

UNIVERSIDAD ESPÍRITU SANTO

ESCUELA DE POSTGRADO EN DERECHO

TÍTULO:

¿VIGENCIA DEL DEBER DE LEALTAD EN LA LEY DE COMPAÑÍAS?

TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO PREVIO A OPTAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO DE EMPRESA

AUTOR:

LUIS CABEZAS-KLAERE

SAMBORONDÓN, 15 DE DICIEMBRE DE 2023

¿VIGENCIA DEL DEBER DE LEALTAD EN LA LEY DE COMPAÑÍAS?

VALIDITY OF THE DUTY OF LOYALTY IN THE COMPANY LAW?

Luis Cabezas-Klaere*

RESUMEN: Este documento defiende la tesis de que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el deber de lealtad que deben cumplir los administradores de las sociedades no es absoluto y que se ha visto disminuido con las últimas reformas a la Ley de Compañías. En particular esto se manifiesta a través de las múltiples excepciones a la denominada prohibición de autocontratación de los administradores.

Palabras clave: lealtad, conflicto de interés, autocontratación, administradores.

ABSTRACT: This document defends the thesis that in the Ecuadorian legal system the duty of loyalty that company directors must comply with is not absolute and that it has been diminished with the latest reforms to the Companies Law. In particular, this is manifested through the multiple exceptions to the so-called prohibition of self-contracting of administrators.

Keywords: loyalty, conflict of interest, self-contracting, administrators.

---

* Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Profesor Titular de Derecho de Sociedades de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil (Guayaquil, Ecuador), Dirección Postal: 9 de Octubre No. 100 y Malecón, Guayaquil, Ecuador. Direcciones de correo electrónico: lck@cabezas-klaere.com, luis.cabezas_klaere@uess.edu.ec

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República (2008)[1] establece en su artículo 66, numeral 15, "el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva", y en su numeral 26, "el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental". He aquí gran parte del sustento constitucional del derecho societario en el Ecuador.

Algunos tratadistas señalan que la finalidad del derecho societario es establecer una estructura legal que cuente con personalidad jurídica, limitación a la responsabilidad, derechos representativos de capital, delegación de la administración de la estructura, y de propiedad de los inversionistas, esto con el fin de permitir a sus participantes transar fácilmente a través de un ente societario y sobre todo reducir los costos al momento de hacer negocios. Solo imaginemos lo complicado de una contratación con una empresa carente de personalidad jurídica, tendríamos que firmar cualquier contrato con todos los asociados. El hecho de dotar de personalidad jurídica a las compañías y por ende crear un centro de imputación sin duda alguna baja costos de transacción y facilita las mismas. Por esto, es que la Ley a su vez establece que estas compañías deben contar con un administrador con representación legal. Hay quienes sostienen que una función principal del derecho societario es proteger a los socios minoritarios, propuesta con la cual no concordamos en su totalidad, puesto que consideramos que la regulación debe enfocarse siempre en el interés superior de la compañía, mas no necesariamente en intereses particulares de

[1] Pleno de la Asamblea Nacional. (20 de octubre de 2008). *CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.* Obtenido de Lexis Finder.

mayoritarios o minoritarios, resaltando sí que quienes indican que se debe proteger a los minoritarios sustentan su posición en el abuso que podría darse por parte del grupo de mayoría.

Dentro del amplísimo espectro de regulación societaria, en el presente documento nos atreveremos a analizar de forma sucinta lo que corresponde a lo que actualmente se denomina como deber de lealtad de los administradores de las sociedades previsto en el artículo 262.1 de la Ley de Compañías, y específicamente a si existe en la misma norma de compañías una contradicción respecto del cumplimiento del mencionado deber. Dentro del espectro de cumplimiento del deber de lealtad tenemos al cumplimiento de la prohibición de autocontratación. En los últimos años se pasó de un extremo de prohibición absoluta de autocontratación al extremo opuesto de permisibilidad a los administradores para aterrizar en la reforma casi inmediata a un supuesto término medio.

II. ANTECEDENTES

Debemos iniciar mencionando que los administradores de las compañías según el artículo 144 de la Ley de Compañías (1999)[2] son mandatarios, y según el artículo 255 ibidem estos "administradores tendrán la responsabilidad derivada de las obligaciones que la Ley y el contrato social les imponga como tales y las contempladas en la ley para los mandatarios. (…)". Con este antecedente realizaremos un breve análisis sobre el mandato y las obligaciones de los mandatarios respecto de dicho contrato.

[2] Comisión de Legislación y Codificación. (5 de noviembre de 1999). *LEY DE COMPAÑÍAS.* Obtenido de Lexis Finder.

Nuestro Código Civil (2005), en su artículo 2020, reza:

> Art. 2020.- Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.
> La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario[3].

El mandato viene del concepto *manum dare*, porque antiguamente el mandatario daba la mano al mandante en prueba de la fidelidad que le prometía. Desde este sencillo antecedente podemos establecer la necesidad de que exista fidelidad de parte del mandatario en la ejecución del encargo del mandante. Según la RAE (2001)[4], en la primera acepción de fidelidad dice "lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona", por lo que son términos que definen prácticamente lo mismo.

César Gómez Estrada (1996), señala que el mandatario "debe procurar el mayor beneficio y el menor menoscabo para el mandante"[5]. Dentro de su explicación, al tratar sobre la prohibición, en principio, de compraventa entre mandante y mandatario prevista en nuestro

[3] Comisión de Legislación y Codificación. (24 de junio de 2005). *CÓDIGO CIVIL*. Obtenido de Lexis Finder.

