

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Incorporación de la figura del abuso del derecho de voto en
las compañías tradicionales ecuatorianas**

Esteban Fassel Jaramillo Salcedo

Jurisprudencia

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

Quito, 15 de abril de 2022

© 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: Esteban Fassel Jaramillo Salcedo

Código: 00200897

Cédula de identidad: 1722573985

Lugar y Fecha: Quito, 15 de abril de 2022

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UNPUBLISHED DOCUMENT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>.

INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DEL DERECHO DE VOTO EN LAS COMPAÑÍAS TRADICIONALES ECUATORIANAS¹

THE INCORPORATION OF THE ABUSE OF VOTING RIGHTS IN TRADITIONAL ECUADORIAN COMPANIES

Esteban Fassel Jaramillo Salcedo²
estebanjaramillo28@hotmail.com

RESUMEN

La presente investigación analizó la conveniencia de incorporar en la legislación societaria ecuatoriana, la figura del abuso del derecho de voto en las compañías tradicionales, siguiendo el ejemplo planteado por la regulación de la sociedad por acciones simplificada. Aquello es importante dado que, a diferencia de la regulación de la sociedad por acciones simplificada, en las compañías tradicionales no existe la posibilidad de sancionar el ejercicio abusivo de los derechos políticos de los socios. Utilizando principalmente metodología analítica y cualitativa para el estudio jurisprudencial y doctrinario, se concluyó que es necesario mitigar el abuso de los derechos políticos en las compañías tradicionales con sus respectivas consecuencias jurídicas, para que los asociados ejerzan sus derechos políticos en el mejor interés de la compañía. Además, se recomienda un marco procesal que permita, por medio de las acciones derivadas, que quienes resulten perjudicados recurran, a nombre de la compañía contra resoluciones asamblearias abusivas.

PALABRAS CLAVE

Abuso del derecho, derecho de voto, socios, compañías

ABSTRACT

This paper analyzed the convenience of regulating the figure of abuse of voting rights in traditional companies in the Ecuadorian legislation, following the example set by the regulation of the Simplified Corporations. This proposal is relevant due to non-controlling shareholders do not have a remedy to sue controlling shareholders who cast their vote to inflict harm or damage upon the company or other shareholders. Using mainly analytical and qualitative methodology to study jurisprudence, comparative legislation, and doctrine, it is concluded in this paper that it is necessary to regulate the abuse of voting rights in traditional companies and determine its legal consequences, to ensure that shareholders will exercise their political rights in the company's best interest. In addition, non-controlling shareholders who feel harmed by an abusive resolution should be allowed to file a claim, on behalf of the company, against those shareholders who cast their vote abusively.

KEYWORDS

Abuse of rights, voting rights, shareholders, companies

Fecha de lectura: 15 de abril de 2022

Fecha de publicación: 15 de abril de 2022

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 Paúl Oswaldo Noboa Velasco.

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. MARCO NORMATIVO.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4.- ESTADO DE LA LITERATURA.- 5. PROBLEMAS DE AGENCIA EN EL DERECHO SOCIETARIO.- 5.1. CONFLICTOS CON LOS SOCIOS Y ACCIONISTAS CON LOS ADMINISTRADORES MANAGERIAL AGENCY PROBLEMS.- 5.2. PROBLEMA DE AGENCIA ENTRE SOCIOS Y ACCIONISTAS MAYORITARIOS, CON SOCIOS Y ACCIONISTAS MINORITARIOS SHAREHOLDING AGENCY PROBLEMS.- 5.3. PROBLEMAS DE AGENCIA ENTRE LA COMPAÑÍA Y TERCEROS STAKEHOLDING AGENCY PROBLEM.- 6. LA DOCTRINA DEL ABUSO DE DERECHO.- 6.1. ABUSO DEL DERECHO DE VOTO EN EL CONTEXTO SOCIETARIO.- 6.2. ABUSO DEL DERECHO DE VOTO DE LA MAYORÍA.- 6.3. ABUSO DEL DERECHO DE VOTO DE LA MINORÍA.- 6.4. ABUSO DE LA POSICIÓN PARITARIA.- 6.5. JURISPRUDENCIA CON RELACIÓN AL ABUSO DEL DERECHO DE VOTO.- 6.6. VENTAJAS DE LA INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DEL ABUSO DEL DERECHO DE VOTO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.- 7. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA FIGURA DEL ABUSO DE DERECHO VOTACIÓN EN LAS COMPAÑÍAS TRADICIONALES.- 7.1. ADECUADA IMPLEMENTACIÓN DE LAS FIGURAS DE ABUSO DEL DERECHO DE VOTACIÓN. – 7.2. ACCIONES DERIVADAS PARA PERMITIR A LOS SOCIOS O ACCIONISTAS QUE ENTABLEN, A NOMBRE DE LA COMPAÑÍA, LAS ACCIONES DE ABUSO DEL DERECHO DE VOTACIÓN.- 7.3. POSIBILIDAD DE SOLICITAR LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UNA RESOLUCIÓN CONSIDERADA ABUSIVA.- 7.4. ESTABLECER UN FORO ESPECIALIZADO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SOCIETARIAS.- 8. CONCLUSIONES. -

1. Introducción

Durante los últimos años, Ecuador ha realizado importantes reformas en su legislación societaria, mismas que han permitido solventar en gran medida las necesidades de socios, accionistas y administradores de las compañías.

En primer lugar, se puede mencionar a la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, mediante la cual se incorporó la sociedad por acciones simplificada, SAS³. Entre otros aspectos, la regulación ecuatoriana de las SAS ha determinado con claridad que los accionistas de una SAS tienen el deber de ejercer su derecho de votación en el mejor interés

³ Octava Disposición Reformativa Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, R.O. 151 de 28 de febrero de 2020, reformada por última vez, R.O. Suplemento 587, de 29 de noviembre de 2021.

de la compañía, y también ha sancionado los abusos de mayoría, minoría y paridad en el ámbito de las asambleas de accionistas de esta novedosa especie societaria⁴.

Asimismo, en 2020, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, SCVS, junto a otras instituciones, elaboraron las Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo, documento que, si bien no es vinculante, permite a las compañías mejorar sus procesos en temas de manejo de empresas familiares, conformación de directorios, protección a socios o accionistas minoritarios, entre otros puntos fundamentales para un buen gobierno corporativo⁵.

En el mismo año, se publicó la Ley de Modernización a la Ley de Compañías⁶, que, de acuerdo con lo manifestado por varios expertos, situó al Ecuador a la “vanguardia del derecho de sociedades en la región”⁷, debido a que dicha ley fortalece el régimen para administradores, faculta el desarrollo de las juntas generales de forma virtual, protege a accionistas mayoritarios y minoritarios, entre otras importantes ventajas que responden a las necesidades actuales.

Pese a las últimas reformas societarias implementadas por Ecuador, el legislador, a diferencia de la regulación de las SAS, ha omitido incorporar la figura del abuso del derecho de voto para los socios o accionistas en la regulación de las compañías tradicionales. Esta omisión de regulación podría generar una falta de protección de los intereses de los grupos de mayoría, minoría, o incluso de la propia compañía, en caso de que en su máximo órgano social se adoptaren resoluciones fundamentadas en un ejercicio abusivo de los derechos políticos.

La importancia de la incorporación de la figura del abuso del derecho de voto en las compañías tradicionales consiste en buscar mecanismos adecuados de protección a los distintos grupos de intereses que confluyen en una sociedad mercantil. De esta forma, se buscaría impedir que, en el desarrollo de las juntas generales, se tomen decisiones que favorezcan de forma injustificada a ciertos grupos, en desmedro de legítimas expectativas de la compañía y otros asociados. También, dicha regulación buscaría evitar que se adoptaren o

⁴ Artículo innumerado titulado abuso del derecho de voto, Ley de Compañías.

⁵ Resolución N° SCVS-INC-DNCDN-2020-0013, R.O. Edición Especial 1076 del 25 de septiembre de 2020.

⁶ Ley de Modernización a la Ley de Compañías. R.O. Suplemento 347 de 10 de diciembre de 2020.

⁷ Esteban Ortiz, “Ecuador se pone a la vanguardia del derecho de sociedades en la región”, Forbes Ecuador, 20 de octubre de 2021.

negaren resoluciones que impidan a la compañía continuar con el normal desempeño de sus actividades empresariales.

En tal sentido, la interrogante a resolver en el presente trabajo es: ¿por qué debería incorporarse en la legislación societaria tradicional la figura del abuso del derecho de voto, y que supuestos permiten determinar si una resolución tomada en la junta general de una compañía tradicional puede ser considerada abusiva?

Para ello, mediante el empleo del método cualitativo y analítico, se revisarán los principales problemas de agencia que ocurren en el derecho societario, con principal énfasis en el más frecuente suscitado en el contexto ecuatoriano, se realizará un análisis acerca de la teoría del abuso del derecho para, finalmente, dilucidar, desde un punto de vista doctrinario y jurisprudencial, los supuestos y tratamiento que debe darse a las resoluciones abusivas que hubieren sido aprobadas o negadas por los socios o accionistas, en junta general.

2. Marco normativo

Con la finalidad de explicar el alcance del abuso del derecho en la legislación ecuatoriana, es menester analizar el artículo innumerado agregado luego del artículo 36 del Código Civil⁸, pues es fundamental partir desde una concepción tradicional de esta figura, para posteriormente estudiar lo que constituye este término en materia societaria, específicamente, sobre los derechos políticos de los socios o accionistas.

Por otra parte, se hace imprescindible remitirnos a la Ley de Compañías, LC⁹, específicamente a su artículo 17, que regula el abuso de derecho con respecto a la personalidad jurídica, y al artículo innumerado del mismo cuerpo normativo que hace referencia al abuso del derecho de voto, de la sección que regula a las SAS, dado que nos dan luces acerca de lo que dicho concepto constituye en la legislación societaria local.

