

Aplicación de las figuras de los administradores de hecho y ocultos en las compañías tradicionales ecuatorianas: sobre la necesidad de su regulación

Application of the roles of de facto and hidden administrators in traditional Ecuadorian companies: on the need for their regulation

MATEO LANDÍVAR CHAVEZ*

Recibido / Received: 09/02/2023

Aceptado / Accepted: 26/06/2023

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.2764>

Citación:

Landívar Chávez, M. “Aplicación de las figuras de los administradores de hecho y ocultos en las compañías tradicionales ecuatorianas: sobre la necesidad en su regulación”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, octubre de 2023, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.2764>

* Pérez Bustamante & Ponce PBP, Abogado, Av. República de El Salvador N36-140, Edificio Mansión Blanca, Quito 170505, Pichincha, Ecuador. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, Ecuador. Correo electrónico: mateolandivar06@gmail.com, mlandivar@pblplaw.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7015-668X>

RESUMEN

Este trabajo exploró las metodologías axiológica y deductiva para analizar la utilidad de la adopción de las figuras de administradores ocultos, o a la sombra, y de administradores de hecho. Si bien el escenario ecuatoriano actual las reconoce para todas las compañías mercantiles, la implementación es reciente ya que, anteriormente, eran reconocidas únicamente en el contexto de las sociedades por acciones simplificadas. Su regulación ha proporcionado mayor seguridad jurídica para socios, accionistas y demás personas relacionadas con una compañía. De acuerdo con esta investigación, el reconocimiento de estas figuras en las compañías tradicionales permite mitigar el problema de agencia que se evidencia con mayor frecuencia en Ecuador y Latinoamérica: aquel conflicto entre socios controladores y no controladores. Para contextualizar a estas figuras se utilizaron como referencia las definiciones encontradas en decisiones jurisprudenciales del Reino Unido, así como legislaciones de la Unión Europea y ejemplos más cercanos como Colombia. El análisis concluyó que la implementación de estas figuras es, en efecto, sumamente valiosa.

PALABRAS CLAVE

Derecho societario; administradores; agencia oficiosa; simulación; problemas de agencia

ABSTRACT

This paper explored axiological and deductive methodologies to analyze the usefulness of adopting the figures of de facto and shadow directors. Although the current Ecuadorian scenario recognizes them for all companies, its implementation is recent since, previously, they were only recognized in the context of the simplified corporations. Its regulation has provided greater legal certainty for shareholders and other actors related to a company. Therefore, according to this research, the recognition of these figures in traditional companies makes it possible to mitigate the most frequent agency problem that Ecuador and Latin America must address: the conflict of interest between controlling and non-controlling shareholders. The definitions provided by jurisprudential decisions of the United Kingdom, legislation of the European Union and closer examples such as Colombia, were used as a reference to put both figures in context. The analysis concludes that the implementation of these figures is, in fact, extremely valuable.

KEYWORDS

Corporate law; directors; officious agency; simulation; agency problems

1. INTRODUCCIÓN

Los administradores de hecho, o *de facto*, y los administradores ocultos, o a la sombra, son clasificaciones que se encuentran claramente reconocidas en los ordenamientos jurídicos de varios países. Ambas figuras permiten responsabilizar a los individuos que actúan en una compañía como administradores sin haber sido legalmente designados como tales.¹ En este trabajo se presentarán diversas definiciones sobre estas figuras de acuerdo con distintas legislaciones y autores, preámbulo que permitirá determinar si ha sido o no útil adoptar tales clasificaciones en Ecuador.

Los administradores de hecho y ocultos son aquellas personas que no ostentan la calidad de administradores legalmente designados por parte de una compañía.² Adicionalmente, en ambos escenarios existe una pérdida de autonomía en la gestión de los administradores legalmente designados.³ Cuando se verifique la existencia de un perjuicio o la comisión de hechos dañosos en desmedro de la compañía, estos administradores incurrirán en las mismas responsabilidades y se verán en la obligación de asumir las mismas sanciones que, acorde a la Ley de Compañías, se aplicarían en los administradores *de iure* o de derecho.⁴

En los siguientes párrafos se podrá evidenciar lo antedicho, aspecto que permitirá reflejar la necesidad de aclarar el concepto de los administradores sin designación, sus obligaciones y la responsabilidad que estos operadores deben afrontar, en ciertos casos, por sus decisiones y acciones en nombre de una sociedad mercantil. Se utilizarán las metodologías axiológica y deductiva para entender la necesidad que existía en cuanto a la regulación de estas figuras en la legislación para las compañías tradicionales ecuatorianas.

2. REVISIÓN DE LA LITERATURA

Una parte de la doctrina considera que no existe necesidad de mantener una distinción estatutaria entre administradores ocultos y de hecho.⁵ Sin embargo, confundir las dos categorías refleja una falta de apreciación de las distintas razones por las que se considera que un individuo es administrador, dependiendo de las

1 Paúl Noboa Velasco, "Segunda jornada sobre la Sociedad por Acciones Simplificada", en *Seminario web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito*, 10 de junio de 2021, 53' 36", <https://www.facebook.com/SuperaciasEC/videos/780381322655493>.

2 Paúl Noboa Velasco, "Administradores de hecho y oculto", en *1 Congreso de Derecho Societario de El Instituto*, Guayaquil, 9 de marzo de 2022, 3h 47' 50", <https://docs.google.com/document/d/11RoxBnyfsgjDuH8jSwtUGotvGIRy4ZjwSTrpLP-Ym28/edit?usp=sharing>.

3 *Ibid.*

4 *Ibid.*

5 Stephen Griffin, *Problems in the identification of a company director* (Birmingham: N.I.L.Q., 2003), 43-58.

circunstancias.⁶ Por lo tanto, se requiere efectuar un análisis comparativo para clarificar el alcance, la naturaleza y el propósito de cada una de dichas figuras.⁷

Las disposiciones normativas que regulan a los administradores de hecho y ocultos imponen los deberes fiduciarios de los administradores a ciertos operadores que, nominalmente, no ostentan ningún cargo administrativo en una compañía.⁸ Lo mencionado permite aplicar estándares adecuados conductuales a quienes ejercen el control efectivo sobre la compañía.⁹

Cabe recalcar que el concepto de ambas figuras presenta características definitorias diferentes y sirve a otros fines.¹⁰ Existe una disimilitud fundamental entre clasificar a una persona como administrador de hecho porque actuó o asumió el cargo de administrador sin serlo legalmente y clasificarla como administrador oculto porque se inmiscuyó en el ámbito de acción de los administradores legalmente designados, sin asumir dicha calidad ante terceros.

2.1. ¿QUIÉN ES UN ADMINISTRADOR Y QUÉ FUNCIONES DESEMPEÑA?

Los administradores dirigen, supervisan, gobiernan y controlan cómo operan las compañías en las que han sido designados con tal dignidad.¹¹ Por lo tanto, su rol consiste en evaluar las opciones y tomar decisiones sobre la dirección y estrategia, organización, regulación y los sistemas de control de la compañía.¹² Estos gestores se deben desenvolver dentro de los límites que impone el contrato social, la ley y las resoluciones adoptadas por las juntas generales o asambleas de accionistas.¹³ Se los podría llamar agentes de la compañía y también de los socios o accionistas,¹⁴ por ello tienen responsabilidades y deberes fiduciarios que cumplir ante la sociedad, ante los asociados y ante terceros.¹⁵

2.2. ADMINISTRADORES DE HECHO

En términos generales, un administrador es aquel que, producto de una designación efectuada por los socios o accionistas, ocupa un cargo administrativo

6 Ibid., 43-58.

7 Chris Noonan, y Susan Watson. "The nature of shadow directorship: Ad hoc statutory intervention or core company law principle?", *The Journal of Business Law*, n.º 8 (diciembre 2006): 763-98.

8 Ibid.

9 Francisco Reyes Villamizar, *La sociedad por acciones simplificada* (Bogotá: Temis, 2018), 172-83.

10 Noonan y Watson, "The nature of shadow directorship", 763-98.

11 Martha Bruce, *Rights and duties of directors 2017/18* (London: Bloomsbury Professional, 2018), 1-24.

12 Ibid.

13 Luis Cabezas Parrales. *La compañía anónima: Análisis sistemático de su normativa* (Quito: Ediciones Legales, 2006), 173-217.

