

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Análisis de las figuras de administradores de hecho y ocultos
en las compañías tradicionales ecuatorianas**

Mateo Vicente Landivar Chávez

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de Abogado

Quito, 15 de abril de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombre: Mateo Landívar Chávez

Cédula de identidad: 1721499604

Código: 00201981

Lugar y Fecha: Quito, 15 de abril de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

ANÁLISIS DE LAS FIGURAS DE ADMINISTRADORES DE HECHO Y OCULTOS EN LAS COMPAÑÍAS TRADICIONALES ECUATORIANAS¹

ANALYSIS OF THE FIGURES OF DE FACTO AND SHADOW DIRECTORS IN TRADITIONAL ECUADORIAN COMPANIES

Mateo Vicente Landívar Chávez²

mateolandivar06@gmail.com

RESUMEN

Este trabajo exploró las metodologías axiológica y deductiva para analizar la utilidad de la adopción de las figuras de los administradores de hecho y ocultos. Si bien el escenario ecuatoriano actual únicamente reconoce a las mismas en el contexto de las Sociedades por Acciones Simplificadas, su regulación ha proporcionado mayor seguridad jurídica para los socios, accionistas y las demás personas relacionadas a una compañía. De acuerdo con el trabajo, el reconocimiento de estas figuras en las compañías tradicionales permitiría 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 utilizó como referencia a 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, desde un enfoque funcional, que la implementación de estas figuras sería sumamente valiosa.

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 only recognizes them in the context of the Simplified Corporations, its regulation has provided greater legal certainty for shareholders and others related to a company. Therefore, according to the paper, recognizing these figures in traditional companies would 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 and 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, from a functional approach, that the implementation of these figures would be extremely valuable.

PALABRAS CLAVE

DERECHO SOCIETARIO, ADMINISTRADORES, AGENCIA OFICIOSA, SIMULACIÓN DE FUNCIONES, PROBLEMAS DE AGENCIA.

KEYWORDS

CORPORATE LAW, DIRECTORS, OFFICIOUS AGENCY, SIMULATION, AGENCY PROBLEMS.

Fecha de lectura: 15 de abril de 2022

Fecha de publicación: 15 de abril de 2022

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Paúl Oswaldo Noboa Velasco.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. REVISIÓN DE LA LITERATURA.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO.- 5. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO Y OCULTOS.- 6. LEGISLACIONES EN LAS QUE LA FIGURA SE ENCUENTRA INCORPORADA.- 7. MITIGACIÓN DE LOS PROBLEMAS DE AGENCIA.- 8. REGULACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO Y OCULTOS EN LAS COMPAÑÍAS TRADICIONALES.- 9. CONCLUSIONES.-

1. Introducción.

Los administradores de hecho o *de facto*, así como los administradores ocultos o a la sombra, a los cuales se los mencionará a lo largo de este trabajo indistintamente con cualquiera de sus nombres, 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 tales³. En este trabajo se presentarán diversas definiciones y acepciones de acuerdo con distintas legislaciones y autores sobre tales figuras. Este preámbulo permitirá determinar si es o no útil y necesario adoptar las mencionadas clasificaciones en la regulación de las compañías tradicionales en Ecuador.

Los administradores de hecho y ocultos son aquellas personas que no ostentan la calidad de administradores legalmente designados por parte de una compañía⁴. Adicionalmente, en ambos escenarios existe, en la gestión de los administradores legalmente designados, una pérdida de autonomía⁵. Cuando se verifique la existencia de un prejuicio o la comisión de hechos dañosos en desmedro de la compañía, estos administradores incurrirán en las mismas responsabilidades y se verían en la obligación de asumir las mismas sanciones que, acorde a la Ley de Compañías, se aplicarían en los administradores *de iure* o de derecho⁶.

