

**Universidad San Francisco de Quito USFQ**  
Colegio de Jurisprudencia

**Responsabilidad contractual de los socios mayoritarios frente  
a la expropiación a los socios minoritarios**

**María Paula Mesías Vela**

**Trabajo de titulación presentado como requisito para la  
obtención del título de abogada**

**Director:  
Oswaldo Santos Dávalos**

Quito, 8 noviembre de 2019

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**  
**Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

**"Responsabilidad contractual de los socios mayoritarios frente a la expropiación a los socios minoritarios"**

**María Paula Mesías**

**Oswaldo Santos**  
Director del Trabajo de Titulación

**Vladimir Villalba**  
Lector del Trabajo de Titulación

**Bárbara Terán**  
Lectora del Trabajo de Titulación

**Farith Simon**  
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, diciembre del 2019

The image shows four handwritten signatures in blue ink, each placed over a horizontal line. The signatures are: 1. A large, stylized signature at the top right, likely belonging to María Paula Mesías. 2. A signature below it, likely belonging to Oswaldo Santos. 3. A signature below that, likely belonging to Vladimir Villalba. 4. A signature at the bottom, likely belonging to Farith Simon. The signature for Bárbara Terán is not clearly visible or is obscured by the other signatures.

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO  
EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA**

**TESINA/TITULO:** "Responsabilidad contractual de los socios mayoritarios frente a la expropiación a los socios minoritarios".  
**ALUMNA:** María Paula Mesías Vela  
**DIRECTOR:** Oswaldo Santos Dávalos

**EVALUACIÓN (justificar cada punto):**

**a) Importancia del problema presentado**

El tema planteado por la estudiante es muy relevante. Uno de los principales objetivos del derecho societario debería ser la protección de los accionistas minoritarios. Las sociedades (en particular, las anónimas) no pueden cumplir su función de servir como instrumentos para realización de proyectos que requieren de grandes capitales si los accionistas pueden quedar a la merced de las conductas oportunistas de los mayoritarios. De la calidad de protección que se dé a los minoritarios, entonces, dependen, en parte, la salud de los mercados bursátiles y el desarrollo económico.

Sin embargo, para la autoridad de control de nuestro país, mejorar la protección de los minoritarios ni siquiera parece ser un objetivo. Ecuador no resguarda adecuadamente los intereses de los accionistas minoritarios. Por eso es tan importante determinar si y en qué casos los minoritarios tienen la alternativa de incoar una acción civil en contra de los mayoritarios responsables de una expropiación societaria.

**b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador**

La hipótesis es trascendente. Significa que los accionistas minoritarios tienen la alternativa de buscar un resarcimiento. Eso, de implementarse eficazmente, puede desincentivar que los mayoritarios incurran en conductas de *tunneling*.

**c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados**

Los materiales son suficientes y pertinentes. Quizás, como explico más abajo, habría sido conveniente que la estudiante se refiera a más fuentes sobre las transacciones con partes relacionadas ("TPR") en el contexto del *tunneling*.

**d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada)**

La argumentación es buena. Explica de manera clara por qué los mayoritarios sí son civilmente responsables en casos de expropiación societaria. La estudiante tiene conocimientos sólidos del régimen de responsabilidad civil, del alcance de la buena fe en materia contractual y de la normativa societaria relacionada con los accionistas y socios minoritarios.

Mi inquietud tiene que ver con la definición de expropiación societaria. En general, es complejo determinar cuál es el equilibrio adecuado en la regulación de las TPR dado que, por un lado, pueden permitir la consecución de objetivos sociales legítimos y, por otro lado, pueden comprometer los intereses de los minoritarios perjudicados por repartos asimétricos. Durante la defensa del trabajo de titulación, mis preguntas irán encaminadas principalmente a esclarecer dónde se encuentra ese límite dentro de nuestro ordenamiento.

Para concluir, de manera general, considero que la estudiante hizo un buen trabajo.

Atentamente,

Oswaldo Santos Dávalos  
Director

*Es fiel copia del Original*



*Alvaro Plás*



### **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 el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante:

*maría paula mesías vela*

Nombres y apellidos: María Paula Mesías Vela

Código: 00124079

Cédula de Identidad: 1717090581

Lugar y fecha: Quito, 8 noviembre de 2019

A mis dos ángeles, Raúl y Noel.

**Agradecimientos:**

A mi madre y a mi padre por enseñarme a luchar, a alcanzar mis sueños, por su amor y su apoyo infinito;

A mi pequeña por ser el motor de mi vida y por siempre creer en mi;

A Farith y a Daniela por sus enseñanzas y sus consejos;

A Oswaldo Santos por su valioso aporte en la elaboración de este trabajo de titulación.

## **RESUMEN**

En el presente trabajo de titulación se estudiará la aplicabilidad de la responsabilidad civil contractual como mecanismo para resarcir los daños y perjuicios ocasionados por los accionistas mayoritarios a los minoritarios. Para ello, se hace un estudio de las principales formas de expropiación societaria, así como de las características comunes del régimen de la responsabilidad civil. Adicionalmente, se examinará al contrato de constitución de compañía como fuente creadora de derechos y obligaciones para los accionistas. Finalmente, se desarrollarán los presupuestos de la responsabilidad contractual en el caso específico de la expropiación societaria. Este trabajo de titulación concluirá que la responsabilidad contractual es un mecanismo para lograr el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la expropiación societaria.



## **ABSTRACT**

This dissertation analyzes whether shareholders can be liable for their behavior towards minority shareholders. To this end, it analyzes both tunneling and the laws on the protection of minority shareholders. It studies the contract for the incorporation of a commercial company and the duty of good faith it imposes on all shareholders. Finally, the requirements for contractual responsibility are also analyzed in the context of expropriation behavior that affects minority shareholders. This dissertation concludes that the rules on contractual liability apply as a mechanism to make minority shareholders whole for the damages caused as a result of tunneling.

## TABLA DE CONTENIDOS

<i>Introducción</i> .....	<i>1</i>
<b>1. Capítulo 1: la expropiación societaria y los accionistas minoritarios</b> .....	<b>4</b>
<b>1.1 La expropiación societaria: problema de agencia entre los accionistas mayoritarios y minoritarios</b> .....	<b>4</b>
1.1.1 Expropiación a los accionistas minoritarios por vía de sueldos o bonificaciones ...	6
1.1.2 Expropiación mediante contratos celebrados entre la compañía y los accionistas mayoritarios .....	6
1.1.3 Expropiación mediante capitalización abusiva.....	7
<b>1.2 Mecanismos contemplados en la legislación ecuatoriana para la protección de los accionistas</b> .....	<b>10</b>
1.2.1 La compañía en nombre colectivo.....	11
1.2.2 La compañía en comandita simple y dividida por acciones .....	12
1.2.3 La compañía de responsabilidad limitada .....	13
1.2.4 La compañía anónima.....	15
1.2.5 La compañía de economía mixta.....	17
<b>1.3 Antítesis: el principio de libertad de empresa</b> .....	<b>18</b>
<b>2. Capítulo 2: nociones generales del régimen de responsabilidad civil</b> .....	<b>21</b>
<b>2.1 Finalidad de la responsabilidad civil</b> .....	<b>21</b>
<b>2.2 Elementos comunes de la responsabilidad civil</b> .....	<b>23</b>
2.2.1 Hecho antijurídico .....	23
2.2.2 El daño.....	24
2.2.3 Nexo causal .....	27
2.2.4 Culpa o dolo .....	30
<b>2.3 Diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual</b> .....	<b>31</b>
2.3.1 La teoría dualista y su crítica.....	31
2.3.2 Principales diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual....	33
<b>3. Capítulo 3: El derecho de daños como mecanismo de protección a los accionistas minoritarios</b> .....	<b>39</b>
<b>3.1 El principio de buena fe como fuente de obligación</b> .....	<b>39</b>
3.1.1 El contrato de constitución de compañía y el estatuto social .....	39
3.1.2 El principio de buena fe.....	41
3.1.2.1 El deber de lealtad .....	45
3.1.2.2 El deber de cooperación o colaboración .....	48
<b>3.2 Análisis de los elementos de la responsabilidad civil</b> .....	<b>49</b>
3.2.1 El incumplimiento de la buena fe como presupuesto de la antijuridicidad .....	49
3.2.2 El daño ocasionado por los accionistas mayoritarios frente a la expropiación de los minoritarios.....	50
3.2.3 Nexo causal entre el daño y el incumplimiento al principio de buena fe en la expropiación societaria .....	52
3.2.4 La culpa o el dolo en la expropiación societaria .....	53
<b>3.3 Tipo de responsabilidad civil que genera la expropiación societaria</b> .....	<b>55</b>
3.3.1 La violación al principio de buena fe genera responsabilidad contractual .....	55
3.3.2 La violación al principio de buena fe genera responsabilidad aquiliana .....	56
<b>4. Conclusiones</b> .....	<b>58</b>
<b>Bibliografía</b> .....	<b>61</b>

## ***Introducción***

Durante décadas las actividades económicas se han desarrollado a través de compañías mercantiles integradas por socios mayoritarios y minoritarios. Por mucho tiempo, el legislador se enfocó en la protección de la compañía como persona jurídica y, de cierta forma dejó de lado las relaciones entre sus consocios. En los últimos años, sin embargo, las prácticas de buen gobierno corporativo han tomado fuerza, entre otras cosas, para establecer directrices que rijan las relaciones de los socios dentro de la compañía. Así, la protección de los accionistas minoritarios ha sido un punto álgido de discusión puesto que su intervención en la toma de decisiones puede ser fácilmente mermada por los accionistas que concentran el capital, lo que puede ocasionar un perjuicio a sus derechos.

La protección de los accionistas minoritarios es de trascendental importancia porque su participación en la sociedad fomenta la desconcentración de capital y así se aumenta la inversión con un menor costo capital. En palabras de Rafael La Porta, “la evidencia empírica demuestra la correlación que existe entre la mayor concentración de capital y la menor protección de los accionistas minoritarios”<sup>1</sup>. Este hecho, es sumamente grave puesto que, como explica la Superintendencia de Sociedades de Colombia, “de no existir medios efectivos de protección [para los accionistas minoritarios], las personas que pretendieran adquirir participaciones minoritarias en el capital de una compañía simplemente se abstendrían de hacerlo o intentarían descontar del precio de compra las pérdidas futuras derivadas de la apropiación de recursos sociales por parte del mayoritario”<sup>2</sup>. Es decir, la insuficiente protección de los accionistas en una compañía fomenta la concentración de capital y como consecuencia de aquello, la falta de inversión dentro de la misma.

La expropiación societaria es un problema de agencia entre los accionistas minoritarios y mayoritarios. Este problema presupone que los socios mayoritarios generen repartos asimétricos de los beneficios económicos, anteponiendo sus intereses sobre los de sus consocios y la compañía. Este inconveniente presenta un reto para las

---

<sup>1</sup> “*The empirical link between ownership concentration and investor protection thus seems broadly consistent with theoretical predictions*”. Rafael La Porta *et al.* “Law and Finance after a Decade of Research”. *Handbook of the Economics of Finance*, 2013, vol. 2, p. 442.

<sup>2</sup> Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. *Sentencia 800-52*, 9 de junio de 2016.

entidades de control e incluso para los accionistas minoritarios de encontrar un mecanismo de salvaguarda de sus intereses.

En este sentido, la interrogante que surge es la siguiente: ¿es la responsabilidad civil contractual un mecanismo de protección de los socios minoritarios en los casos de expropiación societaria? Nuestra hipótesis es que sí: los accionistas mayoritarios pueden ser contractualmente responsables frente a los minoritarios cuando cometen conductas que suponen una expropiación societaria.

Para solventar la pregunta planteada, el presente trabajo de titulación se dividirá en tres capítulos: (i) la expropiación societaria y los accionistas minoritarios, (ii) las nociones generales del régimen de responsabilidad civil y (iii) el derecho de daños como mecanismo de protección a los accionistas minoritarios.

En el primer capítulo, se hará una aproximación a la definición de expropiación societaria y se analizarán sus formas más comunes en el régimen ecuatoriano, como lo son: expropiación por vía de sueldos, bonificaciones, contratos celebrados entre los accionistas mayoritarios y la compañía por precios sobre o bajo el mercado o la capitalización abusiva. A continuación, se detallarán los mecanismos de protección a los accionistas que contempla la legislación societaria. Como corolario, se estudiará el principio de libertad de empresa como antítesis a la expropiación societaria.

En el segundo capítulo, de manera general, se abordarán los fundamentos de la responsabilidad civil, su finalidad y elementos comunes, con el propósito de determinar el alcance de esta en el ordenamiento jurídico. Acto seguido, se diferenciará la responsabilidad civil contractual de la responsabilidad civil extracontractual para delimitar los presupuestos en los que operan cada una de ellas.

En el tercer y último capítulo, sobre la base de lo desarrollado previamente, se estudiará la principal fuente de obligación entre los consocios de una compañía y el deber de buena fe que rige transversalmente a todos los negocios jurídicos. Una vez establecido aquello, se analizarán los elementos de la responsabilidad civil en el caso concreto de la expropiación societaria, con énfasis en la violación al principio de buena fe. Como cierre de este capítulo, se advertirá que esta transgresión genera responsabilidad civil contractual al socio mayoritario y, por ende, la obligación de resarcimiento de los daños causados.

En función del análisis realizado, como quedó indicado, se responderá a la pregunta formulada y se determinará que la responsabilidad civil es un mecanismo idóneo para resarcir el daño ocasionado a los accionistas minoritarios frente a la expropiación de los accionistas mayoritarios, en virtud que esta práctica presupone la vulneración de una de las principales obligaciones del contrato de sociedad, esto es, el deber de actuar de buena fe.

## **1. Capítulo 1: la expropiación societaria y los accionistas minoritarios**

A lo largo de este capítulo, en primer lugar, se definirá el problema de agencia y la expropiación societaria. En segundo lugar, se estudiará la legislación societaria ecuatoriana para determinar los mecanismos de protección que tienen los accionistas dentro de una compañía y, finalmente, se analizará el principio de libertad empresarial como posible contraargumento a la regulación de los accionistas mayoritarios en caso de que se configure la expropiación societaria.

### **1.1 La expropiación societaria: problema de agencia entre los accionistas mayoritarios y minoritarios**

El problema de agencia económica nace cuando el agente está en condiciones de actuar de manera negativa afectado el bienestar del principal<sup>3</sup>. Eric Posner sostiene lo siguiente:

En un problema de agencia, existe una relación en la cual una persona (el «principal»), se beneficia de alguna conducta realizada por otra persona (el «agente») y que no es directamente observada por el principal. Desde la perspectiva del principal, la probabilidad de un buen resultado aumenta con el mejor nivel de cuidado aplicado por el agente. Sin embargo, dado que el principal no supervisa al agente directamente, este podría no tomar las precauciones adecuadas si no es incentivado de la manera correcta<sup>4</sup>.

En otras palabras, la problemática radica en motivar al agente a actuar de conformidad con el interés del principal<sup>5</sup>.

Los problemas de agencia en el contexto de una firma son, esencialmente, tres. El primer conflicto involucra a los dueños de la empresa y a sus gerentes<sup>6</sup>. El segundo problema se configura entre los accionistas mayoritarios y los accionistas minoritarios<sup>7</sup>. Finalmente, el tercero se suscita entre la propia empresa y las otras partes con la que esta contrata como: acreedores, empleados y clientes<sup>8</sup>. En el presente trabajo de titulación, el problema de agencia que será objeto de análisis es el conflicto que existe entre los accionistas que poseen mayoría accionaria y los accionistas minoritarios.

---

<sup>3</sup> David Kersaw. “Minority Shareholder Protection”. *Company Law in Context*. London: Oxford, 2012, p. 646. Traducción propia.

<sup>4</sup> Eric Posner. “Coloquio de Análisis Costo-Beneficio: análisis del costo-beneficio - como una solución al problema principal-agente”. *Themis*, 44 (2002), p. 118. En: Victor Aspillaga Alayza. “La responsabilidad social empresarial: conciencia, solidaridad y eficiencia”. *Derecho PUCP*, 345 (2010), p. 356.

<sup>5</sup> John Armour. “Agency Problems, Legal Strategies, and Enforcement”. *Harvard Law School* 7 (2009), p.2. Traducción propia.

<sup>6</sup> Young Ah Kim. *The Agency Problem of Lehman Brothers’ Board of Directors*. <https://publish.illinois.edu/illinoisblj/2016/04/28/the-agency-problem-of-lehman-brothers-board-of-directors/> (acceso: 23/11/2018).

<sup>7</sup> David Kersaw. “Minority Shareholder Protection”. *Óp. cit.*, p. 646. Traducción propia.

<sup>8</sup> John Armour. “Agency Problems, Legal Strategies, and Enforcement”. *Óp. cit.*, pp. 2-3. Traducción propia.

El problema de agencia entre los socios mayoritarios y los minoritarios surge cuando los intereses del agente (accionista mayoritario) son contrarios a los intereses del principal (accionista minoritario)<sup>9</sup>. Es importante notar que este problema se presenta cuando existe una concentración de capital y, como consecuencia de aquello, una mínima participación de los minoritarios en la toma de decisiones de la compañía<sup>10</sup>.

El problema de agencia anteriormente descrito se puede evidenciar en distintos supuestos, por ejemplo, en la asimetría de la información entre accionistas minoritarios y mayoritarios, en la desigualdad en la toma de decisiones, y, finalmente, en la expropiación societaria.

La expropiación societaria, objeto de análisis del presente trabajo de titulación, se configura cuando el accionista que concentra la propiedad de la compañía obtiene beneficios privados (*private benefits*) a expensas de los accionistas minoritarios<sup>11</sup>; figura que también se conoce como *tunneling*. Los beneficios privados quieren decir que el mayoritario goza de un “beneficio económico personal a expensas del interés social y en detrimento de los demás asociados”<sup>12</sup>. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades de Colombia señaló que: “la expropiación consiste simplemente en la usurpación, por parte de un accionista controlante, de beneficios económicos que deberían corresponderle a la minoría”<sup>13</sup>.

Ahora bien, ¿cuáles son las formas de expropiación societaria a los accionistas minoritarios? Los mecanismos de expropiación societaria, por ejemplo, son: (i) la extracción de las utilidades por vía de sueldos o bonificaciones<sup>14</sup>, (ii) la celebración de contratos entre la compañía y los accionistas mayoritarios<sup>15</sup> y, (iii) la capitalización abusiva. El presente trabajo de titulación se enfocará en estas tres formas de expropiación por ser las más frecuentes, independientemente de que puedan existir muchas otras.

---

<sup>9</sup> Dov Solomon. “The Voice: The Minority Shareholder’s Perspective”. *Nevada Law Journal* 17 (2017), p.741. Traducción propia.

<sup>10</sup> Dov Solomon. “The Voice: The Minority Shareholder’s Perspective”. *Óp. cit.*, p.742. Traducción propia.

<sup>11</sup> Lucian Arye Bebchuk. “A Rent-Protection Theory of Corporate Ownership and Control”. *Harvard Law School* (1999), p.1. Traducción propia.

<sup>12</sup> Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. *Sentencia 800-142*, 9 de noviembre de 2015.

<sup>13</sup> Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. *Sentencia 800-52*, 9 de junio de 2016.

<sup>14</sup> Douglas Moll. “Shareholder Oppression and Dividend Policy in the Close Corporation”. *Washington and Lee Law Review* 60 (2003), p. 848.

<sup>15</sup> Hodge O’Nel. “Oppression of Minority Shareholders: Protecting Minority Rights”. *Cleveland State Law Review* (1987), p. 125. Traducción Propia.

### 1.1.1 Expropiación a los accionistas minoritarios por vía de sueldos o bonificaciones

Es común que en ciertas empresas los accionistas mayoritarios o sus allegados ocupen cargos remunerados dentro de la administración de la compañía. En consecuencia, estas personas percibirán un sueldo en retribución del trabajo realizado. No obstante, cabe preguntarse ¿cuándo esta figura se transforma en expropiatoria?

Este supuesto es expropiatorio cuando los socios mayoritarios crean cargos de manera intempestiva e injustificada o perciben cuantiosas remuneraciones por el trabajo realizado<sup>16</sup>. Es decir, cuando la creación de cargos se convierte en una manera de generar beneficios económicos a favor de personas relacionadas del accionista de control y con cargo a la compañía. Al momento de crearse cargos innecesarios y pagarse salarios excesivos, la compañía se encontraría pagando dividendos de facto<sup>17</sup> que trae como consecuencia que existan repartos asimétricos de los beneficios económicos dentro de una compañía.

Además, se estaría despojando a los accionistas —marginados de la administración— del retorno de su inversión en la compañía y, se configuraría un claro supuesto de expropiación<sup>18</sup>.

Sobre el tema, la Superintendencia de Sociedades de Colombia señaló que: “la asignación inequitativa de cargos remunerados es una de las modalidades más efectivas de expropiación a los accionistas minoritarios”<sup>19</sup>. Ello en virtud de las dificultades que conlleva cuestionar esta clase de decisiones, pues esta forma de expropiación se esconde tras las decisiones que pertenecen a la esfera más íntima de la compañía: selección de personal y fijación de su remuneración<sup>20</sup>.

### 1.1.2 Expropiación mediante contratos celebrados entre la compañía y los accionistas mayoritarios

Otro supuesto de expropiación societaria surge cuando los contratos celebrados — entre la compañía y los accionistas mayoritarios— generan un reparto asimétrico de los

---

<sup>16</sup> Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. *Sentencia 801-142*, 8 de junio de 2016.