14 Marco Ventoruzzo, et al., *Comparative Corporate Law* (St. Paul: West Academic Publishing, 2015), 295.

15 Francisco Reyes Villamizar, *Derecho societario*, t. 1 (Bogotá: Temis, 2006), 667-732.

en la compañía, sea cual fuere la denominación de dicho cargo.¹⁶ Partiendo de esta definición, los administradores de hecho o *de facto* serían aquellos operadores que han asumido funciones y calidad de administradores de derecho, sin ostentar un nombramiento legalmente conferido en su favor.¹⁷

En varios países, esta figura se encuentra orientada a expandir las responsabilidades legales aplicables a terceros hacia aquellas personas que ejecutan actividades de gestión o administración sin ocupar un cargo formal en la compañía, pero que asumen dicha calidad ante la compañía y terceros.¹⁸ Estas personas desempeñan funciones de administradores sin serlo en estricto derecho, ya sea por un nombramiento defectuoso o inexistente o cuando, por cualquier hecho, dejan de ostentar dicha calidad.¹⁹

2.3. ADMINISTRADORES OCULTOS

Este término es una innovación legal utilizada usualmente como herramienta para responsabilizar a quien no es administrador legalmente designado ni se presenta como tal ante terceras personas, pero que ha influido directamente en la gestión de una compañía.²⁰ En la práctica, un administrador oculto o a la sombra es quien controla los hilos de la marcha administrativa de la compañía, tras bastidores.²¹ Esto justificaría la atribución de responsabilidad sobre ellos por las deudas y acciones de los administradores *de iure* en determinadas circunstancias.²²

Las disposiciones de los administradores ocultos respaldan el deber independiente de toma de decisiones de los administradores al imponer responsabilidad a las personas que usurpan el papel de toma de decisiones.²³

3. MARCO TEÓRICO

De acuerdo con la sección 250 de la Companies Act de 2006 del Reino Unido, administrador es toda persona que ocupe tal cargo, cualquiera sea su denominación.²⁴ Cabe resaltar que, con el tiempo, la gama de deberes a los que están sujetos los administradores a la sombra y de hecho ha aumentado

16 Chris Noonan, y Susan Watson, "Examining company directors through the lens of de facto directorship", *The Journal of Business Law*, n.º 7 (2008): 604, <http://hdl.handle.net/2292/13685>.

17 Ibid.

18 Ibid.

19 Ibid.

20 Noonan y Watson, "The nature of shadow directorship", 763-98.

21 Hydrodan (Corby) Ltd, Re., Corte Suprema de Justicia de Inglaterra, 17 de diciembre de 1993.

22 Noonan y Watson, "The nature of shadow directorship", 763-98.

23 Matthew Barber, "Shadow directors: Compulsion vs advice", *New Zealand Law Journal* 324 (2011): 85-7, <https://doi.org/10.2139/ssrn.1873168> (traducción no oficial).

24 Bruce, *Rights and duties of directors 2017/18*, 1.

y, para muchas jurisdicciones, dichos agentes están sujetos a todos los deberes de los administradores de derecho.²⁵ La legislación ecuatoriana, al regular a las sociedades por acciones simplificadas (en adelante SAS) y recientemente a las sociedades anónimas (en adelante SA) y las compañías de responsabilidad limitada (en adelante Cía. Ltda.),²⁶ ha determinado que los administradores de hecho y ocultos se encuentran sujetos al mismo régimen que los administradores legalmente designados.

Con tal antecedente, dado el panorama actual de Ecuador, surgen varias interrogantes para saber si era necesario incorporar estas figuras en la Ley de Compañías. Por ejemplo, ¿por qué no encasillar estas actividades en el cuasicontrato de agencia oficiosa o en la figura de la simulación de funciones? Sin una fuente formal del derecho se abriría paso a la interpretación y ello desprotegería fuertemente a los intereses de las compañías, a quienes las conforman y se relacionan con ellas. Por esto, es esencial definir a las figuras civiles mencionadas para comprobar si merecen otro tratamiento.

3.1. CUASICONTRATO DE AGENCIA OFICIOSA

La también llamada gestión de negocios ajenos es un cuasicontrato en el que una persona sin mandato administra negocios de otro está obligada para con este último y, en casos, también lo obliga.²⁷ Se dice que se trata de la actuación voluntaria de una persona en nombre de otra, quien no ha conferido un encargo, pero ratifica lo actuado y asume así las obligaciones contraídas.²⁸ Una sentencia expedida, producto de un recurso de casación, conceptualiza más a fondo a esta figura civil²⁹ y señala que las obligaciones del agente oficioso y el mandatario son iguales.³⁰

Se puede inferir que este cuasicontrato busca el mismo fin que el mandato: obrar jurídicamente en interés de otro.³¹ La diferencia radica en que, para el primero, la gestión de los negocios ajenos se asume justamente sin tener mandato, mientras que en el mandato existe un contrato en virtud del cual una persona confía a un tercero la gestión de uno o más negocios.³² Con este antecedente, cabe señalar que los administradores *de facto* actúan sin un nombramiento legalmente conferido a su favor. Por tanto, la figura del cuasicontrato

25 Noonan y Watson, "The nature of shadow directorship", 763-98.

26 Ley Reformativa a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo. R. O. n.º 269, Suplemento de 15 de marzo de 2023.

27 Artículo 2186, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, reformado por última vez 14 de marzo de 2022.

28 Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), 286-287.

29 Sentencia n.º 0108-2014, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 12 de junio de 2014.

30 Artículo 2187, CC.

31 Larrea, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*, 287.

32 *Ibid.*

de agencia oficiosa podría ser equivalente. Sin embargo, su alcance en relación con el asunto analizado afrontaría dos problemas esenciales que demuestran su insuficiencia para mitigar los inconvenientes derivados de las figuras analizadas en este trabajo.

En primer lugar, los efectos de dicho cuasicontrato, en el que se asume la gestión de negocios ajenos sin un mandato, podría dar lugar a la propensión al oportunismo de ciertos operadores intrasocietarios. De acuerdo con el artículo 2190 del Código Civil (en adelante CC), la compañía, como interesada, podría eximirse del cumplimiento de las obligaciones que el agente oficioso hubiere contraído en su gestión si el negocio hubiere sido mal administrado.³³ De este modo, la aplicación de la figura del cuasicontrato de agencia oficiosa para regular la actuación de personas que actúan como administradores de hecho u ocultos podría ocasionar perjuicios a terceros de buena fe, quienes únicamente tendrían la opción de reclamar al agente oficioso si sus actos no son ratificados por la compañía, como beneficiaria.³⁴

Adicionalmente, la agencia oficiosa es definida por el artículo 2186 del CC como el cuasicontrato “por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta y la obliga en ciertos casos”.³⁵ Por lo tanto, el alcance de este cuasicontrato únicamente abarcaría a los administradores de hecho, pero no resultaría suficiente para atribuir responsabilidad sobre los administradores ocultos.

A diferencia de los administradores de hecho, los administradores ocultos no se presentan como gestores de negocios ajenos ante terceras personas, sino que actúan como una instancia de decisión superior que maneja, tras bastidores, los hilos de la marcha administrativa de la compañía. Por lo tanto, la aplicación de los efectos del cuasicontrato de agencia oficiosa resultaría insuficiente para atribuir responsabilidad sobre aquellos que se inmiscuyan e influyan significativamente en la operación administrativa de las compañías.

