

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PASIVA EN PROCESOS SOCIETARIOS EN LA
LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

José Alejandro Carrión Silva

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la obtención de
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: José Alejandro Carrión Silva

Código: 00201769

Cédula de identidad: 1717416414

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UNPUBLISHED DOCUMENT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>

**LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PASIVA EN PROCESOS SOCIETARIOS EN LA
LEGISLACIÓN ECUATORIANA¹**

PASSIVE LEGAL STANDING IN ECUADORIAN CORPORATE LITIGATION

José Alejandro Carrión Silva²

acarrionsilva@gmail.com

Resumen

De acuerdo con la teoría organicista, las acciones para impugnar las resoluciones de las juntas generales se deben entablar en contra de la compañía. Sin embargo, quienes efectivamente adoptaron una resolución ilegal o abusiva, los socios de control, no son obligados a participar en el proceso por sus propios y personales derechos. Para solucionar aquel problema, este trabajo sugirió modificar el enfoque de la legitimación en la causa en procesos societarios, mediante la implementación de un régimen que obligue a los socios o accionistas a participar como litisconsortes necesarios pasivos de la compañía en dichos procesos. A través del estudio doctrinario y legislativo, la propuesta ayuda a mitigar el principal conflicto de interés societario que afronta el Ecuador. A través de la mitigación del problema de agencia entre socios controladores y no controladores, el marco propuesto reduce la propensión al oportunismo de quienes controlan la gestión de los negocios sociales.

Palabras Clave:

Derecho Societario, Daño, Litisconsorcio
Legitimación pasiva.

Abstract

According to the corporate organic theory, a claimant shareholder must file an appeal of a resolution adopted by the shareholder's general meeting against the company itself. However, the company's shareholders, whose voting rights originate the conflict, are not required to participate in the process as defendants. For this reason, this paper proposed a modification of the passive legal standing rules in these types of proceedings. According to this paper, shareholders should participate in a judicial proceeding as the company's co-defendants whenever a resolution of the company's general meeting is illegal, abusive, or affected by a conflict of interest. Through the studies of doctrine and legislation, the approach will mitigate the principal agency problem that Ecuador has to address. By mitigating this conflict of interest, the proposed framework would reduce the opportunistic behavior of corporate insiders and minimize the risk of abuse of voting rights cast by the company's shareholders.

Key words:

Corporate Law, Torts, Joint-venture,
Passive legal standing

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.

Fecha de lectura:

Fecha de publicación:

Sumario

1. INTRODUCCIÓN. – 2. MARCO NORMATIVO. – 2.1. LEY DE COMPAÑÍAS. – 2.2. CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS. – 2.3. CÓDIGO CIVIL – 2.4. LEY MODELO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS – 3. MARCO TEÓRICO. – 3.1. LA COMPAÑÍA COMO ÚNICO LEGITIMADO PASIVO. – 3.2. LOS SOCIOS O ACCIONISTAS QUE APROBARON LA DECISIÓN COMO LEGITIMADOS PASIVOS EN LITISCONSORCIO CON LA COMPAÑÍA. 3.3. POSTURA EN APLICACIÓN. – 4. ESTADO DEL ARTE. – 5. DISCUSIÓN. – 5.1. PROBLEMAS DE AGENCIA EN EL DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO. – 5.2. NOCIÓN TRADICIONAL DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PASIVA EN PROCESOS SOCIETARIOS. – 5.3. PROBLEMAS QUE LA NOCIÓN TRADICIONAL PRESENTA. – 5.4. VENTAJAS DE CAMBIAR EL MARCO TRADICIONAL. – 6. CONCLUSIONES

1. Introducción.

En virtud de la teoría organicista, la voluntad de las compañías se manifiesta, hacia el ámbito externo, por intermedio de los distintos órganos sociales que la conforman³. Con relación a su estructura organizacional, las sociedades mercantiles tienen tres órganos societarios tradicionales: los órganos de gobierno, los órganos de administración y los órganos de fiscalización interna⁴. Cada uno de dichos órganos ejerce competencias privativas y diferenciadas, de acuerdo con la asignación de funciones derivada de la Ley y del estatuto social de una compañía.⁵

Las juntas generales de socios o accionistas son el máximo órgano de gobierno social. El artículo 230 de la Ley de Compañías establece que “la junta general formada por los accionistas legalmente convocados y reunidos, es el órgano supremo de la compañía”⁶. De esta forma, las

³Francisco Reyes Villamizar, Derecho Societario: Tomo I, Temis, Bogotá, 2021, 588-589

⁴José Ignacio Narváez, Teoría general de las sociedades, Legis, Bogotá, 1997, 281.

⁵Francesco Galgano, Diritto commerciale, Le societa, Bologna, Zanichelli Editore, 2000, 229

⁶Art. 231, Ley de Compañías [LC]. R.O. Suplemento 326 de 05 de noviembre de 1999, última modificación R.O. 10 de diciembre del 2020

juntas generales desempeñan un rol preponderante dentro de las sociedades mercantiles, al ser la última instancia de decisión habilitada para adoptar cualquier decisión que juzgue conveniente para precautelar el mejor interés de la compañía⁷.

Al ser órganos colegiados, las juntas generales de socios o accionistas se rigen por el principio de primacía de la mayoría para la adopción de resoluciones sociales⁸. De conformidad con el artículo 245 de la Ley de Compañías, “las resoluciones de la junta general son obligatorias para todos los accionistas, aún cuando no hubieren concurrido a ella, salvo el derecho de oposición en los términos de esta Ley”⁹. Como se puede apreciar, una mayoría de socios o accionistas tiene la atribución de vincular a una minoría, disidente o ausente, a cualquier resolución asamblea adoptada por una junta debidamente instalada.

No obstante, y sin desconocer el principio mayoritario que rige a las juntas generales, es importante tener presente que, en reiteradas ocasiones, los socios o accionistas de mayoría, buscando anteponer su beneficio personal, podrían ejercer sus derechos políticos en las juntas generales para adoptar decisiones indebidas, ilegales, abusivas o arbitrarias, en desmedro del mejor interés de la compañía.

La Ley de Compañías, a través de los recursos de impugnación, apelación y nulidad, reconoce a los socios o accionistas minoritarios el ‘derecho de oposición’¹⁰ a las resoluciones de juntas generales, que, habiendo sido aprobadas por los socios o accionistas mayoritarios, pudieran perjudicar el mejor interés de la compañía o lesionar indebidamente sus derechos.

Sin embargo, desde un punto de vista procesal, el enfoque tradicional de la teoría organicista únicamente permitiría considerar, como legitimado pasivo en dichos procesos, a la sociedad mercantil, más no a aquellas personas que, en ejercicio de sus derechos políticos individuales, hubieren aprobado la resolución recurrida.

Cabe señalar que el Ecuador, junto con el resto de las jurisdicciones latinoamericanas, se caracteriza por la existencia de un patrón de concentración de capital¹¹, en dónde, usualmente, se

⁷Art. 231, Ley de Compañías

⁸Mariano Gagliardo, Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, societaria, tributaria, aduanera, civil, laboral y otras responsabilidades específicas, Tomo I, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 145.

⁹Art. 245, Ley de Compañías.

¹⁰Art. 245, Ley de Compañías

¹¹Paúl Noboa Velasco, “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 26 de marzo de 2022.

encuentra a un socio de control o, en su defecto, a un grupo de asociados que, de manera conjunta, dominan el ámbito de toma de decisiones.

¿De que manera el régimen de legitimación en la causa pasiva en procesos societarios mitiga el principal problema de agencia en el Ecuador?

Los socios de control latinoamericanos, debido a la inexistencia de un sistema de contrapesos que limite su posición de dominio, podrían verse incentivados a adoptar decisiones abusivas o irracionales, lesionando el interés de la compañía o expropiando, indebidamente, la inversión de los socios de minoría¹². No obstante, los socios o accionistas mayoritarios, a pesar de haber ejercido inadecuadamente sus derechos políticos en el ámbito de las juntas generales no están en la obligación jurídica de resarcir un daño o de participar como demandados cuando se entabla un proceso societario¹³.

Por consiguiente, este trabajo analizará la conveniencia de establecer un régimen que obligue a los socios o accionistas mayoritarios a participar, como litisconsortes necesarios pasivos con la compañía, en los diferentes procesos societarios reconocidos en la Ley de Compañías. La metodología empleada en este trabajo seguirá un modelo deductivo, de lo general a lo particular. Además, hará un análisis histórico sobre la normativa y doctrina en materia societaria. De esta forma, modulando el alcance tradicional de la teoría organicista, sugiere establecer un adecuado sistema de contrapesos societarios con el fin de mitigar, desde un punto de vista procesal, el principal problema de agencia que afronta el Ecuador.

2. Marco Normativo.

Resulta necesaria la revisión de la normativa nacional e internacional para comprender mejor la regulación en materia de recursos procesales societarios. Se busca examinar los procesos y acciones que existen en la actualidad, para con ello determinar una propuesta que resuelva el problema planteado. Se enunciará la normativa que contiene y regula los recursos procesales societarios, en conjunto a la legitimación pasiva que es el caso por tratar.

2.1 Ley de Compañías

Desde su codificación en el año 1999, la Ley de Compañías reconoce a las acciones de impugnación, apelación y nulidad de las resoluciones adoptadas por las juntas generales. Esta

¹²José Miguel Mendoza, El laberinto de la legitimación de la causa. Legis Ámbito Jurídico, 2021.