[4] Real Academia Española. (2001). *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA* (vigésima segunda ed.). Madrid, España: Espasa Calpe S.A.

[5] Gómez Estrada, C. (1996). *DE LOS PRINCIPALES CONTRATOS CIVILES.* (Tercera ed.). Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis S.A., página 367.

Código Civil en el artículo 2048 (Código Civil colombiano, artículo 2170), nos indica (Gómez Estrada, 1996):

> Se funda esta regla del art. 2170 en el simple hecho de que el mandatario, enfrentados sus intereses de contratante con los del mandante a quien representa, posiblemente haría prevalecer aquellos sobre éstos, procurando beneficiarse en perjuicio del mandante. De esta suerte, cortando por lo sano, el art. 2170 vino a disponer lo que dispuso[6].

El artículo 2048 del Código Civil reza:

> Art. 2048.- No podrá el mandatario, por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar; si no fuere con aprobación expresa del mandante.

Concuerda con lo anterior Fernando Vélez, en su obra (ESTUDIO SOBRE EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO), señalando que "todo esto demuestra que no puede ser acto de administración aquel en que tenga interés el mandatario"[7].

---

[6] Ibidem, página 377.

[7] Velez, F. (s.f.). *ESTUDIO SOBRE EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO* (segunda ed.). Paris: Imprenta Paris-America, página 155.

Como se puede observar, las prohibiciones al mandatario, establecidas en el Código Civil, devienen del probable conflicto de interés que puede suscitarse al momento de la ejecución del mandato afectando la lealtad con la que debe operar el mandatario.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los administradores son mandatarios, situación similar se replicaba en la Ley de Compañías (1999) en el segundo inciso del artículo 261 que señalaba desde la expedición de la Ley en 1964 que les es prohibido a los administradores también "negociar o contratar por cuenta propia, directa o indirectamente, con la compañía que administran"[8]. A esta regla se la conoce en doctrina como prohibición de autocontratación. Sin embargo, a diferencia del artículo 2048 del Código Civil que establece que el mandatario sí puede comprar los bienes del mandante cuando cuente con expresa autorización del mismo, no existía en la Ley de Compañías norma en el caso de la prohibición de autocontratación que establezca excepciones para los administradores.

Por lo anterior, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, luego de un minucioso análisis de la Ley y de situaciones controvertidas con ocasión de la prohibición, expidió la doctrina 126 Excepciones a la llamada Autocontratación, (Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros), misma que establecía que son admisibles en las compañías actos o contratos realizados entre ellas y sus administradores que se referían a:

> a) las entregas de dinero hechas por los administradores a favor de las compañías que administren a título de mutuo

[8] Ibidem.

> o de simple depósito sin intereses o con intereses inferiores al máximo convencional[9].
>
> b) la suscripción de acciones o participaciones en los casos de aumento de capital sin límite alguno, así como los aportes o compensaciones que de tales acciones o participaciones se deban hacer"[10]

Sustentando lo referido en la letra a) en que representa un notable beneficio económico para la sociedad contar con fondos inmediatos sin la tortuosa tramitación en bancos y evidentemente existiría un beneficio y no un perjuicio económico para la compañía.

Y basando lo que señala la letra b) en la jerarquía del derecho fundamental de los socios a suscribir acciones en aumentos de capital sobre la prohibición de autocontratación para los representantes legales que a su vez son socios de la compañía. Debemos señalar que, si bien estamos de acuerdo con lo mencionado por la doctrina, no coincidimos con el requisito mencionado en la misma que corresponde a la necesidad de aprobación unánime del capital social de la compañía, en especial en el caso de la suscripción de acciones y participaciones en aumentos de capital dado que, de no conseguirse la antedicha aprobación, se entendería que no cabría el mencionado derecho. Finalmente, esta doctrina traía como excepción adicional la posibilidad de que los administradores adquieran bienes o reciban servicios que la compañía produce, vende, presta, etc., dentro del giro ordinario de sus negocios, sin beneficios especiales, pues, de otro modo, se verían obligados a obtener esos bienes o servicios u otras prestaciones en

[9] Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. (octubre de 2018). *DOCTRINA 126.* Obtenido de Gaceta Societaria.
[10] Ibidem.

las competidoras de la compañía que administra. Claro está, esto último, siempre que no implique ningún beneficio especial para el administrador. El típico ejemplo es el del administrador de una compañía que produce y vende pinturas, ¿a quién le va a comprar las pinturas para pintar su casa? ¿A la compañía que administra o a sus competidores?

Si bien la doctrina no podría contrariar la Ley, el organismo de control mantuvo durante décadas su criterio, expuesto en su doctrina y en el foro societario ecuatoriano, mismo que era ampliamente conocido y respetado.

Muchos profesores y eruditos en la materia trataban el tema, inclusive proponían textos de reforma al segundo inciso del artículo 261 de la Ley de Compañías, tal es el caso del doctor Roberto Salgado Valdez (2015)[11].

En febrero de 2020, con la introducción de las sociedades por acciones simplificadas a la Ley de Compañías ecuatoriana, en el artículo innumerado cuyo título es "Prohibición del Representante Legal" se estableció la misma prohibición a los representantes legales de las SAS de negociar o contratar con sus administradas, pero estableciendo por primera vez ocho excepciones legales. A continuación, el texto del referido artículo:

> **Art. (…) Prohibición del representante legal.-** El representante legal de las sociedades por acciones simplificadas, o los miembros de su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere, no podrán negociar o contratar, por cuenta propia, directa

[11] Salgado Valdez, R. (2015). *TRATADO DE DERECHO EMPRESARIAL Y SOCIETARIO* (Vol. 2). Quito, Ecuador: PPL Impresores, página 894.

o indirectamente, con la sociedad por acciones simplificada que administran, salvo las excepciones previstas en este artículo.

