

Nuevas regulaciones del derecho societario: criterios para su aplicación en los tipos sociales tradicionales

New Company Law Regulations: Criteria for its application to the Traditional Type of Companies

MARTÍN ALEJANDRO URBANO*

Recibido / Received: 6/05/2021

Aceptado / Accepted: 28/01/2022

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v9i1.2268>

Citación:

Urbano Esparza M.A. «Nuevas regulaciones del derecho societario: criterios para su aplicación en los tipos sociales tradicionales». *USFQ Law Review*, Vol 9, no 1, julio de 2022, pp. 17-35, doi: 10.18272/ulr.v9i1.2268

* Abogado por la Universidad San Francisco de Quito, USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: murbano@morales.ec ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6351-711X>

RESUMEN

A lo largo de este trabajo se realiza un análisis sobre las implicaciones que tienen las nuevas regulaciones de la paradigmática Sociedad por Acciones Simplificada y la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, pues se considera que han introducido en nuestra legislación figuras modernas que se encargan de regular aspectos que no se han previsto en el **ámbito** de los tipos sociales tradicionales. A propósito de aquello, se plantea –en primera instancia– la coexistencia de un régimen imperativo de regulaciones con un régimen dispositivo, lo cual sirve para dilucidar el impacto que tiene la falta de reconocimiento expreso de figuras como: abuso del derecho de voto, administradores de hecho, unanimidad para la inclusión de cláusula arbitral y la mediación como mecanismo de resolución de controversias societarias.

En la misma línea, dada la falta de reconocimiento expreso de dichas figuras, a lo largo de este trabajo se plantean posibles soluciones que sirven para solventar controversias relacionadas a estas figuras en los tipos sociales tradicionales. Dichas soluciones provienen esencialmente de los reenvíos normativos contemplados dentro de la Ley de Compañías que –de manera principal– derivan a la aplicación del Código Civil.

Finalmente, se plantea dentro de este trabajo que, a pesar de las soluciones que se puedan encontrar, es necesaria una reforma que permita estandarizar los aspectos relacionados a las nuevas figuras previstas en la Ley de Compañías, pues se requiere dotar a tal Ley de normas eficientes que respondan a las necesidades de comercio actuales.

PALABRAS CLAVE

Analogía; imperativismo; dispositivo; responsabilidad; administrador; deficiencia normativa; sociedad

ABSTRACT

This paper presents an analysis about the implications of the new legal forms provided by the Joint Stock Company regulations and the reform to the Company Law, as it is considered that they have brought to our legislation new legal forms that regulate aspects which are not provided for the traditional companies. Consequently, within this article, it is proposed, as a first instance, that the mandatory regime coexists along the default rules regime, letting us clarify the impacts of not recognising legal forms such as: abuse of participation rights, de facto and shadow directors, unanimous approval to include an arbitration clause, and mediation as a mechanism provided to solve corporate conflicts.

Along the same lines, given the lack of explicit recognition of these legal forms, within this paperwork, some solutions are provided to deal with conflicts asso-

ciated with the new legal forms in the traditional companies. Those solutions are essentially based on the redirection of rules provided in the Company Law which, mainly, result on application of the Civil Code.

Finally, within this paper, it is proposed that, even though, we can find many solutions for the lack of recognition of new legal forms, our Company Law must be reformed, so it can provide standardised regulations to deal with the new figures included in the Company Law, since it is required to have efficient regulations that are able to respond to the modern commercial needs.

KEYWORDS

Analogy; mandatory laws; default provisions; liability; directors; policy failure; company

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación (en adelante Ley de Emprendimiento) entró en vigencia en el Ecuador a partir del 28 de febrero de 2020 y trajo consigo un cambio de paradigma en cuanto a los tipos de sociedades mercantiles existentes en nuestro país. A través de la norma antedicha, se introdujo en el derecho societario ecuatoriano a la Sociedad por Acciones Simplificada (en adelante SAS) que, según el artículo 3 *ibidem*, “es un tipo de sociedad mercantil conformada por una o más personas, mediante un trámite simplificado para fomentar la formalización y desarrollo de empresas”.¹ Así, llegó al Ecuador la SAS que, en términos de Francisco Reyes, “es un tipo de sociedad contrapuesto a las figuras anacrónicas tradicionales, ya que la SAS es una figura asociativa moderna, caracterizada por la libertad de contratación en su estructura y la limitación a la responsabilidad de sus socios”.²

Adicionalmente, Paúl Noboa y Esteban Ortiz sostienen que “las principales características de esta especie son la supresión de barreras para su constitución, la erradicación del imperativismo normativo propio de sus pares tradicionales y la prioridad que se ha otorgado a la libertad contractual”.³ También, añaden que “la Sociedad por Acciones Simplificada, al igual que cualquier otra sociedad mercantil, es un centro de imputación diferenciado e independiente de sus socios”.⁴

1 Artículo 3, Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, R.O.151, de 28 de febrero de 2020.

2 Francisco Hernando Reyes Villamizar, “Aspectos Generales de la Sociedad por Acciones Simplificadas” en *Derecho Societario*. (Bogotá: Editorial Temis, 2020), 29.

3 Paúl Noboa y Esteban Ortiz, “Personalidad Jurídica Independiente de la Sociedad por Acciones Simplificada y Responsabilidad Limitada de sus Accionistas” *Revista Ruptura*, (02), 589-620. (Diciembre 2020): 591, <https://doi.org/10.26807/rr.vi02.35>.

4 *Ibid.*, 591.