3.2. SIMULACIÓN DE FUNCIONES

En general, el derecho comercial presenta ciertas modalidades de mandato o afines a él.³⁶ Existen expresiones del mandato que, bajo la apariencia de otros contratos que efectivamente se celebran y surten efectos, son simuladas.³⁷ Estos son comúnmente conocidos como negocios celebrados para transferir al

33 Artículo 2190, CC.

34 Artículo 2190, CC.

35 Artículo 2186, CC.

36 Larrea, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*, 287.

37 Ibid.

verdadero interesado los beneficios y las responsabilidades de la persona que comparece al acto o contrato.³⁸

La Ley de Compañías (en adelante LC) da a entender que, por simulación, responderán, personal y solidariamente, quienes han cometido, ordenado o ejecutado actos simulados.³⁹ En aquel caso, no se simula el acto jurídico que el administrador de hecho celebra con un tercero, sino que, en su lugar, existiría una simulación de funciones por parte de quien compareciere a un acto o contrato a nombre de una compañía.

Bajo aquel contexto, si bien los administradores *de facto* simulan ser administradores de derecho, no se podría aplicar el mismo principio sobre los administradores ocultos. Estos últimos, a diferencia de los administradores *de facto*, no simulan ser administradores de derecho, sino que ejercen una influencia significativa para controlar la toma de decisiones empresariales, sin presentarse como administradores habilitados para obrar y obligar a una compañía.

Es decir, más allá de la discusión sobre los efectos derivados de una simulación de funciones en el Ecuador, aplicar esta figura únicamente ofrecería una solución parcial, puesto que solamente se podría considerar que los administradores de hecho incurrirían en el supuesto de simulación de funciones administrativas.

En esta misma línea, es esencial decir que la tendencia societaria contemporánea respalda la postura de defender los derechos de terceros que de buena fe hubieran celebrado un acto o contrato con una compañía. Por ejemplo, como lo indica la Directiva 2017/1132 de la Unión Europea sobre determinados aspectos del derecho de sociedades en su considerando quinto al mencionar que “la protección de terceros debe quedar garantizada por disposiciones que limiten, todo lo posible, las causas de invalidez de los compromisos contraídos en nombre de las sociedades por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada”.⁴⁰

Este efecto podría afectar a las contrapartes contractuales de la compañía, generándose la grave secuela, según Francisco Reyes, “de inseguridad jurídica para los terceros que contratan con la sociedad”.⁴¹ Sin embargo, los administradores ocultos, al no presentarse como si ostentaran dicha calidad, no se verían sujetos a los efectos derivados de una simulación de funciones.

38 Ibid., 287.

39 Sección Tercera, LC, Ley de Compañías [LC], R. O. 312 de 5 de noviembre de 1999 reformada por última vez 15 de marzo de 2023.

40 Directiva 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades, Unión Europea, 14 de junio de 2017.

41 Reyes Villamizar, *La sociedad por acciones simplificada*, 113.

Como se puede apreciar, el alcance de la figura civil de la simulación también resulta insuficiente para atribuir responsabilidad sobre los administradores ocultos y podría generar incertidumbre entre los terceros que contratan con una compañía que hubiera comparecido a un contrato por intermedio de un administrador de hecho u oculto. Por consiguiente, se puede concluir que la regulación de los administradores de hecho y ocultos debe contener un alcance diferente a las tradicionales figuras civiles que más se le asemejan.

4. MARCO NORMATIVO

4.1. NORMATIVA LOCAL

En la Ley de Compañías, el artículo innumerado titulado “Representación legal”, en la sección que rige a las SAS, claramente establece que la representación legal de la sociedad por acciones simplificada la ejercerá la persona, natural o jurídica, designada por la asamblea de accionistas. Para tales efectos, se debe extender un nombramiento en su favor, documento que deberá ser inscrito en el Registro de Sociedades de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante SCVS).⁴² A partir de dicha inscripción, el representante legal comenzará a desempeñar sus funciones y se considerará un administrador legalmente designado.⁴³ Cabe mencionar que el tratamiento de las compañías tradicionales, con respecto a las SAS, es distinto.⁴⁴

La sección de artículos innumerados de la LC aluden a que las reglas relativas a la responsabilidad de administradores serán aplicables al representante legal de la SAS, así como a su junta directiva y demás órganos de administración, en caso de existir.⁴⁵

El artículo referente a la responsabilidad de los administradores de hecho y ocultos, añadido en la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo publicada el 15 de marzo de 2023, indica que:

Los artículos de la sección legal que rige a las sociedades por acciones simplificadas [...], también tendrán aplicación en el ámbito de las sociedades anónimas y, por remisión, para las compañías de responsabilidad limitada. La compañía quedará obligada frente a terceros de buena fe por todos los actos o contratos ejecutados o celebrados por un administrador de hecho u oculto.⁴⁶

42 Artículo innumerado. - Representación legal, LC.

43 Id.

44 Artículo 92, LC, en adelante.

45 Artículo innumerado. Responsabilidad del representante legal, LC.

46 Artículo 272.8, LC.

De manera categórica, el artículo reconoce a las dos figuras centrales de este trabajo, incluyendo a todo aquel que, sin ser representante legal de una sociedad mercantil, se inmiscuya en la compañía con una actividad positiva de gestión, administración, dirección, y a aquella persona que asumiere frente a terceros la calidad de administrador sin serlo legalmente.⁴⁷ Ambas figuras estarán sujetas a iguales responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores *de iure*.⁴⁸

La ley ecuatoriana permite que se detalle la estructura administrativa de la compañía en su estatuto social, sea unipersonal o colectivo. El principio de blindaje del patrimonio personal de los administradores es protegido en la LC al indicar que ellos no asumirán ninguna obligación personal por los negocios de la compañía,⁴⁹ por su administración, salvo que exista una extralimitación en sus atribuciones, siempre que concurrieren actuaciones fraudulentas o abusivas.⁵⁰

Por otro lado, y hablando sobre la teoría contrapuesta a estas figuras, el CC define al cuasicontrato de agencia officiosa como aquel en el cual alguien administra los negocios de otra persona y se obliga para con esta y, en ciertos casos, la podría obligar también, a pesar de no tener un mandato.⁵¹ Las obligaciones del agente officioso, son las mismas que las del mandatario.⁵² Se dice que la también llamada gestión de negocios ajenos existe si es que, sin autorización alguna del tercero, el mandante obra.⁵³ En la misma línea, un verdadero mandato existe cuando el negocio interesa juntamente a cualquiera de las dos partes e incluso si hay un tercero, exclusivamente o en la relación con ambos (quien hace el encargo y quien lo acepta).⁵⁴

4.2. NORMATIVA INTERNACIONAL

El fin de la Ley Modelo sobre la Sociedad por Acciones Simplificada, promovida por la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA), es establecida en la sección 1 del primer capítulo.⁵⁵ Sobre la organización de las SAS, la ley indica que en los estatutos se determinará libremente su estructura orgánica y demás normativa que regule su funcionamiento.⁵⁶ Para el tema abordado, seguramente el artículo más importante en la presente Ley Modelo es el que detalla la responsabilidad de los administradores. Se aplicarán las reglas sobre la responsabilidad de administradores del código, ley, decreto o

47 Artículo innumerado. Responsabilidad del representante legal, LC.

48 Id.

49 Artículo 255, LC.

50 Cabezas, "La compañía anónima", 194.

51 Artículo 2186, CC.

52 Artículo 2187, CC.

53 Artículo 2024, CC.

54 Id.

55 Sección 1, Resolución, Proyecto de Ley Modelo Sobre la Sociedad por Acciones Simplificada, Comité Jurídico Interamericano, CJI/RES.188 (LXXX-O/12), OEA, de 9 de marzo de 2012.