Se presume de derecho que existe negociación o contratación indirecta del representante legal con la sociedad por acciones simplificada cuando:

a) La operación se realizare con el cónyuge o conviviente legalmente reconocido, o cualquier pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad; y,

b) La operación se realizare con una persona jurídica en la que el representante legal, su cónyuge, conviviente legalmente reconocido o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren intereses relevantes en cuanto a inversiones o les correspondieren facultades administrativas decisorias. Para este efecto, se considerarán intereses relevantes los que correspondan al representante legal, a su cónyuge, conviviente legalmente reconocido o a sus parientes comprendidos en el grado antes citado, como consecuencia de que cualquiera de ellos sea propietario del diez por ciento o más de las participaciones o acciones en que se divida el capital suscrito de una compañía.

Se exceptúan de la prohibición constante en este artículo, los siguientes actos y contratos:

1. La contratación de nueva sociedad entre el representante legal, a título individual, y la sociedad por acciones simplificada que éste represente;

2. Las entregas de dinero hechas por los representantes legales a favor de las sociedades por acciones simplificadas que administren, a título de mutuo sin intereses o de simple depósito;

3. La suscripción de acciones, en los casos de aumento de capital, sin límite alguno, así como los aportes o compensaciones que para pagar tales acciones se deban efectuar;

4. La enajenación de acciones a favor de la sociedad por acciones simplificadas;

5. El comodato en que la sociedad por acciones simplificada fuere la comodataria o cualquier otro acto o contrato gratuito ejecutado o celebrado en beneficio exclusivo de la sociedad por acciones simplificada;

6. La prestación de servicios profesionales y de servicios personales en relación de dependencia, siempre que se pacten en condiciones normales de mercado y sin beneficios especiales para el representante legal o sus partes relacionadas, de acuerdo con este artículo;

7. La celebración de contratos que sean de la actividad en que la sociedad opere, y siempre que se pacten en las condiciones normales del mercado y para la satisfacción de necesidades del representante legal; y,

8. Los demás actos o contratos cuya celebración hubiere sido aprobada por la asamblea de accionistas, con el consentimiento unánime de la totalidad de ellos, con excepción de los actos o contratos expresamente prohibidos por la Ley (REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO 151., 2020)[12].

A finales del mismo año, con la expedición de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías que, entre otras cosas, equiparó beneficios ya previstos para las SAS tanto para las compañías anónimas, cuanto para las compañías limitadas, tales como la constitución con un

[12] Corte Constitucional. (28 de febrero de 2020). *REGISTRO OFICIAL SUMPLEMENTO 151.* Obtenido de Lexis Finder.

solo socio, la posibilidad de constituir sin necesidad de escritura pública, y en lo que respecta al tema de análisis se sustituyó el artículo 261 de la Ley de Compañías de forma que las excepciones a la prohibición de autocontratación prácticamente quedaban en similares condiciones para las SAS, las S.A. y para las C.L.:

> **Artículo 47.-** Sustituyese el artículo 261 de la Ley de Compañías por el siguiente:
>
> "Los administradores no podrán hacer por cuenta de la compañía operaciones ajenas a su objeto. Hacerlo significa violación de las obligaciones de administración y del mandato que tuvieren.
>
> Los administradores de las sociedades anónimas o cualquier otro miembro de los demás órganos de administración, si los hubiere, no podrán negociar o contratar, por cuenta propia, directa o indirectamente, con la sociedad que administran, salvo las excepciones previstas en este artículo.
>
> Se presume que existe negociación o contratación indirecta del administrador con la sociedad anónima cuando:
>
> a) La operación se realizare con el cónyuge, conviviente legalmente reconocido o cualquier pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y,

b) La operación se realizare con una persona jurídica en la que el administrador, su cónyuge, conviviente legalmente reconocido o parientes dentro del cuarto grado de Consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren intereses relevantes en cuanto a inversiones o les correspondieren facultades administrativas decisorias. Para este efecto, se considerarán intereses relevantes los que correspondan al administrador, a su cónyuge, conviviente legalmente reconocido o a sus parientes comprendidos en el grado antes citado, como consecuencia de que cualquiera de ellos, de manera individual o conjunta, fueren propietarios del cincuenta y uno por ciento o más de las participaciones, acciones, cuotas de interés, títulos o derechos de propiedad respecto de cualquier tipo de entidad.

Se exceptúan de la prohibición constante en este artículo, los siguientes actos y contratos:

a) La contratación de nueva sociedad entre el administrador, a título individual, y la sociedad que éste administre;

b) Las entregas de dinero hechas por los administradores a favor de las sociedades anónimas que

administren, a título de mutuo sin intereses o de simple depósito;

c) La suscripción de acciones, en los casos de aumento de capital, sin límite alguno, así como los aportes o compensaciones que para pagar tales acciones se deban efectuar;

d) La readquisición de acciones por la sociedad anónima que administre, en las condiciones que determina la Ley;

e) El comodato en que la sociedad anónima fuere la comodataria o cualquier otro acto q contrato gratuito celebrado en beneficio exclusivo de la sociedad anónima;

f) La prestación de servicios profesionales y de servicios personales en relación de dependencia, siempre que se pacten en condiciones normales de mercado y sin beneficios especiales para el administrador o sus partes relacionadas, de acuerdo con este artículo;

g) Adquisición de bienes producidos o recepción de servicios prestados por la sociedad, siempre que se pacten en las condiciones normales del mercado y sin beneficios especiales para el administrador o sus partes relacionadas, de acuerdo con este artículo; y,

h) La enajenación o gravamen de los activos sociales en favor del administrador, operaciones que deberán ser aprobadas por la junta general de accionistas. Dicha aprobación requerirá el voto favorable de la totalidad del capital social.

