

Administradores tras bastidores: ¿qué son y qué hacer contra sus actos lesivos?

*Behind-the-scenes administrators: what
are they and what can be done against
their harmful acts?*

NICOLÁS MALDONADO GARCÉS*
CARLOS MERA AMORES**

Recibido / Received: 26/06/2023
Aceptado / Accepted: 08/08/2023
DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3028>

Citación:

Maldonado Garcés, N. C. Mera Amores. “Administradores tras bastidores: ¿qué son y qué hacer contra sus actos lesivos?” *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, octubre de 2023, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3028>

* Lexvalor Abogados, Abogado, Av. 12 de octubre y Coruña N24-774, Quito 170523, Pichincha, Ecuador. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, Ecuador. Correo electrónico: nmaldonado@lexvalor.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0000-2732-5276>

** Abocacia, Abogado Asociado, Av. República de El Salvador N36-84 y Suecia, Quito 170505, Pichincha, Ecuador. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE, Ecuador. Correo electrónico: cmera@abocacia.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0008-5687-4133>

RESUMEN

Regular las estructuras y resolver los problemas que se dan al interior de las compañías constituye la finalidad del derecho corporativo. Revisten especial importancia los conflictos que se dan entre los administradores y socios o accionistas. Con el fin de evitar situaciones que perjudiquen a la sociedad, los administradores deben regir su gestión en el margen de una debida diligencia, estableciéndose la posibilidad de que, ante el incumplimiento de sus deberes fiduciarios, se entable una acción social de responsabilidad en su contra. Esto con el fin de separar de la compañía al administrador y, de ser el caso, exigir una indemnización de perjuicios correspondiente. Asimismo, estas acciones precautelan problemas entre accionistas controladores y no controladores.

El presente trabajo conceptualiza la figura de los administradores legales, de hecho y ocultos, con el fin de que —de forma didáctica— se consideren las particularidades que reviste cada uno de ellos. También aborda los deberes que estos mantienen para con la sociedad a la que representan, haciendo énfasis en los deberes de diligencia y de lealtad para luego aterrizar en la acción social de responsabilidad y algunas cuestiones prácticas.

PALABRAS CLAVE

Acción social de responsabilidad; deberes fiduciarios; administrador de hecho; administrador oculto; accionistas

ABSTRACT

The purpose of corporate law is to regulate the structures and solve problems that arise within companies. Among these, conflicts between directors and partners or shareholders are of special importance. In order to avoid situations that harm the company, the administrators must govern their management within the margin of due diligence, establishing the possibility that, in case of breach of their fiduciary duties, a social action of liability may be brought against them. The purpose of this is to remove the administrator from the company and, if necessary, to demand the corresponding compensation for damages. Likewise, these actions prevent problems between controlling and non-controlling shareholders.

This paper conceptualizes the figure of legal —de facto and hidden— administrators, to consider in a didactic way the particularities of each one. It also addresses the duties they have towards the company they represent, with emphasis on the duties of diligence and loyalty, to then focus on the social action of liability and some practical issues.

KEYWORDS

Social liability action; fiduciary duties; de facto administrators; hidden administrator; shareholders

1. INTRODUCCIÓN

El derecho corporativo posee dos fines sustanciales: el primero se encarga de regular figuras estructurales de empresas según sus necesidades; en el segundo se destaca una intención de controlar, dirimir o evitar conflictos entre grupos que poseen intereses contrapuestos en una compañía. Estos conflictos han sido denominados, desde una óptica económica, problemas de agencia.¹ Estas controversias pueden suscitarse, para efectos de este trabajo, entre administradores y accionistas o accionistas controladores y no controladores.

Refiriéndose a los administradores, con la meta de controlar sus actuaciones, se menciona que estos se encuentran sujetos a cumplir —por disposiciones normativas y convencionales y en aras de garantizar su correcta gestión— con deberes de lealtad y debida diligencia.² Así, se los obliga a ejecutar la administración con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal.³

En los casos de eventual incumplimiento de sus deberes administrativos, la Ley de Compañías prevé la posibilidad de entablar una acción social de responsabilidad en contra de este administrador. De este modo se tiene la intención de separarlo de la compañía y, dependiendo del caso, de exigir una indemnización por cualquier perjuicio causado a la sociedad. De esta forma se mitigan las discrepancias entre este grupo y los accionistas. Pero sobre todo se destaca que entablar estas acciones es una forma de reducir conflictos entre socios controladores y no controladores por los motivos que se expondrán a continuación.

Por otro lado, la Ley de Compañías olvidó mencionar figuras administrativas relevantes que pueden tener injerencia en la administración. Esta mención se refiere específicamente a los administradores de hecho y ocultos. A estos, a pesar de no ser designados legalmente, doctrinaria y legalmente se los ha definido como agentes de administración capaces de influenciar el manejo de la empresa.⁴

Estas autoridades han sido ya reconocidas en la legislación ecuatoriana con anterioridad. Aun así, en aras de una regulación más clara y precisa que aborde de manera adecuada los supuestos en los que conflictos de agencia pueden derivar en problemas para la administración de una compañía, la publicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo trajo consigo una

1 John Armour, Henry Hansmann, y Reinier Kraakman, “Agency Problems and Legal Strategies, en *The Anatomy of Corporate Law*, ed. Sofie Cools y Gen Goto (Oxford: Oxford University Press, 2017), 28.

2 Artículo 262, Ley de Compañías [LC], R. O. 312, de 11 de mayo de 1999, reformado por última vez R. O. de 15 de marzo de 2023.

3 Fernando Toña, “Los deberes de los administradores de sociedades de capital en situaciones de crisis económica”, *Boletín de Estudios Económicos* 68, n.º 194 (agosto 2008): 247-63.

4 Carlos Aldrich, “El ejercicio de la acción social de responsabilidad en la quiebra de la sociedad”, *Revista Argentina de Derecho Empresario*, n.º 5 (septiembre 2006): 301-17.

variedad de ventajas y avances para el derecho societario ecuatoriano. Entre estas, la posibilidad de entablar acciones sociales de responsabilidad contra administradores de hecho y ocultos.⁵

El presente trabajo se propone contextualizar el concepto de los administradores de hecho y ocultos, así como los deberes que deben cumplir a causa de la legislación ecuatoriana. Para concluir, se presentan temas prácticos a tomar en consideración al momento de entablar esta acción.

2. ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN: ADMINISTRADORES Y SUS DEBERES FIDUCIARIOS

La sociedad mercantil, en aras de cumplir con su objeto social y los fines para los que fue constituida, depende de a quienes, en virtud del estatuto de la compañía, se les concede la facultad de administrar el negocio.⁶ Es claro que, además de la unión de capitales, conocimiento o bienes para constituir una compañía de pleno derecho, su funcionamiento depende de la administración, gestión y seguimiento de las actividades que se realicen en la compañía.