¹³*Ibid*

normativa encierra principalmente el tema de discusión: los presupuestos para que proceda una impugnación sobre las decisiones tomadas por la junta general u organismos de administración¹⁴, recurso de vocación colectiva¹⁵, y las acciones de apelación¹⁶ y nulidad¹⁷ de las resoluciones asamblearias, que tienen una vocación individual¹⁸.

Para comenzar, el artículo 207 de la Ley de Compañías, en su séptimo numeral, determina con claridad que es un derecho fundamental de los accionistas, de cuyo ejercicio no se les puede privar, “impugnar las resoluciones de la junta general y demás organismos de la compañía”¹⁹. Sin embargo, el accionista que estuviere en mora en el pago de sus aportes no podrá ejercer la facultad de recurrir las resoluciones adoptadas por los diversos órganos sociales de la compañía.

Las acciones de impugnación requieren de la representación de la cuarta parte del capital pagado y que la materia sujeta a la impugnación comprenda acuerdos de las juntas generales u organismos de administración, siempre que tales decisiones lesionaren, en beneficio de uno o varios socios o accionistas, el mejor interés de la compañía o se hubieren adoptado inobservando la Ley o el estatuto social ²⁰ .

Por su parte, las acciones de apelación también requieren de la misma legitimación activa, el 25% del capital pagado²¹. Sin embargo, la Ley de Compañías, a diferencia del supuesto establecido para las acciones de impugnación, permite a los accionistas minoritarios apelar las resoluciones adoptadas por la mayoría, sin invocar causa alguna.

Para finalizar, las acciones de nulidad de resoluciones sociales, como un supuesto esencial para su procedencia, exigen demostrar que un acuerdo es contrario a la ley. Igualmente, la Ley de Compañías ha establecido una legitimación activa mínima para la presentación de una acción de nulidad, misma que asciende a la cuarta parte del capital social²².

Sobre la caducidad de las acciones, la Ley de Compañías determina que el derecho de impugnación y de apelación debe ejercitarse a partir 30 días a partir de la adopción de la resolución recurrida²³ . Por su parte, las acciones de nulidad, al sujetarse a los parámetros establecidos en el

¹⁴Art. 215, Ley de Compañías.

¹⁵Doctrina Societaria 123, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

¹⁶Art. 249, Ley de Compañías.

¹⁷Art. 216, Ley de Compañías.

¹⁸Doctrina Societaria 123, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

¹⁹Art. 207, num. 1, Ley de Compañías.

²⁰Art. 215, Ley de Compañías.

²¹Art. 249, Ley de Compañías.

²²Art. 216, Ley de Compañías.

²³Art. 249, num 1, Ley de Compañías.

Código Civil, no quedan sujetas a dicho periodo máximo de caducidad²⁴. En todos los casos, la competencia recae sobre el juez de lo civil y mercantil del domicilio principal de la compañía, y deberá observarse el procedimiento sumario²⁵.

2.2 Código Orgánico General de Procesos [COGEP]

El Código Orgánico General de Procesos, COGEP, es necesario por el contexto procesal en el que se desarrolla la discusión. Especialmente, el COGEP contiene dos figuras absolutamente necesarias para el desarrollo de este trabajo: el litisconsorcio pasivo y los procuradores comunes.

Con relación al litisconsorcio pasivo, el COGEP determina con claridad que “dos o más personas puede litigar en un mismo proceso en forma conjunta, activa o pasivamente, cuando sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto o cuando la sentencia que se expida con respecto a una podría afectar a la otra”²⁶. De esta manera, el marco procesal ecuatoriano reconoce la pluralidad de partes que intervienen en un proceso, ya sea como actores o como demandados.

Igualmente, el COGEP, al reconocer la figura del procurador común, permitiría la aplicación de las denominadas acciones de clase en procesos societarios en el Ecuador. El procurador común permitiría a dos o más socios o accionistas de una compañía, siempre que pertenecieran a una misma clase de acciones y sus pretensiones fueren equivalentes, actuar en el proceso mediante un procurador común²⁷.

En el tema propuesto, los socios o accionistas de una compañía, como litisconsortes necesarios pasivos, podrían contestar a la demanda presentada en su contra por intermedio del procurador común designado por acuerdo entre las partes o, en su defecto, por decisión judicial.

2.3 Código Civil

El artículo 2229 del Código Civil, en su primer inciso, establece que “por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”²⁸.

²⁴Art. 216, Ley de Compañías.

²⁵Art 249, Ley de Compañías.

²⁶Art. 51, Código Orgánico General de Procesos [COGEP]. Suplemento R.O. 506 de 12 de mayo del 2015, última modificación R.O. 29 de noviembre del 2021.

²⁷Art. 39, Código Orgánico General de Procesos.

²⁸Art. 2229, Código Civil [CC], Suplemento R.O. 46 de 24 de junio de 2005, última modificación R.O. 14 de marzo del 2022.

Por consiguiente, de acuerdo con el ordenamiento civil ecuatoriano, cualquier conducta, fuere dolosa o culposa, que lesione o afecte un derecho subjetivo o un interés legítimo, genera la obligación de reparar al agraviado. Por consiguiente, el Código Civil, al fundamentar la imputación de un daño a la voluntad del sujeto, está inspirado en el principio de la responsabilidad subjetiva.

Por su parte, el artículo 2214 del Código Civil determina que “quien ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”²⁹. Dicho artículo contiene una prohibición de irrogar perjuicios a otra persona mediante una conducta dolosa o culpable, por lo que incurrir en dicha prohibición sin justificación acarrea la obligación de indemnizar el daño causado.

En definitiva, el régimen de responsabilidad civil, de acuerdo con el Código Civil, busca tutelar la situación de la persona afectada por un daño, siempre que se verifiquen los siguientes tres elementos esenciales: daño, hecho generador del mismo y un nexo de causalidad entre ambos.³⁰ En el tema propuesto, los socios o accionistas mayoritarios, con el ejercicio abusivo o indebido de sus derechos de votación en las juntas generales, son quienes podrían dar origen a un daño cometido a la compañía o a los socios minoritarios. Además, se evidencia una relación directa y necesaria entre el hecho generador del daño (la votación abusiva en las juntas generales) y el perjuicio causado.

2.4 Ley Modelo sobre Reglas de Procedimiento para la Resolución de Controversias en Sociedades por Acciones Simplificadas

Siguiendo el sentido investigativo de este trabajo, desde lo general a lo particular, la normativa internacional -Ley Modelo sobre Reglas de Procedimiento para la Resolución de Controversias en Sociedades por Acciones Simplificadas, expedida por la Organización de Estados Americanos- determina los requisitos y escenarios que podrían surgir con relación a las contestaciones a las demandas³¹. De manera particular, la Sección 12 de la mencionada Ley Modelo, reconoce la posibilidad de que exista más de un demandado en los procesos societarios³². Siguiendo el tenor de la Sección 12 del proyecto de ley:

²⁹Art. 2214 Código Civil.

³⁰Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General, Editorial Nascimento, Santiago, 101

³¹Sección 12, Ley Modelo sobre Reglas de Procedimiento para la Resolución de Controversias en Sociedades por Acciones Simplificada

³² *Ibid*

“luego de expirado el plazo de cinco días mencionado en la Sección 11 más arriba, el demandado o demandados tendrá(n) cinco días adicionales para presentar su contestación a la demanda.”³³

3. Marco Teórico

En el Ecuador, todos los recursos procesales interpuestos frente a las resoluciones adoptadas por los distintos órganos societarios tienen como legitimado pasivo a la compañía. Esta sección contrasta a la compañía como única legitimada pasiva en contra de los socios y accionistas que, de acuerdo con la propuesta, participarían como litisconsortes de la compañía en los distintos procesos societarios.

3.1 La compañía como única legitimada pasiva

La legitimación en la causa pasiva en procesos societarios, en jurisdicciones de capital concentrado, ha sido materia de discusión tanto en lo teórico -prevenir que el actuar de los socios o los órganos administradores tomen decisiones perjudiciales para la compañía- como en lo práctico, evitando que los socios mayoritarios abusen de su posición de dominio en desmedro de los minoritarios ³⁴. Este proceder se puede identificar en violaciones al estatuto o decisiones ilegales.

De acuerdo con la teoría organicista, cualquier recurso procesal sobre una resolución adoptada por la junta general u otros órganos sociales debe ser entablado en contra de la compañía, con su respectivo representante legal. Dicho en otras palabras, “las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad”³⁵. La postura clásica toma esta teoría de manera favorable, justificando que “es un acto jurídico imputable a la sociedad, pues ella es la titular de la relación jurídica litigiosa, lo cual le otorga la consideración de parte procesal legítima”³⁶.

También, la posición tradicional, con fundamento en el principio de independencia de la personalidad societaria, considera que sería la compañía como un centro de imputación diferenciado, la llamada a responder por cualquier decisión adoptada por sus órganos sociales³⁷.

³³*Ibid*

³⁴Pedro Jesús Baena Baena. 2016., *III. Legitimación pasiva para la impugnación de acuerdos sociales de la junta general*. El nuevo régimen jurídico español de la legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos de las sociedades de capital, *Revista de Derecho*. 150-152

³⁵*Ibid*

³⁶*Ibid*

³⁷Necker Franco Maldonado, *Legislación Ecuatoriana de Compañías*, Orgramo, Machala, 737.