³ Paúl Noboa Velasco, “Segunda jornada sobre la Sociedad por Acciones Simplificada” (Seminario web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros & Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 10 de junio de 2021), 53’36’’, <https://www.facebook.com/SuperciasEC/videos/780381322655493>. Último acceso: 16 de marzo de 2022.

⁴ Paúl Noboa Velasco. “Administradores de hecho y oculto” (I Congreso de Derecho Societario de El Instituto, Guayaquil, 09 de marzo de 2022), 03’47’50’’, Recuperado de: <https://docs.google.com/document/d/1IRoxBnyfsgjDuH8jSwTUGotvGIRy4ZjwSTrpLP-Ym28/edit?usp=sharing>. Último acceso: 28 de marzo de 2022.

⁵ Paúl Noboa Velasco. “Administradores de hecho y oculto” (I Congreso de Derecho Societario de El Instituto, Guayaquil, 09 de marzo de 2022), 03’47’50’’,

⁶ *Ibid.*

En los siguiente párrafos, se podrá evidenciar lo antedicho, aspecto que permitirá reflejar la falta de aclaración que existe para los administradores sin designación, sus obligaciones y la responsabilidad que estos operadores deberían afrontar, en ciertos casos, por sus decisiones y acciones a nombre de una sociedad mercantil. Se indagará en los mismos mediante las metodologías axiológica y deductiva para responder al mencionado problema existente en cuanto a la falta de regulación de estas figuras en la legislación para las compañías tradicionales ecuatorianas.

2. Revisión de la literatura

Un sector doctrinario considera que no existe necesidad de mantener una distinción estatutaria entre administradores ocultos y de hecho⁷. 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 circunstancias⁸. Por lo tanto, se requiere efectuar un análisis comparativo para clarificar el alcance, la naturaleza y el propósito de cada una de dichas figuras⁹.

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 compañía¹⁰. Lo mencionado permite aplicar adecuados estándares conductuales a quienes ejercen el control efectivo sobre la compañía¹¹.

El concepto de ambas figuras presenta características definatorias diferentes y sirve a otros fines¹². 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.

⁷ Stephen Griffin, *Problems in the Identification of a Company Director* (Birmingham: N.I.L.Q., 2003) 43-58 [Traducción no oficial].

⁸ Griffin, *Problems in the Identification*, 43-58.

⁹ Chris Noonan y Susan Watson. "The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?" *The Journal of Business Law* (2006), 763-798 [Traducción no oficial].

¹⁰ Noonan, "The nature of shadow directorship", 763-798.

¹¹ Francisco Reyes Villamizar, *La Sociedad por Acciones Simplificada* (Bogotá: Legis, 2018), 172-183.

¹² Noonan, "The nature of shadow directorship", 763-798.

2.1. ¿Quién es un administrador y que funciones desempeña?

Los administradores dirigen, supervisan, gobiernan y controlan cómo operan las compañías en las que han sido designados con tal dignidad¹³. Por 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 misma¹⁴. 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 accionistas¹⁵. Se los podría llamar agentes no solo de la compañía, sino también de los socios o accionistas¹⁶ y por ello tienen responsabilidades y deberes fiduciarios que cumplir ante la sociedad, ante los asociados y ante terceros¹⁷.

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 en la compañía, sea cual fuere la denominación de dicho cargo¹⁸. Partiendo de tal definición, los administradores *de facto* serían aquellos operadores que han asumido funciones y calidad de administradores de derecho, sin ostentar un nombramiento legalmente conferido en su favor¹⁹.

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 terceros²⁰. 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 calidad²¹.

¹³ Martha Bruce, *Rights and Duties of Directors 2017/18* (London: Bloomsbury Professional, 2018), 1–24. <http://dx.doi.org/10.5040/9781784514433.ch-001> [Traducción no oficial].

¹⁴ Bruce, *Rights and Duties*, 1–24.

¹⁵ Luis Cabezas Parrales. *La Compañía Anónima: Análisis Sistemático de su Normativa*. (Quito: Ediciones Legales. 2006), 173-217.