<sup>17</sup> Los dividendos "de facto", son una forma de distribución de las ganancias corporativas a los accionistas que una compañía. Cuando los accionistas mayoritarios reciben dividendos de facto y excluye a los minoritarios nos encontramos frente a un problema de agencia. Douglas Moll. “Shareholder Oppression and Dividend Policy in the Close Corporation”. *Óp. cit.*, p. 877.

<sup>18</sup> Douglas Moll. “Shareholder Oppression and Dividend Policy in the Close Corporation”. *Óp. cit.*, p. 878.

<sup>19</sup> Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. *Sentencia 800-46*, 11 de mayo de 2016.

<sup>20</sup> Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. *Sentencia 800-46*, 11 de mayo de 2016.



beneficios económicos de los consocios. Existen diversas formas bajo las cuales se puede configurar este supuesto de expropiación. O bien, cuando la compañía arrienda un bien o servicio de uno de los accionistas mayoritarios a un precio por sobre el nivel de mercado<sup>21</sup>; o, cuando la compañía vende sus activos, por un precio inferior al del mercado, a las empresas determinadas por el accionista mayoritario<sup>22</sup>.

Es importante notar, que las relaciones comerciales entre partes relacionadas son un modelo de negocio por el cual se ha optado durante estos años, principalmente por quienes concentran el capital. Este mecanismo *per se* no es expropiatorio, de hecho, es legal. No obstante, como se lo explicó en el párrafo anterior, si se lo emplea para generar repartos asimétricos entre los accionistas de la sociedad, es expropiatorio y constituye un problema de agencia<sup>23</sup>.

### 1.1.3 Expropiación mediante capitalización abusiva

El tercer supuesto de expropiación es la capitalización abusiva que “consiste en aumentar el capital suscrito de una sociedad con el propósito de provocar modificaciones en la distribución porcentual de las acciones”<sup>24</sup>. Francisco Reyes Villamizar menciona que existe capitalización abusiva cuando: “se adopta una determinación de capitalizar la sociedad, **con el propósito subyacente** de diluir la participación en el capital de los socios o accionistas minoritarios”<sup>25</sup> (énfasis agregado). En otras palabras, cuando la emisión de acciones se aprueba para disolver la participación de un accionista, la capitalización es patológica y se configura una nueva forma de expropiación<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> Hodge O’Nel. “Arrangements Which Protect Minority Shareholders Against “Squeeze-Outs””. *Minnesota Law Review* (1961), p. 541. Traducción Propia.

<sup>22</sup> Hodge O’Nel. “Oppression of Minority Shareholders: Protecting Minority Rights”. *Óp. cit.*, p. 125. Traducción Propia.

<sup>23</sup> Luca Enriques. “Legal Tools Against Tunneling Via RRTs”. *Related Party Transactions Policy Options and Real-World Challenges*. Law Working Paper (2014), p. 14

<sup>24</sup> Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. Sentencia No. 800-20, 27 de febrero de 2014, p. 53.

<sup>25</sup> Francisco Reyes Villamizar. *La Sociedad por Acciones Simplificada*. Bogotá: Editorial Legis, 2013, p. 139. De igual manera, Martínez Neira ha señalado que, “otra de las modalidades de abuso del derecho que pueden identificarse en la cotidianidad de las sociedades está referida a las colocaciones de acciones o aumentos de capital que no se funda en las necesidades reales de las empresas (interés social) y, por el contrario, apuntan inequívocamente a causar daño a los socios minoritarios o algunos de ellos, diluyendo su participación en la propiedad de la compañía”. Néstor Martínez Neira. *Cátedra de Derecho Contractual Societario*. Bogotá: Abeledo Perrot, 2010. En: Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. Sentencia No. 800-20, 27 de febrero de 2014.

<sup>26</sup> Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. Sentencia No. 800-20, 27 de febrero de 2014, p. 53.

Esta hipótesis ha sido analizada en varias legislaciones, entre estas, el Reino Unido. En el caso de *Gaiman c. National Association for Mental Health*, se estableció que:

La emisión primaria de acciones que cumple con la finalidad de alterar la distribución de los derechos de voto en compañía [...] constituye un ejercicio ilegítimo de las facultades atribuidas [a los órganos sociales]. En estos casos, ni siquiera la convicción legítima de que la capitalización se justificaba es suficiente para subsanar los vicios que recaen sobre esa operación<sup>27</sup>.

De igual manera, en Estados Unidos la Corte Suprema del Estado de Nueva York, en un caso específico censuró la emisión de acciones que tenía como finalidad incrementar la participación porcentual del accionista mayoritario en detrimento del minoritario. Así, la Corte estableció que:

El controlante ni siquiera acreditó un propósito legítimo de negocios para justificar la emisión desmesurada de acciones que condujo a la dilución [del minoritario]. En todo caso, aunque el mayoritario hubiese presentado alguna explicación razonable para aprobar la capitalización [...] la Corte cuenta con diversos elementos de juicio para cuestionar la rectitud del ánimo del accionista controlante<sup>28</sup>.

Por lo tanto, cuando se capitaliza con la intención de provocar un daño al accionista y de obtener una ventaja injustificada, esta herramienta —aumento de capital injustificado— es evidentemente abusiva<sup>29</sup> y contraria al principio de buena fe.

Es sumamente discutible que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano pueda configurarse este supuesto ya que en el Ecuador existe el derecho de preferencia que consiste en la facultad que tienen los accionistas para suscribir nuevos aportes sociales/acciones en caso de acordarse el aumento del capital social de la compañía. Es decir, *prima facie*, la legislación societaria contempla un mecanismo de protección para los accionistas minoritarios puesto que estos tienen el derecho de suscribir aportes sociales/acciones cuando ocurre la capitalización.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se establecen ciertas reglas en cuanto a las formas de capitalización, previstas en el artículo 184 de la Ley de Compañías de la siguiente manera:

---

<sup>27</sup> *Gaiman c. National Association for Mental Health*. 1971. Ch. 317. En: Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. *Sentencia No. 800-20*, 27 de febrero de 2014.

<sup>28</sup> Corte Suprema de Nueva York. Caso *Dingle c. Xtenit*. En: Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. *Sentencia No. 800-20*, 27 de febrero de 2014.

<sup>29</sup> La teoría subjetiva: “plantea la existencia del abuso del derecho cuando el titular de un derecho lo ejerce con la intención de perjudicar a otro sujeto o, aprovecharse de él”. Fabián Novak Talvera. “Los Principios Generales del Derecho. La Buena Fe y el Abuso del Derecho”. *Agencia Internacional IV/9* (1997), p. 131. El elemento intencional “reviste en la noción de abuso del derecho se justifica por la íntima conexión que existe entre la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos y el principio de buena fe [...]”. Fabián Novak Talvera. “Los Principios Generales del Derecho. La Buena Fe y el Abuso del Derecho”. *Agencia Internacional IV/9* (1997), p. 133.

El aumento de capital por elevación del valor de las acciones requiere el consentimiento unánime de los accionistas si han de hacerse nuevas aportaciones en numerario o en especie. Se requerirá unanimidad de la junta si el aumento se hace por capitalización de utilidades. Pero, si las nuevas aportaciones se hicieren por capitalización de reserva o por compensación de créditos, se acordarán por mayoría de votos<sup>30</sup>.

En otras palabras, se requiera el consentimiento unánime de los accionistas si el aporte se realiza en numerario o en especie en cuanto a la elevación del valor de acción. Cuando se capitalizan utilidades se requiere unanimidad de la junta general, y, finalmente, se necesita únicamente la mayoría de votos para la capitalización de la reserva o compensación de créditos. En consecuencia, el propio ordenamiento jurídico protege a los accionistas minoritarios cuando: (i) se capitalizan las utilidades y, (ii) cuando se eleva el valor de las acciones con aportes en numerario o especie puesto que –necesariamente– se requiere de su aprobación.

Sin embargo, ¿qué sucede cuando el único objetivo de la capitalización es diluir la participación del accionista? ¿qué ocurre si los accionistas actuaron de mala fe y utilizaron esta herramienta de manera abusiva? Se debe recordar que la capitalización abusiva se enmarca en el mundo de la patología. En este supuesto, la decisión de capitalizar no busca incrementar el capital de la compañía sino que busca diluir la participación de un accionista *so pretexto* aquello y de esta manera generar repartos asimétricos de los beneficios económicos.

Si bien el derecho de preferencia y las reglas de la capitalización contempladas en la ley societaria, de manera preliminar protegen a los accionistas minoritarios, en el supuesto en que se configure la capitalización abusiva, se deberá acudir a otro mecanismo de protección para salvaguardar los intereses de los accionistas perjudicados.

\*\*\*

A lo largo de esta sección se explicó en qué consiste la expropiación societaria como una forma de manifestación del problema de agencia entre socios mayoritarios y minoritarios, y se definió las formas más comunes de expropiación societaria. En el siguiente acápite se analizará los mecanismos de protección de los accionistas minoritarios en la legislación ecuatoriana.

---

<sup>30</sup> Ley de Compañías. Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999. Artículo 185.

## 1.2 Mecanismos contemplados en la legislación ecuatoriana para la protección de los accionistas

En Ecuador se reconocen cinco especies de compañías de comercio: la compañía en nombre colectivo, la compañía en comandita simple y dividida por acciones, la compañía de responsabilidad limitada, la compañía anónima y, la compañía de economía mixta<sup>31</sup>. A lo largo de esta sección, se describirán los mecanismos comunes de protección y los específicos que otorgan cada una de estas compañías a los accionistas.

Previo a enunciar los distintos mecanismos de protección que tiene cada especie compañía, es importante referirse a la intervención<sup>32</sup> y al derecho de separación como medios de protección común de los accionistas.

La intervención es: “una medida administrativa de carácter temporal, [...] que tiende a propiciar la corrección de irregularidades comprobadas, procura el mantenimiento del patrimonio de las compañías y evita que se ocasionen perjuicios a los socios, accionistas o terceros”<sup>33</sup>. De esta manera, el artículo 353 la Ley societaria dispone que las compañías sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías y Valores podrán ser intervenidas<sup>34</sup>. A su vez, el artículo 354<sup>35</sup> del mismo cuerpo normativo, señala taxativamente los casos en los que la Superintendencia podrá hacer uso de esta facultad e intervenir a una compañía.

En el presente trabajo de titulación, es de suma importancia analizar los numerales 1 y 2 del artículo anteriormente señalado puesto que la intervención podría ser considerada como un mecanismo para proteger a los accionistas minoritarios frente a la expropiación de los mayoritarios. Así, este artículo reza lo siguiente:

Art. 354.-Tratándose de una compañía sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías y Valores ésta podrá declarar a la misma en estado de intervención y designará uno o más interventores para aquella, solamente en los siguientes casos:

1. Si lo solicitare uno o más accionistas o socios que representen cuando menos el diez por ciento del capital pagado de la compañía, manifestando que han sufrido o se hallan

---

<sup>31</sup> Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 2.

<sup>32</sup> La intervención es únicamente aplicable para aquellas compañías sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, “esto es las compañías nacionales anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita por acciones y de economía mixta, así como las sucursales de compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas que se hubieren establecido en el Ecuador. Reglamento de Intervención por la Superintendencia de Compañías. Registro Oficial No. 425 de 3 de octubre de 2001. Artículo 2.

<sup>33</sup> Reglamento de Intervención por la Superintendencia de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 1.

<sup>34</sup> Artículo 353.- En los casos que se enumeran en el artículo siguiente, el Superintendente de Compañías y Valores podrá designar, de dentro o fuera del personal de su dependencia, uno o más interventores para que supervigilen la marcha económica de la compañía. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 353.

<sup>35</sup> Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 354.

en riesgo de sufrir grave perjuicio por incumplimiento o violación de la Ley, sus reglamentos o el estatuto de la compañía, en que hubieren incurrido ésta o sus administradores.

2. Si se comprobare, ante denuncia de parte interesada o de oficio, que en la contabilidad de la compañía se han ocultado activos o pasivos o se ha incurrido en falsedades u otras irregularidades graves, y que estos hechos pudieren generar perjuicios para los socios, accionistas o terceros [...] <sup>36</sup>.

En el primer supuesto, la intervención de la compañía podrá ser solicitada — únicamente— por el accionista que cuenta con al menos el 10% del capital pagado, y se deberá demostrar el perjuicio actual o futuro que este sufriría por el incumplimiento. En el segundo caso, la intervención de la compañía podrá ser a petición de parte o de oficio y tendrá como objetivo verificar la contabilidad de la sociedad para evitar el ocultamiento de los activos o pasivos en perjuicio del resto de accionistas, socios o terceros.

En consecuencia, el mecanismo de intervención de una compañía podrá ser utilizado por los accionistas minoritarios para intentar evitar los efectos nocivos de la expropiación societaria.

Por otro lado, el artículo 333 de la Ley societaria recoge el derecho de separación de un accionista de la compañía <sup>37</sup> cuando esta se transforma. En este supuesto, el accionista disidente podrá separarse de la compañía y exigir el reembolso del valor de sus acciones o participaciones de conformidad con el artículo 332 de la Ley de Compañías. Es decir, el derecho de separación es un mecanismo común de protección para todos los accionistas que no estuvieron de acuerdo con la transformación de la compañía.

Una vez que se ha explicado las herramientas comunes de protección de los accionistas, se continuará con la explicación de los mecanismos específicos en cada especie de compañía.

### 1.2.1 La compañía en nombre colectivo

La compañía en nombre colectivo es una de las sociedades de más antiguo origen donde los accionistas responden por las obligaciones de la compañía en forma personal,

---

<sup>36</sup> Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 354.

<sup>37</sup> Artículo 333.- El Acuerdo de transformación sólo obligará a los socios o accionistas que hayan votado a su favor. Los accionistas o socios no concurrentes o disidentes con respecto a la transformación de la compañía, tienen el derecho de separarse de ella, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones o de su participación, en conformidad con el balance a que se refiere el artículo anterior. Para la separación, el accionista notificará al gerente o administrador de la empresa, por escrito, dentro de los quince días contados desde la fecha de la junta general en que se tomó el acuerdo.

Este balance, en lo relativo al reembolso del valor de las participaciones o de las acciones, podrá ser impugnado por el accionista o socio disidente en el plazo de treinta días contados desde su fecha, ante la Superintendencia de Compañías y Valores, la que dictará resolución definitiva previos los exámenes y peritajes que fueren del caso. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 333.

ilimitada y solidaria<sup>38</sup>. Esta es por antonomasia una sociedad personalista y representa una irrestricta confianza entre los socios<sup>39</sup>.

En esta sociedad las resoluciones de la junta general son adoptadas por mayoría de votos, a menos que el contrato de constitución hubiera optado por el sistema de unanimidad. Se debe precisar que, si un solo socio representa el mayor aporte, se requerirá el voto adicional del otro para tomar una decisión<sup>40</sup>. Las resoluciones adoptadas por la mayoría obligan a la minoría únicamente cuando recaen sobre actos de simple administración o sobre disposiciones comprendidas dentro del giro ordinario del negocio<sup>41</sup>. Empero, si el socio minoritario no está conforme con la resolución adoptada podrá recurrir al juez lo civil para apelar dicha decisión<sup>42</sup>. Por lo tanto, los accionistas minoritarios en la compañía en nombre colectivo gozan de las siguientes protecciones: (i) activar el aparato jurisdiccional en caso de estar disconformes con una resolución adoptada por la junta general y, (ii) la necesidad de un voto de un socio minoritario para que el socio con mayoría accionaria adopte una decisión.

### 1.2.2 La compañía en comandita simple y dividida por acciones

La compañía en comandita simple es una sociedad mixta, donde se asocian, por un lado, uno o varios socios colectivos que limitan su responsabilidad al monto de sus aportaciones (comanditarios) y, por otro, uno o más socios que responden ilimitadamente (colectivos o comanditados)<sup>43</sup>.

En esta especie de sociedad, los socios comanditados son los únicos que pueden administrar la compañía<sup>44</sup>. Aparentemente el legislador adoptó esta restricción para prevenir el abuso, de quien teniendo limitada su responsabilidad al aporte del capital, se

---

<sup>38</sup> Carlos Gilberto Villegas. “De las Sociedades Comerciales”. *Tratado de las Sociedades*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 1995, p. 237.

<sup>39</sup> Roberto Salgado Valdez. “La Compañía en Nombre Colectivo”. *Nuevo Manual de Derecho Societario*. Quito: Indugraf del Ecuador, 2006, p. 127.

<sup>40</sup> Artículo 50.- En las compañías en nombre colectivo las resoluciones se tomarán por mayoría de votos, a menos que en el contrato social se hubiere adoptado el sistema de unanimidad. Más si un solo socio representare el mayor aporte, se requerirá el voto adicional de otro. *Ley de Compañías. Óp. cit.* Artículo 50.

<sup>41</sup> Roberto Salgado Valdez. “La Compañía en Nombre Colectivo”. *Óp. cit.*, p. 135.

<sup>42</sup> [...] El socio o socios que estuvieren en minoría tendrán derecho a recurrir a la jueza o juez de lo civil del distrito apelando de la resolución. La jueza o juez resolverá la controversia de conformidad con los dictados de la justicia y con criterio judicial, tramitándola verbal y sumariamente, con citación del administrador o gerente. *Ley de Compañías. Óp. cit.* Artículo 50.

<sup>43</sup> Víctor Cevallos Vásquez. “Sociedad en comandita simple”. *Nuevo Compendio de Derecho Societario*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016, p. 37.

<sup>44</sup> *Ley de Compañías. Óp. cit.* Artículo 73.

encuentre tentado a asumir mayores riesgos en la administración de la sociedad en perjuicio de los socios colectivos<sup>45</sup>.

Los socios comanditados tienen los mismos derechos que los accionistas en una compañía en nombre colectivo<sup>46</sup>: percibir utilidades por el monto de su aportación, designar los administradores de la compañía por mayoría de votos<sup>47</sup> y, participar en las deliberaciones y resoluciones de la compañía. Por el contrario, los socios comanditarios tienen el derecho al examen, inspección y verificación de las gestiones de la compañía<sup>48</sup>, el derecho de nombrar un interventor para que vigile los actos de los administradores<sup>49</sup> y, a percibir los beneficios de su aporte.

Ahora bien, los socios, sean solidarios o comanditarios, podrán solicitar al juez la remoción del o los administradores de la sociedad por dolo, culpa o inhabilidad en el manejo del negocio<sup>50</sup>.

Se debe resaltar que en la compañía en comandita por acciones de conformidad con el artículo 307 de Ley de Compañías, en todo lo no previsto en la sección VII de dicho cuerpo normativo, se estará a lo siguiente: por un lado, los socios comanditarios se regirán por las reglas relativas a la compañía anónima y, por el otro, respecto de los derechos y obligaciones de los socios comanditados se aplicarán las disposiciones pertinentes de la compañía en nombre colectivo y en comandita simple<sup>51</sup>.

De lo expuesto, es posible concluir que en las compañías en comandita simple y por acciones, los accionistas minoritarios cuentan con ciertas protecciones, empero estas no pueden considerarse como únicas en caso de que el socio mayoritario expropie sus beneficios económicos.

### 1.2.3 La compañía de responsabilidad limitada

La compañía de responsabilidad limitada es una sociedad donde los accionistas limitan su responsabilidad a los aportes realizados, y cuyo objeto, administración y

---

<sup>45</sup> Carlos Gilberto Villegas. “De las Sociedades Comerciales”. *Óp. cit.*, pp. 251-252.

<sup>46</sup> Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 71.

<sup>47</sup> Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 64.

<sup>48</sup> Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 67.

<sup>49</sup> Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 80.

<sup>50</sup> Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 69.

<sup>51</sup> Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 307. Artículo 307.- En lo no previsto en esta sección la compañía se regirá por las reglas relativas a la compañía anónima, y los derechos y obligaciones de los socios solidariamente responsables, por las pertinentes disposiciones de las compañías en nombre colectivo y en comandita simple en todo lo que les fuere aplicable.

fiscalización interna pueden ser libremente pactados por los socios<sup>52</sup>. En esta especie de compañía, para efectos de la votación, por cada participación el accionista tendrá derecho a un voto en las Juntas Generales<sup>53</sup> y las decisiones serán tomadas por mayoría absoluta de los presentes<sup>54</sup>.

En esta sociedad los derechos y obligaciones de los accionistas se encuentran regulados en los artículos 114 y 115 de la Ley de Compañías. Los derechos comunes a todos los accionistas son: el derecho de preferencia para suscribir nuevas acciones en proporción al capital suscrito<sup>55</sup> y el derecho de impugnar los acuerdos sociales siempre que sean contrarios a los estatutos o a la Ley<sup>56</sup>. Además de los derechos anteriormente descritos, los socios que tienen al menos el 10% del capital podrán solicitar que se convoque a junta general<sup>57</sup>, ejercer ante el Superintendente de Compañías y Valores el derecho concedido en el artículo 213<sup>58</sup> y <sup>59</sup> y, por último, requerir la designación de una comisión de vigilancia<sup>60</sup>. Es importante notar que, de conformidad con el artículo 142 de la Ley de Compañías, todos los derechos y obligaciones de la sociedad anónima que no

---

<sup>52</sup> Carlos Gilberto Villegas. “La Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada”. *Óp. cit.*, pp. 251-252.

<sup>53</sup> Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 114.