Bajo estas premisas, y con fundamento en los principios previstos en los literales a, b y c del artículo 2 de la Ley de Emprendimiento,⁵ se puede mencionar que la SAS fue introducida al contexto normativo societario del Ecuador con la finalidad de realizar cambios en el sistema tradicional e introducir novedades que resuelven conflictos prácticos de los emprendedores y empresarios.⁶

Por otra parte, el 10 de diciembre de 2020 entró en vigencia la Ley de Modernización a la Ley de Compañías. Dicho cuerpo normativo, de la misma manera, contempló novedades que permiten a las sociedades mercantiles ecuatorianas responder de manera más ágil a las necesidades del comercio. Sin embargo, lo que llama la atención y será motivo de análisis dentro de este trabajo, son los reconocimientos expresos sobre los mecanismos alternativos de resolución de controversias que se prevén con pequeñas distinciones en las sociedades tradicionales con respecto de la SAS. Dichas distinciones serán dilucidadas para poder entender el alcance adecuado de las mencionadas figuras, ya que por la vigencia del imperativismo normativo en los tipos tradicionales podría prestarse para interpretaciones ambiguas.

2. DESARROLLO

2.1. EL PASO DE UN MODELO IMPERATIVO ABSOLUTO A UN MODELO MIXTO

Hasta el año 2020, el derecho societario ecuatoriano podía ser considerado eminentemente imperativo, ya que el artículo primero de la Ley de Compañías, previo a la reforma, mencionaba que el contrato de compañía “se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil”.⁷ De la norma citada se desprende que la voluntad de las partes no siempre ha sido la fuente principal de regulación de las compañías en el Derecho ecuatoriano.

Sin embargo, con la reforma del 10 de diciembre se agregó a ese artículo un inciso que prescribe: “[l]a Ley también reconoce a las sociedades por acciones simplificadas, que podrán constituirse mediante contrato o acto unilateral”.⁸ Sobre aquello, se ha mencionado que “antes del reconocimiento legislativo de la SAS, nuestra legislación societaria estaba caracterizada por la rigurosidad de las normas que rigen a las especies societarias tradicionales”.⁹ En este contexto,

5 Artículo 2, literales a, b y c. Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación.

6 Art. 2.- Objetivos de la ley.- Son objetivos de esta Ley los siguientes: a) Crear un marco interinstitucional que permita definir una política de Estado que fomente el desarrollo del emprendimiento y la innovación; b) Facilitar la creación, operación y liquidación de emprendimientos; c) Fomentar la eficiencia y competitividad de emprendedores.

7 Artículo 1, Ley de Compañías [LC], R.O.312, de 10 de diciembre de 2020.

8 Artículo 1, Ley de Modernización a la Ley de Compañías. R.O.347, de 10 de diciembre de 2020.

9 Paúl Noboa-Velasco y Esteban Ortiz-Mena, “La Autonomía de la Voluntad como Eje del Sistema en las Sociedades por

se puede mencionar que con la regulación de la SAS, la intención del legislador fue dar un giro a la concepción tradicional de la Ley de Compañías. De la misma manera, Ortiz y Noboa mencionan que: “[L]a Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación no modificó el régimen tradicional, por lo que los inversionistas que así lo consideren pueden seguir ejerciendo el comercio bajo el régimen imperativo de las especies societarias tradicionales.”¹⁰

Ahora bien, bajo esta premisa, y considerando que las sociedades mercantiles tradicionales siguen vigentes en el Ecuador, se puede mencionar que en la Ley de Compañías, desde el año 2020, coexisten ambos sistemas. Por una parte, se encuentran las sociedades tradicionales con su imperativismo normativo, propio de estas especies societarias; y, por otra parte, la SAS que para el profesor Reyes Villamizar “es esencialmente de régimen dispositivo, ya que las características *simplificadas* del tipo implican que su regulación queda, en general, sujeta a lo previsto contractualmente por los asociados”.¹¹ En otras palabras, “es una herramienta corporativa versátil que reduce significativamente la rigidez normativa y el excesivo formalismo que caracteriza a la sociedad anónima y a la compañía de responsabilidad limitada”.¹²

Como se ha mencionado previamente, las regulaciones de las sociedades tradicionales coexisten en la Ley de Compañías con las disposiciones de la SAS. Y sobre aquello, es importante recalcar que en el diseño de la SAS “se incorporaron no solo los antecedentes normativos locales, sino también las principales vertientes del Derecho extranjero contemporáneo que tienen influencia global en los procesos de reforma legislativa societaria”.¹³

Por lo antedicho, dentro del presente análisis se considera que la SAS incorpora regulaciones novedosas que resuelven conflictos reales del derecho societario contemporáneo sobre los cuales las sociedades tradicionales guardan silencio, lo cual deja en evidencia la existencia de ciertas lagunas normativas a la hora de resolver conflictos, principalmente en las sociedades anónima y de responsabilidad limitada. También se considera que en el ámbito de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada existen deficiencias normativas, “entendidas como una insuficiencia no remediada dentro de un ordenamiento jurídico”.¹⁴ Sobre esto, Reyes Villamizar menciona:

Es evidente que los tipos societarios anteriores a la SAS presentan dificultades claramente identificadas por la doctrina y por los propios empresarios. A pesar de la enorme popularidad de las sociedades anónimas y las de responsabilidad limita-

Acciones Simplificadas del Ecuador” (Junio 2020): 3, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3599295>.

10 Ibid., 5.

11 Reyes Villamizar. “Derecho Societario”, 172.

12 Noboa y Ortiz, “Autonomía de la voluntad en la SAS”, 5.

13 Francisco Reyes Villamizar, “La sociedad por acciones simplificada: Una verdadera innovación en el Derecho Societario latinoamericano” [Archivo PDF]. (Junio 2009): 1-2, <http://scm.oas.org/pdfs/2016/CP36957T.pdf>

14 Joseph Raz, *The authority of law Essays on Law and Morality*, La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral, trad. Rolando Tamayo (Ciudad de México: Imprenta Universitaria, 1985), 82.

da, debe reconocerse que su configuración típica es deficiente ante las necesidades de los empresarios de hoy.¹⁵

Por otra parte, Ortiz y Noboa indican que “la SAS es una alternativa para solucionar los problemas comunes que antes no tenían una vía posible en las compañías tradicionales o que, estableciendo salidas, tenían procedimientos demasiado rigurosos e inútiles, que muchas veces resultan impracticables”.¹⁶ De estas premisas, se puede mencionar que las regulaciones de las sociedades tradicionales no contemplan soluciones suficientes para los problemas actuales del Derecho societario.

