



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**EL ABUSO DEL DERECHO AL VOTO EN LA
SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADAS:
ABUSO DE LAS DECISIONES EN LA ASAMBLEA
GENERAL DE ACCIONISTAS**

Autor:

Juan Alfredo Arteaga Toledo

Director:

Dr. Xavier Olmedo Piedra Andrade

Cuenca – Ecuador

2022

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación va dedicado a mi mamá, que ha sido mi apoyo y pilar fundamental a lo largo de mi vida.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi mamá Patricia y a su esposo Roberto por apoyarme a lo largo de la carrera y en mi día a día, a mis compañeros, amigos y profesores por acompañarme a lo largo de este viaje y al doctor Olmedo Piedra Andrade por dirigir el presente trabajo de investigación.

RESUMEN

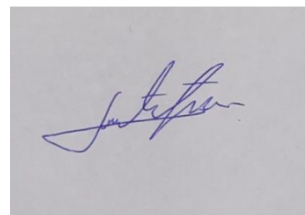
El presente trabajo de investigación abordará un estudio de los aspectos principales de las Sociedades por Acciones Simplificadas, en especial la asamblea de accionistas, los accionistas y sus deberes para con la compañía y demás miembros de esta; se continuara con un estudio del abuso del derecho en general; y se centrará en el análisis del artículo innumerado 317.73 de la Ley de Compañías y se buscará ahondar si este es un mecanismo de protección eficaz para evitar el abuso del derecho al voto por mayorías, minorías y paridad o si por el contrario los accionistas deberían establecer otros mecanismos de seguridad en los estatutos sociales de la persona jurídica para evitar que se abuse de manera ilegítima del uso del derecho al voto en contra de la compañía y sus accionistas.

Palabras clave: Sociedad por Acciones Simplificadas, asamblea de accionistas, accionistas, voto, deber de fidelidad, buena fe, abuso del derecho, abuso del derecho al voto.

ABSTRACT

This research addressed a study of the main aspects of the Simplified Joint Stock Companies, especially the shareholders' meeting, the shareholders and their duties towards the company and other members. The study continued with an analysis of the abuse of the right in general. Then, it focused on the analysis of article number 317. 73 of the Business Law to elucidate if this is an effective protection mechanism to avoid the abuse of the right to vote by majorities, minorities and parity or if on the contrary the shareholders should establish other security mechanisms in the articles of association of the legal entity to avoid the illegitimate abuse regarding the use of the right to vote against the company and its shareholders.

Translated by



Juan Alfredo Arteaga

INDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
RESUMEN.....	iv
ABSTRAC.....	v
INDICE.....	vi
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1.....	2
1. La Sociedad por Acciones Simplificadas.....	2
1.1. Concepto. –.....	2
1.2. Características generales y específicas. –.....	8
1.3. Autonomía de la voluntad como eje principal de la SAS. –.....	43
1.4. Asamblea general y derecho al voto de los accionistas	47
1.5. Deber de fidelidad de los accionistas y principio de buena fe	64
CAPÍTULO 2.....	70
2. El abuso del derecho.....	70
2.1. Antecedente histórico y concepto. –	70
2.2. Corriente doctrinaria y evolución. –	82
2.3. Abuso del derecho como fuente de las obligaciones. –.....	89
2.4. El abuso del derecho y su regulación en otras legislaciones. –	96
CAPÍTULO 3.....	102

3.	El abuso del derecho al voto en la SAS.....	102
3.1.	Análisis del artículo innumerado 317.73 de la Ley de Compañías. –	102
3.2.	Abuso de mayorías. –.....	108
3.3.	Abuso de minorías y paridad. –.....	117
3.4.	Indemnización por daños y nulidad del acta suscrita en la asamblea general de accionistas. –	124
3.5.	Cláusulas estatutarias que podrían incluirse para evitar el abuso del derecho al voto. –	135
	Conclusiones. –.....	144
	Bibliografía	149

INTRODUCCIÓN

Dentro del seno de los máximos órganos de gobierno de las sociedades mercantiles ecuatorianas, los socios o accionistas, dependiendo de la modalidad societaria que se esté utilizando, ejercen su derecho al voto en virtud de las prerrogativas que la ley y los estatutos sociales de estas les conceden. La ley y la doctrina sostienen que el voto se debe ejercer en beneficio de la compañía.

Sin embargo, esto no siempre resulta ser así. Existen casos en los cuales los socios/accionistas de una compañía actúan bajo sus propios intereses ilegítimos y ejercen su derecho al voto con la finalidad de obtener una ventaja injustificada a su favor o de un tercero, causando un perjuicio a la compañía o a otro socio/accionista.

Con la vigencia de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación se agrega, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, una nueva sociedad mercantil: La Sociedad por Acciones Simplificadas. Esta sociedad ha generado gran expectativa tanto para emprendedores, empresarios e incluso abogados puesto que, aparecen nuevas y novedosas instituciones societarias acordes a la realidad contemporánea que atraviesan las sociedades y los mercados en el mundo. Dentro de sus preceptos podemos encontrar una norma que busca regular el abuso del derecho al voto, norma que contiene un gran trasfondo histórico y doctrinario que resulta menester analizar.

CAPÍTULO 1

1. La Sociedad por Acciones Simplificadas

1.1. Concepto. –

El 28 de febrero de 2019 se promulga en el Registro Oficial S. 151 ecuatoriano la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación LOEI, dicha ley, en su disposición reformativa octava, introduce en la Ley de Compañías una nueva especie de sociedad mercantil dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la Sociedad por Acciones Simplificadas SAS. La SAS viene a ser una figura innovadora dentro de la legislación ecuatoriana, en lo que materia societaria se refiere.

Si bien la SAS viene a ser una nueva especie de sociedad mercantil reconocida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tal y como manda el artículo 2 de la Ley de Compañías, no es una figura nueva para la región; puesto que, países como: Colombia, Argentina, Uruguay¹ y más la han venido implementando en sus ordenamientos jurídicos ya por varios años.

La Ley de Compañías (1999) en su artículo innumerado 317.1 define a la SAS de la siguiente manera: “La sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre mercantil, independientemente de sus actividades operacionales”

¹ Colombia incorpora a la SAS a su legislación en el año 2008; Argentina incorpora a la SAS a su legislación en el año 2017; y, Uruguay incorpora a la SAS a su legislación en el año 2019.

La Organización de Estados Americanos OEA, con la Ley Modelo sobre la Sociedad por Acciones Simplificada (2017) en su artículo 1 establece que: “La sociedad por acciones simplificada es una persona jurídica, provista de responsabilidad limitada, cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social”

Tal y como se puede observar, de la lectura de los artículos de la Ley de Compañías y de la Ley Modelo sobre la Sociedad por Acciones Simplificada, los conceptos en los que se busca encasillar a la SAS son insuficientes; ya que, los mismos pueden describir perfectamente a cualquier sociedad mercantil que se utilice en la práctica sin que necesariamente se trate de una SAS; motivo por el cual, resulta menester establecer los conceptos que la legislación comparada ha encasillado a esta nueva especie societaria en sus respectivos ordenamientos jurídicos:

La Ley General de Sociedades Mercantiles de México, define a la SAS en su artículo 260 de la siguiente forma:

La sociedad por acciones simplificada es aquella que se constituye con una o más personas físicas que solamente están obligadas al pago de sus aportaciones representadas en acciones. En ningún caso las personas físicas podrán ser simultáneamente accionistas de otro tipo de sociedad mercantil a que se refieren las fracciones I a VII, del artículo 1o. de esta Ley, si su participación en dichas sociedades mercantiles les permite tener el control de la sociedad o de su administración, en términos del artículo 2, fracción III de la Ley del Mercado de Valores. (Ley General de Sociedades Mercantiles, 1934)

Por su parte, la Ley 19.820 de la República Oriental del Uruguay define a la SAS como:

La sociedad por acciones simplificada es un tipo de sociedad comercial, cuyo capital estará representado por acciones y sus accionistas no serán responsables por las obligaciones sociales, más allá del monto de sus respectivos aportes. El o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad excepto en caso de declararse inoponible la personalidad jurídica de la sociedad (...).

No podrán adoptar la forma jurídica de sociedad por acciones simplificada las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones, aquellas en las cuales sea accionista, directa o indirectamente, el Estado, un Gobierno Departamental, un Ente Autónomo, un Servicio Descentralizado o una persona pública no estatal, ni aquellas que se dediquen a actividades para las cuales la ley disponga la adopción de un tipo social específico.

Tampoco podrán adoptar dicha forma jurídica, las sociedades anónimas constituidas antes de la vigencia de la presente ley que, con posterioridad a su sanción, se transformen en otro tipo social (...). (Ley 19.820, 2019)

De igual manera, La Ley General de las Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, No. 479-08, define a la Sociedad Anónima Simplificada, que viene a ser la igual a la Sociedad por Acciones Simplificadas en República Dominicana, como:

La Sociedad Anónima Simplificada (en adelante SAS) podrá constituirse de dos o más personas, quienes sólo serán responsables por el monto de sus respectivos aportes y la cual tendrá personalidad jurídica. A su denominación social se agregarán las palabras Sociedad Anónima Simplificada o las siglas SAS. (...). (Ley General de Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, No. 479-08, 2008)

A continuación, el Código de Comercio de Chile, en su artículo 424, define a la Sociedad por Acciones SpA, que de igual forma que en República Dominicana, viene a ser la igual a la SAS, de la siguiente manera:

La sociedad por acciones, o simplemente la sociedad para los efectos de este Párrafo, es una persona jurídica creada por una o más personas mediante un acto de constitución perfeccionado de acuerdo con los preceptos siguientes, cuya participación en el capital es representada por acciones. La sociedad tendrá un estatuto social en el cual se establecerán los derechos y obligaciones de los accionistas, el régimen de su administración y los demás pactos que, salvo lo dispuesto en este Párrafo, podrán ser establecidos libremente. En silencio del estatuto social y de las disposiciones de este Párrafo, la sociedad se regirá supletoriamente y sólo en aquello que no se contraponga con su naturaleza, por las normas aplicables a las sociedades anónimas cerradas. (Código de Comercio, 1865)

De la transcripción realizada entre las diferentes legislaciones antes citadas, se puede aseverar que no es fácil definir a la Sociedad por Acciones Simplificadas; ya que, únicamente

definen algunos aspectos de esta y, en algunos casos, de una forma bastante limitada. Es curioso que la Ley 1.258 colombiana, que es la que regula a la SAS en ese país y de la cual la Ley Modelo de la OEA basó sus preceptos, no de un concepto de lo que es una SAS, pese a haber sido el país pionero en implementar esta especie de compañía en la región.

Debido a la limitada explicación que dan los diferentes ordenamientos jurídicos acerca de la SAS y de las compañías que vienen a ser las iguales a esta, como es el caso de la Sociedad Anónima Simplificada de República Dominicana y de la Sociedad por Acciones de Chile, se debe recurrir a los criterios de los diversos autores en la materia para poder comprender de mejor manera que es una SAS.

El profesor argentino Rafael F. Barreiro da un concepto más claro y cercano de lo que es una SAS a diferencia de las legislaciones anteriormente mencionadas, haciendo hincapié en sus características, y definiéndola como:

(...) aquel tipo societario en el que los socios – accionistas – limitan su responsabilidad a la integración de las acciones, cuya circulación puede prohibirse como máximo por diez años, que suscriban o adquieran, aunque garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la adecuada integración de los aportes, con capital mínimo exigido por la ley, que admite su constitución con sujeción a rápidos y sencillos trámites de inscripción, presenta una flexible estructura funcional inspirada en la determinación de los constituyentes que pueden ser uno más, con denominación social propia y sobre el que inciden restricciones en relación a su objeto o fundadas en relaciones de control.

(Barreiro)

Por su parte, el doctrinario Pierre-Louis Périn, de origen francés, define a la SAS de la siguiente forma:

La sociedad por acciones simplificada (SAS) es una sociedad comercial por su forma que puede emitir acciones y otras modalidades de valores inmobiliarios donde la responsabilidad de los asociados es limitada al monto de sus aportes. A diferencia de las sociedades anónimas y en comandita por acciones, la SAS no puede emitir valores en el mercado público. En todo caso, ella forma parte de la categoría de sociedades por acciones. (Périn, 2008)

En este punto es importante tener presente que, cada legislación puede dar un concepto diferente de la SAS; puesto que, dependiendo del país en el que se encuentre, se tendrá una regulación diferente para esta, independientemente de que sus cimientos y pilares sean los mismos, preponderando a este fin la fuerza normativa de lo real, es decir, la realidad propia de cada legislación.

En virtud de todo lo expuesto, y analizando los elementos generales y específicos que el ordenamiento jurídico ecuatoriano da a la SAS, y que serán objeto de análisis dentro del presente proyecto de investigación, se puede definir a la misma de la siguiente manera: La Sociedad por Acciones Simplificada es una sociedad de capital que se constituye mediante acto o contrato, dependiendo de su número de fundadores, que cuenta con personería jurídica independiente a sus accionistas quienes pueden limitar su responsabilidad hasta el monto de sus aportaciones, y cuyo eje central es la autonomía de la voluntad de los miembros que la componen y que se materializa en el estatuto social de la compañía.

1.2.Características generales y específicas. –

Si bien los criterios de los diferentes juristas ecuatorianos son diversos, en relación de si la SAS viene a ser beneficiosa para el país con sus nuevas regulaciones o si por el contrario son preceptos que se acomodan a una realidad ajena a la nuestra y que a largo plazo resultarían perjudiciales o inaplicables, como ocurrió con las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada, es innegable que estos son novedosos y rompen con los paradigmas del derecho societario ecuatoriano tradicional al que estamos acostumbrados. Motivo por el cual, es menester realizar un breve análisis de las características más importantes de las SAS, teniendo presente que, si bien éstas cuentan con las mismas características generales de las demás especies societarias vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sus características específicas son las que merecen nuestra atención dentro de la presente investigación.

1.2.1. Constitución. –

La Ley de Compañías (1999) en su artículo innumerado 317.6 establece que la SAS se puede constituir mediante acto unilateral, si es que esta va a tener como fundador a una persona, o mediante contrato, si es que esta va a tener dos o más fundadores sin dar un número máximo de integrantes, a diferencia de la Compañía Limitada que son quince.

Resulta del todo novedoso, al menos en la práctica, poder constituir una sociedad mercantil con un solo integrante; puesto que, tanto la Sociedad Anónima, como la Compañía Limitada, dos de las tres especies societarias utilizadas en la práctica, exigen por lo menos dos accionistas o socios respectivamente, para poder fundar este tipo de sociedades.

Es importante mencionar que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, existen “empresas” que se pueden constituir con un solo “socio”, hablo de las empresas unipersonales de responsabilidad limitada; sin embargo, nunca tuvieron una buena acogida en el país, por lo que no se llegaron a utilizar.

Varios son los factores que limitaron el uso de estas empresas unipersonales en el país, entre los motivos más trascendentales están el hecho que únicamente se limita la responsabilidad civil del constituyente, dejando de lado la responsabilidad laboral y tributaria²; el capital mínimo de constitución de este tipo de empresas es excesivamente alto; puesto que, este debe ser de por lo menos el salario básico multiplicado por diez³, lo que, actualmente, equivale al valor de cuatro mil doscientos cincuenta dólares, valor claramente superior a los cuatrocientos dólares de capital mínimo que se exige actualmente para la constitución de una compañía limitada y los ochocientos dólares de capital mínimo para la sociedad anónima; la representación legal de la empresa únicamente la puede ejercer el gerente - propietario⁴; la empresa unipersonal de responsabilidad limitada no se puede

² La Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad limitada indica lo siguiente: Art. 1. – Capacidad para constituir empresas unipersonales. – Toda persona natural con capacidad legal para realizar actos de comercio, podrá desarrollar por intermedio de una empresa unipersonal de responsabilidad limitada cualquier actividad económica que no estuviere prohibida por la ley, limitando su responsabilidad civil por las operaciones de la misma al monto del capital que hubiere destinado para ello.

³ Art. 21. – Capital mínimo. – El capital mínimo asignado a la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, no podrá ser inferior al producto de la multiplicación de la remuneración básica mínima unificada del trabajador en general, por diez.

⁴ Art. 38. – Administración y representación legal. – La empresa unipersonal de responsabilidad limitada, será administrada por su gerente propietario, quien a su vez, será su representante legal.

transformar en una sociedad mercantil controlada por la Ley de Compañías⁵; la constitución de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada se realiza mediante una petición al juez civil⁶; y, la mencionada sociedad no está sujeta al control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Volviendo al tema, el doctor Francisco Reyes Villamizar (2018) considera que el necesitar más de una persona para poder constituir una compañía crea una innecesaria rigidez y aumenta los costos para todos aquellos empresarios que desean acceder a la limitación de responsabilidad sin tener que asociarse con persona alguna, prueba de ello son las numerosas simulaciones de negocios jurídicos en los cuales una persona, con la finalidad de acceder a la limitación de responsabilidad, se asocia a un tercero para cumplir ésta formalidad que la ley prevé; sin embargo, este tercero no tiene intención alguna de fundar una sociedad mercantil y mucho menos tendrá injerencia en el desenvolvimiento de la vida de la persona jurídica.

A pesar de que el doctor Reyes habla de la realidad colombiana, es indiscutible que en nuestro país es una práctica más que común “prestar el nombre” para que una persona pueda constituir una compañía y acceder al beneficio de responsabilidad limitada, dejando de lado el *affectio societatis* o voluntad de asociarse que tanto habla la doctrina.

⁵ Art. 36. – (...) Salvo el caso previsto en el artículo 37 de esta Ley, la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, no podrá transformarse en ninguna sociedad regulada por la Ley de Compañías (...)

⁶ Art. 31. – Solicitud de aprobación e inscripción de escritura de constitución. – Otorgada la escritura pública de constitución de la empresa, el gerente – propietario se dirigirá a uno de los jueces de lo Civil del domicilio principal de la misma, solicitando su aprobación e inscripción en el Registro Mercantil de dicho domicilio (...).

En este punto vale la pena mencionar que, por regla general, todas las personas pueden asociarse libremente para fundar sociedades mercantiles; sin embargo, existen prohibiciones que la misma ley da para que ciertas personas celebren contratos entre ellas. El caso más emblemático es la limitación que los cónyuges tienen para celebrar el contrato de sociedad entre ellos, al respecto, el Código Civil en su artículo 218 establece: “Los cónyuges no podrán celebrar entre sí, otros contratos que los de mandato, los de administración de la sociedad conyugal en los términos que consta en el artículo 142 de este Código, y capitulaciones matrimoniales (...)” (Código Civil, 2005)

Como se puede observar, la norma limita los contratos que pueden celebrar los cónyuges entre sí; no obstante, es completamente legal que uno de los cónyuges funde una sociedad con un tercero y que, posterior a ello, este tercero celebre un contrato de cesión de acciones, de tratarse de una SAS o una SA, o de participaciones, de tratarse de una compañía limitada, con el cónyuge que no intervino en la celebración del contrato de sociedad para que los cónyuges terminen siendo socios o accionistas en la misma sociedad mercantil, aspecto este que puede devenir en un tipo de simulación, que daría derecho a terceros a la indemnización por daños y perjuicios, de ser causados.

El profesor Reyes Villamizar (2018) indica que en la realidad contemporánea que estamos atravesando y la evolución que sufren las empresas de hoy en día, resulta inconcebible que se siga discutiendo la posibilidad de constituir compañías mercantiles donde solo exista un solo accionista; y que, ha dejado de ser relevante para el derecho societario contemporáneo, además de no presentar ningún problema en la práctica.

El poder constituir una SAS con una persona, no resulta únicamente beneficioso para las personas naturales; puesto que, la norma abre la puerta a que personas jurídicas puedan participar en los beneficios de la unipersonalidad, lo que, según Francisco Reyes Villamizar, resulta útil para la organización de grupos sociales. Al respecto, el doctrinario indica lo siguiente:

El artículo 1 de la Ley SAS determina que “la sociedad por acciones simplificadas podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes solo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes”. Esta premisa no solamente resulta útil en el contexto de personas naturales interesadas en acceder al beneficio de limitación de responsabilidad, sino que es particularmente beneficioso para la estructuración de grupos sociales. (Reyes Villamizar, La Sociedad por Acciones Simplificada, 2018)

Sin perjuicio de aquello, este beneficio no únicamente puede ser utilizado por los grupos empresariales nacionales; ya que, a palabras de José Engracia Antunes (1993): “(...) los grupos transnacionales se estructuran mayoritariamente mediante la creación de sociedades unipersonales de capital (*wholly-owned subsidiaries*). No sorprende que cerca del 83% de las filiales extranjeras de los grupos norteamericanos sean sociedades unipersonales.”. De modo que, podría resultar atractivo para los diferentes grupos empresariales extranjeros invertir en Ecuador sin la necesidad de asociarse, generando fuentes de empleo para los ecuatorianos y fortaleciendo la economía del país.

Por otro lado, los doctores Roberto Salgado Valdez (2021) y Jorge Egas Peña, citado en la obra del primero, consideran que en lugar de adoptar una sociedad unipersonal en el

ordenamiento jurídico ecuatoriano, basta con una simple reforma a la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, eliminando las formalidades previstas en los artículos 31 y 32 de esta ley, esto es la necesidad de que estas sean aprobadas por un juez civil del cantón donde operará la empresa unipersonal y el término de oposición de los acreedores del gerente – propietario y de terceros que consideren que han sido afectados con la constitución de la empresa, considerando que únicamente se debería inscribir en el Registro Mercantil del domicilio de la empresa.

Una característica que resalta de la SAS es que el documento constitutivo puede ser otorgado, por regla general, mediante documento privado, siempre y cuando los aportes de los accionistas sean hechos en numerario o en bienes que por su naturaleza no necesiten de inscripción; y es que, el artículo innumerado 317.6 de la Ley de Compañías (1999) establece que: “La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado (...)”. Situación que resulta del todo beneficiosa, en especial para los emprendedores, ya que el o los accionistas que deseen constituir una SAS no deberán incurrir en los gastos derivados de la escritura pública.

Sin embargo, algunos juristas ecuatorianos consideran que el prescindir de la escritura pública para la constitución de la persona jurídica puede resultar perjudicial; por ejemplo, el doctor César Drouet Candel (2020) considera que no se debe prescindir de la escritura pública; puesto que, esta es de fácil acceso para los terceros que quieran negociar con la compañía ya que únicamente deben acudir a la notaría pública donde se constituyó la misma para obtener información de ella, de igual forma para eventuales reformas estatutarias. El no poder acceder a esa información, obliga al tercero a tener que acudir a la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros para obtener dicha información del Registro de Sociedades.

Considero que la afirmación del doctor Drouet Candel es errada; puesto que, el documento constitutivo y las posibles reformas estatutarias siguen siendo de fácil acceso, no solo para los terceros que deseen contratar con esta compañía, sino para todas las personas que tengan interés sobre la información de esta, basta con acceder a la página web de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, donde no solo se encuentra el documento constitutivo y las reformas estatutarias digitalizados, sino también toda la información referente a la compañía que se tenga interés.

Por su parte, el doctor Roberto Salgado Valdez (2021) considera que el no tener que ir ante un notario público puede devenir en problemas para verificar la veracidad de la información de los constituyentes, pasando esta responsabilidad a la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, lo cual puede acarrear delitos de suplantación de identidad ya que los constituyentes no se encuentran de manera personal al momento de revisar la información, peor aún cuando estos firman electrónicamente, ya que esta modalidad puede ser utilizada sin el consentimiento del dueño de la firma.

Me encuentro en parte de acuerdo con lo expuesto con el doctor Salgado, se puede dar el caso que, por no poder corroborar la veracidad de la información de los constituyentes de una SAS, se den delitos de suplantación de identidad; sin embargo, no estoy de acuerdo que la escritura pública sea la solución, considero que el problema se puede subsanar con una reforma a la norma que exija el reconocimiento de firmas de los accionistas fundadores de la compañía en el documento de constitución, evitando incurrir en los elevados gastos que implica la celebración de una escritura pública.

En razón de la firma electrónica, hay que tener presente que, no es un instrumento de fácil acceso para la persona que no es titular de la misma, y si bien el acceso a esta por parte de un tercero no es imposible, el prohibir su uso significaría un declive a la gran cantidad de negocios mercantiles contemporáneos que se llevan mediante la red. En todo caso, es responsabilidad del titular de la firma electrónica que se de un buen uso de esta, no dejándola al alcance de terceros.

Existen casos en los que una SAS si debe ser constituida mediante escritura pública, estos casos, tal y como lo establece el artículo innumerado 317.11 e innumerado 317.20 de la Ley de Compañías (1999) y artículo 4 del Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.) (2020) son aquellos en los cuales se aporte un bien a la compañía, pero no se trata de cualquier bien, sino de uno que por su naturaleza necesite ser inscrito.

En virtud de lo expuesto surge una interrogante ¿puede una SAS ser constituida mediante escritura pública pese a únicamente tener aportes en numerario por parte de sus accionistas?

Tanto la Ley de Compañías como el Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.) indican que se debe hacer por instrumento privado; sin embargo, considero que la ley pone mínimos que se deben cumplir para que los actos y contratos tengan plena validez jurídica; motivo por el cual, se debe recurrir a la doctrina para resolver esta interrogante, y es que el doctor Antonio Vodanovic (1945) considera que: “La ley es la que da a un acto el carácter de solemne o no solemne, pero las partes pueden hacer solemne un acto que por exigencia de la ley no lo es (...)” lo que se traduce en el principio de Derecho Privado: puede hacerse todo excepto lo que la ley prohíbe.

Independientemente de que el documento constitutivo sea otorgado por escritura pública o documento privado, debe contener por lo menos los requisitos que indican el artículo innumerado 317.8 de la Ley de Compañías⁷

⁷ **Art ... (317.8). – Contenido del documento constitutivo.** – El documento de constitución, sin perjuicio de las cláusulas que los accionistas resuelvan incluir de acuerdo con la Ley, expresará, cuando menos lo siguiente: 1. El lugar y fecha en que se celebre el contrato o acto unilateral; 2. Nombre, nacionalidad, acreditación de identidad, correo electrónico y domicilio de los accionistas; 3. Razón social o denominación de la sociedad, seguida de las palabras “sociedad por acciones simplificada” o de las letras S.A.S.; 4. El domicilio principal de la sociedad mismo que será cantonal; 5. El plazo de duración, si éste no fuere indefinido. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad se ha constituido por plazo indefinido; 6. Una enumeración clara y completa de las actividades previstas en su objeto social, a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad mercantil o civil lícita. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita; 7. El importe de capital social, con la expresión del número de acciones en que estuviere dividido, el valor nominal de las mismas, su clase, así como el nombre completo y nacionalidad de los suscriptores del capital; 8. La indicación, de acuerdo con la libre estipulación de las partes conforme a la Ley, de lo que cada accionista suscribe y pagará en dinero o en otros bienes muebles, inmuebles o intangibles y, en estos últimos casos, el valor atribuido a éstos; 9. La forma de administración y fiscalización de la sociedad, si se hubiese acordado el establecimiento de un órgano de fiscalización, y la indicación de los funcionarios que tengan la representación legal, así como la forma de designación del representante legal y su subrogante de acordarse la existencia de este último en el estatuto social; 10. La forma de deliberar y tomar resoluciones en la junta de accionistas, y el modo de convocarla y constituir la; 11. Las normas del reparto de utilidades; 12. La declaración, bajo juramento de los comparecientes, de la veracidad y autenticidad de la información proporcionada y de la documentación de soporte presentada durante el proceso de constitución de la sociedad por acciones simplificada. También deberá incluirse una declaración jurada que acredite que los fondos, valores y aportes utilizados para la constitución de la sociedad provienen de actividades lícitas. En caso de que una sociedad extranjera fuere fundadora de una sociedad por acciones simplificada, el

Cabe hacer ciertas puntualizaciones en relación con algunos de los requisitos que deben constar en el instrumento constitutivo de una SAS:

El numeral dos del artículo innumerado 137.8 de la Ley de Compañías (1999) indica que se debe determinar el nombre, la nacionalidad, la acreditación de la identidad, domicilio y correo electrónico de los accionistas; existe una particularidad en el caso de que una compañía extranjera desee ser accionista fundador, el inciso final del ya mencionado artículo indica que al documento de fundación se debe agregar una certificación que demuestre la existencia legal de la persona jurídica extranjera en su país de origen. Pero no únicamente se tiene ese requisito; puesto que, el artículo 7 del Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.) (2020) exige que se entregue una lista de los socios/accionistas de las sociedades extranjeras, indicando sus nombres, apellidos, estados civiles, en caso de ser personas naturales, o la denominación o razón social, si fueren personas jurídicas y, en ambos casos sus nacionalidades y domicilios. En caso de existir personas jurídicas que sean socias/accionistas de la sociedad extranjera que desea ser accionista en la SAS, se debe proporcionar la nómina de integrantes de esta compañía y así sucesivamente hasta identificar a las personas naturales accionistas de estas sociedades; la norma indica que, esta nómina de integrantes debe ser suscrita y certificada ante un notario público, por el secretario,

documento de fundación deberá agregarse una certificación que acredite la existencia legal de dicha sociedad en su país de origen

administrador, funcionario autorizado para el efecto o apoderado legalmente constituido de las sociedades extranjeras cuando corresponda.