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 lo tanto, cuando la junta general pase a tratar este asunto, los accionistas que no tuvieren 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 (REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO 347., 2020)[13].

Con ocasión de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías se incorporaron a la Ley de Compañías nuevos deberes para los administradores, tal es el caso de los deberes de lealtad que figura en el artículo 262.1 de Ley de Compañías, y el de debida diligencia en el artículo 262, situación por demás compleja a criterio del maestro Romero Parducci (2021)[14].

Finalmente, con la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo, se reformó nuevamente el artículo 261 agregando y reformando como sigue a continuación:

> **Artículo 66.-** En el artículo 261 de la Ley de Compañías, efectúense las siguientes reformas:
>
> Agréguese un literal c) con el siguiente texto:
>
> "c) Las entregas de dinero hechas por los administradores a favor de las sociedades anónimas que administren, a título de aporte para futuras capitalizaciones";
>
> Reemplácese el literal f) por el siguiente:

[13] Corte Constitucional. (10 de diciembre de 2020). *REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO 347.* Obtenido de Lexis Finder.

[14] Romero Parducci, E. D., & ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO. (2021). *REVISTA No. 16 DERECHO SOCIETARIO.* (primera ed.). Guayaquil, Ecuador: EDINO, página 42.

“La provisión y suministro de bienes, la fijación de los honorarios o remuneración de los administradores, la prestación de servicios profesionales y de servicios personales en relación de dependencia, siempre que se pacten en condiciones normales de mercado y sin beneficios especiales para el administrador o sus partes relacionadas, de acuerdo con este artículo.”;

En el literal g), suprímase la letra “y”;

Reemplácese el literal h) por el siguiente:

“h) La enajenación o gravamen de los activos en favor del administrador, o la adquisición de bienes personales del administrador, operaciones que deberán ser aprobadas por la junta general de accionistas. Dicha aprobación requerirá el voto favorable del 75% de los accionistas concurrentes a la reunión habilitados para votar. En tal caso, el administrador no podrá participar en la votación si tuviere la calidad de accionista. Tampoco podrán votar los accionistas directamente relacionados con el administrador. Por lo tanto, cuando la junta general pase a

tratar este asunto, los accionistas que no tuvieren prohibición de votar constituirán el cien por ciento del capital habilitado para tomar la decisión.

La enajenación o gravamen de los bienes sociales que directa o indirectamente se realice en favor de un accionista, o la adquisición de bienes que directa o indirectamente pertenecieren a un accionista, también se regirá al procedimiento de aprobación en junta general. 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. La aprobación de las operaciones señaladas en este inciso requerirá del voto favorable del 75% de los accionistas concurrentes a la reunión habilitados para votar. Salvo que se tratare de sociedades unipersonales, el accionista directa o indirectamente interesado no podrá participar en la votación. Por lo tanto, cuando la junta general pase a tratar este asunto, los accionistas que no tuvieren prohibición de votar constituirán el cien por ciento del capital habilitado para tomar la decisión. El presente inciso también tendrá aplicación para la aprobación de cualquier contratación o negociación relevante en las que un accionista pueda encontrarse, de manera directa o indirecta, en una

situación de conflicto de interés con la compañía, de conformidad con el artículo 262.6 de esta Ley.

Cualquier voto proferido por un accionista incurso en la prohibición prevista en los dos incisos anteriores no será computado.

Las operaciones con partes relacionadas que, directa o indirectamente, fueren realizadas en favor del administrador o del accionista en contravención del procedimiento de aprobación previsto en este literal, adolecerán de nulidad relativa. De declararse la nulidad relativa de las operaciones señaladas en este literal, sus beneficiarios responderán por los daños ocasionados a la compañía o terceros y estarán en la obligación de restituir a la compañía las ganancias obtenidas de la operación rescindida.

Si se solicitare la nulidad de la operación, la demanda será entablada en contra de la compañía y de la parte relacionada beneficiaria de la transacción, y la carga probatoria para demostrar que existió la autorización correspondiente de la junta general se revertirá hacia ellas. Las partes relacionadas demandadas no podrán utilizar los recursos sociales para financiar los gastos del proceso interpuesto en su contra.

Si la operación autorizada no se celebrare en condiciones normales de mercado, cualquier accionista podrá impugnar la resolución, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran los beneficiarios de la operación. Si se impugnare la aprobación de la transacción en junta general por esta causa, existirá litisconsorcio necesario pasivo entre la compañía, la parte relacionada beneficiaria y los accionistas que hubieren votado a favor de la resolución de junta general recurrida. Las partes relacionadas demandadas no podrán utilizar los recursos sociales para financiar los gastos del proceso interpuesto en su contra y la carga de la prueba para justificar que la operación se realizó en condiciones normales de mercado se revertirá hacia ellas. El procedimiento de aprobación previsto en este literal no se aplicará a las operaciones celebradas en ejecución del objeto social de la compañía, siempre y cuando hubieren sido efectuadas en condiciones normales de mercado. Este procedimiento de aprobación tampoco se aplicará para los actos y contratos señalados en los literales precedentes de este artículo; para los actos o contratos que reporten ventajas o beneficios a la compañía; ni para las operaciones celebradas entre una compañía y sus subsidiarias, siempre que las últimas sean