¹⁶ Marco Ventoruzzo, Pierre-Henri Conac, Gen Goto, Sebastian Mock, Mari Notari, Arad Reisbegr, *Comparative Corporate Law*. (St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2015), 295 [Traducción no oficial].

¹⁷ Francisco Reyes Villamizar. “Administradores”. *Derecho Societario: TOMO I*. Temis. pp. 667-732.

¹⁸ Chris Noonan y Susan Watson, “Examining Company Directors through the lens of De Facto Directorship” *The Journal of Business Law* (2008): 604. [Traducción no oficial].

¹⁹ Noonan, “Examining Company Directors”, 604.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

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 compañía²². En la práctica, un administrador oculto es quien controla los hilos de la marcha administrativa de la compañía, tras bastidores²³, aspecto que justificaría atribuir responsabilidad sobre ellos por las deudas y acciones de los administradores *de iure*, en determinadas circunstancias²⁴.

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 decisiones²⁵.

3. Marco teórico

De acuerdo con la sección 250 del *Companies Act* del Reino Unido de 2006, administrador es toda persona que ocupe tal cargo, cualquiera sea su denominación²⁶. 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 y, para muchas jurisdicciones dichos agentes están sujetos a todos los deberes de los administradores de derecho²⁷. La legislación ecuatoriana, al regular a las Sociedades por Acciones Simplificadas, SAS, ha determinado que los administradores de hecho y ocultos se encuentran sujetos al mismo régimen de los administradores legalmente designados.

Con el antecedente, dado el panorama actual en el que Ecuador, en donde no se regulan estas figuras si no únicamente en las SAS, y para saber si es necesario incorporar a estas figuras en las demás sociedades existentes en Ecuador, surgen varias interrogantes. Por ejemplo, ¿estas actividades podrían encasillarse en el cuasicontrato de agencia oficiosa o en la figura de la simulación de funciones, o merecen otro tratamiento? La falta de una fuente

²² Noonan, "The nature of shadow directorship", 763-798.

²³ Ver: *Hydrodan (Corby) Ltd, Re*. Corte Suprema de Justicia en Inglaterra, 17 de diciembre de 1993.

²⁴ Noonan, "The nature of shadow directorship", 763-798.

²⁵ Matthew Barber. "Shadow directors: compulsion vs advice". *New Zealand law journal* (2011): 85-87. [Traducción no oficial].

²⁶ Bruce, "The nature of office of director", 1.

²⁷ Noonan, "The nature of shadow directorship", 763-798.

formal del derecho da paso a interpretar y ello desprotege fuertemente a los intereses de las compañías, a quienes las conforman y se relacionan a ellas.

3.1. Cuasicontrato de agencia oficiosa

La también llamada gestión de negocios ajenos es un cuasicontrato en el cual quién sin mandato administra negocios de otro, está obligado para con éste y, en casos, también lo obliga²⁸. 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 contraídas²⁹. Una sentencia expedida producto de un recurso de casación³⁰ conceptualiza más a fondo a esta figura civil, señalando que las obligaciones del agente oficioso y el mandatario son iguales³¹.

Se puede inferir que este cuasicontrato busca el mismo fin que el mandato: obrar jurídicamente en interés de otro³². 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 negocios³³. 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 de agencia oficiosa podría ser equivalente. Sin embargo, su alcance con relación al 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 donde 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, 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 administrado³⁴.

De este modo, debido al tenor del artículo mencionado, la aplicación de la figura del

²⁸ Artículo 2186. Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Última reforma: 14/mar/2022.

²⁹ Juan Larrea Holguín, *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2008), 286-287.

³⁰ Ver: Sentencia N° 0108-2014, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 12 de Junio de 2014.

³¹ Artículo 2187, CC.

³² Larrea, *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*, 287.

³³ *Ibid.*

³⁴ Artículo 2190, CC.

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 beneficiaria³⁵.