56 Artículo 17, Proyecto de Ley Modelo.

estatuto correspondiente, tanto al representante legal de la SAS como a su junta directiva y demás órganos de administración.⁵⁷

De lo mencionado, y sus párrafos subsiguientes, se desprenden las reglas, responsabilidades y sanciones que se aplicarán a los órganos de administración que se inmiscuyan en la gestión, administración o dirección de la sociedad sin ser administradores:

Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores.⁵⁸

Dicho artículo, con fundamento en la necesidad de salvaguardar los intereses de terceros de buena fe, determina que una SAS “quedará obligada en los términos pactados ante terceros de buena fe” cuando ella o sus administradores hubieren dado motivos para hacer creer que una persona estaba facultada para obrar en su nombre.⁵⁹

5. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO Y OCULTOS

Para comenzar esta explicación, cabe reiterar que la legislación ecuatoriana admite a los administradores de derecho, así como a los administradores de hecho y ocultos. En relación con los primeros, los nombramientos de los administradores de la compañía deben ser inscritos en el Registro de Sociedades de la SCVS. La ley establece que, para las compañías tradicionales, el nombramiento de un administrador, con razón de su aceptación como representante legal de la compañía, debe inscribirse en el Registro Mercantil del domicilio principal de la compañía.⁶⁰

A raíz de las inscripciones registrales referidas anteriormente, los administradores inician sus funciones y se consideran administradores *de iure*.⁶¹ Para estos administradores, después de haberse configurado en calidad de tal, sea por inscripción en los registros públicos o por su mera designación cuando no ostentaren la representación legal de la compañía, surgen varios deberes y responsabilidades a los que deben ceñirse.⁶² Adicionalmente, por poseer tal calidad se encuentran sometidos a ciertas restricciones de orden legal,⁶³ que

57 Artículo 2, Proyecto de Ley Modelo.

58 Párrafo primero, Proyecto de Ley Modelo.

59 Párrafo segundo, Proyecto de Ley Modelo.

60 Cabezas, *La compañía anónima*, 173-217.

61 Noboa Velasco, “Administradores de hecho y oculto”.

62 Reyes, *Derecho societario*, 697.

63 Artículo 261, LC.

repercuten internamente y ante terceros.⁶⁴ En contraste, los administradores de una compañía que no ostentaren la representación legal no deberán efectuar ninguna inscripción de sus nombramientos.⁶⁵

Anteriormente, en la regulación de las compañías tradicionales ecuatorianas, no existía certeza para determinar qué sucedía en los casos en los que la compañía hubiese actuado por intermedio de una persona que, formalmente, no era un administrador legal debidamente designado. Afortunadamente, ahora estas figuras —que tienen aplicación en el ámbito de las SAS— tienen, legalmente, la posibilidad de ser empleadas también en las sociedades anónimas y, por remisión, para las compañías de responsabilidad limitada⁶⁶, en lo relativo a la responsabilidad de los administradores que no son de derecho.

Las *provisions* de los administradores de hecho y ocultos, en las legislaciones en las que se encuentran reguladas, parecen ampliar el ámbito de aplicación de ciertos deberes impuestos a los administradores de derecho a aquellos que en realidad controlan la compañía. Las disposiciones del administrador a la sombra con frecuencia imponen solo responsabilidad cuando esa persona ha ordenado a un administrador *de facto* o *de iure* que infrinja algún deber que este le debe a la compañía. Sin prejuicio de aquello, no se debe considerar que las legislaciones societarias han impuesto deberes fiduciarios distintos sobre los administradores de hecho y ocultos.⁶⁷ Esto debido a que solo existe una ampliación de los deberes fiduciarios de los administradores de derecho hacia ellos.

Los administradores de hecho son personas que se presentan como administradores legalmente designados, teniendo esa consideración por parte de la compañía.⁶⁸ De este modo, los administradores de hecho asumen la apariencia, ante la compañía y terceros, de administradores de derecho, razón por la que se consideran como una instancia equivalente a los administradores que tienen un nombramiento conferido a su favor.⁶⁹ Por lo tanto, y al ser considerados como equivalentes, los administradores de hecho están sujetos a los mismos deberes fiduciarios e igual régimen de responsabilidad que sus contrapartes de derecho.

Las disposiciones del administrador oculto a menudo imponen responsabilidad solamente sobre estos cuándo han ordenado a un administrador *de iure* o *de facto* que infrinja algún deber que estos últimos le deban a la compañía.⁷⁰ Es decir, existe una obligación moral de los administradores *de iure* y *de facto* en acatar sus instrucciones sin cuestionamiento, por lo que sus órdenes tienden a

64 Reyes, *Derecho societario*, 697.

65 Artículo 13, LC.

66 Artículo 272.8, LC.

67 Noonan y Watson, "The nature of shadow directorship", 763-98.

68 Mumtaz Properties Ltd, Re, Corte de Apelaciones, División Civil, 24 de mayo de 2011.

69 Hydrodan (Corby) Ltd, Re, Corte Suprema de Justicia de Inglaterra, 17 de diciembre de 1993.

70 Ibid.

ser determinantes en el devenir operacional de una compañía.⁷¹ Por tanto, los administradores ocultos son una instancia de decisión superior.⁷²

5.1. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO Y OCULTOS

Existen varios nombres otorgados a los diferentes tipos de administradores.⁷³ No obstante, cabe indicar que, independientemente de la denominación que se le asigne a cada uno, haya sido debidamente designada o no, la persona que ocupe el cargo de administrador y ejerza tal función comparte los mismos deberes y responsabilidades como los demás administradores *de iure*.⁷⁴

Para hablar de similitudes, tanto los administradores *de facto* como los *shadow directors* carecen de una designación legal de administradores por parte de una compañía.⁷⁵ En el mismo sentido, para ambas figuras, los administradores *de iure*, aquellos que sí han sido nombrados como tales, pierden autonomía en su gestión.⁷⁶ Cabe destacar también que poseen las mismas responsabilidades que los administradores de derecho que han sido formal y legalmente nombrados como tales.

En caso de que se verifique la comisión de daños y perjuicios a la compañía, los administradores de hecho y ocultos estarán sujetos a las disposiciones que la Ley de Compañías ha previsto para sancionar a los administradores legalmente designados. Es decir, los administradores de hecho y ocultos incurrirán en las mismas responsabilidades y afrontarán las mismas sanciones que los administradores designados legalmente.

En relación con las diferencias entre las figuras, los administradores ocultos no actúan como administradores legalmente designados.⁷⁷ En su lugar, son quienes ejercen una influencia significativa sobre los administradores sociales y, por tal motivo, son considerados una instancia de decisión superior que controla, tras bastidores, los hilos de la marcha operacional de las compañías.⁷⁸

71 Sección 251, Companies Act (2006), Reino Unido; Sección 127, Companies Act (1993), Nueva Zelanda.

72 Hydrodan (Corby) Ltd, Re, Corte Suprema de Justicia de Inglaterra, 17 de diciembre de 1993.

73 Roberto Salgado Valdez, *Obligaciones y responsabilidades de administradores de compañías* (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, 2002).

74 Bruce, *Rights and Duties of Directors 2017/18*, 4.

75 Noboa Velasco, "Administradores de hecho y oculto".

76 Ibid.

77 Ibid.

78 Ibid.

Los administradores de hecho buscan tomar la apariencia de un administrador *de iure* ante la misma compañía y también ante terceros, y son ellos quienes ejecutan los actos que pueden causar perjuicios a la compañía y a terceros. Por su parte, los administradores ocultos únicamente asumen responsabilidad si su influencia significativa genera la comisión de un daño que, formalmente, es ejecutado por el administrador *de iure*.⁷⁹

6. LEGISLACIONES EN LAS QUE LA FIGURA SE ENCUENTRA INCORPORADA

Las compañías tradicionales ecuatorianas ya cuentan con regulación societaria sobre los administradores de hecho y ocultos.⁸⁰ La regulación de los administradores de hecho y ocultos aplicable sobre las SAS fue trasladada a todas las especies societarias reguladas por la LC, con el objeto de precisar qué sucederá cuando una compañía se obligara, producto de la actuación de una persona que no tiene un nombramiento legalmente conferido a su favor o por influencia de una instancia de decisión superior.

La experiencia del derecho comparado y comparativo permitió implementar la solución más viable para Ecuador, considerando su patrón accionarial de capital concentrado.⁸¹ Estos modelos permitieron entender la importancia de incluir tales figuras en nuestra regulación societaria.

6.1. REINO UNIDO

En primer lugar, corresponde manifestar que la efectividad del régimen de los *shadow* o *de facto directors* disminuye si una persona evade cualquier responsabilidad por no tener una designación formal como administrador, a pesar de dirigir e instruir a aquellos que sí lo son.⁸² Por esta razón, el concepto legal de director en la sombra y de hecho se crearon en la sección 741(2) de la Companies Act de 1985 (y reformulado en la sección 251 de 2006) para abordar este problema.