De esta manera, las formas jurídicas estándar de organización de compañías se caracterizan por poseer una autoridad encargada de la celebración de contratos con terceros, ejercer los poderes otorgados por la compañía y dirigir los usos de los activos que son propiedad de la empresa. Esta figura suele ser distinta a la de sus accionistas, esto ocurre particularmente en compañías con capital disperso.⁷ En ese sentido, existe una separación entre el aporte de capital y la administración.⁸ Esta representación deviene directamente del estatuto de la compañía, documento que fija la estructura administrativa de la sociedad.⁹

Es tal la importancia de nombrar un órgano de administración que la Ley de Compañías (en adelante LC), en su artículo 252, prevé el nombramiento de quien o quienes ejerzan la representación legal y extrajudicial de la compañía como requisito *sine qua non* para la constitución de sociedades anónimas. Esta representación legal puede ser confiada a directores, gerentes, administradores u otros agentes, figuras encargadas de velar por el correcto manejo de la empresa, además de las responsabilidades derivadas de la ley y el estatuto social.¹⁰ Por lo tanto, los administradores son los entes o sujetos encargados de velar

5 Artículo 75, Ley Reformativa a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el fomento del Gobierno Corporativo [Ley Reformativa], R. O. Suplemento 269 de 15 de marzo de 2023.

6 Francisco Reyes Villamizar, *Derecho societario*, tomo I (Bogotá: Temis, 2016), 668.

7 Armour, Hansmann y Kraakman, "Agency Problems and Legal Strategies", 11.

8 Daniel Delgado Ferrufino, y María José Figueroa Sánchez, "Evolución jurisprudencial de la responsabilidad de los administradores en el derecho societario colombiano", *Anuario de Derecho Privado*, n.º 2 (2017): 229.

9 Artículo 251, LC.

10 Artículo 255, LC.

por el correcto funcionamiento de la compañía, actuando en nombre y representación de ella.¹¹ Son representantes de un órgano social.

A continuación se plantean dos temas sustanciales para una correcta introducción al problema jurídico en cuestión. Se realiza un breve repaso sobre los tipos de administradores de una compañía, se mencionarán los deberes que estos, idealmente, deben cumplir para una correcta dirección a la empresa que se administra reduciendo sustancialmente la aparición de problemas de agencia que comprometan el correcto desarrollo de la compañía.

2.1. ADMINISTRADORES LEGALES, DE HECHO Y OCULTOS

Como órganos de ejecución de las resoluciones sociales existe una clara distinción. Primero aparecen los órganos colegiados de administración, es decir, los directorios; después están aquellos órganos individuales de administración, es decir, los administradores sociales. El presente trabajo centra su investigación en la subdivisión que la doctrina y legislación ecuatorianas — con la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación y la publicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo (en adelante, Ley Reformatoria)—¹² establecen para los administradores sociales.

En primer lugar, y dentro de la clasificación de los órganos individuales de administración, aparece la figura de los administradores legales. Estos responden a la figura administrativa que, bajo los requisitos establecidos en la ley, ostenta la administración de la empresa. Esto significa que han sido designados formalmente y su nombramiento ha sido inscrito en los registros correspondientes. En suma, cuentan con plenas facultades para representar a la compañía judicial y extrajudicialmente.¹³

Es relevante mencionar que los órganos administrativos de la compañía pueden, o no, ostentar la representación legal de la compañía. Por ejemplo, la sociedad mercantil que sea administrada por órganos de administración individuales puede contar con un gerente general y un presidente. Uno de ellos, si así lo ha decidido el órgano de gobierno de la sociedad y en sujeción a la ley, tendrá la representación legal, judicial y extrajudicial de la compañía. Tiene la facultad de simbolizar y actuar en nombre de la empresa frente a todo tipo de actos. El presidente ejercerá a su vez funciones administrativas y seguramente actuará como representante legal ante la suplencia del gerente general.

11 José Zurita Vicioso, "La responsabilidad de los administradores", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 10 (septiembre 2015): 2, <https://doi.org/10.25115/ridj.v4i10.1822>.

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

13 Artículo 255, LC.

Se alude que el presidente ejerce funciones administrativas de manera interna, pero con un nombramiento legalmente celebrado e inscrito. Por lo que debe sujetarse a sus deberes, obligaciones y facultades al igual que el gestor que tiene la representación legal.

Además del administrador legal aparecen dos figuras adicionales. Los administradores de hecho y ocultos, a quienes se definirá en su concepto amplio. Ecuador reconoció a los administradores de hecho y ocultos a través de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación. El artículo innumerado denominado “responsabilidad del representante legal” explica que las personas naturales o jurídicas que, sin ostentar la representación legal de la empresa, se inmiscuyan en actividades de gestión, administración o dirección de la sociedad o que asumieran la calidad de administradores sin serlo legalmente incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los representantes legalmente designados.¹⁴

Cuando esta ley se refiere a la persona, natural o jurídica, que sin tener la representación legal de la compañía se involucra en labores de administración alude a administradores de hecho. Esto apunta principalmente a aquellos que sin un debido nombramiento ejercen la gestión interna y externa de la sociedad.¹⁵ Su característica fundamental responde a la irregularidad que tiene al desempeñar actos de administración y gestión sin poseer las formalidades exigidas por ley para el efecto.¹⁶ Estos actos tienden a generar una afectación en la compañía de manera interna o como representante legal en actos con terceros. Como explica Juste Mencía, administrador de hecho es aquel sujeto que ostenta, en la práctica, el poder decisorio de la sociedad que ha otorgado la administración a un órgano distinto.¹⁷ Su calidad de hecho radica en una atribución a la persona que, sin estar dotada de facultades derivadas del estatuto social, se inmiscuye en actividades de administración con total independencia, habitualidad y regularidad.¹⁸

Para un mejor entendimiento, Ávila de la Torre explica la figura del administrador de hecho como aquella persona que, en la realidad del tráfico mercantil, desempeña funciones de administrador sin nombramiento,¹⁹ esto es, frente a terceros que ejecutan actos con la compañía. Prendes ha considerado a este tipo de administrador como aquel administrador que, sin serlo o con cargo caducado, ejerce la gestión empresarial o aquel que actúa a través de otra

14 Artículo innumerado denominado Responsabilidad del representante legal, Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, R. O. Suplemento 151, de 28 de febrero de 2020, reformado por última vez R. O. de 16 de mayo de 2023.

15 José Luis Díaz Echegaray, *El administrador de hecho de las sociedades* (Pamplona: Arazandi, 2002), 70.

16 Esteban Astarloa, “Concepto unívoco de administrador de hecho en derecho penal y derecho societario”, *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 1 (2011): 60-7.

17 Javier Juste Mencía, “En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 14 (2000): 425.

18 Alain Couret, y Paul Le Cannu, *Société par Action Simplifiée* (Paris: GLN Joly éditions, 1994), 189.

19 Alfredo Ávila de la Torre, *La responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad anónima* (Madrid: Tecnos, 1997): 24.

persona que asume realmente la administración de la sociedad, ya sea de forma interna o externa.²⁰ Rafael Lara los define de forma similar, definiéndolo como aquel administrador cuyo cargo se encuentra viciado, por ejemplo, por nulidad del acuerdo de nombramiento o su falta de inscripción dependiendo de la legislación. Esto puede ser causado por nulidad del nombramiento.²¹

Por otro lado, aparecen los administradores ocultos. A pesar de que, en sentido estricto, tanto el administrador de hecho como el oculto pueden ser calificados como de hecho (uno de ellos como notorio y el otro como oculto), estos poseen una diferencia sustancial que deviene de su conceptualización.²²

El artículo mencionado de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación también se refiere a los administradores ocultos. Las personas que se inmiscuyen en actividades administrativas son interpretadas como administradores ocultos. Estos son mencionados por el sistema anglosajón como *shadow director*.²³ Se define como aquella persona que, tras bambalinas, dirige al administrador, quien acata sus instrucciones influyendo en las acciones de la compañía y su dirección.²⁴ Para Isabel Rodríguez, en el administrador oculto concurren dos circunstancias: la primera, que exista un sujeto que dirija las actuaciones de los administradores de la sociedad; la segunda, que estos acaten sus instrucciones.²⁵

En los administradores ocultos, a diferencia de lo que ocurre en los actos realizados por órganos de gestión de hecho, no se discute un problema de representación. Por el contrario, se los describe como un problema de responsabilidad sobre quién decide realmente.²⁶ Un administrador oculto es quien actúa bajo las sombras, ejerciendo una dirección de la compañía de forma anónima, escondiendo sus actuaciones en el nombre de quien por nombramiento funge como administrador legal.