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”³⁶. 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 terceros 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 él³⁷. Existen expresiones del mandato que, bajo la apariencia de otros contratos, que efectivamente se celebran y surten efectos, son simulados³⁸. Son comunmente conocidos como negocios celebrados para transferir los beneficios y responsabilidades de la persona que comparece al acto o contrato al verdadero interesado³⁹.

La Ley de Compañías, LC, da a entender que, por simulación, responderán, personal y solidariamente, quienes han cometido, ordenado o ejecutado actos simulados⁴⁰. 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 quién compareciere a un acto o contrato a nombre de una compañía.

³⁵ Artículo 2190, CC.

³⁶ Artículo 2186, CC.

³⁷ Larrea, *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*, 287.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Sección Tercera, LC. Ley de Compañías [LC], R.O. 312 de 05 de noviembre de 1999. Última reforma: 10/diciembre/2020.

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 con relación a 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 defiende la postura de defender los derechos de terceros que de buena fe hubieren 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”⁴¹.

Este efecto podría afectar a las contrapartes contractuales de la compañía, generándose la grave secuela, de acuerdo a Reyes, “de inseguridad jurídica para los terceros que contratan con la sociedad”⁴². Sin embargo, los administradores ocultos, al no presentarse como si ostentaren dicha calidad, no se verían sujetos a los efectos derivados de una simulación de funciones.

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 hubiere 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.

⁴¹Directiva 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, Unión Europea, 14 de junio de 2017.

⁴² Francisco Reyes Villamizar, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, (Bogotá: Legis, 2018), 113.

4. Marco normativo

4.1. Normativa local

El artículo innumerado titulado *representación legal* en la Ley de Compañías, en la sección que rige a las SAS, es claro al establecer 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, SCVS⁴³. A partir de dicha inscripción, el representante legal comenzará a desempeñar sus funciones y se considerará un administrador legalmente designado⁴⁴.

La sección de artículos innumerados de la LC hacen alusión a que las reglas relativas a la responsabilidad de administradores les serán aplicables al representante legal de la SAS, así como a su junta directiva y demás órganos de administración, en caso de existir⁴⁵. 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 SAS, 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 administradores, sin serlo legalmente⁴⁶. Ambas figuras estarán sujetas a iguales responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores *de iure*⁴⁷.

En Ecuador, la ley permite que se detalle la estructura administrativa de la compañía en su estatuto social, sea unipersonal o colectivo⁴⁸. La Ley de Compañías reconoce el principio de blindaje del patrimonio personal de los administradores, al indicar que ellos no asumirán ninguna obligación personal por los negocios de la compañía⁴⁹, por su administración, salvo que exista una extralimitación en sus atribuciones, siempre que concurrieren actuaciones fradulentas o abusivas⁵⁰.

Por otro lado, y hablando sobre la teoría contrapuesta a estas figuras, el CC define al cuasicontrato de agencia oficiosa como aquel en el cual alguien administra los negocios de otra persona y se obliga para con ésta, y en ciertos casos, la podría obligar también, a pesar

⁴³ Artículo (...). - Representación legal, LC.

⁴⁴ Artículo (...). - Representación legal, LC.

⁴⁵ Artículo (...). - Responsabilidad del representante legal, LC.

⁴⁶ Artículo (...). - Responsabilidad del representante legal, LC.

⁴⁷ Artículo (...). - Responsabilidad del representante legal, LC.

⁴⁸ Artículo (...). - Representación Legal, LC.

⁴⁹ Artículo 255, LC.