La sociedad por acciones simplificada introdujo en la Ley de Compañías novedosas regulaciones y estas son una solución diferente que trae el Derecho societario para acoplar los negocios a los tiempos modernos. Las principales normas en cuanto a controversias de los miembros de la compañía que se encuentran son: disposiciones que definen y regulan a los administradores de facto u ocultos, normas relativas al abuso del derecho de voto, requerimiento sobre la unanimidad para la inclusión de la cláusula arbitral y reconocimiento expreso de la mediación.

2.2. LAS NOVEDADES NORMATIVAS DE LA SAS

2.2.1. SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO DE VOTO

El artículo innumerado titulado “abuso del derecho de voto”, de la sección legal que rige a las SAS, determina:

Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas, o de obtener, para sí o para un tercero, una ventaja injustificada.

Quien abusare de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio de que el juez competente pueda declarar la nulidad de la determinación adoptada.

La acción de indemnización de daños y perjuicios, así como la de nulidad de la resolución adoptada por un abuso del derecho de voto, podrá ejercerse cuando se comprobare un abuso de mayoría, de minoría o de paridad.¹⁷

¹⁵ Reyes Villamizar, “Innovaciones de la SAS”, 2.

¹⁶ Noboa y Ortiz, “Autonomía de la voluntad en la SAS”, 3.

¹⁷ Artículo innumerado titulado “Abuso del Derecho de Voto”, LC.

La norma previamente citada, introduce a nuestra legislación lo que se describe como “un escrutinio de determinaciones adoptadas en el seno del máximo órgano social, en las que, a pesar de observarse normas sustanciales, se busca un propósito que excede la finalidad del derecho a votar en favor o en contra de una determinación”¹⁸. Sobre esta figura de abuso del derecho es menester mencionar que, tal y como expone Francisco Reyes, son figuras con principales antecedentes en el Derecho francés y anglosajón.¹⁹

Para el mentado autor, el abuso del derecho de voto en el Derecho francés es visto como el ejercicio de un derecho subjetivo con intención de causar daño o con un propósito distinto al previsto en el derecho objetivo;²⁰ mientras que en el Derecho anglosajón, como el ejercicio de derechos de los socios con la finalidad de iniciar negociaciones en desmedro de los intereses de terceros o un grupo de socios.²¹

Según Francisco Reyes, ambos sistemas también previeron soluciones distintas para corregir los actos abusivos en las sociedades.²² En el Derecho francés se optó por sancionar con nulidad los votos que se realizan sin justificación en desmedro de la sociedad;²³ no así en el Derecho anglosajón en el que se buscó corregir el abuso a través del resarcimiento desde el ámbito de daños.²⁴

En cuanto al ámbito latinoamericano, los análisis contemporáneos del derecho de sociedades exponen que en las sociedades de capital concentrado, abundantes en América Latina, existe una modalidad de abuso predominante de mayoría que se traduce en el conocido problema de agencia entre mayoritarios y minoritarios²⁵.

Para efectos de entender al ejercicio abusivo de los derechos políticos en las sociedades mercantiles, a este se lo explica desde tres perspectivas descritas en nuestras palabras a continuación. En primer lugar, se habla de abuso de mayoría cuando los socios mayoritarios buscan satisfacer su interés por sobre el de la sociedad o, a su vez, buscan privar a los socios minoritarios de una ventaja que ellos poseen legítimamente.²⁶ Los ejemplos más comunes son los relativos a temas de utilidades y aumentos de capital.²⁷ Inversamente, el abuso de minoría consiste en oposiciones injustificadas de los socios o accionistas minoritarios para satisfacer sus propios intereses, siempre y cuando su oposi-

18 Francisco Reyes Villamizar. *La Sociedad por Acciones Simplificada*, ed. 4ª (Bogotá: Legis Editores, 2020), 134.

19 Reyes Villamizar, *La sociedad por Acciones Simplificada*, 140-141.

20 Ibid.

21 Ibid.

22 Ibid.

23 Ibid., 141-146.

24 Ibid.

25 Peña Ramírez, María Victoria, “Gobierno corporativo, oportunismo y abuso del derecho en sociedades mercantiles”. *Revista de Derecho Privado*, No. 54 (2015):1-49. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360043572003>

26 Reyes Villamizar, *La sociedad por Acciones Simplificada*, 136-137.

27 Ibid.

ción resultare contraria al interés general de la sociedad.²⁸ De manera similar, en el abuso de paridad se aplica la misma lógica del abuso de minoría, pues lo que se busca es entorpecer la marcha operacional de la sociedad mercantil,²⁹ aspecto que podría, en última instancia, provocar una paralización de los órganos societarios (*deadlock*). Para Francisco Reyes, todas estas opciones están sujetas a la configuración de tres supuestos que son: (i) ejercicio del voto para dañar a la compañía u otros accionistas; (ii) obtener para sí o para un tercero, beneficios injustificados; y (iii) voto que perjudica a los socios o la compañía.³⁰

Tal y como se desprende del artículo referente al abuso del derecho de votación previamente citado, así como de lo expuesto por Francisco Reyes, los mecanismos para solucionar conflictos sobre el abuso son la declaratoria de nulidad de la resolución y la acción de daños y perjuicios, cuestión sobre la cual no hay claridad en cuanto a los tipos sociales tradicionales que se procede a analizar. Respecto a esto último, la doctrina del derecho anglosajón sostiene que otro mecanismo para lidiar con este tipo de actuaciones es la inclusión de estándares de conducta.³¹

2.2.2. ABUSO DEL DERECHO EN LAS SOCIEDADES TRADICIONALES

En el anterior apartado se ha mencionado cómo se ha introducido en el Ecuador la figura del ejercicio de abuso del derecho de voto y qué consecuencias prevé para su remediación. Sin embargo, es relevante precisar que dicha disposición normativa únicamente se encuentra prevista dentro del régimen de la SAS. En esta línea, cabe cuestionar si dicha figura tiene cabida para solucionar casos relativos a ejercicios abusivos del derecho de voto en la compañía anónima y de responsabilidad limitada.