En Reino Unido, la denominación de “administrador oculto” o “a la sombra” sugiere ser una figura de fondo que oculta deliberadamente su influencia real sobre los administradores de la compañía.⁸³ Existe jurisprudencia en la que un director ejecutivo de un grupo de compañías, que da instrucciones

79 Brenda Hannigan, *Company Law* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 167-8.

80 Paúl Noboa Velasco, “La implementación de las acciones derivadas en Ecuador”, *Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, 3 de agosto de 2021, <https://www.derechoyfinanzas.org/la-implementacion-de-las-acciones-derivadas-en-ecuador/>.

81 OECD, “White Paper on Corporate Governance in Latin America 2003”, <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/18976210.pdf>, 23 de marzo de 2022 (traducción no oficial).

82 Michael Taylor, “Directors’ duties: Can a director be liable even if not formally appointed”, *Walker Morris*, 5 de junio de 2018, <https://www.walkermorris.co.uk/publications/directors-duties-can-a-director-be-liable-even-if-not-formally-appointed/>.

83 *Ibid.*

abiertamente a la junta directiva de una compañía parte del grupo, fue considerado como administrador oculto gracias a la influencia ejercida sobre la administración de la compañía subsidiaria.⁸⁴

Como se ha mencionado, estos administradores estarán obligados a los mismos deberes fiduciarios que los administradores *de iure*, dependiendo de los hechos y las circunstancias. Esto incluirá, por ejemplo, la responsabilidad por negociación ilícita.⁸⁵ Por su parte, sobre los *de facto directors* se ha dicho que no existe una prueba única para un administrador *de facto*, una persona puede serlo incluso cuando ha habido un nombramiento inválido o no ha habido uno.⁸⁶ En tal escenario, lo relevante es saber si una persona ha asumido la responsabilidad de actuar como administrador.

6.1.1. RE MUMTAZ PROPERTIES LTD

El caso *Re Mumtaz Properties Ltd*, resuelto por la Corte de Apelaciones del Reino Unido, es considerado el *leading case* para explicar la definición de los administradores *de facto*.⁸⁷ El caso trata sobre una compañía familiar que cuenta con varios administradores y que da nombre al caso. El proceso fue iniciado por el liquidador de la compañía contra tres miembros de la familia Ahmed, dos hermanos y su padre. Los hermanos ostentaban formalmente los cargos de directores de la compañía, mientras que el padre no poseía dicha calidad. Sin embargo, todos participaban activamente en el negocio de la compañía.

La compañía cayó en un estado de insolvencia, por lo que el liquidador buscaba atribuir responsabilidad por las pérdidas de la compañía sobre las personas que actuaron por él. A pesar de que el padre no era legalmente administrador, estaba directamente implicado en el giro operacional de la misma, manteniendo relación con los proveedores, fijando la política de remuneraciones de los trabajadores e incluso registrando su firma en las cuentas bancarias de la compañía.

Por tales circunstancias, la Corte consideró que el patriarca era un administrador *de facto*, dado que él se presentaba, ante la compañía y terceros, como un administrador legalmente designado, y la compañía lo consideraba como tal. Por consiguiente, el padre, junto con sus hijos, fue obligado a resarcir dinero a la compañía en liquidación para cubrir las obligaciones de los acreedores, de acuerdo con la figura del *wrongful trading* prevista en la *Insolvency Act* del Reino Unido de 1986.

⁸⁴ Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs and other c. Holanda, Corte Suprema del Reino Unido, 24 de noviembre de 2010.

⁸⁵ Sección 214, *Insolvency Act* (1986), Reino Unido.

⁸⁶ Taylor, "Directors' duties".

⁸⁷ *Mumtaz Properties Ltd, Re*, Corte de Apelación, División Civil, 24 de mayo de 2011.

6.1.2. SMITHTON LTD C. NAGGAR

Este es otro caso relacionado con la figura de administradores de hecho.⁸⁸ Naggar era administrador de una compañía matriz que poseía la mayoría de las acciones de otra compañía, que era su subsidiaria. Naggar tenía vínculos contractuales con la compañía subsidiaria y, en ciertas ocasiones, en calidad de administrador de la primera compañía, ofrecía asesoramiento a los administradores legalmente designados de la subsidiaria.

La compañía subsidiaria sufrió pérdidas debido a los contratos con los asociados de Naggar. Los otros administradores de la compañía subsidiaria lo demandaron, alegando que estaba incumpliendo sus deberes y que su intromisión causó dicho estado de desfinanciamiento. La Corte de Apelaciones concluyó que Naggar no era responsable porque no era un administrador legalmente designado. La Corte también concluyó que Naggar no era un administrador *de facto*, dado que no asumió dicha calidad ante terceras personas y la compañía tampoco lo trató como tal.

La Corte concluyó que, si bien es cierto que Naggar había participado en deliberaciones que afectaron a la compañía Smithton Ltd, su participación se fundamentó en su legítimo rol de cliente y administrador del principal accionista de la compañía. Por consiguiente, Naggar no fue considerado un administrador de hecho y no asumió responsabilidad alguna por las obligaciones de la compañía.

6.1.3. RE HYDRODAN (CORBY) LTD

De este caso, cuya decisión ha ofrecido varias definiciones que citadas anteriormente,⁸⁹ se desprende el fundamento de la clasificación como administrador oculto. De acuerdo con el criterio del juez Peter Millet, el administrador oculto es una persona a quien la compañía está acostumbrada a escuchar.⁹⁰

Si hay una persona que no está oficialmente nombrada y no se presenta como administrador, pero se comunica regularmente con el directorio y el mismo acostumbra a actuar bajo sus instrucciones, entonces debe ser considerado como administrador oculto o a la sombra.⁹¹ Particularmente, este maneja los hilos de la compañía tras bastidores,⁹² refugiándose detrás de los administradores *de iure*. La principal característica de un administrador a la sombra se

88 Smithton Ltd c. Naggar, Corte de Apelación, División Civil, 11 de agosto de 2014.

89 Hydrodan (Corby) Ltd, Re. Corte Suprema de Justicia de Reino Unido, 17 de diciembre de 1993.

90 Holland (Respondent) c. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs (Appellant) and another, 36-37. <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0131-judgment.pdf>.

91 Ibid.

92 Ibid.

distingue del papel de un administrador de hecho, en vista de que no pretende actuar como un administrador legalmente designado.⁹³

6.1.4. SECRETARY OF STATE FOR TRADE & IND. C. DEVERELL

El caso Deverell guarda relación con un proceso de descalificación iniciado por la Secretaría de Industrias del Reino Unido en contra de dos individuos que, formalmente, actuaban como consultores de una compañía que fue declarada en insolvencia.⁹⁴ La Corte concluyó que uno de los consultores estaba vinculado al más alto nivel con la toma de decisiones administrativas de la compañía, mientras que el otro consultor se inmiscuía regularmente en aspectos que afectaron la liquidez de la compañía. Con fundamento en su clara intromisión en la gestión administrativa de la compañía, la Corte concluyó que ambos actuaron como administradores ocultos.

De acuerdo con el análisis del caso Deverell, una persona será considerada un administrador oculto cuando, en lugar de limitar su actuación a brindar asesoramiento profesional, ejerce una real influencia en la marcha administrativa de la compañía.⁹⁵ Sin embargo, no es indispensable que dicha influencia sea ejercida sobre toda la operación de la compañía, sino que puede concretarse a ciertos aspectos puntuales (decisiones financieras o de negocio de la sociedad). Finalmente, se requiere que los administradores *de iure* estén acostumbrados a actuar de acuerdo con las directrices de los administradores ocultos, acatando, sin cuestionamiento, sus órdenes, instrucciones, recomendaciones o consejos.⁹⁶

Derivado de la decisión de este caso, es posible concluir que un simple consejo es insuficiente. Para hablar de esta figura, es siempre necesaria una obligación moral de los administradores *de iure* en acatar, sin cuestionamiento, las órdenes, instrucciones, recomendaciones o consejos del administrador ocultos.