Esta consideración trae consigo la imposibilidad de demandar a los socios o administradores que, en ejercicio de sus derechos políticos, hubieren aprobado una resolución indebida, ilegal o arbitraria. Finalmente, la postura se ha justificado en que ninguno de dichos sujetos -socios o administradores- tiene un nexo común al proceso y por ello no deberían formar parte de éste³⁸.

3.2 Los socios y accionistas que aprobaron la decisión como legitimados pasivos en litisconsorcio con la compañía

Las practicas vigentes en la legitimación pasiva en procesos societarios, si bien están inspiradas en las mejores prácticas europeas de origen decimonónico, suponen una notoria disociación entre el derecho procesal y el derecho societario³⁹. La postulación propuesta explica, siguiendo los postulados de la teoría organicista, que la doctrina tradicional considera que “las sociedades manifiestan su voluntad por conducto de sus diferentes órganos internos; [por lo que] las decisiones aprobadas en estos órganos son entonces expresiones de la voluntad social”⁴⁰.

La teoría organicista, analizada en las líneas anteriores, ha sido la postura predominante en Ecuador y Latinoamérica. Básicamente, dicha teoría indica que “un acuerdo de la Junta General de Accionistas es la expresión social o colectiva de la voluntad individual de los socios.”⁴¹ Sin embargo, dicha teoría, por guardar un enfoque excesivamente formal, ignora el principal problema de agencia que el contexto societario latinoamericano, donde sobreabundan las sociedades con socios o accionistas mayoritarios que ejercen un control significativo sobre las compañías⁴², debe procurar mitigar.

Como se analizará a lo largo de este trabajo, el principal problema de agencia que Ecuador y Latinoamérica afronta es el conflicto que existe entre socios controladores, usualmente los mayoritarios, y no controladores, usualmente los minoritarios⁴³.

Las disputas que inspiran los diversos procesos societarios suelen ser manifestaciones de las diferencias entre los socios mayoritarios que ejercen el control de la compañía y los socios

³⁸*Ibid*

³⁹José Miguel Mendoza. El laberinto de la legitimación de la causa.

⁴⁰*Ibid*

⁴¹Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 13. Pág. 3474. (Quito, 26 de octubre de 1998)

⁴²OECD, White Paper on Corporate Governance in Latin America, 2003. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/18976210.pdf>. Último acceso el 23 de marzo de 2022 [Traducción no oficial]

⁴³Paúl 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), 5.

minoritarios⁴⁴. Los casos de mayor recurrencia suelen darse cuando el asociado de control, partiendo de su posición de dominio, adopta resoluciones para ‘expropiar’ los recursos sociales en su provecho, a través de las distintas modalidades de *tunelling* que podrían implementarse⁴⁵. Por consiguiente, y con el fin de remediar dicha indebida ‘expropiación’, los socios minoritarios deben tener un mecanismo eficaz a su disposición para impugnar aquellas decisiones.

De acuerdo con la teoría organicista, al recurrir una resolución adoptada en junta general, el socio minoritario debería presentar una demanda en contra de la compañía, quién, por este enfoque tradicional, podría sufrir un doble perjuicio: En primer lugar, debería afrontar una lesión a su interés o un menoscabo a su patrimonio. En segundo lugar, la compañía agraviada, de acuerdo con el enfoque tradicional, debería asumir la calidad de única legitimada pasiva, con los consecuentes gastos procesales en los que debería incurrir para su defensa⁴⁶.

Como se puede apreciar, la postura tradicional termina siendo perjudicial al mejor interés de la compañía, mientras que los verdaderos responsables, los socios o accionistas mayoritarios que, en ejercicio de sus derechos políticos, adoptaron una resolución abusiva o ilegal, no son llamados a participar en el proceso, por lo que no tendrían que resarcir a los socios minoritarios por cualquier perjuicio que la resolución aprobada por ellos les hubiere causado.

3.3. Postura en aplicación

Este trabajo sugiere una redefinición de la postura clásica, fundamentada en la tradicional teoría organicista, con relación a la legitimación en la causa pasiva en procesos societarios. De esta forma, al imponer la obligación a los socios o accionistas que hubieren aprobado la decisión recurrida a participar como litisconsortes necesarios pasivos junto con la compañía, ayudará a mitigar el principal problema de agencia que afronta el Ecuador, respetando el principio organicista que tradicionalmente ha regido a todos los procesos societarios.

4. Estado del Arte

El presente trabajo estudia la impugnación societaria, con énfasis en la legitimación pasiva. Para ello, los autores que se presentarán exponen figuras como la legitimación, el litisconsorcio,

⁴⁴José Miguel Mendoza. El laberinto de la legitimación de la causa.

⁴⁵Atanasov, Vladimir, Bernard Black, and Conrad S. Ciccotello. "Law and Tunneling." *Journal of Corporation Law* 37, no. 1 (Fall, 2011): 1-49. [Traducción no oficial]

⁴⁶José Miguel Mendoza. El laberinto de la legitimación de la causa.

gobierno corporativo, entre otras. El objetivo de definir los conceptos, tomando los autores de mayor relevancia, busca introducir la propuesta del litisconsorcio en los casos de impugnación de resoluciones adoptadas por las juntas generales, buscando que los socios o accionistas que aprueban una decisión abusiva o perjudicial participen en el proceso como demandados, por sus propios y personales derechos.

Devis Echandía clarifica la noción del litisconsorcio necesario, al señalar que “hay relaciones jurídicas sustanciales sobre las cuales no es posible pronunciarse por partes [...] porque, indispensablemente, la decisión comprende y obliga a todos”⁴⁷. Hace referencia entonces al escenario jurídico donde hay más de dos sujetos implicados en un proceso como contradictores necesarios. En cuanto al contradictor necesario, plantea dos hipótesis dónde éste falta; cuando quienes concurren no son los sujetos que debían presentar o responder la pretensión y, cuando aquellas que debían formar parte del proceso no lo están [litisconsorcio]⁴⁸.

La definición del autor sobre el litisconsorcio es importante para la investigación, ya que esta figura permitirá extender la responsabilidad a socios y accionistas por una decisión indebida o inadecuada, adoptada por ellos en las juntas generales de socios o accionistas. De la misma manera, el autor señala que quienes están interesados y a quienes afecta la decisión deben ser parte del proceso, porque la decisión “comprende y obliga”⁴⁹ a todos.

La legitimación, definida por Enrique Vescoví “puede definirse como la posición de un sujeto respecto al objeto litigioso que le permite obtener una providencia eficaz”⁵⁰. De esta manera, se observa que, en las partes procesales, quien recibe la demanda será el contradictor, demandado o legitimado pasivo y quien propone la acción y pone la demanda es el legitimado activo. Este se trata de “un concepto procesal, pero referido a la pretensión y al objeto del proceso, esto es, al derecho sustancial reclamado”⁵¹.

El trabajo orbita el derecho procesal de manera directa y complementaria, por este motivo es necesario citar a Enrique Vescoví para conocer la base y raíz de la discusión: el legitimado pasivo. Su relevancia atiende a conocer a la parte procesal contradictora, no solo en su sentido

⁴⁷Hernando Devis Echandía. 2009. *Litisconsorcio Necesario*. Nociones generales de derecho procesal civil. Temis. 316-317

⁴⁸ *Ibid*

⁴⁹Hernando Devis Echandía, Nociones generales de derecho procesal civil, 316-317

⁵⁰Enrique Vescoví. 2020. Sujetos del Proceso: Las Partes. Teoría General del Proceso, Editorial Temis, Segunda reimpresión de la segunda edición, 148

⁵¹ *Ibid*

procesal, sino también que este termina siendo un elemento material por el derecho que se reclama⁵². A raíz de esto, la legitimación en la causa cobra una relevancia notoria dentro de este análisis.

En el contexto societario, desde un enfoque tradicional, la legitimación pasiva le corresponde a la compañía. Sin embargo, como menciona Ignacio Sanín “los inspiradores o causantes de la decisión materia del proceso son los socios, algunos o todos, con frecuencia el grupo mayoritario o quien ejerce el control de la compañía en connivencia con los administradores”⁵³.

Con ello, hace referencia que la acción inspirada en la irregularidad deviene de un actuar de un socio o de un administrador y, que la compañía sufre las consecuencias de las decisiones abusivas o indebidas adoptadas por los socios o administradores, y también, además del evidente detrimento material de su patrimonio, debería asumir las costas procesales y demás gastos sufragados dentro de un proceso judicial. Es decir, la compañía, como la única legitimada pasiva, sufre un doble perjuicio mientras que quienes efectivamente adoptaron o aprobaron una resolución indebida o ilegítima, permanecen indemnes⁵⁴.

Ignacio Sanín observa y presenta el núcleo de la discusión, los problemas que trae consigo demandar a la compañía como legitimado pasivo en los casos de la impugnación. La propuesta del trabajo se basa en el concepto de que quienes ‘adoptan’⁵⁵ la resolución impugnada son los socios controladores, pero quien se ve afectada es la compañía. A partir de este planteamiento, se puede ofrecer distintas soluciones para el problema, analizando desde la irregularidad en la decisión de la junta, hasta las costas procesales.

Al explicar los derechos fundamentales de los socios, Jorge Egas Peña describe la posibilidad de impugnar las resoluciones que emite la Junta General de accionistas. Sostiene la hipótesis, aplicable en la actualidad, donde se impugna “los acuerdos de la Junta General o los órganos de administración”⁵⁶ y a su vez “lesionen en beneficio de unos o varios accionistas, los

⁵²*Ibid*

⁵³Ignacio Sanín Posada. 1998. La impugnación de decisiones sociales. Ponencia en el Cuarto Congreso del Derecho Comercial. 40-41

⁵⁴Ignacio Sanín Posada. La impugnación de decisiones sociales, 40.