<sup>54</sup> Artículo 117.- Salvo disposición en contrario de la Ley o del contrato, las resoluciones se tomarán por mayoría absoluta de los socios presentes. Los votos en blanco y las abstenciones se sumarán a la mayoría. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 117.

<sup>55</sup> Artículo 110.- Si se acordare el aumento del capital social, los socios tendrán derecho de preferencia para suscribirlo en proporción a sus aportes sociales, a no ser que conste lo contrario del contrato social o de las resoluciones adoptadas para aumentar el capital. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 110.

<sup>56</sup> Artículo 114 h) A impugnar los acuerdos sociales, siempre que fueren contrarios a la Ley o a los estatutos. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 114.

<sup>57</sup> Artículo 114. [...] i) A pedir convocatoria a junta general en los casos determinados por la presente Ley. Este derecho lo ejercerán cuando las aportaciones de los solicitantes representen no menos de la décima parte del capital social [...]. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 114.

<sup>58</sup> Artículo 213.- El o los accionistas que representen por lo menos el veinticinco por ciento del capital social podrán pedir, por escrito, en cualquier tiempo, al administrador o a los organismos directivos de la compañía, la convocatoria a una junta general de accionistas para tratar de los asuntos que indiquen en su petición. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 213.

<sup>59</sup> Artículo 120.- El o los socios que representen por lo menos el diez por ciento del capital social podrán ejercer ante el Superintendente de Compañías y Valores el derecho concedido en el Artículo 213. Si el contrato social estableciese un consejo de vigilancia, éste podrá convocar a reuniones de junta general en ausencia o por omisión del gerente o administrador, y en caso de urgencia. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 120.

<sup>60</sup> Artículo 135.- En las compañías en las que el número de socios exceda de diez podrá designarse una comisión de vigilancia, cuyas obligaciones fundamentales serán velar por el cumplimiento, por parte de los administradores o gerentes, del contrato social y la recta gestión de los negocios. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 135.



se contrapongan con la naturaleza de la compañía de responsabilidad limitada podrán ser ejercidos por los accionistas<sup>61</sup>.

Por ende, si bien en la compañía de responsabilidad limitada existen herramientas de protección para los accionistas minoritarios, estas no pueden ser consideradas como únicas para proteger y prevenir los efectos nocivos de la expropiación societaria.

#### 1.2.4 La compañía anónima

La compañía anónima es una sociedad cuyo capital se encuentra dividido en acciones de libre negociación. Esta compañía, por su naturaleza, es el prototipo de las sociedades de capital y su característica principal se encuentra en la limitación de responsabilidad que tienen sus accionistas frente a terceras personas<sup>62</sup>. En esta sociedad, el voto de los accionistas es proporcional al capital pagado<sup>63</sup> y las decisiones son adoptadas por mayoría de los votos.

En cuanto a derechos se refiere, de acuerdo con la legislación especial, todos los accionistas tienen los siguientes derechos: el derecho a contar con informes relacionados a los puntos a tratar en la junta general<sup>64</sup>, el derecho a oponerse a la aprobación de los balances y estados financieros o abstenerse de votar<sup>65</sup>, el derecho a denunciar ante los comisarios las irregularidades en la administración<sup>66</sup>, el derecho a solicitar la asistencia del Superintendente o su delegado a la junta general de accionistas<sup>67</sup>, el derecho a pedir

---

<sup>61</sup> Artículo 142.- En lo no previsto por esta Sección, se aplicarán las disposiciones contenidas en la Sección VI, en cuanto no se opongan a la naturaleza de la compañía de responsabilidad limitada. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 142.

<sup>62</sup> Artículo 143.- La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 143.

<sup>63</sup> Artículo 210.- Las acciones con derecho a voto lo tendrán en proporción a su valor pagado. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 210.

<sup>64</sup> Artículo 248.- Todo accionista tiene derecho a obtener de la junta general los informes relacionados con los puntos en discusión. Si alguno de los accionistas declarare que no está suficientemente instruido podrá pedir que la reunión se difiera por tres días. Si la proposición fuere apoyada por un número de accionistas que represente la cuarta parte del capital pagado por los concurrentes a la junta, ésta quedará diferida. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 248.

<sup>65</sup> Artículo 245.- 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. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 245.

<sup>66</sup> Artículo 214.- Cualquier accionista podrá denunciar por escrito, ante los comisarios, los hechos que estime irregulares en la administración; y los comisarios, a su vez, deberán mencionar las denuncias en sus informes a las juntas generales de accionistas, formulando acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que estimen pertinentes. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 214.

<sup>67</sup> Artículo 10.- Petición para que el Superintendente o su delegado asista a junta.- La petición en la que se solicite la concurrencia del Superintendente de Compañías y Valores o de su delegado a junta general de una compañía sujeta a control de la institución, deberá ser presentada al menos con 48 horas de anticipación

el informe de auditoría externa ocho días antes de la junta para esclarecer cualquier duda y verificar si existe transparencia en la administración de la empresa<sup>68</sup>, el derecho a preferencia para suscribir acciones en caso de aumento de capital<sup>69</sup>, el derecho a solicitar la convocatoria a una junta general en caso de que no se hubiera conocido el balance anual o no se hubiera discutido sobre la distribución de utilidades<sup>70</sup> y, el derecho a contar con el balance general, estado de resultados, memoria del administrador e informe de los comisarios al menos quince días antes de que se lleve a cabo la junta general<sup>71</sup>.

Por otro lado, los derechos que tienen únicamente los socios que cuentan con una participación accionaria del 25% o más son: el derecho impugnar los acuerdos de las Juntas Generales u organismos de administración que no se hubieren adoptado de conformidad con la ley o el estatuto social<sup>72</sup>, el derecho de solicitar a la Superintendencia de Compañías y Valores que intervenga designando un perito para que se compruebe la veracidad de los balances y documentos presentados por el administrador<sup>73</sup>, el derecho a

---

respecto de la hora en que deba comenzar la junta. La solicitud podrá formularla cualquier socio o accionista de la compañía. Resolución de la Superintendencia de Compañías 14. Registro Oficial 371. Artículo 10.

<sup>68</sup> Artículo 323.- Los administradores pondrán a disposición de los auditores externos, por lo menos con cuarenta y cinco días de anticipación a la fecha en que éstos deban presentar su informe, los estados financieros de la compañía y todas las informaciones mencionadas en el artículo anterior, que dichos auditores requieran. Igualmente, notificarán por escrito a los auditores, con un mínimo de veinte días de anticipación, la fecha de reunión de la Junta General que debe conocer el informe de aquellos. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 323.

<sup>69</sup> Artículo 181.- Los accionistas tendrán derecho preferente, en proporción a sus acciones, para suscribir las que se emitan en cada caso de aumento de capital suscrito. Este derecho se ejercerá dentro de los treinta días siguientes a la publicación por la prensa del aviso del respectivo acuerdo de la junta general, salvo lo dispuesto en el Artículo 175. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 181.

<sup>70</sup> Artículo 212.- Si dentro del plazo que fija esta Ley no hubiere conocido la junta general de accionistas el balance anual, o no hubiere deliberado sobre la distribución de utilidades, cualquier accionista podrá pedir a los administradores de la compañía o a los comisarios que convoquen a junta general para dicho objeto, y, si dicha convocatoria no tuviere lugar en el plazo de quince días, cualquier accionista podrá pedir a la Superintendencia de Compañías y Valores que convoque a la junta general, acreditando ante ella su calidad de accionista. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 212.

<sup>71</sup> Artículo 292.- El balance general y el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias y sus anexos, la memoria del administrador y el informe de los comisarios estarán a disposición de los accionistas, en las oficinas de la compañía, para su conocimiento y estudio por lo menos quince días antes de la fecha de reunión de la junta general que deba conocerlos. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 292.

<sup>72</sup> Artículo 215.- Los accionistas que representen por lo menos la cuarta parte del capital social podrán impugnar, según las normas de esta ley y dentro de los plazos que establece, los acuerdos de las juntas generales o de los organismos 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. Se ejercerá este derecho conforme a lo dispuesto en el Artículo 249. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 215.

<sup>73</sup> Artículo 299.- Los accionistas que representen por lo menos el veinte por ciento del capital integrado, podrán solicitar a la Superintendencia de Compañías y Valores que intervenga designando un perito para la comprobación de la verdad del balance y demás documentos presentados por el administrador. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 299.

solicitar el diferimiento de la junta ordinaria por el lapso de tres días en caso de no contar con la información relacionada con los temas a tratar en la junta general<sup>74</sup>, el derecho a impugnar las decisiones de la mayoría<sup>75</sup> y, el derecho a solicitar por escrito en cualquier tiempo la convocatoria a una junta general para tratar los asuntos que se indiquen en la petición<sup>76</sup>. Si bien el catálogo de derechos que tienen los accionistas en la compañía anónima es bastante amplio, estos no son los únicos contemplados en el ordenamiento jurídico para proteger a los accionistas minoritarios cuando son expropiados por el accionista mayoritario.

#### 1.2.5 La compañía de economía mixta

La sociedad de economía mixta es una especie de compañía que se constituye con la participación del Estado, las Municipalidades, los Consejos Provinciales y las personas jurídicas de Derecho público en conjunto con las personas del sector privado<sup>77</sup>. Por ello, existe una concurrencia tanto de capital público como de capital privado<sup>78</sup>. En esta compañía las decisiones son adoptadas por mayoría de votos y los accionistas cuentan con los mismos derechos que tienen los accionistas de una compañía anónima<sup>79</sup>.

\*\*\*

Después de haber realizado una investigación exhaustiva de la Ley de Compañías, se advierte que la legislación societaria contempla varios mecanismos de protección de los accionistas minoritarios frente a la expropiación de los mayoritarios.

No obstante, las herramientas descritas a lo largo de esta sección no pueden ser consideradas como las únicas para proteger a los accionistas minoritarios frente a la

---

<sup>74</sup> Artículo 32.- Acta de diferimiento.- Si se produjere cualquiera de las situaciones previstas en los dos primeros incisos del artículo 248 de la Ley de Compañías, se extenderá un acta en la que constarán las causas del diferimiento de la junta, el nombre y apellidos del socio o accionista proponente del diferimiento y la votación con que se hubiere apoyado la postergación de la junta, dentro de la cual se incluirá el porcentaje de votación que corresponda al proponente. Resolución de la Superintendencia de Compañías 14. Registro Oficial 371. Artículo 32.

<sup>75</sup> Artículo 249.- En toda compañía anónima una minoría que represente no menos del veinticinco por ciento del total del capital pagado podrá apelar de las decisiones de la mayoría. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 249.

<sup>76</sup> Artículo 213.- El o los accionistas que representen por lo menos el veinticinco por ciento del capital social podrán pedir, por escrito, en cualquier tiempo, al administrador o a los organismos directivos de la compañía, la convocatoria a una junta general de accionistas para tratar de los asuntos que indiquen en su petición.

Si el administrador o el organismo directivo rehusare hacer la convocatoria o no la hicieren dentro del plazo de quince días, contados desde el recibo de la petición, podrán recurrir al Superintendente de Compañías y Valores, solicitando dicha convocatoria. Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 213.

<sup>77</sup> Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 308.

<sup>78</sup> Roberto Salgado Valdez. "La Compañía de Economía Mixta". *Óp. cit.*, p. 135.

<sup>79</sup> Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 311.

expropiación societaria, puesto que no son necesariamente medios de resarcimiento de eventuales daños.

### 1.3 Antítesis: el principio de libertad de empresa

A lo largo de esta sección, se estudiaría el principio de libertad de empresa como antítesis a la protección de los accionistas minoritarios frente a la expropiación de los accionistas mayoritarios. El derecho a la libertad de empresa, en líneas generales, es aquel “[...] que se reconoce a los ciudadanos para acometer y desarrollar actividades económicas sea cual sea la forma jurídica (individual o societaria) que se emplee y sea cual sea el modo patrimonial o laboral que se adopte”<sup>80</sup>. En similar sentido, la Corte Constitucional colombiana determinó que la libertad de empresa es: “la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”<sup>81</sup>.

La Constitución ecuatoriana en su artículo 66 numeral 15 recoge al principio de libertad de empresa en los siguientes términos: “se reconoce y garantizará a las personas: [...] 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”<sup>82</sup>. La Corte Constitucional ecuatoriana, en su Sentencia No. 005-2012, evidenció que:

El derecho a la libertad de empresa presenta varios ámbitos, de los que podemos destacar los más importantes: en una dimensión objetiva, en primer lugar el acceso a la actividad (economía de mercado); en segundo lugar el ejercicio de las actividades económicas (**libertad de gestión empresarial, con sujeción a la ley**) y por último la irrupción o aparición del sector público en el mercado, desarrollando actividades empresariales (para los casos previstos en la Constitución)<sup>83</sup> (énfasis añadido).

Si bien el derecho a la libertad de empresa encuentra sus límites en el artículo 66 numeral 15 de la Constitución, no existe un desarrollo jurisprudencial que permita determinar el alcance de estos límites. Sin embargo, es importante recordar que estos deben respetar el contenido mínimo del derecho a la libertad de empresa<sup>84</sup>. La Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia T-291, señaló que:

---

<sup>80</sup> Manuel Reyes Aragón. “Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado”. *Constitución y modelo económico*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 386.

<sup>81</sup> Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia T- 425/92*, 24 de junio de 1992. *Vid.* Luis Fernando Sabogal Bernal. “Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia”. *Revista e- Mercatoria* 4/1 (2005), p.4.

<sup>82</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 66.

<sup>83</sup> Corte Constitucional. *Sentencia 005-12-SIN-CC*, 29 de marzo de 2012.

<sup>84</sup> Luis Fernando Sabogal Bernal. “Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia”. *Óp. cit.*, p.6

Las limitaciones constitucionales de la libertad de empresa, para que sean legítimas, deben emanar o ser impuestas en virtud de una ley y **no afectar el núcleo de ese derecho**. La legitimación de las intervenciones depende de la existencia de motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos de creación y funcionamiento de la empresa (negritas en el original)<sup>85</sup>.

En este mismo sentido, Manuel Aragón menciona que:

Son legítimas todas las limitaciones impuestas por la ley [habría que añadir, siempre que estén constitucionalmente justificadas] con tal que respeten la libertad del empresario a ejercer o dejar de ejercer la actividad objeto de regulación: **una cosa es el establecimiento de límites a la actividad empresarial y otra la obligación o prohibición de la actividad empresarial en sí misma [...]**<sup>86</sup> (énfasis añadido).

Es decir, los límites a la actividad empresarial no pueden afectar el núcleo del derecho y deben ser impuestos necesariamente por ley<sup>87</sup>. Tampoco se podrá imponer o prohibir una actividad empresarial en sí misma<sup>88</sup>.

Cabe mencionar, que el derecho a la libertad de empresa se manifiesta a través de distintas formas: la libertad de fundación de una empresa, la libertad de organización del empresario, la libertad de dirección de la empresa y la libertad de actividad en el mercado<sup>89</sup>. En materia societaria estas libertades pueden ser traducidas de la siguiente manera: la elección del tipo de compañía, el objeto social de la compañía, el tamaño de la compañía, la forma de definición de la estructura interna, la elección del nombre de la compañía, la forma de designación de los cargos de los órganos que toman decisiones internas, el proceso de contratación de capital humano, la forma de inversión, la planificación económica de la empresa, la forma en la que se fijan los precios de sus productos, la forma de distribuir y vender productos o servicios, entre otras.

Ahora bien, ¿por qué la libertad de empresa puede ser un contraargumento para la protección de los accionistas minoritarios cuándo existe expropiación? Con base en el principio de libertad empresarial los socios pueden decir cuál es el sueldo o la bonificación que recibe un empleado, qué contratos celebrar con otras compañías y cuándo capitalizar a pesar de que se diluya la participación de un minoritario. Por lo tanto, los socios mayoritarios, de conformidad con el principio de libertad de empresa, pueden actuar con total discrecionalidad siempre y cuando se respeten los límites establecidos por Ley.

---

<sup>85</sup> Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia T- 425/92*, 24 de junio de 1992.

<sup>86</sup> Manuel Reyes Aragon. "Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado". *Óp. cit.*, 2001, p. 393.

<sup>87</sup> Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.* Artículo 11 numeral 3.

<sup>88</sup> Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.* Artículo 66 numeral 22 letra d.

<sup>89</sup> Luis Fernando Sabogal Bernal. "Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia". *Óp. cit.*, p.10-13.

Además, es en virtud del principio de libertad empresarial que los accionistas minoritarios libremente decidieron celebrar un contrato y constituir una compañía a sabiendas de que las decisiones iban a ser tomadas, en su mayoría, por socios que concentran el capital de la compañía.

## ***2. Capítulo 2: nociones generales del régimen de responsabilidad civil***

En el primer capítulo de este trabajo se desarrollaron los mecanismos de protección que contempla la legislación societaria para la protección de los accionistas dentro de una compañía. En este capítulo, en cambio, se procederá a estudiar a la responsabilidad civil —como mecanismo adicional— para la protección de los socios. Así, en primer lugar, se desarrollará la finalidad de la responsabilidad civil. En segundo lugar, se examinarán los factores comunes de la responsabilidad civil que son: (i) la conducta antijurídica, (ii) el daño, (iii) la causalidad entre la conducta ilícita y el daño y, (iv) la culpa o el dolo de responsable. Finalmente, se establecerán las diferencias más importantes entre el régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual.

### **2.1 Finalidad de la responsabilidad civil**

La responsabilidad civil se entiende como: “la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra”<sup>90</sup>. En igual sentido, Tamayo Jaramillo se refiere a esta institución como: “[...] la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, que con esa conducta, ha producido a terceros”<sup>91</sup>. La ex Corte Suprema de Justicia ecuatoriana acoge las tesis planteadas por los tratadistas Arturo Alessandri Rodríguez y Javier Tamayo Jaramillo y señala: “según nuestro ordenamiento legal, el que ha cometido un hecho ilícito que ha inferido daño a la persona o propiedad de otro incurre en la responsabilidad civil de pagar indemnización al agraviado”<sup>92</sup>. En otras palabras, la responsabilidad civil se define por las consecuencias jurídicas que el hecho ilícito acarrea para su autor.

Ahora bien, ¿cuál es la finalidad de la responsabilidad civil? Esta institución tiene como una de sus finalidades la reparación integral de la víctima. Según la Real Academia de la Lengua Española, la reparación —en su segunda acepción— equivale a: “[...] satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria”<sup>93</sup>. En este sentido, el derecho contemporáneo señala que:

---

<sup>90</sup> Arturo Alessandri Rodríguez. “Ámbito de la Responsabilidad Extracontractual”. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 13.

<sup>91</sup> Javier Tamayo Jaramillo. “Relación entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal”. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo 1. Bogotá: Legis, 2008, p. 20.

<sup>92</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Registro Oficial 353, 22 de junio de 2001. *Vid.* Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Registro Oficial 203, 14 de noviembre de 2000. *Vid.* Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Registro Oficial 416, 20 de septiembre 2001.

<sup>93</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. <http://dle.rae.es/?id=A5cH5M4> (acceso: 20/03/2018).

[...] cuando un sujeto de derecho ocasiona un daño a otro, sea que se afecte su patrimonio, le cause una lesión corporal, vulnere sus derechos fundamentales o, en fin le genere una afectación en sus sentimientos morales sin que exista un fundamento jurídico para que tal sujeto deba soportar de manera exclusiva dicho detrimento, se produce una reacción del ordenamiento jurídico para efecto de que esa lesión o menoscabo, que debe ser cierto, directo, personal y debe haber afectado un interés lícito de la víctima, **sea reparado o compensado por el autor del mismo o por quien el deba responder, con el propósito de que el afectado quede en una situación similar a la que tendría si el hecho dañoso no se hubiera presentado**<sup>94</sup> (énfasis agregado).

En otras palabras, la responsabilidad civil es una vía para resarcir a la víctima por el daño material o inmaterial ocasionado por el agente dañoso.

Las formas de reparación contempladas en la responsabilidad civil pueden ser: (i) reparación *in natura* y, (ii) reparación por equivalente pecuniario. Por un lado, la reparación *in natura* tiene como finalidad colocar a la víctima en la situación que estuviere si el hecho antijurídico —causante del daño— no hubiera ocurrido<sup>95</sup>. Por el contrario, la reparación por equivalente pecuniario consiste en compensar o resarcir el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima, “a través de la entrega de una suma de dinero que se considera equivalente al detrimento que este ha sufrido<sup>96</sup>. Es decir, en la función reparadora de la responsabilidad civil se establece la necesidad intrínseca que el agente causante del daño resarza a la víctima en todas las consecuencias que este acarrea<sup>97</sup>.

En otras palabras, la reparación de los daños y perjuicios encuentra su fundamento en la responsabilidad civil. De acuerdo con esta teoría el que causa un daño a otro está en la obligación de repararlo. Es importante notar que, el daño puede ser originado por “el incumplimiento de un contrato o por la violación del deber genérico de toda persona de no dañar a otra”<sup>98</sup>. En consecuencia, la responsabilidad civil es la expresión genérica que comprende a la responsabilidad contractual y a la extracontractual<sup>99</sup>.

Cabe acotar que, dentro de las funciones de responsabilidad civil, se encuentra la función demarcatoria que consiste en: “[...]una delimitación de fronteras entre los

---

<sup>94</sup> Arturo Solarte Rodríguez. “El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo”. En: Álvaro Echeverri Uruburu *et al.* *Responsabilidad civil y Negocio Jurídico*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2011, p. 182

<sup>95</sup> *Id.*, p. 186.

<sup>96</sup> *Id.*, p. 187.