Asimismo, es preciso analizar cómo la jurisprudencia local ha definido al abuso de derecho, por lo que se revisará un fallo emitido por la Corte Constitucional del Ecuador,

⁸ Artículo innumerado a continuación del artículo 36, Código Civil, R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez en R.O. Quinto Suplemento 561, de 19 de octubre de 2021.

⁹ Artículo 17 Ley de Compañías de 1999, R.O. 312 de 04 de noviembre de 1999, reformada por última vez por la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, R.O. Suplemento 347, de 10 de diciembre de 2020

CC¹⁰, y también un fallo emitido por la ex Corte Suprema de Justicia¹¹, en los que, al menos en términos generales, se ha desarrollado esta figura.

3. Marco teórico

En cuanto al abuso del derecho se puede identificar con meridiana claridad, que existen dos vertientes. En primer lugar, se encuentran aquellas teorías individualistas que argumentan que “es una inconsecuencia hablar de abuso cuando una persona simplemente hace uso de su derecho, ya que quien su derecho ejerce a nadie ofende”¹².

En segundo lugar, la doctrina del abuso del derecho, alega que esta figura impone un estándar de comportamiento al titular de manera que puede reclamarse cada vez que este ejecuta actos que única o principalmente persiguen ocasionar un daño o molestias a otro¹³. En tal sentido, se puede afirmar, de manera categórica como ya ha expresado Parraguez, que “no puede tolerarse que el propietario ejerza sus facultades dominicales sin un sentido de utilidad y con el único propósito de perjudicar a un tercero”¹⁴.

Por otra parte, con respecto al abuso del derecho en el aspecto societario, Reyes explica que el abuso de la personalidad jurídica de la sociedad no debe limitarse en forma exclusiva a la discusión sobre responsabilidad de la compañía o de sus socios o accionistas por las deudas sociales. Puede también extenderse a consecuencias relativas al principio de la ley de las mayorías, por cuyo posible abuso en la toma de sus decisiones pueden resultar perjudicados los asociados minoritarios¹⁵.

Si bien no se puede desconocer que parte de los derechos que ostentan los socios o accionistas en una compañía son los derechos políticos, no se puede negar que, en ciertas ocasiones, existe también el denominado deber de fidelidad de éstos hacia la compañía. Éste, deber en opinión de Eizaguirre

exige una permanente contemplación del interés social por parte del socio en su actuación como tal, prohibiendo la obtención de ventajas propias a costa de un sacrificio de la sociedad. La infracción de

¹⁰ Caso No. 22-13-IN/20., Corte Constitucional del Ecuador, 04 mayo de 2020, párr. 43

¹¹ Diners Club del Ecuador S.A., C. Mariscos de Chupadores Chupamar S.A., Corte Suprema de Justicia de Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 21 de marzo de 2001

¹² Luis Parraguez, *El régimen jurídico de los bienes*, (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2018), 96.

¹³ Luis Parraguez, *El régimen jurídico de los bienes*, 195.

¹⁴ Luis Parraguez, *El régimen jurídico de los bienes*, 172.

¹⁵ Francisco Reyes, *Derecho societario*, ed.3. (Bogotá: Temis S.A., 2016), 249.

este deber puede dar lugar al resarcimiento del perjuicio causado, así como a la impugnación del acuerdo que lo conculque¹⁶.

4. Estado de la literatura

En el contexto societario, son muy frecuentes los problemas de agencia, pues como han definido Armour, Hansmann, y Kraakman, se suscitan dificultades por los conflictos de intereses que afrontan quienes interactúan en estas relaciones¹⁷. Estos autores explican que entre una de las dificultades que ocurren son los *corporate insiders*, tales como socios o accionistas controladores o administradores, y los *corporate outsiders*, como los socios o accionistas minoritarios o terceros acreedores de la compañía¹⁸.

En la misma línea, Noboa, con respecto a los problemas de agencia suscitados entre socios o accionistas mayoritarios y minoritarios, explica que “las jurisdicciones con un patrón de concentración de capital se caracterizan por la existencia de importantes paquetes accionarios controlados por un socio o accionista dominante o, en su defecto, por un grupo de asociados que, en conjunto, pueden tomar decisiones”¹⁹.

Es entonces cuando ocurre la posibilidad de que se genere un abuso del derecho de votación. Al respecto, y tal como lo afirmó Reyes en 2009, a nivel de la doctrina se ha identificado su aplicación en el contexto específico de abusos de mayoría, de minoría o de posición paritaria²⁰. En general, se relaciona con la evaluación o escrutinio de decisiones tomadas por el máximo órgano social de una compañía, que pese a cumplir con todos los presupuestos legales de forma, se busca un propósito que excede la finalidad del derecho de votar a favor o en contra de una determinación²¹.

Asimismo, Reyes también hace referencia a la legislación colombiana, pues explica que, según el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, ante un ejercicio abusivo del derecho de votación, además de un posible vicio de nulidad que podría afectar dicha resolución, quien abusare de sus derechos políticos como accionista de una sociedad por acciones simplificada

¹⁶ José María de Eizaguirre, *Derecho de Sociedades*, (Madrid, Civitas, 2001), 60-61.

¹⁷ Reinier Kraakman et al., “The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach”, ed. 3. (Oxford: Oxford University Press, 2017), 29.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Paúl Noboa, “Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano”, *Instituto Iberoamericano De Derecho y Finanzas, Working Paper Series 5/2020* (2020), 9.

²⁰ Francisco Reyes, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, ed. 4. (Bogotá: Legis, 2009), 132.

²¹ *Id.*

podría verse obligado a resarcir los perjuicios irrogados a la parte agraviada²².

Por su parte, Medellín en 2016, realizando una recopilación doctrinaria y tomando como ejemplo la jurisprudencia colombiana, reafirmó que “el socio debe ejercer el derecho de voto en función del colectivo social y de la empresa común, respetando al mismo tiempo los derechos de sus consocios”²³, bajo el entendido que este derecho político no puede ser ejercido en perjuicio del interés de la compañía.

Como se ha podido revisar, la doctrina ha identificado varios problemas de agencia en el derecho societario, entre los cuales, en el contexto iberoamericano, se encuentra el conflicto de intereses entre socios o accionistas mayoritarios y minoritarios, y con el fin de evitar que los mismos ejerzan sus derechos políticos de forma abusiva en perjuicio de otros. Como solución a dicha problemática, la doctrina y otras legislaciones han planteado permitir que los perjudicados tengan la facultad de interponer una acción de nulidad absoluta en contra de la resolución asamblearia correspondiente (asimilando el acto abusivo al acto ilícito)²⁴, y también solicitar la indemnización de perjuicios irrogados por tal decisión abusiva²⁵. Para conseguir tales fines, a nivel comparado se reconocen los casos de abuso del derecho de voto de la mayoría, de la minoría y de paridad²⁶.

5. Problemas de agencia en el derecho societario

El derecho societario, generalmente, cumple dos funciones principales²⁷. En primer lugar, se encarga de establecer la estructura de la compañía y las reglas necesarias para soportarla²⁸. Por otra parte, se encarga de regular varios conflictos de interés existentes entre los distintos grupos que confluyen en una compañía²⁹.

Consecuentemente, es ahí cuando surgen los denominados problemas de agencia, que no son otra cosa que los conflictos de interés que ocurren entre una parte denominada agente

²² *Id.* 133

²³ Santiago Medellín León, “Abuso del derecho de voto de mayorías: lecciones para la aplicación del régimen de opresión de minoritarios en Colombia”, Universidad de Los Andes, *Revista de Derecho Privado* 56 (2016), 1-34.

²⁴ Francisco Reyes, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, 133.

²⁵ Francisco Reyes, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, 133

²⁶ *Id.*

²⁷ Reinier Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 29

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*

y otra, denominada principal³⁰. En términos generales, los problemas de agencia surgen cuando las acciones tomadas por el agente son capaces de perjudicar al principal, debido a que sus intereses no siempre están alineados, ya que el principal pone en manos del agente parte de su patrimonio³¹. Por lo tanto, el derecho societario debería establecer un marco que asegure que los agentes actúen en procura de los intereses de los principales, en lugar de promover su propio provecho y beneficio personal³².

Debido a la existencia de varios conflictos de interés, la doctrina ha identificado tres problemas de agencia principales en el derecho societario³³, mismos que se describen a continuación, no sin antes recordar, que los mismos ocurrirán con mayor o menor frecuencia, dependiendo de la estructura de propiedad accionarial que posean las compañías dentro de una determinada jurisdicción³⁴.

5.1. Conflictos con los socios y accionistas con los administradores *managerial agency problems*

Estos problemas ocurren con frecuencia en aquellas jurisdicciones caracterizadas por un patrón de dispersión accionarial³⁵. En estas jurisdicciones, los socios o accionistas no tienen suficientes incentivos para asumir un rol activo en el gobierno corporativo, debido a los altos costos que genera en contraste con la mínima participación de capital que estos ostentan³⁶. Por tal motivo, mientras mayor sea la dispersión de la propiedad accionarial, surgiría un problema de acción colectiva entre los asociados, quienes tendrán una menor capacidad o interés de vigilar las actividades operacionales de la compañía y de ejercer un control directo o indirecto sobre la administración³⁷.

Por ello, surge la posibilidad de que los administradores, en calidad de agentes, abusen de los recursos de la compañía en perjuicio de los socios o accionistas, que en el caso

³⁰ Ross, Stephen A. "The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem." *The American Economic Review* 63, no. 2 (1973): 134.

³¹ Paúl Noboa, "Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano", 9

³² *Id.*

³³ Aurelio Gurrea Martínez et. al, 'Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador', Working Paper Series 2/2019, Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, 9.