El artículo no hace referencia a los casos en los que corresponde proporcionar la nómina de integrantes; sin embargo, de la lectura de este, se colige que corresponde en todos los casos, salvo aquellos en los que las sociedades extranjeras coticen en bolsa.

Existen requisitos especiales para las sociedades extranjeras fundadoras de una SAS y sus accionistas, si es que estos segundos son personas jurídicas y cotizan en bolsa: el primero de ellos se debe cumplir si es que entre los accionistas de una compañía extranjera que funde una SAS en Ecuador, en su segundo nivel de propiedad accionaria u otros niveles posteriores, se encuentre una compañía que coticen en bolsa, en vez de la nómina de integrantes de la sociedad, se necesitará una certificación que acredite que esta compañía cotiza en bolsa, emitida por la autoridad competente del país de origen de esta sociedad.

Un ejemplo práctico de este caso sería: La compañía BETA S.A.S., de nacionalidad ecuatoriana, tiene como accionista a la sociedad ALPA S.A., de nacionalidad colombiana, la cual no cotiza en bolsa en su país de origen; sin embargo, ALPA S.A. tiene como accionista a GAMA S.A., de nacionalidad colombiana, que si cotiza en bolsa, y a Juan Armando Pérez. La compañía GAMA S.A., al encontrarse en segundo nivel de propiedad accionaria de ALPA S.A., y ser una compañía que cotiza en bolsa, produce que, para constituir BETA S.A.S., se haya necesitado una certificación que acredite el hecho que GAMA S.A. cotiza sus acciones en la bolsa de valores de Colombia.

El segundo posible requisito surge cuando una sociedad extranjera que fuere accionista de una SAS ecuatoriana, en su primer nivel de propiedad accionaria o posteriores,

tenga a una o varias personas jurídicas que coticen en bolsa y además que esté registrada en una o más bolsas de valores extranjeras, en este caso ya no deberá remitir la lista de socios o accionistas que tienen acciones en estas compañías; sino que, deberá presentar una declaración juramentada en donde indique las bolsas de valores en las que se encuentran registrados sus accionistas y el hecho que todo su capital se encuentra representado por acciones, participaciones o títulos nominativos.

Un ejemplo práctico de este caso sería el siguiente: BETA S.A.S. de nacionalidad ecuatoriana, tiene como único accionista a la compañía extranjera GAMA S.A., este accionista se encuentra inscrita en la Bolsa de Valores de Londres y cotiza sus acciones ahí, en este caso se necesitó la declaración juramentada mencionada en el párrafo anterior para fundar BETA S.A.S.

Resultan lógicos ambos requisitos; puesto que, las acciones, al ser títulos valores que se pueden negociar de manera libre y en especial en la bolsa de valores, cambian demasiado rápido de dueño, por lo que resultaría difícil, sino imposible, determinar quienes son los accionistas que conforman una de estas compañías, dando como resultado la imposibilidad de entregar la lista de accionistas/socios que exige la norma para los casos de sociedades extranjeras que no cotizan en bolsa.

El artículo 7 del Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S) (2020) de igual manera establece que, en todos los casos, se debe demostrar de manera documental, que el capital social de las sociedades extranjeras se encuentra representado por participaciones, acciones o títulos nominativos.

Vale la pena mencionar que, cuando una sociedad extranjera se convierte en accionista de una SAS, debe entregar la misma documentación que se solicita a las sociedades extranjeras fundadoras hasta el mes de diciembre de cada año y que todas las certificaciones mencionadas anteriormente deben ser apostilladas y autenticadas por un cónsul ecuatoriano, al igual que la lista de socios y accionistas si esta hubiera sido suscrita en el exterior. A la SAS se le aplican los mismos reglamentos sobre información de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros que a las otras compañías en lo que fuera posible; por lo que, si la información consignada no ha variado respecto del año anterior, bastará una declaración juramentada del representante legal para tener por cumplida esta obligación. Todo esto de conformidad con el reglamento de la SAS. (2020)⁸

El numeral 5 del artículo innumerado 317.8 de la Ley de Compañías (1999) indica que en el documento constitutivo se debe establecer el plazo de duración de la compañía; y

⁸ **Art. 7. – Información que deben adjuntar o presentar las sociedades o personas jurídicas extranjeras, fundadoras o accionistas de una sociedad por acciones simplificada nacional.** – En caso de que una sociedad extranjera fuere fundadora o accionista de una sociedad por acciones simplificada nacional, en el primero de tales casos, deberá agregar al documento de fundación y, en el segundo de ellos, deberá presentar a la sociedad por acciones simplificada durante el mes de diciembre de cada año, una certificación extendida por la autoridad competente del país de origen en la que se acredite que la sociedad en cuestión cuenta con existencia legal en dicho país. (...) En todos los casos, se deberá justificar, documentadamente, que la totalidad del capital de la sociedad extranjera se encuentra representado, exclusivamente, por acciones, participaciones o títulos nominativos. Las personas jurídicas extranjeras de cualquier naturaleza que participen en la constitución de una sociedad por acciones simplificada, o en su capital en calidad de accionistas, deberán proporcionar igualmente, una certificación extendida por autoridad competente de su país de origen en la que se acredite su existencia legal. Asimismo, deberán presentar su nómina de sus integrantes, y así, sucesivamente, hasta determinar o identificar a la correspondiente persona natural. El listado de sus miembros deberá ser suscrito y certificado de acuerdo con el requerimiento que este artículo impone a las sociedades extranjeras. Las certificaciones mencionadas en este artículo serán apostilladas o autenticadas por cónsul ecuatoriano, al igual que las listas arriba señaladas si hubieran sido suscritas en el exterior. Regirán también para las sociedades por acciones simplificadas las disposiciones contenidas en el Reglamento sobre la información que deben remitir a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, las compañías ecuatorianas que cuenten con sociedades extranjeras en calidad de socios o accionistas, en todo cuanto fueren aplicables, por consiguiente, si la información de la sociedad por acciones simplificada ecuatoriana debe presentar sobre sus socios o accionistas sociedades extranjeras no ha variado respecto de la información consignada el año anterior, la obligación de la sociedad ecuatoriana se tendrá por cumplida mediante declaración bajo juramento que en dicho sentido realice el representante legal.

que, si nada se dijere en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad tiene un plazo indefinido.

Al respecto hay que señalar que, si bien en la actualidad, la compañía limitada y la sociedad anónima cuentan con la misma posibilidad de ser constituidas con un plazo indefinido, en el Ecuador fue la SAS la compañía pionera en tener esta prerrogativa; ya que, a las otras sociedades mencionadas se les atribuyo esta posibilidad con la Ley de Modernización a la Ley de Compañías del mes de diciembre de 2020.

Por su parte, el numeral 6 del artículo innumerado 317.8 de la Ley de Compañías (1999) hace referencia al objeto social de la compañía, donde establece que se debe enunciar de manera clara y completa, en el documento de constitución, el objeto social de la compañía, salvo que se exprese que la SAS podrá realizar cualquier actividad mercantil o civil. Si no se hace referencia alguna, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita.

La somera doctrina ecuatoriana no ha podido llegar a un acuerdo acerca de lo beneficioso o perjudicial que puede llegar a ser el establecer un objeto social indefinido para una compañía. Al respecto, el doctor Roberto Salgado Valdez (2021), considera que es un error permitir a una compañía contar con un objeto social indefinido; ya que, va en contra del artículo 3 de la Ley de Compañías que, si bien permite que se cuente con un objeto social múltiple, en el contrato social se deben establecer todas las actividades que la sociedad va a realizar, vuelve inaplicable la sanción prevista en el inciso tercero del artículo 30 de la Ley de Compañías referente a la responsabilidad solidaria en la que incurren los administradores y socios que aprueban el realizar actividades diferentes a las previstas en el objeto social de la compañía, considera que este tipo de sociedades pueden utilizarse como pantalla para el

ejercicio de actividades ilícitas, y el principal problema que denota el doctor Salgado Valdez, a palabras del mismo:

Nuestra principal preocupación consiste en que si en las S.A.S. no es necesario especificar y concretar las actividades de un objeto social, que corresponde a la “causa” como requisito de validez del contrato de sociedad, puede pensarse que el contrato social carece de causa o, al menos, ella no aparece, lo que jurídicamente es inaceptable porque el objeto social es de extrema importancia por cuanto debe amparar el “interés de los socios” (su ánimo de lucro) que los lleva a controlar, de cierta forma, la actuación de los administradores para que se encuadren dentro de las actividades previstas; debe amparar el “interés de los terceros” para que éstos puedan conocer a cabalidad los contratos que pueden celebrar con la compañía y que jurídicamente los obliguen y, finalmente, debe amparar el “interés de la sociedad” la misma que, para cumplir sus objetivos, deberá sopesar este interés sobre el de los socios, bajo ciertas circunstancias” (Salgado Valdez, 2021).

Por parte de los juristas que apoyan el objeto social indefinido, se encuentra el doctor Oswaldo Santos Dávalos, quien manifiesta:

La Ley de Compañías exige que el objeto de una compañía esté debidamente concretado y que se limite a una actividad. Esas exigencias carecen de asidero. Parten de la premisa de que las compañías son inherentemente peligrosas y que deben ser controladas ex ante a través de encasillamiento de lo que pueden hacer. Ese paradigma es absurdo y debe cambiar. En lugar de exigir

que las sociedades concreten su objeto, una alternativa mucho más conveniente consiste en establecer cuáles son las actividades para las que se requiere observar determinados requisitos de entrada, de modo que no puedan desarrollarse por cualquier sociedad. (Santos Dávalos, La Implementación de la Sociedad por Acciones Simplificada en Ecuador, 2020).

Por otro lado, el numeral 12 del artículo innumerado 317.8 de la Ley de Compañías (1999) determina que se debe hacer una declaración juramentada de el o los accionistas fundadores sobre la veracidad y autenticidad de la información que proporcionan y de la documentación que sirve de soporte durante el proceso de constitución de la SAS; además, se exige una segunda declaración juramentada que indique que los fondos, valores y aportes utilizados para la constitución de la compañía provienen de actividades lícitas. Estos requisitos también se encuentran en el artículo 5 del Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.).

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros presumirá que la información proporcionada por parte de los comparecientes es veraz y realizará el control previo de legalidad, que no es otra cosa más que establecer si el documento de constitución cumple con los requisitos mínimos establecidos en el innumerado artículo 317.8 de la Ley de Compañías y en la demás normativa aplicable; de faltar uno de estos requisitos, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, negará la inscripción del documento y realizará las correspondientes observaciones.

De conformidad con el artículo 8 del Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.) (2020) se tienen treinta días para subsanar las mencionadas

observaciones, en caso de no hacerlo se podrá negar el trámite de solicitud de constitución mediante resolución administrativa, que podrá ser apelable ante el mismo órgano administrativo.

Si es que posterior a la inscripción de la compañía, se llegare a desvirtuar la presunción de veracidad de la información dada por el o los accionistas fundadores, o se pudiera verificar la infracción de normas jurídicas en su otorgamiento, de conformidad con el artículo 9 ibídem (2020) las mismas podrán ser sujetas a un acto societario de convalidación; y, de persistir las mismas, el órgano de control podrá ordenar la cancelación de la compañía, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal que venga al caso en contra de las personas que hayan proporcionado la información falsa, incompleta o adulterada y se retrotraerán las cosas al estado anterior de la inscripción de la compañía.

Existen ciertas características en algunos de los requisitos que exige el artículo innumerado 317.8 de la Ley de Compañías que valen la pena ser analizados de manera individual; por lo que, no han sido mencionados hasta ahora, pero serán sujetos de estudio posteriormente en el presente trabajo de investigación. Por el contrario, existen algunos requisitos que no han sido siquiera mencionados; ya que, no contienen ninguna discusión normativa o doctrinal al respecto.

Una vez que se encuentra inscrito el documento constitutivo, y el o los nombramientos de el o los administradores en el Registro de Sociedades de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la sociedad adquiere vida jurídica y se emite una certificación que probará la existencia de la compañía.

En este punto, vale la pena mencionar que existe un trámite de constitución electrónica dentro del tantas veces mencionado Reglamento de la Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.) (2020), el mismo exige contar con una firma electrónica, que tendrá la misma validez que la firma manuscrita y podrá ser utilizado en la constitución, disolución o cualquier acto societario de la SAS además de documentos contables.

El referido reglamento indica que el usuario solicitante o accionistas fundadores, que no es otra cosa más que la persona o personas que desean constituir una SAS, debe o deben ingresar al portal web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, escoger el sistema de constitución electrónica, seleccionar la reserva de denominación aprobada para la compañía que se desea constituir, llenar el formulario de “Solicitud de Constitución de Compañía”, adjuntar los documentos habilitantes desmaterializados, e iniciar el trámite.

A su vez, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, asignará un número de trámite, notificará por correo electrónico al usuario solicitante la asignación del trámite y se verificará si es que la información ingresada coincide con los documentos habilitantes adjuntos, de existir observaciones se notificará al usuario solicitante y se le devolverá el trámite mediante correo electrónico.

En el evento que se reciban observaciones, el usuario solicitante puede subsanar las mismas y enviarlas nuevamente o dar por finalizado el trámite, de no existir más observaciones por subsanar, o no haber tenido ninguna observación en el primer intento, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, notificará al usuario solicitante con el certificado de registro de la SAS y el certificado de registro de los nombramientos.

1.2.2. Limitación de responsabilidad. –

Tal y como sucede con la Sociedad Anónima y la Compañía Limitada, los accionistas de una Sociedad por Acciones Simplificada limitan su responsabilidad hasta el monto de sus aportaciones, prerrogativa que nace de la ley, para este caso en concreto del artículo innumerado 317.2 de la Ley de Compañías el cual indica:

La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables limitadamente hasta por el monto de sus respectivos aportes. Salvo que, en sede judicial, se hubiere desestimado la personalidad jurídica de la sociedad por acciones simplificada, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en las que incurra la sociedad.
(...) (Ley de Compañías, 1999)

Los franceses Ralph Folsom y Alain Levasseur (1995) han afirmado que uno de los principales motivos por los cuales se constituyen sociedades mercantiles es para instituir un límite a la responsabilidad de los accionistas de estas, esta limitación de responsabilidad se da siempre y cuando se hayan cumplido con las formalidades que la ley exige para su constitución regular.

Si bien, en un primer momento, se puede considerar a la limitación de responsabilidad como un mecanismo para evitar que el empresario arriesgue su patrimonio personal ante un posible fracaso al momento de emprender en una actividad económica, algunos autores contemporáneos consideran que la limitación de la responsabilidad es un mecanismo para transferir el riesgo a los acreedores. Prueba de ello es Richard Posner, quien afirma:

(...) la responsabilidad limitada en las sociedades no es un sistema de eliminar los riesgos de fracaso empresarial, sino un mecanismo para transferir ese riesgo del inversionista individual a los acreedores voluntarios o involuntarios de la sociedad. Son ellos los que asumen los riesgos de falencia de la empresa. (Posner, 1986).

Francisco Reyes Villamizar (2018) considera que la transferencia del riesgo de los accionistas a terceros acreedores en lo concerniente a la responsabilidad contractual es completamente justificable; puesto que, al momento de la negociación, el riesgo de contratar con la sociedad mercantil debe ser medido por los acreedores quienes pueden exigir las garantías que consideren necesarias, incluso garantías personales, para protegerse en caso de un eventual fracaso del negocio.

Por su parte, Robert Thompson considera que:

Las razones para que personas diferentes de los socios asuman algunos de los riesgos de la empresa son suficientemente fuertes, de manera que existen pocas críticas a ese sistema cuando los acreedores han tenido la oportunidad de negociar con la empresa de responsabilidad limitada. (Thompson, 1994)

De los criterios expuestos por los diferentes doctrinarios, se puede indicar que, la regla general es la limitación de la responsabilidad de los accionistas que componen la SAS, la excepción a la regla es que se desestime la personalidad jurídica en sede judicial, esto provocaría que los accionistas sean solidariamente responsables con los acreedores de la SAS en los casos en que el juez emita su resolución judicial, situación que se viene a dar cuando los accionistas de una compañía abusan de la personería jurídica en contra de terceros que

contraten con ella, lo que resulta lógico; puesto que la norma no debe proteger a aquellos que buscan perjudicar a terceros. Para que los accionistas de una compañía respondan ilimitadamente se debe levantar el velo societario.

Para poder comprender este tema, se debe tener claro que, como indica Javier Andrés Ricaurte Hernández (2017), la finalidad de la separación de patrimonios y personalidades entre la persona jurídica y de los miembros que la componen, se da para que los últimos puedan emprender en actividades legítimas y lícitas con la sociedad, sin poner en riesgo su propio patrimonio personal. En consecuencia, si es que a través de una compañía se cometen actos fuera de la esfera jurídica de lo lícito y legítimo, no se podrá gozar de la separación de los patrimonios de los accionistas con la sociedad, ya que se está utilizando a esta última como un medio para limitar su responsabilidad y no como un medio de desarrollo de las actividades sociales de esta.

Ricaurte Hernández conceptualiza a la doctrina del levantamiento del velo societario de la siguiente manera:

(...) es una sanción para aquellas personas que, siendo parte de una persona jurídica, se escuden a través del velo societario, para ejecutar actos contrarios a derecho, ocasionando daños a terceros, sanción que consiste en que las personas naturales que ejecutaron o mandaron a ejecutar esos actos a través de la persona jurídica, se responsabilicen con su patrimonio personal por los actos dañinos cometidos. (Ricaurte Hernández, 2017)

El ya mencionado Ricaurte Hernández (2017) establece ciertos elementos que se deben tomar en cuenta el momento de aplicar el levantamiento del velo societario, el primero

de ellos es la acción, debe darse por abuso, fraude o vías de hecho, el segundo es el dolo, en el sentido de que hay que probar el dolo de todos aquellos a los que se pretenda responsabilizar personalmente por los actos cometidos a través de la compañía, dolo entendido como la intención de burlar la ley, ir en contra de la finalidad de la norma misma y probar la mala fe de aquellos que se beneficien por los actos fraudulentos o abusivos de la compañía; el tercero es que se produzca un daño con los actos realizados, daño que se entiende como una afectación a una persona natural o jurídica; y el cuarto, tener presente el carácter excepcional de la aplicación del levantamiento del velo, se debe aplicar con sumo cuidado; puesto que, el utilizarlo de manera indiscriminada, provocaría que se generen abusos por parte de los jueces y podría afectar gravemente a la seguridad jurídica por lo que, se debe cumplir con todos los requisitos que la ley pide.

Las normas que regulan el levantamiento del velo societario en Ecuador son el artículo innumerado 317.72⁹, en razón de la SAS, que a su vez indica que el levantamiento

⁹ **Art... (317.72). – Desestimación de la personalidad jurídica.** – Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. La inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente podrá declararse judicialmente de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la compañía deducida ante un juez civil o mercantil del domicilio de la compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor. El desvanecimiento del velo societario se regirá por los artículos 17, 17A, 17B y la Disposición General Tercera de esta Ley

del velo se registrará por artículo 17¹⁰ (17A¹¹ y 17B¹²) y la Disposición General Tercera¹³, todas ellas ubicadas en la Ley de Compañías.

¹⁰ **Art. 17** [Responsabilidad personal y solidaria]. - Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se comentan a nombre de compañías y otras personas naturales y jurídicas, serán personal y solidariamente responsables: 1. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar; 2. Los que obtuvieron provecho, hasta lo que valga éste; y, 3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución. Salvo los casos excepcionales expresamente determinados en la ley, la inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente podrá declararse judicialmente de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la compañía deducida ante un juez de lo civil y mercantil del domicilio de la compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor. La acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica seguirá el trámite especial previsto en el Código de Procedimiento Civil.

¹¹ **Art. 17A.** – [Desvelamiento societario o inoponibilidad de la personalidad jurídica]. – El desvelamiento societario o inoponibilidad de la personalidad jurídica contra una o más compañías y contra presuntos responsables, se tramitará en procedimiento ordinario. Si la demanda se propusiere contra varias compañías y varias personas naturales, el actor deberá presentar la demanda en el domicilio principal de la compañía o persona jurídica sobre la cual se pretenda oponerse a su personalidad jurídica. En la demanda se podrán solicitar, como providencias preventivas, las prohibiciones de enajenar o gravar los bienes y derechos que estuvieren relacionados con la pretensión procesal y, de manera particular, de las acciones o participaciones o partes sociales de la o las compañías respectivas, así como la suspensión de cualquier proceso de liquidación o de cualquier orden de cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil de cualquiera de las compañías demandadas; las que, en su caso, serán ordenadas antes de cualquier citación con la demanda. La o el juzgador, a solicitud de parte, podrá disponer que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros ordene las inspecciones que fueren del caso para determinar que las prohibiciones de enajenar o gravar acciones fueren debidamente anotadas o registradas en el o los libros de acciones y accionistas.

¹² **Art 17B.** – [Prescripción de la acción de desvelamiento societario]. – La acción de desvelamiento del velo societario o inoponibilidad de la personalidad jurídica prescribirá en seis años, contados a partir del hecho correspondiente, si hubiere sido solo, o del último de ellos, si hubieren sido varios, sin perjuicio del derecho a presentar impugnaciones o acciones de nulidad de la constitución o de las actas o contratos de las compañías demandadas, según lo previsto en la ley.

¹³ **Tercera.** - La compañía de comercio goza de personalidad jurídica propia, y en consecuencia, constituye un sujeto de derecho distinto a sus socios. Sin embargo, esa distinción no tendrá lugar ni será oponible en caso de comprobarse judicialmente que el contrato social fue celebrado para violar la ley, el orden público o la buena fe; para encubrir la consecución de fines ajenos a la compañía; o como mero recurso para evadir alguna exigencia o prohibición legal, mediante simulación o fraude a la ley, o por cualquier otro medio semejante, siempre que de ello se derivaren perjuicios a terceros. Lo antedicho se extenderá a todas las modificaciones al contrato social referidas en el Art. 33 y a cualquier actividad de la compañía que, con iguales propósitos y medios, perjudicaren derechos de terceros. Los perjuicios sufridos por cualquier abuso de la personalidad jurídica de la compañía, en los términos previstos en el inciso anterior, se imputarán directa y personalmente a la persona o personas que se hubieren aprovechado o se estuvieren aprovechando de la simulación o del fraude a la ley, o de cualquier otro medio semejante, para ocultar o encubrir su interés o participación en la compañía o en su patrimonio, o en los actos o contratos que hubieren ocasionado o estuvieren ocasionando los perjuicios supradichos. En la sentencia en que se declare la inexistencia de la distinción a que se refiere el primer inciso, es decir, en que se declare la inoponibilidad de la personalidad jurídica se dispondrá que, de ser posible, las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la simulación, del fraude a la ley o de cualquier otra vía de hecho semejante, y que los responsables de los perjuicios respondan personal y solidariamente por éstos, mediante la correspondiente indemnización; pero en todo caso se respetarán y no podrán afectarse los derechos adquiridos por terceros de buena fe. En general, por los fraudes, simulaciones, abusos o vías de hecho que se cometen en perjuicio de terceros, a nombre de una compañía o valiéndose de ella, serán personal y solidariamente responsables, además de los señalados con anterioridad en este artículo, quienes los hubieren ordenado o ejecutado. También serán personalmente responsables los tenedores de los bienes respectivos, para efectos de su restitución, salvo los que hubieren actuado de buena fe.

Otra posibilidad que prevé la Ley de Compañías, en el inciso final del artículo innumerado 317.2, para que los accionistas de una SAS respondan ilimitadamente por los actos que se ejecuten a nombre de la compañía, es que se renuncie de manera expresa y por escrito al principio de responsabilidad limitada:

(...) El o los accionistas podrán renunciar de manera expresa y por escrito al principio de responsabilidad limitada en este tipo de compañías. De mediar una renuncia expresa en tal sentido, los accionistas renunciantes serán solidaria e ilimitadamente responsables por todos los actos que ejecutare la sociedad por acciones simplificadas. (Ley de Compañías, 1999)

Al respecto del principio de limitación de responsabilidad, el doctor Francisco Reyes Villamizar indica que:

En verdad, el reconocimiento universal de esta prerrogativa obedece a la necesidad de estimular la creación de empresas, mediante un sistema que, además de reducir el riesgo personal de los socios, accionistas o constituyentes únicos, garantice la continuidad de la actividad económica aun después de que estos últimos han sido remplazados. (Reyes Villamizar, 2020)

Pero esta limitación de responsabilidad no obedece únicamente a una necesidad del mercado en el que la gente busque invertir; al respecto, los doctrinarios Easterbrook y Fishel, citados en la obra de Reyes (2020) indican varias bondades del sistema de limitación de responsabilidad de los accionistas, entre las cuales se encuentran: disminución de costos en la vigilancia de las actividades de los administradores de la sociedad, de no haber limitación de responsabilidad, los accionistas responderían por los errores de los administradores; la

libertad de negociación de las acciones sirve de incentivo para que los administradores hagan un mejor trabajo, puesto que esto atrae a nuevos inversores; y, de no existir limitación de responsabilidad, las acciones no tuvieran el mismo valor, puesto que estos variarían dependiendo de la solvencia del accionista.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el principio de limitación de responsabilidad implica que los accionistas de una SAS serán responsables limitadamente hasta el monto de sus aportaciones por sus obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en las que incurra la sociedad.¹⁴

Personalmente considero que nadie constituye o pasa a formar parte de una compañía con la finalidad de renunciar al principio de responsabilidad limitada, este es el principal atractivo de fundar o pertenecer a una sociedad mercantil; por lo que, de considerar hacerlo, es preferible o no constituir o no ser parte de una SAS.

1.2.3. Acciones. –

A continuación, es menester realizar un breve análisis de la regulación que el ordenamiento jurídico ecuatoriano atribuye a la acción, en derecho societario, y las diversas clases de estas en la Sociedad por Acciones Simplificada.

¹⁴ **Art... (317.2) . – Limitación de responsabilidad.** – La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables limitadamente hasta por el monto de sus respectivos aportes. Salvo que, en sede judicial, se hubiere desestimado la personalidad jurídica de la sociedad por acciones simplificada, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en las que incurra la sociedad.

La acción, en materia societaria, es un título valor que representa el capital social de una compañía de capitales, la misma concede a su beneficiario la calidad de accionista de una compañía, que, según la clase y serie de acciones a la que pertenezca, le atribuye a al accionista diferentes prerrogativas dentro de la sociedad mercantil y que por lo general es libremente negociable.