<sup>97</sup> *Id.*, p. 190.

<sup>98</sup> Gisela María Fuentes. Clases de responsabilidad civil. *Temas actuales de responsabilidad civil*. Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2018, p. 72.

<sup>99</sup> Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C-424*, 4 de septiembre de 1997. En: Óbdulio Velázquez Posada. “Concepto y Naturaleza de la Responsabilidad”. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis, 2010, p. 7.



ámbitos de libertad de actuación y otros ámbitos en que esa libertad de actuación se encuentra restringida y limitada en atención a que existe un determinado sistema de protección de determinados bienes e intereses”<sup>100</sup>. En otras palabras, la función demarcatoria de la responsabilidad civil delimita el ámbito de actuación que tienen las personas, esto es, entre lo que prohíbe el ordenamiento jurídico y lo que este permite.

De igual manera, la responsabilidad civil tiene una función preventiva que, a diferencia de la resarcitoria, actúa *ex ante* de la causación del daño. De esta manera, Díez-Picazo señala que: “si se habla de prevención como un impulso psicológico que puede experimentar el ciudadano, que, conocedor de la norma, trata de evitar las consecuencias para él desfavorables que resultaría de su aplicación [...] la tesis puede ser admitida [...]”<sup>101</sup>. Es decir, dentro del derecho de daños esta función tiene cabida en la medida en que “los sujetos, que cargan con una presunción de racionalidad, analicen los costos de transacción”<sup>102</sup>. Por lo tanto, en la función preventiva, el agente dañoso realiza un análisis del costo-beneficio del sistema indemnizatorio.

En definitiva, la responsabilidad civil tiene varias funciones, entre estas: la resarcitoria, demarcatoria y preventiva.

## **2.2 Elementos comunes de la responsabilidad civil**

En la anterior sección se determinó que la finalidad de responsabilidad civil es la reparación integral del daño causado a la víctima. No obstante, para que esta reparación proceda se debe cumplir con los elementos comunes de la responsabilidad civil que serán descritos a lo largo de esta sección.

### **2.2.1 Hecho antijurídico**

En primer lugar, se procederá a explicar que ha entendido la doctrina y la jurisprudencia sobre el hecho antijurídico. Al no existir en nuestro ordenamiento una definición legal sobre este concepto, se debe recurrir a la elaboración doctrinaria del mismo. Así, el hecho antijurídico ha sido definido como: “la acción causativa de un daño, antijurídica y adjudicable a un sujeto a base de un criterio legal de imputación subjetivo

---

<sup>100</sup> Luis Díez- Picazo. “La responsabilidad Civil Extracontractual”. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 23.

<sup>101</sup> *Id.*, p. 27.

<sup>102</sup> Ronald Coase. *Ensayos sobre economía y economistas*. Marcial Pons, 2009. En: Sarah Milkes Sánchez. “La función preventiva de la responsabilidad civil y la distribución del riesgo en la sociedad moderna”. <https://red.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/48/2019/03/DE-LA-FUNCION-PREVENTIVA-DE-LA-RESPONSABILIDAD-CIVIL-Y-LA-DISTRIBUCION-DEL-RIESGO-EN-LA-SOCIEDAD-MODERNA.pdf> (acceso: 4/11/2018).

u objetivo”<sup>103</sup>. De la definición se desprende que el hecho antijurídico tiene como presupuesto fundamental un comportamiento mediato e inmediato del sujeto; este actuar deberá causar un perjuicio y ser contrario a derecho<sup>104</sup>.

Con la finalidad de analizar la institución de la responsabilidad civil y sus elementos, es de suma importancia estudiar la antijuridicidad formal o expresa y la antijuridicidad material o no específica. Por un lado, la antijuridicidad formal “se dará en aquellos casos en los cuales una acción contraría una prohibición jurídica de hacer u omite formalmente [una] dispuesta por la ley”<sup>105</sup>. En otras palabras, la antijuridicidad formal se encuentra intrínsecamente relacionada con el principio de tipicidad de los actos ilícitos<sup>106</sup>.

Por el contrario, la antijuridicidad material posee un sentido más amplio. Esta se configura cuando existe una coalición entre la conducta y el ordenamiento jurídico en su integralidad<sup>107</sup>; entendido como leyes, costumbre, jurisprudencia y principios generales del derecho. Si bien existe una fuerte discusión doctrinaria sobre la aplicabilidad de la antijuridicidad material, no cabe duda que aquella es un presupuesto imprescindible para que se configure la responsabilidad civil.

### 2.2.2 El daño

La doctrina es clara al indicar que sin la presencia del daño no existe responsabilidad civil, por lo tanto, este es el segundo requisito para que se configure este tipo de responsabilidad. Sin lugar a duda, nuestra vida cotidiana resultar ser una fuente incesante de daños. El menoscabo, la pérdida y el deterioro patrimonial o extrapatrimonial son relevantes para el Derecho cuando traen consigo consecuencias jurídicas<sup>108</sup>. Por esta razón, a lo largo de esta sección se definirá el daño y sus requisitos.

El daño ha sido definido doctrinariamente como: “[...] el menoscabo que, a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio [...]”<sup>109</sup>. Acorde con la definición de Eduardo Zannoni, el tratadista Tamayo Jaramillo enuncia que: “daño civil

---

<sup>103</sup> Alberto Bueres. “Culpa y riesgo. Sus ámbitos”. Revista de Derecho de Daños (2006). En: Carlos Calvo Costa. “Los presupuestos de la responsabilidad civil”. *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 2017, p. 610.

<sup>104</sup> Javier Tamayo Jaramillo. “Es necesario que haya una conducta del demandado”. *Óp. cit.*, p. 189.

<sup>105</sup> Carlos Calvo Costa. “Los presupuestos de la responsabilidad civil”. *Óp. cit.*, p. 618.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 618.

<sup>107</sup> *Id.*, p. 619.

<sup>108</sup> *Id.*, p. 682.

<sup>109</sup> Eduardo Zannoni. *Responsabilidad por prestaciones odontológicas*. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 157.

indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima”<sup>110</sup>. En resumen, daño es todo menoscabo o pérdida patrimonial o extrapatrimonial que sufre una persona.

Ahora bien, únicamente los daños que cumplen con los requisitos de certidumbre, subsistencia, personalidad y causalidad deben ser resarcidos<sup>111</sup>. A continuación, se estudiará qué entiende la doctrina por cada uno de estos presupuestos.

El primer requisito para que el daño sea resarcible es que sea cierto<sup>112</sup>. Carlos Calvo Costa sostiene que: “la exigencia de que el daño sea cierto se refiere a su existencia, y no a su actualidad o a la determinación del monto; el daño debe existir, es decir, ser real, efectivo, y no meramente conjetural o hipotético”<sup>113</sup>. En esta misma línea, Eduardo Zannoni expresa que: “la certidumbre del daño –dice Acuña Anzonera– se refiere a su existencia y no a su actualidad o su monto. Ello es así porque la actualidad o futuridad del perjuicio atañe a la determinación del contenido del daño y a los momentos– o épocas– en que éste se produce”<sup>114</sup>. En otras palabras, la certidumbre del daño se configura en la medida en la que la acción dañosa, ha producido o producirá un desmedro patrimonial o moral al demandante. Por tanto, el daño, en sí mismo, no requiere ser actual para ser indemnizado, sin embargo, la acción que generó o podría generar un daño tiene que haberse producido<sup>115</sup>.

Es relevante precisar que por daño cierto o incierto, no se entiende lo mismo que por actual o futuro, estos son dos caracteres distintos. El daño cierto es el que: “ya ha acaecido, el que se ha consumado. El futuro es el que todavía no se ha producido, pero aparece como la previsible prolongación o agravación de un daño actual, según las circunstancias del caso y las experiencias de vida”<sup>116</sup>. En consecuencia, los daños futuros también pueden ser ciertos puesto que los perjuicios pueden ser razonablemente previsible. Es fundamental establecer que basta notar que la certidumbre del daño sea

---

<sup>110</sup> Javier Tamayo Jaramillo. “Qué es el Daño”. *Óp. cit.*, p. 327.

<sup>111</sup> Jorge Bustamante Alsina. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004, p.170.

<sup>112</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Registro Oficial 43, 19 de marzo de 2003.

<sup>113</sup> Carlos Calvo Costa. “Los Presupuestos de la Responsabilidad Civil”. *Óp. cit.*, p. 707.

<sup>114</sup> Eduardo Zannoni. *El daño en la responsabilidad civil*. *Óp. cit.*, p. 50.

<sup>115</sup> Javier Tamayo Jaramillo. “Qué es el Daño”. *Óp. cit.*, p. 337.

<sup>116</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Registro Oficial 43, 19 de marzo de 2003. *vid.* Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Registro Oficial 447, 27 de junio de 2013.

relativa, caso contrario si se exigiera certidumbre absoluta no habría cabida para la reparación del daño futuro<sup>117</sup>.

El segundo requisito para que el daño sea resarcible es la personalidad. Se enuncia este requisito diciendo que: “[...] el daño debe ser propio de quien reclama, porque nadie puede pretender ser indemnizado de un daño sufrido por otro”<sup>118</sup>. En este sentido, el principio de personalidad del daño “exige que los reclamantes hayan sido afectados en sus propios intereses”<sup>119</sup>. Es decir, el daño debe recaer sobre el interés propio de la persona.

La aclaración de Alfredo Ordaz sobre la personalidad del daño es de vital importancia puesto que este requisito “[...] no implica que en ciertos casos el daño de terceros no pueda ser invocado como elemento de la propia indemnización de quien reclama”<sup>120</sup>. Esta postura se fundamenta en la existencia de los daños directos e indirectos. La doctrina se refiere al daño directo cuando el interesado es la víctima del ilícito. Por el contrario, el daño es indirecto cuando la petición de resarcibilidad deriva de la lesión a los bienes de un tercero<sup>121</sup>.

El tercer requisito para que el daño sea resarcible es que sea subsistente. La doctrina considera que el daño es subsistente cuando éste todavía no ha sido resarcido<sup>122</sup>. Contrario *sensu* el daño no es subsistente:

- a) si el responsable indemnizó el daño, la obligación de reparar se ha extinguido; b) si el propio damnificado costó la reparación, el daño subsiste en la medida del desembolso; c) si un tercero reparó el daño, el mismo se subroga en los derechos de damnificado, debiendo el responsable pagarle al acreedor subrogado<sup>123</sup>.

La subsistencia como requisito del daño tiene como objetivo evitar una doble reparación para impedir que exista enriquecimiento injustificado<sup>124</sup>. Por lo tanto, este requisito exige que el daño subsista al tiempo de la indemnización.

El cuarto requisito para que el daño sea resarcible es que el daño sea directo. Respecto a este presupuesto existe una fuerte discusión doctrinaria. Por un lado, parte de la doctrina sostiene que el daño directo es un requisito para la resarcibilidad del daño y lo define

---

<sup>117</sup> Javier Tamayo Jaramillo. “Qué es el Daño”. *Óp. cit.*, p. 340.

<sup>118</sup> Jorge Bustamante Alsina. *Teoría general de la responsabilidad civil*. *Óp. cit.*, p.173.

<sup>119</sup> Carlos Calvo Costa. “Los Presupuestos de la Responsabilidad Civil”. *Óp. cit.*, p. 711.

<sup>120</sup> Alfredo Orgaz. *El daño resarcible*. Buenos Aires: Depalma, 1967, pp. 79-80. En: Pablo Rodríguez Salto. “El daño resarcible en la responsabilidad del abogado”. *Lecciones y ensayos* 83 (2007), p. 136.

<sup>121</sup> Carlos Calvo Costa. “Los Presupuestos de la Responsabilidad Civil”. *Óp. cit.*, p. 711.

<sup>122</sup> *Id.*, p. 716.

<sup>123</sup> Pablo Rodríguez Salto. “El daño resarcible en la responsabilidad del abogado”. *Óp. cit.*, p. 135.

<sup>124</sup> *Id.*, p. 251.

como “[...] aquel que deriva de una causa inmediata y necesaria, sin cuya concurrencia no se habría producido”<sup>125</sup>.

Por otro lado, ciertos doctrinarios consideran que: “si bien es cierto que el daño debe guardar relación causal adecuada con el evento dañoso y que la causalidad adecuada define la medida del resarcimiento, la relación de causalidad no constituye un requisito del daño resarcible”<sup>126</sup>. Esta parte de la doctrinaria considera que la relación de causalidad es un presupuesto de la responsabilidad civil, como consecuencia de aquello, el análisis de la causalidad excede el marco del daño a la hora de su tratamiento. Por ello, a continuación, se explicará el nexo causa.

### 2.2.3 Nexo causal

Es impensable que exista responsabilidad civil sin la existencia de un nexo causal entre la conducta u omisión de una persona acusada y el hecho dañoso<sup>127</sup>. El nexo causal consiste en: “establecer cuándo y en qué condiciones un resultado cualquiera– o más concretamente, un daño– debe ser imputado objetivamente a la acción u omisión de una persona”<sup>128</sup>. En otras palabras, el nexo causal implica la relación causa–efecto entre el hecho ilícito y el daño que se produce. En este sentido, Calvo Costa señala que:

Es tal la importancia de este presupuesto de la responsabilidad civil que algunos autores han destacado que la relación de causalidad es la que conecta físicamente a la ilicitud-contractual (a través del incumplimiento de la obligación) o aquiliana (delito o cuasidelito)– con el daño, y de modo indirecto, al perjuicio con el factor de atribución<sup>129</sup>.

Además, la causalidad permite a la víctima determinar contra quién debe dirigir su pretensión indemnizatoria y cuáles son los daños resarcibles que debe indemnizar el agente dañador<sup>130</sup>. En similar sentido, Ramón Daniel Pizarro señala que la causalidad brinda: “los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento, mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias. A través de ella se determina hasta dónde el sistema vigente quiere que el autor material responda [...]”<sup>131</sup>.

---

<sup>125</sup> Pablo Rodríguez Grez. “Cuarto Presupuesto de la responsabilidad contractual. Daño”. *Responsabilidad contractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2012, p. 251.

<sup>126</sup> Carlos Calvo Costa. “Los Presupuestos de la Responsabilidad Civil”. *Óp. cit.*, p. 717.

<sup>127</sup> Óbdulio Velázquez Posada. “La Naturaleza Jurídica del Nexo Causal”. *Óp. cit.*, p. 507

<sup>128</sup> Alfredo Orgaz. “La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño”. *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales*. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 933.

<sup>129</sup> Carlos Calvo Costa. “Los Presupuestos de la Responsabilidad Civil”. *Óp. cit.*, p. 758.

<sup>130</sup> Sergio Rojas Quiñones y Juan Diego Mojica Restrepo. “De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana”. *Vniversitas* 129 (2014), p. 198.

<sup>131</sup> Ramón Daniel Pizarro. *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2006, p. 89.

Para establecer la causa jurídica de un daño a un presunto responsable la doctrina ha elaborado diversas teorías. El análisis exhaustivo de las teorías de causalidad excede el ámbito de estudio de este trabajo. Sin embargo, estas teorías se estudiarán brevemente para determinar cuál teoría ha sido recogida por el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En primer lugar, se describirá la teoría de la equivalencia de condiciones que utiliza un juicio contra fáctico. Bajo esta teoría se debe suprimir uno a uno los eventos que pueden ser la causa del daño. Al eliminar los acontecimientos se deberá evaluar si el daño subsiste a pesar de la falta del acontecimiento<sup>132</sup>. En caso de que el evento sea eliminado y la pérdida o deterioro patrimonial o extrapatrimonial no desaparezca, se deberá descartar ese evento como posible causa del daño. Por el contrario, si la consecuencia desaparece por la omisión de la conducta nos encontraríamos frente a la causa del daño<sup>133</sup>. Es importante notar que varias conductas pueden cumplir con esta prueba.

Por lo tanto, bajo esta teoría se podría tener una infinidad de causas para la producción del hecho dañoso. La teoría de la equivalencia de condiciones considera que el daño: “[...] es el resultado de su encadenamiento. En consecuencia, basta que una de esas condiciones falte para que el daño se evite, pues todas esas causas son equivalentes, lo que explica el nombre dado a la teoría”<sup>134</sup>. En definitiva, esta teoría permite la concurrencia de causas y los autores de los acontecimientos deberán responder solidariamente por el daño ocasionado.

En segundo lugar, se estudiará la teoría de la causalidad adecuada que considera como causas de un daño los acontecimientos que normalmente deben producirlo<sup>135</sup>. De esta manera, Carlos Calvo Costa indica que la teoría de la causa adecuada: “[...] examina la adecuación de la causa en función de la posibilidad y probabilidad del resultado [...]”<sup>136</sup>. En otras palabras, se deben identificar todas las causas que ocasionaron el daño para posteriormente establecer que, la relación entre el acontecimiento y el daño es adecuada y no meramente fortuita.

---

<sup>132</sup> Sergio Rojas Quiñones y Juan Diego Mojica Restrepo. “De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana”. *Óp. cit.*, p. 202.

<sup>133</sup> *Ibíd.*

<sup>134</sup> Óbdulio Velázquez Posada. “La Naturaleza Jurídica del Nexo Causal”. *Óp. cit.*, p. 509.

<sup>135</sup> Hernán Corral Talciani. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p.86.

<sup>136</sup> Carlos Calvo Costa. “Los Presupuestos de la Responsabilidad Civil”. *Óp. cit.*, p. 768.

La teoría de causa adecuada ha sido recogida por la jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia ecuatoriana que señala:

[...] Teoría de la causalidad adecuada. Esta teoría, con la que coincidimos, es a la que la mayoría de los tratadistas doctrinarios y la jurisprudencia de los tribunales extranjeros se inclinan. Consiste en dejar en manos del juzgador el análisis del tema cuando el hecho, dañoso tiene aptitud como para generar responsabilidad en el autor, de lo cual resulta la prescindencia de toda regla general y la confianza en la potestad discrecional del juzgador<sup>137</sup>.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha dicho que: “[...] de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquel que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, en el sentido común, la lógica razonable) sea el más 'adecuado', el más idóneo para producir el resultado”<sup>138</sup>. En suma, la teoría de la causalidad adecuada fija parámetros conforme los cuales se puede escoger, dentro de un universo de causas, cuál es la jurídicamente más relevante para el caso en concreto<sup>139</sup>. Esta teoría ha sido ampliamente criticada puesto que dejaría al arbitrio del juez la adecuación de la causalidad.

En tercer lugar, se analizará la teoría de la causalidad próxima. Para esta teoría resulta suficiente considerar a la última condición como causa del daño<sup>140</sup>. La teoría de la causalidad próxima considera que: “únicamente existe nexo de causalidad, a los ojos de la responsabilidad civil entre el daño y el último hecho que lo precedió”<sup>141</sup>. Esta teoría ha sido recogida por el Derecho francés, inglés e italiano puesto que sus códigos “limitan la indemnización del perjuicio a los daños que fueran consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del contrato”<sup>142</sup>. Empero, esta teoría ha recibido muchas críticas en vista que no siempre la condición temporalmente más próxima del daño es la causante de este.

En cuarto lugar, nos encontramos con la teoría de la causa eficiente. Bajo esta teoría, la causa que produjo el daño no es la que le ha precedido inmediatamente, sino la causa del daño se determina según el grado de eficiencia del evento en el resultado<sup>143</sup>. En otras palabras, interesa la causa más activa en la producción del resultado. Sin embargo, esta

---

<sup>137</sup> Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10, p. 3011, de 29 de octubre, 2002.

<sup>138</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación. Proceso 6878, de 26 de septiembre de 2012.

<sup>139</sup> Sergio Rojas Quiñones y Juan Diego Mojica Restrepo. De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana”. *Óp. cit.*, p. 213.

<sup>140</sup> Carlos Calvo Costa. “Los Presupuestos de la Responsabilidad Civil”. *Óp. cit.*, p. 776.

<sup>141</sup> Íñigo Navarro-Mendizábel y Abel Viega-Copo. *Derecho de daños*. Madrid: Editorial Thomson Reuters, 2013, p.191.

<sup>142</sup> Carlos Calvo Costa. “Los Presupuestos de la Responsabilidad Civil”. *Óp. cit.*, p. 776.

<sup>143</sup> Isidoro Goldenberg. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984, p. 27.

teoría ha sido ampliamente criticada por la dificultad de escindir materialmente el resultado para atribuir a una condición su poder causal decisivo<sup>144</sup>.

La última teoría de causalidad es la imputación objetiva. Bajo esta teoría, existe una etapa de selección en la cual se escoge la causa jurídicamente más relevante para comprometer la responsabilidad del agente<sup>145</sup>. En palabras de Óbdulio Velásquez Posada, para esta teoría, formulada por Karl Larenz, “la relación de causalidad implica investigar la existencia de una imputación. Es decir, consiste en seleccionar los diferentes factores que rodean la producción de un hecho, aquel que pueda ser considerado como propio – imputable– a un hombre”<sup>146</sup>. En definitiva, esta teoría busca identificar cuándo una actuación, además de originar fácticamente un resultado dañoso también le es imputable jurídicamente lo resultados de dicha actuación<sup>147</sup>.

#### 2.2.4 Culpa o dolo

En el derecho romano se estableció que: “la culpa es un *criterio genérico de la responsabilidad*, que comprende el ilícito intencional (dolo) y el no intencional (negligencia o impudencia)”<sup>148</sup> (cursivas en el original). En este sentido, Óbdulio Velásquez Posada recoge el pensamiento de Ulpiano y menciona que: “una culpa cualquiera es suficiente para comprometer la responsabilidad de su autor”<sup>149</sup>.