³⁴ Paúl Noboa, "Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano", 7.

³⁵ Paúl Noboa Velasco, "Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano", 7.

³⁶ David Kershaw, *Company Law In Context* (Oxford University Press 2009), 175.

³⁷ Paúl Noboa, "Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano", 7

en concreto actúan en calidad de principales, dado que estos últimos verán disminuidas sus utilidades por las actuaciones de sus administradores si no existe una alineación de intereses suficiente³⁸.

Consecuentemente, tal como explica Noboa, en el problema de agencia suscitado entre socios o accionistas con sus administradores

existe una preeminencia decisoria por parte de los directores cuando la compañía no cuenta con un socio o accionista o, en su defecto, con un grupo de asociados que actúen conjuntamente, que detenten una porción significativa del capital social que les permita controlar a la administración³⁹.

A modo de conclusión, entonces, se puede afirmar que, en el problema de agencia entre socios y accionistas con sus administradores, los últimos actúan en calidad de agentes de los asociados, que tendrían la condición de principales⁴⁰. De este modo, en jurisdicciones caracterizadas por un patrón de dispersión accionarial, el derecho societario debe establecer un marco que asegure que los administradores cumplan debidamente con sus funciones en el mejor interés de los socios o accionistas⁴¹. Entre las estrategias adoptadas, encontramos a los deberes fiduciarios de los administradores, tipificados para mitigar estos conflictos de interés⁴².

5.2. Problema de agencia entre socios y accionistas mayoritarios, con socios y accionistas minoritarios *shareholding agency problems*

Este problema ocurre de forma frecuente en aquellas jurisdicciones con un patrón de capital concentrado, en donde “la titularidad de las acciones por parte del principal o principales accionistas supera el cincuenta por ciento de las que se encuentran en circulación”⁴³. Bajo esta premisa, es importante enfatizar dicho problema de agencia y tomarlo en cuenta con mayor detenimiento en las sociedades latinoamericanas, caracterizadas por un alto grado de concentración de sus títulos representativos de capital⁴⁴. De este modo, mitigar una posible colisión de posiciones entre los accionistas mayoritarios con los minoritarios debe ser el enfoque central de los regímenes societarios

³⁸ Francisco Reyes, *Análisis Económico del Derecho Societario*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2012, 37

³⁹ Paúl Noboa Velasco, “Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano”, 7.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ Francisco Reyes, *Análisis Económico del Derecho Societario*, (Bogotá; Astrea, 2019), 37.

⁴² Francisco Reyes, *Análisis Económico del Derecho Societario*, 37.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, “White Paper on Corporate Governance in Latin America”, (2003), 9.

latinoamericanos⁴⁵.

Como se puede evidenciar del cuadro de concentración de capital en América Latina adjunto, gran parte de las sociedades en la región se caracterizan por tener una estructura concentrada de capital⁴⁶. En estas jurisdicciones, existe un alto riesgo de propensión al oportunismo de los socios o accionistas mayoritarios quienes, partiendo de su posición de dominio, podrían adoptar decisiones abusivas en perjuicio de los asociados de minoría⁴⁷:

Tabla No. 1. Concentración de capital en América Latina

País	Muestra (2002)	% de accionistas principales (2002)	% de los 3 principales accionistas (2002)	% de los 5 principales accionistas (2002)
Argentina	15	61%	82%	90%
Brasil	459	51%	65%	67%
Chile	260	55%	74%	80%
Colombia	74	44%	65%	73%
México	27	52%	73%	81%
Perú	175	57%	78%	82%
Promedio	168.3	53%	73%	79%

Fuente: Análisis Económico del Derecho Societario⁴⁸.

Entonces, es precisamente cuando ocurre este problema de agencia, dónde los socios o accionistas mayoritarios se convierten en los agentes de los asociados minoritarios, pues son los primeros quienes, por múltiples factores, como la mayor información que poseen acerca de la compañía, pero sobre todo por la capacidad de tomar ciertas decisiones, pueden llegar a comprometer los derechos de propiedad de los segundos⁴⁹.

Sin embargo, es importante tener presente que, en ciertas ocasiones, los socios o accionistas minoritarios también podrían convertirse en agentes de los asociados de

⁴⁵ Francisco Reyes Villamizar, *Análisis Económico del Derecho Societario*, 38.

⁴⁶ *Id.*, 40.

⁴⁷ *Id.*, 40.

⁴⁸ Francisco Reyes Villamizar, *Análisis Económico del Derecho Societario*, 40.

⁴⁹ 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.

mayoría⁵⁰. Es decir, los socios minoritarios, podrían adoptar resoluciones indebidas u oportunistas en el ámbito de las juntas generales, oponiéndose a la adopción de resoluciones que, sin su oposición, podrían resultar beneficiosas para la marcha operacional de las sociedades mercantiles⁵¹.

Por consiguiente, Noboa comparte la opinión de varios especialistas en Derecho societario y señala que, en las jurisdicciones de capital concentrado, como es el caso de Ecuador, resulta más conveniente señalar la existencia de un problema de agencia entre socios controladores, que usualmente son los socios de mayoría, en desmedro de los socios no controladores, que usualmente son los minoritarios⁵².

En tal sentido, es fundamental que la regulación societaria tenga la capacidad de adaptarse a las necesidades de los inversionistas, tomando en cuenta la realidad del país con respecto a la concentración del capital⁵³.

Para resumir, se puede afirmar que el problema de agencia más característico de las jurisdicciones con un patrón de concentración de capital surge entre asociados controladores que actúan como agentes de los asociados no controladores⁵⁴. Por tal motivo, es necesario que la regulación societaria tenga la capacidad de brindar protección ante actos o decisiones abusivas por parte de quienes controlan la compañía en desmedro de quienes no tienen esta facultad.

5.3. Problemas de agencia entre la compañía y terceros *stakeholding agency problem*

A fin de comprender de mejor manera lo que la doctrina ha manifestado sobre este conflicto de interés, es fundamental definir el objetivo del ámbito societario⁵⁵. Pues, existen puntos realmente controvertidos acerca de los propósitos que tiene la administración de una sociedad, pero, además, existen controversias acerca de la manera en que la administración cumple y ejecuta sus fines⁵⁶.

⁵⁰ Paúl Noboa, “Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano”, 10.

⁵¹ *Id.*, 10.

⁵² Paúl Noboa, “Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano”, 138.

⁵³ *Id.*, 11.

⁵⁴ Aurelio Gurrea Martínez et. al, ‘Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador’, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas* (2019), 10-11.

⁵⁵ John Carver, “A Case for Global Governance Theory: Practitioners Avoid It, Academics Narrow It, The World Needs It”, *Corporate Governance: An International Review*, 2010, 18 (2): 152.

⁵⁶ *Id.*

En primer lugar, existe una teoría a la que se ha denominado el “sociocentrismo”, misma que especifica que la administración de la compañía debe considerar de forma exclusiva los intereses de sus socios o accionistas⁵⁷. Por otra parte, encontramos a la teoría del “pluralismo”, que no aboga por velar por los intereses de los asociados, sino que defiende una primacía del interés de todos los terceros involucrados en los distintos tipos de relaciones que entable la compañía⁵⁸. La doctrina ha denominado a estos grupos de interés como *stakeholders*, quienes se definen como aquellos grupos “sin cuyo apoyo la organización dejaría de existir”⁵⁹. La lista de partes interesadas podría incluir, además de los socios o accionistas, a los empleados, clientes, proveedores, acreedores y la sociedad en su conjunto⁶⁰.

Como se puede apreciar, aún es controversial si el Derecho societario debe encargarse de regular estos conflictos en los que la compañía, como persona jurídica independiente, actúa en calidad de agente, mientras que los terceros interesados antes mencionados, actúan en calidad de principales por los aportes que realizan a fin de que la compañía pueda efectuar sus operaciones⁶¹. Suele indicarse que el Derecho societario no debería tener como fin esencial la mitigación de este conflicto de interés, dado que existen otras materias de derecho como el derecho laboral, derecho de consumo, derecho tributario, ambiental, que seguramente regulan dichas relaciones de manera más completa y eficaz⁶².

6. La doctrina del abuso de derecho

Al estudiar el derecho de dominio y los caracteres que lo componen, no puede pasar por desapercibido que el mismo tiene un carácter absoluto⁶³. Sin embargo, esta doctrina, que en resumen determina que “no puede tolerarse que el propietario ejerza sus facultades

⁵⁷ Sarah Kiarie, “At crossroads: shareholder value, stakeholder value and enlightened shareholder value: Which road should the United Kingdom take?”, *International Company and Commercial Law Review* (2006), 1.

⁵⁸ Barnali Choudhury, Aligning Corporate and Community Interests: From Abominable to Symbiotic, Brigham Young, *University Law Review* (2014), 308

⁵⁹ John Carver, “A Case for Global Governance Theory: Practitioners Avoid It, Academics Narrow It, The World Needs It”, 152.

⁶⁰ Edward Freeman and David Reed, Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance, *California Management Review*, Vol. XXV, No. 3 (1983), 89.

⁶¹ Paúl Noboa, “The Ecuadorian Corporate Objective: Shareholder Primacy in times of COVID-19”, Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, 29 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.derechoyfinanzas.org/en/the-ecuadorian-corporate-objective-shareholder-primacy-in-times-of-covid-19/>, último acceso el 13 de marzo de 2022.

⁶² Aurelio Gurrea Martínez et. al, “Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador”, 10.

⁶³ Luis Parraguez, *El régimen jurídico de los bienes*, 183.

dominicales sin un sentido de utilidad y con el único propósito de perjudicar a un tercero”⁶⁴, se muestra como un factor limitante al carácter absoluto del derecho de dominio.