Es necesario destacar que los actos o contratos ejecutados por los administradores de hecho y ocultos tienen la capacidad de obligar a la compañía, incluso frente a terceros, a menos que se haya conocido sobre la falta de legitimidad del administrador con quien se celebró el acto o contrato.²⁷ De ahí su importancia por la influencia en la compañía y la necesidad de poseer

20 Daniel Prades Cutillas, *Los administradores en la sociedad de responsabilidad limitada* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 431.

21 Corujo Borja Suárez et al., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Valencia: Tirant lo Blanch), 53.

22 Ibid.

23 María Mónica Pino Solano, Víctor Manuel Armero Osorio, y Camilo Cubilos Garcón, “El administrador de hecho — SAS— frente al director oculto”, *Revista e-mercatoria* 9, n.º 1 (2010): 168.

24 Juana Pulgar Ezquerro, *Responsabilidad de las entidades financieras por concesión abusiva de crédito en derecho español* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2010): 141-9.

25 Isabel Rodríguez Díaz, “El administrador oculto”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 35 (2015): 26.

26 Borja Suárez et al., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 58.

27 Artículo 272.8, LC

mecanismos claros para frenar cualquier acto lesivo ejercido por estas autoridades administrativas.

El artículo innumerado mencionado en este punto establece como obligación de estos administradores cumplir los mismos deberes y tener las mismas responsabilidades que tendría un administrador legal. La Ley Reformativa amplió este concepto, aceptando que estos “administradores” pueden ser sujetos pasivos de una acción social de responsabilidad cuando sus actuaciones han ido en contra de los deberes que un administrador está obligado a cumplir y se explicarán en el siguiente punto.

2.2. DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES

En el derecho societario, uno de los problemas de agencia más relevantes es aquel que deviene de los conflictos entre accionistas controladores y no controladores de una compañía. Sin embargo, no son los únicos relevantes.²⁸ En aquellas compañías en las que su capital concentrado produce la existencia de un accionista de control, resulta normal que por su posición se inmiscuya en la gestión de la compañía. Estos accionistas adoptan una posición más participativa en puestos de administración. Los conflictos de intereses entre accionistas controladores y no controladores resultan usuales debido a que su inferencia en la administración toma significancia.²⁹

Aun así, los accionistas poseen formas de garantizar una correcta gestión de los administradores y así mitigar la aparición de problemas de agencia, ya sea con otros accionistas o con los mismos administradores. Los órganos de administración deben obedecer disposiciones emanadas del estatuto de la sociedad mercantil, así como aquellas que desprende la ley y la junta de accionistas. En ese sentido, la LC establece la obligatoriedad de cumplir deberes fiduciarios, en especial de debida diligencia y lealtad.

Un administrador debe emplear en el desarrollo de su gestión un deber de debida diligencia. Su administración debe ser razonable y prudente. No puede arriesgar más de lo razonable sin una previa evaluación y planificación, como lo hace un ordenado empresario.³⁰ El deber de diligencia, según María de los Ángeles Berrocal, propone al administrador un deber de autoinformación de los hechos relevantes del negocio. Esto recae en un equilibrio entre la rapidez y seguridad de las decisiones y una eficiencia en la gestión administrativa.³¹

28 John Armour et al., “What is Corporate Law”, en *The Anatomy of Corporate Law*, ed. Sofie Cools y Gen Goto (Oxford: Oxford University Press, 2017), 5.

29 *Ibid.*, 6.

30 José Díaz, *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (Pamplona: Aranzandi, 2006), 127.

31 María de los Ángeles Berrocal Mora, “Los mecanismos de corrección de los conflictos de interés de los administradores societarios”, *Revista e-mercatoria* 16, n.º 1 (enero 2017): 85.

Con la intención de controlar la actuación de los administradores, en su artículo 262, la LC establece como obligación de estos desempeñar el cargo de gestión con el nivel de exigencia de un ordenado empresario o representante leal.³² Esto teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos, constituyendo el deber de debida diligencia de los administradores.³³

Para medir el estándar aplicable del deber de diligencia, Ecuador reconoce la regla de discrecionalidad, principio por el cual se determina el cumplimiento del deber de debida diligencia. De esta forma se establece que las decisiones que tome el administrador deberán ser aquellas que tomaría un ordenado empresario, es decir, deben ser tomadas con información suficiente, de manera objetiva y razonable.³⁴

El deber de lealtad, por el contrario, establece la obligatoriedad a los administradores de desempeñar sus funciones con honestidad y rectitud. Asimismo, estos defenderán el interés social o común de la compañía anteponiendo cualquier situación al beneficio de la compañía y no de sus accionistas.³⁵ El deber de lealtad se construye desde una forma de precautelar conflictos de intereses.

La LC determina que los administradores deben actuar con la lealtad de un fiel representante, obligado a realizar actos de buena fe y en el mejor interés de la compañía. La legislación también obliga al administrador a abstenerse de escenarios de conflicto de interés, a no incurrir en prácticas de autocontratación o celebrar contratos con partes relacionadas fuera de las condiciones normales del mercado, entre otras.³⁶

En cuanto a la mitigación de problemas de agencia entre accionistas o socios controladores y no controladores, la legislación ha previsto mecanismos que protegen a los minoritarios brindándoles herramientas para que denuncien hechos que atenten contra la correcta administración de la compañía.

Esto se refiere a la implementación en la Ley Reformativa. Esta norma faculta a cualquier accionista, sin importar su porcentaje de participación en el capital social de la compañía, a entablar acciones de responsabilidad cuando estas se fundamenten en la infracción del deber de lealtad, sin necesidad de someter la decisión a la junta general. Sin embargo, esto constituye un error, pues, a pesar de la buena intención de legislador, propicia conflictos de agencia.

32 Toña, "Los deberes de los administradores de sociedades de capital en situaciones de crisis económica", 247-63.

33 Artículo 262, LC.

34 Id.

35 Id.

36 Artículo 262.1, LC.

3. ACCIONES SOCIALES DE RESPONSABILIDAD: EVOLUCIÓN DE ESTA HERRAMIENTA A BASE DE LA LEY REFORMATORIA A LA LEY DE COMPAÑÍAS

Una vez definidos los conceptos en su forma más general, que sirven como base para analizar el problema jurídico planteado, surgen dos preguntas. La primera, cuando un administrador incumple sus deberes fiduciarios se puede entablar en su contra una acción social de responsabilidad, ¿es posible entablar este tipo de acciones a administradores ocultos o de hecho que hayan incumplido sus deberes fiduciarios?