⁵⁵*Ibid*

⁵⁶Jorge Egas Peña. 2006. *El status de accionista (Derechos y Obligaciones de los Accionistas)*. La Compañía Anónima, Análisis Sistemático de su Normativa. Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, Primera edición. Ediciones Legales, 65

intereses de la compañía”⁵⁷. Sin embargo, la compañía es la parte demandada en el proceso y será en el domicilio de ésta donde se dispondrá el juicio. Menciona que existe una suerte de “duplicación” en las regulaciones en el artículo 215 y 216 en la Ley de Compañías que guían a interpretaciones diferentes a los órganos reguladores.

Reiner Kraakman, en el libro *The Anatomy of Corporate Law* ⁵⁸, explica como el Derecho societario tiene 2 objetivos: el primero es establecer la estructura de las compañías y dar mecanismos auxiliares para apoyarla⁵⁹. El segundo objetivo es la mitigación de los conflictos que existen entre los diversos grupos de interés que confluyen en una compañía⁶⁰, conflictos que, desde una esfera económica, son conocidos como los problemas de agencia.⁶¹ Sobre el segundo objetivo, es necesario prestar cuidadosa atención al principal problema de agencia que afrontan las jurisdicciones latinoamericanas: el conflicto entre los socios mayoritarios -o el grupo que maneja los intereses de la compañía- y los socios minoritarios.

En consecuencia, el estudio de este segundo problema de agencia, desde un enfoque local, dará una mejor visión del origen del problema, para conocer, además de los mecanismos que existen para el conflicto, las soluciones para que se proteja siempre el interés de la compañía.

5. Discusión

El gobierno corporativo “alude, tanto a la asignación del poder de una compañía, así como a la rendición de cuentas de dicha atribución”⁶². En términos similares, el gobierno corporativo tiene como objetivo establecer un adecuado marco de control y dirección de las sociedades mercantiles⁶³. Para el propósito de esta investigación, se estudiará el control establecido sobre el sistema de propiedad accionarial concentrado⁶⁴, característico de las sociedades mercantiles latinoamericanas⁶⁵.

⁵⁷*Ibid*

⁵⁸John Armour, Paul Davies, Luca Enriques, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus Hopt, Hideki Kanda, Reinier Kraakman, Mariana Pargendler, Wolf-Georg Ringe y Edward Rock. *Agency Problems and Legal Strategies. The Anatomy of Corporate Law. Oxford University Press*, 2017, 57 [Traducción no oficial]

⁵⁹*Ibid*

⁶⁰*Ibid*

⁶¹Paúl Noboa Velasco. Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano, 7 - 14

⁶²*Ibid*

⁶³Sir Adam Cadbury, *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*, Londres, 1992, 14 [Traducción no oficial]

⁶⁴*Ibid*

⁶⁵OECD, White Paper on Corporate Governance in Latin America.

Como se ha mencionado anteriormente, el gobierno corporativo está relacionado con el control de la compañía. El control busca mitigar problemas entre las instituciones corporativas, incluyendo las relaciones entre los diversos grupos de interés que confluyen en una compañía, centro de imputación diferenciado dotado de personalidad jurídica independiente de sus socios o accionistas⁶⁶. A estos conflictos de interés, desde un punto de vista económico, se los conoce como los problemas de agencia.

Dichos problemas –en un sentido general– surgen cuando el bienestar o la propiedad de una de las partes, denominada ‘principal’, dependen de las acciones tomadas por otra parte, denominada el ‘agente’⁶⁷. En este contexto, el Derecho societario debería establecer un marco que asegure que los agentes actuarán en procura de los intereses de los principales en lugar de adelantar su propio provecho⁶⁸.

5.1. Problemas de agencia en el derecho societario ecuatoriano

Como ya se indicó anteriormente, el Derecho Societario debe asegurar, tomando términos económicos, que los agentes actúen en procura de los intereses de los principales⁶⁹. Bajo aquel contexto, en la doctrina societaria contemporánea se identifican los siguientes tres problemas de agencia más relevantes:⁷⁰ el primer problema aborda la relación entre los socios y los administradores. Por su parte, el segundo problema observa la relación entre los asociados de control y los asociados no controlantes, mientras que el tercer problema de agencia centra su atención en la relación entre la compañía con sus *stakeholders*⁷¹.

Para retomar la discusión, se abordará cada uno individualmente, comenzando por el problema de agencia que existe entre los socios con los administradores. Este problema, principalmente, busca asegurar que los administradores velen por los intereses de los socios, en lugar de seguir sus propios intereses ⁷². En esta relación, propia de jurisdicciones caracterizadas por un patrón de dispersión accionarial, los socios actúan como principales y los administradores

⁶⁶Reiner Kraakman *et al.* *Agency Problems and Legal Strategies*. The Anatomy of Corporate Law. 29-31 [Traducción no oficial]

⁶⁷ *Ibid*

⁶⁸Francisco Reyes Villamizar, *Análisis Económico del Derecho Societario*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2012, 37

⁶⁹Paúl Noboa Velasco, “Agency Problems in Ecuadorian Companies: Protecting Non-Controlling Shareholders”

⁷⁰Reiner Kraakman *et al.* *Agency Problems and Legal Strategies*. The anatomy of corporate law. 29-31[Traducción no oficial]

⁷¹*Ibid*

⁷²*Ibid*

como agentes, aquello a raíz del encargo que los primeros realizan para la gestión de sus inversiones⁷³.

En el caso mencionado, el problema se fundamenta en que los administradores cuentan con ‘mejor’ información que los socios⁷⁴ sobre las operaciones que son objeto de la compañía. Esta asimetría informacional, evidente fallo de mercado⁷⁵, se da porque los socios no pueden determinar, a ciencia exacta, si los administradores están trabajando para velar sus intereses⁷⁶. Esta desigualdad en la información podría confluir en un ‘oportunismo’ por parte del administrador, quien se vería incentivado a actuar velando por intereses distintos a los de la compañía, sea a través de un desvío de los beneficios correspondientes a los socios y tomarlos como propios o, bajando la calidad de la gestión en perjuicio de los socios⁷⁷.

El segundo problema de agencia, como se ha mencionado anteriormente, surge de la relación entre socios controladores y socios no controladores⁷⁸. Los socios controladores, que usualmente son los asociados mayoritarios, pueden aprovechar su posición decisoria para ‘expropiar’ a los socios minoritarios, que, en el escenario propuesto, actúan como principales⁷⁹.

En jurisdicciones de capital concentrado, el conflicto se caracteriza por “importantes paquetes accionarios controlados por un socio o accionista dominante”⁸⁰ o, en su defecto, por un grupo de asociados, que en conjunto, están facultados a adoptar decisiones⁸¹. Este patrón de propiedad, generalmente, permite que los socios con mayor participación accionarial dirijan el curso de la compañía y ejerzan control directo o indirecto sobre la administración.

El problema se encuentra también cuando un grupo de socios o accionistas, independientemente de su participación accionarial, pueden tomar decisiones que perjudiquen los intereses de otra clase de accionistas⁸². Esta relación puede darse en varios sentidos: mayoritarios

⁷³Paúl Noboa Velasco. Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano. 11

⁷⁴*Ibid*

⁷⁵John Armour, Dan Awrey, Paul Davies, Luca Enriques, Jeffrey N. Gordon, Colin Mayer, and Jennifer Payne. Principles of Financial Regulation. Oxford University Press, 2016, 55 [Traducción no oficial]

⁷⁶Paúl Noboa Velasco. Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano, 11

⁷⁷*Ibid*

⁷⁸Aurelio 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. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3383861>, último acceso el 22 de marzo de 2022

⁷⁹Reiner Kraakman *et al.* *Agency Problems and Legal Strategies*. The anatomy of corporate law, 58 [Traducción no oficial]

⁸⁰ Paúl Noboa Velasco. Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano

⁸¹Francisco Reyes Villamizar, Análisis Económico del Derecho Societario, 37

⁸²Paúl Noboa Velasco. Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano, 9

tomando decisiones abusivas que pueden afectar el bienestar del grupo minoritario, minoritarios - con facultades de control- tomando acciones oportunistas en desmedro de los asociados mayoritarios -siendo esto posible a través de acciones como el derecho al veto sobre decisiones plenamente legítimas-⁸³ o cuando accionistas tenedores de acciones ordinarias busquen modificar las prerrogativas especiales conferidas a los accionistas preferidos.

Este conflicto de interés, también conocido como *shareholding agency problem*, es el más común en jurisdicciones de capital concentrado, como Ecuador⁸⁴. Comúnmente, el conflicto entre los grupos accionariales se verá reflejado cuando “los mayoritarios, a través de decisiones adoptadas en junta general, buscan anteponer sus intereses personales por sobre los de la compañía”⁸⁵, causándose un perjuicio a la compañía y los socios que no pertenecen a este grupo.

Finalmente, el tercer problema de agencia refleja relaciones de miembros externos a la compañía con esta⁸⁶. Se retoma el concepto de stakeholder, quien del mencionado escenario se puede ver afectado en las decisiones tomadas por la compañía, por ello la teoría que acompaña al término, sugiere que las sociedades no deberían servir únicamente a sus socios o accionistas, sino poner en el mismo nivel a aquellos que cuentan como ‘terceros interesados’⁸⁷.