Por otra parte, esta doctrina ha sido cuestionada por ciertas tesis individualistas que defienden el carácter absoluto del derecho de propiedad. Al respecto, se ha alegado que “es una inconsecuencia hablar de abuso cuando una persona simplemente hace uso de su derecho, ya que quien su derecho ejerce a nadie ofende”⁶⁵.

Sin embargo, pese a que pueden ser válidas las ideas individualistas acerca del carácter absoluto del derecho de dominio, no es menos cierto lo que expresa Parraguez, citando a Puig Peña, quien señala que el Derecho “no puede nunca conceder su protección sino a los actos humanos que se realicen en la misma dirección del orden jurídico y tengan ciertamente una utilidad; no el capricho arbitrario de las personas”⁶⁶.

Independientemente de disentir o apoyar la doctrina del abuso de derecho, no se puede desconocer que, en aspectos muy generales, dicha doctrina es aceptada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a tal punto que a continuación del artículo 36 del Código Civil, existe un artículo innumerado⁶⁷ en el que se menciona y a breves rasgos se regula el abuso del derecho.

El artículo en cuestión dispone que “constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico”⁶⁸. Por lo expuesto, es preciso señalar que si bien el Código Civil no presenta un catálogo de situaciones en las que se podría incurrir en abuso del derecho, otorga un estándar a quienes ejercen potestades jurisdiccionales a fin de que puedan evaluar, realizando un ejercicio de interpretación de la norma, si un determinado comportamiento enmarcado en el ejercicio de un derecho va más allá de los fines para los cuales el ordenamiento jurídico los ha reconocido⁶⁹.

El abuso del derecho ha sido analizado a nivel de la jurisprudencia constitucional, en

⁶⁴ *Id.*, 195.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Luis Parraguez, *El régimen jurídico de los bienes*, 196

⁶⁷ Código Civil.

⁶⁸ Artículo innumerado luego del artículo 36, Código Civil.

⁶⁹ Enrique Barros. "Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la Doctrina del Abuso de Derecho." *Derecho y Humanidades* 7 (1999), 14.

tanto que la Corte Constitucional ha expresado que “contrario a la buena fe es el abuso de derecho, el cual es un fenómeno que consiste en el ejercicio excesivo, irregular, desconsiderado, anormal y, en cualquier caso, antisocial de un derecho subjetivo susceptible de causar daño en relación con un interés ajeno”⁷⁰.

A nivel de derecho comparado, varias legislaciones han identificado la importancia de regular al ejercicio abusivo del derecho, y en consecuencia “se ha recogido formalmente en varios códigos civiles, entre otros los de España, Alemania, México, Italia, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Brasil, Perú y Argentina”⁷¹.

Ahora bien, una vez que se ha expuesto que el abuso del derecho ha sido reconocido por Ecuador a nivel legal y jurisprudencial, es pertinente analizar los requisitos que la doctrina ha expresado que son fundamentales para determinar si se incurre en este supuesto.

Haciendo referencia a la jurisprudencia española, Alessandri y Somarriva, han expresado que para que se configure el supuesto de abuso del derecho se requieren cuatro requisitos, mismos que se revisarán a continuación⁷².

En primer lugar, se requiere que el hecho sea aparentemente legal, puesto que, para la doctrina tradicional, el hecho abusivo debe tener vicios de legalidad. Es decir, si una persona realiza un acto que está por fuera de la ley o al que no le asiste ningún derecho, el supuesto quedaría fuera del ámbito del abuso del derecho, por lo que su conducta ilícita debe sancionarse con arreglo a las normas generales de la responsabilidad aquiliana regulada en los artículos 2214 y siguientes del Código Civil⁷³.

Para ilustrar el primer requisito, Parraguez pone como ejemplo a aquel acreedor impago que, en el ejercicio legítimo de su derecho, embarga bienes de su deudor, pero lo hace en un monto totalmente desproporcionado con relación al valor del crédito adeudado. En el caso propuesto, por ejemplo, existiría un abuso del derecho si, por una deuda de mil dólares, el acreedor embargara bienes de su deudor por más de un millón de dólares. Su actuación es aparentemente legal, pero se hace ilegítima al usar la vía ejecutiva como un abusivo e injustificado instrumento de presión para su deudor⁷⁴.

⁷⁰ Caso No. 22-13-IN/20., Corte Constitucional del Ecuador, 04 mayo de 2020, párr. 43.

⁷¹ Luis Parraguez, *El régimen jurídico de los bienes*, 197.

⁷² Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga: *Derecho Civil, Tomo II*. (Ed. Nascimento, Santiago de Chile, 1957), 84.

⁷³ Luis Parraguez, *El régimen jurídico de los bienes*, 198.

⁷⁴ *Id.*, 198.

El segundo requisito para poder hablar de abuso del derecho es que el mismo ocasione un daño o perjuicio a un tercero. De lo contrario, esta teoría perdería su razón de existencia. Es importante recordar que la finalidad de esta figura es dar lugar a la indemnización de perjuicios por el hecho de que el titular de un derecho, mediante un ejercicio abusivo del mismo, generó una afectación injustificada a un tercero⁷⁵.

Como tercer requisito, la jurisprudencia y la doctrina mencionan, para la configuración de un abuso del derecho, que éste no debe afectar a un derecho subjetivo ajeno, sino a un interés o expectativa legítima de un tercero⁷⁶. Por lo tanto, la figura del abuso del derecho devendría improcedente si el ordenamiento jurídico contiene otros mecanismos u acciones de tutela para proteger un derecho subjetivo de quién se considerare perjudicado⁷⁷.

Consecuentemente, el objetivo de la doctrina del abuso del derecho es la de brindar protección a intereses, e incluso de simples expectativas de terceros que, aun siendo legítimos, se encuentran muchas veces sin protección jurídica específica⁷⁸.

Finalmente, como último requisito, y quizá el más importante para que se configure un abuso del derecho, se encuentra que el ejercicio de éste sea contrario a su función económica y social⁷⁹.

Para la configuración del abuso de derecho, se exige que su titular lo ejercite contrariando su función económico-social, es decir, en una dirección diferente a la obtención de los beneficios que el ordenamiento ha tenido a la vista para concederlo y tutelarlos, en la que se advierte el propósito único o principal de ocasionar un daño a tercero⁸⁰. Es decir, si esas facultades se ejercitan normalmente, no existiría abuso, aunque la actuación del titular pudiera haber ocasionado perjuicios a un tercero⁸¹.

A modo de conclusión, acerca de la teoría del abuso del derecho, se puede afirmar que la misma constituye un estándar que deberá ser valorado caso por caso por la autoridad jurisdiccional competente, siempre que se tomen en cuenta los requisitos que se han explicado, y que se pueden resumir en la realización de un acto aparentemente legal, la

⁷⁵ *Id.*, 199

⁷⁶ *Id.*, 198.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.*, 200

⁸⁰ Luis Parraguez, *El régimen jurídico de los bienes*, 14.

⁸¹ *Id.*

existencia de un daño o perjuicio a terceros, que este daño no lesione un derecho como tal, sino algún interés o expectativa legítima, y que finalmente el ejercicio del derecho sea contrario a la función económica- social del mismo.

6.1. Abuso del derecho de voto en el contexto societario

Cuando se recurre a la revisión de la doctrina del abuso del derecho desde el punto de vista societario, con frecuencia se alude a la idea del abuso de la personalidad jurídica, es decir, a la utilización de la compañía con una finalidad distinta para la que ha sido constituida, en perjuicio de terceros⁸².

Si bien no es posible delimitar taxativamente todos los supuestos en los cuales se incurre en esta figura, se podría señalar que ocurrirá abuso de la personalidad jurídica cuando una compañía, de manera deliberada, hubiere sido utilizada con intención de causar daño a terceros o para alcanzar un propósito ilegítimo⁸³. Es decir, el abuso de la personalidad jurídica surge cuando la forma asociativa es utilizada “en el interés personal de quienes la dirigen o controlan”⁸⁴.

Sin embargo, además es importante tomar en consideración que, en el contexto societario, la figura del abuso del derecho también tendría aplicación en las determinaciones adoptadas por las juntas generales de socios o accionistas⁸⁵. Por tales consideraciones, es fundamental desarrollar la importancia de regular la figura del abuso del derecho de voto en la legislación societaria, para impedir que ciertos socios o accionistas, en el ejercicio de sus derechos políticos, causen perjuicio a los demás asociados cobijados por el manto societario⁸⁶.

En términos generales, se incurrirá en un abuso censurable cuando “se ejerce un derecho subjetivo con intención de causar daño o con un propósito diferente de aquel para el cual el derecho objetivo ha previsto su utilización”⁸⁷. Por lo tanto, un socio o accionista incurrirá en un abuso del derecho de votación cuando, en lugar de ejercer sus derechos

⁸² Carmen Boldó Roda, *Levantamiento del velo de la persona jurídica en el derecho español 2da edición*, (Pamplona, Aranzadi, 1997), 38-39.

⁸³ Manuel Broseta y Fernando Martínez, *Manual de derecho mercantil vol. 1*, ed. 26. (Madrid, Tecnos, 2019), 279-280.

⁸⁴ Francisco Reyes, *Derecho Societario*, 2021, 252.

⁸⁵ Francisco Reyes, *Derecho Societario*, 2021, 252.

⁸⁶ *Id.*, 249

⁸⁷ Alexis Constantin, *Droit de sociétés. Droit commun et droit special des sociétés* (Paris, Dalloz, 2005), 85

políticos en el mejor interés de la compañía, adoptare resoluciones asamblearias con el único objetivo de causar un daño injustificado a los demás asociados o a la compañía, como un centro de imputación diferenciado⁸⁸.