íntegramente de su propiedad y que ninguna otra parte, directa o indirectamente vinculada de la sociedad matriz, tenga intereses en la compañía subsidiaria. En estos casos, y cuando correspondiere demostrarlo, la carga probatoria para justificar que la operación se realizó en condiciones normales de mercado, en condiciones más ventajosas o beneficiosas para la compañía o que la transacción se realizó con una compañía subordinada íntegramente participada se revertirá hacia las partes relacionadas que celebraron la transacción con la compañía; e,"; e,

Inclúyase el siguiente literal:

"i) Los demás actos o contratos celebrados entre la compañía y el administrador cuya celebración hubiere sido aprobada por la junta general de accionistas. Dicha aprobación requerirá el voto favorable del 75% de los accionistas concurrentes a la reunión habilitados para votar. En tal caso, el administrador no podrá participar en la votación si tuviere la calidad de accionista. Tampoco podrán votar los accionistas directa o indirectamente relacionados con el administrador. Por lo tanto, cuando la junta general pase a tratar este asunto, los accionistas que

> no tuvieren prohibición de votar constituirán el cien por ciento del capital habilitado para tomar la decisión. Cualquier voto proferido por un accionista incurso en la prohibición prevista en este inciso no será computado" (REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO 269., 2023)[15].

III. ANÁLISIS

En Ecuador la mayoría de sociedades son familiares según los datos de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros por lo que la normativa de forma general debería intentar organizar a las compañías en esta realidad. El abogado Fabricio Dávila Lazo (2021) señala que la doctrina más autorizada establece que el segundo objetivo del Derecho Societario es:

> Mitigar los conflictos de interés de los grupos que convergen en las compañías y que estos conflictos de interés se denominan problemas de agencia, existiendo tres tipos: el primero, conflicto entre los accionistas con los administradores; el segundo, conflicto entre los accionistas mayoritarios y minoritarios; y, el tercero, conflicto entre compañías y terceros. Enfatiza en que debido a la naturaleza de las compañías ecuatorianas nuestro derecho se debe preocupar primordialmente por

[15] Asamblea Nacional. (15 de marzo de 2023). *REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO 269.* Obtenido de Asamblea Nacional.

> los problemas de agencia entre mayoritarios y minoritarios[16].

Concluye Dávila diciendo que la Ley de Modernización a la Ley de Compañías cumple con el objetivo de atender los problemas de agencia entre mayoritarios y minoritarios.

Si bien la Ley ratifica y extiende ciertos derechos de los minoritarios, como se dijo al principio, nos enfocaremos en el tratamiento de si las reformas a la prohibición de autocontratación protegen o no a la sociedad y por ende a todos los socios, mayoritarios y minoritarios.

CASO:

Vale comenzar con un ejemplo real (obviamente por sigilo sin nombres de las partes). Una compañía camaronera con dos accionistas, el primero propietario del 75%, a su vez gerente general y representante legal, situación harto común en nuestro país; y, el segundo propietario del 25% a su vez presidente y representante legal subrogante. Este segundo socio nota que las utilidades de la compañía son muy bajas pese a que en los últimos años la industria camaronera ha sido tan próspera que destronó a la bananera del primer puesto del sector exportador privado. Revisando información de la compañía observa que los insumos y los balanceados utilizados en la producción del camarón era proveídos por compañías del grupo familiar del otro socio. Por otra parte, dentro del personal constaban familiares de aquel e inclusive gastos de transporte por asuntos personales que eran

[16] Dávila Lazo, F., & ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO. (2021). *REVISTA No. 16 DERECHO SOCIETARIO.* (primera ed.). Guayaquil, Ecuador: Edino, página 109.

cargados a la compañía. Principalmente en el rubro de balanceado se adquiría un producto más costoso que el que brindaba otras empresas. El socio mayoritario/gerente general sostuvo que la empresa de su familia vendía a la compañía camaronera los productos con descuento y supuestamente estos productos eran de mejor calidad que los demás del mercado.

Al tenor de lo previsto en la Ley de Compañías por las varias irregularidades entre las que se encontraban la de autocontratación, se presentó una denuncia ante la Superintendencia de Compañías, misma que intervino la compañía por aproximadamente un año. Coincidencialmente luego de la intervención la empresa reportó muy altas utilidades en comparación a lo que había reportado en años anteriores estableciendo un beneficio no solamente para el socio denunciante, sino para el denunciado, para los trabajadores e inclusive para la recaudación fiscal. Luego de un año de intervención, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros concluyó que en vista de que a su criterio la situación estaba prevista dentro de las excepciones a la autocontratación señaladas particularmente en la letra g) del artículo 261 se habría subsanado la irregularidad y por lo tanto levantó la intervención (LEY DE COMPAÑÍAS, 1999)[17].

Cabe mencionar que en aquel entonces la letra g) en mención establecía la posibilidad de adquirir por parte del administrador los bienes producidos por la sociedad que administra (el ejemplo de la fábrica de pinturas), mas no la adquisición por parte de la compañía de los bienes producidos por el administrador. Es necesario anticipar que en la reforma del año 2023 se incorporó la posibilidad de que el administrador provea y suministre bienes y servicios siempre

[17] Ibidem.

que se pacte en condiciones normales de mercado y sin beneficios especiales para el administrador.