El concepto de stakeholders puede comprenderse, en breves rasgos, de la manera que lo define Merrick Dodd: “El negocio, que es la organización económica de la sociedad, es propiedad privada, sólo en un sentido calificado, y la sociedad puede exigir adecuadamente que se lleve a cabo de tal manera que se salvaguarden los intereses de quienes tratan con él”⁸⁸. (traducción no oficial). De acuerdo con esta postura, los intereses por salvaguardar involucrarían a una serie de *stakeholders* relacionados con una compañía, incluyendo a sus empleados, consumidores y proveedores, por citar algunos ejemplos.

Este problema se fundamenta en la teoría del ‘pluralismo’, que básicamente sugiere implementar un sistema de gobierno corporativo que tome en consideración los aportes que los diversos grupos de interés efectúan a una compañía⁸⁹. En este tercer problema de agencia, la

⁸³*Ibid*

⁸⁴Reiner Kraakman *et al.* *Agency Problems and Legal Strategies*. The anatomy of corporate law, 57 [Traducción no oficial]

⁸⁵Paúl Noboa Velasco. Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano, 11

⁸⁶Aurelio Gurra Martínez ‘Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador’, 10

⁸⁷Paúl Noboa Velasco. Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano, 11

⁸⁸Elson, Charles M., and Nicholas J. Goossen. “E. Merrick Dodd and the Rise and Fall of Corporate Stakeholder Theory.” *The Business Lawyer* 72, no. 3 (2017): 735–54. <https://www.jstor.org/stable/26419161>. [Traducción no oficial]

⁸⁹ *Ibid*

compañía actúa como agente hacia varios principales que podrían tener intereses contrapuestos entre sí. Por lo tanto, desde un punto de vista práctico, la adopción del pluralismo resultaría inadecuada desde un enfoque societario⁹⁰.

En el Ecuador, el primer problema de agencia no es muy común, ya que en jurisdicciones ‘civilistas’, caracterizadas por un patrón de concentración de capital, el control y dirección de las compañías lo ejerce un socio mayoritario⁹¹. El tercer problema de agencia podría ser considerado no de manera directa sino de manera subsidiaria, siempre que se anteponga la primacía de los socios y de la compañía, por sobre la posición de los demás *stakeholders*⁹².

Adicionalmente, es importante considerar que las relaciones entre la compañía con terceras personas podrían ser reguladas, de manera más eficiente, por otras áreas del Derecho distintas al Derecho Societario.⁹³ Por lo tanto, un sistema de gobierno corporativo tampoco debería centrar su atención en mitigar el tercer problema de agencia.⁹⁴

Sin embargo, cabe señalar que, en el Ecuador, con fundamento en las características de su sistema societario, el segundo problema de agencia es el más relevante. Por consiguiente, y para efectos de este trabajo, se sugiere implementar un marco regulatorio que evite actuaciones abusivas de parte de los socios controladores, en desmedro de la posición de los socios o accionistas minoritarios⁹⁵, y que reduzca la propensión al oportunismo de los *corporate insiders*⁹⁶.

5.2. Noción tradicional de la legitimación en la causa pasiva en procesos societarios.

5.2.1. Procesos societarios reconocidos por la Ley de Compañías

Entre otras facultades, la Ley de Compañías ha otorgado a todos los socios o accionistas el derecho de impugnar resoluciones de las juntas generales o demás órganos sociales⁹⁷. Sobre estos

⁹⁰Paúl Noboa Velasco, “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 22 de marzo de 2022 [Traducción no oficial]

⁹¹Elson, Charles M., and Nicholas J. Goossen. “E. Merrick Dodd and the Rise and Fall of Corporate Stakeholder Theory.” *The Business Lawyer* 72, no. 3 (2017): 54. <https://www.jstor.org/stable/26419161>. [Traducción no oficial]

⁹²*Ibid*

⁹³Aurelio Gurrea Martínez et. al, ‘Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador’, 9

⁹⁴Paúl Noboa Velasco, “The Ecuadorian Corporate Objective: Shareholder Primacy in times of COVID-19.

⁹⁵*Ibid*

⁹⁶Ver Ali, Usman, and David Hirshleifer. "Opportunism as a firm and managerial trait: Predicting insider trading profits and misconduct." *Journal of Financial Economics* 126, no. 3 (2017): 490-515. [Traducción no oficial]

⁹⁷Art. 114, lit. h); Art. 207, num. 7, Ley de Compañías [Traducción no oficial]

mecanismos de control de legalidad⁹⁸, la teoría organicista sostiene que, en cualquier caso, la personalidad societaria independiente de la compañía la obliga a responder por las acciones de sus órganos⁹⁹. Es decir, con fundamento en la teoría organicista, en cualquier proceso societario, la legitimación en la causa pasiva recae sobre la compañía

Bajo aquel contexto, cabe señalar que el derecho de acudir ante las instancias judiciales correspondientes para entablar acciones en contra de una resolución asamblearia, además de abarcar al denominado “derecho de impugnación”¹⁰⁰ para la defensa del interés de la compañía, también comprende a las acciones de nulidad y acciones de apelación, que tienen un alcance individual¹⁰¹.

Para comparar de forma óptima e ilustrativa, se contrastará las acciones de apelación, de impugnación y de nulidad para diferenciar correctamente su alcance y observar los supuestos de cada una, de acuerdo con el tenor de la Ley de Compañías:

Tabla No. 1 Comparación normativa de las distintas figuras

| Categoría | Impugnación (Art. 215 de la Ley de Compañías) | Apelación (Art. 249 de la Ley de Compañías) | Nulidad (Art. 216 de la Ley de Compañías) |
|------------------------|--|--|--|
| Materia sujeta al acto | Acuerdos de la Junta General o de los órganos de administración | Decisiones de la mayoría, en Junta General | Los acuerdos de los órganos sociales. |
| Demanda | Presentada ante el Juez de lo Civil del domicilio de la compañía, con plazo de 30 días posteriores a la emisión de la resolución | Presentada ante el Juez de lo Civil domicilio de la compañía, los 30 días siguientes a la clausura de la junta general | Presentada ante el Juez de lo Civil del domicilio principal de la compañía |
| Requisitos | Que los reclamantes no hayan concurrido a la junta general o hayan dado su voto en contra de la resolución | Que los reclamantes no hayan concurrido a la junta general o hayan dado su voto en contra de la resolución | No tiene requisitos |
| Trámite | Procedimiento sumario | Procedimiento sumario | Procedimiento sumario |
| Recursos | Casación | Casación | Casación |

⁹⁸Jorge Egas Peña. 2006. El status de accionista (Derechos y Obligaciones de los Accionistas), 65.

⁹⁹Necker Franco Maldonado, Legislación Ecuatoriana de Compañías, 737.

¹⁰⁰Art. 215, Ley de Compañías.

¹⁰¹Art. 216 y 249 Ley de Compañías.

| | | | |
|-------------------|--|---|---|
| Hecho generador | Resoluciones de la junta general u organismo de administración que no se hubieren adoptado de conformidad con la ley o el estatuto social, o que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la compañía. | Resoluciones adoptadas por la mayoría que causen un perjuicio a la minoría por infracción normativa o actuaciones opresivas de la mayoría | Acuerdos contrarios a la Ley o al estatuto social |
| Legitimado activo | Socios o accionistas que representen, al menos, el 25% del capital social | Socios o accionistas que representen, al menos, el 25% del capital pagado. | Socios o accionistas que representen, por lo menos, la cuarta parte del capital social. |
| Legitimado pasivo | La compañía | La compañía | La compañía |

Fuente: Elaboración propia a partir de legislación vigente¹⁰²

La tabla comparativa demuestra las similitudes y diferencias de las tres acciones, y el propósito de la comparación se encuentra en demostrar la manera en el que los procesos societarios se llevan en la actualidad. Más allá de ciertas similitudes y diferencias que se derivan de la regulación de cada una de dichas acciones, es importante resaltar que, en los tres escenarios, la legitimación en la causa pasiva recae sobre la compañía, más no sobre los socios o accionistas.