De esta forma, resulta evidente que los derechos de votación no deberían ser ejercidos discrecionalmente, con el único objetivo de ocasionar un perjuicio injustificado a la compañía o a los demás socios o accionistas⁸⁹. Tomando en consideración los diversos intereses que confluyen en el ámbito de una junta general o asamblea de accionistas, legal, doctrinaria y jurisprudencialmente se han identificado tres supuestos en los que la teoría del abuso del derecho de votación tendría aplicación: el abuso de la posición mayoritaria, el abuso de la posición minoritaria y, finalmente, el abuso de la posición paritaria⁹⁰.

6.2. Abuso del derecho de voto de la mayoría

Con relación al abuso de la mayoría, Ives Chaput manifiesta que esta figura opera cuando los socios o accionistas mayoritarios, en las deliberaciones asamblearias correspondientes, toman decisiones que anteponen su interés personal, en desmedro de las minorías o incluso de la propia compañía⁹¹. Por ejemplo, la Corte de Casación francesa, con relación a este punto, ha señalado lo siguiente

la determinación de la asamblea general de una sociedad anónima no podrá ser anulada por abuso del derecho de la mayoría, a menos que se establezca que se ha adoptado en contra del interés general de la sociedad y bajo el designio único de favorecer a los mayoritarios en detrimento de los miembros de la minoría⁹².

Bajo aquel contexto, el abuso del derecho de voto de las mayorías podría surgir, entre otros escenarios, cuando los socios o accionistas mayoritarios aprueban la constitución de reservas injustificadas con el fin de privar a los asociados minoritarios de percibir las utilidades operacionales⁹³.

La regulación del ejercicio abusivo de los derechos de votación se fundamenta en la necesidad de reestablecer el equilibrio societario entre los socios de una compañía⁹⁴. De esta

⁸⁸ *Id.*, 252

⁸⁹ Barthelemy Mercadal, *Societes commerciales, memento pratique*, (París, Editions Francis Lefebvre, 1995), 584.

⁹⁰ Barthelemy Mercadal, *Societes commerciales, memento pratique*, 584.

⁹¹ Yves Chaput, *La Société à responsabilité limitée*, (Paris, Dalloz, 1994), 49.

⁹² Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, 253.

⁹³ Paul Le Canu, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaire et conventions entre associés*, (4e edition, 2000), 144.

⁹⁴ Dominique Vidal, *Droit des societes*, (París: LGDJ, 2006), 390.

forma, sancionar el abuso mayoritario del derecho de votación buscaría resguardar la igualdad interna de los socios, cuya vulneración ocurriría cuando se desconozca el principio de igualdad de tratamiento en el ejercicio de los derechos estatutarios de todos los asociados de una compañía⁹⁵, por ejemplo, mediante la aprobación de reinversión de utilidades por simple decisión mayoritaria.

Por su parte, el abuso del derecho de voto por la mayoría también podría infringir el principio de igualdad externa, que básicamente supone una privación al socio minoritario de un derecho que se le atribuye al asociado de mayoría, quien lo recibe producto de una consideración diferente a sus relaciones intrasocietarias⁹⁶. Una infracción al principio de igualdad externa surgiría cuando el socio mayoritario aprueba la fijación de remuneraciones excesivas a los administradores relacionados a él, por vínculos de parentesco⁹⁷.

Debido a la estructura de capital concentrado que tienen las sociedades mercantiles en Ecuador⁹⁸, regular el abuso de derecho de voto de las mayorías es fundamental para mitigar el principal problema de agencia que afronta el Derecho societario ecuatoriano, debido a la mayor capacidad decisoria que tienen los socios o accionistas mayoritarios en el ámbito de las juntas generales. Como se puede apreciar, la regulación del abuso del derecho de voto de las mayorías reducirá la propensión al oportunismo de los socios o accionistas mayoritarios, mitigando el riesgo de extracción de valor injustificado desde la compañía hacia su patrimonio personal⁹⁹.

6.3. Abuso del derecho de voto de la minoría

Por su parte, el abuso del derecho de voto en las minorías, que usualmente se manifiesta como una abstención, surge cuando los socios o accionistas minoritarios, de manera injustificada, se oponen a la adopción de resoluciones legítimas en las juntas generales, con el único objetivo de incidentar, paralizar u obstruir el normal decurso de las actividades operacionales de una sociedad mercantil¹⁰⁰.

Por lo tanto, una manifestación del ejercicio abusivo del derecho de voto de los

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ Dominique Vidal, *Droit des sociétés*, 390.

⁹⁷ Francisco Reyes, *Derecho Societario*, 254

⁹⁸ Paúl Noboa, “Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano”, 9.

⁹⁹ Atanasov, Vladimir, Bernard Black, and Conrad S. Ciccotello. "Law and Tunneling." *Journal of Corporation Law* 37, no. 1 (2011): 1-49.

¹⁰⁰ Lina Henao, “El abuso de la posición jurídica del socio”, e – mercatoria, 13(2), (2014), 104.

minoritarios sería una negativa para aprobar los estados financieros y los informes de gestión, cuando su voto fuere necesario para tal fin, con el único objetivo de dilatar el cumplimiento de las obligaciones societarias a cargo del administrador de la compañía.

El abuso del derecho de voto de las minorías, en palabras del profesor Francisco Reyes Villamizar, “vendría a ocurrir en relación con determinaciones sujetas a mayorías decisorias calificadas, para cuya obtención resulte indispensable la concurrencia de algún grupo o accionista minoritario”¹⁰¹. Sin embargo, cabría señalar que, además de dicha oposición, se requeriría una intención manifiesta de impedir la realización de operaciones empresariales esenciales, que generarían beneficios para la compañía¹⁰².

Ahora bien, de acuerdo con la Corte de Casación francesa, existiría un abuso del derecho de voto de las minorías cuando la conducta del socio o accionista minoritario ha impedido la adopción de una decisión empresarial necesaria para la marcha operacional de la sociedad, en detrimento del mejor interés de la compañía¹⁰³. De esta forma, la conducta del socio o accionista minoritario resultaría contraria al interés de la compañía en su conjunto¹⁰⁴.

Por consiguiente, cabría señalar que los asociados minoritarios podrían oponerse a la aprobación de resoluciones, de manera legítima, siempre que dicha oposición se fundamente en argumentos razonables, tales como evaluar la conveniencia de adoptar una determinada operación por motivos financieros o, a su vez, en la falta de información para tomar la decisión que consideren adecuada¹⁰⁵.

Se puede concluir, que los socios o accionistas minoritarios incurrirían en un abuso de su posición minoritaria cuando, sin un fin legítimo que sustente su votación, ejercieren sus derechos políticos con el único objetivo de incidentar o paralizar la marcha operacional de la compañía.

¹⁰¹ Francisco Reyes, *Derecho Societario*, 255.

¹⁰² Francisco Reyes, *Derecho Societario*, 255.

¹⁰³ Francia, *Tapisseries de France*, 15 de julio de 1992, Sentencia No. 90-17.212, expedida por la Corte de Casación

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Alienergy S.A., contra Álvaro José Márquez y Gestión Orgánica GEO S.A.S. E.S.P.*, proceso N° 2013-801-157, Cámara de Comercio de Bogotá, Corte de Arbitraje, Centro de Arbitraje y Conciliación, 24 de febrero de 2017.

6.4. Abuso de la posición paritaria

El abuso de la posición paritaria en los derechos políticos se presenta cuando el capital social se encuentra dividido en partes iguales, de tal manera que los socios o accionistas, de forma indebida, manifiestan su votación con el único objetivo de paralizar los órganos sociales, de forma que la compañía se encuentra impedida de proseguir la consecución de sus objetivos empresariales¹⁰⁶.

El abuso de paridad guarda ciertas semejanzas con el abuso del derecho de voto de las minorías, debido a que, en ambos escenarios, se produce una completa paralización de la sociedad mercantil, con el subsecuente impedimento para la adopción de decisiones empresariales¹⁰⁷. Sin embargo, la diferencia radica en la existencia de participaciones igualitarias, en donde se evidencia “la falta de colaboración de una de las facciones”¹⁰⁸ del capital social.

En definitiva, el abuso de paridad surge cuando uno de los asociados paritarios se abstiene, ilegítimamente, de “otorgar su concurso para adoptar determinaciones indispensables para la marcha de la sociedad”¹⁰⁹. Sin embargo, dicha abstención debe interferir, de manera inequívoca, en el normal decurso de las actividades empresariales de las compañías, ocasionando una lesión al interés social producto de un abuso en las actuaciones de uno de los socios o accionistas paritarios¹¹⁰.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, debe tenerse en cuenta que el abuso de mayoría tiene una diferencia diametral con las otras dos figuras. Para verificar la concurrencia de un abuso del derecho de voto por las mayorías, se requiere que exista un beneficio o ventaja real de los socios mayoritarios en desmedro de los demás socios y de la compañía¹¹¹. Por su parte, en el abuso de derecho de los minoritarios o de la posición paritaria, no se requiere que exista una ventaja material, sino la intención de causar un perjuicio a la sociedad o de incidentar u obstaculizar su marcha operacional¹¹².

¹⁰⁶ Francisco Reyes, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, 138.

¹⁰⁷ Gil Echeverry, "Abuso en decisiones adoptadas en las SAS", en Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada, op. cit., Cap. VI, citado en Francisco Reyes, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, 137.

¹⁰⁸ Francisco Reyes, *Derecho Societario*, 256.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ Francisco Reyes, *Derecho Societario*, 256.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² Lina Henao, “El abuso de la posición jurídica del socio”, 105.

6.5. Jurisprudencia con relación al abuso del derecho de voto

Como ha sido explicado anteriormente, la Corte de Casación de Francia ha desarrollado amplia jurisprudencia sobre la figura del abuso del derecho de voto, explicando el alcance de los abusos de mayorías, minorías, y de posición paritaria¹¹³. Sin embargo, en la jurisprudencia colombiana también se han desarrollado importantes aportes sobre la figura del abuso del derecho de voto, con fundamento en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, que regula a la Sociedad por Acciones Simplificada en aquel país¹¹⁴.