La segunda, la Ley Reformatoria abre la posibilidad a accionistas minoritarios ejercer acciones de responsabilidad sin tener la aprobación de la junta cuando se trata del incumplimiento del deber de lealtad. ¿Esta implementación es acertada?

Para desarrollar ambos cuestionamientos, a continuación, se conceptualizará la acción social de responsabilidad en la legislación ecuatoriana para luego analizar su aplicabilidad.

3.1. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

3.1.1. CONCEPTO Y APLICABILIDAD

Usualmente, los órganos de administración de las compañías no responden por los actos que realizan en ejercicio de sus funciones como administradores. Sin embargo, cuando esta conducta, de forma negligente, produce un perjuicio a la sociedad es posible que estos posean responsabilidad.³⁷ Esta responsabilidad puede ser demandada por los accionistas de una compañía entablando una acción social de responsabilidad.

La acción social de responsabilidad responde a un mecanismo que poseen los socios o accionistas de una compañía. Su beneficio responde a la remoción de aquel administrador que haya incumplido sus deberes fiduciarios, generando un perjuicio a la compañía, determinando su responsabilidad y, de ser el caso, una indemnización. La acción social de responsabilidad se dirige como una herramienta de defensa y protección al patrimonio de la sociedad ante los daños ocasionados por aquellos actos u omisiones de administradores que contrarían sus deberes fiduciarios.³⁸

³⁷ Aldrich, "El ejercicio de la acción social de responsabilidad en la quiebra de la sociedad", 3.

³⁸ Borja Suárez et al., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 68.

Respecto a la procedibilidad de esta acción en la legislación ecuatoriana, la LC en su artículo 272 establece la posibilidad de entablar acciones de responsabilidad contra cualquier órgano de administración.³⁹ El ejercicio de esta acción deberá ser aprobado por la junta de accionistas. Su conocimiento no deberá estar previamente anunciado en el orden del día para no conmocionar el área empresarial y financiera de la compañía, de ahí la necesidad de que tal decisión sea guardada.⁴⁰ Esto debido a que la negligencia del administrador puede ser determinada, en algunos casos, en dicho momento por la junta al revisar actos que el administrador haya realizado y que deben ser puestos a consideración de la junta.⁴¹

Como consecuencia, la legislación también prevé que, una vez que se decida entablar esta acción, el administrador quedará cesado de sus funciones y la compañía deberá designar a la persona que demandará al administrador, determinándose así la legitimación activa de la acción.⁴² Se entiende que la finalidad protectora del patrimonio social de la compañía conlleva a que el ejercicio de la acción social de responsabilidad sea plural y se atribuye a la sociedad por medio de la designación de una persona encargada de entablar dicha acción.⁴³

Aun así, si existe una infracción al deber de diligencia y la persona que ha sido designada por la junta de accionistas no entabla la demanda, cualquier accionista tendrá la legitimación activa para entablar una demanda de acción de responsabilidad en contra del administrador.⁴⁴ Esto sin duda representa una forma de mitigar problemas de agencia entre socios o accionistas mayoritarios y minoritarios.

Se desarrolla que la Ley Reformativa otorga una poderosa herramienta a los accionistas minoritarios. Si la actuación del administrador trata de una acción u omisión que infrinja el deber de lealtad que este tiene, cualquier accionista puede entablar una acción social de responsabilidad de manera directa sin contar con la autorización de la junta.⁴⁵ A simple vista, esto también beneficia a una correcta igualdad de condiciones entre socios controladores y no controladores. Sin embargo, promueve la existencia de problemas de agencia.

Por último, sobre su procedibilidad, el juez competente para conocer la acción social de responsabilidad, según el artículo 272.2 de la LC, será el juez de lo civil del domicilio principal del administrador. El procedimiento se sustanciará

39 Artículo 272, LC.

40 Roberto Salgado Valdez, *Comentarios de derecho societario a la Ley de Modernización a la Ley de Compañías* (Quito: Ediciones Legales, 2023), 259.

41 Ibid.

42 Artículo 272, LC.

43 Borja Suárez et al., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 87.

44 Artículo 272, LC.

45 Id.

por vía sumaria. Asimismo, la ley prevé que el tiempo de prescripción de la acción social de responsabilidad es de cinco años desde el momento en que la acción pudo haber sido ejercida.⁴⁶

3.1.2. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD: AVANCE EN EL DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO

La Ley Reformatoria trae consigo dos temas sustanciales respecto a la acción social de responsabilidad. En primer lugar, se menciona la falta de aprobación de la junta. Por regla general, para entablar una acción social de responsabilidad se requiere de la aprobación de los accionistas. Sin embargo, ahora se establece una excepción.

Los accionistas, sin importar su porcentaje en el capital social de la compañía, pueden ejercer de manera directa una acción social de responsabilidad, prescindiendo de la aprobación de la junta general. Esto siempre que la infracción del administrador se fundamente en un incumplimiento al deber de lealtad.⁴⁷

Esta reforma es adecuada en tanto que busca dotar de herramientas a accionistas minoritarios para que su intención de mantener el buen gobierno corporativo no sea zanjada. Sin embargo, esto tan solo propicia mayor posibilidad de desencadenar problemas de agencia entre socios controladores y no controladores.

En el caso de plantear una acción social de responsabilidad, el artículo 272 de la LC prevé que esta será posterior a su autorización por la junta. Es lógico, y por ello la ley no habla al respecto, que esta decisión requiere de mayoría. Esta mayoría, por elemental concordancia, contiene aquella voluntad de la minoría.⁴⁸ No obstante, la posibilidad de entablar esta acción sin necesidad de aprobación de la junta correspondería a los supuestos en los que la mayoría no apruebe la acción, pero sí la minoría.

Aun así, la herramienta es efectiva pero limitada. La limitación responde a que esta facultad solo procede cuando se pretenda entablar la acción social de responsabilidad por incumplimiento de deberes de lealtad, según la Ley Reformatoria. ¿Por qué no incluir la herramienta al deber de debida diligencia?

Por otro lado, el hecho de que un socio minoritario tenga la facultad de, por sí solo, establecer una acción social de responsabilidad le atribuye la representación de la compañía para el ejercicio de dicha acción. Puede caber el supuesto que una simple minoría, sin previo conocimiento o sustento, entable una

⁴⁶ Id.

⁴⁷ Salgado Valdez, *Comentarios de derecho societario a la Ley de Modernización a la Ley de Compañías*, 260.

⁴⁸ *Ibid.*, 262.

acción en forma de chantaje o mal utilizando esta posibilidad que le da la ley.⁴⁹ Esto, sin duda, puede precipitar problemas con los socios mayoritarios.

Como segundo tema ante la Ley Reformativa surge esta interrogante: ¿cabe plantear una acción social de responsabilidad frente a administradores de hecho u ocultos que han infringido su deber de lealtad y debida diligencia? La LC no contenía disposición al respecto. Aunque con una interpretación basada en la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación se puede considerar esta opción, la Ley Reformativa aclara la posibilidad. Esta, en los artículos pertinentes a estas acciones, se limita a hacer alusión a los administradores, sin distinguirlos.