La interrogante que surge al respecto es ¿qué clases de acciones se pueden emitir en una SAS? Al respecto, se debe hacer mención a su regulación tanto en la ley como en su reglamento.

El innumerado artículo 317.21¹⁵ de la Ley de Compañías y el artículo 14¹⁶ del Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.) mencionan las diferentes clases de acciones y series con las que puede contar una SAS.

Los abogados Esteban Ortiz Mena y Paúl Novoa Velasco (2021) indican que, dentro de los estatutos sociales de una SAS, además de las clases tradicionales de acciones

¹⁵ **Art... (317.21). – Clases de acciones.** - Las acciones serán nominativas. El estatuto social podrá acordar la creación de diversas clases de acciones, además de las diversas series en las que se puede dividir cada clase. A cada clase de acción se podrán atribuir distintos derechos, obligaciones, condiciones o cualquier otra estipulación que las acciones resolvieren acordar, como la reserva de derechos políticos, económicos o de cualquier otra naturaleza. Las sociedades por acciones simplificadas, entre otras clases de acciones, podrán emitir acciones ordinarias, acciones preferidas, acciones privilegiadas o acciones con dividendo fijo anual. Al dorso de los títulos de acciones, constatarán los derechos inherentes a ellas. Salvo disposición estatutaria en contrario, los derechos conferidos a cada clase de acciones no podrán ser suprimidos ni modificados mediante reforma de los estatutos sin el consentimiento unánime de los accionistas de la clase cuyos derechos se pretenden reformar. Salvo estipulación en contrario del estatuto social, las acciones serán ordinarias.

¹⁶ **Art 14. – Diversas clases y series de acciones.** - El estatuto social podrá acordar la creación de diversas clases de acciones, además de diversas series en las que se puede dividir cada clase. Respecto a su clase, las acciones pueden ser ordinarias o preferidas. De conformidad con la Ley, si en el estatuto no se estipula nada en contrario, las acciones serán ordinarias, pero de cualquier clase que fueren conferirán a los titulares de las mismas los derechos que la ley les concede en atención a su clase. Salvo disposición estatutaria en contrario, los derechos conferidos a cada clase de acciones no podrán ser suprimidos ni modificados mediante reforma de los estatutos sin el consentimiento unánime de los accionistas de la clase cuyos derechos se pretenden reformar.

(ordinarias y preferidas), se puede emitir cualquier clase de acción, incluso diferentes a las previstas en la ley, sin importar lo extrañas que estas fueren.

Si bien, la Ley de Compañías como el Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.) permiten hacer uso de cualquier clase de acción, vale la pena hacer una breve mención de las más utilizadas a criterio de los abogados Esteban Ortiz y Paúl Noboa (2021):

Acciones ordinarias. – Son títulos considerados tradicionales, que confieren todos y cada uno de los derechos que la ley otorga a los miembros de una compañía, sean políticos y económicos, además de dar un voto por acción.

Acciones preferidas. – Son títulos que otorgan ventajas a sus legítimos tenedores en el pago de dividendos y en el reembolso del haber social en caso de que la compañía se liquide; sin embargo, no conceden el derecho político de voto en la asamblea de accionistas. Además, consideran que, de establecerse en el reglamento de la sociedad mercantil, los tenedores de esta clase de acciones podrían tener derecho a recibir un dividendo superior al que reciban los portadores de acciones ordinarias.

Acciones privilegiadas. – Son títulos que otorgan a sus legítimos tenedores ciertos privilegios, sean económicos o políticos, sobre las tradicionales acciones ordinarias, esta clase de acciones, a diferencia de las acciones preferidas, cuentan con derecho al voto en la asamblea general de accionistas e incluso de establecerse en el reglamento privilegios a la hora de la toma de decisiones, como por ejemplo que uno de los accionistas que cuenta con esta clase de acciones tenga derecho a vetar las decisiones de la asamblea general de accionistas.

Acciones con dividendo fijo. – Son títulos que otorgan a sus legítimos tenedores el derecho a recibir un valor fijo anual de los dividendos de la sociedad. Ortiz y Noboa (2021) han sabido indicar que esta clase de acciones se asimilan a los títulos de deuda, puesto que otorgan a su legítimo tenedor el derecho de recibir un retorno fijo; sin embargo, esta clase de acciones continúan sujetas a las reglas establecidas para la emisión de títulos representativos de capital por lo que, conceden a sus titulares la calidad de accionistas de la sociedad y todos los derechos que esta calidad implica. Empero hay que tener presente que una SAS no puede asegurar un retorno fijo anual, puesto que existen muchos factores externos que podrían generar que incluso la compañía no genere dividendos al finalizar un ejercicio económico, motivo por el cual, para poder entregar un dividendo fijo, se necesita que existan utilidades partibles.

Acciones de voto múltiple. – Son títulos que otorgan a sus legítimos tenedores una mayor prerrogativa a la hora de ejercer el derecho al voto en la asamblea general de accionistas en comparaciones con los accionistas titulares de acciones ordinarias; en palabras simples, una acción de voto múltiple cuenta con mayor número de votos que una acción ordinaria que únicamente cuenta con uno.

La Ley de Compañías, en el innumerado artículo 317.21¹⁷, prevé que los accionistas establezcan, dentro del estatuto social de la compañía, la mayoría necesaria para convertir

¹⁷ **Art... (317.21).** – **Clases de acciones.** – (...) Salvo disposición estatutaria en contrario, los derechos conferidos a cada clase de acción no podrán ser suprimidos ni modificados mediante reforma de los estatutos sin el consentimiento unánime de los accionistas de la clase cuyos derechos se pretenden reformar. (...)

una acción de una clase en otra; sin embargo, de no indicarlo, la ley suple el silencio de los accionistas e indica que se necesita de todos los miembros de la sociedad para hacerlo.

Ahora, en relación a la transferencia de las acciones, las mismas, por regla general, son libremente negociables; sin embargo, la ley ha previsto la posibilidad restringir esta libertad de negociar libremente las acciones, estableciendo que se podrá, dentro del estatuto social de la compañía, estipular la prohibición de negociar todas las clases de acciones, o algunas de ellas, por el tiempo de diez años, estableciendo dicha prohibición en el dorso de los títulos representativos, y prorrogables por diez años más, siempre y cuando esta prórroga sea aceptada de manera unánime por todos los miembros de la asamblea general de accionistas.

De igual forma, se puede estipular en el estatuto que toda negociación de acciones, o algunas clases, deba pasar primero por la autorización de la asamblea general de accionistas o que se cumpla algún tipo de condición o plazo previo. Dichas limitaciones a la libre negociabilidad tienen tintes de las compañías personalistas.

Por otro lado, la Ley de Compañías (1999) en su artículo innumerado 317.4 prohíbe que las acciones de una SAS se inscriban en el Catastro Público de Mercado de Valores y que estas sean negociadas en la bolsa de valores.

Dicha prohibición se encuentra vigente en los demás ordenamientos jurídicos que han adoptado a la SAS en la región; por lo que, vale la pena mencionar la explicación que da doctor Francisco Reyes Villamizar al respecto:

Se reitera que la SAS no está concebida para ser inscrita en bolsa. Se trata de un tipo societario diseñado para estructurar compañías cerradas. La amplísima libertad contractual, por cuyo efecto es factible pactar normas de exclusión de accionistas, voto múltiple, restricciones a la negociación de acciones, entre otras, podrá ser incompatible con las pautas de protección de inversionistas en el mercado público de valores. (...)” (Reyes Villamizar, La Sociedad por Acciones Simplificada, 2018)

Es decir, tal y como sucede en nuestro país, el motivo por el cual una SAS no puede cotizar y negociar sus acciones en bolsa es por la libertad contractual que tienen los accionistas de estipular libremente los estatutos sociales de la compañía; y el mercado de valores, al captar dinero del público en general necesita una especial regulación, más rigurosa, puesto que uno de sus principios rectores es la protección a los inversionistas.

Vale la pena hacer mención al artículo 3 del Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.) (2020) el cual recalca la imposibilidad de inscribir las acciones de la SAS en el Catastro Público de Mercado de Valores y negociar las mismas en bolsa; sin embargo, hace mención a que la SAS puede cotizar en bolsa acciones emitidas por otras compañías mercantiles y otros títulos valores negociables de conformidad con la ley y deja abierta la posibilidad de que la misma SAS emita otros valores negociables en la bolsa, entre ellos obligaciones convertibles en acciones.

1.2.4. Capital. –

Otro de los aspectos que vale la pena mencionar en la SAS es que la ley no exige un capital social mínimo para poder constituir esta clase de compañía; al respecto, el artículo

innumerado 317.17 de la Ley de Compañías establece: “Las acciones de una sociedad por acciones simplificada tendrán el valor nominal de un dólar o múltiplos de un dólar de los Estados Unidos de América. La sociedad por acciones simplificada no tendrá un requerimiento de capital mínimo” (Ley de Compañías, 1999)

A favor de la no exigencia de capital mínimo encontramos al doctor Oswaldo Santos Dávalos quien considera:

(...) los requisitos actuales de capital mínimo que aplican a ciertas compañías en nuestro país no tienen utilidad alguna. No sirven para proteger a los terceros a los que la compañía externaliza el riesgo como consecuencia de la responsabilidad limitada de sus accionistas. En la práctica, el requisito del capital mínimo muchas veces tiene como único efecto el constituir una seria barrera de entrada. Si el capital mínimo no cumple su función de resguardar eficazmente a los terceros que, de otro modo, asumirían el riesgo que los accionistas externalizan, entonces su existencia no está justificada. (Santos Dávalos, La Implementación de la Sociedad por Acciones Simplificada en Ecuador, 2020)

En contra de la no exigencia de capital mínimo encontramos al doctor César Drouet Candel quien afirma:

Esta nueva tendencia de permitir todas y cada una de las actividades empresariales, (salvo las excepciones indicadas), sin requerir un capital mínimo, se enfrenta a las doctrinas que sustentan el criterio de no permitir la infracapitalización, que hacen referencia a una relación apropiada entre el capital destinado y las actividades a desempeñarse, que con amplitud de objeto y sin

límites de capital necesariamente atentarán contra la seguridad de quienes puedan contratar con la empresa que carece de respaldo patrimonial para asumir el pago de sus obligaciones. (Drouet Candel, Inconveniente Inclusión de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.) como una nueva especie de Compañía, 2020)

En mi opinión, ningún capital mínimo puede salvaguardar los intereses de los terceros que contraten con una compañía mercantil, ni siquiera los que actualmente exige el ordenamiento jurídico para la sociedad anónima (USD 800,00) y la compañía limitada (USD 400,00). ¿Quién quisiera arriesgarse a contratar con una compañía cuyo capital suscrito es el mínimo que exige la ley? Por el contrario, quien quiera contratar con una sociedad mercantil, no únicamente con una SAS, debe fijarse en los activos de la compañía, sean en numerario o en especie, e incluso pedir garantías personales o reales para asegurarse, generalmente se toma en consideración el principio de que el patrimonio de una persona proceda del cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora, el capital se puede suscribir en numerario o en especie, incluyendo intangibles, en el caso de hacerlo en numerario, se necesita, por lo menos, que se suscriba un dólar de los Estados Unidos de América, y se puede estipular en el estatuto social la forma y tiempos en los que se va a pagar; sin embargo, este tiempo no puede exceder los veinticuatro meses. En cuanto a los aportes en especie, se debe integrar el capital en un 100% al momento de su suscripción.

1.2.5. Administrador de hecho. –

El artículo innumerado 317.31 de la Ley de Compañías (1999) prevé la posibilidad que dentro del estatuto social de la SAS se determine de manera libre la estructura orgánica de la sociedad y el resto de las normas que rijan su pleno funcionamiento. De no hacerlo, se entenderá que dichas funciones, con respecto a la administración de la sociedad mercantil, estarán a cargo del representante legal de la compañía. Mientras que, el artículo innumerado 317.44 ibídem determina que el representante legal debe ser una persona natural o jurídica designada por la asamblea general de accionistas o por el accionista único, de conformidad con el estatuto social, dejando a salvo la posibilidad que se determine libremente la estructura administrativa en el mismo.

Por lo tanto, se necesita una persona, sea natural o jurídica, accionista o no accionista, que se encargue de la representación legal de la compañía, una vez designada dicha persona por la asamblea general de accionistas se tiene treinta días para inscribir su nombramiento en el libro de Sociedades de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, esto al tenor del artículo innumerado 317.44 de la Ley de Compañías (1999).

Tal y como ocurre con las demás especies societarias, se necesita la clásica figura del representante legal, que de no existir una junta directiva contará con todas las prerrogativas para administrar la compañía, sea que lo llamemos: gerente general, presidente ejecutivo, etc., para poder operar en el mercado; sin embargo, con la nueva regulación de la SAS aparece la figura del administrador de hecho o administrador de facto.

Y es que, el artículo innumerado 317.49 de la Ley de Compañías en su parte pertinente establece que: “(...) 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.” (Ley de Compañías, 1999)

El doctor Francisco Reyes Villamizar (2018) ha sabido señalar que la figura del administrador de hecho aparece por la constante práctica, sobre todo en sociedades mercantiles cerradas, en la que sujetos ajenos a la administración de la compañía, protegidos por su falta de calidad de “administradores formales”, controlan la dirección o gestión de esta, pudiendo, en muchos casos, perjudicar tanto a la compañía como a terceros.

La nueva figura societaria ha sido tomada del derecho comparado, busca atribuir responsabilidad a aquellas terceras personas que, sin ostentar ningún cargo formal dentro de una SAS, se atribuyen funciones de administración y dirección. Situación que se puede verificar con claridad en varias compañías que ofertan bienes y servicios dentro del mercado ecuatoriano.

El francés Alexis Constantin (2005) afirma que los administradores de facto son personas físicas y morales que, a pesar de no tener un mandato formal por parte de los accionistas de una compañía, se entrometen en el funcionamiento social de esta, para ejercer actividades de gestión, administración y dirección.

Por su parte, Françoise Pérochon y Régine Bonhomme (1999) indican que la actuación del administrador de hecho, no se limita a prestamos monetarios a la compañía, dar consejos, o observar la gestión de los administradores de derecho; sino que, este termina por remplazar a estos últimos en los procesos de toma de decisiones; e indican que los

administradores de facto tienen varios orígenes como: los accionistas, generalmente mayoritarios, parientes o amistades del administrador de derecho, entre otros.

El ya mencionado maestro Reyes Villamizar (2018) ha sabido manifestar que no toda actividad que realice una tercera persona, que no ostente un cargo de administrador en una sociedad mercantil, se le puede considerar de facto, se necesita que aquella realice actos positivos que sobrepasen la titularidad de porcentajes de control en el capital social.

Para un mayor entendimiento, el doctor Reyes Villamizar ha señalado lo siguiente:

La jurisprudencia también ha sido cuidadosa en restringir el alcance del concepto de administrador de hecho, al distinguirlo claramente del ejercicio del poder de las mayorías en el seno de la asamblea. Por ello, se ha afirmado que el poder de definir el sentido de las decisiones de la asamblea no es característico de la calidad de administrador de facto. El control que un asociado mayoritario (aun extremadamente mayoritario) ejerce sobre una sociedad en razón de las facultades que por ministerio de la ley o los estatutos se le otorgan al accionista, no es suficiente para caracterizar la dirección de facto (...) es fundamental, en primer término, tener en cuenta que no toda actividad desplegada por terceros no administradores puede dar lugar a la declaratoria de administrador de hecho. Así, el despliegue de la actividad inherente a asesores, consultores y profesionales externos contratados por la sociedad, y aun la de accionistas mayoritarios o sociedades matrices, no debe constituirlos per se en administradores de facto, aunque deban adoptar determinaciones de dirección o gestión de ciertos asuntos en razón de los derechos que les confiere su posición frente a la sociedad. Debe

tratarse, por tanto, de actos que han de trascender esas funciones legítimas para asumir un carácter de verdadera intromisión en los asuntos de la sociedad. El “control de los hilos” de la administración, que se cumple tras bambalinas, pero que implica una pérdida de autonomía de gestión de los representantes legales y miembros de junta directiva, es la conducta que puede configurar al administrador de hecho. (Reyes Villamizar, La Sociedad por Acciones Simplificada, 2018)

Considero que existe un acierto por parte del legislador ecuatoriano en incluir a esta figura al ordenamiento jurídico del país, existen varias compañías en el medio que son manejadas por terceras personas que no ostentan la figura de administrador, al menos no en los nombramientos de la sociedad. Hay que tener presente las palabras del doctor Reyes, no toda actividad realizada por un tercero sería encasillada como una intervención que lo convertiría en administrador de facto, puede darse el caso que se necesite la aprobación de la asamblea general de accionistas para realizar un negocio que supere el monto que los estatutos prevén para que el administrador pueda realizarlo sin aprobación, pero puede darse el caso que, el administrador sea plenamente capaz de tomar una decisión y uno de los accionistas intervenga en la misma para beneficiar a una tercera persona, tal sería el caso de contratar con uno de los parientes del accionista mayoritario, y que este último usando su influencia convenza al administrador.

1.3. Autonomía de la voluntad como eje principal de la SAS. –

Dentro de la regulación que la ley le da a la sociedad por acciones simplificada, se encuentra como pilar principal a la autonomía de la voluntad de los contratantes, en virtud

de la organización interna que se plasma en los estatutos sociales de esta. Al respecto Périn ha manifestado:

(...) es el modo de organización interna lo que le confiere a la SAS su originalidad en relación con la prevista para los demás tipos de compañía. La sociedad por acciones simplificada es una forma liberalizada de persona jurídica que conjuga el poder financiero de las sociedades por acciones con una gran autonomía para la organización de sus poderes internos. (Périn, 2008)

No es ningún secreto que las especies societarias tradicionales en el Ecuador se encuentran regidas por normas de carácter imperativo; es decir, si sus socios o accionistas desean operar dentro del mercado ecuatoriano a través de una compañía, deben constituir estas siguiendo las reglas que el legislador ecuatoriano ha expedido para el efecto. Ahora con la SAS, estas normas, en la mayoría de los casos, han quedado con una validez de carácter supletorio, por lo que los accionistas de una SAS pueden adecuar los estatutos sociales de la compañía como más les convenga.

El francés Philippe Merle ha indicado: “(...) la gran novedad introducida por la SAS consiste en conferirle prioridad absoluta a la libertad contractual de los asociados, que se manifiesta en los estatutos sociales. La aplicación de la ley ocurre solamente a título supletorio.” (Merle, 1996)

A criterio de los abogados ecuatorianos Esteban Ortiz Mena y Paúl Noboa Velasco (2020) la SAS da la posibilidad de incorporar, dentro del estatuto social de esta, las cláusulas que sus accionistas consideren idóneas para la consecución de sus fines operacionales, por más extrañas que estas parezcan; puesto que, la SAS nace debido a la necesidad de poder

entregar a los inversionistas privados una herramienta societaria flexible que convine la libertad contractual, el poder financiero de las sociedades de capitales y la seguridad jurídica.

De igual forma, Ortiz y Noboa (2020) hacen referencia a que, el principio trascendental que rige a la SAS es el *pacta sunt servanda*, que constituye la base del derecho privado, y que se encuentra en el artículo 1561 del Código Civil, el cual establece: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causales legales.” (Código Civil, 2005). Ya que el legislador ecuatoriano ha buscado dar un cambio a la concepción que la Ley de Compañías da a las compañías tradicionales permitiendo que una compañía se organice como sus miembros consideren oportuno.

La antigua Corte Suprema de Justicia, en relación con la fuerza obligatoria de los contratos, que actualmente se encuentra regulada en el artículo 1561, y en aquel entonces se encontraba contenida en el artículo 1588 del Código Civil, indicó que: “La fuerza obligatoria de los contratos, tan enfáticamente señalada en el artículo 1588 del Código Civil, se funda no solo en el respeto de la voluntad de los contratantes sino también en que el contrato es un instrumento esencial para la vida económica y la promoción de la riqueza.” (Resolución No. 324, 2000)

Vale la pena mencionar que si bien la compañía anónima y la compañía de responsabilidad limitada, las figuras más utilizadas en el mercado ecuatoriano además de la sociedad por acciones simplificada, nacen de un contrato y de la voluntad de dos o más contratantes, esta voluntad se encuentra limitada a las condiciones que la ley mande para su

funcionamiento y que, ha palabras de los mencionados Esteban Ortiz y Paúl Noboa se encuentran regidas e impedidas de pactar como más convenga por la siguiente jerarquía:

(...) En primer lugar, encontramos a las disposiciones imperativas de la Ley de Compañías. En segunda instancia, se deberán aplicar las disposiciones del Código de Comercio. En tercer lugar, tendrán aplicación las estipulaciones insertas en el estatuto social; y, en último lugar, se acudirán a las normas del Código Civil. Claramente, la autonomía de la voluntad, en las especies societarias tradicionales, está restringida por la existencia de normas imperativas que impiden a los socios o accionistas acordar, de acuerdo con sus necesidades de organización interna, las condiciones que mejor se adecúe a su realidad operacional. (Ortiz Mena & Noboa Velasco, 2020)

Varios doctrinarios han denominado a la SAS como “sociedad – contrato”, entre ellos encontramos a Maurice Cozian (2005), quien considera que este concepto enmarca toda la regularización que la ley establece para esta clase de compañía, indicando que los empresarios que deseen utilizar esta especie societaria, con el fin de ingresar como agente económico al mercado, tendrán una forma de organización de empresa, cercana a una sociedad – contrato, donde sus normas de regulación nacen de un convenio previo entre sus accionistas, quedando de manera supletoria aquellas normas pertenecientes a la sociedad anónima.

El francés Yves Guyon (1999) previene el cuidado que se debe tener al momento de escribir los estatutos de esta especie de compañía; puesto que, si bien los accionistas fundadores no se llegan a beneficiar de las normas de orden público ni de las disposiciones

supletorias que la ley prevé, el realizar una mala redacción de los estatutos sociales de la persona jurídica podría devenir en un bloqueo por parte de los órganos sociales o a su vez crear confusión entre los accionistas y quienes ostentan la calidad de administradores.

Ahora, el artículo innumerado 317.77 de la Ley de Compañías establece:

En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se registrará por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones que rigen a las sociedades mercantiles previstas en la presente Ley. (Ley de Compañías, 1999)

Al respecto hay que considerar que la mayoría de los preceptos que regulan a la SAS en la Ley de Compañías, indican el como se debe realizar cierta actividad y al final de este indican que se realizará así salvo disposición estatutaria que indique otra cosa. Claro ejemplo de ello es el artículo innumerado 317.52 de la Ley de Compañías (1999), que indica que para realizar un acto societario se requiere del voto de la mitad más uno de los accionistas que se encuentren presentes en la asamblea general, salvo que el estatuto social indique otra cosa. En otros casos la ley pone mínimos que los accionistas, de considerarlo oportuno, pueden ampliarlos, tal es el caso del artículo innumerado 317.33 ibídem que indica que la convocatoria a la asamblea general de accionistas se debe hacer por lo menos con cinco días de anticipación, pero dentro del estatuto social se puede ampliar este término.

1.4.Asamblea general y derecho al voto de los accionistas

1.4.1. Asamblea general. –

Tal y como sucede con las demás sociedades mercantiles que reconoce el ordenamiento jurídico ecuatoriano, existe, por regla general, un máximo órgano de gobierno, en la SAS se llama asamblea general de accionistas, vale la pena mencionar que en las otras sociedades el máximo órgano de gobierno se llama junta general de accionistas o socios, dependiendo de la especie de compañía que se esté utilizando, esto se debe a la utilización de la Ley Modelo de la SAS de la OEA para regular a esta compañía en el Ecuador, esta ley modelo a su vez tomó la regulación de la SAS en Colombia donde los máximos órganos de gobierno de las sociedades mercantiles se llaman asambleas generales.

Considero que lo más conveniente hubiera sido denominar a este órgano junta general de accionistas, como en la sociedad anónima, y no asamblea general de accionistas, ya que en el Ecuador siempre se ha denominado al máximo órgano de gobierno de una sociedad mercantil como junta general de accionistas o socios de tratarse de una compañía personalista; sin embargo, pienso de igual forma que no existiría mayor problema con la denominación.

Es importante tener presente lo que manda el artículo innumerado 317.31 inciso primero de la Ley de Compañías en relación con la organización de la sociedad:

En el estatuto de la sociedad por acciones simplificada se determinará libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento. A falta de estipulación estatutaria, se entenderá que todas las funciones previstas en la presente Ley, respecto a las juntas generales de las

sociedades anónimas, serán ejercidas por la asamblea o el accionista único (...).
(Ley de Compañías, 1999)

Francisco Reyes Villamizar (2018) indica que una de las particularidades más notoria es el carácter dispositivo de las normas que regulan a esta clase de compañía, lo que da lugar a una gran libertad organizacional para los miembros fundadores de la sociedad; por su parte Périn (2008) indica que para cualquier persona o grupo de personas que escoge a la SAS como estructura jurídica para un proyecto económico corresponde al anhelo de incrementar la operatividad en su organización, al dejar que la misma se adapte a las necesidades de los miembros que conformen la sociedad.

Dentro del mencionado artículo innumerado 317.31 de la Ley de Compañías (1999) se encuentra un principio de remisión, el mismo es referente a que, a falta de estipulación estatutaria, se le concede a la asamblea general de accionistas las mismas prerrogativas que la norma le da a la junta general de accionistas de la sociedad anónima. Es así como, a silencio de los estatutos sociales de la SAS, la asamblea general de accionistas adquiere todas las facultades que manda la ley en relación al máximo órgano de gobierno de la sociedad anónima.

Hay que tener presente que, al ser una norma supletoria, no impide la creación de otros órganos a los cuales se le podría atribuir ciertas prerrogativas que generalmente tendría la asamblea general de accionistas. Al respecto, el doctor Reyes Villamizar (2018) considera que la asamblea general de accionistas, como órgano de dirección de la sociedad, tiene una función de orientación de políticas de la sociedad mercantil, escoger ciertas determinaciones estructurales como lo son la transformación, la fusión escisión, entre otras, aprobación de

balances, reparto de dividendos, creación de reservas, entre otras. Sin embargo, todas estas facultades se dan por remisión a las prerrogativas que tiene la junta general de accionistas de la sociedad anónima, por lo que es completamente válido asignar ciertas funciones de forma diferente ya sea a la junta directiva o incluso a representantes legales.

Ahora, al tenor del mencionado artículo surge la siguiente interrogante: ¿Qué funciones se pueden destinar a un directorio ejecutivo o a un representante legal que en principio corresponden a la asamblea general de accionistas?

En principio, si se tiene en cuenta el tenor literal del innumerado artículo 317.31 de la Ley de Compañías, se debería poder destinar todas las funciones que le corresponden a la asamblea general de accionistas, si es que se establece en el estatuto social de la compañía, a un directorio ejecutivo o a un representante legal puesto que se puede establecer de manera libre la estructuración orgánica de la sociedad.

Personalmente considero que no todas las atribuciones son transferibles a otros órganos creados por los accionistas de la SAS mediante estatuto, la misma Ley de Compañías establece preceptos en los que hace referencia que se necesita de la aprobación de la asamblea general de accionistas, como por ejemplo: la designación del representante legal, separación del representante legal, aprobación de actos societarios, exclusión de accionistas, transformación en otra especie societaria, fusión con otra compañía, escisión de la compañía, entre otros.

A pesar de lo manifestado, no hay que olvidar que este es únicamente un criterio, lo más oportuno hubiera sido que en el Reglamento de las Sociedades por Acciones

Simplificadas (S.A.S.) expedido en el año 2020 se hubiera mencionado este tema; sin embargo, no fue así, en todo caso se deberá esperar a que exista una reforma al mismo.

De conformidad con el artículo innumerado 317.32 de la Ley de Compañías (1999) la asamblea general de accionistas puede reunirse dentro del domicilio principal de esta o fuera de el, pueden reunirse fuera del país, e incluso, de conformidad con el artículo innumerado 317.39 de la Ley de Compañías (1999) pueden comparecer mediante medios electrónicos.