En primer lugar, se puede mencionar el Fallo de Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S., expedido por la Superintendencia de Sociedades de Colombia en 2013. En este caso, la accionante demandó a Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S., alegando que, en la correspondiente asamblea de accionistas, se decidió excluirla como miembro principal ante la Junta Directiva. Por su parte, los demandados argumentaron que la decisión se tomó por las reiteradas inasistencias a reuniones de la junta directiva del representante legal de la accionante¹¹⁵. En su análisis, el Tribunal procedió a dilucidar si la decisión objeto de la controversia se enmarcaba en el ejercicio legítimo de los derechos de voto de la mayoría.

El Tribunal, luego de realizar un análisis de las pruebas aportadas por las partes, analizó si la cuestionada decisión confería a la mayoría una ventaja injustificada o si generaba un perjuicio a la parte actora. El Tribunal concluyó que, si bien la determinación fue tomada en sujeción al ordenamiento jurídico colombiano, la misma generaba un perjuicio a Serviucis S.A. dado que la intención de la presencia de los minoritarios en las juntas directivas era impedir que las mayorías tomen decisiones en su perjuicio o que, al menos, conozcan la información de las operaciones de la compañía.

A parte de los puntos antes citados, la Superintendencia de Sociedades identificó que, de manera previa, entre las partes existían conflictos intrasocietarios irreconciliables. Por lo tanto, la Superintendencia de Sociedades concluyó que la decisión adoptada de excluir a la

¹¹³ Francisco Reyes, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, 138.

¹¹⁴ Colombia, Ley 1258 de 05 de diciembre de 2008. Disponible en <https://funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=34130>

¹¹⁵ Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S. Sentencia No 800-73, Superintendencia de Sociedades de Colombia, 19 de diciembre de 2013.

accionante de la Junta Directiva de Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S se habría adoptado con el objetivo de restringir sus derechos informacionales, aspecto que configuraría un claro abuso del ejercicio del derecho de voto de las mayorías¹¹⁶. Por lo tanto, el Tribunal aceptó la pretensión de la accionante. Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A. es otro caso resuelto por la Superintendencia de Sociedades de Colombia en el que se analiza el abuso del derecho de voto, con respecto a la capitalización abusiva aprobada por los accionistas de mayoría¹¹⁷.

De acuerdo con dicha sentencia, Capital Airports Holding Company entabló una acción de nulidad en contra de las decisiones tomadas en la asamblea de accionistas de CAH Colombia S.A., celebrada el 2 de abril del 2012, en donde se aprobó aumentar el capital autorizado de la compañía demandada, remover a algunos miembros de la Junta Directiva y modificar su estructura organizacional. En esta asamblea se suscitó una controversia por la aprobación del reglamento de emisión y colocación de acciones sin respetar el derecho de suscripción preferente, aprobado en cumplimiento de lo ordenado por la asamblea general de accionistas a la Junta Directiva.

Capital Airports Holding Company aducía que la capitalización de la sociedad demandada adolecía de causa ilícita, dado que se realizó con el único objetivo de que otra compañía accionista, quien hasta antes de la adopción de dicha resolución detentaba el 47.88% de la participación accionarial, tome el control de la compañía demandada. Cabe señalar que, después de dicho aumento de capital, la compañía no controladora pasó a representar el 55% del capital suscrito de la compañía CAH Colombia S.A.

Por su parte, los demandados alegaron que la capitalización se realizó por la necesidad de liquidez que tenía CAH Colombia S.A., a lo que la compañía demandante respondió que se habían planteado otras alternativas para suplir la falta de liquidez, pero que no fueron consideradas.

En el fallo, la Superintendencia de Sociedades analizó la concurrencia de elementos de orden objetivo y subjetivo para determinar la existencia de un ejercicio abusivo de los derechos de votación. En primer lugar, se analizó si la capitalización generaba un perjuicio

¹¹⁶ Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S. Sentencia No 800-73.

¹¹⁷ Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A. Sentencia No. 800-20, Superintendencia de Sociedades de Colombia, 27 de febrero de 2014.

real a la accionante (elemento objetivo) y, en caso de existir, si éste se aprobó con una intención deliberada por parte de la compañía accionista que había tomado el control (elemento subjetivo).

Debido a que la accionante perdió el control de CAH Colombia S.A, y a que no recibió contraprestación por la prima de control, la Superintendencia identificó el elemento objetivo, dado que evidenció un perjuicio real generado a la accionante.

En cuanto al elemento subjetivo, es decir, a la intención deliberada de causar un daño, el Fallo identificó reiteradas conductas de los demandados que permitieron concluir que la capitalización de CAH Colombia S.A tenía el objetivo de causar un perjuicio a quien en su momento tenía el control de la compañía, puesto que no se le permitió a la accionante ejercer su derecho de preferencia, ni adquirir acciones para incrementar su capital accionarial, con el fin de evitar la dilución de su participación accionarial.

En conclusión, y con fundamento en los fallos descritos, se puede afirmar que, para que se configure un abuso de derecho de voto, ya sea de mayoría, minoría o paridad, debe existir un elemento subjetivo y otro objetivo. En cuanto al elemento subjetivo, debe verificarse la intención de obtener un provecho personal o de obstruir el normal curso de las operaciones societarias¹¹⁸. Por su parte, con relación al elemento objetivo, la determinación tomada por los socios o accionistas mayoritarios, minoritarios o paritarios, debe causar un perjuicio real, ya sea a la sociedad, o a los otros socios o accionistas¹¹⁹.

6.6. Ventajas de la incorporación de la figura del abuso del derecho de voto en la legislación ecuatoriana

Una vez que se han expuesto los principales problemas de agencia en el Derecho societario, y aquellos elementos que caracterizan al abuso del derecho de voto de los socios o accionistas que integran una compañía, se torna fundamental discutir las ventajas que se derivarían de la implementación de esta figura en la regulación de las especies societarias tradicionales. Cabe señalar que la regulación de las SAS ya contempla la aplicación de esta figura para dicha sociedad mercantil.

En primer lugar, cabe indicar que la figura del abuso del derecho, en términos generales, goza de reconocimiento en el marco jurídico ecuatoriano, pues se encuentra

¹¹⁸ Lina Henao, El abuso de la posición jurídica del socio, 104.

¹¹⁹ *Id.*

regulada en el artículo innumerado a continuación del artículo 36 en el Código Civil¹²⁰. También, la jurisprudencia ecuatoriana, con relación al abuso de la personalidad jurídica, ha expresado que no puede tolerarse que se use a la personalidad jurídica con fines distintos a los previstos por el ordenamiento jurídico, y peor aun cuando se pretenda utilizar una compañía con el único objetivo de defraudar o causar daños a terceros¹²¹.

Ahora bien, tal y como se analizó en la sección referente al abuso del derecho de voto de la presente investigación, es necesario implementar esta figura para regular aquellos actos intrasocietarios, en los que los socios o accionistas de una compañía abusan el ejercicio de los derechos políticos derivados de su condición de asociados, deliberando y votando en las juntas generales sin tomar en consideración el mejor interés de la compañía.

Conforme fue indicado anteriormente, el ordenamiento societario del Ecuador ya implementó la regulación del abuso del derecho de voto en la sección de la Ley de Compañías que rige a las SAS. Con relación a esta especie societaria, la Ley de Compañías dispone que los accionistas deben ejercer sus derechos de voto en el mejor interés de la compañía¹²². También, la Ley de Compañías faculta a que el juez competente, en caso de identificar un abuso del derecho de voto de mayoría, minoría o paridad, ordene el pago de daños y perjuicios, sin perjuicio de que también pueda declarar la nulidad de la determinación adoptada¹²³.

En cuanto al abuso del derecho de voto de los asociados mayoritarios, es fundamental regular dicha figura en las compañías tradicionales ecuatorianas, puesto que permitirá a los asociados minoritarios impedir que sus contrapartes mayoritarias, en el ejercicio abusivo de sus derechos de votación, adoptaren decisiones ilegítimas u opresivas¹²⁴, aprobando, en el ámbito de las juntas generales, extracciones injustificadas de los recursos sociales hacia su patrimonio personal.

Es decir, la principal ventaja que se derivaría del reconocimiento del abuso de mayoría en las compañías tradicionales sería la reducción de la propensión al oportunismo de los socios o accionistas mayoritarios, impidiendo que ellos incurran, partiendo de su

¹²⁰ Artículo innumerado luego del artículo 36, Código Civil.

¹²¹ *Ver* Diners Club del Ecuador S.A., C. Mariscos de Chupadores Chupamar S.A., Corte Suprema de Justicia de Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 21 de marzo de 2001.

¹²² Artículo innumerado titulado abuso del derecho de voto, Ley de Compañías.

¹²³ Artículo innumerado titulado abuso del derecho de voto, Ley de Compañías.

¹²⁴ Dominique Vidal, *Droit des societes*, París, LGDJ, 2006, 390.

posición de dominio, en las distintas modalidades de *tunelling*¹²⁵.

Por su parte, implementar la figura del abuso del derecho de voto de los asociados minoritarios en las compañías tradicionales coadyuvaría a impedir que las minorías, en un ejercicio ilegítimo de sus derechos políticos obstruyan, de manera injustificada u oportunista, el normal decurso de las actividades realizadas por la compañía¹²⁶.

Por ejemplo, las acciones de abuso de la minoría resultarían altamente convenientes cuando un socio minoritario de una compañía de responsabilidad limitada se opusiere, sin justificación alguna, al ingreso de un inversionista al capital social de dicha compañía, abusando del poder de veto conferido por el artículo 113 de la Ley de Compañías. En aquel caso, de permitirse la implementación de esta figura en las compañías tradicionales, los socios mayoritarios podrían exigir el resarcimiento de los perjuicios irrogados y demandar la nulidad de la resolución negativa de la junta general de socios.