La Ley Reformativa a la Ley de Compañías, publicada en el Registro Oficial Suplemento n.º 269 del 15 de marzo de 2023, en su artículo 76, sustituye al artículo 272.2 de la LC y menciona, sobre el plazo de prescripción, que las acciones relativas a la responsabilidad de administradores de hecho u ocultos prescriben en cinco años.⁵⁰

El mismo artículo 76, sustituyendo el artículo 272.8, extiende los artículos que rigen a las sociedades por acciones simplificadas relativos a la responsabilidad de los administradores de hecho y ocultos al ámbito de las sociedades anónimas y, por remisión, para las compañías de responsabilidad limitada.⁵¹ El mismo artículo en su último párrafo determina que los administradores de hecho y ocultos únicamente podrán ser declarados como tales a través de sentencia judicial o mediante laudo arbitral.

Esta reforma representa un avance legislativo de gran relevancia para el derecho societario ecuatoriano, que ha venido actualizándose en los últimos años, por ejemplo, con la conceptualización de la representación oculta y de hecho en la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación. Sin embargo, la adopción expresa de la doctrina de los administradores de hecho y ocultos en la legislación ecuatoriana conlleva extender la responsabilidad a estos administradores y sus consecuencias ante incumplimientos en sus deberes.⁵² Muchas legislaciones, como la francesa, ya han extendido mecanismos para reconocer la responsabilidad a estos tipos de administradores.⁵³

Esto significa generar mayor seguridad para precautelar los beneficios de la compañía. Al existir el incentivo de abstenerse de incumplir deberes fiduciarios, administradores de hecho u ocultos se limitarán a actuar bajo los comportamientos ordenados en la ley y los estatutos.

49 Ibid., 263.

50 Artículo 76, Ley Reformativa.

51 Id.

52 John Armour, Gerard Hertig, y Hideki Kanda, "Transactions with Creditors", en *The Anatomy of Corporate Law*, ed. Sofie Cools y Gen Goto (Oxford: Oxford University Press, 2017), 132.

53 Ibid., 114.

Incluso, en el caso en que una acción social de responsabilidad no prospere, la LC posee formas de precautelar los derechos de la compañía cuando hayan sido afectados por actuaciones negligentes de administradores ocultos y de hecho. El artículo 272.8 de la ley en cuestión establece que la sociedad puede ejercer también acciones de repetición contra estos administradores cuando hayan ejecutado cualquier acto o contrato en nombre y representación de la empresa.⁵⁴

En conclusión, existen poderosos mecanismos para precautelar los intereses de la compañía cuando actos administrativos pongan en riesgo su marcha operacional. De esto se destaca la intención de un legislador preocupado por mantener a este sujeto de imputación diferenciado indemne de situaciones riesgosas.

4. ¿QUÉ PUDIERA OCURRIR EN LA PRÁCTICA CON LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD A ADMINISTRADORES DE HECHO U OCULTOS?

A pesar de lo innovador de reconocer la responsabilidad de administradores de hecho y ocultos, al ser una figura relativamente nueva, se presentan ciertos inconvenientes prácticos. Esta sección tiene como objetivo presentar al lector una serie de problemas que pueden generar amargos retrasos en la sustanciación de una acción de responsabilidad.

4.1. ¿PUEDO ACUDIR A ARBITRAJE? EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

El convenio arbitral es un negocio jurídico bilateral que, necesariamente, requiere la confluencia de la manifestación de voluntad de ambas partes.⁵⁵ El consentimiento de las partes de dirimir sus conflictos en sede arbitral, renunciando a la justicia ordinaria, constituye un requisito *sine qua non*. Este acto, como menciona Vidal Ramírez, puede ser incluso plurilateral. Un claro ejemplo de ello es cuando en el acto constitutivo de una persona jurídica se incorpora un convenio arbitral por decisión de asamblea.⁵⁶

El arbitraje societario se constituye a través de la incorporación de una cláusula compromisoria en el estatuto de una compañía. Por medio de este, todos los conflictos societarios, por pacto estatutario, se derivan a un proceso de arbitraje.⁵⁷ El convenio arbitral, dependiendo de su alcance, puede vincular a la sociedad, fiscalizadores, socios o administradores.⁵⁸

⁵⁴ Artículo 272.8, LC.

⁵⁵ Fernando Vidal Ramírez, "El convenio arbitral", *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n.º 56 (2002), <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200301.013>: 571.

⁵⁶ Diego Thomás Castagnino "Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano", *Revista Jurídica AVANI*, n.º 2 (2021): 52.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

El caso que se plantea en este estudio corresponde a diferencias entre administradores y socios o, más específicamente, la sociedad mercantil como centro de imputación diferenciado. Aquellos conflictos derivados del incumplimiento de los deberes fiduciarios de los órganos de administración son susceptibles de someterse a la resolución de un tribunal arbitral en cuanto son transigibles.⁵⁹

Sobre aquellas disputas capaces de ser resueltas en instancia arbitral, Carmigniani, Cepeda y Muriel —tomando como referencia la Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español de Arbitraje en su *Informe sobre el Arbitraje Societario en España*— mencionan a los conflictos de responsabilidad de los administradores como capaces de ser sometidos a arbitraje, en razón de su naturaleza transigible.⁶⁰ Las disputas con administradores que pueden surgir en el mundo intrasocietario son de naturaleza transigible, incluyendo los problemas relacionados con deberes y obligaciones de los administradores que son innegablemente dispositivos.⁶¹

Ahora que es claro que los conflictos societarios concernientes a dilemas con administradores pueden resolverse mediante procesos arbitrales, ¿cómo se manifiesta su voluntad para someterse a este mecanismo de solución de conflictos alterno a la justicia ordinaria? El artículo innumerado denominado resolución de conflictos societarios de la LC establece que, en lo que respecta a administradores, se debe incluir la cláusula arbitral en el nombramiento del órgano de administración. Queda en su potestad aceptar el nombramiento; caso contrario, no quedan obligados por el convenio arbitral.

Pero esto es un error. Aunque estos no forman —necesariamente— parte del estatuto de la sociedad, solo basta que acepten su designación.⁶² Esto se justifica en que, a su designación, los órganos de administración adquieren una serie de derechos y obligaciones que emanan del acto constitutivo. Por tanto, siguiendo el carácter normativo del estatuto para los administradores, estos quedan sujetos a la cláusula arbitral estatutaria. Sin embargo, esto no puede ser adecuadamente funcional. ¿Qué ocurriría en el supuesto de una reforma posterior a la aceptación del nombramiento de administrador? Este argumento se explica mejor con un ejemplo.

En enero de 2020, el administrador de determinada compañía acepta su nombramiento como gerente general, sujetándose a las disposiciones de la junta de accionistas, el estatuto social y la ley. Su período estatutario es de cinco años. Pero, en 2022, los accionistas deciden reformar el estatuto incluyendo

59 Artículo 5, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R. O. 417 de 14 de diciembre de 2006, reformado por última vez en R. O. de 21 de agosto de 2018.

60 Eduardo Carmigniani, Carla Cepeda, y Bernarda Muriel, "Arbitraje estatutario en Ecuador: Recientes reformas legislativas con errores de bulto", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 12 (2021): 209, 10.36649/rea1207.

61 Ibid.

62 Ibid.

una cláusula compromisoria. ¿Se entiende que el administrador queda sujeto al convenio arbitral?