De igual manera, la convocatoria a la asamblea, de conformidad con el artículo innumerado 317.33 de la Ley de Compañías (1999), se debe realizar por lo menos con cinco días de anticipación, salvo que el estatuto social determine un tiempo mayor, mediante correo electrónico, y de manera complementaria, mediante otro medio de comunicación si es que el estatuto social así lo prevé. Los accionistas tienen la obligación de indicar una dirección de correo electrónico al representante legal de la compañía para ser notificados con las convocatorias; sin embargo, de no hacerlo, se presume que se está renunciando al derecho a ser convocado a la asamblea de accionistas, impidiendo que se alegue la nulidad de las resoluciones adoptadas en la asamblea por falta de notificación a la convocatoria posteriormente.

Los accionistas pueden renunciar a su derecho de ser convocados a una determinada reunión de la asamblea, la cual debe ya estar convocada, enviando un comunicado físico o electrónico dirigido al representante legal. Esta renuncia implica que las acciones con las que cuenta el miembro renunciante se computen dentro del quórum de instalación; y, salvo que el mismo indique lo contrario, se entenderá que este accionista se abstuvo de votar.

Hay que tener presente que, de conformidad con el citado artículo, las asambleas generales de accionistas solo pueden tratar los puntos del orden del día de la convocatoria bajo pena de nulidad; sin embargo, existe una excepción, se puede remover a los administradores de la sociedad sin necesidad de que este tema conste en los puntos del orden del día.

Los requisitos con los que por lo menos debe contar la convocatoria se encuentran en el artículo 21 del Reglamento de la Sociedad por Acciones Simplificadas (S.A.S.) el cual establece:

Sin perjuicio de los requisitos que los accionistas resolvieren incluir en el estatuto social de acuerdo con la ley, la convocatoria a la asamblea de accionistas expresará, cuando menos, lo siguiente: a) El nombre de la sociedad por acciones simplificada; b) El lugar para la celebración de la asamblea, fecha y hora de la reunión. c) El orden del día propuesto, en el que figurarán los asuntos a tratar, sin que sea permitido el empleo de términos ambiguos o remisiones a la ley, a sus reglamentos o al estatuto; d) La indicación de si es una asamblea ordinaria o extraordinaria; e) En caso que la asamblea vaya a conocer los asuntos a los que se refiere el numeral 2 del artículo 231 de la Ley de Compañías, las indicaciones tanto de la dirección precisa y exacta del local en que se encuentran a disposición de los accionistas los documentos señalados en el artículo 292 de la misma Ley, como de que la exhibición de tales documentos está llevándose a cabo con quince días de anticipación a la fecha en que deba celebrarse la junta que ha de conocerlos; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente; f) Una descripción clara y exacta de los procedimientos que los accionistas deben

cumplir para poder participar y emitir su voto en la asamblea, incluyendo lo siguiente: (i) Los procedimientos establecidos para la emisión del voto a distancia, señalando el correo electrónico al cual se consignará la forma de votación por cada moción, en el caso de comparecencia de los accionistas por medios telemáticos; (ii) La indicación del correo electrónico al cual se pueda enviar el instrumento de representación por medio del cual el accionista encargue a otra persona que lo represente en la junta general; y, (iii) La indicación de los medios electrónicos que estarán habilitados para la comparecencia telemática de los accionistas; y, g) Los nombres, apellidos y función de la persona o personas que hacen la convocatoria, de conformidad con la Ley y el estatuto. (Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.), 2020)

Hay que tener presente el literal e) de este artículo, el cual hace mención a los asuntos que hace referencia el numeral 2 del artículo 231 de la Ley de Compañías el cual establece:

La Junta General tiene poderes para resolver todos los asuntos relativos a los negocios sociales y para tomar las decisiones que juzgue convenientes en defensa de la compañía. Es competencia de la Junta General:

(...) 2. Conocer anualmente las cuentas, los estados financieros, los informes que le presentaren los administradores o directores y los comisarios, de haberse acordado la creación de estos últimos en el estatuto social, acerca de los negocios sociales y dictar la resolución correspondiente, igualmente conocerá los informes de auditoría externa en los casos que proceda. Cuando por disposición estatutaria se hubiere acordado la existencia de comisarios, no podrán aprobarse,

ni el balance, ni las cuentas si no hubieran sido precedidos por el informe de los comisarios. (...) (Ley de Compañías, 1999)

Y que, de tratarse de estos asuntos se dará la indicación de la dirección del lugar en el que se encuentren los documentos, puestos a disposición de los accionistas, los cuales son los que establece el artículo 292 de la Ley de Compañías (1999), y que los mismos deben exhibirse por lo menos con quince días de anticipación a la fecha en la que debe llevarse a cabo la correspondiente asamblea general de accionistas, y cuyo artículo indica:

El balance general y el estado de cuenta de perdidas 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, 1999)

Por otro lado, el artículo innumerado 317.35 de la Ley de Compañías (1999) prevé la posibilidad de establecer dentro de la primera convocatoria de la asamblea general de accionistas, la fecha en la cual se llevará a cabo la segunda convocatoria en el evento de que no se pueda llevar a cabo la primera reunión, la segunda convocatoria no puede tener una fecha anterior a los diez días hábiles próximos a la primera reunión ni más de treinta días hábiles posteriores a la primera.

Por su parte, el artículo 24 del Reglamento de la Sociedad por Acciones Simplificadas (S.A.S.) (2020) establece que de no haberse instaurado el órgano de gobierno en primera convocatoria o de haberse instaurado y luego clausurado por falta de quórum de presencia sin que se hayan tratado todos los puntos del orden del día, se deberá establecer una segunda

convocatoria para una fecha posterior a los diez días hábiles siguientes del día de la primera reunión y menor a treinta días hábiles de este día, salvo que en la primera convocatoria se haya establecido la fecha de realización de la segunda, de haberse suspendido la primera reunión, solo se podrán tratar los puntos del orden del día pendientes.

Considero que el poder indicar la fecha de la segunda convocatoria en la primera convocatoria es un acierto dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que se ahorra bastante tiempo con la elaboración y notificación de la misma a los diferentes accionistas.

El quórum de instalación, salvo que los estatutos sociales refuercen el porcentaje del capital social, de conformidad con el primer inciso del artículo innumerado 317.37 de la Ley de Compañías (1999) será en primera convocatoria con uno o más accionistas que ostenten por lo menos la mitad del capital social con derecho a voto; y, en segunda convocatoria con el número de accionistas que estén presentes, siempre y cuando haya por lo menos uno con derecho al voto.

Al igual que en la sociedad anónima y en la compañía limitada existen tres tipos de sesiones, en el caso de las mencionadas juntas, y son: la sesión general ordinaria, la sesión general extraordinaria, y la sesión universal. Al no existir ninguna disposición referente a la convocatoria de sesión ordinaria y extraordinaria de la asamblea general de accionistas en el acápite de la SAS, se debe recurrir de manera supletoria a la regulación de la sociedad anónima.

La asamblea general ordinaria, de conformidad con el artículo 234 de la Ley de Compañías (1999), se debe reunir como mínimo una vez al año, dentro de los primeros tres meses siguientes a la finalización del correspondiente ejercicio económico, para conocer y

aprobar: 1) los balances generales de la compañía, informes de los administradores, y los informes de los comisarios o auditores externos de haberse estipulado su existencia en los estatutos sociales, 2) Establecer la remuneración que van a percibir los comisarios, administradores y demás miembros de los organismos de administración y fiscalización cuando no se hubiese establecido en los estatutos o cuando no le corresponda a otro organismo estatutario hacerlo; 3) Decidir acerca de la distribución de los beneficios sociales; y, 4) Deliberar sobre cualquier otro tema establecido en el orden del día, de conformidad con la convocatoria. De igual manera, se prevé que la asamblea general ordinaria podrá deliberar acerca de la suspensión y remoción de administradores y miembros de los diferentes organismos de administración establecidos en el estatuto social, sin la necesidad de que esta deliberación se encuentre en ningún punto del orden del día.

Por su parte, la asamblea general extraordinaria, de conformidad con el artículo 235 de la Ley de Compañías (1999), se reunirá cuando sea convocada para tratar acerca de asuntos previamente puntualizados en la convocatoria.

Finalmente, la asamblea universal, de conformidad con el artículo innumerado 317.41 de la Ley de Compañías (1999), se entiende convocada y constituida, pudiendo tratar sobre cualquier asunto siempre que se encuentre presente todo el capital social y los accionistas acepten por unanimidad la celebración de dicha asamblea, la infracción de lo establecido acarreará la nulidad de las decisiones adoptadas. Todos los accionistas deben suscribir el acta, de comparecer mediante medios tecnológicos, todos los accionistas deberán enviar un correo electrónico dirigido al presidente y secretario de la asamblea, determinando su voluntad de celebrar la asamblea universal, los correos se deberán incorporar al respectivo expediente y la comparecencia de los accionistas deberá constar en la lista de asistentes y en

el acta de la asamblea, en ambos documentos deberá constar la firma del presidente y secretario de la asamblea, de no haberlas se acarará la nulidad de los medios probatorios.

Las mencionadas asambleas se pueden instalar, sesionar y resolver cualquier tema, mediante la comparecencia de uno, algunos, o todos los miembros mediante video conferencia u otro medio digital, esto de conformidad con el artículo innumerado 317.39 de la Ley de Compañías (1999), tal y como se menciono anteriormente.

De conformidad con el artículo innumerado 317. 38 de la Ley de Compañías (1999), el presidente de la asamblea será determinado mediante estatuto, a falta de estipulación se entenderá que el presidente es el representante legal de la compañía y el secretario será escogido por cada asamblea.

Cuando la compañía cuente únicamente con un accionista, bastará que el mismo deje constancia de sus resoluciones en actas, esto al tenor del artículo 32 del Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.), el cual establece:

Cuando se trate de sociedades por acciones simplificadas con accionista único, las resoluciones que le correspondan a la asamblea serán tomadas por el accionista único.

En este caso, el accionista dejará constancia de las resoluciones aprobadas en actas firmadas por él, debidamente asentadas en el libro correspondiente de la sociedad. (Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.), 2020)

Hay que tener presente que si la SAS es unipersonal se prescinde de la asamblea general de accionistas; puesto que, este único accionista ostenta el cien por ciento del capital social y únicamente el o ella toma decisiones, este accionista debe dejar sus determinaciones sentadas en actas con la finalidad de que exista un respaldo de las mismas.

1.4.2. Derecho al voto de los accionistas. –

Tal y como indica Ignacio Ezequiel Alterini (2015) la voluntad de la sociedad mercantil se construye mediante el derecho de voto con el que cuentan los accionistas de esta y que lo ejercen en la asamblea general de accionistas. El fundamento para otorgarle esta prerrogativa al accionista es brindar una correcta tutela a la inversión realizada por el mismo.

El derecho al voto viene a ser la máxima expresión de voluntad que tiene un miembro de una sociedad mercantil para poder determinar el actuar de la persona jurídica, de llegar a completar el quórum de capital necesario al momento de tomar una decisión, la misma se entiende que viene a ser la voluntad de la compañía misma.

Para poder entender de mejor manera al derecho al voto, se necesita regresar a sus antecedentes históricos que, según Zavala Rodríguez (1971), se remontan a la constitución de compañías de colonización, las cuales vieron su nacimiento en el siglo XVII.

Al respecto Alterini (2015) indica que las compañías nacen por la necesidad de los estados de atraer inversión de los privados para conseguir la colonización de los terrenos de ultramar; por su parte los privados veían el potencial de obtener grandes beneficios. La más grande característica de esta época fue la notable dependencia de las sociedades mercantiles con el Estado, tanto en su constitución como en su posterior desarrollo.

En aquel entonces, a palabras de Pedrol:

(...) el reparto del derecho de voto era muy desigual y, en definitiva, la junta se reunía para escuchar las informaciones que los fundadores – incrustados en los puestos de dirección – tenían a bien darles y para aprobar la distribución de beneficios, si los había, que aquéllos habían acordado previamente. (Pedrol, 1969)

Alterini (2015) indica que el reparto diferenciado del voto se debía al diverso esfuerzo que realizaba cada integrante de la compañía; el Estado aportaba la mayor cantidad del capital, blindaba a la compañía con protección militar y tenía una participación más que privilegiada en la estructura interna de la sociedad, aún cuando eso significaba el ignorar el derecho al voto de algunos accionistas.

A continuación, se empieza a hacer uso de los principios de la revolución francesa y con estos se da el quiebre de los privilegios que gozaban las compañías colonizadoras; al respecto, Pedrol (1969) indica que las compañías se liberaron del predominio estatal, en el año 1791 se dio en Francia la libertad para constituir compañías sin que se necesite que el Estado forme parte de sus accionistas, posteriormente en el año 1973 se prohibieron para luego ser legales nuevamente en el año 1975, afianzándose el derecho a la libre asociación.

No es sino hasta el siglo XIX en donde, a palabras de Alterini (2015), los pensamientos democráticos que triunfaron en Europa obligaron a las compañías a establecer una estructura social diferente, en donde todos sus integrantes participen en el órgano colegial; motivo por el cual, se estableció a la asamblea general de accionistas como órgano

rector y se trasplantó a los accionistas el principio de derecho al voto universal de los ciudadanos.

El doctrinario Arecha, nombrado en la obra de Alterini (2015), indica que el Código de Comercio Francés de 1807 estableció el derecho al voto de los accionistas, sin importar el capital aportado; posterior a ello, en la reforma de 1867 se impuso el derecho al voto real, el cual consistía en que la cantidad de votos que tiene un accionista depende de la cantidad de acciones que el mismo posea.

Garrigues y Uría han sabido manifestar lo siguiente:

Desde el comienzo del siglo XIX el derecho europeo de sociedades anónimas está inspirado en el principio de que el derecho de voto es inherente a la condición de socio (...) En la generalización de este principio influyeron tanto las ideas liberales, entonces triunfales, como el resultado poco favorable de la experiencia recogida sobre el funcionamiento del sistema de organización oligárquica propia de la sociedad anónima de épocas anteriores. (Garrigues & Uría, 1976)

Ahora, corresponde hablar de la naturaleza jurídica del voto; al respecto, han aparecido dos teorías y que se explicaran brevemente:

Teoría institucionalista. – Los partidarios de esta teoría afirman que el voto es un poder que tiene como finalidad salvaguardar los intereses de la persona jurídica y no de sus miembros. Rathenau, citado en la obra de Alterini (2015), considerado el padre de esta teoría, indica que las sociedades mercantiles son un pilar imprescindible para la economía de las

naciones, y que las mismas deben estar dirigidas al progreso económico y científico, a la producción de riqueza y a la creación de plazas de trabajo de estas naciones; por lo que, se debe prescindir de los intereses particulares de los accionistas que la componen.

En palabras de Alterini:

(...) para la teoría institucionalista, el voto es conferido al accionista para la satisfacción de un interés superior y distinto del suyo; el voto es concebido como una potestad, o sea, un poder otorgado en interés ajeno. (Alterini, 2015).

Teoría contractualista. – Los partidarios de esta teoría afirman que el voto es un derecho subjetivo, Alterini (2015) indica que el eje central de la teoría nace del estudio de la causa del contrato de sociedad y de las diferentes clases de intereses que concurren, indicando que el interés social es el interés común de los accionistas en tales calidades. En base a esta teoría, los accionistas pueden ejercer su derecho al voto basando su decisión en su interés propio y no en un interés superior tal y como indica la teoría institucionalista; eso sí, cuando su decisión no resulte perjudicial para el interés social.

Al respecto, Gutiérrez indica lo siguiente:

(...) el derecho del voto es otorgado al accionista para la defensa de sus intereses individuales, aunque sean egoístas o extrasociales, si bien encuentra un límite en el “interés social”, el que le prohíbe tratar de satisfacer, a través del voto, aquellos intereses extrasociales que estén en conflicto con el interés común” (Gutiérrez Falla, 1988).

La doctrina no ha conseguido ponerse de acuerdo sobre que se debe entender por interés social, Isaac Halperin, citado por Alterini, define al interés común como: “(...) el interés objetivo común a los socios, conforme al fin social y en un comentario histórico dado” (Alterini, 2015)

Por su parte Ricardo Nissen define al interés social de la siguiente manera:

(...) como el fin perseguido por la sociedad según su objeto social, al cual debe subordinarse el interés de cada uno de los socios o accionistas, que puede ser o no ser coincidente con aquél. (Nissen, 2006)

Tanto Favier Duoís padre como hijo, citados en la obra de Alterini, consideran que:

El interés social es el núcleo del funcionamiento y formación de la voluntad de las sociedades, en cuanto interés común de todos los socios en el cumplimiento del objeto de las mismas, al cual deben subordinar los propios intereses individuales. (Alterini, 2015)

Sin embargo, existen autores que discrepan con este concepto, tal es el caso de Rafael Manóvil (1998), el cual considera que el interés social no es de ninguna manera un elemento al cual los accionistas de una sociedad mercantil deban someter sus derechos, la compañía debe entenderse como un medio para lograr una finalidad común y que el interés común es producto del riesgo de soportar las pérdidas y de obtener dividendos.

Mariano Gagliardo considera que:

El llamado interés de la sociedad no resulta ser otro que el interés individual en el logro de una ganancia a través de la organización común y, asimismo, en el interés individual común. (Gagliardo, 1998)

Por su parte, Mónica Roimiser (1979) discrepa con la teoría contractualista, indicando que esta es limitada; puesto que, si se define al interés social como el interés individual de los miembros de la compañía, habría tantos intereses sociales como conformantes de la asamblea general de accionistas.

Ignacio Alterini (2015) considera que el interés social debe estar anclado a la finalidad por la cual se constituye una compañía, que es la obtención de ganancias, y que en ningún caso se debe considerar al objeto social como parte del interés social puesto que únicamente es un medio para cumplir el fin último de una sociedad mercantil.

Personalmente considero que no se puede inobservar la finalidad por la que se constituye una compañía que, tal y como indica Alterini, es el obtener un rédito económico; sin embargo, no se puede alejar al objeto social de la compañía del concepto del interés social ya que es la forma mediante la cual los accionistas de una compañía decidieron obtener ese rédito económico de manera lícita y por la cual se han supeditado a tomar sus decisiones teniendo en cuenta las limitaciones que tanto el ordenamiento jurídico como los estatutos de la sociedad hayan impuesto. Motivo por el cual estimo que el interés social es el interés de los accionistas de generar ganancias, rentabilidad, dividendos observando el objeto social de la compañía, teniendo presente el ordenamiento jurídico, los estatutos sociales, y respetando los derechos de los accionistas.

Dentro de la SAS ecuatoriana, para que se apruebe un acto societario se necesita por lo menos la mitad más uno de las acciones con derecho al voto, independientemente que provengan de uno o varios accionistas, esto de conformidad con el segundo inciso del artículo innumerado 317.52 de la Ley de Compañías, el cual indica:

(...) Las resoluciones se adoptarán con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen, cuando menos, la mitad más uno de las acciones con derecho a voto, presentes en la respectiva reunión, salvo previsión en contrario del estatuto social (,,) (Ley de Compañías, 1999)

Para la transformación, fusión o escisión de la SAS, de conformidad con los artículos innumerados 317.54 y siguientes de la Ley de Compañías (1999) se necesita por lo menos la aprobación de las dos terceras partes del capital social de la compañía independientemente de que esta cantidad la ostente uno o varios accionistas.

1.5. Deber de fidelidad de los accionistas y principio de buena fe

El deber de fidelidad o deber de lealtad, por el cual se le conoce mayoritariamente en la doctrina, es aquel que prohíbe que el accionista de una sociedad obtener algún beneficio individual en perjuicio del interés social.

Al respecto, la doctora Lorena Schneider ha manifestado que:

El deber de lealtad o exigencia de promover activamente el fin común, y de evitar daños a este, presenta un contenido de subordinación de los intereses del socio según el cual, en caso de conflicto entre el socio y el interés común, prevalecerá en todo momento, el interés común, imputado o atribuido de manera

inmediata a la sociedad, sobre la idea de que la persona jurídica se funda al servicio de dicho fin o interés. (Schneider, 2017)

El deber de fidelidad viene a poner un alto al ejercicio de los derechos de los accionistas; puesto que, dicho deber precautela el interés social, el cual viene a ser una limitante al ejercicio individual de los derechos de los accionistas, obligando a estos últimos a ejercer dichas prerrogativas con la observancia de este interés común.

Esto no quiere decir que el accionista no puede ejercer plenamente sus derechos persiguiendo el interés que más le convenga, al contrario, lo puede hacer; el problema surge cuando este interés entra en conflicto con el interés social, ya que este último se va a imponer sobre el interés individual.

Al respecto, la doctora Schneider (2017) ha indicado que el deber de fidelidad se materializa cuando surgen conflictos entre los intereses de la compañía y el accionista, dentro del cual el interés del segundo queda supeditado al interés del primero.

Es importante tener presente que cualquier accionista puede tener un interés individual que entre en conflicto con el interés social de la compañía; este accionista no necesariamente tiene que ser un accionista mayoritario, puesto que la aplicación de este deber puede recaer tanto en el accionista mayoritario como en el minoritario e incluso se puede llegar a dar con el accionista en paritario.

Hay que tener presente que el eje principal del deber de fidelidad es el principio de buena fe; el cual, no se debe entender como un criterio de orden interno del ser, más bien se lo debe comprender en su sentido jurídico. A palabras de Marcelo López Mesa:

(...) la buena fe esencialmente no es una cuestión de orden sicológico; ello, ya que este aspecto se esfuma para dejar su sitio a consideraciones extrínsecas y a valoraciones socialmente aceptadas por un grupo aceptablemente amplio de personas (...) En esta línea cabe señalar que la buena fe en sentido objetivo representa aquella regla de conducta, prevista por la ley, cuya naturaleza jurídica comporta que su violación es fuente de responsabilidad. (López Mesa, 2018)

Otro criterio que considero valioso de López Mesa y que vale la pena mencionar es en relación con la vulneración de la buena fe, el cual indica: “(...) lo que caracteriza a la vulneración de la buena fe no es la intención de dañar o *animus nocendi*, sino la intención de obtener un beneficio indebido de una conducta, al menos dudosa, lo que podría caracterizarse como *animus lucrificiendi*.” (López Mesa, 2018)

Por su parte, el argentino Cejarville ha expuesto una definición al principio de buena fe que señala que:

(...) el principio de buena fe es aquel que encarna la idea de honestidad en las relaciones jurídicas y la circulación de bienes en general, teniendo su fundamento en la garantía de justicia y equidad. (Cajarville, 2012)

Ahora, hay que tener presente que no es lo mismo la buena fe que el principio de buena fe, al respecto, Martínez Gallego (2004) ha manifestado que la buena fe es un concepto jurídico indefinido que se encuentra en todas las legislaciones del mundo desde hace ya mucho tiempo.

Estauro citado en la obra de López (2018) considera que se puede definir a la buena fe como el “actuar conforme a derecho”, concepto que parece ser acertado por la mayoría de la doctrina; ya que, viene de la mano con el posible conocimiento que tienen los contratantes sobre circunstancias ilícitas que se esconden en la negociación, y que está íntimamente relacionado con la noción intelectual de la persona.

Al respecto, De Trazeignes Granda, citado en la obra del doctor Marcelo López pone el siguiente ejemplo en el tema de la posesión y lo explica:

(...) tiene buena fe la persona que cree en la legitimidad de su derecho, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalidaba su título (...) La buena fe así entendida tiene la función de escudo protector: la inocencia bloquea los daños que pudiera haber recibido normalmente la persona como consecuencia de una tal situación irregular. (...) La buena fe no puede consistir en la inocencia del ingenuo o del negligente. Si esa persona que alega la buena fe no conoció el hecho irregular que se encontraba detrás de la situación a pesar de que cualquier persona razonable se hubiera dado cuenta de que tras las cortinas existía gato encerrado que maullaba su irregularidad, no estamos ante una situación de buena fe sino de necesidad. (López Mesa, 2018).

Es decir, la persona que realiza una actividad convencida de que su actuar es lícito y conforme a derecho, está actuando de buena fe; sin embargo, el error que comete debe ser tal que con un razonamiento medio y una diligencia por lo menos normal le sea imposible prever.

Por otro lado, se encuentra a la buena fe como principio general de derecho, al respecto Marcelo López ha indicado que: “(...) la buena fe es un principio general del derecho, consistente en un imperativo de conducta honesta, diligente, correcta.” (López Mesa, 2018)

A su vez Juan Rezzónico, citado en la obra de López (2018), establece que el principio de buena fe es un principio general del derecho, que aplica al campo tanto del derecho privado y público, y que se debe utilizar como guía para evitar decisiones que sean contrarias a equidad.

Por su parte, Yvonne Loussouarn (2004) explica que la buena fe es una norma de comportamiento, que ordena a los sujetos de derecho una lealtad y honestidad que repela todo propósito maligno y que esta norma debería ser entendida en abstracto, es una buena fe-lealtad que el ordenamiento jurídico prevé para relaciones contractuales y extracontractuales.

El principio de buena fe no es únicamente una norma que se encuentra en las diferentes disposiciones que regulan el ordenamiento jurídico, es un principio general del derecho que debe ser aplicado en todas las actividades que tengan una posible repercusión jurídica. Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, si bien se encuentran varias referencias de la buena fe en diferentes preceptos legales, se encuentra al principio de buena fe, en relación con la ejecución de los contratos, en el artículo 1562 del Código Civil (2005) que manda:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se 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. (Código Civil, 2005).

CAPÍTULO 2

2. El abuso del derecho

2.1. Antecedente histórico y concepto. –

Para poder hablar de los antecedentes históricos del abuso del derecho, es menester indicar que la doctrina no ha podido llegar a un consenso acerca de su origen; puesto que, para algunos la teoría del abuso del derecho aparece por primera vez en Roma, ejemplo de ello es el doctor Lino Rodríguez Arias, el cual ha indicado: “(...) es tan poco moderna la teoría que sobre ella reposa toda la evolución del Derecho Romano, yendo del derecho estricto hasta la equidad” (Rodríguez Arias, 1971). Mientras que, existen otros autores que consideran que el nacimiento de esta teoría se originó en la jurisprudencia de Francia posterior a la Revolución Francesa, al respecto el doctor Pablo Rodríguez Grez (2004) hace mención a diferentes autores que son partidarios de este origen, haciendo alusión a los fallos del tribunal de Colmar del año 1855 y del tribunal de Lyon del año 1856.

Independientemente de los inicios del abuso del derecho, resulta indispensable realizar una referencia histórica desde su posible principio, esto es en el antiguo derecho romano que ha sido los cimientos del derecho civil contemporáneo de Latinoamérica y gran parte de Europa.

2.1.1. Derecho Romano. –

Como se indicó anteriormente, el abuso del derecho tiene una procedencia controversial en el derecho romano, gran discusión ha habido entre los doctrinarios defensores de este origen y aquellos que consideran que la teoría del abuso del derecho se

dio en otro tiempo; sin embargo, es indiscutible que dentro del antiguo derecho civil romano se encuentran ciertos principios generales y pronunciamientos de los pretores, los cuales buscan que los derechos se ejerciten de manera correcta; y, de igual manera, otros que ratifican la postura de que el comienzo del abuso del derecho no es la antigua concepción romana.

Sobre ello, el doctor Ernesto Rengifo García (2003) ha manifestado que existen varios aforismos jurídicos que repudian que el principio del abuso del derecho sea en Roma, al respecto se encuentran: *nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* (se considera que no causa ningún daño quien de su derecho usa); *nemo damnum facit, nisi qui id quod facere ius non habet* (ningún daño causa salvo el que hace lo que no tiene derecho a hacer), y nombra a la máxima de Ulpiano que indica: *neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo iure utitur* (quien utiliza de su derecho, a nadie perjudica y ningún daño causa).