Por su parte, la implementación de las acciones de abuso de posición paritaria ofrecería una alternativa para sortear la paralización de los órganos societarios por causas endógenas, permitiendo exigir al socio o accionista paritario el resarcimiento de los perjuicios irrogados producto de un bloqueo indebido de los objetivos empresariales de la compañía.¹²⁷

7. Consecuencias derivadas de la implementación de la figura del abuso del derecho de votación en las compañías tradicionales

Una vez que se ha expuesto la importancia de incorporar la regulación del abuso del derecho de voto para las compañías tradicionales ecuatorianas, es necesario analizar la consecuencia jurídica que se derivaría de la aplicación de esta figura, cuando los jueces decidan aplicarla, a pedido de una de las partes en una disputa.

Para ello, es importante remitirnos a la Ley Modelo Sobre la Sociedad por Acciones Simplificada, elaborada por la Organización de Estados Americanos. Específicamente, el artículo 42 de la Ley Modelo, al consagrar el deber de los accionistas de ejercer su derecho de voto en el mejor interés de la compañía, recomienda conferir al juzgador correspondiente la facultad de ordenar el resarcimiento de perjuicios y de declarar la nulidad de la resolución

¹²⁵ Atanasov, Vladimir, Bernard Black, and Conrad S. Ciccotello. "Law and Tunneling.", 1.

¹²⁶ Lina Henao, "El abuso de la posición jurídica del socio", 104.

¹²⁷ Francisco Reyes, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, 138.

considerada abusiva¹²⁸, cuando se verificaren los supuestos de abuso de mayoría, minoría o de posición paritaria,

La legislación colombiana, si se verifican los supuestos antedichos, también reconoce la facultad de ordenar el resarcimiento de perjuicios, y además, la posibilidad de anular la resolución adoptada de manera abusiva, en el ámbito de las juntas de socios o asambleas de accionistas¹²⁹.

Como se puede observar, varias legislaciones, la jurisprudencia y la doctrina, resaltan la importancia de que el Derecho societario regule el abuso del derecho de voto, y que en caso de que dicha situación sea identificada, se otorgue la facultad a quienes ejercen jurisdicción en este tipo de disputas, de ordenar el resarcimiento de perjuicios y de declarar la nulidad de la resolución cuestionada.

De este modo, la implementación de esta figura en el ámbito de las compañías tradicionales también permitiría sancionar ciertos escenarios en los que los socios o accionistas pretendieren ejercer sus derechos políticos de manera injustificada, anteponiendo su interés personal por sobre el interés de la compañía.

7.1. Adecuada implementación de las figuras de abuso del derecho de votación

Si bien la implementación de las figuras del abuso del derecho de votación en las compañías tradicionales resultaría positiva, existen medidas adicionales que también podrían ser consideradas para alcanzar plenamente el objetivo de dicha implementación.

Entre ellas, destacan la implementación de las acciones derivadas como una herramienta procesal para demandar la aplicación integral de esta figura a nombre de la compañía; la posibilidad de solicitar sea en sede administrativa o judicial, la suspensión de los efectos de una resolución aprobada o negada abusivamente en una junta general; y la imperiosa necesidad de reconocer una instancia especializada para la resolución de controversias societarias.

¹²⁸ Artículo 42, Ley Modelo Sobre la Sociedad por Acciones Simplificada de la Organización de Estados Americanos.

¹²⁹ Santiago Medellín León, Abuso del derecho de voto de mayorías: lecciones para la aplicación del régimen de opresión de minoritarios en Colombia, 11.

7.2. Acciones derivadas para permitir a los socios o accionistas que entablen, a nombre de la compañía, las acciones de abuso del derecho de votación

Como se ha analizado en secciones precedentes, el principal problema de agencia que ocurre en las compañías latinoamericanas, debido a su estructura de capital concentrado, se presenta entre los socios o accionistas controladores (que usualmente son los asociados mayoritarios) y los socios o accionistas no controladores (que, usualmente, son los asociados minoritarios). Bajo aquel contexto, en las compañías latinoamericanas es usual que el interés de los administradores esté alineado con el interés del socio o accionista de control¹³⁰.

Tomando en cuenta esta realidad, si bien es pertinente incluir en la legislación societaria ecuatoriana la figura del abuso del derecho de voto para las compañías tradicionales, también es fundamental realizar un breve análisis desde el punto de vista procesal, con el objetivo de determinar quienes deberían tener la capacidad de interponer una demanda, a nombre de la compañía, que pretenda el resarcimiento de daños y perjuicios y la nulidad de la determinación adoptada considerada abusiva en el máximo órgano social de una compañía.

La acción social de responsabilidad derivada en contra de los administradores, prescrita en el artículo 272 de la Ley de Compañías, faculta a que los accionistas que individual o conjuntamente que representen al menos el 5% del capital pagado, puedan entablar una acción social de responsabilidad a nombre y en defensa del interés de la compañía¹³¹. La Ley de Compañías establece que dicha acción podrá plantearse cuando la persona delegada para interponerla no lo hiciere en el plazo de un mes luego de que dicha resolución hubiere sido acordada. También, la Ley de Compañías establece que una acción social de responsabilidad podrá ser entablada directamente, sin necesidad de contar con una aprobación de la junta, en caso de que la acción se fundamentare en una infracción al deber de lealtad¹³².

Ahora bien, la acción de responsabilidad, bajo el contexto actual, únicamente permite que se demande a los administradores en representación de la compañía, cuando éstos falten

¹³⁰ Paúl Noboa, “La Implementación de las Acciones Derivadas en Ecuador”, Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, 03 de agosto de 2021. Disponible en: <https://www.derechoyfinanzas.org/la-implementacion-de-las-acciones-derivadas-en-ecuador/>, último acceso el 02 de marzo de 2022

¹³¹ Artículo 272, Ley de Compañías.

¹³² Artículo 272, Ley de Compañías.

a sus deberes fiduciarios.

Sin embargo, y tomando en consideración el patrón de concentración de capital característico del ordenamiento societario ecuatoriano, es también de suma importancia regular dicha acción para permitir que los socios o accionistas tengan la facultad de solicitar, a quien ejerce la representación legal de la compañía, que demande a nombre de la compañía a quienes hayan tomado una resolución abusiva en desmedro del interés social o de los otros asociados, o bien en caso de que se obstruya el normal curso de sus actividades mercantiles¹³³.

Si bien el artículo 215 de la Ley de Compañías permite que quienes representen al menos el 25% del capital social, puedan impugnar aquellos acuerdos o resoluciones que en beneficio de uno o varios accionistas lesionen el interés de la compañía¹³⁴, aquello, no protege de forma adecuada a los socios o accionistas minoritarios, en razón de que el porcentaje requerido para plantear la acción, es muy alto, lo que hace que sin duda, se favorezca el oportunismo del grupo de la mayoría¹³⁵.

Considerando la situación de capital concentrado en la que se encuentran la mayoría de compañías ecuatorianas y la alineación de intereses existentes entre socios o accionistas mayoritarios con los administradores, si la acción social de responsabilidad no es regulada de una forma adecuada, con muy poca frecuencia los administradores estarán dispuestos a demandar en el mejor interés de la compañía a los asociados de control, dado que son estos quienes tienen la facultad de mantenerlos en el cargo o removerlos¹³⁶.

Por ende, es importante que, con fundamento en el principio “Anna Karenina” desarrollado por Martin Gelter, en la legislación societaria ecuatoriana se incorpore la facultad de que los socios o accionistas puedan exigir a los administradores, que en procura del mejor interés de la compañía, interpongan una demanda en contra de aquellas resoluciones adoptadas en el máximo órgano social, que pudiesen ser consideradas abusivas, o bien que impidan a la compañía continuar con su marcha operacional, independientemente

¹³³ Martin Gelter, “Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?”, *Brooklyn Journal of International Law* 37 (2012), 3.

¹³⁴ Artículo 215, Ley de Compañías.

¹³⁵ Aurelio Gurrea Martínez et. al, ‘Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador, 45

¹³⁶ *Id.*

del porcentaje de capital que representaren¹³⁷.

Bajo aquel contexto, si el administrador no interpusiere la demanda por abuso del derecho de voto, dentro de un plazo de un mes al igual que ocurre con la acción social de responsabilidad derivada, los socios o accionistas que se consideraren agraviados deberían tener facultad para entablar, en representación y a nombre de la compañía, una demanda en contra de una resolución aprobada o negada con el voto abusivo de uno o más socios o accionistas, con el fin de conseguir el resarcimiento de daños y perjuicios y una posible declaratoria de nulidad de dicha resolución.

No obstante, con el fin de evitar un incremento injustificado en las controversias societarias, quienes pretendan demandar una resolución tomada en junta general o asamblea que consideren se ha adoptado por abuso del derecho de voto, de forma imperiosa, deberán demostrar que se han cumplido con los elementos que configuran abuso del derecho, y aún de manera más rigurosa, que se cumplen con los elementos subjetivos y objetivos que la jurisprudencia colombiana ha expresado en reiterados fallos.

Adicionalmente, para reducir el posible riesgo moral¹³⁸ que se podría derivar de acciones oportunistas por parte de socios o accionistas que únicamente buscaran iniciar litigios temerarios, oportunistas o chantajistas, podría implementarse la obligación de cubrir los gastos procesales en los que se incurriese durante el litigio, de acuerdo con el marco procesal ordinario¹³⁹.