La RAE (2001) define lealtad como "cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y de hombría de bien"[18]. La situación del conflicto de intereses es inherente al ser humano. El conflicto se da en todo ámbito, tanto público, cuanto en el privado. Recordemos nuevamente el mandato, contrato en que se debe siempre procurar el mayor beneficio y menor menoscabo para el mandante, es decir, ante la sola sospecha o posibilidad de que una persona pueda estar ante una situación de conflicto de interés generalmente se establece una prohibición. Ejemplo de ello en lo público están en los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) que, entre otras cosas, "prohíbe celebrar contratos con las entidades contratantes al presidente, vicepresidente de la República, ministros y secretarios de Estado, etc., así como con sus cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad"[19]. Así mismo la Ley Orgánica del Servicio Público (2010) "prohíbe a la autoridad nominadora, designar, nombrar, posesionar y/o contratar en la misma entidad a sus parientes comprendidos en los grados antes mencionados, a su cónyuge o con quien mantenga unión de hecho"[20]. Otro ejemplo dentro de lo público lo encontramos en el principio de imparcialidad e independencia señalado en el artículo 19 del Código Orgánico Administrativo (2017) que manda "que los servidores públicos evitarán resolver por afectos o desafectos que supongan un conflicto de intereses o generen actuaciones incompatibles con el

[18] *Real Academia Española. (2001). DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (vigésima segunda ed.). Madrid, España: Espasa Calpe S.A.*

[19] Pleno de la Asamblea Nacional. (4 de agosto de 2008). *LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.* Obtenido de Lexis Finder.

[20] Asamblea Nacional. (6 de octubre de 2010). *LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO.* Obtenido de Lexis Finder.

interés general"[21]. Más adelante en las causales de excusa y recusación, el mismo COA establece la de ser pariente, tener amistad, conflicto de interés, etc. En lo privado, ya hemos mencionado las disposiciones del Código Civil y de la Ley de Compañías.

Como ya mencionamos en la Ley de Modernización a la Ley de Compañías (REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO 347., 2020), se incorporó el artículo 262.1, el cual estableció que:

> 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 y que, en particular, se obliga: (…) c) abstenerse de contratar o negociar, directa o indirectamente, con la compañía que administrare, salvo las excepciones previstas en el artículo 261 de esta Ley[22].

De conformidad con esta redacción parte del cumplimiento del deber de lealtad conlleva a que el administrador no pueda contratar con la compañía que administra (regla general), dejando obviamente fuera de la prohibición a las excepciones.

Analicemos entonces las excepciones introducidas en 2020 y 2023, segmentándolas en tres grupos:

El primero:

[21] Asamblea Nacional. (7 de julio de 2017). *CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO.* Obtenido de Lexis Finder.
[22] Ibidem

> b) Las entregas de dinero hechas por los administradores a favor de las sociedades anónimas que administren, a título de mutuo sin intereses o de simple depósito;
>
> c) La suscripción de acciones, en los casos de aumento de capital, sin límite alguno, así como los aportes o compensaciones que para pagar tales acciones se deban efectuar;
>
> e) El comodato en que la sociedad anónima fuere la comodataria o cualquier otro acto o contrato gratuito celebrado en beneficio exclusivo de la sociedad anónima (LEY DE COMPAÑÍAS, 1999)[23].

La letra b) ya se trataba en la doctrina 126 de la Ley de Compañías. La diferencia que trae la Ley es que elimina la posibilidad de que el administrador cobre intereses a la compañía que administra por más que sean inferiores al máximo convencional. Notemos que al parecer el legislador no quiso que se produzca beneficio alguno en el caso de mutuo realizado por parte del administrador a la compañía. Hay quienes pueden sostener que cobrando un interés inferior al convencional no habría perjuicio a la compañía, pero podría darse el caso en que un administrador a efectos de recibir una tasa superior a la pasiva que pagan los bancos preste dinero a su administrada cuando ésta no requiere de liquidez y de esta forma beneficiarse en perjuicio de la sociedad y sus socios.

[23] Ibidem

La letra c) también estaba tratada en la doctrina y su sustento está en los artículos 207, número 6, y 114, letra e) de la Ley de Compañías al tratar el derecho de preferencia. En este caso, es clarísimo que siempre será un beneficio para la sociedad un incremento de su capital y que el derecho a suscribir acciones en aumentos de capital es fundamental e inherente a todos los socios.

La letra e) corre la misma suerte que la b) toda vez que el comodato es muy similar al mutuo con la diferencia del tipo de bienes que se entregan y se deja en este caso no sólo para ese tipo de contrato sino para cualquier otro acto que nuevamente debe ser a título gratuito y en beneficio exclusivo de la sociedad.

Como se podrá observar, en este primer grupo de excepciones se deja claro que no debe existir beneficio alguno para el administrador sino solamente para la compañía. Adicionalmente estos casos son de libre discrecionalidad del administrador, en otras palabras, no necesita éste autorización alguna.

El segundo:

> a) La contratación de nueva sociedad entre el administrador, a título individual, y la sociedad que éste administre;
> d) La readquisición de acciones por la sociedad anónima que administre, en las condiciones que determina la Ley;

> f) La provisión y suministro de bienes, la fijación de los honorarios o remuneración de los administradores, la prestación de servicios profesionales y de servicios personales en relación de dependencia, siempre que se pacten en condiciones normales de mercado y sin beneficios especiales para el administrador o sus partes relacionadas, de acuerdo con este artículo;
>
> g) Adquisición de bienes producidos o recepción de servicios prestados por la sociedad, siempre que se pacten en las condiciones normales del mercado y sin beneficios especiales para el administrador o sus partes relacionadas, de acuerdo con este artículo (LEY DE COMPAÑÍAS, 1999)[24].

Si bien lo señalado en la letra a) estaba previsto en la doctrina 57 de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros debe anotarse que podría conllevar eventualmente un beneficio para el administrador al asociarse con la compañía que administra y tener un impulso por el prestigio de la misma, beneficio que probablemente no tenga la compañía ni los socios de ésta.