Nuestro Código Civil —de tradición romanista— recoge la intencionalidad en su artículo 2214 y prescribe que: “el que ha cometido un delito<sup>150</sup> o cuasidelito<sup>151</sup> 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”<sup>152</sup>. Del artículo anteriormente citado, se desprende que puede existir dos tipos de culpabilidad: el dolo y la culpa. Respecto al requisito de intencionalidad, la ex Corte Suprema de Justicia determinó que:

---

<sup>144</sup> *Id.*, p.29.

<sup>145</sup> Sergio Rojas Quiñones y Juan Diego Mojica Restrepo. “De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana”. *Óp. cit.*, p. 223.

<sup>146</sup> Óbdulio Velásquez Posada. “La Naturaleza Jurídica del Nexo Causal”. *Óp. cit.*, p. 510

<sup>147</sup> Sergio Rojas Quiñones y Juan Diego Mojica Restrepo. “De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana”. *Óp. cit.*, p. 217.

<sup>148</sup> Enrique Barros Bourie. “Culpa”. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Imprenta Maval Ltda, p. 76.

<sup>149</sup> Óbdulio Velásquez Posada. “Culpa y Responsabilidad Civil”. *Óp. cit.*, p. 268.

<sup>150</sup> Artículo 2184 [...] Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Código Civil Ecuatoriano. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 2184.

<sup>151</sup> Artículo 2184 [...] Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito. Código Civil Ecuatoriano. *Óp. cit.* Artículo 2184.

<sup>152</sup> Código Civil Ecuatoriano. *Óp. cit.* Artículo 2214.



[...] dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias<sup>153</sup>.

En resumen, nos referimos al dolo cuando una persona actúa con la intención de causar daño<sup>154</sup>. Por el contrario, hablamos de culpa cuando se comete un acto por negligencia o imprudencia<sup>155</sup>.

Ahora bien, la culpabilidad se manifiesta de manera distinta y genera consecuencias jurídicas diferentes en responsabilidad contractual y en la extracontractual. La culpa o dolo es un elemento que indiscutiblemente está presente en la responsabilidad extracontractual y debe ser probado para que esta se configure. No obstante, en la responsabilidad contractual la gradación de la culpa puede resultar relevante, dependiendo del caso. Estas diferencias serán abordadas y analizadas en la siguiente sección de este trabajo de titulación.

Es imprescindible recordar que en la actualidad el sistema de intencionalidad ha sido ampliamente criticado por considerar que la culpa y el dolo no tienen incidencia alguna. En contraposición a este sistema se encuentra la responsabilidad objetiva. Esta teoría prescinde de estos elementos y estipula que: “debería bastar el daño y la imputabilidad causal del agente para que éste comprometiese su responsabilidad”<sup>156</sup>. Sin embargo, esta teoría es aplicable únicamente en los casos establecidos en la ley.

### **2.3 Diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual**

En el acápite anterior, se examinó los presupuestos comunes de la responsabilidad civil. A lo largo de esta sección, se procederá a describir la responsabilidad contractual y extracontractual y, finalmente, se destacarán sus principales diferencias.

#### **2.3.1 La teoría dualista y su crítica**

Para la teoría dualista de la responsabilidad civil existe responsabilidad contractual y extracontractual. Por un lado, la responsabilidad debe considerarse contractual cuando el

---

<sup>153</sup> Corte Suprema de Justicia ecuatoriana. Sala de Casación. Expediente No. 229-2012, de 19 de marzo de 2003.

<sup>154</sup> “El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”. Código Civil Ecuatoriano. *Óp. cit.* Artículo 29.

<sup>155</sup> “Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano”. Código Civil Ecuatoriano. *Óp. cit.* Artículo 29.

<sup>156</sup> Javier Tamayo Jaramillo. “Elementos comunes tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual”. *Óp. cit.*, p. 229.

incumplimiento, el cumplimiento moroso o el cumplimiento defectuoso se originan en un contrato<sup>157</sup>. Es decir, este tipo de responsabilidad se genera en la violación —por una de las partes— al acuerdo de voluntades<sup>158</sup>.

Ahora bien, para que se configure la responsabilidad contractual —adicional a los presupuestos comunes de toda responsabilidad— se debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) la existencia de un contrato válido, (ii) la existencia de un daño derivado de la inejecución de ese contrato, y (iii) que el daño sea causado por el deudor al acreedor contractual<sup>159</sup>.

En otras palabras, para que se cumplan con los presupuestos de la responsabilidad contractual debe existir un contrato válidamente celebrado entre la víctima y el causante del daño, este debe generarse por el incumplimiento contractual, el cumplimiento moroso o el cumplimiento defectuoso<sup>160</sup> y, debe ser imputable al deudor contractual<sup>161</sup>.

Por otro lado, la responsabilidad debe considerarse extracontractual cuando deriva del incumplimiento del principio *alterum non laedere*<sup>162</sup>. En este caso, el incumplimiento se genera con total independencia de las obligaciones contractuales que hayan contraído las partes<sup>163</sup>. Es decir, en la responsabilidad extracontractual se transgreden los deberes generales de cuidado que se deben las partes recíprocamente<sup>164</sup>.

Concretamente, la responsabilidad extracontractual se configura siempre que se cumplan los presupuestos comunes de toda responsabilidad. En este sentido, la ex Corte Suprema de Justicia determinó que los elementos que generan responsabilidad extracontractual son: (i) el acto contrario a las normas legales o reglamentarias, (ii) la culpa o el dolo u otro factor determinado por ley, (iii) la existencia de un daño patrimonial o moral y (iv) la existencia de un nexo causal que medie entre el hecho ilícito y el daño<sup>165</sup>.

---

<sup>157</sup> Lería Sánchez Reyes *et al.* La distinción entre Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Extracontractual. *Tratado Jurisprudencial de Responsabilidad por Daños*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 19.

<sup>158</sup> Gisela María Pérez Fuentes. Clases de responsabilidad civil. *Óp. cit.*, p. 72.

<sup>159</sup> Javier Tamayo Jaramillo. “Relaciones entre la responsabilidad contractual y extracontractual”. *Óp. cit.*, p. 68.

<sup>160</sup> Javier Tamayo Jaramillo. “Relaciones entre la responsabilidad contractual y extracontractual”. *Óp. cit.*, p. 78.

<sup>161</sup> Óbdulio Velázquez Posada. “Concepto y Naturaleza de la Responsabilidad”. *Óp. cit.*, pp. 40-41.

<sup>162</sup> Lería Sánchez Reyes *et al.* “La distinción entre Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Extracontractual”. *Óp. cit.*, p. 19.

<sup>163</sup> Gisela María Pérez Fuentes. Clases de responsabilidad civil. *Óp. cit.*, p. 73.

<sup>164</sup> Enrique Barros Bourie. “Introducción a la Responsabilidad Extracontractual”. *Óp. cit.*, p. 29.

<sup>165</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Registro Oficial 361, de 21 de septiembre de 2006. *vid.* Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Gaceta Judicial 12, de 19 de marzo de 2003.

Una vez que se ha explicado la tesis que recoge los postulados de Gayo —la división del mundo del derecho de las obligaciones— es importante mencionar que con el paso de los años la tesis dualista ha perdido fuerza y en contraposición apareció la tesis monista o unitaria. La tesis monista presupone que toda ilicitud conlleva necesariamente a la violación de una ley.

Así, por un lado, en la responsabilidad contractual el incumplimiento viola el acuerdo de voluntad entre las partes, acuerdo que tiene fuerza de ley<sup>166</sup>; por lo que, en última *ratio* existe una violación directa a una ley<sup>167</sup>. Por otro lado, en la responsabilidad extracontractual la violación se produce al principio general de no dañar a otro<sup>168</sup>, este principio también es de naturaleza legal por lo que también existe una transgresión directa a la ley. En definitiva, para la teoría monista no es relevante distinguir entre los tipos de responsabilidad civil puesto que ambos encuentran su fundamento en ley.

Es preciso señalar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano acoge la tesis dualista y los tipos de responsabilidad civil son abordados de distinta manera por nuestra legislación. Es por esta razón, que en el siguiente acápite se describirán las notables diferencias de estos dos regímenes.

### 2.3.2 Principales diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual

Es de vital importancia que la víctima de un ilícito note las diferencias entre cada tipo de responsabilidad, para así, conocer y asumir las distintas consecuencias jurídicas que producen estos dos regímenes. Las diferencias entre los distintos tipos de responsabilidad son: el origen de la responsabilidad, la gradación de la culpa, la prescripción, la carga de la prueba, y el límite en el daño reclamado.

La diferencia doctrinaria más importante entre las clases de responsabilidad puede explicarse a partir de su origen y estructura. Mientras que la responsabilidad contractual surge por el incumplimiento de un acuerdo de voluntades, la responsabilidad extracontractual está fijada generalmente por la ley<sup>169</sup>. En cuanto a la estructura, la responsabilidad contractual “está vinculada con la relación anterior o preexistente, mientras que, en el caso de la responsabilidad civil extracontractual, el deber de resarcir

---

<sup>166</sup> “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Código Civil Ecuatoriano. *Óp. cit.* Artículo 1561.

<sup>167</sup> Carlos Calvo Costa. “Responsabilidad contractual y extracontractual”. *Óp. cit.*, p. 589.

<sup>168</sup> Alejandro Ponce Martínez. “Responsabilidad civil extracontractual”. *Revista de la Sección Académica de Ciencias Jurídicas de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión* (2015), 92.

<sup>169</sup> Gisela María Pérez Fuentes. Clases de responsabilidad civil. *Óp. cit.*, 73.

daños y perjuicios se produce por razón de un ilícito penal o civil que resulta una obligación nueva”<sup>170</sup>.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se evidencia con claridad esta diferencia. Es así como en el artículo 1453 del Código Civil se determinan las cinco fuentes de las obligaciones<sup>171</sup>. El contrato es considerado como una de las fuentes de obligaciones para las partes puesto que el artículo anteriormente señalado determina que: “las obligaciones nacen, ya del concurso real de voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones”<sup>172</sup>. Es decir, el régimen de la responsabilidad contractual tiene como fuente de las obligaciones el contrato que se encuentra regulado a lo largo Libro IV del Código Civil. Por el contrario, la fuente de la responsabilidad extracontractual se encuentra recogida en el artículo 2186 Código Civil que señala: “las obligaciones que se contraen sin convención nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nace de la ley se expresan en ella”<sup>173</sup>.

Con base a las anteriores definiciones se puede afirmar que la fuente de las obligaciones de carácter contractual es el contrato y la fuente de las obligaciones de carácter extracontractual son el delito y cuasidelito. En consecuencia, al incumplir una obligación de carácter contractual se configuraría la responsabilidad contractual y al incumplir una obligación de carácter extracontractual se presupone la responsabilidad extracontractual.

Una segunda diferencia entre los tipos de responsabilidad es la gradación de la culpa. Nuestro Código Civil ha definido a la culpa en su artículo 29<sup>174</sup>. En materia contractual, el criterio de asignación de la culpa mira el beneficio que reporta el contrato para cada una de las partes. En este sentido, el artículo 1563 del Código Civil prescribe que:

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio<sup>175</sup>.

---

<sup>170</sup> *Ibíd.*

<sup>171</sup> Artículo 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. Código Civil Ecuatoriano. *Óp. cit.* Artículo 1453.

<sup>172</sup> Código Civil Ecuatoriano. *Óp. cit.* Artículo 1453.

<sup>173</sup> Código Civil Ecuatoriano. *Óp. cit.* Artículo 2184.

<sup>174</sup> Código Civil Ecuatoriano. *Óp. cit.* Artículo 29.

<sup>175</sup> Código Civil Ecuatoriano. *Óp. cit.* Artículo 1563.

En consecuencia, la gradación de la culpa se fundamenta en el tipo de contrato que se celebra y en el tipo de beneficio que reporta a las partes.

Por el contrario, la culpa cuasidelictual no admite gradación de culpa, “toda falta de diligencia o cuidado, por levísima que sea, engendra responsabilidad”<sup>176</sup>. Nuestro Código Civil no regula la gradación de culpa y tampoco la clasificación de culpa en grave, leve y levísima prescrita en el artículo 29 de dicho cuerpo normativo, respecto de la responsabilidad extracontractual.

La tercera diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual es la prescripción de la acción. La regla general contemplada en el Código Civil es aplicable a la expropiación societaria puesto que este tipo de responsabilidad no tiene un régimen específico de regulación. Por esta razón, la determinación de la naturaleza de la responsabilidad es fundamental, dado que la extensión del plazo de prescripción reporta un beneficio para el accionante.

En la responsabilidad extracontractual, el tiempo de prescripción es cuatro años desde que ocurrió el hecho extracontractual. En este sentido, el artículo 2235 del Código Civil señala que: “las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto”<sup>177</sup>. Por su parte, en la responsabilidad contractual la acción prescribe en 10 años si es ordinaria y en 5 años si es ejecutiva; el plazo de prescripción se cuenta desde que la obligación es exigible<sup>178</sup>. Es importante aclarar que existe ciertos casos de prescripciones de corto tiempo regulados en el Código Civil<sup>179</sup>.

De igual manera, la carga de la prueba es una diferencia sustancial que existe entre los tipos de responsabilidad. Si bien, en materia contractual corresponde al acreedor la prueba de la existencia de la obligación de acuerdo con el artículo 1715<sup>180</sup> del Código civil, el “deudor es quien tiene que probar el cumplimiento, o bien excusarse de la

---

<sup>176</sup> Arturo Alessandri Rodríguez. “Ámbito de la Responsabilidad Extracontractual”. *Óp. cit.*, p. 48.

<sup>177</sup> Código Civil Ecuatoriano. *Óp. cit.* Artículo 2235.

<sup>178</sup> Artículo 2414.- La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible. Código Civil Ecuatoriano. *Óp. cit.* Artículo 2414 y 2415.

Artículo 2415.- Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias. Código Civil Ecuatoriano. *Óp. cit.* Artículo 2414 y 2415.

<sup>179</sup> *Vid.* Artículo 2421 a 2424 Código Civil Ecuatoriano.

<sup>180</sup> Artículo 1715.- Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta. Código Civil Ecuatoriano. *Óp. cit.* Artículo 1715.

responsabilidad probando su diligencia o caso fortuito”<sup>181</sup>. De esta manera, el Código de Andrés Bello, en el inciso tercero del artículo 1563<sup>182</sup> estableció el sistema de responsabilidad subjetiva y distribuyó la carga de la prueba para presumir la culpa del deudor en materia contractual<sup>183</sup>. Por lo tanto, por regla general, la culpa contractual “se presume por el solo hecho de que la prestación no sea satisfecha”<sup>184</sup>.

Por el contrario, la responsabilidad extracontractual al no tener como antecedente “una obligación preexistente, corresponde al demandante probar cada uno de los supuestos de hecho que le dan lugar, incluida la culpa”<sup>185</sup>. En la responsabilidad extracontractual, se debe acudir al artículo 1715 del Código Civil, que su vez nos remite al Código Orgánico General de Procesos para determinar el medio de prueba de la culpa<sup>186</sup>. En este sentido, el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos señala que: “es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación”<sup>187</sup>. En consecuencia, en materia extracontractual el acreedor deberá acreditar todos los presupuestos de la responsabilidad.

La última diferencia respecto a los regímenes de responsabilidad es el límite del daño. En materia contractual los perjuicios se determinan sobre la base de la previsibilidad, a excepción del dolo del deudor<sup>188</sup>. En este sentido, el artículo 1574 del Código Civil dispone lo siguiente:

Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento<sup>189</sup>.

---

<sup>181</sup> Sergio Urrejola Santa María. “El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil”. *Revista Chilena de Derecho Privado* 17, (2011), p. 36.

<sup>182</sup> Artículo 1563.- [...] La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega. Código Civil Ecuatoriano. *Óp. cit.* Artículo 1563.

<sup>183</sup> Carlos Pizarro Wilson. “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (2008), p. 258.

<sup>184</sup> Pablo Rodríguez Grez. “De la responsabilidad”. *Responsabilidad extracontractual*. Segunda edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2010, p. 23.

<sup>185</sup> Enrique Barros Bourie. “Responsabilidad contractual y extracontractual”. *Óp. cit.*, p. 982.

<sup>186</sup> Código Civil Ecuatoriano. Artículo 1715. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>187</sup> Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 de 27 de mayo de 2015. Artículo 169.

<sup>188</sup> Luis Díez-Picazo. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, p. 247.

<sup>189</sup> Código Civil Ecuatoriano. *Óp. cit.* Artículo 157.

El artículo anteriormente citado consagra el sistema de dualidad del límite del daño en el régimen contractual. Así, se establece un régimen especial para los deudores no dolosos y otro régimen agravado para los deudores que incumplen el contrato de mala fe.

Por un lado, “a los primeros, se les hace responder únicamente de aquellos perjuicios que eran previstos o previsibles al momento de constituirse la obligación”<sup>190</sup>. En cambio, “a los segundos, esto es a los dolosos, se les obliga indemnizar todos los daños –previstos o no previstos–, que sean consecuencia inmediata y directa de su incumplimiento”<sup>191</sup>.

Es decir, los deudores que actuaron sin dolo o culpa grave responden únicamente por los daños previstos o previsibles en el contrato. Por el contrario, la reparación a la que se enfrentan los deudores dolosos se extiende hasta los perjuicios imprevisibles<sup>192</sup>. Es importante notar que el propio artículo impone un límite a la reparación de los deudores dolosos que es la causalidad entre el daño y el incumplimiento inmediato y directo del contrato.

Por otro lado, en la responsabilidad aquiliana, “el criterio de evaluación de los perjuicios no es la previsibilidad sino el dejar a la víctima en iguales condiciones a las que se encontraba con anterioridad a sufrir el ilícito extracontractual, es decir, a indemnizar todos los daños sufridos”<sup>193</sup>. En esta línea el artículo 2229 del Código Civil señala que: “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”<sup>194</sup>. En consecuencia, en la responsabilidad extracontractual el deudor deberá responder por todos los perjuicios previsibles e imprevisibles puesto que no existe ámbito de riesgo predefinido<sup>195</sup>.

\*\*\*

A lo largo de este capítulo, se describió la finalidad de la responsabilidad civil, los presupuestos comunes de toda responsabilidad y, finalmente, se establecieron las principales diferencias entre el régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual. En el siguiente capítulo, se analizarán cada uno de los elementos de la

---

<sup>190</sup> Rodrigo Fuentes Guíñez. *La extensión del daño contractual*. Madrid: *Wolters Kluwer España*, La Ley, (2009), p. 58.

<sup>191</sup> *Ibíd.*

<sup>192</sup> Enrique Barros Bourie. “Responsabilidad contractual y extracontractual”. *Óp. cit.*, p. 988

<sup>193</sup> Luis Díez-Picazo. “Responsabilidad contractual y extracontractual” *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, p. 247.

<sup>194</sup> Código Civil Ecuatoriano. *Óp. cit.* Artículo 2229.

<sup>195</sup> Enrique Barros Bourie. “Responsabilidad contractual y extracontractual”. *Óp. cit.* p. 988

responsabilidad civil para establecer si este constituye un mecanismo idóneo para la protección de los socios minoritarios frente a la expropiación de los mayoritarios.



### ***3. Capítulo 3: El derecho de daños como mecanismo de protección a los accionistas minoritarios***

En el capítulo anterior se estableció que una de las funciones de la responsabilidad civil es reparar integralmente el daño que sufre una persona. En este capítulo se analizará si la expropiación societaria por vía de sueldos, bonificaciones, contratos celebrados entre accionistas mayoritarios y la compañía o la capitalización abusiva cumplen con los presupuestos de la responsabilidad civil para ser resarcidos. Así, en primer lugar, se estudiará el principio de buena fe como fuente de obligación de los accionistas dentro de una compañía. Subsiguientemente, se analizará cada uno de los elementos de la responsabilidad civil a la luz de la expropiación societaria. Finalmente, se examinará la naturaleza jurídica de la expropiación societaria para determinar si la responsabilidad del socio mayoritario es contractual o extracontractual.

#### **3.1 El principio de buena fe como fuente de obligación**

En este acápite se estudiará el principio de buena fe deveniente del contrato de constitución de compañía y del estatuto social para determinar que estos son los instrumentos que rigen el actuar de los socios dentro de una compañía. Posteriormente, se analizará el principio de buena fe y sus deberes devenientes del contrato de constitución de compañía y el estatuto social.

##### **3.1.1 El contrato de constitución de compañía y el estatuto social**

En el Ecuador, una de las formas más comunes de desarrollar actividades empresariales es a través de una compañía. De esta manera, la Ley de Compañías en su artículo 1 define al contrato de sociedad y señala: “el contrato de compañía es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades”<sup>196</sup>. El contrato de constitución de compañía es un contrato solemne que requiere de una escritura pública<sup>197</sup> que debe ser inscrita en el Registro

---

<sup>196</sup> Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 1.

<sup>197</sup> La escritura pública es un documento de suma importancia puesto que constituye el documento “exclusivo y excluyente de las declaraciones de voluntad dotadas de naturaleza causal en orden al nacimiento de la sociedad”. Luis Fernández de la Gándara. “Elementos de caracterización y proceso fundacional de la sociedad de responsabilidad limitada”. *Derecho de Sociedades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 1336

Mercantil<sup>198</sup>. Esta escritura de constitución es otorgada por todos los socios y deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 137 de la Ley de Compañías<sup>199</sup>.