Como un elemento de disuasión adicional para evitar el riesgo moral aludido anteriormente, podría permitirse la imposición de una sanción pecuniaria, que ascienda a un porcentaje determinado del patrimonio de la compañía, sobre quien litigare de manera abusiva, temeraria o con deslealtad. Al respecto, el Proyecto de Reforma al Régimen Societario de Colombia del 2021 sugiere la imposición de una multa que ascienda al 10% del patrimonio neto de la compañía¹⁴⁰.

¹³⁷ Martin Gelter, “Dark Side of Shareholder Influence: Managerial Autonomy and Stakeholder Orientation in Comparative Corporate Governance”, *Harvard International Law Journal* 50 (2009), 26-32.

¹³⁸ Aurelio Gurrea Martínez et. al, ‘Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador, 45.

¹³⁹ Artículo 284, Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015, reformado por última vez en R.O. Suplemento 587, 29 de noviembre de 2021.

¹⁴⁰ Artículo 16, Anteproyecto de Reforma al Régimen Societario, Superintendencia de Sociedades, 2021.

7.3. Posibilidad de solicitar la suspensión de los efectos de una resolución considerada abusiva

Dado que es un hecho público y notorio que el tiempo que duran los procesos judiciales en Ecuador es bastante prolongado, y que si no existe una vía expedita que permita suspender los efectos de una resolución tomada en junta o asamblea general, hasta que se profiera una sentencia que resuelva el fondo de la disputa, quizá los daños y perjuicios ocasionados en virtud de la decisión sean muy difíciles de resarcirlos, o simplemente por la naturaleza de la determinación, sea ineficaz que se declare su nulidad sin haber antes suspendido sus efectos.

En ese sentido, bajo la legislación actual, tal y como se ha pronunciado la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en la Doctrina Societaria No. 123, no es posible suspender los efectos de una resolución adoptada, ya sea por medio de una impugnación o por demandar su nulidad, hasta que el respectivo juez resuelva el fondo de la controversia¹⁴¹.

Sin embargo, en varias situaciones, resultaría económica y jurídicamente viable suspender los efectos de una resolución abusiva adoptada o negada en junta general que pudiera irrogar daños o perjuicios a la compañía, o bien a un grupo de socios o accionistas, mientras se ventila la pretensión de fondo.

Lo dicho, ha sido reconocido por la legislación argentina, en el artículo 252 de su Ley 19551 de Sociedades Comerciales, misma que establece que “el Juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad”¹⁴².

Por lo expuesto, es de gran importancia que, en un futuro, la legislación ecuatoriana, permita solicitar la suspensión de los efectos de una resolución adoptada o negada, de manera abusiva, por ciertos socios o accionistas de la compañía en junta general, cuando existan motivos suficientes que permitan concluir la gravedad de la decisión, siempre que no se paraliquen las actividades operacionales de la compañía y que no se vulneren derechos de

¹⁴¹ Doctrina Societaria 123, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Gaceta Societaria.

¹⁴² Artículo 252, Ley de Argentina 19551 de Sociedades Comerciales,. B.O de 30 de marzo de 1984. Reformada por última vez B.O. del 19 de diciembre de 2014.

terceros.

Tomando en consideración la enorme congestión judicial que afronta Ecuador, bien podría conferirse esta atribución a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, dado que, al no ser una decisión que resuelve el fondo de la controversia, no se quebrantaría el principio de unidad jurisdiccional consagrado en el numeral 3 del artículo 168 de la Constitución de la República del Ecuador¹⁴³.

Esta facultad, respetando el principio constitucional de unidad jurisdiccional, permitiría que la Superintendencia se involucre, a petición de parte, con mucha mayor intensidad, en comparación con sus atribuciones actuales, en el control de los actos abusivos en que incurrieren los socios o accionistas de sus compañías controladas, en el ámbito de las juntas generales, reduciendo notoriamente la propensión al oportunismo de ciertos socios o accionistas que, ante la lentitud y falta de preparación del sistema judicial ecuatoriano, podrían verse incentivados a adoptar una resolución abusiva en una junta general.

7.4. Establecer un foro especializado de resolución de controversias societarias

El Derecho societario, entre otras, desempeña la función de mitigar los conflictos que existen entre los diversos grupos de interés que confluyen en una compañía¹⁴⁴. Por ello, si bien es fundamental tener una moderna y adecuada legislación que responda a las necesidades de las compañías y de quienes interactúan con estas en calidad de asociados o administradores, también es de suma importancia contar con autoridades que, aparte de conocer la legislación interna, posean gran experiencia en materia societaria y que estén capacitados para dirimir controversias societarias, de manera técnica y efectiva¹⁴⁵.

En esa línea, sería pertinente y de gran utilidad, que las autoridades de la Función Judicial ecuatoriana, analicen la posibilidad de incorporar tribunales y salas especializadas en materia societaria, a fin de que, con absoluta independencia, imparcialidad y un adecuado nivel de experticia, se resuelvan controversias societarias aplicando la legislación local¹⁴⁶, incluyendo los litigios entablados con fundamento en un abuso de los derechos de votación

¹⁴³ Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

¹⁴⁴ Aurelio Gurrea Martínez et. al, 'Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador, 9.

¹⁴⁵ *Id.*, 62.

¹⁴⁶ *Id.*, 62.

de los socios o accionistas.

Finalmente, con el objetivo de que las controversias en materia societaria sean resueltas con el nivel de experiencia que estas requieren, es importante promover los mecanismos alternativos de solución de conflictos, pues de esta forma, las partes involucradas en el proceso tendrán la posibilidad de acudir a centros arbitrales especializados en materia societaria, de manera que se garantice justicia con los más altos estándares societarios para dirimir conflictos derivados de un abuso de mayoría, minoría o paridad en el ámbito de las juntas generales de socios o accionistas.

8. Conclusiones

Durante la presente investigación, se ha demostrado la necesidad de incluir la figura del abuso del derecho de voto en la regulación de las compañías tradicionales ecuatorianas. Este reconocimiento, como se ha expuesto, permitirá mitigar el principal problema de agencia que existe en el Derecho societario ecuatoriano, que surge entre los grupos de asociados de control y los asociados no controladores.

Asimismo, se ha demostrado que, desde un enfoque comparado, una resolución tomada en el máximo órgano social de una compañía puede llegar a ser considerada abusiva, siempre que concurriese un elemento objetivo (la comisión de un daño) y un elemento subjetivo (la intención de causar un daño), para la configuración de esta figura.

Por otra parte, también se ha encontrado que, cuando una decisión se ha tomado de manera abusiva por los socios o accionistas, dicho ejercicio abusivo de sus derechos políticos debe dar lugar al resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados a la compañía y a terceros, sin perjuicio de la posible declaratoria de nulidad de la resolución abusivamente aprobada o negada.

Para ello, también es fundamental que el ejercicio de esta acción faculte a los socios o accionistas, independientemente de su participación en el capital social, a exigir a los administradores que entablen las correspondientes acciones de responsabilidad en defensa del interés de la compañía. Ante inacción o falta de atención de los administradores al requerimiento de los socios o accionistas, éstos deberían tener la facultad de entablar una demanda, de manera derivada, en contra de quienes hubieren ejercido sus derechos de votación de manera abusiva. De esta manera, se efectuaría un reconocimiento eficaz de esta

figura.

También se puede concluir, con fundamento en la experiencia argentina, que es necesario incorporar a la legislación societaria ecuatoriana un régimen que permita a ciertos organismos públicos, como la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros que, previa garantía suficiente, suspenda los efectos de la decisión adoptada o negada en una junta general, siempre que existan elementos para considerarla abusiva, mientras la autoridad jurisdiccional competente, resuelve el fondo de la disputa.

Finalmente, es pertinente que se promuevan los mecanismos alternativos de solución de controversias societarias, con expertos en la materia, que estén capacitados para dirimir estos conflictos y diferenciar una manifestación abusiva de los derechos políticos de los socios o accionistas de un ejercicio bien intencionado de dicha facultad. También, es fundamental que la Función Judicial conforme unidades societarias especializadas en resolver este tipo de conflictos, con personal que conozca la legislación interna, pero que además, se encuentre actualizado con las últimas tendencias societarias a nivel mundial.

Como limitaciones en la presente investigación, se puede mencionar la falta de desarrollo jurisprudencial en Ecuador sobre la doctrina del abuso del derecho de voto, que permita evaluar las consecuencias que esta figura tendría en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por lo tanto, se ha recurrido a realizar un análisis de la jurisprudencia internacional emitida sobre esta figura, con el fin de determinar los supuestos en los que una decisión adoptada en el máximo órgano social puede ser considerada abusiva.

Como recomendación, se reitera la necesidad de incorporar la figura del abuso del derecho de voto en la legislación societaria ecuatoriana para las compañías tradicionales, con el fin de que, quienes resulten o se sintieren perjudicados, puedan demandar el resarcimiento de daños y perjuicios o la nulidad de la resolución ante los organismos jurisdiccionales correspondientes, y que a la vez, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, tenga la facultad de suspender los efectos de una resolución con previa garantía suficiente mientras se resuelve el fondo de la controversia.

La inclusión de la figura del abuso del derecho de voto en la regulación de las compañías tradicionales, bajo el marco sugerido, coadyuvará a reducir la propensión al oportunismo de los socios o accionistas, ya sean de los mayoritarios para expropiar los recursos sociales en su provecho personal, o bien de los minoritarios o de socios paritarios,

para incidentar, paralizar u obstaculizar decisiones estratégicas o de negocio que podrían resultar beneficiosas para la compañía.

En definitiva, la figura del abuso del derecho de voto en la regulación de las compañías tradicionales, junto con las reformas estructurales necesarias para asegurar un adecuado *enforcement* de estas figuras, sin duda contribuirá a la mitigación del principal problema de agencia que afrontan las compañías ecuatorianas y latinoamericanas, considerando el patrón de concentración de capital que las caracteriza.