En el caso de readquisición de acciones prevista en la letra d), conocida como compra de acciones de propia emisión, podría también existir un beneficio para el administrador que vende sus acciones a la compañía emisora de éstas cuando por su calidad conoce la mala situación financiera de la compañía. Cabe mencionar que, si bien para esta contratación según el artículo

[24] Ibidem

192 de la Ley de Compañías se requiere autorización de la junta general, dicho artículo no restringe el voto del interesado que a su vez podría ser el administrador/socio.

Respecto de la letra f) nos atreveríamos a decir que entraña una de las situaciones más complejas del conflicto de intereses. Según esta excepción el administrador podría proveer de todos los insumos y bienes que utiliza la compañía. En el ejemplo del caso de la empresa camaronera mencionado en este documento, podría el gerente dotar no solamente de balanceado para la compañía sino de los uniformes para el personal, del servicio de alimentación para el personal, del transporte para los bienes que vende la compañía, de la seguridad para las camaroneras, de los servicios jurídicos y contables necesarios para la operación, del servicio logístico para la exportación, del servicio de comercialización y distribución, etc. En resumen, podría obtener mayor utilidad en todos los negocios que haría con su administrada que en el honorario que recibe por su administración.

La letra g) que constaba como excepción en la parte final de la doctrina de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros tantas veces mencionada repite que debe ser sin beneficios especiales, ergo sí pudieran existir beneficios generales, por ejemplo, un descuento al público en general por temporada navideña, pero que el administrador por su condición conocía meses atrás que se otorgaría.

Como se podrá observar en este segundo grupo pueden existir situaciones que conlleven no sólo conflicto de interés y beneficio para el administrador, sino que podría darse el caso de que esos beneficios resulten en un perjuicio para la sociedad. En los casos de este segundo grupo

también debemos resaltar que estas contrataciones se pueden hacer sin necesidad de una aprobación o conocimiento previo por parte de la junta general, razón por la que caería también en la discrecionalidad del administrador.

El tercero:

> h) La enajenación o gravamen de los activos en favor del administrador, o la adquisición de bienes personales del administrador, operaciones que deberán ser aprobadas por la junta general de accionistas. Dicha aprobación requerirá el voto favorable del 75% de los accionistas concurrentes a la reunión habilitados para votar. En tal caso, el administrador no podrá participar en la votación si tuviere la calidad de accionista. Tampoco podrán votar los accionistas directamente relacionados con el administrador. Por lo tanto, cuando la junta general pase a tratar este asunto, los accionistas que no tuvieren prohibición de votar constituirán el cien por ciento del capital habilitado para tomar la decisión.
>
> Los demás actos o contratos celebrados entre la compañía y el administrador cuya celebración hubiere sido aprobada por la junta general de accionistas. Dicha aprobación

> requerirá el voto favorable del 75% de los accionistas concurrentes a la reunión habilitados para votar. En tal caso, el administrador no podrá participar en la votación si tuviere la calidad de accionista. Tampoco podrán votar los accionistas directa o indirectamente relacionados con el administrador. Por lo tanto, cuando la junta general pase a tratar este asunto, los accionistas que no tuvieren prohibición de votar constituirán el cien por ciento del capital habilitado para tomar la decisión.
>
> Cualquier voto proferido por un accionista incurso en la prohibición prevista en este inciso no será computado (LEY DE COMPAÑÍAS, 1999)[25].

Respecto de la letra h) debemos mencionar que cuando se incorporaron las tantas excepciones en el año 2020, la enajenación o gravamen de los activos sociales en favor del administrador requería el voto favorable de la totalidad del capital social y en la reforma de marzo de 2023 se desmejoró el refuerzo decisorio a un porcentaje de votos equivalente al 75% de los concurrentes a la reunión habilitados para votar.

En cuanto a la letra i) incorporada recientemente en marzo de 2023 se establece que cualquier otro acto o contrato se puede realizar cuando se apruebe con el voto favorable del 75% de los accionistas concurrentes a la reunión habilitados para votar.

[25] Ibidem

En este último grupo, a diferencia de los dos anteriores sí se requiere de aprobación de la junta con las particularidades de que: 1) deben ser aprobados con el 75% de los votos concurrentes a la reunión habilitados para votar; y, 2) el administrador y sus partes relacionadas no podrían votar en este caso.

Posiciones sobre la prohibición de autocontratación.

Existen posiciones contradictorias e intermedias respecto de la prohibición de autocontratación y la posibilidad de sus excepciones. Por una parte, tenemos la posición más conservadora que pregona que la prohibición se debe aplicar sin excepción para todos los casos. Esta tesis se mantenía con fuerza en vista de la falta de excepciones en la Ley hasta el año 2020. Su bandera tenía el estandarte de la comparación con las excepciones a la eventual contratación por parte de los mandatarios que sí se señalaban por parte del Código Civil.

Por otro lado, tenemos un sector al que podríamos llamar progresista que impulsaba una reforma a la Ley de Compañías en la que se establezcan contadas excepciones en las que sin resquicio de dudas no exista posibilidad de perjuicio para la sociedad. Y, por último, la posición de quienes podríamos llamar progresistas extremos que propugnan la eliminación de la prohibición.

La finalidad de este ensayo no es tomar partido por alguna de las posiciones sino establecer si realmente existe al día de hoy la prohibición de autocontratación a los administradores y dependiendo de la existencia de ésta si los administradores estarían

conminados a cumplir en todo su conjunto con el deber de lealtad en el caso de conflicto de interés.

IV. CONCLUSIONES.

1.- Es indiscutible que al día de hoy no existe prohibición absoluta de autocontratación, toda vez que la Ley trae nueve excepciones a la prohibición.