Como respuesta a la cuestión planteada es menester considerar las propuestas que se presentan a continuación. Primero, el segundo inciso del artículo 1 de la Ley de Compañías contempla un reenvío a las disposiciones del Código Civil para la regulación del contrato de sociedad.³² En esta línea, resulta importante mencionar que en el año 2012 se introdujo –a continuación del artículo 36 del Código Civil– un artículo innumerado que establece lo siguiente: “Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico”.³³ Sobre esta base, se puede señalar que si bien no se reconoce de manera expresa al

28 Ibid., 138.

29 Ibid., 139.

30 Ibid., 143.

31 Reinier Kraakman et al. “The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach” (Oxford: Oxford University Press, 2017), 145-162.

32 Artículo 1, LC.

33 Artículo innumerado, Código Civil [CC], R.O.S.46, de 08 de julio de 2019.

abuso del derecho de voto en las compañías anónima y de responsabilidad limitada, con fundamento en lo prescrito en el Código Civil, se puede encontrar una solución para corregir las prácticas abusivas de los socios en las juntas. No obstante, se debe considerar que el mencionado reenvío normativo solamente otorgaría una solución parcial.

Dentro de este trabajo, se considera que el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 36 del Código Civil, únicamente permitiría el resarcimiento de daños a quien resultare agraviado por un ejercicio abusivo del derecho de votación. Sin embargo, dicho artículo no permitiría solicitar la nulidad de una resolución asamblearia que podría fundamentarse en un voto abusivo. Se debe recordar que, de acuerdo con el artículo 1697 del Código Civil, “es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.”³⁴

De este modo, la regulación de las SAS, de manera implícita, estaría reconociendo que la ausencia de abuso en el ejercicio del derecho de votación sería una condición que la Ley ha establecido para la validez de una resolución asamblearia. Sin embargo, aquella inferencia no podría ser aplicable en el ámbito de las especies societarias tradicionales, dado que la Ley no ha determinado que una resolución aprobada por la junta general de una sociedad mercantil tradicional, adolecería de vicios de nulidad cuando un socio o accionista hubiere votado de manera abusiva, para perseguir su propio beneficio.

2.2.3. SOBRE LOS ADMINISTRADORES DE SOMBRA Y DE HECHO EN EL ECUADOR

Para el análisis de esta figura primero se debe considerar la disposición del inciso segundo del artículo innumerado titulado “responsabilidad del representante legal” de la sección legal que rige a las SAS y establece:

Las personas naturales o jurídicas que, sin ser representante legal de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, o que asumieren frente a terceros la calidad de administradores, sin serlo legalmente, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los representantes legalmente designados.³⁵

Del artículo *ut supra* se desprende que en el Ecuador, bajo las normas de la SAS, se encuentra regulado lo que en el Derecho comparado se conoce como *de facto directors* y *shadow directors*, figuras que tienen un mayor desarrollo en

34 Artículo 1697, CC.

35 Artículo innumerado, titulado “responsabilidad de los administradores”, LC.

otros sistemas legales. Por lo previamente dicho, para entender estas figuras resulta práctico traer a colación casos del Reino Unido, ya que la jurisprudencia de dicho país desarrolla a fondo estos conceptos. En este contexto, sobre los administradores de hecho, se considera útil revisar el caso *Mumtaz Properties*, pues este versa sobre un escenario de insolvencia y liquidación de una compañía familiar en la cual los hijos mantenían el cargo de directores, mientras que el padre no lo hacía. En este caso la Corte de Apelación del Reino Unido mencionó sobre el padre que: “él es un administrador de hecho, pues se configura como tal debido a las circunstancias fácticas, a pesar de no haber sido oficialmente designado”.³⁶

Por otro lado, sobre los *shadow directors*, la *High Court* 115 dentro del caso *Hydrodam* estableció que un *shadow director* se define por los siguientes tres elementos: persona a la que los administradores a) están acostumbrados a escuchar, b) seguir sus instrucciones y c), esta persona no se identifica a sí misma como un director.³⁷ En la misma línea, la Corte antedicha ha mencionado “si una persona, de manera frecuente aconseja, sugiere, da instrucciones y, los directivos comúnmente las considera, esto puede convertir a esa persona en un *shadow director*”³⁸; y en adición, ha establecido que la consecuencia de ser calificado como un *shadow director* es la aptitud para responder como administrador legalmente designado por el quebrantamiento de deberes fiduciarios.³⁹

Dado que el artículo innumerado incorporado a la Ley de Compañías contiene estas dos figuras en la misma redacción, resulta útil remitirse al derecho comparado y la doctrina para entender la distinción esencial entre ambas figuras. Sobre aquello, dentro del mismo emblemático caso la *High Court 115* señaló: “Un administrador de facto es aquel que actúa y aparenta sus acciones como un administrador, a pesar de no haber sido designado como tal. Por contraste, un administrador de sombra no actúa cómo, ni aparenta ser, un administrador. Al contrario, este afirma no ser un director”.⁴⁰

De la misma manera, el profesor Francisco Reyes señala que un administrador de hecho es un gestor social que tiene posibilidad de relacionarse con terceros de manera independiente.⁴¹ Asimismo, se sostiene que un administrador de sombra u oculto es un socio, o una tercera persona, que realiza una verdadera intromisión en los asuntos de la compañía.⁴² Bajo este contexto, es relevante mencionar que ambas figuras recogidas en el mismo artículo de la Ley de