Es imprescindible, entonces, que la voluntad del administrador se encuentre zanjada, del mismo modo, a aquellas reformas estatutarias. Asimismo, por seguridad y para evitar acciones inconstitucionales —como que el administrador sea obligado a renunciar a su juez natural por una reforma al estatuto cuando este se había obligado al anterior documento estatutario— es imprescindible que estos aspectos sean mencionados en los nombramientos administrativos.

De todas maneras, la competencia para conocer una acción social de responsabilidad se extiende a los árbitros en concordancia con la cláusula compromisoria pactada, ya sea por los accionistas en el estatuto de la compañía y sus reformas o en el nombramiento del administrador. Al ya no haber silencio sobre la posibilidad de entablar esta acción a administradores de hecho u ocultos, podrían aparecer dificultades derivadas de la manifestación de voluntad de estos para acudir a arbitraje por el incumplimiento de sus deberes fiduciarios.

En el caso que concierne a los administradores de hecho se debe tomar en cuenta que este ente administrativo se basa en actuar y ejecutar actos sin tener un nombramiento legalmente vigente. Esto puede darse porque su nombramiento se encuentra caducado o porque no cuenta con las solemnidades exigidas por ley. Así, es importante analizar la naturaleza de su relación jurídica con la compañía para verificar si estos están sujetos a un convenio arbitral estatutario.

En aquellos casos en los que el administrador ejerce su cargo de representación con un nombramiento que no cuente con las solemnidades que prevé la ley, es decir, con su inscripción en los registros correspondientes, se está frente a un administrador de hecho. ¿Cuál es el efecto de la falta de inscripción de un nombramiento de administrador?

El artículo 13 de la LC expresa la necesidad de inscribir el nombramiento del administrador designado en los registros correspondientes. Asimismo, establece la fecha de inscripción como fecha de inicio de funciones del administrador y que la falta de inscripción no puede oponerse a terceros por quien hubiere obrado en calidad de administrador.⁶³

De la lectura del artículo citado parece que esta solemnidad de inscripción del nombramiento de administrador responde, como propósito, a dar publicidad al acto.⁶⁴ El artículo 290 del CCo determina que serán inoponibles a terceros los efectos de un acto jurídico cuando se haya celebrado sin cumplir con los

⁶³ Artículo 13, LC.

⁶⁴ Luis Parraguez, *El régimen jurídico del contrato* (Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2021), 551.

requisitos de publicidad que la ley exija.⁶⁵ El mismo cuerpo normativo, en su artículo 26, establece que, mientras un acto que deba inscribirse en el Registro Mercantil no sea inscrito, no podrá oponerse frente a terceros.

En conclusión, el registro representa un medio para que las personas que no intervienen en el negocio tengan conocimiento de su celebración y efectos. La falta de este requisito no afecta la validez del negocio, tan solo lo vuelve inoponible.⁶⁶ Si el nombramiento de un órgano de administración o el estatuto de la compañía contienen un convenio arbitral, la voluntad inequívoca de las partes le da plena validez al convenio arbitral.⁶⁷ La falta de inscripción del nombramiento de administrador no afecta dicha manifestación de voluntad.

Incluso, en el supuesto de considerar que la falta de inscripción del nombramiento deriva en una causa de nulidad del acto jurídico, este efecto jurídico no llega a afectar a la cláusula. En tanto, la nulidad de un contrato no conlleva a la nulidad del convenio arbitral.⁶⁸ La autonomía del convenio arbitral implica que no se afecta la validez de un convenio arbitral por haberse declarado nulo el contrato principal que lo contenía por motivos de legalidad.⁶⁹

En este punto, ¿qué ocurre con el administrador cuyo plazo como órgano de administración ha caducado y que continúa administrando la compañía? Si precisamos la hipótesis de considerar la relación contractual de la empresa con el administrador como un mandato por sus características, es imprescindible analizar las causas de extinción de este según el CC. El artículo 2067 del CC establece, como forma de terminación del mandato, la expiración del término prefijado o el cumplimiento del mandato.⁷⁰ Volviendo al principio de autonomía de voluntad de la cláusula arbitral, Pierre Mayer opina que la terminación de un contrato no implica la muerte de la cláusula arbitral. Por la separación de estos, el convenio de resolución de conflictos sobrevive.⁷¹

A pesar de que es una discusión interesante, pierdo asidero en este trabajo. Este supuesto se atañe a la situación que el administrador continúa ejerciendo sus obligaciones como órgano administrador y representando a la sociedad, además de la discutible y posible errónea interpretación de considerar al administrador como mandante.

65 Artículo 290, Código de Comercio [CCo], R. O. Suplemento 497, de 29 de mayo de 2019, reformado por última vez en R. O. de 07 de febrero de 2023.

66 Parraguez, *El régimen jurídico del contrato*, 551.

67 Carmen Noriega Linares, "La existencia de la cláusula arbitral y la voluntad de las partes", *Cuadernos de Derecho Transnacional* 13, n.º 1 (marzo 2021): 998, <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6008>.

68 Artículo 5, LAM.

69 Daniel E. Vielleville, "Nulidad de contrato y nulidad de cláusula compromisoria", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Montevideo* 9 (2010): 94.

70 Artículo 2067, CC.

71 Pierre Mayer, "Les limites de la séparabilité de la clause compromissorie", *Revue de L'arbitrage*, n.º 2 (1998): 363.

Pese a esto, la LC determina que el administrador cuyo nombramiento está inscrito, aunque concluido el plazo para el que fue designado, continúa en el desempeño de sus funciones.⁷² Se entiende entonces, que, aunque concluido el plazo de su nombramiento, el administrador que sigue ejerciendo acciones en control y representación de la compañía, sigue ciñéndose a los términos previstos en la ley y el estatuto. Si estos tienen cláusula arbitral, su manifestación de renunciar a la justicia ordinaria sigue intacta. En este sentido, todos los supuestos conducen a plantear una acción social de responsabilidad contra un administrador de hecho.

Sobre el administrador oculto es otro cantar. Este ha actuado tras bambalinas. No ha manifestado su voluntad de someterse a la resolución de un tribunal arbitral ante cualquier disputa. Tampoco posee un nombramiento ni tiene sinergia alguna con el estatuto social. Tan solo mediante instrucciones ejecutadas por un tercero dirige la compañía.

Sin embargo, es notable que dichas instrucciones tienen una implicancia en los actos que realice el administrador legal, a tal punto que este, quizás por cuenta propia o bajo algún supuesto de fuerza, ejecuta dichas acciones. ¿Es posible, en esos casos, someter a este administrador oculto que en sus instrucciones u órdenes ha incumplido deberes fiduciarios ante un tribunal arbitral?

La salida quizá más idónea es extender los efectos del convenio arbitral suscrito entre el administrador legal y la compañía, ya sea en el estatuto social o el nombramiento. Esto siempre que exista una cláusula arbitral para dirimir los conflictos societarios y el administrador legal esté sujeto a dicha cláusula.