Contrario a Ulpiano, tal y como lo indica el mismo Rengifo García (2003), se encuentra a Paulo con su máxima: *non omne quod licet honestum est* (no todo lo que es lícito es honesto), y a Cicerón con sus dos aforismos: *summum ius, summa iniuria* (el estricto derecho es la suprema injusticia) y *malittis non est indulgendum* (no hay indulgencia con la maldad).

Dentro de los pronunciamientos de los antiguos textos romanos se encontraban decisiones de los pretores que limitaban los derechos absolutos de los romanos, tal es el caso de dar muerte a un esclavo sin razón aparente, al respecto el pretor Gayo, en el Libro L del Digesto, citado y traducido en la obra del doctor Ernesto Rengifo en su parte pertinente establece:

(...) pero hoy en día ni los ciudadanos romanos ni las demás personas que se encuentren bajo el imperio del pueblo romano, se les permite maltratar a sus esclavos inmoderadamente y sin causa, pues según una constitución del sacratísimo emperador Antonio, se determina que quien matare sin causa a un esclavo propio, será tan responsable como si matare a un esclavo ajeno. Y también por una constitución de este príncipe se reprimió la dureza excesiva de los dueños, ya que consultado por algunos gobernadores de provincias sobre aquellos esclavos que se refugian en los templos de los dioses o junto a las estatuas de los príncipes, determinó que si se estimase intolerable la crueldad de los dueños, los obligará a vender a sus esclavos. En uno y otro caso se dispuso rectamente, pues no debemos usar mal de nuestro derecho (*male enim nostro utinon debemus*), (...). (Rengifo García, 2003)

El francés Lois Josserand, citado en la obra de Rengifo (2003), ha manifestado que la teoría del abuso del derecho no es tan nueva como mucha gente piensa, ejemplo de ello es el pensamiento del pretor Gayo que decía que no se debe abusar de los derechos; finaliza indicando que la diferencia sobre esta práctica abusiva entre el derecho romano y el derecho francés: para los romanos el acto abusivo era un acto malicioso, mientras que para los franceses, para que se materialice el abuso, el acto debe ser antifuncional, contrario a la finalidad del derecho subjetivo.

Sin embargo, es importante tener presente lo que indica la doctora Lorena Schneider sobre la postura tradicional:

(...) la postura tradicional y prevalente es de la idea de que el derecho romano desconoció la figura del abuso del derecho, con base en el dogma *qui suo iure utitur neminem daedit* (“quien utiliza de su derecho, a nadie perjudica, y ningún daño causa”). Además, existe uniformidad en creer que tampoco se podía abusar del derecho, por cuanto su noción en el mundo antiguo era objetiva y no subjetiva; es decir, su función era darle a cada quien lo suyo (*ius suum cuique tribuere*), y no concederle facultades al individuo. Si el derecho no era facultad, no era poder, no era situación de ventaja otorgada por el ordenamiento y entonces no podía existir abuso del derecho. (Schneider, 2017)

Es importante mencionar al derecho de la propiedad, el derecho real por autonomía, dentro del derecho romano que, tal y como lo indica Rodríguez Arias (1971) se definía en el siguiente aforismo: *ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur: unusquis que enim est rerum suarum moderator et arbiter, nisi lex arbitrium tollat* (derecho a usar y abusar de una cosa propia, en cuanto a cuestión derecho; cada uno, pues, es dueño, árbitro de sus cosas, a menos que la ley lo impida), esa prerrogativa que asistía a los propietarios de abusar de las cosas que recaían en sus patrimonios, dio paso al nacimiento de la distinción entre derechos absolutos y derechos relativos e inspiró al código napoleónico para definir a la propiedad como: “el derecho a gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta” (Schneider, 2017)

2.1.2. Derecho medieval. –

Dentro del derecho medieval aparecen dos teorías que sirven como antecedente histórico de la teoría del abuso del derecho, me refiero a la teoría de los actos emulativos y la teoría de la inmisión, las cuales expongo a continuación:

2.1.2.1. Teoría de los actos emulativos o actos de emulación. –

Según indica el doctor Rodríguez Grez: “La emulación proviene de la expresión latina “aemulatio” y consiste en el ejercicio de un derecho subjetivo con el propósito de causar daño a otra persona o a un bien ajeno. Lo preponderante, en este caso, es la intención de perjudicar (ánimo nocendi)” (Rodríguez Grez, 2004)

Para que esta teoría produzca los efectos indicados, es necesario que la persona que ejerce el derecho esté motivada por la intención de producir un perjuicio a una tercera persona. Al respecto, el doctor Carlos Fernández Sessarego, citado en la obra de Rodríguez Grez, ha indicado que: “El concepto de emulación conlleva una connotación eminentemente subjetiva, en tanto se debe penetrar en el mundo interior, que es donde campean las buenas o malas intenciones, las motivaciones psicológicas en general” (Rodríguez Grez, 2004)

Tal y como indica el doctor Rodríguez (2004), la teoría de los actos emulativos se aplica principalmente al derecho de propiedad, sin perjuicio que algunos autores consideren que se podía aplicar a todos los derechos reales, en la edad media se daba por lo general en las relaciones entre vecinos. El doctor José Manuel Martín Bernal (1982) indica que el acto de emulación es aquel en el que el dueño de un bien ejerce su derecho de propiedad, sin ningún beneficio para sí mismo y buscando perjudicar a un tercero.

El autor ecuatoriano Emilio Romero Jouvín indica los tres requisitos necesarios para que se de un acto de emulación:

1. Debe existir *animus nocendi*, esto es, el ánimo o la intención de dañar, al momento de realizar el acto.
2. Junto con el requisito antes referido debe coexistir el ejercicio extraordinario del derecho, es decir, su ejercicio fuera de la esfera de la normalidad.
3. Finalmente, para que constituya acto emulativo, además, el acto debe carecer de utilidad para el agente. (Romero Jouvín, 1993)

Resulta del todo complicado el determinar al ejercicio extraordinario del derecho fuera de la esfera de la normalidad; por lo que, el doctor Romero (1993) recurre a los pensamientos del doctor Martin Bernal el cual da tres criterios para saber que se le está dando un uso normal a un derecho:

1. El de las necesidades normales, de las que no se puede detraer un gran componente sociológico y en parte histórico.
2. El de la normalidad como una especie de concepto lineal o central imputado, para sobre el mismo apreciar cualquier extralimitación o abuso manifiesto del Derecho, cualquier uso que “exceda” de las incomodidades ordinarias de vecindad.
3. El de racionalidad o equilibrio. (Martin Bernal, 1982)

2.1.2.2. Teoría de las inmisiones. –

La teoría de las inmisiones nace en contraposición a la teoría de los actos emulativos, sus defensores consideraban que la segunda teoría era insuficiente; mientras que para la teoría de los actos emulativos importa netamente la intención del sujeto que ejercía el derecho, es decir es una teoría completamente subjetiva, para la teoría de las inmisiones lo importante es las repercusiones que cause el ejercicio de este derecho sin importar la intención de su propietario, es decir es una teoría completamente objetiva.

Es importante conocer el concepto que la doctrina ha dado a las inmisiones, al respecto la doctora Lorena Schneider las ha definido como:

(...) la invasión de la esfera jurídica ajena, mediante sustancias o fuerzas, con cierta entidad física, que se producen como consecuencia del disfrute de un bien inmueble, y que, por medios naturales, se propagan y penetran en un bien inmueble vecino, de manera reiterada, produciendo daños a este o daños o molestias a las personas que lo habitan o que por otros motivos (v.gr., laborales), lo frecuentan. (Schneider, 2017)

Hay que tener presente que esta teoría fue concebida para las relaciones vecinales, y dentro de las “inmisiones” que se podían sucintar se encuentran entre otros: ruidos, malos olores, humedad, etc. A manera de ejemplo se puede dar el caso de una tubería rota en el piso de una oficina que filtre el agua a la oficina de abajo en un edificio o el ruido exagerado producto de una fiesta que no deja dormir a un vecindario.

Fernández Sessarego, citado en la obra de Rodríguez Grez (2004) hace alusión a que esta teoría se puede verificar en la época actual, prueba de ello es la contaminación que las

fábricas producen al ecosistema, en relación con los desechos químicos, nucleares y reactivos que pueden considerarse como actos de inmisión.

Sin embargo, hay que tener presente que no todo acto de inmisión puede ser considerado perjudicial, de serlo así sería imposible realizar las actividades más básicas como escuchar música en la casa o realizar una reunión social asando unas carnes a la parrilla. Al respecto, la doctrina considera que se debe tener una “tolerancia normal” con los actos de inmisión.

Fernández Sessarego citado Rodríguez Grez lo explica de la siguiente manera:

La doctrina de la inmisión está complementada por el concepto de “tolerancia normal”. Se invoca al respecto al artículo 844 del Código Civil italiano de 1942, según el cual “el propietario de un fundo no puede impedir las inmisiones de humo o calor, las exhalaciones, los humores, las sacudidas y similares propagaciones derivadas del fundo vecino, que no superen la normal tolerancia, teniendo también en cuenta las condiciones de los lugares. (Rodríguez Grez, 2004)

2.1.3. Tribunal de Colmar y el Tribunal de Lyon. –

Tal y como indica Warat (1969), el famoso fallo del Tribunal de Colmar se dio el 02 de mayo de 1855, el mismo se produjo porque el propietario de un bien inmueble construyó en su casa una chimenea falsa que no generaba ningún beneficio ni a él ni al predio, puesto que la misma no calentaba su propiedad, el único motivo para la construcción de la chimenea

fue generar un perjuicio a su vecino; puesto que, la chimenea estaba construida al frente de las ventanas de su propiedad, lo que provocaba que la luz del sol no pueda llegar a su hogar.

El vecino perjudicado decidió acudir al tribunal de Colmar, indicando que el hombre de la casa de alado no tenía un interés legítimo para esa falsa chimenea, puesto que la misma no generaba beneficio alguno a este; y, por el contrario, causaba un grave perjuicio a su persona evitando que la luz solar llegue a su predio.

El tribunal, una vez analizado todos los elementos presentados, ordeno que se derrumbe la chimenea indicando que: “si es cierto que el derecho de propiedad es un derecho en algún modo absoluto de la cosa, sin embargo, el ejercicio de ese derecho, como de cualquier otro, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo.” (Warat, 1969)

Rodríguez (2004) indica que este fallo contiene los principales requisitos de la teoría del abuso del derecho; puesto que señala que el derecho tiene un límite y que es la satisfacción de un interés serio y legítimo, de ello se llega a la conclusión que el derecho subjetivo debe ser ejercitado en base a la finalidad que la misma norma le da al amparar su existencia.

Sin embargo, ciertos doctrinarios consideran al fallo un tanto leve; puesto que, como indica el mencionado profesor Rodríguez (2004) los mismos tachan a la mencionada jurisprudencia como tímida, cuando esta indica que el derecho de propiedad “es un derecho en algún modo absoluto”, situación que se encuentra superada al momento de activarse con miras a buscar un beneficio que no sobrepase el interés jurídicamente protegido.

Ahora, Josserand citado por Pablo Rodríguez Grez (2004), cuenta el famoso fallo de Lyon del año 1956, el mismo se dio porque el propietario de un bien inmueble instaló en una bomba que drenaba toda el agua que corría por debajo de las heredades, la misma no era utilizada por su persona; puesto que, una vez drenada se lanzaba al río. Al contrario, el único motivo por el que se drenaba el agua era que su vecino no pueda beneficiarse de ella.

El caso llegó al tribunal de Lyon, el cual dio la razón al vecino perjudicado, indicando que “el vecino se ha servido del poder de abusar de la cosa (...) inspirando exclusivamente el ánimo de dañar” (Rodríguez Grez, 2004), e indicando que para este órgano el derecho de propiedad debe ejercer en beneficio del derecho de propiedad del vecino de a lado sobre su predio.

Tal y como se puede observar, existe un común denominador dentro de los presentes fallos: el ejercicio del derecho de propiedad que no genere ningún beneficio a su propietario y que cause perjuicio a un tercero. Clara es la limitación que se da al derecho subjetivo, tema del que se hablara posteriormente, en el cual se evidencia que la persona está limitada a abusar de la cosa.

2.1.4. Concepto. –

Para poder conceptualizar el abuso del derecho, es necesario entender que es el derecho subjetivo; y para poder hacerlo, es menester hacer referencia a lo que es el derecho objetivo. Al respecto, el doctor Hernán Coello García los define de la siguiente manera:

Dentro del ordenamiento jurídico (...) se encuentran dos categorías fundamentales de derechos, a saber: por una parte, el llamado derecho objetivo,

constituido por el conjunto de normas vigentes originadas en cada una de las fuentes (...) que se hallan reguladas en el Título Preliminar del Código Civil y en otras fuentes normativas (es decir la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, bien como fuentes inmediatas, bien como fuentes mediatas de las normas positivas); y, por otra, el denominado derecho subjetivo que no es más que la facultad que la norma positiva u objetiva atribuye al sujeto de derecho para que pueda exigir la plena vigencia de las normas positivas que le acreditan como titular de tales derechos, o en su caso, la consiguiente reparación, si ellos han sido violados. (Coello García, Teoría del negocio jurídico, 2006)

En base a esta definición del derecho subjetivo establecido por el doctor Hernán Coello, se puede pasar a hacer referencia al concepto del abuso del derecho.

El Código Civil ecuatoriano, en su artículo innumerado posterior al artículo 36, define al abuso del derecho de la siguiente manera:

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. (Código Civil, 2005)

Hess, Louge y Zárate dan un concepto general de abuso del derecho al indicar que:

(...) el abuso del derecho es un postulado propio de una visión solidaria del mundo jurídico, el cual frente al interrogante de si los derechos deben reconocer algún límite en su ejercicio, lo contesta afirmativamente, procurando

evitar excesos en salvaguarda de los justos intereses de los demás individuos.
(Hess, Louge Emiliozzi, & Zárate, 1999)

Juan Carlos Molina define al abuso del derecho de la siguiente manera:

Cuando el titular de una prerrogativa jurídica, de un derecho subjetivo, actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que le concede la facultad, pero que resulta contraria a la buena fe, la moral, las costumbres, los fines sociales y económicos en virtud de los que se ha otorgado la prerrogativa; o bien actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causando daño a terceros, incurre en un acto abusivo, no ejerce su derecho sino que abusa de él. (Molina, 1969)

A criterio del ecuatoriano Romero Jouvín (1993) el abuso del derecho no es más que el abuso del derecho subjetivo, la prerrogativa que concede una disposición dada por el ordenamiento jurídico, puesto que no se puede abusar del derecho positivo.

El mismo Romero (1993) indica que del concepto dado por el doctor Juan Carlos Molina, existen dos posibles vías para abusar del derecho: la primera de ellas actuando de conformidad con el ordenamiento jurídico, pero contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres y los fines sociales y económicos de la norma; y la segunda actuando con dolo o culpa, sin que se genere ningún beneficio y provocando perjuicios a terceros.

Es importante tener en cuenta los criterios de Guillermo Ospina Fernández y de Jorge Carranza; puesto que, para el primero (1976) el abuso del derecho es un delito, cuando el fin es dañar a un tercero, es decir, cuando se actúa con dolo; y es un cuasi delito cuando se ejerce

un derecho con negligencia, es decir, cuando se actúa con culpa. Mientras que para el segundo:

(...) es una especie de acto ilícito, que carece de autonomía como fuente de responsabilidad civil, distinta de la responsabilidad por dolo o culpa, porque – se entiende – que hay delito o cuasidelito si aquel que tiene varias maneras de ejercer un derecho, elige sin necesidad y con el manifiesto propósito de dañar, la manera que resulta más perjudicial a otro. Es, como dice DEMOGUE, una especie de acto ilícito disimulado bajo la apariencia de ejercicio de un derecho. (Carranza, 1970)

2.2. Corriente doctrinaria y evolución. –

Dentro del desarrollo doctrinario que se ha venido discutiendo entre los diferentes autores acerca de la naturaleza del abuso del derecho al voto, han surgido tres teorías a colación: la teoría subjetiva, la teoría objetiva, y la teoría mixta.

2.2.1. Teoría o criterio subjetivo. –

Dentro de la teoría subjetiva, la intención con la que se ejerce el derecho es el pilar fundamental para que se materialice el abuso del derecho; es decir, la conducta abusiva empieza y se desarrolla en el fuero interno del titular del derecho subjetivo.

El autor Julio Rivera citado en la obra de Hess, Louge y Zárate (1999) indica que la teoría subjetiva se da cuando el titular del derecho ejerce el mismo con el propósito de dañar a un tercero (dolosamente) e incluso culposamente. Aparece una variante de esta teoría; puesto que, para algunos doctrinarios, actúa de manera abusiva quien lo hace sin interés o sin

buscar obtener un beneficio del acto, para Rivera poco aporta esta variante puesto que quien ejerce un derecho sin ningún beneficio o utilidad solo puede ejercerlo de manera dolosa o culposa.

Por su parte, Daniel Boulos (2006) indica que, de no mediar el propósito de causar daño a un tercero al momento de ejercer un derecho, aunque aquel accionar haya lesionado la esfera jurídica de esa persona, no se estaría abusando de un derecho, mas se estaría utilizando el mismo de manera irregular.

Rodríguez Grez indica que los partidarios de esta teoría han establecido ciertos elementos para poder conceptualizar el abuso del derecho: “la mala fe, esto es, la intención positiva de causar daño a otro con el ejercicio del derecho; el ejercicio culposo pasivo, y la inexistencia de un interés serio y legítimo de parte del titular del derecho al ponerlo en movimiento” (Rodríguez Grez, 2004)

En virtud del ejercicio abusivo de un derecho, sea con dolo o culpa, Rodríguez Grez (2004) sostiene que el ejercer un derecho de mala fe, lleva implícito el hecho de que se quiere lesionar los intereses del sujeto pasivo ejecutando una prerrogativa que se tiene. De ello se colige que el derecho tiene una limitación ética que no se puede sobrepasar, lo que ha llevado a varios autores a sostener que el abuso del derecho es un principio general del derecho.

Rodríguez Grez (2004) de igual manera indica que algunos autores consideran que el ejercer un derecho de manera abusiva representa un acto ilícito *sui géneris* el cual genera una sanción, esto significa que las normas que regulan la responsabilidad extracontractual estarían por encima de todas las normas civiles referentes al ejercicio de los derechos. Es

decir que, si se decide ejercer un derecho de mala fe o de manera negligente, prevalecerían los criterios de dolo y culpa sobre todos aquellos que determinan la existencia de ese derecho.

Sin embargo, Rodríguez Grez (2004) critica fuertemente esta teoría, puesto que para el en ninguno de los casos se encontraría frente a un caso de abuso del derecho, sino más bien ante un caso de colisión de derechos que excluiría completamente a la utilidad de la teoría del abuso del derecho. Más criticado es el caso del actuar con culpa; ya que, en ese supuesto se estaría obligando al titular del derecho a actuar de manera diligente; sin embargo, el actuar diligentemente la ley, generalmente, se lo impone al sujeto pasivo del derecho ejercido y no a su titular, esta concepción invierte los roles que el ordenamiento jurídico impone al sujeto activo y pasivo.

Carlos Fernández Sessarego citado en la obra de Fernando Rodríguez indica que:

Es evidente que las dos posiciones antes señaladas, es decir, la de la intencionalidad y la culposa o negligente, asimilan prácticamente el acto abusivo, que es un acto ilícito **sui géneris**, con el genérico acto ilícito. Esto permite a los adversarios de la autonomía de la ilicitud derivada del “abuso” sostener que no es necesaria ni útil una teoría del abuso del derecho, ya que para el efecto es suficiente la normativa tradicional referida al acto ilícito en general. (Rodríguez Grez, 2004)

Rodríguez Grez finaliza su crítica indicando que:

De lo que se señala se sigue, entonces, que si se admitiere que el dolo o la culpa transforman el ejercicio de derecho en un “delito o cuasidelito civil”, la

teoría del abuso del derecho sería inútil, ya que bastaría con explicar, como de hecho ha ocurrido, las normas de responsabilidad extracontractual para llegar a los mismos resultados sin necesidad de esta pobre construcción dogmática. Pero esta conclusión supone dar a aquellas normas una especie de injustificada e infundada preminencia o preferencia, imponiéndolas por encima de aquellas otras que consagran el derecho que se ejerce, supuestamente con dolo o culpa. (Rodríguez Grez, 2004)

El elemento final que indica esta doctrina es el interés serio y legítimo de parte del titular del derecho, elemento que ha sido criticado por gran parte de la doctrina, Rodríguez Grez indica que:

Es indudable que si el agente no tiene un interés serio y legítimo al poner en movimiento su derecho es porque carece de él, ya que el derecho subjetivo (...) es un poder o facultad de la voluntad para satisfacer un interés que se halla jurídicamente protegido por el derecho positivo. Esta protección determina, por sí sola, la seriedad y legitimidad del interés. Su ausencia implica, irremisiblemente, que el derecho subjetivo que se invoca no pasa de ser un “espejismo” que no corresponde a una realidad jurídica. Por lo mismo, parece erróneo poner el acento en este elemento que conforma, junto a la voluntad, el derecho mismo. (Rodríguez Grez, 2004)

Este autor (2004) continúa criticando esta teoría al decir que resulta ilógico el ejercer un derecho de manera ilegítima; puesto que, la misma ley es la que legitima el ejercicio de ese derecho, por ende, no tiene sentido ejercer un derecho de manera legítima e ilegítima al

mismo tiempo. Finalmente termina indicando que el que “ejerza” un derecho con el fin de causar daño a otro, no lo está haciendo en realidad; ya que, el causar daño nunca puede ser un interés jurídicamente protegido para el titular del derecho.

Un ejemplo práctico de esta teoría sería: en una urbanización de la ciudad de Cuenca, Juan Villavicencio es vecino de Pedro Jerves y sus casas se encuentran la una en frente de la otra, Juan odia a Pedro y decide comprar tres luces LED de última generación, las instala en su propiedad y decide prenderlas todas las noches desde las 19h00 hasta las 05h45 y colocarlas en dirección a la ventana del dormitorio de Pedro, esto con la finalidad de impedirle dormir.

En el mencionado ejemplo es evidente el dolo puesto que el fin es evitar que Pedro duerma en la noche y las luces LED no le generan beneficio o utilidad alguno a Juan que no sea otra que molestar a su vecino.

2.2.2. Teoría objetiva. –

La teoría objetiva o también llamada finalista, a diferencia de la teoría subjetiva, no busca establecer el abuso del derecho adentrándose en el fuero interno del titular de este para establecer la intención con la cual se ejerció el derecho; por el contrario, busca determinar si el titular no sobrepasó la finalidad de la norma.

Para esta teoría, tal y como lo indica el doctor Thiago Rodovalho (2011) se necesita simplemente un análisis objetivo de los medios y del resultado que se manifieste de cierta conducta producto del ejercicio de un derecho subjetivo, sin siquiera importar si es que ejerció el mencionado derecho con dolo o culpa.

Esta teoría se centra en el análisis de los hechos materializados en el mundo real, teniendo como presupuestos, a criterio del doctor Rodovalho (2011) la interpretación que existió entre el resultado de un acto y la forma mediante la cual se produjo la conducta, sobrepasando los fines sociales a los que se debería destinar el ejercicio de ese derecho subjetivo.

El doctor Oswaldo Mello explica a la teoría objetiva de la siguiente manera: “(...) por la teoría realista u objetiva se verifica el abuso del derecho cuando su titular lo ejerce con desnaturalización del instituto jurídico, de manera que contraría su categoría jurídica.” (Mello, 2007)

El autor Julio Rivera, citado en la obra de Hess, Louge y Zárte (1999) indica que este criterio se complementa al indicar que existe abuso del derecho cuando se sobrepasan los límites establecidos por la buena fe, las buenas costumbres y la moral. Mientras que Borda, citado en la obra de los ya mencionados autores, indica que: “Esta teoría se funda sobre todo en razones morales; los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe” (Hess, Louge Emiliozzi, & Zárte, 1999).

Un ejemplo práctico de esta teoría sería el siguiente: Joaquín es propietario y reside en un departamento en un edificio de cinco pisos, y toma lecciones de batería por internet, al ser una persona ocupada únicamente puede tomar sus lecciones a las 22h00, ya que esa es la hora que regresa a su casa, al tocar el instrumento ocasiona que el sonido que este produce se escuche en todo el edificio atentado contra la paz de los demás habitantes del mismo.

Dentro del presente ejemplo, Joaquín nunca actuó con la intención de ocasionar malestar a sus vecinos; sin embargo, su intención es irrelevante ya que al tocar su batería

todos los días a altas horas de la noche irrumpió en contra de la buena convivencia que se tenía en la vecindad.

2.2.3. Teoría mixta. –

La teoría mixta o eclética surge en virtud de que no existe incompatibilidad total entre la teoría subjetiva y objetiva; y es que, a palabras de Pablo Rodríguez: “(...) el acto abusivo desvía la función social de cada derecho subjetivo, se agrega a esta desviación la intención de dañar, o la culpa en la ejecución del derecho, o la falta de un interés serio y legítimo” (Rodríguez Grez, 2004).

El mismo autor indica que, del análisis de la obra de Fernández Sessarego, el autor que mejor explica esta teoría es Josserand al indicar que:

Propone Josserand para caracterizar el acto abusivo lo que dio en llamar el criterio funcional o finalista, el mismo conjuga la desviación del derecho de su específica función social, en cuanto elemento objetivo, con el motivo ilegítimo del agente, el que configura el factor de carácter subjetivo. (Rodríguez Grez, 2004).

Ignácio Neto, citado en la obra del doctor Rodovalho (2011) indica que esta teoría resulta ser ventajosa; puesto que, no es radical ni para el subjetivismo ni para el objetivismo.

El doctor Thiago Rodovalho critica fuertemente esta teoría al establecer que:

Si es forzoso reconocer que la intención del agente de perjudicar puede estar presente de manera general (o al menos el elemento culpa; un actuar

negligente o imprudente) en el ejercicio de una determinada posición jurídica, igualmente también es cierto que en muchas otras situaciones ni la intención ni la culpa están presentes e, incluso así, el abuso del derecho se configura. (Rodvalho, 2011)

Un ejemplo práctico de esta teoría sería el siguiente: Francisco tiene una casa nueva en Challuabamba en un sector que apenas existen edificaciones, a la derecha del inmueble existe un terreno sin ninguna edificación que es propiedad de un morador del lugar de nombre Ramón, a Ramón no le agrada Francisco y quiere deshacerse de él a toda costa; por lo que, en el intento de que se vaya a vivir en otro lugar empieza a quemar varios objetos en su terreno, entre ellos basura, yerbas, madera, etc., el humo empieza a volar a la casa de Francisco lo que ocasiona varias molestias a él y a su familia.

En el presente ejemplo, existe la intención de Ramón de generar un perjuicio a Francisco al quemar todos los objetos mencionados, la quema de estos no le genera ningún beneficio o utilidad y se verifica que sobrepasa los límites de su derecho a la propiedad al usar el terreno, lo que evidenciaría el abuso del derecho a la propiedad.

2.3. Abuso del derecho como fuente de las obligaciones. –

El doctor Guillermo Ospina Fernández define a las obligaciones como: “(...) un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra.” (Ospina Fernández, 2020). Este vínculo jurídico se lo puede conocer también como causa; sin embargo, esta causa no puede ser escogida de manera aleatoria, debe ser siempre la misma, independientemente de la voluntad de la persona que la contrajo.