36 *Mumtaz Properties Ltd* RE (2011) EWCA Civ 610, *Wetton v Ahmed*, UK Supreme Court of Appeal, 24 May 2011. (trad. libre)

37 *Hydrodam (Corby) Ltd (in Liquidation)*, High Court 115 of England and Wales, Chancery Division, 17 December 1994. (trad. libre)

38 *Hydrodam (Corby) Ltd (in Liquidation)*, Chancery Court 115 of England and Wales, 17 December 1993. (trad. libre)

39 *Id.*

40 *Id.*

41 Reyes Villamizar, *La sociedad por Acciones Simplificada*, 182.

42 Reinier Kraakman et al., *The anatomy of corporate law*, 88.

Compañías se encuentran previstas sólo en el ámbito de la SAS, lo cual deja abierta la incógnita de que soluciones se puede dar en las sociedades tradicionales, dado que la Ley en este régimen guarda silencio.

2.3. LOS ADMINISTRADORES DE HECHO EN LAS SOCIEDADES TRADICIONALES

2.3.1. COMPAÑÍA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Dentro de las disposiciones que regulan a los tipos sociales tradicionales, se puede encontrar una figura similar a la del administrador de hecho en el literal c del artículo 115 de la Ley de Compañías. Dicha norma hace referencia a las obligaciones de los socios de las compañías de responsabilidad limitada y prescribe que “los socios deben abstenerse de la realización de todo acto que implique injerencia en la administración”.⁴³

Como se puede observar, dicha norma prescribe una obligación de no hacer para los socios. No obstante, no estipula una consecuencia como el caso del artículo de los administradores de la SAS para cuando se incumpla con la prohibición. De un análisis del régimen que regula a la compañía de responsabilidad limitada, en aplicación del literal j del artículo 118 de la Ley de Compañías,⁴⁴ se puede considerar que la consecuencia societaria de cometer actos de injerencia en la administración de la compañía podría ser la exclusión de un socio, ya que el numeral 2 del artículo 82 establece que puede ser excluido “el socio que interviniera en la administración sin estar autorizado por el contrato de compañía”.⁴⁵ No obstante, no se podría imputar responsabilidades como sí lo hace la disposición de la SAS, pues en la sección de la Ley de Compañías que regula a las sociedades de responsabilidad limitada, no se ha determinado la imposición de responsabilidades a los socios que se inmiscuyeren en la administración como si se tratase de administradores legalmente designados.

Sin perjuicio de lo mencionado, por el momento los mecanismos para corregir actos de injerencia en las operaciones se podrían encontrar también en otros cuerpos normativos. En vista de aquello, dado el reenvío permitido por el artículo 1 de la Ley de Compañías al Código Civil, se podría tomar en cuenta como una solución lo previsto en el artículo 1571 de dicho cuerpo normativo, ya que establece que “toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho”.⁴⁶ En concordancia con lo anterior, el artículo 369 del

43 Artículo 115, literal c, LC.

44 Artículo 118, literal j, LC.

45 Artículo 82, numeral 2, LC.

46 Artículo 1571, CC.

Código Orgánico General de Procesos, sobre la ejecución de obligaciones de no hacer, prescribe: “Si no es posible deshacer lo hecho, se ordenará que la o el demandado consigne la cantidad correspondiente al monto de la indemnización, la que se fijará en una audiencia, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo anterior”.⁴⁷

De las normas previamente citadas se desprende que, debido a la falta de reconocimiento de la figura del administrador de hecho u oculto en los tipos sociales tradicionales, se debe acudir a varias disposiciones normativas por fuera de la Ley de Compañías para encontrar posibles soluciones, únicamente de resarcimiento, relativas a esta figura.

2.3.2. UNANIMIDAD PARA LA INCLUSIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

El arbitraje, según el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, “es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción (...)”.⁴⁸ Para el régimen de la Sociedad por Acciones Simplificada el legislador ha previsto de manera expresa que la modificación de las cláusulas estatutarias consagradas con relación a la inclusión, modificación o supresión de la cláusula arbitral requiere de unanimidad de todos los accionistas.⁴⁹

En esta línea, cabe mencionar que esta disposición no se encuentra prevista para el ámbito de las compañías tradicionales, ya que el artículo 146.1, incorporado a la Ley de Compañías con la última reforma, únicamente prescribe:

El estatuto social podrá incluir una cláusula compromisoria como un mecanismo para resolver desacuerdos entre los miembros de la sociedad, siempre que el conflicto recayere sobre materia transigible. En tal caso, procederá el arbitraje en derecho, conforme a las condiciones establecidas en la Ley y en el convenio arbitral.⁵⁰

Por otra parte, el artículo 245 de la Ley de Compañías establece que existe obligatoriedad de las resoluciones de las juntas para todos los socios o accionistas (incluyendo a los ausentes o disidentes),⁵¹ lo cual podría generar la duda que si por resolución de la mayoría de los accionistas, una cláusula arbitral pueda obligar a los socios minoritarios. No obstante, esto no sería plausible, ya que como mencionan Ortiz y Noboa:

⁴⁷ Artículo 369, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O.506, de 23 de febrero de 2021.

⁴⁸ Artículo 1. Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R.O. 417, de 21 de agosto de 2018.

⁴⁹ (...) para la resolución de conflictos societarios a través de la mediación o el arbitraje, sólo podrán ser incluidas o modificadas mediante la resolución unánime de los titulares del cien por ciento (100 %) del capital social. Artículo innumerado, titulado unanimidad para la modificación de disposiciones estatutarias. Ley de Compañías [LC], R.O.312, de 10 de diciembre de 2020.

⁵⁰ Artículo 146.1, LC.

⁵¹ Artículo 245, LC.