En este contrato se identifica a los socios, se determina la razón social de la compañía, se señala el objeto social debidamente concretado, se establece la duración de la empresa, se indica el domicilio de la compañía y el importe del capital social, se sienta las participaciones que cada socio suscribe y paga, se designa la forma en la que se organizará la administración y la fiscalización de la compañía, se instaura la forma de deliberar y tomar resoluciones en la junta general. Además, se establece la voluntad de constituir la compañía; esta voluntad ha sido denominada *animus societatis* o *affectio societatis*.

El *affectio societatis* se define como: “una aptitud psicológica y la expresión de voluntad de los contratantes de ligarse por un contrato de sociedad”<sup>200</sup>. Francisco Salgado, señala que el ánimo de asociarse “radica en el propósito de mantener, por todos los socios, una indispensable solidaridad con los intereses de la empresa, lo que se traduce en una identificación con vicisitudes y avatares de la sociedad”<sup>201</sup>. Asimismo, Horacio Fragossi determina que el *affectio societatis* es:

La voluntad de cada socio de adecuar su conducta y sus intereses –egoístas o no coincidentes– a las necesidades de la Sociedad para que pueda cumplir su objetivo, y así **a través de ella, se mantenga durante la vida en la Sociedad una situación de igualdad y equivalencia entre los socios** de modo que cada uno de ellos y todos en conjunto observen una conducta que tienda a que prevalezca el interés común, que es el modo de realización de los intereses personales (negrillas en el original)<sup>202</sup>.

De igual manera, la jurisprudencia internacional ha señalado que:

[...] **en la sociedad la oposición de intereses**, propia de los contratos conmutativos, **está sustituida por la convergencia de intereses**, de aquí que la voluntad de unión sea indudablemente el primer elemento esencial de la causa del contrato de sociedad, ya que cada uno de los contratantes en vez de considerarse como rival de los otros es su aliado para luchar con terceros, existiendo otro elemento complementario, que es la voluntad de correr en común ciertos riesgos, tanto los de pérdida como los de ganancias, elementos ambos que yuxtapuestos constituyen la “*affectio societatis*”<sup>203</sup> (énfasis agregado).

Es decir, el “*affectio societatis*” es la voluntad colectiva que tienen los socios de constituir una compañía; este consentimiento no se agota con la celebración del contrato,

---

<sup>198</sup> Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 136.

<sup>199</sup> Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 137.

<sup>200</sup> Víctor Cevallos Vásquez. “El contrato de sociedad o compañía de comercio”. *Óp. cit.*, p.37.

<sup>201</sup> Francisco Salgado. *Curso de Derecho Civil*, 1982, p. 21. En: Roberto Salgado Valdez. “El Empresario y las Sociedades”. *Óp. cit.*, p. 295.

<sup>202</sup> Roberto Salgado Valdez. “El Empresario y las Sociedades”. *Óp. cit.*, p. 296.

<sup>203</sup> Tribunal Supremo Español. Sentencia del 3 de diciembre de 1959. En: Juan Ignacio Peinado García. “Abnegación y silencio en la sociedad mercantil”. *Derecho de Sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 60. ISBN: 978-84-9169-760-2.

sino que permanece durante toda la vida de la sociedad<sup>204</sup>. Por tanto, la creación de una compañía es un negocio jurídico plurilateral por medio del cual “las voluntades de los socios fundadores se orientan en paralelo hacia la creación del ente social, quedando todos vinculados a este último en su calidad de miembros”<sup>205</sup>.

En definitiva, de contrato de sociedad nacen las obligaciones que se perpetúan durante la relación jurídica de los accionistas y la sociedad. Además, es un contrato de cooperación y coordinación mutua por medio del cual los socios renuncian a sus intereses personales a favor de la sociedad. Es fundamental recordar que el contrato de constitución, como todo negocio jurídico, es un conjunto de reglas que rige el actuar de los socios y se encuentra integrado por los principios generales del derecho.

Además del contrato de constitución de compañía, el estatuto social también contiene normas que rigen el comportamiento de los socios. Así, “los estatutos son normas de funcionamiento interno de la sociedad, dictados al amparo de la autonomía negocial y destinado, en lo fundamental a regular constitucionalmente los aspectos básicos de la organización societaria”<sup>206</sup>.

Por lo expuesto anteriormente, las regulaciones a las que se ven inmersos los socios de una compañía se pueden observar desde un doble contenido. De un lado, el contenido legal que es el conjunto de normas del derecho societario, y, de otro, el contenido voluntario donde se encuentra el contrato social, el estatuto, los reglamentos de funcionamiento del órgano, entre otros.

### 3.1.2 El principio de buena fe

Doctrinariamente, el principio de buena fe ha sido definido como: “la lealtad en el tratar, el proceder honrado y leal. Supone el guardar la fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza, ni abusar de ella [...]”<sup>207</sup>. En este sentido, Fueyo Laneri señala que: “la buena fe significa rectitud y honradez que conducen naturalmente a la confianza. Esa rectitud y honradez en la conducta de la persona impone en la otra la fe o confianza, que hace sentir y pensar en el compartimiento leal”<sup>208</sup>.

---

<sup>204</sup> Roberto Salgado Valdez. “El Empresario y las Sociedades”. *Óp. cit.*, p. 297.

<sup>205</sup> Luis Fernández de la Gándara. “Teoría General del derecho de sociedades: los modelos mercantiles codificados”. *Óp. cit.*, p. 53.

<sup>206</sup> Luis Fernández de la Gándara. “Modificación de Estatutos”. *Óp. cit.*, p. 859.

<sup>207</sup> Luis Díez-Picazo. *La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Bosh, 1963, p.157. En: Michel Godreau. “Lealtad y Buena Fe Contractual”. *Revista Jurídica U.P.R* 58/3 (1989), p. 372.

<sup>208</sup> Fernando Fueyo Laneri. “La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 55/1 (1958), p. 99. Por su parte, Grodeau menciona: “el principio de

Por su parte, la ex Corte Suprema de Justicia ecuatoriana, al pronunciarse sobre el principio de buena fe, mencionó que toda las relaciones están sujetas al imperio de la buena fe puesto que: “es un principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de las obligaciones”<sup>209</sup>. En suma, el principio de buena fe impone a los sujetos de una relación jurídica el deber de comportarse en formal leal, recta y cooperadora para así generar una confianza recíproca.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se contempla la distinción entre la buena fe subjetiva y objetiva. Por un lado, la buena fe subjetiva es: “la convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular, aunque objetivamente no sea así; aunque haya error”<sup>210</sup>. En este supuesto, se deberá analizar el estado de ignorancia o error en el que se encontraba la persona para haber estado convencida sobre la legitimidad de un derecho propio o haber ignorado la lesión de un derecho ajeno<sup>211</sup>.

Frente a la buena fe subjetiva, se encuentra la buena fe objetiva que ha sido entendida como el: “principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones *deberes* coherentes con un modelo de comportamiento objetivo”<sup>212</sup> (cursivas en el original). La buena fe objetiva se funda en la honestidad, rectitud, lealtad, transparencia, probidad y sobre todo consideración del interés del otro sujeto.

En otras palabras, “la buena fe objetiva no supone la creencia o ignorancia que justifica un error– buena fe en sentido subjetivo– sino la aprobación de una conducta o proceder, según el parecer unánime de personas razonables y honradas con base a los usos sociales imperantes en una determinada circunstancia”<sup>213</sup>.

---

la buena fe importa algo más que el no incurrir en fraude; significa, precisamente por el tipo de relación que se da entre las partes, un actuar cooperador y leal tomando siempre en cuenta las expectativas legítimas del otro contratante”. Michel Godreau. “Lealtad y Buena Fe Contractual”. *Óp. cit.*, p. 393.

<sup>209</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Registro Oficial No. 162, de 5 de abril de 2003. *vid.* Corte Suprema de Justicia Ecuador. Sala de Casación. Registro Oficial No. 58, de 9 de abril de 2003.

<sup>210</sup> Jorge López Santa María. *Los contratos. Parte General*. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2005, 398.

<sup>211</sup> Martha Lucía Neme Villarreal. “La presunción de buena fe en el sistema jurídico ecuatoriano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio”. *Revista de Derecho Privado Externado* 18 (2010), p.68.

<sup>212</sup> Martha Lucía Neme Villarreal. “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”. *Revista de Derecho Privado Externado* 17 (2009), p.49.

<sup>213</sup> Luis Martínez-Calcerrada. “La buena fe y el abuso del Derecho”. *Revista de Derecho Privado* (1979), p. 436.

El principio de buena fe objetiva se encuentra recogido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en el título XII del libro IV del Código Civil. El artículo 1562 del Código Civil introduce al principio de buena fe objetiva y enuncia: “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de las obligaciones, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”<sup>214</sup>. En consecuencia, el legislador ecuatoriano buscó que las obligaciones contractuales se extiendan más allá de los términos pactados en el contrato<sup>215</sup>.

A primera vista, la consagración legal del principio de buena fe objetiva, nos lleva concluir que este rige transversalmente a los negocios jurídicos y su aplicación debe estar presente durante la ejecución de contrato; inclusive antes y después del cumplimiento de la obligación principal<sup>216</sup>. Además, el principio de buena fe “puede crear ciertos deberes especiales de conducta, que deberán ser cumplidos por las partes, y los cuales pueden ser plenamente exigibles [...] el principio de la buena fe se nos presenta como una real fuente de derechos y obligaciones, ampliando el contenido del contrato”<sup>217</sup>. En este sentido, María Fernanda Ekdahl apoyando la tesis de Cristián Boetsch establece que: “la buena fe es fuente especial de deberes de conducta, [...] y son considerados como deberes secundarios o accesorios en cuando se suman o agregan a aquellos expresamente programados por las partes”<sup>218</sup>. Con lo expuesto, se concluye que el principio de buena fe es fuente creadora de deberes exigibles a las partes dentro de una relación contractual.

En consecuencia, el incumplimiento de los deberes creados por el principio de la buena fe genera responsabilidad de una de las partes. En este sentido, Ludwing Enneccerus señala que: “cada una de las partes, en el desarrollo de sus relaciones contractuales, ha de tener en cuenta el interés, por ella conocido, de la otra parte, y ajustará su conducta de manera de evitar un menoscabo en la otra; de lo contrario, si se viola este

---

<sup>214</sup> Código Civil. *Óp. cit.* Artículo 1562.

<sup>215</sup> Hernán Corral Talciani. “Aplicación Jurisprudencial de la Buena fe Objetiva en el Ordenamiento Civil Chileno”. *Derecho Privado* 143 (2007), p. 144.

<sup>216</sup> Martha Lucía Neme Villarreal. “El principio de buena fe en material contractual en el sistema jurídico colombiano”. *Óp. cit.*, p. 85.

<sup>217</sup> Cristián Boetsch Gillet. “Funciones de la Buena Fe Contractual”. *La Buena Fe Contractual*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015, p. 94.

<sup>218</sup> María Fernanda Ekdahl. *La doctrina de los actos propios: el deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1989. En: Cristián Boetsch Gillet. “Funciones de la Buena Fe Contractual. *Óp. cit.*, p. 94.

deber contractual, se hace responsable a una indemnización<sup>219</sup>. Con similar criterio, Ángel López y López explica que:

La operatividad específica de los deberes derivados de la buena fe consiste precisamente en su exigencia, aunque ni la ley ni la voluntad de los sujetos de una relación jurídica los hayan contemplado expresamente. [...] Ahora bien, de lo que no cabe la menor duda es que **la violación de un deber entre particulares, es siempre un ilícito, y por consiguiente, fuente de responsabilidad** (cfr. artículos 1101 y 1902 del CC), en la medida que cause daño<sup>220</sup> (énfasis agregado).

En definitiva, los deberes que nacen del principio de buena fe integran al contrato y cuando se incumplen generan responsabilidad de la otra parte<sup>221</sup>.

Con base en lo anterior se puede afirmar que en el ámbito contractual, además de cumplir lo pactado entre las partes y lo ordenado por la Ley, se debe respetar el principio de buena fe recogido en el artículo 1562 del Código Civil<sup>222</sup>. El contrato de sociedad no es la excepción. Alberto Lyon Puelma señala lo siguiente:

[...] Siempre estará presente el artículo 1546 del Código Civil<sup>223</sup>, **pues cualquiera que sea la naturaleza del conflicto, y más cuando este se presenta en un contrato de sociedad, las obligaciones y derechos que emanan del mismo, deben cumplirse y ejercerse, respectivamente, de buena fe**, lo que por su naturaleza se opone, obviamente, a la obtención de cualquier beneficio por parte de cualquier socio que se encuentra en situación de sacrificar el interés de la sociedad al suyo propio<sup>224</sup>.

[...] En primer término, lo que se pretende resguardar es el contrato de sociedad, pues **la obligación primordial de los socios es cumplir el contrato social de buena fe, respetando los derechos de sus socios o accionistas**. Aunque parezca obvio decirlo, el contrato de sociedad obliga no solo a lo que en las cláusulas sociales se ha estipulado, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza del contrato o que por la ley o la costumbre pertenecen a dicha naturaleza [...]”<sup>225</sup> (énfasis agregado).

Por tanto, las accionistas al momento de constituir una compañía deberán actuar con base en el principio de buena fe y en los deberes derivados de este principio.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance concreto de la buena fe como fuente de deberes en el ámbito contractual? La buena fe exige una actuación recta, correcta y honrada de las partes. La buena fe como se explicó anteriormente es: “una fuente de especiales deberes de conducta exigible en cada caso particular, de acuerdo con la naturaleza de la relación

---

<sup>219</sup> Ludwing Enneccerus. *Derecho de las Obligaciones*. Barcelona: Editorial: Bosch, 1951, p.18.

<sup>220</sup> Ángel López y López. “Comentarios al Artículo 1258 del Código Civil Español”, p. 615. En: Ana Cañizares Laso. “Código Civil Comentado”. Navarra: Editorial Thomson Reuters, 2011.

<sup>221</sup> Cristián Boetsch Gillet. “Funciones de la Buena Fe Contractual”. *Óp. cit.*, p. 96.

<sup>222</sup> Nerea Iraculis Arregui. *Conflicto de Interés del Socio. Cese del administrador nombrado por accionista competidor*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 29.

<sup>223</sup> Mismo texto que el artículo 1562 del Código Civil ecuatoriano.

<sup>224</sup> Alberto Lyon Puelma. “Conflicto de Intereses en las Sociedades”. *Revista Chilena de Derecho* 29/2 (2002), p. 49

<sup>225</sup> *Id.* p 56.

jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella”<sup>226</sup>. En consecuencia, con base al principio de buena fe surgen deberes de conducta que son jurídicamente exigibles a las partes y cuya transgresión puede generar responsabilidad civil<sup>227</sup>.

Así, varios doctrinarios consideran que el principio de buena fe es fuente creadora de deberes especiales como el de lealtad, cooperación, información y protección<sup>228</sup>. Si bien la concreción de estos deberes –devinientes del principio de buena fe– estuvo en entredicho puesto que la escuela aquiliana planteaba la inexistencia de estos –deberes– como específicos de la esfera negocial<sup>229</sup>, hoy por hoy gozan de pleno reconocimiento y han sido tipificados en las diferentes legislaciones.

### 3.1.2.1 *El deber de lealtad*

El deber de lealtad, su contenido, alcance y fundamento, lastimosamente, en pocas ocasiones han sido estudiados detenidamente por la doctrina y la jurisprudencia nacional. Dicho silencio obliga a acudir al ámbito internacional<sup>230</sup>. Matías Zegers e Ignacio Arteaga señalan que: “el deber de lealtad [...] consiste básicamente en no aprovecharse del cargo para obtener un beneficio indebido en razón del mismo y en detrimento de la sociedad”<sup>231</sup>. Dicha afirmación se complementa con la de Vladimir Monsalve Caballero quien considera al deber de lealtad como un: “concepto general cimentado en el deber moral o ético de actuar en forma leal frente al otro sujeto de derecho con quien nos encontramos en una relación de confianza”<sup>232</sup>. En Ecuador, la ex Corte Suprema de Justicia ha señalado

---

<sup>226</sup> Carlos Laguado Giraldo. “Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro”. *Revista de Ciencias Jurídica de la universidad Autónoma de México* (2003), p. 232. *vid.* Vladimir Monsalve Caballero. “La Buena Fe como Fundamento de los Deberes Precontractuales de Conducta: Una Doctrina Europea en Construcción”. *Revista de Derecho* (2008), p. 36.

<sup>227</sup> Gustavo Ordoqui Castilla. “Buena fe en la integración del contrato”. *Buena Fe en los Contratos*. España: Editorial Reus S.A. 2011, p. 111.

<sup>228</sup> Nerea Iraculis Arregui. *Conflicto de Interés del Socio. Cese del administrador nombrado por accionista competidor*. *Óp. cit.*, p. 19 y p. 31. *vid.* Maribel Sáenz. “Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas”. *InDret* 1 (2016), p. 11.

<sup>229</sup> Vladimir Monsalve Caballero. “La Buena Fe como Fundamento de los Deberes Precontractuales de Conducta: Una Doctrina Europea en Construcción”. *Óp. cit.*, p. 45.

<sup>230</sup> Como se explicó, el deber de lealtad no ha sido desarrollado a profundidad en el ámbito nacional. Sin embargo, esta situación no exime a los jueces de aplicar este deber sino todo lo contrario. Así, el artículo 28 de Código Orgánico de la Función Judicial, obliga a la administración de justicia a acudir a los principios generales, a la doctrina y a la jurisprudencia para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento jurídico. Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 28. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

<sup>231</sup> Matías Zegers e Ignacio Arga. “Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América”. *Revista Chilena de Derecho* (2004), p. 254.

<sup>232</sup> Vladimir Monsalve Caballero. “La Buena Fe como Fundamento de los Deberes Precontractuales de Conducta: Una Doctrina Europea en Construcción”. *Óp. cit.*, pp. 40-41.

que la buena fe conlleva un deber moral que se traduce en una obligación jurídica de lealtad entre las partes<sup>233</sup>.

Se debe tomar en cuenta que el deber de lealtad se encuentra intrínsecamente relacionado con la confianza<sup>234</sup>. La confianza es la piedra angular de las relaciones entre socios. El momento en que las partes deciden asociarse, lo hacen basadas en el actuar leal y correcto, en el cual se entregan confiadamente a la concreción de sus expectativas legítimas<sup>235</sup>. En las sociedades, la confianza es de suma importancia puesto que facilita la gobernabilidad de la empresa y reduce costos de transacción. Por lo tanto, quien trasgrede esa confianza se encontrará actuando deslealmente y será civilmente responsable<sup>236</sup>.

El deber de lealtad se incorpora supletoriamente a la relación jurídica en virtud de los deberes y obligaciones que emanan del principio de buena fe<sup>237</sup>. Cabe recordar que este principio complementa el contenido del contrato, más allá de los expresamente pactado por las partes<sup>238</sup>. En este sentido, Rafael Rojo Álvarez-Manzaneda sostiene que: “la buena fe, y el deber de lealtad en el que se concreta, podrán cumplir una función interpretativa e integradora del contrato de sociedad, pero también operar como criterio de conducta conforme el cual deben ser cumplidas las obligaciones que de aquel derivan [...]”<sup>239</sup>.

El deber de lealtad implica para las partes un actuar de “cooperación permanente y constante, tomando siempre en cuenta las expectativas legítimas de la contraparte de tal

---

<sup>233</sup> Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial Año CIV, Serie XVII No. 12, 15 de enero de 2003. *Vid.* Corte Suprema de Justicia, Expediente de Casación 133 publicado en el Registro Oficial 162 de 5 de abril de 1999. *Vid.* Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Expediente 385, Registro Oficial 521 de 25 de febrero de 2002.

<sup>234</sup> Matías Zegers e Ignacio Arteaga. “Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América”. *Óp. cit.*, p. 263.

<sup>235</sup> Vladimir Monsalve Caballero. “La Buena Fe como Fundamento de los Deberes Precontractuales de Conducta: Una Doctrina Europea en Construcción”. *Óp. cit.*, p. 41.

<sup>236</sup> Carlos Alberto Ghersi. *Cuantificación económica: daños por gestión empresarial: responsabilidad de directores, administradores y representantes*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2011, p. 74.

<sup>237</sup> Ricardo Reveco Urzúa. “Una aproximación al conflicto de interés en el Código Civil Chileno”. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho* (2007), p. 115.

<sup>238</sup> Enrique Barros Bourie. “Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso del derecho”. *Revista Derecho y Humanidades* (1999), p. 20.

<sup>239</sup> Rafael Rojo Álvarez-Manzaneda. “Una aproximación al derecho de separación por falta de distribución de dividendos a la luz del deber de lealtad de los socios” *Derecho de Sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 344.



forma que se logren los objetivos a los que aspira la otra parte”<sup>240</sup>. Para Ricardo Reveco Urzúa:

En efecto, el rol del deber de lealtad es primordial en ciertas relaciones jurídicas caracterizadas por la fidelidad, reciprocidad y confianza. La vinculación al análisis de los conflictos de interés en el Código Civil está dada porque el deber de lealtad impone una serie de deberes de conducta caracterizados por la fidelidad, deberes que se ven infringidos precisamente cuando un sujeto, aprovechándose de dicha relación de confianza, abusa realizando actuaciones en perjuicio del principal o representado[...]<sup>241</sup>.