El doctor Hernán Coello García define a las causas de las obligaciones de la siguiente manera:

La causa debe entenderse como propósito inmediato e invariable de cada negocio jurídico, para que, cada una de las obligaciones, independientemente del aspecto subjetivo que condujo a su titular a contraerlas, siempre tengan la misma causa, y no resulte que, dependiendo del estado de ánimo, de la razón subjetiva que permitió celebrar contrato, etc., cada uno de ellos sea distinto de los demás de su especie dando lugar a que, una misma obligación pueda tener dos o más causas diferentes según la persona del obligado”

Dentro de la legislación ecuatoriana existen cinco causas o fuentes por las cuales una persona adquiere una obligación, y son las que se encuentran descritas en el artículo 1453 del Código Civil, el cual indica:

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, y como entre los padres y los hijos de familia. (Código Civil, 2005)

Es decir, las cinco fuentes de las obligaciones son: 1) contrato; 2) cuasicontrato; 3) delito; 4) cuasidelito; y, 5) la ley.

A partir del 26 de septiembre del año 2012, con la promulgación de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, se positiviza el abuso del derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Y es que, dicha ley reforma el Código Civil y agrega el artículo innumerado posterior al artículo 36 que establece: “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.” (Código Civil, 2005)

Vale la pena mencionar que, varios autores indicaban que el abuso del derecho ha existido desde hace muchísimo tiempo en la legislación ecuatoriana, únicamente no formaba parte del derecho positivo. Dentro de estos autores se encuentra el doctor Hernán Coello García, quien, en vida, ya hablaba en sus obras sobre el abuso del derecho, indicando lo siguiente:

El ordenamiento jurídico ecuatoriano no se refiere expresamente a la figura del abuso del derecho. Sin embargo, podemos citar los siguientes textos que permiten impedir que una persona pueda abusar de su derecho; textos que, por lo mismo, podrían tenerse como el antecedente de una decisión judicial que impida el uso abusivo de un derecho subjetivo:

1.- El Art. 18, al declarar que los jueces no pueden suspender o denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley, y al imponerles juzgar atendiendo a las reglas que esta norma establece, dice, en la regla 6ta:

“En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que

más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”, para concluir, con la séptima regla, disponiendo que “A falta de ley se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios de derecho universal”; principios entre los que están, naturalmente, los enunciados por Ulpiano, esto es, no hacer daño a nadie, vivir honestamente y dar a cada uno lo que le corresponde. (Coello García, Epítome del título preliminar del Código Civil, y sus principales relaciones con la legislación ecuatoriana, 2004)

A continuación a lo mencionado, (2004) cita varios artículos del Código Civil ecuatoriano en los que reafirma el principio expuesto, como es el caso del artículo 1589 en el cual se indica que los contratos deben cumplirse de buena fe, obligando a las partes a no solo cumplir con lo escrito sino a todas las cosas propias de la obligación, o el artículo 1361 que manifiesta que si el causante ha hecho partición mediante acto entre vivos o por disposición testamentaria, esta se respetará, siempre y cuando no fuere contraria al derecho ajeno, entre otros.

Si bien, la mayoría de las legislaciones reconocen al abuso del derecho, es más que contradictorio que se pueda “abusar del derecho”; es por eso que, la doctrina aclara que no es que se está abusando del derecho, sino que, se está abusando de un derecho subjetivo, lo que resultaría más acertado.

Ahora bien, hay que tener presente que cuando se dio la Revolución Francesa, aparece la figura del derecho subjetivo como una prerrogativa propia e individual del ser humano, que se podía utilizar como mejor considere su titular, y que en el evento de causar daño a un

tercero ejerciendo dicho derecho subjetivo, en realidad no se estaría causando daño puesto que el individuo titular del mismo estaría haciendo uso de una prerrogativa que el ordenamiento jurídico le ha dado, lo que no se podría considerar abusivo.

Al respecto, la doctora Lorena Schneider (2017) indica que estas posiciones individuales, y hasta radicales, dieron como consecuencia la aparición de corrientes cuyo fin último es la socialización del derecho, las cuales exigen a cada sujeto de derecho una mayor cooperación social, lo que terminó otorgando una función social a los derechos subjetivos.

Es importante tener presente el criterio de Rengifo García, quien califica a los inicios del abuso del derecho como restrictivos; puesto que, únicamente se incurría en abuso del derecho si es que el titular del derecho subjetivo actuaba con la intención de causar un perjuicio, esto es, cuando se ejecutaba sin utilidad alguna o sin un interés legítimo y serio.

De su parte Ripert, considera que la intención de perjudicar, se materializa por la falta de utilidad del acto ejecutado o por la falta de interés en el ejercicio del derecho por parte de su titular. Lo que deviene en que el abuso del derecho venga a ser una fuente de responsabilidad de diferentes grados de culpa. Ambos autores se encuentran citados en la obra de la doctora Schneider (2017).

Josserand, máximo exponente de la teoría funcional, citado en la obra de Schneider, encasilla al abuso del derecho en las fuentes de los delitos y cuasidelitos al afirmar lo siguiente:

(...) cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quienquiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual o

cuasidelictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo, su responsabilidad. (Schneider, 2017)

De este modo, tal y como lo indica Josserand en la obra de Rengifo García y el mismo García (2003), toda la problemática del abuso del derecho se reduce a diferenciar la función del derecho en controversia y el móvil que el titular del derecho ha seguido en cada caso en concreto, si entre los dos elementos existe la debida correspondencia, el derecho se ha ejercido de manera adecuada; por el contrario, si ha habido disconformidad entre los mencionados elementos, el ejercicio del derecho se convierte en abusivo.

Vale la pena citar la comparación que Josserand hace entre la teoría civil del abuso del derecho y la desviación de poder, perteneciente al derecho público:

El abuso del derecho se nos presenta, en definitiva, como una “desviación del derecho”, y la teoría civil del abuso de los derechos corresponde así, a lo que en derecho público se llama “desviación del poder”, del mismo modo que un administrador, un alcalde, no deben poner sus poderes al servicio de sus rencores o de sus intereses personales, tampoco un particular debe imprimir a sus derechos, un impulso irregular; estos derechos se le han conferido por los poderes públicos, los ejerce con riesgos y peligros, y debe conformarse, en este ejercicio, a la voluntad social; debe obrar *civileter*, correctamente, por motivos buenos y justos, en vista de un propósito compatible con la finalidad del derecho. (Josserand, 2009)

Al igual que Josserand, Mazeaud y Tunc, citados en la obra de Schneider (2017), sostienen que el abuso del derecho forma parte de los delitos y los cuasidelitos, al respecto

señalan que, para esta doctrina, se aplican los principios generales de responsabilidad, si es que el derecho subjetivo se ejerce con la intención de causar daño, se encasilla como delito y no se existe negligencia por parte de su titular, estamos ante un cuasidelito.

En pocas palabras, al momento que el titular de un derecho abusa de este, siempre existirá, atrás de esa decisión, el designio de la culpa sea que se manifieste como intención de perjudicar o como negligencia o inobservancia.

Los elementos configurativos del ejercicio abusivo de derechos, a criterio de la doctora Lorena Schneider (2017) son los siguientes:

1. Ejercicio de un derecho: El primer requisito, como es obvio, para poder abusar de un derecho es necesario ser titular de ese derecho y ejercerlo, si no se cuenta con un derecho subjetivo, obviamente no se va a poder abusar de el.
2. Intencionalidad: No es otra cosa que aquel designio de causar daño a una tercera persona. La doctora Schneider (2017) indica que la intención no únicamente infiere el abuso del derecho en razón a la intención que este inspira, sino en atención al daño producido en el plano material, ya que constituye una situación anormal. De esta manera, el abuso del derecho se puede dar fuera de la esfera del ámbito del *animus nocendi*. En consecuencia, se debe tener presente, al mismo tiempo al sujeto que ejecuta el acto abusivo, como los daños que este ocasiona.
3. Negligencia: En este caso se requiere que el actuar del titular del derecho, al ejercer el mismo, sea de carácter culposo, no se requiere querer causar un perjuicio, sino únicamente haber ejercido su derecho de manera negligente.

4. Falta de interés legítimo: No basta que el sujeto ejerza su derecho de manera abusiva, debe existir una falta de interés legítima en el ejercicio de ese derecho.
5. Ejercicio contrario a la función económica y social: Hace referencia a los fines que el legislador tuvo al momento de expedir una norma que conceda derechos subjetivos a los sujetos de derecho, con mira a sus finalidades económicas y sociales, indicando que ningún derecho es absoluto y que por lo tanto tampoco lo puede ser su ejercicio; por lo que, el titular del derecho no puede exceder los límites que el legislador le ha concedido a esa facultad o derecho.
6. Actitud antifuncional: Es la ofensa a aquella regla moral, tal y como lo indica Ripert, en la obra de Schneider (2017), aquel conflicto que se suscita entre el derecho subjetivo y el deber moral, lo que viene a demostrar que el abuso del derecho, basándose en la moral, es una limitante al derecho positivo.

2.4. El abuso del derecho y su regulación en otras legislaciones. –

La República del Ecuador no es el único Estado que reconoce al abuso del derecho en su ordenamiento jurídico; es más, su regulación ha estado implícita en varias legislaciones muchísimo tiempo antes que en el país, es por eso que resulta necesario hacer una somera referencia a algunos países de la región que reconocen el abuso del derecho.

2.4.1. Colombia. –

El abuso del derecho, en general, está reconocido en el ordenamiento jurídico colombiano en el artículo 830 de su Código de Comercio, el cual establece: “El que abuse de

sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause” (Código de Comercio de Colombia, 1971).

Tal y como se puede observar, la regulación que le da la legislación colombiana al abuso del derecho es mucho más simple que la regulación ecuatoriana, y poco aporta en la manera en como se produce el abuso, ya en la práctica, esto ha causado varios problemas, como por ejemplo en el caso de derecho de sociedades, derecho societario para el Ecuador, en donde, el doctor Francisco Reyes Villamizar (2018) considera al artículo 830 del Código de Comercio Colombiano insuficiente, al respecto, indica dos circunstancias que entorpecen su aplicación: 1) la lentitud con la que la jurisdicción ordinaria actúa y el escaso criterio que tienen los jueces al momento de valorar prueba; y, 2) la sanción que deviene del abuso del derecho, al únicamente indemnizar por los perjuicios ocasionados y no considerar la nulidad para ciertos actos que podrían seguir causando perjuicios a la persona afectada por el ejercicio abusivo.

Producto de aquello, el legislador colombiano ha previsto la regulación del abuso del derecho en las sociedades comerciales de manera específica, tal y como sucede actualmente en la legislación ecuatoriana, pero con la excepción que la segunda se regula únicamente al abuso del derecho al voto en la sociedad por acciones simplificadas.

2.4.2. Argentina. –

El artículo 10 del Código Civil y Comercial de la Nación establece la regulación del abuso del derecho de la siguiente manera:

El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición del hecho anterior y fijar una indemnización. (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014)

Los dos primeros párrafos del citado artículo son una copia textual del artículo 1071 del derogado Código Civil de la República Argentina, se agrega la potestad al juez para ordenar lo que considere pertinente para evitar las consecuencias que el uso abusivo del derecho pueda acarrear, de considerar pertinente, regresar las cosas al estado anterior y una indemnización por los daños ocasionados.

Hay que resaltar que, tal y como lo hacen varias legislaciones, los límites que la ley impone al ejercicio del derecho son: la buena fe, la moral y las buenas costumbres, incluso el mismo código, hace mención en dos artículos a que los derechos deben ser ejercidos de buena fe y que los acuerdos entre privados no pueden sobrepasar los límites de las buenas costumbres. (2014)

Finalmente se resalta que la ley no se refiere a que prohíbe el abuso del derecho, como en otras legislaciones, sino que no ampara el ejercicio abusivo de los derechos.

2.4.3. Perú. –

El artículo II del Título Preliminar del Código Civil peruano regula al derecho al abuso de la siguiente manera:

La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.
(Código Civil, 1984)

La regulación que el ordenamiento jurídico peruano le da al abuso del derecho debe ser de las más novedosas de Latinoamérica, dentro del precepto, como se puede observar, se reconoce la omisión abusiva de un derecho; es decir, para la legislación peruana, no únicamente se puede causar daño por ejercer un derecho, sino también por no ejercerlo.

Otro punto que resulta interesante es el hecho de que, si el afectado demanda la indemnización por el daño ocasionado u otra pretensión, cabe la posibilidad de solicitar medidas cautelares para evitar o suspender provisionalmente el abuso.

Tal vez el único defecto de la redacción es el hecho que no indica los límites al ejercicio abusivo del derecho, como en el caso de la legislación argentina que indica que los límites son impuestos por la buena fe, la moral, y las buenas costumbres.

Vale la pena mencionar que, el ordenamiento jurídico peruano reconoce el abuso del derecho en su Constitución; al respecto, el artículo 103 de la carta magna peruana establece:

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho. (Constitución Política del Perú, 1993)

2.4.4. Paraguay. –

El artículo 372 del Código Civil del Paraguay regula el abuso del derecho de la siguiente manera:

Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente, por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente. (Código Civil del Paraguay, 1985)

La primera parte del artículo es clara en establecer que el ejercicio de los derechos debe hacerse de buena fe, principio clave en todos los ordenamientos jurídicos y de especial aplicación en la figura del ejercicio abusivo de los derechos.

A continuación, resalta que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, el término “ejercicio abusivo de los derechos”, a mi consideración, corresponde más a la realidad que el término “abuso del derecho”; puesto que, como se indicó anteriormente, la palabra abuso y derecho se encuentran en contradicción.

Delimita responsabilidad al titular del derecho cuando lo ejerce de manera abusiva y causa un daño, prevé la posibilidad de responsabilidad incluso si el beneficio que se obtiene con el abuso es para un tercero y prevé otra posibilidad, cuando el abuso contradiga los fines que la ley tuvo cuando concedió dicho derecho; es decir, en este caso no importa la intención del titular del derecho, únicamente importa que sobrepase los límites por los cuales se concedió el derecho subjetivo.

CAPÍTULO 3.

3. El abuso del derecho al voto en la SAS

3.1. Análisis del artículo innumerado 317.73 de la Ley de Compañías. –

Una vez que se ha analizado a la sociedad por acciones simplificadas SAS, y a la figura del abuso del derecho, al tener a estos dos como pilares de la presente investigación, corresponde analizar el objeto de la misma, esto es el abuso del derecho al voto en la sociedad por acciones simplificadas.

Previo a empezar el análisis del abuso del derecho al voto en la SAS, debo advertir que el tema, una vez revisados los informes para el primer y segundo debate de la Asamblea Nacional para la aprobación de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, ley que introduce a la Sociedad por Acciones Simplificadas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no hacen mención alguna a este novedoso mecanismo de protección para los accionistas de una SAS, por lo tanto surge el cuestionamiento de que con que bases o motivos han introducido esta figura a nuestro ordenamiento jurídico.

Y es que no es un secreto para nadie que la regulación que el ordenamiento jurídico ecuatoriano le da a esta figura y a la compañía en general, es una copia casi textual a la Ley Modelo de la SAS propuesta por la Organización de Estados Americanos OEA y de la Ley 1258 de Colombia; por lo que, se debe tener en cuenta los avances que la legislación y la doctrina comparada han realizado, sin perjuicio de mencionar los escasos criterios que los doctrinarios en el país han dado.

Tal y como se explicó anteriormente, el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce al abuso del derecho en el artículo innumerado siguiente al artículo 36 del Código Civil; sin embargo, con la entrada en vigor de la sociedad por acciones simplificadas SAS en el país, aparece un nuevo artículo que regula el abuso del derecho, específicamente al abuso al derecho al voto por parte de los accionistas de una SAS en el seno del máximo órgano de gobierno de la compañía, este es el artículo innumerado 317.33 el cual manda:

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 si 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 ocasionare, 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. (Ley de Compañías, 1999)

De la lectura del artículo se colige que el mismo se divide en tres partes: 1) determina como se debe ejercer el voto en la asamblea de accionistas y que se debe entender por acto abusivo; 2) establece las consecuencias por ejercer el derecho al voto de manera abusiva; y, 3) señala las tres formas de ejercer de manera abusiva el derecho al voto.

En razón de la primera parte del artículo, el mismo tiene carácter imperativo al indicar que, todos los accionistas, al momento de ejercer su derecho al voto, lo deben hacer siempre en beneficio de la compañía, cuando no lo hacen de esta manera, como lo explica el doctor Oswaldo Santos Dávalos (2021), pueden incurrir en un posible abuso del derecho al voto. El mismo jurista explica que el acto abusivo no consiste en otra cosa más que lo que indica el artículo 36 del Código Civil:

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. (Código Civil, 2005)

El doctor Francisco Reyes Villamizar (2018) señala que, de manera general, el abuso del derecho al voto se trata del computo de aquellas decisiones tomadas en la asamblea general de accionistas que, a pesar de cumplir con todas las normas sustanciales como la convocatoria, el quorum, etc., llevan implícito un propósito que sobrepasa la finalidad del derecho de votar a favor o en contra de una posible decisión, este propósito es causar un perjuicio a la compañía o a otro accionista.

El abuso del derecho al voto tiene dos elementos: 1) elemento objetivo y 2) elemento subjetivo. El primero consiste en ejercer el voto de tal manera que perjudique de forma ilegítima a la sociedad mercantil o a otro accionista, a diferencia del abuso del derecho en general, en este caso los afectados únicamente pueden ser la compañía o los demás accionistas; y, el segundo en aquella voluntad de perjudicar a la compañía o a otro accionista, o obtener una ventaja injustificada para el titular del derecho al voto o para un tercero.

La misma ley identifica las conductas que pueden constituir abuso en el ejercicio de la prerrogativa del voto en la asamblea general de accionistas. Importante es tener presente el criterio que la Superintendencia de Sociedades colombiana, que viene a hacer las veces de Superintendencia de Compañías Valores y Seguros en ese país, puesto que realiza una crítica al artículo 43 de la Ley 1258, artículo que regula el abuso del derecho al voto en Colombia y que, como se indicó previamente, es una copia casi textual del artículo que regula esta figura en Ecuador, la crítica se encuentra en la obra del doctor Reyes y es la siguiente:

(...) la propia ley establece las conductas que pueden configurar abuso del derecho en los casos del ejercicio del derecho de voto por parte de un accionista, para lo cual parte de la consagración de un principio esencial que los accionistas habrán de observar al ejercer su derecho autónomo de voto, cual es el interés general de la compañía; por ende, cuando se vote una decisión particular que desconozca tal principio, podrá generarse el abuso del derecho que la norma regula. De todos modos, la norma enuncia unos presupuestos bajo los cuales se configuraría el ejercicio abusivo del derecho de voto como son: (i) El ejercicio con propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas; (ii) El ejercicio con el fin de obtener para sí o para un tercero, ventajas injustificadas y; (iii) El voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. (Reyes Villamizar, La Sociedad por Acciones Simplificada, 2018)

Si bien la citada crítica la da un órgano administrativo extranjero, y por lo tanto sin carácter vinculante alguno, considero que está en lo correcto; puesto que, define a la perfección los presupuestos por los cuales un accionista puede incurrir en el ejercicio abusivo del voto, en la legislación ecuatoriana únicamente se habla de los dos primeros, como lo son:

1) el ejercicio con el propósito de causar daño a la compañía o a un accionista; y, 2) el ejercicio con el fin de obtener una ventaja injustificada para sí o para un tercero. Otro punto que vale la pena mencionar de la presente cita, es el hecho que los accionistas deberán votar siempre con miras al interés de la compañía, y que de no hacerlo podría incurrir en abuso del derecho al voto.

Sea como sea, un problema que desde ya se puede percibir es la prueba de la intención de causar daño del accionista; puesto que, en este caso el mismo actúa, supuestamente, amparado por la norma, y al ser el perjudicado el encargado de probar el abuso, le será una tarea sumamente complicada el probar la intención.

En razón de la segunda parte del artículo, la citada norma indica las posibles sanciones a aplicar al accionista que ejerce de manera abusiva su derecho al voto, estas dos sanciones son: 1) responder por los daños que ocasione y 2) declaración de la nulidad de la decisión adoptada si el juez así lo considera.

En Ecuador no se ha presentado, hasta la fecha, una acción por ejercicio abusivo del derecho al voto en la asamblea de accionistas de una sociedad por acciones simplificadas; por lo que, la jurisprudencia es nula al tocar el tema de ejecución de estas sanciones, en especial la segunda ya que resulta del todo novedoso que el juez civil pueda declarar la nulidad de una decisión adoptada por una asamblea general de accionistas.

Si bien este punto se va a tratar más adelante, es importante tener presente la jurisprudencia dictada por la Superintendencia de Sociedades colombiana al respecto, digo jurisprudencia puesto que este órgano es juez societario en Colombia, que se encuentra en el libro del doctor Reyes, en la cual la entidad indica:

La ley (...) al consagrar el abuso del derecho en el ejercicio abusivo del derecho de voto en las asambleas generales de accionistas de las sociedades por acciones simplificadas, define no solo las conductas que pueden dar lugar al mismo, sino que también prevé la posibilidad de que con fundamento en la misma disposición legal, se pueda obtener tanto la indemnización por los perjuicios que ocasione el ejercicio abusivo del derecho de voto, como la nulidad absoluta del acto jurídico a través del cual se haya dado dicho ejercicio que en el caso objeto de la regulación lo sería la decisión de la asamblea adoptada por tal circunstancia. (Reyes Villamizar, La Sociedad por Acciones Simplificada, 2018)

En razón de la parte final del artículo, el mismo indica las clases de abuso del ejercicio del derecho de voto que se puede dar por parte de los accionistas, las mismas se pueden dar por: 1) mayoría; 2) minoría; y, 3) paridad.

En el caso de abuso de mayoría, según Yves Chaput, citado en la obra del profesor Reyes (2018) existe un ejercicio abusivo al derecho al voto por parte de la mayoría cuando la decisión tomada, en lugar de mirar hacia el interés social, se oriente a beneficiar únicamente a los accionistas mayoritarios.

En el caso de abuso de minorías se da, aunque en menor forma, cuando los accionistas que ostentan la menor parte del capital social, valiéndose de prerrogativas que la ley o los estatutos sociales de la compañía, se oponen de manera injustificada a la aprobación de determinaciones cruciales para el desenvolvimiento de la persona jurídica, con la intención de beneficiarse. El juez, a palabras de la Sala Comercial de la Corte de Casación francesa, citada en la obra del maestro Reyes:

(...) para declarar un abuso de minoría, el juez debe establecer en qué medida la conducta del minoritario ha sido contraria al interés general de la sociedad, hasta el punto de impedir la realización de una operación esencial para esta, con el único fin de satisfacer el interés propio en detrimento de los demás asociados en conjunto. (Reyes Villamizar, La Sociedad por Acciones Simplificada, 2018)

En el caso de abuso de paridad, el mismo se da cuando un accionista se vale de tener la misma cantidad de acciones que el o los accionistas restantes para aprovecharse y usarlas como sistema de bloqueo de los órganos sociales. Francisco Reyes Villamizar (2018) indica que, en este caso, la teoría que se utilizaría sería la misma que la del abuso de minorías; puesto que, la actuación contraria a derecho consistiría en abstenerse de tomar decisiones que beneficien a la compañía.

Tanto el abuso de mayoría, minoría y paridad se tratarán con mayor detenimiento en los siguientes puntos de la presente investigación.

3.2. Abuso de mayorías. –

Lorena Schneider (2017) indica que la mayoría es el mecanismo mediante el cual se adoptan las decisiones en una sociedad mercantil, consecuencia de un resultado obtenido mediante el sufragio de los accionistas sobre un punto en concreto. La ley otorga a la mayoría la prerrogativa de formar la voluntad social; puesto que, en teoría, esta interpreta el interés social.

Es importante tener presente que la mayoría no es un grupo determinado de accionistas que se mantienen en una posición permanente todo el tiempo, por el contrario, la mayoría se forma el momento de votar sobre un punto en concreto. Lo que si es importante saber es que la mayoría viene a ser, por regla general, el mecanismo de interpretación de la voluntad de la sociedad.

De igual forma vale la pena mencionar que, la mayoría tampoco viene a contarse por la cantidad de accionistas, sino por la cantidad de acciones sobre el capital social que estos posean, puede llegar el caso que, en una SAS de cinco accionistas, cuatro de los accionistas ostenten 10% del capital social cada uno, es decir, 40% en total, y el quinto accionista posee el 60% del capital social, el quinto accionista siempre será mayoría el momento de tomar decisiones en la asamblea general de accionistas.

Volviendo al tema de interpretación del interés social de la compañía, el ordenamiento jurídico se inclina por la mayoría; sin embargo, esto no es siempre definitivo, puesto que puede haber un interés extra social que en nada busque beneficiar a la compañía. Al respecto, Vergara, citado en la obra de la doctora Schneider indica que:

La valoración primaria es, entonces, objetiva y obedece a la imposibilidad de poder fijar *a priori*, y de manera absoluta e inamovible, lo que es más conveniente para la sociedad. Ante el dilema de tener que nombrar un intérprete de la voluntad social, la ley se inclina por la mayoría, pero esta identificación del interés de mayoría con el interés social no es definitiva, por cuanto, comprobado un interés extrasocial de la mayoría, cesa la justificación de su nombramiento

arbitrum bani viri e inmediatamente asume la minoría el rol de intérprete de los intereses sociales. (Schneider, 2017)

De lo expuesto en líneas anteriores, se puede llegar a la conclusión que el capital social que posee cada accionista viene a ser una especie de poder político que le atribuye la facultad de formar, en mayor o menor medida, el interés social de la compañía.

Tal y como sucede en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los ordenamientos jurídicos europeos también cuentan con el principio de mayoría de capitales para la toma de decisiones en la asamblea general de accionistas de sus diferentes compañías. Al respecto, la doctora Schneider (2017) expone que la LSA española, la AKTG alemana y demás sociedades que pertenecen al continente europeo, utilizan el método de mayorías para conformar la voluntad social de la persona jurídica.

Ahora, una de las cuestiones que más preocupa al derecho societario contemporáneo es la protección de la parte más débil del contrato social; es decir, la parte minoritaria que resulta ser la más propensa a sufrir abusos por parte de la mayoría accionaria.

Para poder brindar esa protección, es necesario hablar del principio mayoritario, que indica que la parte mayoritaria es la encargada de velar por la interpretación de la voluntad de la sociedad, impone como límite a las estipulaciones que se impusieron en el contrato de sociedad, si es que el mayoritario tiene otros intereses ilegítimos que vayan en contra de estos límites, este deja de ser el intérprete de la voluntad social de la compañía.

Este principio, según Vergara (2011), nace de la mano de Von Gierke, quien, con su teoría de la persona jurídica, advierte que puede existir un interés diferente entre la sociedad

y uno de los miembros que la componen; por lo que, se encomienda el rol de interpretación de la voluntad a la parte mayoritaria, así el mencionado principio, encuentra su rango de aplicación en el derecho privado, y se manifiesta en la formación de acuerdos.

Este principio trata pues de una superación a las reglas de unanimidad, Girón Tena, citado en la obra de Vergara (2011), expone que el principio conlleva una razón técnica de ser, puesto que, muchas de las veces, es difícil que todos estén de acuerdo con una decisión, lo que hace es subordinar a los accionistas a una decisión de la mayoría, mirando siempre el interés social.

Sin embargo, cuando la parte mayoritaria se aleja de precautelar los intereses de la compañía y se preocupa por sus propios intereses, deja de ser la parte encargada de interpretar la voluntad de la compañía y pasan a ser las minorías las encargadas de esta tarea.

Al respecto, el jurista Alcalde Rodríguez, citado en la obra de Schneider, indica que:

(...) mediante el contrato de sociedad se establece una comunidad de intereses sometidos a la regulación propia que impone la ejecución por cierto período, de una actividad mediante la cual, han de satisfacerse los fines para los cuales, el contrato social ha sido celebrado, y que a su vez, de no tener lugar, impondrían la disolución por imposibilidad de consecución del objeto social.