Por tanto, el hecho de no haber firmado un negocio jurídico no excluye a esta parte de los efectos que de este se generen.⁷³ Se debe verificar caso por caso, determinando quién se encuentra en el centro del interés del contrato que se haya celebrado.⁷⁴ Como bien refiere Bullard, el arbitraje es una fiesta particular, así como se puede invitar a quien no ha recibido una tarjeta de invitación, se pueden extender los efectos de un convenio arbitral a partes no signatarias dependiendo de criterios determinados en la ley y en laudos.⁷⁵

El Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación determina que los efectos del convenio arbitral alcanzan a terceros no signatarios. Estos son aquellos cuyo consentimiento se deriva de preceptos de buena fe, de participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución y terminación del negocio jurídico que comprende el convenio al que esté relacionado.⁷⁶

72 Artículo 13, LC.

73 Hugo García Larriva, "Partes no signatarias del convenio arbitral: Entre la realidad jurídica económica y la ficción jurídica", *Revista Jurídica Iuris Dictio* 13, n.º 15 (2013): 175, <https://doi.org/10.18272/iu.v13i15.721>.

74 *Ibid.*, 176.

75 Alfredo Bullard Gonzáles, "¿Y quiénes están invitados a la fiesta? Incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley peruana de Arbitraje", *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* 2, n.º 2 (2011): 22.

76 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, Decreto Ejecutivo 165, Presidencia de la República [Por medio del cual se

Un administrador oculto, al inmiscuirse en la celebración de actos de gestión administrativos, podría tratar de encuadrar su actuar en una participación activa en la ejecución de funciones administrativas. En tal razón, al ser una pieza fundamental por la cual el administrador legal toma decisiones, puede ser considerado como un tercero no signatario del convenio arbitral.

Hugo García analiza esta problemática. Cuando un no signatario utiliza a un signatario como simple vehículo para llevar a cabo relaciones mercantiles, es claro que los no signatarios son los verdaderos pretendientes de los intereses de aquellos actos.⁷⁷ Por tanto, es positiva la respuesta frente a si estas deben anclarse a la cláusula compromisoria como terceros activos en el negocio.⁷⁸

La jurisprudencia extranjera, al referirse a la posibilidad de incluir a terceros que han tenido injerencia en contratos sin ser suscriptores, ha mencionado que estos deben ser incluidos en las cláusulas compromisorias. La Corte de Apelaciones de París en el caso *Société Ofer Brothers c. The Tokyo Marine and Fire Insurance Company Ltd.* Reconoció que los efectos de un convenio arbitral se extienden a las partes implicadas en la negociación, celebración y ejecución de negocios jurídicos en los que no son partes.⁷⁹

Como conclusión se destaca la importancia de someter estas controversias a sede arbitral por la intromisión de los administradores ocultos en negocios jurídicos celebrados por administradores legales bajo sus instrucciones. En primer lugar, se evita la dificultad de sustanciar un procedimiento societario por medio de la justicia ordinaria en vista del sinnúmero de casos comerciales y civiles que poseen a su cargo los jueces de lo civil.⁸⁰ Además de la celeridad que proporciona el arbitraje, no se puede dejar de lado que los árbitros serían terceros especializados en el tema.⁸¹

4.2. ANTE UNA DEMANDA DE ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD, ¿QUIÉN Y CÓMO DEBE PROBAR?

Se presenta también la apariencia de un segundo problema que deriva incluso antes de la vigencia de la Ley Reformativa. Este problema versa sobre la carga de la prueba y los medios de prueba idóneos para justificar la falta de aplicación de deberes fiduciarios. En lo que respecta a la carga de la prueba, el problema deriva en la consideración de aspectos relativos sobre a quién se

expide el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación], R. O. Suplemento de 26 de agosto de 2021.

77 García Larriva, "Partes no signatarias del convenio arbitral:", 96.

78 *Ibid.*, 98.

79 *Société Ofer Brothers c. The Tokyo Marine and Fire Insurance Company Ltd.*, Corte de Apelaciones de París, enero de 1989.

80 Mateo Landívar Chávez, "Implementación de un marco de *enforcement* societario en Ecuador", *USFQ Law Review* 9, n.º 1 (2022): 153, <https://doi.org/10.18272/ulr.v9i1.2586>.

81 *Ibid.*

le debe atribuir la actividad probatoria cuando los accionistas plantean una acción social de responsabilidad.

Para ello es imprescindible dirigir el análisis, en un primer momento, a lo preceptuado en el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP).⁸² El COGEP establece, como regla general, que corresponde al actor probar aquellos hechos que ha afirmado en el acto de proposición y que la parte contraria haya simplemente negado. Se reconocen también causas de inversión de la carga probatoria existentes en otros cuerpos legales, además de las previstas en la norma adjetiva para ciertas materias como familia y ambiental.

En el caso que ocupa el presente trabajo y siguiendo la regla general, correspondería a los socios o accionistas que entablen la acción social de responsabilidad contra el administrador demostrar que este ha incumplido sus deberes fiduciarios, acompañándose al acto de proposición aquellos medios de prueba pertinentes para probar lo alegado. Esto se correlaciona con la regla del puerto seguro, teoría adoptada en Alemania, tendiente a obligar a los demandantes a desvirtuar con la presunción de la conducta diligente de un administrador.⁸³ Esto porque se asume que las actuaciones realizadas por el administrador son ordenadas y leales a la compañía.

Sin embargo, aterrizando la idea en el caso de una acción contra el administrador por haber faltado al deber de debida diligencia, nos encontraríamos en el caso previsto en el artículo 1563 del CC que obliga a demostrar la diligencia a quien debe emplearla.⁸⁴ Esta disposición es lógica por cuanto quien se encuentra en capacidad de demostrar que su actuar ha sido diligente es el administrador, siendo además válido asignar la carga de la prueba en este caso al accionado. Estaríamos hablando de una inversión de la carga probatoria fuera del COGEP.

Por otro lado, la LC como norma especial contiene una regla respecto a la carga de la prueba. Esta corresponde a quien alega la responsabilidad del administrador, lo cual, en un primer momento, podría generar una apariencia de conflicto entre lo previsto en el CC y la LC por lo preceptuado en el último inciso de su artículo 262.⁸⁵

En este artículo se prevé una inversión de la carga probatoria hacia el administrador al utilizar en el inciso cuarto la expresión “cuando el administrador

82 Artículo 169, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R. O. Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015, reformado por última vez en R. O. de 07 de febrero de 2023.

83 Cristina Guerrero Trevijano, *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital: La incorporación de los principios de la “business judgment rule” al ordenamiento español* (Madrid: Civitas, 2015), 68.

84 Artículo 1563, CC.

85 Artículo 262, LC.

hubiese demostrado”. Se genera entonces, en el administrador demandado, la carga probatoria de justificar que su decisión fue tomada de forma informada con insumos objetivos y razonables, con el fin de oponer en su favor la regla de discrecionalidad. Sin embargo, se debe considerar que dicha carga probatoria se aplica para desvirtuar la regla de discrecionalidad, mas no para dirimir una controversia sobre el deber de lealtad. Por tanto, resulta incompleta.

El problema encuentra su solución con la misma LC. Este cuerpo normativo establece la regla de la carga dinámica de la prueba. Su artículo 249.1 determina que, en procesos societarios, cada una de las partes se encuentra obligada a probar la existencia de los hechos aducidos en sus argumentaciones y defensas, en concordancia con el COGEP y sus reglas probatorias. Sin embargo, el juzgador que conoce un conflicto societario puede —a petición de parte— desplazar la carga de la prueba a quien se encuentre en mejor posición de probar según su cercanía material a los hechos y objeto de prueba.⁸⁶

Estos conceptos se aplican, de igual manera, para los procesos societarios de acciones derivadas según el artículo 272.3 de la misma ley referente a la legitimación activa para entablar este tipo de acciones. Entonces se concluye que, en un aspecto práctico, este inconveniente deja de tener asidero al contar con las herramientas legales necesarias para la correcta sustanciación de este tipo de causas.