El requerimiento de unanimidad para la inclusión de una cláusula arbitral en el estatuto social se fundamenta en la garantía procesal que determina, como derecho esencial, que toda persona, salvo pacto expreso en contrario, deberá ser juzgada por su juez natural.⁵²

Los mismos autores mencionan que defender lo contrario sería algo inadecuado, pues desconocería la naturaleza contractual del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias societarias.⁵³

2.3.3. RECONOCIMIENTO DE LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA SOCIETARIA

En cuanto a los métodos alternativos de resolución de conflictos societarios, se menciona que “hasta el año 2019 no existía norma expresa que permita incluir este tipo de cláusulas estatutarias”.⁵⁴ También, se ha dicho que la falta de norma específica respecto a los métodos alternativos de resolución de controversias causaba cierto temor sobre la implementación de este tipo de cláusulas en los estatutos sociales,⁵⁵ ya sea por el desconocimiento de cómo aplicarlas o la duda sobre el alcance que tiene respecto de quienes se relacionan con la sociedad.⁵⁶

No obstante, en el año 2020, con la reforma a la Ley de Compañías del 10 de diciembre de dicho año, se cambió el artículo innumerado titulado resolución de conflictos societarios de aplicación para la SAS y se reconoció de manera expresa a la mediación como mecanismo para resolver los conflictos de la sociedad, sus accionistas y sus administradores. Actualmente, la mencionada norma señala que “las diferencias que surjan entre los accionistas de una sociedad por acciones simplificada, entre éstos y la compañía o sus administradores, o entre la sociedad con las personas que la administraren, podrán ser resueltas a través de una mediación”.⁵⁷

Sin perjuicio de lo mencionado, cabe recalcar que dicho reconocimiento expreso no se ha dado dentro de la regulación de las sociedades tradicionales, ya que tanto el primer inciso del artículo 137.2 como el primer inciso del artículo 146.1 de la Ley de Compañías, incluidos también en la reforma previamente mencionada, prescriben de manera similar:

El estatuto social podrá incluir una cláusula compromisoria como un mecanismo para resolver desacuerdos entre los miembros de la sociedad, siempre que el con-

52 Noboa y Ortiz, “Autonomía de la voluntad en la SAS”, 13-14.

53 Ibid.

54 Galo Andrés García Medina, “Arbitraje estatutario : antecedentes, alcance y aplicación en el Ecuador”. Universidad Católica Santiago de Guayaquil, (Febrero 2019): 17, <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/13106>.

55 García, “Arbitraje estatutario”, 16.

56 Ibid.

57 Artículo innumerado, titulado resolución de conflictos societarios, LC.

flicto recayere sobre materia transigible. En tal caso, procederán los mecanismos alternativos de solución de conflictos en derecho, conforme a las condiciones establecidas en la Ley (...).⁵⁸

Bajo este contexto, cabe señalar que sería inadecuado desconocer a la posibilidad de establecer compromisos de mediación en el estatuto de las compañías tradicionales. Sobre lo antedicho es importante considerar que el artículo 137.2 hace referencia a “mecanismos alternativos de resolución de conflictos en derecho”. Adicionalmente, no se puede olvidar que el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) reconoce de manera expresa a la mediación como procedimiento alternativo para la resolución de conflictos.⁵⁹ Así mismo, el numeral 10 del artículo 137 permite a los socios incluir en sus estatutos pactos lícitos y condiciones que no se opongan a la Ley de Compañías.⁶⁰ Con estas premisas se puede mencionar que la mediación es un mecanismo plenamente válido, no sólo para la SAS, sino también para las sociedades tradicionales.

2.4. CRITERIOS QUE BRINDA EL ORDENAMIENTO PARA ARMONIZAR LAS DEPOSICIONES

2.4.1. APLICABILIDAD POR ANALOGÍA DE LAS NORMAS DE LA SAS

Dentro del presente trabajo, hasta el momento se han planteado dos cuestiones: por un lado, la implementación de la SAS en el Derecho societario, que trajo consigo novedosas normas que responden a las necesidades del comercio actuales; y, por otro lado, se ha planteado que la Ley de Compañías, dentro del régimen que regula a las sociedades tradicionales, no contiene normas actualizadas, por lo que se deben aplicar criterios tradicionales para responder a las necesidades actuales del comercio.

Como respuesta a las cuestiones planteadas se menciona que nuestro ordenamiento contiene una posible solución aplicable, ya que el artículo 18 del Código Civil contiene las reglas de interpretación de la Ley y la última regla de dicho artículo se refiere a la falta de Ley o laguna de derecho que permiten al juez recurrir al procedimiento de analogía.⁶¹ Para Larrea Holguín la analogía consiste en la aplicación de una norma destinada a aplicar una materia similar.⁶² Según este tratadista, es un proceso que tiene dos aristas: la inducción y

58 Artículos 137.2 y 146.1, LC.

59 “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos”. Artículo 190. Constitución de la República del Ecuador [CRE], R.O.449, de 20 de octubre de 2008.

60 “(...) Los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en esta Ley”. Artículo 110. Ley de Compañías [LC], R.O.312, de 10 de diciembre de 2020.

61 “A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”. Artículo 18. Código Civil [CC], R.O.S.46, de 08 de julio de 2019.

62 Juan Larrea Holguín. “Parte General y Personas” en *Derecho Civil Ecuador*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicacio-

la deducción, ya que de una norma particular se asciende al principio que se basa para después por deducción aplicar al caso no legislado.⁶³

En esta línea, el artículo 1 de la Ley de Compañías, sobre las disposiciones generales, prescribe que el contrato de sociedad se rige, en primer lugar, por las disposiciones de “esta Ley”.⁶⁴ Bajo esta premisa, siguiendo las reglas de interpretación de la Ley, prescritas en el artículo 18 del Código Civil, se puede mencionar que la literalidad de este artículo apunta a que se debe acudir, de primera mano, a las disposiciones previstas en dicho cuerpo normativo para resolver las controversias en materia societaria. En este contexto, se debe mencionar que las regulaciones sobre la SAS han sido incorporadas al texto de la Ley de Compañías.