5.2.2. Legitimación en la causa

La legitimación en la causa, elemento sustancial del proceso, es definida como “la titularidad del derecho o relación jurídico-material objeto del juicio”¹⁰³. Sobre la legitimación en la causa, la ex Corte Suprema de Justicia ha señalado que “para actuar como parte de un proceso, no basta ser legalmente capaz o tener poder suficiente para intervenir en juicio, sino que es necesaria una condición más precisa referida al litigio de que se trata y consiste en una relación entre el sujeto y el objeto -jurídico-.”¹⁰⁴

Bajo aquel contexto, la legitimación en la causa alude a las personas que están habilitadas para participar del proceso, siendo ellos quienes “deben sufrir o gozar de los efectos de la sentencia

¹⁰² Arts 215, 216 y 249 Ley de Compañías

¹⁰³ Hernando Devis Echandía, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, 281

¹⁰⁴ *Gaceta Judicial*. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 133. (Quito, 28 de octubre de 2004)

de mérito”¹⁰⁵. Quien propone la acción será el demandante y quien contradiga en el proceso el demandado¹⁰⁶. Con relación al demandado, la legitimación en la causa requiere que ésta sea “la persona que, conforme a la ley sustancial, está legitimado para oponerse o contradecir dicha pretensión del actor, es decir, cuando es el contradictor legítimo.”¹⁰⁷

De acuerdo con la teoría organicista tradicional, la legitimación en la causa pasiva en procesos societarios recae sobre la compañía. Por consiguiente, de acuerdo con el enfoque se encuentra vigente, existiría una falta de legítimo contradictor cuando, en sede judicial, se demande a un socio o accionista el resarcimiento por los efectos que se deriven de una resolución asamblearia que lesione el interés de la compañía o que cause un perjuicio a los socios minoritarios por cuanto la sociedad, como un patrimonio diferenciado, sería el único sujeto obligado a contradecir cualquier pretensión formulada en contra de una resolución de un órgano social.¹⁰⁸

Es decir, de acuerdo con la teoría organicista tradicional, no existiría una debida legitimación en la causa en procesos societarios cuando se demande a los socios o accionistas, verdaderos insipradores o causantes del daño, por los efectos que se derivaren de una resolución aprobada por ellos en junta general, dado que, de acuerdo con la noción tradicional, ellos serían personas distintas a la compañía, quién es llamada a contradecir las pretensiones de la demanda.¹⁰⁹

5.2.3. Litisconsorcio

Continuando con el análisis procesal, cuando existan diferentes personas que, jurídicamente, tengan pretensiones o excepciones conexas por su causa u objeto, pueden participar en un mismo proceso en forma conjunta¹¹⁰. Dentro de aquel contexto, el litisconsorcio es “la presencia en el mismo procedimiento de varias personas en la posición de actores [litisconsorcio activo] o de demandados [litisconsorcio pasivo]”¹¹¹

El litisconsorcio se fundamenta en la existencia de una relación jurídica material con elementos comunes a varias personas¹¹², aspecto que “da lugar a una conexión jurídica entre las

¹⁰⁵Guzmán, Álvaro Eduardo Ordoñez. "Sobre la legitimación en la causa." *Ratio Juris* 12, no. 25 (2017): 153

¹⁰⁶Enrique Vescoví. *TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*. 148

¹⁰⁷Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. 133, (Quito, 28 de octubre de 2004)

¹⁰⁸Paúl Noboa Velasco y Esteban Ortiz Mena, Personalidad Jurídica Independiente de la Sociedad por Acciones Simplificada y Responsabilidad Limitada de sus Accionistas, *Revista Ruptura*, 2020, Quito, 589-620

¹⁰⁹Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3039. (Quito, 5 de junio de 2002)

¹¹⁰Hernando Devis Echandía. *Pluralidad de las partes*. Nociones generales de derecho procesal civil. 376

¹¹¹José Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil* Tomo II, Madrid, Reus, 1922, 600

¹¹²*Ibid*

diferentes demandas que se proponen por estos sujetos o contra ellos”¹¹³ Es decir, la relación litisconsorcial determina la existencia de un único proceso con una pluralidad de demandantes y demandados cuya personalidad jurídica, en estricto rigor jurídico, es independiente entre sí.¹¹⁴ En otras palabras, el litisconsorcio se caracteriza por la unidad en la relación procesal y la pluralidad de partes intervinientes en el proceso¹¹⁵.

Ahora bien, únicamente podría existir litisconsorcio cuando exista una coordinación de pretensiones que supongan la existencia de “intereses personales directamente vinculados al proceso.”¹¹⁶. Con este antecedente, y con el fin de evitar la existencia de varias sentencias que podrían ser contrarias entre sí, en ciertos escenarios de litisconsorcio “la decisión debe ser producida necesariamente frente varios actores o varios demandados”¹¹⁷. El litisconsorcio necesario se fundamenta en la existencia de una unidad e indivisibilidad respecto del derecho sustancial en debate¹¹⁸.

Para efectos de este trabajo, la propuesta sugiere que los socios o accionistas que aprueben, en ejercicio de sus derechos políticos individuales, una resolución asamblearia ilegal, abusiva o viciada por un conflicto de interés, deban verse obligados a participar en el proceso societario, como litisconsortes necesarios de la compañía.

Bajo el esquema propuesto, y con fundamento en el artículo 52 del Código Orgánico General de Procesos, la compañía y los socios controladores, como litisconsortes necesarios pasivos, deberían ser considerados, en sus relaciones con el socio o accionista demandante, como litigantes separados. De este modo, “los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso.”¹¹⁹. Por lo tanto, la compañía tendría derecho a defenderse de manera independiente, para evitar que las actuaciones de los socios de control la obliguen a resarcir un perjuicio causado por éstos a los minoritarios.

Tomando en consideración el patrón de concentración de capital que caracteriza al contexto societario ecuatoriano, esta propuesta se justifica por la situación jurídica ‘pre-procesal’ motivada

¹¹³*Ibid*

¹¹⁴*Ibid*, 613

¹¹⁵*Ibid*

¹¹⁶Hernando Devis Echandía. Nociones generales de derecho procesal civil. 377

¹¹⁷José Chioyenda, Principios de Derecho Procesal Civil, 605

¹¹⁸ Consejo de Estado Sección Segunda, Auto 05001233300020140005801 (14702015), jul. 27/15, C. P. Sandra Lisset Ibarra, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/identifique-diferencias-entre-litisconsorcio>, último acceso 08 de abril de 2022

¹¹⁹Artículo 52, Código Orgánico General de Procesos.

por el socio o accionista controlante cuya posición, por el dominio absoluto que ejerce sobre la administración y gestión de los negocios sociales¹²⁰, debe considerarse directamente vinculada al derecho sustancial controvertido en un proceso societario¹²¹.

Ahora bien, para evitar que exista un problema de acción colectiva entre varios socios o accionistas que pudieran verse obligados a participar en el proceso, en su calidad de litisconsortes necesarios pasivos con la compañía¹²², este régimen debería también sujetarse a la obligación de contar con un procurador común. De esta forma, si son varios los socios o accionistas demandados, el Juez debería disponer que ellos designen una persona llamada a actuar en su nombre dentro del término que se les conceda, bajo previsión que, en caso de no hacerlo, el juez designará a la persona que obrará en el proceso como tal.¹²³

De este modo, la figura del procurador común permitiría sortear el problema de acción colectiva en el que los socios o accionistas podrían verse inmiscuidos en caso de tener que comparecer, como litisconsortes necesarios pasivos, a un proceso societario en calidad de demandados.

5.3 Problemas que la noción tradicional presenta en el Derecho Societario.

Como ya fue explicado anteriormente, las demandas de impugnación, apelación o nulidad, de acuerdo con la teoría organicista, deben entablarse en contra de la compañía, legalmente representada por su representante legal¹²⁴. Para sustentar tal posición, el enfoque tradicional indica que la compañía es un sujeto de derecho independiente de sus asociados, motivo por el que cualquier acción procesal debería ser dirigida contra la persona jurídica, como la legítima contradictora pasiva¹²⁵. Justamente, aquel es el alcance del artículo 249 de la Ley de Compañías¹²⁶.

¹²⁰José Miguel Mendoza, El Laberinto de la Legitimación en la Causa

¹²¹Hernando Devis Echandía. *Litisconsorcio necesario u obligatorio*. Nociones generales de derecho procesal civil, 380

¹²²Roberto Salgado Valdez, Tratado de Derecho Empresarial y Societario, Tomo II, Vol. 2, PPL Impresores, 2015, Quito, 638

¹²³Artículo 37, Código Orgánico General de Procesos.

¹²⁴Roberto Salgado Valdez, Tratado de Derecho Empresarial y Societario, 638

¹²⁵Necker Franco Maldonado, “Legislación Ecuatoriana de Compañías”, 737.

¹²⁶Artículo 249, Ley de Compañías.

De acuerdo con Martin Gelter, un enfoque inadecuado de la legitimación procesal podría generar marcos ineficientes de litigio societario¹²⁷. Bajo aquel contexto, el enfoque tradicional de la legitimación pasiva en procesos societarios, derivado de la teoría organicista, se ha convertido en una de las causas que determinan la inexistencia de niveles óptimos de litigio societario efectivo¹²⁸.

En este acápite, se analizará que la noción tradicional sobre la legitimación pasiva en procesos societarios fomenta la propensión al oportunismo de los socios o accionistas controladores y también genera una serie de perjuicios a la compañía demandada y a los socios o accionistas demandantes.

5.3.1 Propensión al oportunismo de los asociados mayoritarios

El enfoque tradicional, derivado de la teoría organicista, desconoce un rasgo elemental de la realidad societaria ecuatoriana y latinoamericana: la existencia de un patrón de concentración de capital en dónde un socio de control tiene un dominio absoluto del proceso de toma de decisiones en las juntas generales¹²⁹.

De acuerdo con la explicación realizada con relación a los problemas de agencia, el principal conflicto de interés que el Derecho Societario ecuatoriano debe mitigar es aquel que existe entre asociados controladores y no controladores¹³⁰. En esta relación de agencia, los primeros, partiendo de su posición de dominio, podrían verse abocados a tomar decisiones que causen un perjuicio al interés social y al interés de los socios o accionistas no controladores¹³¹.

Como se puede observar, el enfoque tradicional de la teoría organicista únicamente permitiría demandar a la compañía, dejando en la impunidad a los socios o accionistas de control por las decisiones ilegales o abusivas que ellos, como sujetos de derecho independientes, hubieren aprobado o negado en ejercicio de sus derechos políticos¹³².

