente, existen conflictos entre la compañía y sus administradores, administradores y accionistas, accionistas entre sí, compañía y administrador, accionistas y compañía. Para estas diversas situaciones que se pueden presentar, existen también muchas complejidades y por ello se requiere acceso no solo a un mecanismo alternativo de solución de conflictos sino que este sea técnico y pueda generar seguridad a los inversionistas. De esta manera, cuando se presente un conflicto, este sea resuelto adecuadamente.

Por esta razón, la solución que causaría mejor y mayor impacto es, ciertamente, la creación del Foro, como espacio de especialización para dirimir este tipo de controversias. En otro orden de ideas, este debería precisar una serie de requerimientos a cumplirse, por ejemplo: una estructura ordenada y objetivos claros. En adición a ello, mi parecer, los postulantes a operadores de justicia, como delegados para los procedimientos societarios que, en definitiva, serían árbitros societarios, tendrán que acreditar sus conocimientos a través de un exámen efectuado por la SCVS.

Este órgano e órgano de control se responsabilizaría de la administración y gestión económica del centro, para ello deberá existir una tabla que determine cómo (en procesos) y cuánto (cuantías). Sería también ideal dividir la materia, los temas que involucren más recursos y tiempo deben ser resueltos de cierta forma y los más sencillos, atendidos de manera breve, con un solo árbitro en lugar de un tribunal, por ejemplo. Los gastos administrativos del Foro pueden financiarse de varias maneras. La primera, que la SCVS los asuma en su totalidad la SCVS, . La segunda, en beneficio de las mipymes. En mi parecer, la que tiene mayor y mejor aplicabilidad en Ecuador, es la primera, dado que como fue mencionado, cuenta con un fuerte soporte económico gracias a las contribuciones que recibe.

Si bien es cierto, existen centros de arbitraje y mediación en Ecuador, estos no son especializados en materia societaria. Además, cabe señalar que el acceso al arbitraje implica un fuerte gasto para las partes que suscribieron una cláusula arbitral, aspecto que podría resultar perjudicial para la mayoría de compañías constituidas en el país, debido a que esta opción afectaría su flujo de caja. De este modo, la implementación de un sistema que subsidie el acceso a este mecanismo, permitiría eliminar una barrera de entrada económica, en beneficio de todas las compañías y los grupos de interés societarios relacionados con ellas.

El accionista mayoritario tendría incentivos para recurrir al arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos para tener una respuesta técnica a abusos de la

minoría (como por ejemplo, ante escenarios de abuso del derecho de voto de la minoría). Conceptualmente no hay limitación no hay limitación a las partes pactar un arbitraje societario, pero en la práctica los costos en los que las partes deben incurrir actúan como una seria barrera de entrada para utilizar esta alternativa.

Dicho esto, como la SCVS se haría cargo de administrar el centro y gestionarlo, y para evitar que exista esta barrera de entrada que desincentive el uso del arbitraje (que es excesivamente oneroso en varios casos), es pertinente considerar un sistema de subsidio de este mecanismo en el que todas las compañías puedan beneficiarse de esta alternativa, no solamente por unas cuantas, aquellas financieramente solventes. Debe existir la opción en la que las partes escogen si ellas fijan el honorario o, en caso de no poder para pagarlo, soliciten a la SCVS que pueda facilitarlo. Cabe destacar que las partes escogen al árbitro, libremente y, en ningún caso la SCVS podría escogerlo.

Acorde a la realidad colombiana, en donde la Supersociedades se encarga de la gestión del Centro de Arbitraje, podría resultar conveniente aprovechar la estructura administrativa de la SCVS para que se encargue de la gestión operativa del Foro. En cuyo caso, podría contratar personal especializado en arbitraje para que la administración de este Foro sea técnica y conveniente. Si bien es cierto, existen espacios en la actualidad que administran Centros de Arbitraje, la organización y en definitiva, la adopción de las decisiones requiere del pago de una tarifa, aspecto que como fue mencionado, podría constituir una seria barrera de entrada para la gran mayoría de ecuatorianas.

Con relación a la profesionalización de los árbitros en el Ecuador, es importante mencionar que la resolución de conflictos societarios requieren de conocimientos específicos, no solamente de la normativa local, sino también y, de manera más importante, de las tendencias societarias contemporáneas a nivel mundial. Con este fin, las partes tendrían la posibilidad de seleccionar un árbitro que cumpla con estas exigencias, caso contrario, contaríamos con un Foro que resuelve conflictos con autoridades que no acreditan conocimientos y experiencia suficiente en asunto societarios para dirimir controversias de manera técnica.

Como se ha mencionado, Ecuador cuenta en muchos aspectos con una sólida y avanzada legislación, y lo que se pretende es superar el desafío más grande que enfrenta, saber aplicarla. Si Ecuador efectúa el reconocimiento legislativo de esta propuesta, habrá

dado un paso gigante. En este sentido, este avance impulsaría naturalmente a las demás instituciones y herramientas del derecho de sociedades a trabajar en armonía y encaminarse a servir para obtener un adecuado modelo de *enforcement* societario.

Este trabajo ha conseguido responder la pregunta jurídica planteada, puesto que ha demostrado que no existe un adecuado marco de *enforcement* societario en el país. La experiencia de otras jurisdicciones permite reflexionar y entender que sus modelos han sido exitosos y le dan confianza a Ecuador de aplicar correctamente su normativa en tal materia. Como fue mencionado, ello garantizaría mayor seguridad jurídica y coadyuvaría a un mayor desarrollo comercial y empresarial. Existen retos pero a su vez, también alternativas por implementar, es cuestión de enfocarse en la solución de las mismas y trabajar en obtener resultados aplicables y fructíferos en este ámbito.