Por otra parte, de manera subsiguiente, el artículo primero de la Ley de Compañías establece que rigen al contrato de sociedad las disposiciones del Código de Comercio (en adelante CCo). Dicho cuerpo normativo, en el artículo 5, prevé que tiene aplicación supletoria para las demás ramas especiales de ánimo o naturaleza mercantil.⁶⁵ Curiosamente, el mismo artículo 5 del CCo hace mención a la posibilidad de aplicar por analogía las normas del mismo código para casos no previstos y de manera similar al artículo 1 de la Ley de Compañías, como última fuente de regulación, realiza un reenvío a las disposiciones del Código Civil.

A propósito de todo lo expuesto cabe realizar un matiz, ya que varias disposiciones que rigen a la SAS contienen sanciones. Tal es el caso de las normas que regulan el abuso del derecho de voto y a los administradores de hecho u ocultos. Sobre aquello, la CRE establece en el numeral 3 del artículo 76 de manera categórica: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la CRE o la ley”.⁶⁶

Con fundamento en el precepto constitucional citado, corresponde señalar que para los casos en los cuales se determinan sanciones y responsabilidades, la aplicación por analogía quedaría limitada en su alcance. Tampoco se puede olvidar que uno de los mecanismos correctivos en el caso del abuso de derecho de voto es la nulidad de la resolución, sobre lo cual Parraguez nos recuerda que la nulidad es de naturaleza sancionatoria según la doctrina jurisprudencial ecuatoriana.⁶⁷ Como fundamento de aquello, Parraguez cita la sentencia de

nes, 2009), 225-226.

63 Ibid.

64 “Este contrato se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil”. Artículo 1. Ley de Compañías [LC], R.O.312, de 10 de diciembre de 2020.

65 Artículo 5, CCo.

66 Artículo 76, numeral 3. Constitución de la República del Ecuador [CRE], R.O.449, de 20 de octubre de 2008.

67 Luis S. Parraguez Ruiz, “Ineficacia del contrato”, en *Régimen Jurídico del Contrato*. (Quito: Editorial Cevallos, 2014), 583.

5 de mayo de 2004 en la cual la Corte Suprema recalcó que la nulidad es “una verdadera pena, de índole civil, y como tal, debe estar expresamente establecida por la ley, siendo, por tanto, de derecho estricto; no hay pena sin una ley que la establezca expresamente, no pudiendo ser aplicada por analogía”.⁶⁸

En esta línea, resulta importante precisar que con base en las disposiciones normativas previamente citadas, cabe aplicar de manera analógica las normas relativas a la SAS para dirimir conflictos relacionados con figuras como el abuso del derecho de voto y los administradores de hecho, siempre que se respete que la imposición de sanciones es una cuestión de derecho estricto, tal y como sostienen los mentados autores.

2.5. APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE DAÑOS EN EL DERECHO SOCIETARIO

Dentro del presente trabajo, se han expuesto figuras que, dentro del marco normativo de la SAS, regulan el comportamiento de sus accionistas, sobre todo en el ámbito de la toma de decisiones. Un ejemplo claro de aquello es el abuso del derecho de voto, previamente tratado, sobre el cual la Ley de Compañías expresa que “se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas (...)”⁶⁹ Por otra parte, respecto a las responsabilidades que se incurren en esta figura, la norma anteriormente mencionada señala que “quien abusare de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasionare (...)”⁷⁰ De la misma manera, el último inciso *ibidem*, prescribe que se puede ejercer la acción de daños y perjuicios cuando se pueda comprobar un abuso del derecho de voto en sus distintas modalidades (abuso de mayoría, abuso de paridad o minoría).⁷¹

Otro ejemplo relevante para el presente análisis es la figura del administrador de hecho, recogida en la LC, en el segundo inciso del artículo innumerado titulado responsabilidad del representante legal, ya que dicho artículo impone – como mecanismo correctivo– a las personas que se inmiscuyen en actividades positivas de la administración, sin tener la calidad de representantes designados de una SAS, las mismas responsabilidades aplicables a los representantes legalmente designados.⁷²

68 Causa No.14-2004, GJS XVII, Corte Suprema de Justicia de Ecuador, GJS XVII, de 05 de mayo de 2004. Citado en Luis Parraguez, “Ineficacia del contrato”, en *Régimen Jurídico del Contrato*. (Quito: Editorial Cevallos, 2014), 586.

69 Artículo innumerado, titulado Abuso del Derecho de Voto, LC.

70 *Id.*

71 *Id.*

72 “(...) Las personas naturales o jurídicas que, sin ser representante legal de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, o que asumieren frente a terceros la calidad de administradores, sin serlo legalmente, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los representantes legalmente designados. Artículo innumerado, titulado “Responsabilidad del representante legal” Ley de Compañías [LC], R.O.312, de 10 de diciembre de 2020.

A pesar de la falta de reconocimiento expreso de las figuras previamente tratadas, como se ha venido sosteniendo en el presente trabajo, el Código Civil tiene plena aplicación dentro del ámbito del Derecho societario. Bajo esta premisa, se puede mencionar que con fundamento en el artículo 2214 del Código Civil, base para la indemnización de daños en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se podría lograr un resarcimiento económico en distintos escenarios del derecho societario.