Este caso aún no se ha discutido en detalle en los varios países de corte anglosajón y, aunque ha sido objeto de numerosas críticas,⁹⁷ se lo ha citado como ley por la Corte Suprema de Nueva Zelanda en 2013.⁹⁸ Deverell amplía la red de posibles administradores a la sombra. En definitiva, el umbral se sitúa más bajo en la interpretación de requisitos de Hydrodan para estos administradores. Cabe decir que esto es aplicable solo a los procedimientos de

93 Ibid.

94 Secretary of State for Trade and Industry c. Deverell, Corte de Apelación del Reino Unido, División Civil, 21 de diciembre de 1999.

95 Secretary of State for Trade and Industry c. Deverell, párrs. 1-13.

96 Id.

97 Noonan y Watson señalan que al secretario de Estado se le negó el permiso para argumentar que los acusados eran administradores *de facto*, lo que probablemente se haya encontrado en los hechos. Para que fueran responsables, era necesario que la corte aplicara la disposición del administrador oculto.

98 Secretary of State for Trade and Industry c. Deverell, párrs. 1-13.

inhabilitación. Estos procedimientos tienen un interés público: proteger a terceros de tratar con empresas que están atrapadas con directores deficientes.⁹⁹

6.1.5. VIVENDI SA C. RICHARDS

Para finalizar, en el caso Vivendi, el señor Richards, accionista mayoritario de la compañía Vivendi SA, participaba regularmente en la creación del plan de negocios de la sociedad, planteaba estrategias comerciales, mantenía contacto con asesores comerciales esenciales y supervisaba las inversiones de la compañía. Sin embargo, el aspecto más relevante del caso fue que el único director de la compañía siempre acudía a buscar las directrices del señor Richards, y seguía sus directrices sin cuestionamiento. Por consiguiente, el señor Richards fue considerado como un administrador oculto.¹⁰⁰

Este caso demuestra con claridad que los socios de control afrontan un alto riesgo de ser considerados como administradores ocultos si, en la gestión ordinaria de la compañía, van más allá de velar por sus legítimos intereses como accionistas y se inmiscuyen, de manera reiterada, en la toma de decisiones de negocio, siempre que los administradores estén acostumbrados a actuar, sin cuestionamiento, bajo sus directrices e instrucciones.¹⁰¹

6.2. UNIÓN EUROPEA

El enfoque europeo refleja una renuencia general a responsabilizar a los socios o accionistas mayoritarios mientras no participen directamente en la gestión de la compañía.¹⁰² Pero cuando los socios o accionistas mayoritarios asumen el control real muchas jurisdicciones europeas se vuelven más exigentes.¹⁰³ Los socios o accionistas mayoritarios que intervienen activamente en los asuntos corporativos pueden convertirse en administradores de hecho u ocultos y enfrentar responsabilidad civil y, en ocasiones, sanciones penales,¹⁰⁴ por ejemplo, bajo la disposición francesa del *abus de biens sociaux*.

Según la doctrina francesa, los denominados *dirigents de fait* son aquellas personas físicas o jurídicas que, a pesar de estar desprovistas de un mandato social,¹⁰⁵ se inmiscuyen en el funcionamiento de la sociedad para ejercer, con soberanía e independencia, una actividad positiva de gestión, administración y dirección.¹⁰⁶ Dado que las compañías familiares son comunes en Francia,

99 Id.

100 Vivendi SA Centenary Holdings III Limited c. Richard & Ors, Corte Suprema, Chancery Division, 9 de octubre de 2013.

101 Hannigan, *Company Law*, 167-168.

102 John Armour, et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (Oxford: Oxford Scholarship Online, 2017), 229.

103 Ibid., 229.

104 Ibid.

105 Reyes, *Derecho societario*, 670.

106 Ibid.

varios autores de este país se refieren a que la mera existencia de una relación familiar no es suficiente para conferir a una persona la condición de agente que se inmiscuya en las decisiones de negocio de una compañía.¹⁰⁷

De acuerdo con la legislación francesa, siempre se requiere una intromisión positiva en las actividades de dirección o de administración para atribuir responsabilidad sobre una persona que no ostentare un cargo directivo en una compañía.¹⁰⁸ No muy lejos, en la legislación portuguesa, existe una disposición sobre la *responsabilidade de outras pessoas com funções de administração*, según la cual “las disposiciones relativas a la responsabilidad de los gerentes, administradores y directores se aplican a otras personas a las que les sean confiadas funciones de administración”.¹⁰⁹

Este artículo permitiría atribuir responsabilidad sobre los administradores de hecho, a quienes la compañía podría confiar ciertas funciones de administración. Sin embargo, este artículo resultaría insuficiente para imponer responsabilidad sobre un administrador oculto, dado que esta persona no recibe un encargo administrativo, sino que ejerce una influencia significativa sobre los administradores de la compañía.

6.3. COLOMBIA

Dado el constante escenario de control sobre la administración de una sociedad por parte de individuos ajenos al cargo de administradores,¹¹⁰ el legislador colombiano tomó la decisión de incluir, en su ordenamiento, la regulación de los administradores de hecho. El artículo 27 de la ley 1258 del 2008 dicta que:

Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuya en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores.¹¹¹

En virtud de la vigencia de la mencionada ley que implementó a las SAS en Colombia, las responsabilidades legales aplicables a los administradores se extendieron a individuos que, a pesar de no ocupar cargos formales de administración en una compañía, desempeñen actividades positivas de administración y gestión.¹¹² Esta clasificación también permite imponer una serie de sanciones legales, originalmente previstas para los administradores legalmente

107 Alexis Constantin, *Droit de sociétés: Droit commun et droit spécial des sociétés* (París: Dalloz, 2005), 52.

108 *Ibid.*, 52.

109 Artículo 80, Código das Sociedades Comerciais, Decreto-Ley n.º 76-A/2006, de 29 de marzo y modificado por Decreto-Ley n.º 357-A/2007, de 31 de octubre, Diário da República de Portugal.

110 Reyes, *La sociedad por acciones simplificada*, 172-83.

111 Artículo 27, Ley 1258, Diario Oficial n.º 47.194 de 5 de diciembre de 2008, Congreso de la República de Colombia.

112 Reyes, *Derecho societario*, 670.

designados, sobre agentes que actúen sin ostentar, nominalmente, un cargo administrativo en la compañía.¹¹³

7. MITIGACIÓN DE LOS PROBLEMAS DE AGENCIA

Con fundamento en la experiencia de otras jurisdicciones, apegados al derecho comparado en la región y al derecho comparativo de acuerdo con los modelos europeos, las figuras de los administradores de hecho y ocultos en la regulación de los tipos societarios tradicionales, dan paso a mitigar el principal problema de agencia que existen en el Derecho Societario ecuatoriano.¹¹⁴

7.1. ¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS DE AGENCIA?

El derecho societario cumple con algunas funciones, entre ellas controlar los conflictos de interés entre los grupos corporativos, incluidos aquellos entre los *insiders* corporativos, como los socios o accionistas mayoritarios y los altos directivos, y los *outsiders*, como los socios o accionistas minoritarios o los acreedores.¹¹⁵ Uno de los más importantes objetivos de esta rama del derecho es la mitigación de problemas de agencia.¹¹⁶

En términos generales, los problemas de agencia, en su punto de vista económico, surgen cuando una persona (principal) encomienda a un tercero (agente) la gestión de sus negocios e intereses.¹¹⁷ La conceptualización de agencia debería incluir todas las relaciones en las que el agente tuviere la capacidad de influir y ejercer control sobre el bienestar o la propiedad del principal.

Dentro de este contexto, el derecho societario debería establecer un marco que asegure que los agentes actúen en procura de los intereses de los principales, en lugar de adelantar su propio provecho y beneficio.¹¹⁸ Existen tres problemas de agencia que se presentan con razón de que las compañías actúan como “elementos aglutinadores”,¹¹⁹ que provienen de diversos intereses que se encuentran en la posibilidad de colisionar entre sí.¹²⁰ De estos tres problemas de agencia, el conflicto que surge entre los asociados controladores y no controladores es el

113 Constanti, *Droit de sociétés*, 52.

114 Noboa Velasco, “Administradores de hecho y oculto”.

115 John Armour, Henry Hansmann, y Reinier Kraakman, “Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement”, *Oxford Legal Studies Research Paper No. 21/2009*, *Yale Law, Economics & Public Policy Research Paper No. 388*, *Harvard Law and Economics Research Paper Series No. 644*, *European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 135/2009* (julio 2009): 3, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436555.