Una vez analizadas la jurisdicción y la competencia para conocer una acción social de responsabilidad y, por otro lado, quién tiene la obligación de probar el incumplimiento de deberes fiduciarios, aparece un tercer inconveniente práctico. Este se refiere a cuáles serían los medios de prueba idóneos para que socios o accionistas puedan demostrar que efectivamente un administrador de hecho u oculto posee responsabilidad por su falta de lealtad o debida diligencia en el caso que estos resulten obligados a probar sus argumentos.

Una vez iniciado un proceso contra un administrador de hecho, sea en sede judicial o arbitral, probar su falta de diligencia parece relativamente sencillo. Si este tuviese un nombramiento caducado o no inscrito, su continuidad en la gestión administrativa favorece la actividad probatoria. Su irregularidad no significa una problemática para encontrar medios probatorios útiles, conducentes y pertinentes.

El verdadero inconveniente deviene de los medios de prueba para acreditar la falta de cumplimiento de deberes fiduciarios a administradores ocultos. Como menciona Fernando Marín de Bárcena, cuando el administrador oculto se esconde tras el abrigo del administrador legal, resulta complejo probar, en juicio, su responsabilidad.⁸⁷

⁸⁶ Artículo 249.1, LC.

⁸⁷ Fernando Marín de la Bárcena Garcimartín, “Acciones de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital

Por esta razón, lo más lógico es que la prueba que se presente en contra de un administrador oculto, en palabras, deberá ser indiciaria. Determinar la responsabilidad de un administrador oculto por medio de prueba directa puede llevar complicaciones. La prueba indiciaria, presentada de forma correcta, puede ser tan eficaz como otros medios probatorios.⁸⁸ Incluso, como presenta Bullard, negar la prueba indiciaria como medio probatorio que brinde certeza equivaldría a negar nuestro conocimiento sobre indicios que conocemos del mundo.⁸⁹

El indicio, a diferencia de lo que coloquialmente se cree, no es un mero indicativo. La prueba indiciaria es la existencia de hechos ciertos que indican una probabilidad de existencia de un hecho incierto.⁹⁰ Sin embargo, es necesario que estos indicios sean consistentes y relevantes para la teoría del caso. Determinar dicha probabilidad, por un medio porcentual, es análisis de otro trabajo.

Se mencionan los siguientes medios probatorios pertinentes, conducentes y útiles para probar la falta a los deberes fiduciarios de un administrador y se pueden explicar mejor con un ejemplo hipotético. Teófilo de los Palotes, administrador legal de la compañía XYZ S. A. S., ejerce sus facultades administrativas bajo instrucciones de Perico de los Troncos. El señor de los Troncos, aprovechando la influencia que tiene en el administrador, comete actos desleales.

La asamblea de accionistas, al darse cuenta de ello, decide entablar una acción social de responsabilidad en contra de Perico de los Troncos con la finalidad de que sea declarado como administrador oculto, desvincularlo de la sociedad y declarar su responsabilidad, además de solicitar una indemnización por los perjuicios que ha ocasionado. ¿Cómo pueden los accionistas, o su representante, probar esta falta a los deberes fiduciarios?

Podrían, en su acto de proposición, anunciar declaraciones testimoniales del personal de la sociedad con la finalidad de que en audiencia declaren sobre el rol de Perico de los Troncos en la empresa. También se destaca la importancia de la declaración del administrador legal, valorando su silencio en caso de que lo hubiera. Incluso podrían hablar con proveedores de bienes o servicios que hayan contratado con la compañía. Así se determinaría si Perico tuvo alguna injerencia en dichos negocios. También se podría solicitar acceso judicial a la prueba y determinar la participación de Perico y su poder frente a Teófilo mediante documentos, correos electrónicos o mensajes que no estén en poder de los accionistas.

en derecho inglés y norteamericano", *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 16 (2001): 228.

88 Alfredo Bullard González, "Armando rompecabezas incompletos: El uso de la prueba indiciaria", *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 25 (2005): 228.

89 *Ibid.*

90 *Ibid.*

En definitiva, la forma de probar la responsabilidad de administradores ocultos dependerá de la creatividad del profesional en derecho que represente a la sociedad, además de los administradores legales y accionistas.

5. CONCLUSIONES

La inclusión de la posibilidad de entablar acciones sociales de responsabilidad a administradores de hecho u ocultos responde a una necesidad legislativa para procurar, en todo momento, precautelar los mejores intereses de la compañía. Además, que no se requiera la aprobación de la junta para presentar esta acción, en determinados casos, es un intento de mitigar problemas de agencia.

Este documento ha analizado, en términos generales, esta implementación haciendo un recuento de conceptos societarios fundamentales que conllevan al conocimiento de una acción en contra de administradores. La principal limitación ha sido, por la reciente inclusión del tema, el escaso desarrollo jurisprudencial. Sin embargo, esto fue suplido por una investigación doctrinal.

Del análisis se concluye que la aceptación de la existencia de administradores que posean irregularidades y no sean designados legalmente, así como de aquellos que actúan tras bambalinas, es un avance legislativo societario esencial. Sin duda estos pueden, a causa de su falta de nombramiento, actuar de manera perjudiciosa para el correcto desempeño de la sociedad generando pérdidas económicas y estructurales. Estos inconvenientes son causados por una administración que rompe los deberes fiduciarios establecidos en la ley y el estatuto social.

Por tal razón, era necesaria una Ley Reformatoria. Aun así, como todo avance normativo, por más necesario que resulte trae consigo una serie de desafíos.

En este texto se conceptualizaron y enumeraron tres temas prácticos a tomar en cuenta a la hora de plantear una acción social de responsabilidad a administradores de hecho y ocultos, aunque con seguridad los lectores encontrarán otras implicaciones distintas. El primero se refiere a la derivación a sede arbitral, con la que se demostró la factibilidad de acudir a un centro arbitral que administre la sustanciación de una acción social de responsabilidad frente a administradores de hecho y ocultos. El segundo, sobre la carga probatoria en estos procesos, analizó que, mediante una carga de prueba dinámica, ambas partes deben probar sus pretensiones, aunque por su cercanía al caso una de ellas puede ser obligada a probar. Por último, se indagó sobre los medios de prueba idóneos para probar la falta de diligencia y buena fe de los administradores determinando que una prueba indiciaria es, en sí, la mejor forma de probar la falta de diligencia y lealtad. También se analizó una crítica a esta

reforma. Esto en virtud que la libertad de un accionista de presentar por cuenta propia esta acción es arriesgado.

A pesar de ello, la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo garantiza, entre otras cuestiones, una protección a los socios y accionistas. Del mismo modo, mejora las prácticas de gobierno corporativo y moderniza el trato societario ecuatoriano acarreado una discusión académica relevante en aras de mejorar la situación legal económica del país. Reconocer a los administradores de hecho y ocultos como sujetos causantes de perjuicios a la compañía y, por tanto, precautelar los intereses de esta ficción jurídica mediante acciones judiciales es la clara muestra de ello. No hay duda de que Ecuador ha avanzado a pasos agigantados en lo referido a cuestiones societarias y es algo que se debe aplaudir.