Por otra parte, en cuanto a la acción de daños como mecanismo para remediar acciones que perjudican la marcha operacional de una compañía o, en su defecto, menoscaben los derechos de los demás socios, es menester mencionar que de la lectura del artículo 2214 del Código Civil no se desprende ningún supuesto especial para que proceda. Dicho artículo es claro y prescribe que quien haya cometido delito o cuasidelito –cualquier persona– y se haya causado un daño –cualquiera que fuere– debe responder y resarcir al afectado.⁷³ Por otra parte, confirmando lo mencionado con anterioridad, el artículo 2229 de la norma *ibidem* prescribe “por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta.”⁷⁴

Sobre aquello, se considera que es una solución aplicable para solucionar conflictos referentes al menoscabo de los derechos sociales o intromisión en la marcha operacional de la compañía, ya que como lo señalan Saux y Müller “el principio general que rige en las reparaciones en materia civil es la *restitutio in integrum*, lo cual consiste en un efecto retroactivo de llevar a las cosas al estado en el que se encontraban antes de determinado hecho”.⁷⁵ Únicamente es importante precisar que “en materia civil la reparación es prioritariamente económica, pues se busca que el peso económico que genera el daño se lo puede transferir a quien lo ha causado”.⁷⁶

3. CONCLUSIÓN

Tanto la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación cómo la Ley de Modernización de Compañías, cambiaron al Derecho societario ecuatoriano. Dicho cambio se debe a que, en primera instancia, se implementó por primera vez un régimen dispositivo que rompe con los esquemas de los tipos sociales tradicionales. En virtud de aquello, hoy en día se puede observar en la Ley de Compañías que coexiste el imperativismo normativo de los tipos tradicionales, con el sistema dispositivo de la moderna Sociedad por Acciones Simplificada.

73 Artículo 2214, CC.

74 Artículo 2229, CC.

75 Edgardo Saux y Enrique Müller. *Responsabilidad Civil Aquiliana*. (Santa Fe: Universidad de litoral, 2005), 189.

76 Fernando de Trazegnies Granda. *La Responsabilidad Extracontractual*. (Lima: Editorial Ara Editores, 2016), 37.

Es por esto último que se ha podido analizar que dentro del régimen de los tipos tradicionales existen varias deficiencias normativas que requieren ser solventadas para responder de manera adecuada a las necesidades del Derecho societario contemporáneo. Por otra parte, con las reformas previamente mencionadas, se introdujeron en el Ecuador novedosas normas que regulan aspectos referentes a un gobierno corporativo moderno; sin embargo, dichas disposiciones, por el momento, no rigen en ambos sistemas –imperativo y dispositivo– ya que solo se los ha previsto para el ámbito de la Sociedad por Acciones Simplificada.

Es por ello que a lo largo de este trabajo, se ha planteado la aplicación de criterios de nuestro ordenamiento que resulta factible por las normas de reenvío que contiene la propia Ley de Compañías. Las soluciones encontradas son, de manera principal, la aplicación del Código Civil que, de manera un poco forzada, a nuestro criterio solventa la falta de reconocimiento expreso en los tipos sociales tradicionales sobre las nuevas figuras como lo son el abuso del derecho de voto, los administradores de hecho y los métodos alternativos de resolución de controversias con el matiz referido, esto es que no cabría la aplicación de sanciones por ser una cuestión de derecho estricto.

Por esto último, se considera que actualmente corresponde a los administradores de justicia tener en cuenta todos los mecanismos dispersos en el ordenamiento y, de ser posible, utilizar las normas de la SAS, al menos como un umbral de interpretación para resolver las controversias referentes a figuras no previstas en los modelos tradicionales.

Sin perjuicio de todo lo previamente dicho, no se puede dejar de considerar que en el ámbito del Derecho de compañías, el *judicial gap-filling*, además de costoso, consume grandes cantidades de tiempo y se encuentra susceptible de error, por lo que debe ser minimizado a través de una adecuada producción normativa.⁷⁷

Por otra parte, además de los criterios presentados, este trabajo debe servir para hacer un llamado al legislador a realizar una reforma en la cual se puedan incluir las nuevas figuras de manera homogénea o, en su defecto, realizar pequeños ajustes que permitan un reenvío normativo, tal como lo hace el artículo 191 (aplicable sobre las sociedades anónimas) a la regulación de los acuerdos de accionistas de las sociedades por acciones simplificadas.⁷⁸ Sobre lo mentado, hacemos referencia a lo expresado en *The New Company Law*, pues sus autores señalan que el Derecho de compañías es intrínsecamente

77 Joseph A. McCahery, et al. "The New Company Law: What Matters in an Innovative Economy?", *ECGI*, Law Working Paper No. 75 (September 2006): 13 <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.942993>.

78 Art.191.- (...) Serán válidos los pactos entre accionistas que establezcan condiciones para la negociación de acciones, o que se celebren para cualquier otro asunto lícito. Los acuerdos de accionistas de las sociedades anónimas se registrarán, en lo que no contravenga a esta sección, por lo previsto para los acuerdos de accionistas de las sociedades por acciones simplificadas. Artículo 191, Ley de Compañías [LC], R.O.312, de 10 de diciembre de 2020.

incompleto⁷⁹ y, por tal motivo, los legisladores eficientes deben participar activamente en el proceso de selección de reglas adecuadas para el manejo de los negocios a través de la provisión de regulaciones que traigan seguridad jurídica y mejoren la efectividad de su aplicación.⁸⁰ En esta línea, consideramos que el Derecho societario debe ofrecer productos normativos estandarizados que ayuden a economizar costos de transacciones, costos de ejecución y aplicación normativa y limitar los oportunismos. Además, una eficiente Ley de Compañías debe ofrecer modelos y regulaciones que tengan la aptitud de cubrir los aspectos referentes a las relaciones de quienes forman parte de la empresa y quienes la representan en las relaciones con actores externos.

Para concluir, cabe mencionar que no se puede permitir que en el Ecuador continúe la predominancia de tradiciones excesivamente rígidas y criterios dogmáticos en el campo del derecho societario, ni tampoco que nuestras normas se apeguen a seguir el camino marcado de una evolución histórica, ya que esto convertiría a nuestras normas en resistentes al cambio y únicamente se restringiría la evolución del Derecho de compañías en vez de promover su desarrollo.⁸¹

79 McCahery, et al, *The New Company Law*, 8.

80 Ibid.

81 Ibid., 4.