116 *Ibid.*, 57

117 Paúl Noboa Velasco, “Problemas de agencia y su mitigación en el contexto societario ecuatoriano”, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, Working Paper Series 5/2020* (2020): 5.

118 Armour et. al., “Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement”, 3.

119 Noboa, “Problemas de agencia y su mitigación en el contexto societario ecuatoriano”, 5.

120 Armour, et. al., “Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement”, 57.

más relevante en el contexto societario ecuatoriano e iberoamericano,¹²¹ con fundamento en su patrón de concentración de capital.¹²²

Los denominados problemas de agencia abarcan el conflicto entre los socios de control y los socios no controlantes.¹²³ Bajo aquel contexto, y con fundamento en su posición de dominio y control de los negocios sociales, los socios mayoritarios pueden ser considerados agentes de los socios minoritarios.¹²⁴ Si bien este problema es más notorio en los conflictos entre socios mayoritarios y minoritarios,¹²⁵ aparece cada vez que algún grupo de asociados de una compañía puede controlar las decisiones que afectan a otros socios o accionistas, como sucedería en los conflictos entre accionistas ordinarios como agentes de los accionistas preferidos.¹²⁶

Tomando en consideración sus elementos esenciales, las figuras de los administradores *de facto* y ocultos responden a la necesidad de mitigar el *shareholding agency problem*.¹²⁷ Al reconocer a los administradores en todas sus formas y manifestaciones, la regulación societaria brindará un evidente refuerzo a la seguridad jurídica.¹²⁸ Esto, junto con otras ventajas, reducirá la propensión al oportunismo de los *corporate insiders*, quienes, partiendo de su posición de dominio, puedan tomar decisiones que antepongan su propio beneficio en desmedro del mejor interés de la compañía y de los otros asociados.¹²⁹

8. IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO Y OCULTOS EN LAS COMPAÑÍAS TRADICIONALES

Las posibles soluciones que el derecho civil podría haber ofrecido son, en primer lugar, por intermedio del cuasicontrato de agencia oficiosa y, en segundo lugar, mediante la figura de la simulación. Al no tener aplicación sobre los administradores ocultos y al no cobijar a terceros de buena fe que hubieran contratado con una compañía por intermedio de aquellos agentes, tienen un alcance limitado para mitigar el principal conflicto de interés que el derecho societario ecuatoriano debe mitigar.

121 Paúl Noboa Velasco, "Agency Problems in Ecuadorian Companies: Protecting Non-Controlling Shareholders", *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, 7 de diciembre de 2020, <https://www.derechoyfinanzas.org/agency-problems-in-ecuadorian-companies-protecting-non-controlling-shareholders-2/>.

122 OECD, "White Paper on Corporate Governance in Latin America".

123 Armour et. al., "Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement", 2.

124 Ibid., 3.

125 Luca Enriques, y Paolo Volpin, "Corporate Governance Reforms in Continental Europe", *Journal of Economic Perspectives* 21, n.º 1 (invierno 2007): 117, <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.21.1.117>.

126 Armour et. al., "Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement", 4.

127 Noboa Velasco. "Administradores de hecho y oculto".

128 Noboa, "Problemas de agencia y su mitigación en el contexto societario ecuatoriano", 37.

129 Ibid.

Ahora bien, con el fin de mitigar el principal problema de agencia latinoamericano, nuestro ordenamiento societario ha establecido un marco que permite a los socios o accionistas minoritarios entablar las acciones del caso no solamente en contra de los administradores legalmente designados, sino también, y de manera más significativa, en contra de aquellas personas que efectivamente ejercen un control directo sobre las decisiones operacionales y administrativas de las sociedades mercantiles.

Bajo aquel contexto, la regulación de las figuras de los administradores de hecho y ocultos, desde un punto de vista *ex ante*, desincentiva a los socios o accionistas mayoritarios a inmiscuirse directamente en la marcha administrativa de la compañía y a ejercer una influencia significativa e injustificada en la gestión societaria.¹³⁰ Desde un punto de vista *ex post*, para la envidia de la mayoría de países en Latinoamérica, nuestra regulación ahora permite entablar acciones procesales en contra de las personas que, efectivamente, manejen tras bastidores los hilos de la marcha operacional de la compañía.¹³¹

Por su parte, cabe indicar que, en el contexto ecuatoriano, la regulación de las SAS ya cuenta con una serie de medidas para atribuir responsabilidad sobre los administradores de hecho y ocultos. Consecuentemente, las demás sociedades mercantiles consagradas en la LC cuentan con esta protección, con fundamento en las evidentes ventajas derivadas de la mencionada regulación en otros países.

Adicionalmente, y con el fin de efectivizar la regulación de los administradores de hecho y ocultos en Ecuador, las recientes leyes reformativas a la LC complementan dicha implementación con una redefinición de las acciones derivadas y con un marco que asegura la protección de terceros de buena fe que hubieran celebrado un acto o contrato con un administrador *de facto* u oculto.

8.1. IMPLEMENTACIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS EN CONTRA DE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO U OCULTOS

En principio, en la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, vigente a partir de su publicación en el Registro Oficial el 10 de diciembre de 2020, entre otras figuras, se reconoce a las acciones derivadas como una herramienta de protección de los socios o accionistas minoritarios.¹³² Esta figura, de manera subsidiaria, otorga legitimación activa a los socios o accionistas para iniciar

130 Noboa Velasco, "Administradores de hecho y oculto".

131 Ley Reformativa a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo. R. O. 269, Suplemento de 15 de marzo de 2023.

132 Aurelio Gurrea-Martínez, Esteban Ortiz-Mena, y Paúl Noboa Velasco, "Modernizing Corporate Law in Latin America: Lessons from Ecuador", *Oxford Business Law Blog*, 27 de enero de 2021, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/01/modernizing-corporate-law-latin-america-lessons-ecuador>.

acciones en nombre de la compañía.¹³³ En adición a este gran avance con el que cuentan los socios o accionistas de las compañías ecuatorianas, sea SAS, SA o Cía. Ltda., se pueden entablar acciones judiciales en contra de quien corresponda por los supuestos de administración de hecho y oculta,¹³⁴ desde la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías de 2023.

En estricto rigor procesal, las acciones derivadas permiten a estos socios o accionistas no controladores entablar una acción social de responsabilidad en contra de los administradores sociales, a nombre y en defensa del interés de la compañía, cuando la persona delegada para entablar tales acciones no lo hubiese hecho en el plazo de un mes, contado desde la fecha en que dicha resolución asamblearia fue aprobada.¹³⁵ Esta alternativa permite eludir la apatía de los socios controladores, así como un potencial conflicto de interés entre ellos y los administradores de la compañía.¹³⁶

Bajo aquel contexto, las actuaciones de los administradores de hecho y a la sombra pueden reducir el patrimonio social o afectar el mejor interés de la compañía. Por lo tanto, el administrador *de iure*, como representante legal de la compañía, se encontraría plenamente facultado para ejercer acciones en contra de los administradores *de facto* y ocultos.

Sin embargo, en las compañías ecuatorianas es muy común encontrar una actuación coordinada entre los administradores legalmente designados y los socios o accionistas de control, quienes son los más propensos a inmiscuirse en la gestión administrativa de las sociedades mercantiles.¹³⁷ Es decir, un administrador que, en teoría, debería demandar al socio de control por su intromisión en la marcha operacional de la compañía, probablemente no ejerza dichas acciones en la práctica, dado que su cargo depende de la decisión de la persona a quien el administrador estaría llamado a demandar.¹³⁸

Por consiguiente, era necesario que el derecho societario permitiera que los socios o accionistas minoritarios soliciten al administrador legalmente designado que entable una demanda en contra de los administradores de hecho u ocultos, que en el contexto ecuatoriano usualmente serían los socios de control.¹³⁹ Adicionalmente, si el administrador legalmente designado no entablase la demanda en el plazo de un mes, los socios o accionistas minoritarios

133 "Reforma del sistema de litigios societarios", video de YouTube, publicado por DLA Piper Martínez Beltrán, 26 de agosto de 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=LdPZbUv0W9g&ct=7798s>.