En suma, el deber de lealtad se materializa, principalmente, en una relación jurídica contractual<sup>242</sup>. Ahora bien, ¿es el deber de lealtad exigible a los socios de una compañía? Contrario a lo que ocurre con los administradores de la compañía<sup>243</sup> —en cuyo caso de forma unánime la doctrina ha reconocido el deber de lealtad— no existe unanimidad en la doctrina que reconozca deber de lealtad entre socios<sup>244</sup>. No obstante, ciertos autores consideran que:

En virtud del principio de buena fe [...], quedarían [socios mayoritarios] sometidos a **un deber general de fidelidad no solo respecto a la sociedad, sino también respecto a los socios minoritarios**, por cuanto su comportamiento deberá estar encaminado a la consecución del interés común, entendido en sentido amplio, y que como hemos visto, constituye la concreción de la cláusula de la buena fe como elemento de integración contractual aplicada al contrato de sociedad<sup>245</sup> (énfasis agregado).

Esta postura es apoyada por el Tribunal Supremo Alemán que en el caso *Linotype*, resuelto en 1998, estableció que el deber de fidelidad de la mayoría respecto de la minoría<sup>246</sup>. En este sentido, la consecuencia práctica del reconocimiento del deber de lealtad es la modulación y limitación del derecho de los accionistas. Los derechos de los accionistas no pueden ser ejercidos de manera abusiva y tampoco pueden causar un daño o a la sociedad o a los consocios<sup>247</sup>.

---

<sup>240</sup> Vladimir Monsalve Caballero. “La Buena Fe como Fundamento de los Deberes Precontractuales de Conducta: Una Doctrina Europea en Construcción”. *Óp. cit.*, p. 41.

<sup>241</sup> Ricardo Reveco Urzúa. “Una aproximación al conflicto de interés en el Código Civil Chileno”. *Óp. cit.*, p. 87 y p. 119.

<sup>242</sup> Michel Godreau. “Lealtad y Buena Fe Contractual”. *Óp. cit.*, p. 380.

<sup>243</sup> *vid.* Ángel Rojo y Emilio Beltrán. *La responsabilidad de los administradores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. *vid.* Josep-Oriol Llebot Majó. *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*. Madrid: Civitas, 1996.

<sup>244</sup> María Mercedes Curto Polo. “La opresión de la minoría o el abuso de la mayoría”. *La protección del socio minoritario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p.78.

<sup>245</sup> *Ibíd.*, p.80

<sup>246</sup> *Ibíd.*, p. 87.

<sup>247</sup> Rafael Rojo Álvarez-Manzaneda. “Una aproximación al derecho de separación por falta de distribución de dividendos a la luz del deber de lealtad de los socios”. *Óp. cit.*, p. 344.

Por otro lado, la doctrina minoritaria sostiene que el deber de lealtad es un deber del administrador mas no del accionista<sup>248</sup>. Esta doctrina se fundamenta en que el deber de lealtad impondría mucho más de lo que la buena fe obliga puesto que “se pretende que el socio ordene su actuación a la consecución del interés común en detrimento de su interés particular cuando ambos estén en conflicto”<sup>249</sup>.

La postura que diferencia la aplicación del deber de lealtad entre los administradores y socios es curiosa puesto que la doctrina mayoritaria entiende que tanto los socios como los administradores están sometidos a un deber de lealtad frente a la sociedad y a sus consocios<sup>250</sup>. En definitiva, el deber de lealtad entre los socios implica cuidar los intereses de la sociedad y tomar en consideración el interés de los consocios<sup>251</sup>.

### 3.1.2.2 *El deber de cooperación o colaboración*

El deber de cooperación o colaboración es uno de los más importantes presupuestos axiológicos de la buena fe como principio general de derecho<sup>252</sup>. Así, la buena fe en la ejecución de los contratos es “[...] esencialmente una actitud de colaboración, encaminada a cumplir la expectativa de la otra parte, lo que supone el deseo de ayudar y colaborar para que el otro pueda cumplir con lo que debe”<sup>253</sup>. Es decir, íntimamente relacionado con el deber de lealtad, se encuentra el deber de cooperación o colaboración, nueva forma de concreción del principio de buena fe.

El deber de colaboración en la ejecución del contrato “exige al acreedor abstenerse de todo acto u omisión que pueda tener por consecuencia privar a la otra parte de beneficios o ventajas propias del contrato o que agrave injustificadamente el resultado, volviendo más onerosa la situación del deudor”<sup>254</sup>. En los contratos las partes no son adversarios, sino que están relacionadas, “y por ello tanto el acreedor como el deudor deben recíprocamente colaborar entre sí para que la prestación legítimamente esperada se

---

<sup>248</sup> Juan Ignacio Peinado García. *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*. *Óp. cit.*, p. 60.

<sup>249</sup> Juan Ignacio Peinado García. *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*. *Óp. cit.*, p. 60.

<sup>250</sup> Maribel Sáenz. “Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas”. *Óp. cit.*, p. 11

<sup>251</sup> María Mercedes Curto Polo. “La opresión de la minoría o el abuso de la mayoría”. *Óp. cit.*, p.79

<sup>252</sup> Fernando Pico Zúñiga. “El deber de coherencia y cooperación en el ejercicio de la condición simplemente potestativa, suspensiva y pendiente”. *Universitas* (2013), p. 286.

<sup>253</sup> Emilio Betti. “Fuentes y vicisitudes de la obligación”. *Óp. cit.*, p. 101 y p. 114.

<sup>254</sup> Gustavo Ordoqui Castilla. “Deberes derivados de la concreción del alcance de la buena fe”. *Óp. cit.*, p. 117.

haga realidad”<sup>255</sup>. Según Emilio Betti, el principio de colaboración tiene una faz negativa que es el deber de no dañar; por otro lado, la faz positiva presupone preservar la esfera del interés ajeno<sup>256</sup>. Por tanto, como concreción del principio de buena fe, las partes deben colaborar y cooperar en la obtención de un fin común<sup>257</sup>.

### 3.2 Análisis de los elementos de la responsabilidad civil

En la anterior sección se estableció que la obligación de los socios de actuar de buena fe dentro de una compañía emana del contrato de constitución y del estatuto social de la misma. En este acápite se analizarán los presupuestos de la responsabilidad civil en el caso específico de la expropiación societaria por vía de sueldos, bonificaciones, contratos celebrados entre la compañía y los accionistas mayoritarios o la capitalización abusiva.

#### 3.2.1 El incumplimiento de la buena fe como presupuesto de la antijuridicidad

En las secciones precedentes se definió al principio de buena fe, los deberes derivados de este principio y el contrato de constitución de compañía. Con base en estas definiciones, es posible afirmar que el contrato de constitución de compañía es un contrato que rige la conducta de los socios y se encuentra integrado por la buena fe y los deberes de lealtad, colaboración, entre otros. Por lo tanto, el actuar de los socios deberá ser conforme a este principio y a sus deberes derivados del principio de la buena fe.

En el ámbito societario, la violación al principio de buena fe podría tener lugar, por ejemplo, cuando socios mayoritarios disminuyen el patrimonio de la compañía por vía de sueldos, bonificaciones, contratos celebrados entre la compañía y los accionistas mayoritarios o capitalizan de manera abusiva. En estos casos, se configura una conducta de mala fe. Atilio Alterini destaca que: “la mala fe es conciencia de la ilegitimidad de lo que se pretende. Se sabe y se tiene la intención de actuar contra derecho con la conciencia de que se está dañando a otro”<sup>258</sup>. Al actuar de mala fe, se está en pleno “conocimiento del vicio propio o ajeno lo que lleva a un comportamiento ilícito o incorrecto y, por ello antijurídico”<sup>259</sup>. En consecuencia, es antijurídica toda conducta que se aparte de la buena fe.

---

<sup>255</sup> *Ibíd.*

<sup>256</sup> Emilio Betti. “Prolegómenos: funciones económico-social de las relaciones obligatorias”. *Óp. cit.*, p. 71.

<sup>257</sup> Gustavo Ordoqui Castilla. “Deberes derivados de la concreción del alcance de la buena fe”. *Óp. cit.*, p. 117.

<sup>258</sup> Atilio Alterini. “Mala fe” *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Omeba, 1964, p. 928.

<sup>259</sup> Gustavo Ordoqui Castilla. “Deberes derivados de la concreción del alcance de la buena fe”. *Óp. cit.*, p. 198.

En el caso de análisis, la conducta de los socios mayoritarios al disminuir el patrimonio de la compañía por vía de sueldos, bonificaciones, contratos celebrados entre la compañía y los accionistas mayoritarios o capitalizar de manera abusiva para diluir la participación del socio minoritario es, sin duda alguna, un actuar contrario a la buena fe y a los deberes derivados de este principio. Este comportamiento genera una gravísima consecuencia: la expropiación societaria del accionista minoritario que conlleva a repartos asimétricos de los beneficios económicos dentro de una compañía.

Las conductas que generan la expropiación societaria son contrarias al principio de buena fe y a los deberes que nacen de ella por las siguientes razones. En primer lugar, la actuación de los socios mayoritarios deja de ser honesta, honorable, transparente, responsable, pródiga y leal. En segundo lugar, los socios mayoritarios sustituyen la colaboración y la búsqueda de intereses recíprocos por el beneficio propio, en desmedro de los accionistas minoritarios. En tercer lugar, el comportamiento de los socios mayoritarios representa un acto lesivo para la sociedad puesto que busca reducir el patrimonio de la compañía en beneficio propio, a todas luces contrario a la buena fe. En cuarto lugar, este comportamiento es contrario al deber de lealtad que exige a los socios actuar de manera compatible al interés social de la compañía puesto que reduce el patrimonio de la empresa o se capitaliza abusivamente para diluir la participación de los accionistas minoritarios. En quinto lugar, el comportamiento de los socios rompe con la confianza —elemento indispensable en una sociedad— que deriva del deber de lealtad y colaboración. En consecuencia, esta conducta es antijurídica y se configura el primer presupuesto de la responsabilidad civil.

### 3.2.2 El daño ocasionado por los accionistas mayoritarios frente a la expropiación de los minoritarios

En esta sección se procederá a analizar si la expropiación societaria genera un daño cierto, personal y subsistente al accionista minoritario. En el caso de análisis, los accionistas mayoritarios al extraer el patrimonio de la empresa por vía de sueldos, bonificaciones, contratos celebrados entre la compañía y los accionistas mayoritarios o capitalizar de manera abusiva para diluir la participación de la minoría accionaria generan un daño a los accionistas minoritarios. Ahora bien, ¿el daño generado por los accionistas mayoritarios es resarcible?

No cabe duda que para responder la pregunta planteada se deberá analizar caso por caso el alcance del daño causado a los accionistas minoritarios como consecuencia de la expropiación societaria. Sin embargo, en el presente trabajo de titulación se trae a colación ciertos ejemplos para demostrar que el daño ocasionado a los accionistas minoritarios cuando son expropiados es un daño resarcible.

En el capítulo inicial de este trabajo de titulación se explicó los tres supuestos que generan la expropiación societaria. El primer caso se configura cuando un accionista mayoritario reduce el patrimonio de la empresa a través de sueldos o bonificaciones. Es decir, el accionista mayoritario o sus allegados perciben cuantiosas remuneraciones por el cargo desempeñado o se crean injustificada e intempestivamente plazas de trabajo para que ocupe el socio mayoritario o sus allegados. Bajo este supuesto el socio de mayoría accionaría recibe dividendos de *facto* y ocasiona un daño a los accionistas minoritarios puesto que se reduce el patrimonio de la compañía y las utilidades percibidas por los socios minoritarios son menores y se generan repartos asimétricos de los beneficios económicos.

Un segundo ejemplo, que evidencia con claridad la expropiación a los accionistas minoritarios, ocurre cuando la compañía celebra contratos con los accionistas mayoritarios y las cuantías de estos contratos se encuentran por sobre o bajo el precio del mercado. Bajo estos supuestos se evidencia con claridad que los socios mayoritarios buscan un beneficio propio ocasionando un reparto asimétrico de los beneficios de la compañía. El actuar de los accionistas mayoritarios reduce el patrimonio de la compañía puesto que la adquisición o venta de bienes o servicios no se ajusta al precio del mercado y, paralelamente, las utilidades de los socios minoritarios son menores por la expropiación societaria.

El tercer caso de análisis es la capitalización abusiva. En este último supuesto identificar el daño ocasionado por los accionistas mayoritarios a los minoritarios se torna en un reto. Ahora bien, no se debe perder de vista que la capitalización abusiva se realiza con la intención de diluir la participación del accionista minoritario y, como consecuencia de aquello, se reducen las participaciones que tienen estos accionistas y el monto de utilidades que podrían percibir en un año fiscal. En otras palabras, al diluirse la participación del accionista minoritario se reducen las utilidades y se los priva de un

beneficio económico que hubiera tenido en caso de que no se hubiera dado la capitalización abusiva.

Una vez descritos los tres supuestos de análisis, se puede concluir que el daño ocasionado por los accionistas mayoritarios a los minoritarios es el reparto asimétrico de los beneficios económicos de la compañía a través de la expropiación societaria a los accionistas minoritarios. La expropiación societaria ¿es un daño cierto, personal y subsistente?

En primer lugar, el daño en la expropiación societaria es cierto porque las actuaciones de los accionistas mayoritarios producirían una reducción en el patrimonio de la compañía y como consecuencia de aquello se reducirían los beneficios económicos del accionista minoritario. En segundo lugar, el daño es personal puesto que los accionistas minoritarios son las personas que se ven privadas de los beneficios económicos cuando los accionistas mayoritarios reducen el patrimonio de la compañía. Finalmente, el daño en la expropiación societaria es subsistente siempre y cuando los accionistas mayoritarios no hayan resarcido a los socios de minoría accionaria por sus actuaciones. La causalidad entre el daño y la conducta de los socios mayoritarios será analizada en la siguiente sección.

### 3.2.3 Nexo causal entre el daño y el incumplimiento al principio de buena fe en la expropiación societaria

En Ecuador para establecer el nexo causal entre una conducta antijurídica y un daño, los Tribunales de Justicia utilizan con mayor frecuencia la teoría de causalidad adecuada.<sup>260</sup> En la especie, para determinar si existe responsabilidad civil se deberá identificar cuáles fueron las posibles causas de la expropiación societaria. Posteriormente, se deberá analizar el comportamiento de los socios mayoritarios y su relación directa con la disminución de los beneficios económicos de los accionistas minoritarios. Es importante notar que esta relación debe ser adecuada y no meramente fortuita.

En las secciones precedentes se determinó que las conductas antijurídicas son: la extracción del patrimonio por vía de sueldos, bonificaciones, contratos celebrados entre accionistas mayoritarios y la compañía o la capitalización abusiva. De igual manera, se evidenció que el daño producido es la reducción del patrimonio de la compañía y como

---

<sup>260</sup> *Supra* 2.2.3.

consecuencia de aquello la usurpación de los beneficios económicos de los accionistas minoritarios.

Ahora bien, ¿existe una relación causal adecuada entre el comportamiento de los socios mayoritarios y el daño producido?

Para ello debemos preguntarnos, si los socios mayoritarios no tomarían la decisión en la junta general de aprobar sueldos excesivos, bonificaciones exorbitantes, contratos por precios sobre o bajo el mercado entre la compañía y la capitalización con la intención de diluir la participación de los minoritarios ¿ocurriría la expropiación societaria? Sin lugar a duda, la respuesta a estas preguntas dependerá de la prueba aportada en cada caso. Sin embargo, considerando la teoría de la causalidad adecuada no cabe duda que existe una relación intrínseca entre los repartos asimétricos de los beneficios económicos de una compañía por las causas anteriormente mencionadas y las decisiones adoptadas por mayoría en junta general.

Por otro lado, uno de los objetivos de la causalidad es determinar el sujeto responsable de la producción del daño. En definitiva, ¿quién debe responder por la reducción del patrimonio en una compañía como consecuencia de las conductas antes mencionadas? Con base al análisis realizado se considera que los llamados a responder por el daño ocasionado deberán ser todos aquellos que aprobaron la decisión de crear puestos de trabajo innecesarios, pagar bonificaciones y sueldos excesivos, celebrar contratos entre la compañía y los accionistas o se encontraron a favor de la capitalización abusiva.

#### 3.2.4 La culpa o el dolo en la expropiación societaria

En las secciones anteriores, se determinó que las conductas que ocasionan el hecho antijurídico son: la extracción del patrimonio por vía de sueldos, bonificaciones, contratos celebrados entre accionistas mayoritarios y la compañía o la capitalización abusiva. De igual manera, se estableció que una de las diferencias fundamentales entre el régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual es el límite en la resarcibilidad del daño.

Para recapitular, en la responsabilidad contractual nos encontramos frente a la teoría de la dualidad en la previsibilidad. Así, el deudor que obra con dolo deberá responder por todos los perjuicios que fueron consecuencia mediata o inmediata de haber incumplido con su obligación de actuar de buena fe. Por el contrario, cuando el deudor actuó de forma negligente contraviniendo el principio de buena fe deberá responder únicamente por los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Por otro lado, en

la responsabilidad extracontractual el causante de un daño deberá responder por todos los perjuicios previsibles o no, puesto que el ordenamiento legal no consagra el régimen de la dualidad en la responsabilidad extracontractual.

En la especie, se debe analizar cada una de las conductas de los accionistas mayoritarios para determinar si estos deben responder por todos los daños ocasionados o únicamente por los daños que pudieron preverse al tiempo de la celebración del contrato de constitución de compañía. Si bien, la respuesta depende del tipo de responsabilidad que genere la expropiación societaria se procederá a analizar la teoría de la dualidad de la previsibilidad puesto que en el régimen extracontractual el deudor responde por todos los daños; independientemente de la culpa o el dolo.

En primer lugar, la reducción del patrimonio por vía de sueldos, bonificaciones y celebración de contratos entre el accionista mayoritario y la compañía deberán ser analizadas caso por caso para establecer el monto de resarcimiento; dependiendo si el accionista actuó con culpa o dolo. En segundo lugar, en caso de configurarse la capitalización abusiva el socio mayoritario, este deberá responder por todos los daños que sean consecuencia inmediata o mediata de su conducta. Ello en virtud que, como se explicó en el primer capítulo de este trabajo, la capitalización abusiva se configura en el Ecuador únicamente bajo el supuesto que el socio mayoritario actúe con la intención de diluir la participación del minoritario y, así genere repartos asimétricos de los beneficios de la compañía.

\*\*\*

En conclusión, en esta sección se demostró que la extracción del patrimonio por vía de sueldos, bonificaciones, contratos celebrados entre accionistas mayoritarios y la compañía o la capitalización abusiva son conductas contrarias al principio de buena fe recogido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Además, se demostró que el daño producido por estas actuaciones es la reducción del patrimonio en una compañía y como consecuencia de aquello la usurpación de los beneficios económicos de los accionistas minoritarios. Adicionalmente, se probó que existe una relación de causalidad adecuada entre las conductas antijurídicas analizadas y el daño producido, por lo tanto, las personas que aprobaron las decisiones en junta general deberán responder por el daño ocasionado.



### 3.3 Tipo de responsabilidad civil que genera la expropiación societaria

A lo largo de este trabajo se demostró que el principio de buena fe integra el contrato de constitución de compañía. Además, se estableció que los deberes secundarios o colaterales devenientes de este principio son parte del contrato y en caso de ser incumplidos generan responsabilidad civil. En otras palabras, no existe duda de que la violación al principio de buena fe y a los deberes secundarios emanados de este principio, constituyen un ilícito y, por consiguiente, son una fuente de responsabilidad.

El objeto de estudio de esta sección se centrará en determinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento del contrato de constitución de compañía. En consecuencia, en primer lugar, se analizará la posición doctrinaria que considera que la inobservancia del principio de buena fe genera responsabilidad civil contractual y, en segundo, se estudiará la tesis que considera que el incumplimiento de este principio es una contravención al *neminem laedere*. Finalmente, se determinará si la expropiación societaria genera responsabilidad contractual o extracontractual.

#### 3.3.1 La violación al principio de buena fe genera responsabilidad contractual

Parte de la doctrina considera que la inobservancia del principio de buena fe y de sus deberes constituye un incumplimiento contractual y, consecuentemente, engendra una responsabilidad contractual. El artículo 1562 del Código Civil es decisivo puesto que transforma las contravenciones al principio de buena fe en incumplimientos contractuales<sup>261</sup>. En este sentido, Luis Díez-Picazo afirma que el incumplimiento al principio de buena fe constituye un contravención contractual y produce, responsabilidad contractual “entre otras razones, porque de otra manera quedaría sin contenido el precepto cardinal del artículo 1.258 CC<sup>262</sup> y, además, porque los deberes nacidos de una relación contractual –sean unos u otros específicamente pactados– deben tener un tratamiento uniforme en sede contractual”<sup>263</sup>.

En otras palabras, al dotar al contrato de buena fe se genera una ampliación al ámbito de la responsabilidad contractual puesto que la violación a este principio y a sus deberes

---

<sup>261</sup> Antonio Carrasco Perera. *Derecho de contratos*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2010, p. 523.

<sup>262</sup> El artículo 1258 del Código Civil Español dispone: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”. Este texto es similar al del artículo 1562 del Código Civil ecuatoriano.