2.- Dentro de las nueve excepciones, siete son de carácter discrecional, como se ha dicho a lo largo de este trabajo, es decir, depende únicamente del administrador realizar las contrataciones o no. Siendo situaciones excepcionadas de forma expresa no cabría una acción de responsabilidad contra el administrador que realice estos actos o contratos. Esto no obstante podría existir perjuicio para la sociedad en el caso de los actos y contratos mencionados. Basta recordar el viejo y conocido principio *nullum crimen nulla poena sine lege*.

3.- En el caso del grupo tres de contrataciones que exigen una aprobación de la junta general, no se requiere de una aprobación unánime del capital social, ni tampoco unánime de la junta general, sino solamente del 75% de los votos concurrentes habilitados para votar, lo que podría ocasionar que socios minoritarios se vean perjudicados por una eventual simulación de cesión de acciones a un tercero no vinculado directamente al administrador para que apruebe. Por cierto, en el caso de la camaronera, se cedieron acciones del mayoritario para que sean otros los que voten y decidan.

4.- Con la excepción prevista en la letra f) del artículo 261 se elimina en un gran porcentaje las situaciones prohibidas de autocontratación, lo cual podría llevar a abusos como contratación de todos los familiares, con remuneraciones exorbitantes.

5.- Con la letra i) que dice que cualquier otro acto o contrato puede ser celebrado con autorización del 75% de los votos concurrentes habilitados para votar se concluye que la prohibición finalmente quedaría soslayada en cualquier otro caso por este porcentaje.

6.- Las excepciones abarcan todas las posibilidades de autocontratación por lo que concluiríamos que hemos pasado de una prohibición legal absoluta a una posibilidad casi absoluta para los administradores de autocontratar.

7.- Si bien el artículo 262.5 de la Ley de Compañías exige que de presentarse un conflicto de interés, el administrador no podrá en ningún caso participar en el acto o negocio respectivo con la compañía a menos que cuente con autorización de la junta general, esto no se aplica a la mayoría de las excepciones a la autocontratación.

8.- En consideración a las conclusiones antes mencionadas los administradores podrían fácilmente librarse de responsabilidad en el desempeño de su cargo, puesto que la abstención de contratar o negociar con la compañía que administrare ha quedado prácticamente derogada y con esto el deber de lealtad que deben cumplir los administradores queda debilitado.

BIBLIOGRAFÍA Y NORMAS CITADAS

Asamblea Nacional. (6 de octubre de 2010). *LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO.* Obtenido de Lexis Finder: https://total.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-LEY_ORGANICA_DE_SERVICIO_PUBLICO_LOSEP

Asamblea Nacional. (7 de julio de 2017). *CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO.* Obtenido de Lexis Finder: https://total.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-CODIGO_ORGANICO_ADMINISTRATIVO_COA

Asamblea Nacional. (15 de marzo de 2023). *REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO 269.* Obtenido de Asamblea Nacional: https://www.asambleanacional.gob.ec/es/multimedios-legislativos/70108-ley-reformatoria-la-ley-de-companias

Comisión de Legislación y Codificación. (5 de noviembre de 1999). *LEY DE COMPAÑÍAS.* Obtenido de Lexis Finder: https://total.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=MERCANTI-LEY_DE_COMPANIAS

Comisión de Legislación y Codificación. (24 de junio de 2005). *CÓDIGO CIVIL.* Obtenido de Lexis Finder: https://total.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CIVIL-CODIGO_CIVIL

Corte Constitucional. (28 de febrero de 2020). *REGISTRO OFICIAL SUMPLEMENTO 151.* Obtenido de Lexis Finder: https://total.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/ImageVisualizer/ImageVisualizer.aspx?id=8A0630932F7C6C37977873728DBC8653244C48D4&type=RO

Corte Constitucional. (10 de diciembre de 2020). *REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO 347.* Obtenido de Lexis Finder: https://total.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/ImageVisualizer/ImageVisualizer.aspx?id=44C6E7EF48A2CC958EB7D6EB7612A7D7E34EB72A&type=RO

Dávila Lazo, F., & ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO. (2021). *REVISTA No. 16 DERECHO SOCIETARIO.* (primera ed.). Guayaquil, Ecuador: Edino.

Gómez Estrada, C. (1996). *DE LOS PRINCIPALES CONTRATOS CIVILES.* (Tercera ed.). Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Pleno de la Asamblea Nacional. (20 de octubre de 2008). *CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.* Obtenido de Lexis Finder:

https://total.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-CONSTITUCION_DE_LA_REPUBLICA_DEL_ECUADOR

Pleno de la Asamblea Nacional. (4 de agosto de 2008). *LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA*. Obtenido de Lexis Finder: https://total.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CONTRATO-LEY_ORGANICA_DEL_SISTEMA_NACIONAL_DE_CONTRATACION_PUBLICA

Real Academia Española. (2001). *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA* (vigésima segunda ed.). Madrid, España: Espasa Calpe S.A.

Romero Parducci, E. D., & ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO. (2021). *REVISTA No. 16 DERECHO SOCIETARIO*. (primera ed.). Guayaquil, Ecuador: EDINO.

Salgado Valdez, R. (2015). *TRATADO DE DERECHO EMPRESARIAL Y SOCIETARIO* (Vol. 2). Quito, Ecuador: PPL Impresores.

Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. (octubre de 2018). *DOCTRINA 126*. Obtenido de Gaceta Societaria: https://www.supercias.gob.ec/gaceta/gaceta_societaria.pdf

Velez, F. (s.f.). *ESTUDIO SOBRE EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO* (segunda ed.). Paris: Imprenta Paris-America.