134 Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo, R. O. No. 269, Suplemento, de 15 de marzo de 2023.

135 Noboa, "La implementación de las acciones derivadas en Ecuador".

136 Ventoruzzo, et al., "Comparative Corporate Law", 295.

137 Noboa, "La implementación de las acciones derivadas en Ecuador".

138 José Miguel Mendoza, "El laberinto en la legitimación en la causa", *Legis*, 8 de julio de 2021, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/el-laberinto-de-la-legitimacion-en-la-causa>.

139 Noboa, "La implementación de las acciones derivadas en Ecuador".

ahora cuentan con legitimación activa para entablar, las acciones judiciales en defensa del interés de la compañía, aunque, de manera derivada.¹⁴⁰

De esta forma, se permite entablar acciones procesales, en defensa del interés de la compañía, en contra de aquellas personas que se hubiesen inmiscuido en actividades positivas de gestión, administración o dirección de una compañía ecuatoriana, sorteando la apatía o el conflicto de interés que podría existir entre los administradores legalmente designados y las personas que ejercen una influencia significativa sobre sus actuaciones administrativas.

8.2. TERCEROS QUE HUBIESEN CELEBRADO UN ACTO O CONTRATO CON UN ADMINISTRADOR DE HECHO U OCULTO

La Ley de Compañías se ha encargado de proteger los derechos de terceros que, de buena fe, hubiesen celebrado un acto o contrato con un administrador de hecho u oculto. Cabe señalar que la tendencia societaria contemporánea se apega a la postura en defensa de los derechos de estos terceros de buena fe, limitando, en lo posible, “las causas de invalidez de los compromisos contraídos en nombre de las sociedades por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada”.¹⁴¹ De no ser así, estos sujetos que de buena fe comparecieren a la celebración de un acto o contrato podrán verse afectados ante una posible declaratoria de nulidad del acto o contrato celebrado por un agente que, sin ser administrador, hubiese actuado en nombre de una compañía.

Cabe señalar que este principio ha sido reconocido por el segundo párrafo del artículo 27 de la Ley Modelo de la Sociedad por Acciones Simplificada, emitida por la Organización de Estados Americanos. De manera textual, el tenor de dicho párrafo dice:

Cuando la sociedad por acciones simplificada o alguno de sus administradores de motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para obrar en nombre de la sociedad en la celebración de negocios jurídicos, esta última quedará obligada en los términos pactados ante terceros de buena fe.¹⁴²

Evidentemente, este principio únicamente debería tener aplicación en beneficio de aquellos terceros que, de buena fe, hubiesen celebrado un acto o contrato bajo las condiciones anteriormente señaladas. Por lo tanto, terceros que, con manifiesta mala fe, hubiesen celebrado un acto o contrato con un administrador

¹⁴⁰ Martin Gelter, “Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?”, *Brooklyn Journal of International Law* 37, n.º 3 (febrero 2012): 856-7. <https://ssrn.com/abstract=2000814>.

¹⁴¹ Considerando 5, Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Determinados aspectos del Derecho de sociedades, 14 de junio de 2017.

¹⁴² Artículo 27, Segundo Párrafo, Resolución, Proyecto de Ley Modelo Sobre la Sociedad por Acciones Simplificada.

de hecho u oculto a sabiendas de aquella situación no deberían quedar cobijados por aquella protección, dado que aquella actuación supondría un claro quebrantamiento al principio de buena fe, eje central en sede obligacional.¹⁴³

La ley es clara y, en resumen, para los casos con terceros de buena fe, la compañía queda obligada frente a ellos por todos los actos o contratos ejecutados o celebrados por un administrador de hecho u oculto.¹⁴⁴ Sin embargo, si la compañía demuestra que este tercero conocía que el acto o contrato no fue celebrado por un administrador legalmente designado o no podía ignorar dicha realidad, la compañía no debería ser responsable por dichos actos o contratos, como excepción.

Adicionalmente, para los casos en que los administradores de hecho u ocultos hubiesen ejecutado o celebrado un acto o contrato en nombre de la compañía, los integrantes de la misma pueden ejercer las acciones de repetición correspondientes en contra de los administradores mencionados para cubrir las obligaciones en las que la compañía hubiese tenido que incurrir.

Para que la protección a los socios o accionistas sea integral y apropiada se permite que cualquiera de ellos, al estar legitimado, entable de manera derivada y en defensa de los intereses de la compañía la acción de repetición en contra de los administradores de hecho u ocultos, siempre que el administrador legalmente designado no hubiere iniciado las acciones correspondientes, de acuerdo con el marco sugerido en el acápite precedente.

9. CONCLUSIÓN

Un administrador de hecho es aquella persona que se presenta, ante la compañía y terceras personas, como un administrador legalmente designado. Por su parte, el administrador oculto no busca presentarse como un administrador ante la compañía y terceros. Es, más bien, quien se inmiscuye en actividades positivas de gestión, administración y dirección social, controlando la marcha administrativa de las compañías tras bastidores.

La aplicación de estas figuras puede realizarse plenamente a día de hoy —dado que el legislador ecuatoriano se ha limitado a efectuar el reconocimiento de los administradores de hecho y ocultos, en adición a los administradores legalmente designados, en la regulación de todas las sociedades mercantiles— y permite comprender que existen individuos que deben responder por sus acciones, decisiones o influencia significativa sobre una compañía.

¹⁴³ Artículo 1562, CC.

¹⁴⁴ Artículo 272.8, LC.

Ciertas figuras del derecho civil, como el cuasicontrato de agencia oficiosa o la figura de simulación, únicamente ofrecerían soluciones parciales para mitigar la intromisión de los socios de control en la gestión administrativa de las compañías. Por consiguiente, la inclusión de estas figuras en el ámbito de las compañías tradicionales, partiendo de la regulación de las SAS ecuatorianas, resulta muy positivo para reducir la propensión al oportunismo de los *corporate insiders* que pretendan influir o inmiscuirse en la gestión administrativa de las compañías.

Así también, con el objetivo de viabilizar la eficaz implementación de esta figura en Ecuador, se ha dado paso a que los socios minoritarios soliciten al administrador de derecho que inicie las acciones de responsabilidad en contra de los administradores de hecho y ocultos, que usualmente son los socios de control. Adicionalmente, el hecho de que los socios minoritarios se encuentren facultados para entablar, de manera derivada, una acción de responsabilidad en contra de los administradores de hecho u ocultos cuando los administradores legalmente designados no hubiesen atendido su requerimiento oportunamente, es un avance magnífico que servirá a la práctica del derecho societario en la región.

Por su parte —y con el objetivo de evitar que, mediante una inadecuada intromisión en las actividades administrativas de la compañía, se pretenda ulteriormente causar perjuicios a terceros de buena fe—, la LC determina que la compañía quedará obligada por los actos o contratos que un administrador de hecho u oculto celebrare con terceros de buena fe, salvo que se demostrara que el tercero conocía aquella realidad. En cualquier caso, en la compañía es posible entablar las acciones de repetición que correspondiesen en contra de los administradores de hecho u ocultos, para resarcir los gastos en los que la compañía hubiese tenido que incurrir.

Con todo lo mencionado, la pregunta de investigación del presente trabajo ha sido respondida, al probar que la regulación de los administradores de hecho y ocultos cumple y seguirá cumpliendo cabalmente con el objetivo esencial planteado que, considerando el patrón de concentración de capital que caracteriza a los regímenes societarios latinoamericanos, sería mitigar el denominado *shareholding agency problem*, que surge entre socios controladores y socios no controladores. Conflicto que podría manifestarse mediante la intromisión de los socios mayoritarios en la marcha administrativa de la compañía en provecho de la posición de los socios de minoría.