<sup>263</sup> Luiz Díez-Picazo y Luis Ponce de León. En: Antonio Cabanillas Sánchez. “*Los deberes de protección del deudor en el Derecho Civil, en el Mercantil y en el Laboral*”. Madrid: Editorial Civitas, 2000, p. 19.

accesorios generan responsabilidad contractual<sup>264</sup>. Esta posición es sostenida por Emilio Betti que: “entiende que la inobservancia de las consecuencias derivadas de la buena fe contractual constituye incumplimientos del contrato, motivo por el cual han de juzgarse de acuerdo con las reglas de la responsabilidad contractual y no de la extracontractual”<sup>265</sup>.

En concordancia con la tesis adoptada por Francisco Jordano Fraga y Emilio Betti, Rut González Hernández afirma que:

Siempre que entre las partes existe una relación y el daño es consecuencia del cumplimiento defectuoso o incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación derivan, sean obligaciones expresamente pactadas o **deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe**, o de los usos de los negocios, **la responsabilidad es de carácter contractual** y los tribunales deben declararlo así, haciendo uso en lo necesario de la regla *iuri novit curia*<sup>266</sup> (énfasis agregado).

En igual sentido, María Bernal Fandiño sostiene que:

Se ha indicado al respecto que el principio general de la buena fe ha aumentado su operatividad en el derecho privado al constituirse en generador de deberes accesorios o complementarios del deber de prestación, y en caso de transgresión de los mismos, al tratarse de una violación de un deber específico derivado de una relación concreta entre las partes, ello conduce a una responsabilidad de carácter contractual<sup>267</sup>.

Esta posición también ha sido sostenida por la justicia arbitral en el caso *Gilinski-Bancolombia*. En este caso, el Tribunal Arbitral se refiere al cumplimiento de los contratos de conformidad con el principio general de la buena fe. En la parte resolutive del laudo se establece que en caso de incumplimiento del principio de buena fe y de sus deberes accesorios se incurriría en responsabilidad contractual<sup>268</sup>. Así, la doctrina mayoritaria considera que la transgresión al principio de buena fe constituye un incumplimiento contractual.

### 3.3.2 La violación al principio de buena fe genera responsabilidad aquiliana

En contraposición a lo establecido en el acápite anterior, cierta parte de la doctrina sostiene que el incumplimiento del principio de buena fe y sus deberes derivados es una violación al *neminem laedere*. De acuerdo con esta postura, el principio de buena fe y los deberes devenientes de este principio no forman parte del contenido estrictamente contractual por lo que se debe aplicar las normas de la responsabilidad aquiliana<sup>269</sup>.

---

<sup>264</sup> Francisco Jordano Fraga. *La responsabilidad contractual*. Madrid: Editorial Civitas, 1987, p. 140 y 141.

<sup>265</sup> Emilio Betti. “Fuentes y vicisitudes de la obligación”. *Óp. cit.*, p. 106 y 114.

<sup>266</sup> Rut González Hernández. “Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas”. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 46, (2013), p. 212.

<sup>267</sup> Mariana Bernal Fandiño. “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta”. *Vniversitas* 126 (2013), p. 58.

<sup>268</sup> Laudo arbitral *Gilinsky contra Bancolombia S.A.*, del 16 de mayo de 2006. Árbitros: José Alejandro Bonivento, César Hoyos y Jorge Santos. En: *Ibíd.*

<sup>269</sup> *Ibíd.*

Esta posición es respaldada por cierta jurisprudencia del Tribunal español que señala lo siguiente: “no basta que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la culpa aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado [...]”<sup>270</sup>. En consecuencia, para esta parte de la doctrina, el principio de buena fe y sus deberes al no ser pactados por las partes acarrearán responsabilidad extracontractual en lugar de responsabilidad contractual.

Sin embargo, esta posición se considera restrictiva puesto que es contraria a lo establecido en el Código Civil ecuatoriano, en particular al artículo 1562, según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por lo tanto, obligan no solamente a lo que se acordó en forma expresa sino a “todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”<sup>271</sup>. En otras palabras, el propio Código Civil indica que el contenido del contrato no se limita a lo expresamente pactado por las partes<sup>272</sup>. Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la violación al principio de buena fe dentro de la órbita contractual acarrearía responsabilidad contractual.

\*\*\*

En conclusión, existe una fuerte discusión doctrinaria sobre la fuente de la responsabilidad que deriva del incumplimiento del principio de buena fe. Sin embargo, la legislación ecuatoriana en su artículo 1562 establece con suma claridad que este principio y los deberes derivados del mismo integran el contrato y deberán ser respetados por las partes.

Por lo tanto, si la conducta del socio mayoritario contraviene el principio de buena fe contractual —incorporado al contrato de constitución de compañía— la fuente que origina la responsabilidad será contractual. Por consiguiente, se deberá analizar los presupuestos de responsabilidad contractual para así determinar si procede o no una indemnización a favor del socio de minoría accionaria.

---

<sup>270</sup> Tribunal Supremo Español. Sala Segunda de lo Penal. Sentencia, 16 de diciembre de 1986.

<sup>271</sup> Mariana Bernal Fandiño. “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta”. *Óp. cit.*, p. 58.

<sup>272</sup> *Ibíd.*

## 4. Conclusiones

1. La expropiación societaria es uno de los mecanismos más lesivos en contra de los derechos de los accionistas minoritarios puesto que genera una reducción de sus beneficios económicos directa e indirectamente.
2. Esta clase de decisiones son difícilmente cuestionables al pertenecer a la esfera más íntima de la sociedad, como por ejemplo el crecimiento económico de la compañía, la asignación de sueldos, salarios y bonificaciones o la celebración de contratos entre partes relacionadas con precios por sobre o bajo el mercado.
3. La legislación societaria contiene un catálogo de derechos para la protección de los accionistas sumamente amplio. Si bien, en principio estos mecanismos pueden disuadir a los accionistas mayoritarios del cometimiento de actos expropiatorios, no son propiamente un medio resarcitorio del daño presuntamente ocasionado a los minoritarios.
4. El régimen de responsabilidad civil es la vía de reparación intrínseca entre privados para el resarcimiento de los daños ocasionados. Esta reparación dependerá del tipo de responsabilidad —contractual o extracontractual— que se genere entre las partes.
5. La relación entre los consocios es netamente privada y su principal fuente es el contrato de constitución de compañía del cual emanan derechos y obligaciones que deben ser cumplidos durante la vigencia de la sociedad. Una de las obligaciones más importantes, es obrar de buena fe de acuerdo con el artículo 1562 del Código Civil.
6. Al momento de constituir una compañía los socios anteponen el interés común al interés personal. No obstante, cuando el interés personal prima en desmedro de los consocios o de la compañía el accionista estaría actuando de mala fe.
7. Si bien la constitución de una compañía presupone el ánimo de lucro, una cosa es la obtención de beneficios económicos en función de los aportes sociales y, otra completamente distinta es utilizar el paquete accionario como vehículo para adoptar decisiones que tiendan a la absorción de réditos en perjuicio de la sociedad y de los accionistas minoritarios.
8. De acuerdo con el artículo 1562 del Código Civil, la buena fe es un principio rector en materia contractual que debe ser observado por los socios mientras esté vigente el contrato de constitución. Este principio conlleva la obligación que las partes respeten

- el “*affectio societatis*” y realicen sus mejores esfuerzos en procura del desarrollo de la compañía y la justa repartición de dividendos en función de los aportes realizados.
9. Ahora, cuando los accionistas mayoritarios de una compañía anteponen su interés para obtener beneficios que no les corresponderían a costa de los accionistas minoritarios actúan de mala fe e incumplen el contrato de sociedad.
  10. El daño causado en la expropiación societaria es el reparto asimétrico de los réditos de una compañía, este daño es cierto, personal y subsistente. Es cierto porque los accionistas minoritarios sufren un desmedro —forzado— en su patrimonio. Es personal puesto que los socios minoritarios se ven directamente afectados con el actuar expropiatorio de los socios mayoritarios. Finalmente, el daño será subsistente mientras no sea resarcido.
  11. Los llamados a responder por el daño ocasionado a los accionistas minoritarios son — en principio— los socios mayoritarios que contravinieron el principio de buena fe y aprobaron la decisión de: (i) pagar salarios y bonificaciones exorbitantes, (ii) crear puestos de trabajo innecesarios, (iii) contratar con partes relacionadas a precios sobre o bajo el nivel del mercado y, (iv) capitalizar con la intención de diluir la participación de un accionista.
  12. En líneas generales, el mero incumplimiento de una obligación de carácter contractual generar responsabilidad a quien la incumple. No obstante, en ciertas circunstancias— por acuerdo de las partes o por disposición legal— la culpa o el dolo además de servir para determinar el monto del resarcimiento del daño son elementos constitutivos de la responsabilidad.
  13. La culpa o el dolo, en principio son elementos que servirán para determinar el monto de resarcimiento del daño. Si el actuar fue negligente la indemnización será por los daños previsibles al momento de generarse la obligación. Por el contrario, si la conducta fue dolosa se resarcirán todos los daños previstos o no previstos que sean consecuencia mediata o inmediata del incumplimiento.
  14. La expropiación societaria constituye una vulneración al principio de buena fe, pero no todas sus formas pueden ser consideradas como actitudes dolosas. Así, en la expropiación por vía de sueldos, bonificaciones, creación de puestos de trabajo innecesarios y transacciones entre partes relacionadas se deberá analizar caso a caso para establecer si el accionista actuó de forma dolosa o culposa. En cambio, la

capitalización abusiva —necesariamente— presupone la intención de los accionistas mayoritarios de obtener mayores réditos en desmedro de los intereses de los accionistas minoritarios, configurándose una típica actitud dolosa.

15. En conclusión, nuestra hipótesis ha quedado verificada: la responsabilidad civil contractual es un mecanismo contemplado en la legislación ecuatoriana para resarcir los daños y perjuicios ocasionados por los accionistas mayoritarios al momento de expropiar a los minoritarios, los cuales deberán ser cuantificados en función a la conducta que genera el daño. Por lo tanto, los accionistas mayoritarios sí son contractualmente responsables frente a los minoritarios por sus conductas de expropiación societaria.

## Bibliografía

### Doctrina

#### Libros

- Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Alsina, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.
- Alterini, Atilio. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Omeba, 1964.
- Álvarez-Manzaneda, Rafael Rojo. *Derecho de Sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Imprenta Maval Ltda.
- Betti, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Ediciones Jurídicas Olejnik, 1989.
- Boetsch, Gillet, Cristián. *La Buena Fe Contractual*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015.
- Cabanillas Sánchez, Antonio. *“Los deberes de protección del deudor en el Derecho Civil, en el Mercantil y en el Laboral”*. Madrid: Editorial Civitas, 2000.
- Calvo Costa, Carlos. *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.
- Cevallos Vásquez, Víctor. *Nuevo Compendio de Derecho Societario*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Curto Polo, María Mercedes. *La protección del socio minoritario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Díez-Picazo, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.
- Díez-Picazo, Luis. *La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Bosh, 1963.
- Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

- Echeverri Uruburu, Álvaro *et al.* *Responsabilidad civil y Negocio Jurídico*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2011.
- Ekdhal, María Fernanda. *La doctrina de los actos propios: el deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1989.
- Fernández de la Gándara, Luis. *Derecho de Sociedades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Fuentes, Gisela María. *Temas actuales de responsabilidad civil*. Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2018.
- Gherzi, Carlos Alberto. *Cuantificación económica: daños por gestión empresarial: responsabilidad de directores, administradores y representantes*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2011.
- Gilberto Villegas, Carlos. “De las Sociedades Comerciales”. *Tratado de las Sociedades*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 1995.
- Goldenberg, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984.
- Iraculis Arregui, Nerea. *Conflicto de Interés del Socio. Cese del administrador nombrado por accionista competidor*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Jordano Fraga, Francisco. *La responsabilidad contractual*. Madrid: Editorial Civitas, 1987.
- Kersaw, David. *Company Law in Context*. London: Oxford, 2012.
- La Porta, Rafael *et al.* *Handbook of the Economics of Finance*, 2013, vol. 2.
- Laso, Ana Cañizares. *Código Civil Comentado*. Navarra: Editorial Thomson Reuters, 2011.
- Llebot Majó, Josep-Oriol. *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*. Madrid: Civitas, 1996.
- López Santa María, Jorge. *Los contratos. Parte General*. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2005.
- Ludwing Enneccerus. *Derecho de las Obligaciones*. Barcelona: Editorial: Bosch, 1951.
- Martínez Neira, Néstor. *Cátedra de Derecho Contractual Societario*. Bogotá: Abeledo Perrot, 2010.
- Navarro-Mendizábel, Íñigo y Viega-Copo, Abel. *Derecho de daños*. Madrid: Editorial Thomson Reuters, 2013
- Ordoqui Castilla, Gustavo. *Buena Fe en los Contratos*. España: Editorial Reus S.A. 2011.



- Orgaz, Alfredo. *El daño resarcible*. Buenos Aires: Depalma, 1967.
- Orgaz, Alfredo. *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales*. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- Peinado García, Juan Ignacio. *Derecho de Sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 60. ISBN: 978-84-9169-760-2.
- Perera, Antonio Carrasco. *Derecho de contratos*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2010.
- Reyes Aragón, Manuel. *Constitución y modelo económico*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Reyes Villamizar, Francisco. *La Sociedad por Acciones Simplificada*. Bogotá: Editorial Legis, 2013.
- Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad contractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2012.
- Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad extracontractual*. Segunda edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2010.
- Rojo, Ángel y Beltrán, Emilio. *La responsabilidad de los administradores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- Sánchez Reyes, Lería *et al.* *Tratado Jurisprudencial de Responsabilidad por Daños*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- Salgado Valdez, Roberto. *Nuevo Manual de Derecho Societario*. Quito: Indugraf del Ecuador, 2006.
- Salgado Valdez, Roberto. *Tratado de Derecho Empresarial y Societario*, Quito: PPL Impresores, 2015.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo 1. Bogotá: Legis, 2008.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo 2. Bogotá: Legis, 2008.
- Velázquez Posada, Óbdulio. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis, 2010.
- Zannoni, Eduardo. *Responsabilidad por prestaciones odontológicas*. Buenos Aires: Astrea, 1997.

## Artículos

- Armour, John. "Agency Problems, Legal Strategies, and Enforcement". Harvard Law School 7 (2009).
- Arye Bebachuk, Lucian. "A Rent-Protection Theory of Corporate Ownership and Control". *Harvard Law School* (1999).
- Barros Bourie, Enrique. "Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso del derecho". *Revista Derecho y Humanidades* (1999).
- Bernal Fandiño, Mariana. "La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta". *Vniversitas* 126 (2013).
- Bueres, Alberto. "Culpa y riesgo. Sus ámbitos". *Revista de Derecho de Daños* (2006).
- Corral Talciani, Hernán. "Aplicación Jurisprudencial de la Buena fe Objetiva en el Ordenamiento Civil Chileno". *Derecho Privado* 143 (2007).
- Enriques, Luca. "Legal Tools Against Tunneling Via RRTs". *Related Party Transactions Policy Options and Real-World Challenges*. Law Working Paper (2014), p. 14
- Fuentes Guñez, Rodrigo. La extensión del daño contractual. Madrid: *Wolters Kluwer España, La Ley*, (2009).
- Fueyo Laneri, Fernando. "La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago". *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 55/1 (1958).
- Godreau, Michel. "Lealtad y Buena Fe Contractual". *Revista Jurídica U.P.R* 58/3 (1989).
- González Hernández, Rut. "Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas". *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 46, (2013).
- Laguado Giraldo, Carlos. "Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro". *Revista de Ciencias Jurídica de la universidad Autónoma de México* (2003).
- Lyon Puelma, Alberto. "Conflicto de Intereses en las Sociedades". *Revista Chilena de Derecho* 29/2 (2002).
- Martínez-Calcerrada, Luis. "La buena fe y el abuso del Derecho". *Revista de Derecho Privado* (1979).
- Moll, Douglas. "Shareholder Oppression and Dividend Policy in the Close Corporation". *Washington and Lee Law Review* 60 (2003).
- Monsalve Caballero, Vladimir. "La Buena Fe como Fundamento de los Deberes Precontractuales de Conducta: Una Doctrina Europea en Construcción". *Revista de Derecho* (2008).

- Neme Villarreal, Martha Lucía. “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”. *Revista de Derecho Privado Externado* 17 (2009).
- Neme Villarreal, Martha Lucía. “La presunción de buena fe en el sistema jurídico ecuatoriano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio”. *Revista de Derecho Privado Externado* 18 (2010).
- Novak Talvera, Fabián. “Los Principios Generales del Derecho. La Buena Fe y el Abuso del Derecho”. *Agencia Internacional* IV/9 (1997).
- O’Nel, Hodge. “Arrangements Which Protect Minority Shareholders Against “Squeeze-Outs””. *Minnesota Law Review* (1961).
- O’Nel, Hodge. “Oppression of Minority Shareholders: Protecting Minority Rights”. *Cleveland State Law Review* (1987).
- Pico Zúñiga, Fernando. “El deber de coherencia y cooperación en el ejercicio de la condición simplemente potestativa, suspensiva y pendiente”. *Universitas* (2013).
- Pizarro Wilson, Carlos. “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (2008).
- Ponce Martínez, Alejandro. “Responsabilidad civil extracontractual”. *Revista de la Sección Académica de Ciencias Jurídicas de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión* (2015).
- Posner, Eric. “Coloquio de Análisis Costo-Beneficio: análisis del costo-beneficio - como una solución al problema principal-agente”. *Themis*, 44 (2002). En: Aspillaga Alayza, Victor. “La responsabilidad social empresarial: conciencia, solidaridad y eficiencia”. *Derecho PUCP*, 345 (2010).
- Reveco Urzúa, Ricardo. “Una aproximación al conflicto de interés en el Código Civil Chileno”. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho* (2007).
- Rodríguez Salto, Pablo. “El daño resarcible en la responsabilidad del abogado”. *Lecciones y ensayos* 83 (2007).
- Rojas Quiñones, Sergio y Mojica Restrepo, Juan Diego. “De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana”. *Vniversitas* 129 (2014).
- Sabogal Bernal, Luis Fernando. “Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia”. *Revista e- Mercatoria* 4/1 (2005).
- Sáenz, Maribel. “Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas”. *InDret* 1 (2016).

Solomon, Dov. “The Voice: The Minority Shareholder’s Perspective”. *Nevada Law Journal* 17 (2017).

Zegers, Matías e Arga, Ignacio. “Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América”. *Revista Chilena de Derecho* (2004).

### **Páginas de Internet**

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. <http://dle.rae.es/?id=A5cH5M4> (acceso: 20/03/2018).

Ronald Coase. *Ensayos sobre economía y economistas*. Marcial Pons, 2009. En: Sarah Milkes Sánchez. “La función preventiva de la responsabilidad civil y la distribución del riesgo en la sociedad moderna”. <https://red.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/48/2019/03/DE-LA-FUNCION-PREVENTIVA-DE-LA-RESPONSABILIDAD-CIVIL-Y-LA-DISTRIBUCION-DEL-RIESGO-EN-LA-SOCIEDAD-MODERNA.pdf> (acceso: 4/11/2018).

Young Ah Kim. The Agency Problem of Lehman Brothers Board of Directors. <https://publish.illinois.edu/illinoisblj/2016/04/28/the-agency-problem-of-lehman-brothers-board-of-directors/> (acceso: 23/11/2018).

### **Plexo Normativo**

Código Civil Ecuatoriano. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 de 27 de mayo de 2015.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley de Compañías. Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999.

Reglamento de Intervención por la Superintendencia de Compañías. Registro Oficial No. 425 de 3 de octubre de 2001.

### **Jurisprudencia**

Corte Constitucional colombiana. *Sentencia C-424*, 4 de septiembre de 1997.

Corte Constitucional colombiana. *Sentencia T- 425/92*, 24 de junio de 1992.

Corte Constitucional ecuatoriana. *Sentencia 005-12-SIN-CC*, 29 de marzo de 2012.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación. Proceso 6878, de 26 de septiembre de 2012.

Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10, p. 3011, de 29 de octubre, 2002.

Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Sala de Casación. Registro Oficial No. 58, de 9 de abril de 2003.

Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Sala de Casación. Expediente No. 229-2012, de 19 de marzo de 2003.

Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Sala de Casación. Gaceta Judicial 12, de 19 de marzo de 2003.

Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Sala de Casación. Registro Oficial 203, 14 de noviembre de 2000.

Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Sala de Casación. Registro Oficial 353, 22 de junio de 2001.

Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Sala de Casación. Registro Oficial 361, de 21 de septiembre de 2006.

Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Sala de Casación. Registro Oficial 416, 20 de septiembre 2001.

Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Sala de Casación. Registro Oficial 43, 19 de marzo de 2003.

Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Sala de Casación. Registro Oficial 447, 27 de junio de 2013.

Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Sala de Casación. Registro Oficial No. 162, de 5 de abril de 2003.

Corte Suprema de Nueva York. Caso Dingle c. Xtenit.

Gaiman c. National Association for Mental Health. 1971. Ch. 317.

Laudo arbitral *Gilinsky contra Bancolombia S.A.*, del 16 de mayo de 2006.

Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. *Sentencia No. 800-20*, 27 de febrero de 2014.

Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. *Sentencia 800-46*, 11 de mayo de 2016

Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. *Sentencia 800-52*, 9 de junio de 2016.

Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. *Sentencia 800-142*, 9 de noviembre de 2015.

Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. *Sentencia 801-142*, 8 de junio de 2016.

Tribunal Supremo español. Sala Segunda de lo Penal. Sentencia, 16 de diciembre de 1986.

Tribunal Supremo español. Sentencia, 3 de diciembre de 1959.