En este sentido, cuando uno o la mayoría de los socios persiguen intereses extraños a esa comunidad, la voluntad de quienes se inspiran en los intereses sociales debe ser prevaleciente, porque tiende al cumplimiento del estatuto aceptado por todos, que delimita la actividad social. De este modo, una minoría,

aun ínfima, se convierte en la *melior pars*, cuando reclama la observancia del contrato y demanda su ejecución. Eso significa, por ejemplo, que la mayoría no podría imponer a los socios disidentes una decisión inspirada en fines altruistas, salvo que ello estuviere previsto en el contrato social o fuere compatible con su giro o objeto. (Schneider, 2017)

Para Fisher, citado en la obra de Antonio Brunetti (1969), el hecho de que el interés de las minorías empate con el interés de la sociedad viene a ser el pilar fundamental del sistema proteccionista, los derechos de las minorías son aquellos que ponen límites a las mayorías de hacer un uso indebido o desleal, de sus derechos en perjuicio de la sociedad, por lo que la protección de las minorías vendría a ser la protección de la compañía misma.

Por su parte Garrigues, citado en la obra de Carlos Vergara (2011) coincide con Fisher al considerar que la limitación al poder de mayorías es la base del sistema proteccionista, es el conflicto que se da cuando chocan el interés de la sociedad y el interés extra social de los accionistas mayoritarios lo que da nacimiento a la protección de los intereses de las minorías.

Varios son los casos en los cuales se puede dar un abuso de mayorías en una sociedad mercantil, y cada uno debe ser observado de manera independiente de los otros; puesto que, cada caso tendrá sus particularidades que podrán llevar a la conclusión de si se que las mayorías está ejerciendo su derecho al voto de manera abusiva o no.

Sin perjuicio de lo manifestado, existen ciertos supuestos que son más comunes que los otros y que se puede dilucidar de manera más clara que la mayoría esta abusando de su derecho al voto en la asamblea general de accionistas. Tal es el caso del aumento abusivo de capital.

Horacio Roitman define al aumento de capital de la siguiente manera: “El aumento de capital es el acto social por medio del cual una asamblea decide fijar en una suma mayor el capital que con anterioridad exteriorizaba el estatuto” (Roitman, 2006)

Como es sabido, el capital social de una sociedad mercantil tiene dos funciones: limita la responsabilidad de los accionistas hasta el monto de sus aportaciones; y, sirve de garantía para las personas naturales y jurídicas que contraten con la compañía.

Se puede dar el caso que la mayoría aumente de manera abusiva el capital de la compañía con la intención de mermar el porcentaje de capital social que les corresponde a los minoritarios en los casos en los que se encuentren imposibilitados de suscribir nuevas acciones.

La Ley de Compañías es clara el momento que se de un aumento de capital, los accionistas tienen derecho de preferencia; al respecto, el artículo innumerado 317.23 manda lo siguiente:

Cuando el aumento de capital se realizare en numerario o por compensación de créditos, los accionistas de las sociedades por acciones simplificadas tendrán derecho de suscripción preferente. No obstante, aquel derecho, a diferencia de la regulación de las sociedades anónimas, es relativo. En consecuencia, si la sociedad acordare un aumento de capital, los accionistas tendrán derecho de preferencia en ese aumento, en proporción a sus acciones, si es que en el documento constitutivo no se conviniere lo contrario. De no contemplarse disposición alguna al respecto en el documento constitutivo, los

accionistas gozarán del derecho de suscripción preferente, salvo resolución en contrario adoptada por decisión unánime del capital social.

El plazo para ejercer el derecho de preferencia será el acordado en el documento constitutivo; de no haberlo, será de treinta días desde la publicación del respectivo acuerdo de la junta general. (Ley de Compañías, 1999)

Por su parte, el artículo 15 del Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas SAS, en su parte pertinente establece:

Si se acordare el aumento de capital, los accionistas tendrán derecho de preferencia para suscribirlo en proporción a sus acciones, a no ser que conste lo contrario del estatuto social o haya resolución en contrario adoptada por decisión unánime del capital social.

Salvo disposición estatutaria o resolución de la asamblea de accionistas en contrario, como ya quedó dicho, cuando el aumento de capital se efectuare mediante aportaciones en numerario o por compensación de créditos, todos los accionistas de la sociedad por acciones simplificadas, con el fin de mantener su porcentaje de aportación accionarial y evitar una dilución de su participación, tendrán la posibilidad, en ejercicio de su derecho de suscripción preferente, de participar en el aumento de capital y suscribir nuevas acciones, a prorrata de las que tuvieran. (...) (Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.), 2020)

Si bien pareciera que el ordenamiento jurídico protege a los accionistas de sufrir perjuicios por aumentos de capital maliciosos, se puede dar el caso que, los mayoritarios sepan que uno o varios accionistas minoritarios están atravesando por una situación que les impide desembolsar el valor necesario para la suscripción de nuevas acciones y ven a esto como una oportunidad perfecta para quitarles protagonismo a los minoritarios en la toma de decisiones.

Al respecto, Lorena Schneider indica:

El mecanismo abusivo, hacedor – justamente – de la situación de desequilibrio, se produce cuando la parte mayoritaria conoce previamente que el socio minoritario no podrá desembolsar la cantidad de dinero que le permita suscribir las nuevas acciones, con lo que – producido el aumento de capital social – se ocasionará automáticamente la licuación o dilución de aquel porcentaje de participación, con la inexorable consecuencia de verse aumentado aún más el porcentaje de tenencias accionarias en manos de la masa mayoritaria. (Schneider, 2017).

No hay que confundir que por el hecho de que un accionista mayoritario vote por aumentar el capital de la compañía y que el minoritario no tenga recursos suficientes para suscribir más acciones se va a producir un abuso al ejercicio del derecho al voto; por el contrario, se puede dar el caso que en verdad ese aumento de capital sea necesario para el bienestar de la persona jurídica, el abuso se diera si es que el mayoritario vota por el aumento con la finalidad de causar un perjuicio al minoritario, en el caso en específico, que el porcentaje del capital social que el segundo posee sea diezmando.

Un segundo supuesto que se puede llegar a dar es cuando el accionista mayoritario es uno de los administradores de la sociedad y, valiéndose de su calidad de accionista mayoritario, fija una remuneración excesiva por ostentar ese puesto dentro de la sociedad.

El innumerado artículo 317.37 de la Ley de Compañías, en su parte pertinente establece:

(...) Las resoluciones se adoptarán con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen, cuando menos, la mitad más uno de las acciones con derecho a voto, presentes en la respectiva reunión, salvo que en los estatutos se prevea una mayoría superior para algunas o todas las acciones. (...) (Ley de Compañías, 1999)

Tal y como se puede leer en el artículo las decisiones, salvo estipulación estatutaria en contrario, que se tomen en la asamblea general de accionistas necesitan mayoría simple para ser adoptadas. ¿Qué imposibilita al accionista mayoritario que además es el gerente de la compañía en establecer una remuneración excesiva por su labor como administrador de la sociedad?

Este ejemplo se encasilla perfectamente con el innumerado artículo 317.33 de la Ley de Compañías referente al abuso del derecho al voto cuando se busca un beneficio propio, el artículo en su parte pertinente indica:

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 si o para un tercero, una ventaja injustificada. (...) (Ley de Compañías, 1999)

Estos son solo algunos ejemplos en los cuales se puede dar un abuso del derecho al voto por parte de los accionistas mayoritarios; sin embargo, como lo he indicado anteriormente, cada caso tiene sus particularidades propias y lo que, en un principio, podría parecer una acción con la finalidad de perjudicar a la compañía o a un accionista, o obtener una ventaja injustificada, puede ser un acto completamente legítimo con miras al beneficio de la compañía; por lo que, es una figura que se debe utilizar con sumo cuidado.

3.3. Abuso de minorías y paridad. –

3.3.1. Abuso de minorías. –

Una vez que se ha analizado el abuso de mayorías, corresponde analizar el abuso de minorías en la asamblea general de accionistas de la SAS. Si bien las mayorías siempre han sido las que han dominado en la toma de decisiones de una sociedad mercantil ¿Cómo puede ser posible que los accionistas minoritarios puedan abusar de su derecho al voto?

El doctor Francisco Reyes Villamizar responde esta interrogante al indicar que:

El abuso de minoría puede ocurrir cuando los accionistas minoritarios se oponen injustificadamente a la aprobación de determinaciones cruciales para la marcha de la sociedad, con el único propósito de favorecer sus propios intereses. En palabras de la Sala Comercial de la Corte de Casación Francesa, “para declarar un abuso de minoría, el juez debe establecer en qué medida la conducta del minoritario ha sido contraria al interés general de la sociedad, hasta el punto

de impedir la realización de una operación esencial para esta, con el único fin de satisfacer el interés propio en detrimento de los demás asociados en conjunto” (Sent. Del 15 de julio de 1992) (Reyes Villamizar, La Sociedad por Acciones Simplificada, 2018).

Vale pues conceptualizar a las minorías, Schmidt, citado en la obra de Carlos Vergara, indica que: “la minoría es la masa de accionistas concurrentes ligados por el acuerdo de la mayoría, pero no adheridos a él” (Vergara, 2011)

Por su parte De Solá Cañizares, citado en la misma obra de Vergara, define a las minorías de la siguiente manera: “la minoría es el accionariado que se encuentra en una situación de hecho, que es tan solo un punto de vista numérico y pecuniario inferior al conjunto de títulos que representan, en cierto momento, el control de la sociedad” (Vergara, 2011)

Es decir, no porque un accionista tenga un porcentaje pequeño del capital social de la compañía significa que es parte de la minoría, la misma se define el momento de tomar las decisiones, mediante el ejercicio del voto, en la asamblea general de accionistas. A manera de ejemplo se puede decir que el accionista X tiene el 80% del capital social de la SAS, Y el 15%, y Z apenas el 5%, X propone designar a W como gerente general de la compañía, Y vota en contra y Z a favor, a pesar de que, Y tiene un porcentaje mayor que Z en el capital social de la compañía, Z, conjuntamente con X, pasan a formar parte de la mayoría; puesto que, en conjunto ostentan el 85% del capital social de la SAS y Y viene a ser la parte minoritaria con apenas el 15%.

De igual forma, se puede dar el caso que, en una SAS de tres accionistas, el accionista A tiene el 40% del capital social de la compañía y el accionista b y c tienen el 30% cada uno, si bien A tiene un mayor porcentaje que b y c individualmente, b y c pueden unirse el momento de tomar una decisión, pasan a tener el 60% entre ambos y A pasa a ser minoritario con el 40%.

La gran mayoría de casos en los que se puede dar un abuso de minorías, si es que no son todos, se dan cuando las minorías se convierten en un órgano de bloqueo de las decisiones que se buscan tomar en la asamblea general de accionistas de la sociedad por acciones simplificadas, resulta complicado, mas no imposible, que estos abusos generen un beneficio a los accionistas minoritarios; puesto que, evitan que se tomen decisiones, por lo que considero que, en la mayoría de casos, lo que se busca con el abuso de esta clase es causar un perjuicio a un accionista o a la compañía misma mas no obtener un beneficio para si o una tercera persona.

El doctor Oswaldo Santos Dávalos trae un ejemplo que considero explica a la perfección el abuso del derecho al voto por parte de las minorías, el mismo se trata de la enajenación de activos de la compañía a favor de un accionista, en este caso mayoritario. Al respecto, el artículo 261 de la Ley de Compañías, en su parte pertinente indica lo siguiente:

(...) La enajenación o gravamen de los activos sociales en favor de un accionista, fuere directa o indirectamente, se regirá al procedimiento previsto en este literal. Para tales efectos, se aplicarán sobre los accionistas los supuestos de la presunción de negociación o contratación indirecta de los administradores, previstos en este artículo. Salvo que se tratare de sociedades unipersonales, el

accionista directa o indirectamente interesado no podrá participar en la votación. Por tratar este asunto, los accionistas que no tuvieran prohibición de votar constituirán el cien por ciento del capital social habilitado para tomar la decisión.

La enajenación o gravamen de los activos sociales que, directa o indirectamente, fuere realizada en favor del administrador o del accionista en contravención del procedimiento previsto en este literal, adolecerá de nulidad relativa. (Ley de Compañías, 1999)

Al respecto, el doctor Santos (2021) explica que la ley permite esta clase de transacciones porque las mismas pueden ser beneficiosas para todas las partes vinculadas, sea en este caso la compañía y los accionistas, el posible abuso de minorías que se podría dar se presentaría cuando el accionista interesado en adquirir el activo de la compañía sea un accionista mayoritario; puesto que, el mismo se encontraría imposibilitado de votar y la transacción quedaría en manos de los accionistas minoritarios, quienes, con el fin de causar un perjuicio a este accionista o a la compañía misma, podría decidir en contra de la enajenación de el mencionado activo.

Un segundo ejemplo que se puede dar en el abuso de minorías es en el quorum de decisión de la asamblea general de accionistas, el cual se puede dar por la flexibilidad que la ley le da a la sociedad por acciones simplificada. Al respecto, como ya se mencionó anteriormente, el innumerado artículo 317.37 de la Ley de Compañías (1999) indica que le quórum para tomar decisiones debe ser por lo menos con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen por lo menos la mitad más uno de las acciones que tengan

derecho al voto, presentes en la reunión, con la excepción que por estatuto se haya fijado una mayoría decisoria superior.

Al respecto, se puede dar el caso que los estatutos prevean que la mayoría tiene que ser calificada; es decir, las tres cuartas partes de los votos de todos los accionistas, y que en una SAS de dos accionistas el primero de ellos ostente el 51% del total de las acciones con derecho al voto y el segundo el 49%; el segundo, a pesar de ser minoría, puede bloquear todas las propuestas que el primero tenga para beneficio de la compañía con la intención de perjudicar a este o a la sociedad mercantil.

3.3.2. Abuso de paridad. –

La tercera clase de abuso del derecho al voto que se puede presentar es el abuso de paridad; es decir, cuando ambos grupos accionarios, contrapuestos entre ellos, ostentan el 50% de las acciones con derecho al voto cada uno. Al igual que en el caso del abuso de minorías, el un grupo de accionistas bloquea las decisiones que puede tomar el otro grupo.

Al respecto, el doctor Reyes Villamizar indica lo siguiente:

Otra modalidad de abuso del derecho en el contexto societario puede darse cuando se aprovecha indebidamente la situación de bloqueo de los órganos sociales, que ocurre cuando el capital se encuentra dividido de modo paritario entre dos fracciones de asociados (abus de égalité). En estos casos, es evidente que la falta de colaboración de uno de los bloques da lugar al mantenimiento indefinido del statu quo. La teoría aplicable en este caso es la misma del abuso de minoría, debido a que la conducta reprochable consiste en abstenerse de

otorgar su concurso para la adopción de determinaciones indispensables para la marcha de la sociedad: “La Corte de Casación francesa ha señalado con firmeza la existencia de un abuso de paridad en el caso de una sociedad de dos personas, en la que uno de los asociados se oponía a la utilización de las utilidades para la constitución de reservas, aunque pareciera razonable que un asociado solicitara la distribución de utilidades disponibles, por corresponder al fin mismo del contrato de sociedad” (Reyes Villamizar, La Sociedad por Acciones Simplificada, 2018)

Posiblemente sea uno de los casos más comunes que se puede llegar a ver, y más difíciles de resolver; puesto que, ambos grupos se encuentran en igualdad de armas. La doctora Schneider (2017) indica que esta situación exige que los accionistas deben actuar de buena fe de manera general y aplicar el deber de fidelidad de manera específica; aparece así, un deber de fidelidad horizontal con los demás accionistas y vertical con la sociedad mercantil.

Los accionistas, al encontrarse en esta situación deben preocuparse por el interés social de la compañía, sin que esto signifique que no puedan ejercer sus derechos. Al respecto, Lorena Schneider indica lo siguiente:

(...) el interés social se configura como el elemento central del derecho de sociedades, que si bien ha de inspirar la actuación de los administradores sociales, bajo los deberes de diligencia y lealtad, también – aun cuando con menor intensidad – exige un deber de fidelidad a los socios en la conformación de la voluntad común. No se quiere decir con ello que la decisión del socio adopte

un carácter “reglado”, y que no pueda por ello ejercitar los derechos subjetivos que tenga atribuidos de manera discrecional. Únicamente se significa que el ejercicio de tales derechos en su propio interés, cuando tenga incidencia en la conformación de la voluntad social desde sus órganos, no se puede contraponer al interés de la sociedad, como persona jurídica, sin atentar contra la propia personalidad de la sociedad. En la estructura del derecho de sociedades, por tanto, desde una primera visión contractual, la *causa societatis* opera como límite a la actuación discrecional de los grupos de poder sobre los órganos sociales. Luego, la inicial *causa societatis* se transforma, desde un segundo prisma institucional, en la *affectio societatis*, que se manifiesta en el interés social, como “brújula” de la fidelidad exigible a tales socios durante la vida de la sociedad. (Schneider, 2017).

El ejemplo más claro que se puede dar es el de una sociedad por acciones simplificadas que tiene dos accionistas, ambos con el 50% del capital social de la compañía, y que el uno vote en contra de las propuestas que haga el otro en la asamblea general de accionistas y viceversa. Esto puede llegar a ser más perjudicial de lo que se piensa; puesto que, al igual que los bloqueos que se pueden suscitar en el abuso de minorías, la imposibilidad de tomar decisiones para el desarrollo de la persona jurídica imposibilitaría el cumplimiento de su objeto social y tendría como consecuencia la disolución de la SAS por decisión de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, de conformidad con el innumerado artículo 317.60, el cual, en su parte pertinente establece:

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, o su delegado, podrá, de oficio, declarar disuelta una sociedad por acciones simplificada cuando:

1. Exista imposibilidad manifiesta de cumplir el objeto social para el cual se constituyo, en caso de haberlo previsto en su estatuto o cuando se vea impedida, en forma definitiva, por circunstancias fácticas o jurídicas, de realizar cualquier actividad operacional. (...) (Ley de Compañías, 1999)

3.4. Indemnización por daños y nulidad del acta suscrita en la asamblea general de accionistas. –

Una vez que se ha analizado las tres posibles clases de abusos del derecho al voto, es menester hablar sobre las sanciones para el accionista que ejerza de manera abusiva su derecho al sufragio en la asamblea general de accionistas de la SAS. Al respecto, el innumerado artículo 317.73 de la Ley de compañías, en su parte pertinente, establece:

(...) 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 mayorías, de minorías o de paridad. (Ley de Compañías, 1999)

De la lectura del artículo se puede observar que hay dos sanciones para el accionista infractor: la primera la indemnización por los daños y perjuicios y la segunda una posible

nulidad de la decisión adoptada en el seno de la asamblea de la SAS; sin embargo, surgen ciertas interrogantes como, por ejemplo: ¿la responsabilidad del accionista que abusa de su derecho es contractual o extracontractual?; ¿se debe resarcir a los accionistas o a la compañía?; o ¿la nulidad que posiblemente declare el juez es absoluta o relativa?

Tales interrogantes deberían ser resueltas en el Reglamento de las sociedades por acciones simplificadas SAS expedido por la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, el mismo, en su artículo 57 indica:

De acuerdo con la ley, 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, minoría o de paridad. (Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.), 2020).

De la lectura del artículo del supuesto reglamento para la aplicación de los preceptos de la SAS, se llega a la conclusión que el mismo no aporta absolutamente en nada en lo que abuso del derecho de voto se refiere, pudiendo subsanar los vacíos de aplicación que la ley deja, decidieron únicamente transcribir de manera textual lo que dice la Ley de Compañías.

3.4.1. Indemnización por daños. –

El doctor Oswaldo Santos Dávalos (2021) indica que la responsabilidad civil en la que incurriría el accionista que abuse de su derecho al voto parece ser contractual, sin dar mayor explicación al tema, asumo que lo indica porque la creación de una sociedad por acciones simplificada empieza con un contrato de sociedad; sin embargo, yo personalmente, considero que la clase de responsabilidad dependerá de quien sea el perjudicado con el ejercicio abusivo del derecho, en el evento de que sea otro accionista, la responsabilidad será extracontractual ya que la relación del contrato de sociedad es entre el accionista y la compañía per sé y no entre accionistas, de modo que nada podría exigir el accionista perjudicado basándose en las estipulaciones del contrato de sociedad, por lo que correspondería a la compañía hacerlo.

Para dar fuerza a este argumento, debo citar al doctor César Dávila Torres quien indica lo siguiente:

Según nuestro Código Civil, contrato es *“el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa”* (Art. 1454). Dicho de otro modo: se lo entiende como un negocio bipartito que produce obligaciones; y, por ello, constituye ley para los contratantes (Art. 1551)

Empero, cuando se pretende encuadrar en esta definición al contrato social, éste resulta irreductible. Veamos las causas que producen tan extraña resistencia. La primera, la naturaleza de las obligaciones. En efecto, entre los fundadores no se establece ningún vínculo; las obligaciones ligan a cada uno de ellos, por separado, con la compañía – persona jurídica que se organiza y que

nacerá efectivamente cuando se inscriba el contrato (...). A las asunciones de estas obligaciones se las llama suscripciones. Y pueden ser disímiles, puesto que admiten variaciones en la cuantía, en la prestación o aporte y en el plazo fijado para lo insoluto. Tan cierta aparece la autonomía de cada suscripción, que es necesario reconocer, de inmediato, que el contrato de compañía rompe el marco del negocio simplemente bipartido y admite tantas partes como socios o accionistas intervienen en la fundación. Se trata, pues, de un acto plurilateral. (Dávila Torres, 2011)

En el evento que la perjudicada sea la compañía, considero, que la responsabilidad civil va a ser contractual; puesto que, las obligaciones que tiene un accionista para con esta si nacen de un contrato, incluso se podría entender al abuso del derecho al voto como un elemento de la naturaleza del contrato de sociedad. Sin embargo, hasta la fecha, no ha habido un caso de estos en el país por lo que todo lo indicado es relativo.

El legitimado activo, al momento de la riña judicial, sería el afectado por el voto abusivo; es decir, puede ser otro accionista o la compañía representada por su administrador. En el primer caso, parece no haber ningún problema, en el segundo caso cambian las cosas, ¿qué pasa si el accionista que ejerce su derecho al voto de manera abusiva es el administrador de la compañía?

Al respecto, el artículo 262.1 de la Ley de Compañías, en su parte pertinente establece:

Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la compañía.

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: (...)

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la compañía.

La infracción del deber de lealtad, resuelto en sede judicial, determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social en caso de haberlo, sino también la de devolver a la compañía el enriquecimiento injustificado obtenido por el administrador, cuando correspondiere. (Ley de Compañías, 1999)

Si bien la norma obliga al administrador a ejercer su deber de lealtad, en la práctica el tema no resulta ser tan sencillo, considero que la norma carece de eficacia, puesto que es común en Ecuador que un administrador sea accionista de una compañía, generalmente el accionista mayoritario, y si el mismo abusa de su derecho, resultaría complicado que admita que está fallando a su deber de lealtad y que deje su puesto para que se inicien acciones legales en contra del mismo a nombre de la compañía, en el caso de que se busque que se declare la vulneración de la obligación de lealtad del administrador en sede judicial, el juicio sería extremadamente largo, solo para una vez resuelto, iniciar un nuevo juicio sobre abuso del derecho al voto, que al igual que en el primer caso es un juicio de conocimiento que podría tomar años en resolverse.

El sujeto pasivo siempre será el accionista que abuso de su derecho al voto, al respecto, los colombianos John Pardo Quiroga y Pedro Alarcón Novoa (2019) indican que el derecho al voto es un derecho personalísimo y que por ende únicamente lo puede ejercer

un accionista, en ningún caso se podría buscar que la compañía sea la encargada de indemnizar al accionista perjudicado por culpa del derecho ejercido abusivamente.

3.4.2. Nulidad del acta suscrita en la asamblea general de accionistas. –

El innumerado artículo 317.73 de la Ley de Compañías, como ya se estableció anteriormente, en su parte pertinente establece: “(...) 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. (...)” (Ley de Compañías, 1999). La norma prevé una posible declaratoria de nulidad de la determinación adoptada por la asamblea general de accionistas de la SAS; sin embargo, ¿se trata de una nulidad absoluta o relativa?

Manuel Ossorio define a la nulidad de la siguiente manera:

Es la ineficacia en un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma, o, como dicen otros autores, vicio de que adolece un acto jurídico si se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido, por lo cual la nulidad se considera ínsita en el mismo acto, sin necesidad de que se haya declarado o juzgado. Se entiende que la nulidad es siempre de pleno derecho, porque no necesita ser reclamada por parte interesada; inversamente a lo que sucede con la anulabilidad de los actos jurídicos, que se reputan válidos mientras no sea anulados, y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que así los declare. Y puede la nulidad ser

completa, cuando afecta a la totalidad del acto, o parcial, si la disposición nula no afecta a otras disposiciones válidas, cuando son separables. (Ossorio, 2008)

En general, se puede entender a la nulidad como aquella máxima sanción que la ley prevé y que tiene como consecuencia que las cosas regresen a su estado anterior.

Fausto López Almeida (2019) indica que la nulidad de los actos jurídicos se da cuando la ley la declara y por personas que son declaradas inhábiles para efectuar dichos actos jurídicos, sean estos incapaces absolutos como relativos, y, en algunos casos, cuando se requiere autorización del juez para su validez o que se emita mediante una sentencia judicial ejecutoriada.

El artículo 1697 del Código Civil establece que: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requerimientos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.” (Código Civil, 1984).

Es decir, al tenor del artículo 1697 del Código Civil, existen dos clases de nulidades, absoluta y relativa.

La nulidad absoluta, según lo indica López Almeida (2019), es la nulidad total del acto jurídico, el cual se esperaba que observe todos los efectos legales por los cuales nació este; pero que, por contener vicios o no cumplir con todas las formalidades que la ley determina para el acto, no tiene valor alguno, salvo la nulidad misma.

El artículo 1698 del Código Civil prevé las situaciones en las cuales la nulidad es absoluta:

La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquier otra especie de vicio produce la nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato. (Código Civil, 2005)

De la lectura del artículo, se colige que la nulidad absoluta se puede dar por varias situaciones: 1. objeto ilícito; 2. causa ilícita; 3. omisión de formalidades propias del acto o contrato; y, 4. contratar con incapaces absolutos. Para los demás casos, la nulidad siempre va a ser relativa. Para la presente investigación importan los dos primeros casos.

En el primer caso del objeto ilícito, el Código Civil, en su artículo 1482 establece:

Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juegos de azar, en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas, estatuas, telecomunicaciones, audiovisuales obscenos, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de opinión y expresión; y generalmente, en todo contrato prohibido por la ley. (Código Civil, 2005)

En relación con el análisis efectuado por el doctor Oswaldo Santos Dávalos (2021) existe objeto ilícito en todo negocio jurídico que prohíbe la ley.

En el segundo caso de la causa ilícita, el artículo 1483 del Código Civil expresa la causa ilícita de la siguiente manera:

No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda no existente, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita (Código Civil, 2005)

En el tercer caso por la falta o omisión de formalidades, se da cuando la ley prevé una formalidad para dar validez a un acto o contrato y su ejecutor no lo realiza, tal es el caso de la insinuación notarial previa a la donación o los testigos y lectura del testamento por parte del notario.

En el cuarto caso referente a la imposibilidad de contratar con incapaces absolutos, el artículo 1463 del Código Civil, en su parte pertinente, establece: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lenguaje de señas” (Código Civil, 2005)

La nulidad relativa por su parte, según lo indica López Almeida (2019), se aplica generalmente a los actos jurídicos cuando existe algún vicio del consentimiento por parte de

los contratantes o cuando se contrata con un incapaz relativo. Esta nulidad debe ser alegada por la persona que se siente perjudicada y no puede ser declarada de oficio.