De acuerdo con el artículo 207, numeral 4, de la Ley de Compañías, la facultad de deliberar, mocionar y votar en el ámbito de las juntas generales es reconocida a los socios o accionistas, más

¹²⁷Martin Gelter, Mapping Types of Shareholder Lawsuits Across Jurisdictions (July 2, 2018). Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 3011444, ECGI - Law Working Paper No. 363/2017, 24. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3011444>, ultimo acceso: 03 de abril de 2022 [Traducción no oficial]

¹²⁸ Sergio Londoño, Reforma del sistema de litigios societarios, DLA Piper Martínez Beltrán, 26 de agosto de 2020, video, <https://www.youtube.com/watch?v=LdPZbUv0W9g&t=7798s>

¹²⁹ José Miguel Mendoza, El laberinto de la legitimación de la causa.

¹³⁰ Paúl Noboa Velasco. "Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano" 5.

¹³¹ *Ibid*

¹³² Ignacio Sanín Posada. La Impugnación de Decisiones Sociales, 30

no a la compañía. Por consiguiente, y partiendo del principal argumento que sustenta la teoría organicista, podríamos indicar que los asociados, como sujetos de derecho independientes de la sociedad mercantil, son los beneficiarios de los derechos políticos que permiten la aprobación o negativa de decisiones asamblearias.

La explicación anterior es relevante debido a que, de acuerdo con la teoría organicista tradicional, cualquier proceso societario debe ser entablado en contra de la compañía, sujeto de derecho que, en estricto sentido, no cometió o inspiró la irregularidad demandada, mientras que los verdaderos causantes o inspiradores de la decisión recurrida, los socios o accionistas de control, quedarían fuera del proceso¹³³.

Como se puede apreciar, el enfoque tradicional fomenta enormemente la propensión al oportunismo de los socios o accionistas de control, dado que ellos podrían beneficiarse de una resolución asamblearia abusiva o viciada por un conflicto de interés pero no deben responder, en sede judicial, por los perjuicios que se derivaren de dichas decisiones, a pesar que el ejercicio de sus derechos políticos, atribuidos a ellos como sujetos de derecho independientes de la compañía, sería el hecho generador del daño causado.

En definitiva, de acuerdo con Ignacio Sanín, “los gastos de la tramitación judicial en este evento tendrán que ser atendidos por una persona jurídica diferente a la que orquestó, manipuló o gestó la decisión ilegal”¹³⁴.

5.3.2 Perjuicios a la compañía y a los asociados demandantes

Además de elevar la propensión al oportunismo de los socios de control, el enfoque tradicional de la postura tradicional sobre la legitimación pasiva en procesos societarios podría perjudicar a los socios o accionistas demandantes¹³⁵. Para comenzar este análisis, nos remitiremos nuevamente al criterio de Martin Gelter, quien también ha señalado que la regulación de los gastos procesales podría coadyuvar a fomentar un marco más eficiente de litigios societarios¹³⁶.

Bajo aquel contexto, si se considera que la compañía sería la única demandada, podría generarse un escenario completamente injusto para los socios o accionistas demandantes. Por un lado, los asociados demandantes deberían asumir los costos del litigio directamente, mientras que, por otro, deberían asumir los gastos de defensa de la compañía indirectamente, ya que se

¹³³Ignacio Sanín Posada. *La Impugnación de Decisiones Sociales*, 41

¹³⁴*Ibid*

¹³⁵*Ibid*

¹³⁶Martin Gelter, *Mapping Types of Shareholder Lawsuits Across Jurisdictions*, 28 [Traducción no oficial]

emplearían los recursos sociales para tal fin. En consecuencia, la noción tradicional podría reducir las utilidades por repartir a todos los socios, incluyendo los demandantes.¹³⁷

El escenario descrito en el inciso precedente demuestra la ineficiencia del enfoque tradicional, mismo que obliga a los asociados demandantes a financiar los gastos procesales en un mayor grado, en comparación con los verdaderos causantes del daño¹³⁸. Aquella disuasión podría aumentar el riesgo moral de adopción de resoluciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés por los socios mayoritarios, dado que ellos sabrían que, por una ineficiente distribución de los gastos procesales¹³⁹, los asociados perjudicados se verían desincentivados a entablar demandas para atacar resoluciones indebidamente adoptadas por la junta general.

Por otro lado, en estricta aplicación de la teoría organicista tradicional, los socios o accionistas demandantes deben entablar una acción judicial en contra de la compañía, misma que sería la principal afectada, por ejemplo, por una resolución asamblearia que permita la extracción injustificada del patrimonio social hacia el patrimonio personal del socio de control¹⁴⁰.

Es decir, de acuerdo con José Miguel Mendoza, la compañía afrontaría un doble perjuicio: El primero, derivado de los efectos que la resolución ilegal, abusiva o viciada por un conflicto de interés podría generar sobre el patrimonio social. El segundo, afrontar un proceso judicial, con la consecuente cobertura de los gastos procesales en los que se debería incurrir para su defensa.¹⁴¹

Como conclusión, la teoría organicista tradicional, derivada de un enfoque societario decimonónico¹⁴², eleva el riesgo de actuaciones oportunistas de los socios o accionistas de control, perjudicando el interés social y el interés de los asociados que entablan una demanda en contra de una resolución asamblearia ilegal, abusiva o viciada por un conflicto de interés. Por lo tanto, es urgente redefinir la legitimación en la causa pasiva en procesos societarios, con el fin último de mitigar el principal problema de agencia que afronta el Ecuador, producto de su patrón de concentración de capital.

5.3.3 Redefinición en la legitimación en la causa pasiva en procesos societarios

Para sortear los inconvenientes analizados en el acápite precedente, el Reino Unido ha reconocido la posibilidad de permitir a los socios o accionistas no controladores a entablar un

¹³⁷Sergio Londoño, Reforma del sistema de litigios societarios, DLA Piper Martínez Beltrán

¹³⁸Martin Gelter, Mapping Types of Shareholder Lawsuits Across Jurisdictions, 28 [Traducción no oficial]

¹³⁹*Ibid*

¹⁴⁰José Miguel Mendoza, El laberinto de la legitimación de la causa.

¹⁴¹*Ibid.*

¹⁴²*Ibid*

proceso societario en contra de la compañía y del sujeto que efectivamente causó u originó el daño, bajo la figura del *nominal defendant*¹⁴³. Por otro lado, Australia, ante decisiones arbitrarias, abusivas, ilegales o fraudulentas, también ha permitido que los socios o accionistas no controladores entablen un proceso judicial en contra de los socios controladores que adoptaron dichas decisiones, proceso en el que la compañía actúa como un *co-defendant*¹⁴⁴.

Este trabajo, con fundamento en la recomendación de José Miguel Mendoza, buscará sugerir una redefinición de la legitimación en la causa pasiva en procesos societarios, para implementar escenarios en los que podría existir un litisconsorcio necesario pasivo entre la compañía y los socios o accionistas de control que inspiraron o gestaron la adopción de una resolución ilegal, abusiva o viciada por un conflicto de interés en una junta general.

De esta forma, la propuesta planteada, respetando la noción de la teoría organicista, buscaría reducir el riesgo moral que actualmente se deriva del “abuso impune ejercido por los grupos de control en la operación de las sociedades”¹⁴⁵ y adaptar la legitimación en la causa en procesos societarios a la imperiosa necesidad de mitigar el principal conflicto de interés que afrontan las sociedades mercantiles ecuatorianas e iberoamericanas¹⁴⁶.

La propuesta de cambiar enfoque tradicional sobre la legitimación en la causa en procesos societarios podría generar una serie de ventajas que, de manera *ex ante* y *ex post*, mitigarían el principal problema de agencia que afronta el Ecuador. se debe establecer la responsabilidad hacia quien ha generado el perjuicio¹⁴⁷.

Desde un punto de vista *ex ante*, la existencia litisconsorcial pasiva entre la compañía y los socios que aprobaron una resolución ilegal, abusiva o viciada por un conflicto de interés en procesos societarios, reducirá la propensión al oportunismo de los socios de control que dirigen la gestión de los negocios sociales. Es decir, desde una perspectiva *ex ante*, los socios de control se verían desincentivados a tomar decisiones arbitrarias¹⁴⁸, ya que, en caso de que ellos decidan abusar de su posición de dominio societaria, su patrimonio personal se vería comprometido a

¹⁴³B.A.K: Rider, Amiable Lunatics and the Rule in Foss v. Harbottle, The Cambridge Law Journal, Nov., 1978, Vol. 37, No. 2 (Nov., 1978) 271 [Traducción no oficial]

¹⁴⁴ The Attorney General, Sixtieth Report of the Law Reform Committee of South Australia: Relating to Locus Standi in Company Law, 1980, 4. https://law.adelaide.edu.au/system/files/2019-02/60-Locus-Standi-in-Company-Law_0.pdf, último acceso el 03 de abril de 2022. [Traducción no oficial]

¹⁴⁵ Ignacio Sanín Posada. La Impugnación de Decisiones Sociales, 30

¹⁴⁶ Paúl Noboa Velasco, Agency Problems in Ecuadorian Companies: Protecting Non-Controlling Shareholders. 11

¹⁴⁷ José Miguel Mendoza, El laberinto de la legitimación de la causa.

¹⁴⁸ *Ibid*

resarcir cualquier perjuicio derivado del ejercicio indebido de sus derechos políticos en el ámbito de una junta general.

Desde un punto de vista *ex post*, el establecimiento de un régimen litisconsorcial necesario pasivo entre quienes aprobaron una resolución ilegal, abusiva o viciada por un conflicto de interés y la compañía, permitirá entablar demandas en contra de quienes, en la práctica, en ejercicio de sus derechos políticos inspiraron o generaron el daño¹⁴⁹. Es decir, el marco sugerido, respetando los postulados de la teoría organicista, permitiría demandar a los verdaderos responsables por cualquier daño derivado de una resolución adoptada o negada por un órgano social.

Con el objetivo de complementar esta postura, igualmente se plantea que los socios o accionistas que resultaren demandados por sus propios y personales derechos se vean impedidos de utilizar los recursos sociales para financiar sus gastos de defensa¹⁵⁰. De esta manera, desde un punto de vista *ex post*, también se salvaguardaría el patrimonio de la compañía de actuaciones oportunistas que, con el afán de costear los gastos procesales, supongan evidentes prácticas de extracción de valor o *tunneling*.¹⁵¹

5.4.1. Justificación de atribuir responsabilidad civil sobre los socios

La facultad de votación es uno de los derechos fundamentales de los accionistas, de cuyo ejercicio nadie les puede privar¹⁵². Considerando el carácter democrático de las juntas generales de socios o accionistas, como órganos colegiados de deliberación, en principio los socios o accionistas mayoritarios se encuentran en una situación de ventaja al momento de ejercer sus derechos políticos, dado que tienen condición decisoria privilegiada sobre el curso y manejo de la compañía¹⁵³.

Ahora bien, el principio de buena fe, eje rector del ejercicio de toda facultad, obligaría a los socios o accionistas a abstenerse de votar con manifiesta intención de, anteponiendo su privilegio personal, causar daño a terceras personas o a la propia compañía. Para mitigar estos inconvenientes, varias jurisdicciones, incluyendo la regulación ecuatoriana de las SAS, han

¹⁴⁹Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, Tratado de Derecho Civil, 101

¹⁵⁰Ignacio Sanín, La impugnación de decisiones sociales, 41

¹⁵¹Atanasov, Vladimir, Bernard Black, and Conrad S. Ciccotello. "Law and Tunneling." [Traducción no oficial]

¹⁵²Art. 207, num. 4, Ley de Compañías.

¹⁵³Reiner Kraakman *et al.* *Agency Problems and Legal Strategies*. The anatomy of corporate law, 58 [Traducción no oficial]

reconocido un deber de fidelidad de los socios o accionistas, determinando que ellos deben ejercer el derecho del voto en interés de la compañía¹⁵⁴.

De este modo, cuando este derecho, de manera deliberada, hubiere sido utilizado con intención de causar daño a terceros o para alcanzar un propósito ilegítimo, debe conferir lugar al resarcimiento de los perjuicios irrogados y a la nulidad de la resolución abusiva. De acuerdo con el artículo innumerado titulado: Abuso del derecho de voto. Se encuentra en la sección de la Ley de Compañías que regula a las SA y dicta que “se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas, o de obtener, para si o para un tercero, una ventaja injustificada”¹⁵⁵.

A pesar del claro tenor de dicho artículo, cabe señalar que, cuando se demande la nulidad de una resolución asamblearia adoptada abusivamente y la indemnización de los perjuicios irrogados por tal actuación, la teoría organicista obligaría a demandar dichos aspectos a la compañía, más no a los accionistas que abusaron de sus derechos políticos. Este inadecuado esquema no toma en consideración que los socios, como sujetos independientes, son quienes toman la decisión, que es el hecho generador del abuso¹⁵⁶. Este ejemplo demuestra con claridad la teoría organicista deviene absolutamente improcedente.

Para comprender la responsabilidad civil en la que incurrirían los socios o accionistas que, aprovechándose de su posición de privilegio decisorio, adoptaren resoluciones de manera oportunista, es necesario revisar todos los elementos necesarios para la atribución de responsabilidad civil en contra de ellos. De conformidad con el artículo 2229 del Código Civil, “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”¹⁵⁷. Es decir, de acuerdo con el enfoque del derecho de daños, cualquier persona que ocasione un daño está obligado a repararlo¹⁵⁸.

Bajo aquel contexto, cabe señalar que, para que proceda la atribución de responsabilidad civil extracontractual sobre de los socios, se requiere un daño existente que sea material o moral,

¹⁵⁴Art. Innumerado titulado “*abuso del derecho de voto*”, Ley de Compañías.

¹⁵⁵*Ibid*

¹⁵⁶José Miguel Mendoza, El laberinto de la legitimación de la causa.

¹⁵⁷Luis Díez-Picazo, 2011. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: La Responsabilidad Civil Extracontractual”, Thompson Reuters. 19-31

¹⁵⁸Alsina, Jorge Bustamante. 1997 "Teoría general de la responsabilidad civil."101-102

la culpabilidad del sujeto que comete el acto y una “relación de causalidad” entre el hecho generador del daño y el daño producido¹⁵⁹.

En primer lugar, la procedencia de cualquier proceso societario requiere la existencia de un daño injustificado al interés de la compañía o al interés de los socios o accionistas no controladores. En las acciones de impugnación, se busca cobijar el interés de la compañía, a diferencia de las acciones de apelación y nulidad que, como ya fue analizado anteriormente, tienen un alcance individual. Por lo tanto, se debería justificar la comisión de un daño injustificado bajo los supuestos antedichos para atribuir responsabilidad personal sobre los socios¹⁶⁰.

Por su parte, en jurisdicciones caracterizadas por un patrón de concentración de capital, el patrimonio de la compañía está sujeto al control de los socios mayoritarios, quienes pueden gestionar los negocios sociales a su conveniencia¹⁶¹. Con fundamento en aquella realidad, las votaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés de los socios mayoritarios, son proferidas con plena conciencia. De esta forma, se demostraría el elemento de culpabilidad de los socios o accionistas¹⁶².

Para finalizar, la relación de causalidad entre el hecho generador del daño y el daño producido se deriva, justamente, del ejercicio de los derechos políticos en la junta general. Si bien es cierto que, de acuerdo con la teoría organicista, la junta general supone la manifestación de la voluntad social, en la práctica son los socios o accionistas, en ejercicio de sus derechos políticos personales, quienes verdaderamente inspiran o gestan el daño causado a un socio no controlador¹⁶³.

Sobre la causalidad, podríamos señalar que la relación entre el daño y la intención de ejecutarlo debe ser la consecuencia o efecto de la intención de cometerlo¹⁶⁴. Esto significa que el menoscabo directo del socio no controlador devenga de la decisión ilegal, abusiva o viciada por un conflicto de interés tomada por los socios controladores, como sujetos de derecho independientes, en la junta general. Por lo tanto, esta realidad también justificaría la inclusión de los socios controladores a cualquier proceso societario, en calidad de litisconsortes necesarios pasivos con la compañía¹⁶⁵.

¹⁵⁹Jorge Mosset Iturraspe, La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual, Revista Latinoamericana de Derecho, México, 2004, 357.

¹⁶⁰Ignacio Sanín Posada. La impugnación de decisiones sociales, 30

¹⁶¹*Ibid* 41

¹⁶²Sergio Londoño, Reforma del sistema de litigios societarios, DLA Piper Martínez Beltrán

¹⁶³Paúl Noboa Velasco. “Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano”, 5.

¹⁶⁴Jorge Mosset Iturraspe, La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual, 357.

¹⁶⁵*Ibid*

6. Conclusiones

De acuerdo con la investigación realizada, se encontró que la teoría organicista que rige a los procesos societarios no mitiga adecuadamente el problema de agencia de socios controladores y no controladores, dado que fomenta actuaciones oportunistas de los asociados de mayoría, quienes no deberían afrontar responsabilidad directa sobre las decisiones ilegales o abusivas adoptadas en junta general, a pesar que las mismas se derivan de sus derechos políticos, ejercidos como sujetos de derecho independientes de la compañía.

Además, la investigación concluye que los socios o accionistas de la compañía que, en ejercicio de sus derechos políticos, inspiraren o gestaren una resolución ilegal, abusiva o viciada por un conflicto de interés, deberían participar en los procesos societarios como litisconsortes necesarios pasivos, junto con la compañía.

Una redefinición de las reglas de legitimación en la causa pasiva en procesos societarios, desde un punto de vista *ex ante*, reducirá la propensión al oportunismo de los socios de control que dirigen la gestión de los negocios sociales. Por su parte, desde un punto de vista *ex post*, el establecimiento de un régimen litisconsorcial necesario pasivo entre quienes aprobaron una resolución ilegal, abusiva o viciada por un conflicto de interés y la compañía, permitirá entablar demandas en contra de quienes, en la práctica, en ejercicio de sus derechos políticos, inspiraron o generaron el daño.

Las limitaciones al estudio se encontraron en la sugerencia de implementar la figura de litisconsorcio para procesos societarios. Esto porque si los socios o accionistas controladores estarían altamente dispersos, podrían afrontar un problema de acción colectiva para tomar decisiones coordinadas y podrían existir una serie de trabas que reduciría la celeridad y efectividad del proceso como tal.

Para solucionar aquel inconveniente, se plantea aplicar la figura del procurador común prevista en el Código Orgánico General de Procesos, con el fin de establecer un marco que obligue a los socios o accionistas a designar a una persona que los represente en el proceso o que, en su defecto, dicha persona sea designada judicialmente, ante falta de acuerdo.

De esta forma, el marco sugerido, que en definitiva plantea una convergencia entre el Derecho Procesal y el Derecho Societario, se adecúa a la necesidad de reducir el principal conflicto de interés que afronta el sistema societario ecuatoriano, considerando su patrón de concentración de capital.