El artículo 1700 del Código Civil indica que:

La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse por el ministerio público en solo interés de la ley; ni puede alegarse sino en aquellos en cuyo beneficio le han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes. (...) (Código Civil, 2005)

En ambos casos, nulidad absoluta y relativa, la sanción es que las cosas regresen al estado anterior, tal y como lo indica el artículo 1754 del Código Civil: “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (...)” (Código Civil, 2005)

Al respecto, el doctor Oswaldo Santos Dávalos (2021) indica que, para la gran mayoría, la nulidad a la que se refiere el artículo referente al abuso del derecho al voto es la nulidad absoluta, al respecto, establece que la acción se puede ubicar en el objeto ilícito o en la causa ilícita. En el caso del objeto ilícito, refiere a que existe objeto ilícito cuando el negocio jurídico es prohibido por la ley, en el presente caso la ley prohíbe el abuso del derecho al voto y lo encasilla en la causa ilícita por el motivo que lleva al accionista a abusar de su derecho al voto que es causar un perjuicio a la compañía o a otro accionista.

Personalmente considero que la nulidad es absoluta y que la misma se podría encasillar tanto dentro del objeto ilícito como en la causa ilícita ya que es una actuación que está prohibida por la ley y porque el accionista que ejerce su derecho al voto de manera abusiva lo que busca es causar un perjuicio a la compañía u otro accionista o obtener un beneficio injustificado para si mismo o para un tercero.

Además, hay que tener presente que el artículo 9 del Código Civil indica que: “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso contravención” (Código Civil, 2005) y la ley se refiere a la nulidad relativa generalmente como rescisión.

De igual manera, considero que la nulidad únicamente podrá ser declarada cuando existan abusos de mayoría; esto porque, los abusos de paridades y minorías se dan como órgano de bloqueo a las decisiones de las mayorías, si en verdad no se ha tomado ninguna decisión y la sanción de la nulidad es regresar las cosas al estado anterior ¿cómo lo hago si las cosas siguen en el mismo estado previo a la votación en la asamblea general de accionistas?

Otro punto que destacar es el momento en el que el juez debe considerar necesaria la aplicación de la nulidad absoluta, el innumerado artículo 317.73, en su parte pertinente establece: “(...) 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. (...) (Ley de Compañías, 1999)

Es decir, el artículo faculta al juez a declarar la nulidad o no; sin embargo, el artículo 1699 del Código Civil establece:

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; y no puede sanearse por ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años. (Ley de Compañías, 1999)

Si se parte del hecho que la nulidad del artículo del abuso del derecho al voto es la nulidad absoluta y de la lectura el citado artículo se colige que el juez en todos los casos la nulidad absoluta debe ser declarada por el juez cuando aparece de manifiesto; es decir, el juez no puede sino debe declarar la nulidad absoluta.

3.5. Cláusulas estatutarias que podrían incluirse para evitar el abuso del derecho al voto. –

Dentro del análisis realizado a la figura del abuso del derecho al voto, se puede aseverar que es un tema que se presenta con sus particularidades en cada caso en concreto, el mismo no ha sido discutido en el Ecuador y se debe desarrollar, ni siquiera el abuso del derecho en general ha sido tratado de manera profunda, y es un tema netamente probatorio, en donde se debe verificar el acto abusivo pero además demostrar la intención del accionista de causar daño a un tercero o a la compañía o obtener un beneficio injustificado para si o para una tercera persona.

Es por eso que resulta complicado establecer cláusulas en los estatutos sociales de la sociedad por acciones simplificadas para evitar que se presente este ilícito, la norma se encuentra en abstracto para poder abarcar la mayor cantidad de casos posibles ya que instaurar una cláusula estatutaria para cada caso en concreto podría resultar contraproducente por la subjetividad de los casos que se pueden llegar a presentar en la práctica.

Desde ya advierto que, a mi parecer, esta figura es de difícil aplicación por dos temas en concreto, por un lado, que es una figura netamente probatoria, y resulta sumamente difícil probar que un accionista actúa con la intención de causar daño a la compañía o demás accionistas, o que busque un beneficio injustificado para sí o para un tercero; y, por otro lado, el procedimiento en el cual se debe conocer en este tipo de causas.

Y es que como se indicó anteriormente, la sociedad por acciones simplificadas ecuatoriana es una copia casi textual de la Ley Modelo sobre la Sociedad por Acciones Simplificada de la OEA, la cual, en su artículo 42 regula el abuso del derecho al voto:

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, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para otros accionistas. Quien abuse 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 perjuicios y la de nulidad de la determinación respectiva podrá ejercerse en los siguientes casos:

- 1) Abuso de mayoría,
- 2) Abuso de minoría, y
- 3) Abuso de paridad (Ley Modelo sobre la Sociedad por Acciones Simplificada, 2017)

Esta norma a su vez es inspirada en el artículo 43 de la Ley 1258 de Colombia, el cual establece:

Los accionistas deberán ejercer el derecho del 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 ventajas injustificadas, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio de la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por ilicitud del objeto.

La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el procedimiento verbal sumario. (Ley número 1258, 2008)

Al respecto, en el primer caso, como en Ecuador, se indica que el juez será el competente para conocer el abuso del derecho al voto, en el segundo caso, los colombianos cuentan con jueces especializados en el tema societario, ya que, la misma Superintendencia de Sociedades cuentan con esa prerrogativa, además de tener un trámite verbal sumario para estos casos.

En la realidad ecuatoriana la cosa es distinta, no se cuenta con un juez especializado en materia societaria; por lo que, el juez competente es el juez civil y el trámite que se debe seguir es el procedimiento ordinario; ya que, el artículo 289 del Código Orgánico General de Procesos establece: “Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación” (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

La ley, al no indicar otro procedimiento en el cual se pueda tramitar el ejercicio abusivo del abuso del derecho de voto, se entiende que se lo debe hacer en procedimiento ordinario, es decir se debe tramitar en un proceso de conocimiento, que cuenta con dos audiencias, susceptible de recurso de apelación y recurso extraordinario de casación, hasta que se resuelva todo posiblemente la compañía ya haya sido liquidada o ya el daño sea irreversible por la antigüedad de la determinación.

Por otro lado, corresponde al actor del proceso probar el abuso del derecho al voto por parte del sujeto accionado, esta es una regla de la legislación ecuatoriana, un principio general del derecho y aforismo que los antiguos romanos denominaban: *Onus probandi incumbit actori*. Al respecto, Devis Echandía determina que:

La relación jurídico procesal impone a las partes o sujetos determinadas conductas en el desarrollo del proceso, cuya inobservancia les acarrea consecuencias adversas, más o menos graves, como la pérdida de las oportunidades para su defensa, la ejecutoria de providencias desfavorables, la pérdida del derecho a designar perito o secuestro he inclusive la pérdida del proceso.

Entonces la carga de la prueba determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, es decir cuáles hechos, entre los que forman el tema de la prueba en el proceso, necesita cada uno que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones (sin que se trate de una obligación o deber) y le dice al juez como fallar en caso de que las pruebas falten. Se trata, por tanto de una noción que es *subjetiva*, porque contempla la situación que las partes tienen frente a cada hecho que requiera prueba; pero también objetivo por cuanto consiste en una regla de juicio que determina el sentido de la decisión cuando falta la prueba. (Echandía, 2002)

La parte procesal que alega un hecho dentro de un proceso judicial tiene la obligación, por regla general, de presentar las pruebas de las que se crea asistido para probar el mismo, y así llevar al convencimiento al magistrado que los hechos se produjeron de esa manera y no de otra, el no hacerlo, o presentar pruebas escuetas podrían causar que el juzgador falle en su contra.

En relación con la carga de la prueba, el COGEP en su artículo 169 establece lo siguiente:

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.

La parte demandada no está en la obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero si deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada (...) (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Si bien la forma de probar los hechos en el procedimiento civil ecuatoriano se ha regido por esta regla de manera general, en el tema de probar el abuso del derecho al voto por parte de un accionista en la asamblea general de accionistas de una SAS resultaría sumamente complicado; puesto que, son decisiones que en un principio parecerían legítimas ya que se realizan supuestamente amparadas en un derecho subjetivo.

La falta de jurisprudencia y doctrina ecuatoriana en relación al tema complican aún más el determinar los parámetros que deben cumplir los medios de prueba para obtener un resultado favorable en el evento de presentarse un posible caso de abuso del derecho al voto en una asamblea general de accionistas; por lo que, resulta menester realizar una breve referencia al como los colombianos valoran la prueba en estos casos, teniendo presente que al ser criterios de una nación extranjera los mismos no son vinculantes en el Ecuador.

Los colombianos Susana Quintero Gómez y Juan Esteban Córdova Girado, posterior al análisis de varias decisiones de la Superintendencia de Sociedades colombiana, han llegado

a la conclusión que es complicado probar el abuso del derecho al voto ya que, a palabras de los mismos:

(...) el accionista que desee apelar al abuso del derecho de voto debe poseer pruebas que, en muchas ocasiones, son difíciles de obtener, dado que tal abuso se manifiesta alrededor de situaciones que, aparentemente y a la luz de la legislación aplicable, son legales.

Asimismo, dichas situaciones van acompañadas de un componente volitivo, que más adelante se expondrá, que resulta problemático desde el punto de vista probatorio, pues debe deducirse de hecho circunstanciales, es decir, debe probarse a través de pruebas indirectas. El protagonismo de la prueba indiciaria plantea serios problemas, dado que los indicios que permiten infundir una convicción varían sustancialmente de una persona a otra y el criterio decisorio se torna subjetivo y fácilmente permeable. (Quintero Gómez & Córdoba Girado, 2020)

Los mencionados autores (2020) con la finalidad de explicar las pruebas indiciarias hacen referencia que, en base al criterio del hecho por probar, existen pruebas directas y pruebas indirectas, las primeras son aquellas que existe una correlación directa entre la circunstancia que se busca probar y el objeto de la pretensión, mientras que en la prueba indirecta no existe esa correlación. La prueba indiciaria pertenece al segundo grupo puesto que con esta se busca demostrar la intención con la que actúa el accionista.

A manera de ejemplo: Los miembros del directorio de una SAS son escogidos y remplazados por su asamblea general de accionistas, el mismo está conformado por tres

miembros de los cuales dos representan a los accionistas mayoritarios y uno a los intereses de los minoritarios, se convoca a sesión extraordinaria de accionistas y se resuelve destituir al representante de los accionistas minoritarios y designar a un nuevo miembro, el acta de la sesión extraordinaria sería una prueba directa puesto que demuestra que uno de los miembros del directorio fue destituido; sin embargo, resulta que hace algunos meses los accionistas mayoritarios entraron en conflicto con los minoritarios porque impidieron que se suscriba un contrato de su interés y a partir de entonces han votado en contra de todas las propuestas que los accionistas minoritarios han realizado hasta que al final lograron destituir a su representante en el directorio logrando así obtener el control total de este, en este caso se puede llegar a probar la intención de los accionistas mayoritarios mediante indicios como una prueba testimonial en la cual se declare acerca del resquebrajamiento de la relación entre las partes desde que se impidió la firma del contrato hasta el bloqueo absoluto de las propuestas que los minoritarios realizaron.

Quintero y Córdova (2020), además de lo expuesto, indican que la Superintendencia de Sociedades busca que se cumplan con tres presupuestos, que los hechos sean: concordantes, convergentes y gravosos. La concordancia refiere a que los hechos indicadores no se excluyan entre ellos, la convergencia a que los hechos indicadores se dirijan al hecho indicado, y la gravedad al “nexo causal” entre los hechos tanto indicadores como indicados, a palabras de los autores: “Esto implica que el hecho indicador o los hechos indicadores se perfilen como la causa más probable del hecho indicado” (Quintero Gómez & Córdoba Girado, 2020)

Por lo expuesto, considero que, si bien el tema probatorio es sumamente complicado, es indispensable agregar a los estatutos sociales una cláusula de que en los casos de abuso

del derecho al voto entre un accionista y la compañía u otros accionistas, el mismo se deberá resolver en arbitraje en derecho, de esta manera se gana celeridad y se obtiene un mejor criterio por parte de los árbitros, ya que ellos tienen un mejor entendimiento que los jueces civiles en materia societaria.

Conclusiones. –

Una vez analizados todos los puntos del presente trabajo de investigación, es menester establecer las conclusiones a las que he podido llegar.

La sociedad por acciones simplificadas es una nueva y novedosa especie mercantil, que se ha venido desarrollando en diferentes países de América Latina y Centro América, en cada lugar con sus diferentes particularidades. Dentro de las regulaciones que se encuentran en la SAS ecuatoriana, influenciada claramente por la legislación colombiana, ciertamente se encuentran novedosas regulaciones como la posibilidad de constituir la mediante acto o contrato privado, salvo que se aporten bienes inmuebles, la posibilidad de ser unipersonal, la creación de diferentes clases de acciones, entre otras. Sin embargo, la misma puede acarrear ciertas complicaciones como en el caso de las atribuciones que corresponden a la asamblea general de accionistas pero que, por estatuto, se transfieren a otro órgano, el propio abuso del derecho al voto, entre otros.

Su eje principal es la autonomía de la voluntad de los accionistas, lo que quiere decir que la SAS es una sociedad “flexible” al momento de estructurar los estatutos sociales de la misma, a diferencia de la sociedad anónima y la compañía limitada, pudiendo crear un estatuto que más se ajuste a las necesidades de orden interno que necesiten los accionistas. Se debe tener sumo cuidado al momento de estructurar los estatutos sociales de la misma ya que se puede incurrir en contradicciones que podrían volver inaplicable el uso del mismo, lo que vendría a ser un peligro para el desenvolvimiento de la persona jurídica.

El hecho de que la SAS se pueda constituir mediante documento privado resulta ser sumamente riesgoso puesto que puede existir suplantaciones de identidad, se debería exigir por lo menos reconocimiento de firmas en el documento constitutivo.

Los accionistas, al momento de votar, en la asamblea general de accionistas, deben hacerlo siempre en beneficio común de la sociedad, esto no quiere decir que no puedan votar en favor de sus intereses, sino que, en el evento de que se contrapongan sus intereses propios y los de la compañía, siempre se impondrán los de la segunda, esto se debe al deber de fidelidad que tienen los accionistas, el cual impide que los accionistas obtengan un beneficio individual en perjuicio de la persona moral, y cuyo pilar fundamental es el principio de buena fe.

Por otro lado, el abuso del derecho, para empezar, es un término mal utilizado; puesto que, es inconcebible abusar del derecho como tal, el acto que se realiza es el ejercicio abusivo de un derecho subjetivo. El abuso del derecho en el Ecuador pertenece a la teoría mixta; es decir, tiene un elemento subjetivo y objetivo, el primero de ellos es que el abuso se debe ejecutar con dolo o con culpa, mientras que el segundo el daño ilegítimo se debe verificar en el mundo físico.

El abuso del derecho no es una fuente autónoma de las obligaciones, pertenece, generalmente, a los delitos y cuasidelitos; es decir, es fuente de la responsabilidad civil extracontractual, cuando se ejerce con dolo es delito y cuando se ejerce con negligencia es un cuasidelito, digo generalmente porque, en el caso del abuso del derecho al voto en las determinaciones de la asamblea general de accionistas, si la perjudicada es la compañía, la

responsabilidad que adquiere el accionista que ejerce abusivamente su derecho es contractual.

El abuso del derecho es una figura que no ha sido desarrollada en el Ecuador, prueba de ello es la falta de jurisprudencia ecuatoriana que no ha sido posible determinar.

Finalmente, el abuso del derecho al voto es un novedoso mecanismo de protección de los derechos de la compañía y de los accionistas ante el ejercicio abusivo de la prerrogativa del sufragio en la asamblea general de accionista por parte de los demás accionistas. Lastimosamente, el legislador ecuatoriano no debatió siquiera la figura y únicamente copio lo que indica la Ley Modelo de la SAS que tiene evidente influencia de la Ley 1258 de Colombia.

Los accionistas de una SAS deben ejercer su derecho al voto siempre en beneficio de la compañía, en caso de no hacerlo pueden incurrir en un posible abuso del derecho al voto. Los presupuestos por los cuales un accionista puede incurrir en abuso del derecho del voto son: 1) el ejercicio con el propósito de causar daño a la compañía o a un accionista y 2) el ejercicio con el fin de obtener una ventaja injustificada para sí o para una tercera persona.

El ejercicio abusivo del derecho al voto tiene dos elementos, un subjetivo que consiste en ejercer el voto de manera que perjudique de manera ilegítima a la compañía u otro accionista y uno subjetivo que consiste en la intención de causar daño a otro accionista, a la compañía o busque obtener un beneficio injustificado para si o para una tercera persona.

El abuso del derecho al voto se puede presentar de tres maneras: 1) abuso de mayorías; 2) abuso de minorías; y 3) abuso de paridad; sin embargo, un accionista no se

encasilla en alguno de estos grupos por la cantidad de otros accionistas que tenga o por su porcentaje de acciones con derecho a voto que tenga en el capital social de la compañía; al contrario, un accionista se encasilla en alguno de los tres grupos cuando se forma la voluntad social de la compañía, y esto es cuando se vota en la asamblea general de accionistas.

La mayoría de los casos que se dan por abusos de derecho al voto es por la parte mayoritaria, ya que, generalmente, es la encargada de tomar las decisiones y por ende el camino que va a seguir la compañía, los abusos de minoría y paridad se dan como bloqueos a las decisiones cruciales para la buena marcha de la SAS que intenta tomar el órgano de control.

En el tema de las sanciones, si es que el perjudicado del abuso del derecho al voto es otro accionista, la responsabilidad en la que va a incurrir el accionista que abuse del derecho será extracontractual, puesto que no media contrato alguno entre ellos; y, si es la compañía, la responsabilidad será contractual puesto que el contrato de sociedad obliga a cada accionista con la compañía.

La nulidad de la que habla el innumerado artículo 317.73 de la Ley de Compañías es la nulidad absoluta; puesto que se da por objeto ilícito o por causa ilícita, únicamente se puede aplicar en los abusos de mayoría ya que es el único caso en el que se puede declarar la nulidad de una decisión y el juez siempre va a tener que declararla si es que se comprueba el abuso del derecho al voto.

El abuso del derecho al voto es una figura de difícil aplicación; puesto que, es un tema netamente probatorio, se debe demostrar la intención del accionista de causar un daño a la compañía o a otro accionista, o de buscar obtener para sí o para un tercero una ventaja

injustificada; y, la realidad actual del país, en materia procesal, producen que la resolución de la causa se prolongue por demasiado tiempo e incluso puede producir que el daño sea irreversible.

Bibliografía

Ley de Compañías, Registro Oficial No. 312 (Congreso Nacional 05 de Noviembre de 1999).

Ley Modelo sobre la Sociedad por Acciones Simplificada, AG/RES.2906 (XLVII-O/17)
(Asamblea General de la Organización de Estados Americanos 20 de junio de 2017).

Ley General de Sociedades Mercantiles, Diario Oficial de la Federación (Congreso General
de los Estados Unidos Mexicanos 14 de marzo de 2016).

Ley General de Sociedades Mercantiles, Diario Oficial Federal 04-08-1934 (Cámara de
Diputados del H. Congreso de la Unión 04 de agosto de 1934).

Ley General de Sociedades Mercantiles, Diario Oficial Federal 04-08-1934 (Cámara de
Diputados del H. Congreso de la Unión 04 de Agosto de 1934).

Ley 19.820, Diario Oficial No. 30.283 (Senado y la Cámara de Representantes de la República
Oriental del Uruguay 27 de Septiembre de 2019).

Ley General de Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad
Limitada, No. 479-08, Gaceta Oficial (Congreso Nacional 11 de Diciembre de 2008).

Ley General de las Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad
Limitada, No. 479-08, Gaceta Oficial (Congreso de la República Dominicana 11 de
Diciembre de 2008).

Código de Comercio (Congreso Nacional 23 de Noviembre de 1865).

Barreiro, R. (s.f.). UN NUEVO TIPO SOCIETARIO: LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.

Apuntes acerca su naturaleza jurídica y las dificultades interpretativas que plantea.

Revista Jurídica Electrónica, 6.

Seguros, S. d. (2019). *Superintendencia de Compañías Valores y Seguros*. Recuperado el

Marzo de 2021, de Guía para la Constitución de Sociedades por Acciones

Simplificadas: <https://portal.supercias.gob.ec/images/SAS.pdf>

Périn, P.-L. (2008). *SAS: La Société par Actions Simplifiée: Etudes-Formules*. Paris: Joly

Éditions.

Reyes Villamizar, F. (2018). *La Sociedad por Acciones Simplificada*. Legis Editores S.A.

Engracia Antunes, J. (1993). *Os Grupos de Sociedades*. Coimbra: Livraria Almeida.

Salgado Valdez, R. (2021). *Emprendimiento e Innovación Sociedades por Acciones*

Simplificadas (S.A.S) Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (B.I.C.). Quito:

Editorial Jurídica del Ecuador.

Drouet Candel, C. (2020). Inconveniente Inclusión de las Sociedades por Acciones

Simplificadas (S.A.S.) como una nueva especie de Compañía. *Revista de Derecho*

Societario(13), 41.

Reglamento de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.), Resolución SCVS-INC-

DNCDN-2020-0015 (Superintendencia de Compañías Valores y Seguros 25 de

Septiembre de 2020).

- Vodanovic, A. (1945). *Curso de Derecho Civil*. Santiago: Editorial Nascimento.
- Santos Dávalos, O. (2020). La Implementación de la Sociedad por Acciones Simplificada en Ecuador. *Revista de Derecho Societario*(13), 20.
- Folson, R., & Levasseur, A. (1995). *Pratique du droit des affaires aux États-Unis*. París: Dalloz.
- Posner, R. (1986). *Economics Analysis of Law*. Boston: Little Brown & Co.
- Tompson, R. (January de 1994). Unpacking Limited Liability. *Vanderbilt Law Review*, 47(1), 12.
- Ricaurte Hernández, J. (2017). *La aplicación del levantamiento del velo societario en el ámbito judicial en el Ecuador*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Ortiz Mena, E., & Noboa Velasco, P. (2021). Diversas Clases de Acciones en las Sociedades por Acciones Simplificadas del Ecuador. *Lawyers EC magazine*, 24-26.
- Santos Dávalos, O. (2020). La Implementación de la Sociedad por Acciones Simplificada en Ecuador. *Revista de Derecho Societario*, 13, 20-21.
- Drouet Candel, C. (2020). Inconveniente Inclusión de las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.) como una nueva especie de Compañía. *Revista de Derecho Societario*, 13, 43.

Constantin, A. (2005). *Droit de Sociétés: Droit Commun et Droit Spécial des Sociétés*. París: Dalloz.

Pérochon , F., & Bonhomme, R. (1999). *Enterprises en Difficulté. Instruments de Crédit et Paiment*. París: L.G.D.J.

Merle, P. (1996). *Droit Comercial, Sociétés Commerciales*. París: Précis Dalloz.

Ortiz Mena, E., & Noboa Velasco, P. (2020). *LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO EJE DEL SISTEMA EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS DEL ECUADOR*. Quito.

Código Civil, Cod. 2005-010 Registro Oficial 46 (Congreso Nacional 24 de Junio de 2005).

Resolución No. 324, Registro Oficial No.201 de 10 de noviembre de 2020 (Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia 10 de Noviembre de 2000).

Cozian, M. (2005). *Droit des Sociétés*. París: Lexis - Nexis.

Guyon, Y. (1999). *Trámite des Contrars, Les Sociétés, Aménagements Statutaires et Conventions entre Associes*. París: L.G.D.J.

Alterini, I. E. (2015). *La acción y el derecho de voto*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

Zabala Rodríguez, C. (1971). *Derecho de la empresa*. Depalma.

Pedrol, A. (1969). El derecho de voto y el interés en la sociedad anónima. *Revista de Derecho Privado*.

Garrigues, J., & Uría, R. (1976). *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*. Madrid: Marcial Pons.

Gutiérrez Falla, L. (1988). *Derecho mercantil*. Buenos Aires: Astrea.

Nissen, R. (2006). *Impugnación judicial de actos y decisiones assemblearias*. Buenos Aires: Ad - Hoc.

Manóvil, R. (1998). *Grupo de sociedades*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.

Gagliardo, M. (1998). *Sociedades anónimas*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.

Roimiser, M. (1979). *El interés social en la sociedad anónima*. Buenos Aires: Depalma.

Schneider, L. (2017). *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

López Mesa, M. (2018). *Doctrina de los actos propios*. Buenos Aires: Hammurabi.

Cajarville, J. (2012). La buena fe y su aplicación en el derecho argentino. *Prudentia Iuris*.

Martínez Gallego, E. (2004). *El principio de la buena fe en los distintos métodos de resolución de conflictos extrajudiciales*. Buenos Aires.

Loussouarn, Y. (2004). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires.

- Reyes Villamizar, F. (2020). *Derecho Societario*. Bogota: Editorial Temis.
- Rodríguez Arias, L. (1971). *El abuso del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europea - Americana.
- Rodríguez Grez, P. (2004). *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*. Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- Rengifo García, E. (2003). *Del abuso de derecho al abuso de la posición dominante*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Martin Bernal, J. M. (1982). *El abuso del derecho*. Madrid: Montercorvo S.A.
- Romero Jouvín, E. (1993). *El abuso del derecho*. Guayaquil: Edino.
- Warat, L. (1969). *Abuso del derecho y lagunas legales de la ley*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Coello García, H. (2006). *Teoría del negocio jurídico*. Cuenca: Universidad del Azuay / Fundación Chico Peñaherrera.
- Hess, E., Louge Emiliozzi, E., & Zárate, J. (1999). La naturaleza jurídica del abuso del derecho. *Revista Cartapacio*.
- Molina, J. C. (1969). *Abuso del derecho, Lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos.

- Ospina Fernández, G. (1976). *Régimen General de las Obligaciones*. Bogota: Temis.
- Carranza, J. (1970). *El abuso del derecho en la reforma del código civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Boulos, D. (2006). *Abuso do direito no novo código civil*. Sao Paulo: Método.
- Rodvalho, T. (2011). *Abuso de derecho y derechos subejtivos*. Sao Paulo: ARA Editores.
- Mello, O. (2007). *Princípios ferais de direito administrativo*. Sao Paulo: Malheiros.
- Ospina Fernández, G. (2020). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis S.A.
- Coello García, H. (2004). *Epítome del título preliminar del Código Civil, y sus principales relaciones con la legislación ecuatoriana*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Código de Comercio de Colombia, Decreto 410 (Senado de la República 1971).
- Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 (Congreso Nacional 2014).
- Código Civil, Ley No. 25362 (Poder legislativo del Perú 24 de Julio de 1984).
- Constitución Política del Perú (Congreso Constituyente 31 de Octubre de 1993).
- Código Civil del Paraguay, Ley No. 1183/85 (Congreso de la Nación Paraguaya 18 de Diciembre de 1985).

Santos Dávalos, O. (2021). Acciones de abuso. *II Jornadas SAS*. Quito: Superintendencia de Compañías Valores y Seguros.

Vergara, C. (2011). Algunas consideraciones sobre el sistema clásico de proteccionismo del accionariado en la gran sociedad anónima. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 30.

Brunetti, A. (1969). *Tratado de derecho de las sociedades*. Buenos Aires: Uthea.

Roitman, H. (2006). *Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada*. Buenos Aires: La Ley.

Dávila Torres, C. (2011). *Derecho Societario*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.

Pardo Quiroga, J. E., & Alarcón Novoa, P. D. (2019). *Ejercicio abusivo del derecho a voto por accionistas*. Bogotá: Pontificia Unicersidad Javeriana.

Ossorio, M. (2008). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta.

López Almeida, F. F. (2019). *El Error de Derecho como Vicio del Consentimiento en los Contratos Civiles*. Quito: Universidad Central del Ecuador.

Ley número 1258, 1258 (Congreso de Colombia 5 de diciembre de 2008).

Código Orgánico General de Procesos, RO-S 506 (Asamblea Nacional 22 de Mayo de 2015).

Josserand, L. (2009). *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogota: Temis.

Echandía, D. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogota: Temis.

Quintero Gómez, S., & Córdoba Girado, J. E. (2020). *Ejercicio abusivo del derecho de voto: materialización e implicaciones probatorias*. Medellín: EAFIT.