⁵⁰ Cabezas, “La Compañía Anónima”, 194.

de no tener un mandato⁵¹. Las obligaciones del agente oficioso, son las las mismas que las del mandatario⁵². Se dice que, la también llamada gestión de negocios ajenos existe si es que, sin autorización alguna del tercero, el mandante obra⁵³. En la misma línea, un verdadero mandato existe cuando el negocio interesa juntamente a cualquiera de las dos partes e inclusive 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 esta Ley Modelo sobre la Sociedad por Acciones Simplificada, promovida por la Organización de Estados Americanos, OEA, es establecida en la sección 1 del primer Capítulo⁵⁵. Sobre la organización de la SAS, la ley indica que libremente en los estatutos se determinará su estructura orgánica y demás normativa que regule su funcionamiento⁵⁶. 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 Estatuto correspondiente, tanto al representante legal de la SAS como a su junta directiva y demás órganos de administración⁵⁷.

De lo mencionado, y sus párrafos subsiguientes, se desprenden las reglas, responsabilidades y sanciones que se aplicarán a los órganos de administración que se inmiscuyen 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 administradores⁵⁸.

Por otro lado, 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

⁵¹ Artículo 2186. CC.

⁵² Artículo 2187, CC.

⁵³ Artículo 2024, CC.

⁵⁴ Artículo 2024, CC.

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.

⁵⁷ Artículo 2, Proyecto de Ley Modelo.

⁵⁸ Párrafo primero, Proyecto de Ley Modelo.

pactados ante terceros de buena fe”⁵⁹ cuando ella o sus administradores hubieren dado motivos para hacer creer que una personas estaba facultada para obrar en su nombre.

5. Alcance de la responsabilidad de los administradores de hecho y ocultos

Para comenzar esta explicación, cabe reiterar que la legislación ecuatoriana en lo correspondiente a las SAS, reconoce a los administradores de derecho así como a las figuras de los administradores de hecho y ocultos. Con relación a los primeros, los nombramientos de los administradores de las SAS deben ser inscritos en el Registro de Sociedades de la SCVS. Por su parte, 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 compañía⁶⁰.

A raíz de dichas inscripciones registrales, los administradores inician sus funciones y se consideran administradores *de iure*⁶¹. Para estos administradores, después de haberse configurado tal calidad, 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 ceñirse⁶². Adicionalmente, por poseer tal calidad se encuentran sometidos a ciertas restricciones de orden legal⁶³, que repercuten internamente y ante terceros⁶⁴. En contraste, los administradores de una compañía que no ostentaren la representación legal no deberán efectuar ninguna inscripción de sus nombramientos⁶⁵.

Sin embargo, en la regulación de las compañías tradicionales ecuatorianas, no existe certeza para determinar qué sucede en los casos en los que la compañía hubiere actuado por intermedio de una persona que, formalmente, no es un administrador legal y debidamente designado. Las *provisions*⁶⁶ 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.

⁵⁹ Párrafo segundo, Proyecto de Ley Modelo.

⁶⁰ Cabezas. *La Compañía Anónima*, 173-217.

⁶¹ Paúl Noboa Velasco. “Administradores de hecho y oculto” (I Congreso de Derecho Societario de El Instituto), 03’47’’50’’.

⁶² Reyes, *Derecho Societario*, 697

⁶³ Artículo 261, LC.

⁶⁴ Reyes. *Derecho Societario*, 697

⁶⁵ Artículo 13, LC.

⁶⁶ Traducción no oficial: disposiciones.

Estas 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 perjuicio de aquello, no se debe considerar que las legislaciones societarias han impuesto deberes fiduciarios distintos sobre los administradores de hecho y ocultos⁶⁷, ya que solamente 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 compañía⁶⁸. 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 de los administradores que tienen un nombramiento conferido a su favor⁶⁹. 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 de sus contrapartes de derecho.

Las disposiciones del administrador oculto a menudo imponen responsabilidad solamente sobre éstos cuando han ordenado a un administrador *de iure* o *de facto* que infrinja algún deber que estos últimos le deban a la compañía⁷⁰. 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 ser determinantes en el devenir operacional de una compañía⁷¹. Por tanto, los administradores ocultos son una instancia de decisión superior⁷².

5.1. Semejanzas y diferencias entre los administradores de hechos y ocultos

Con fundamento en lo explicado anteriormente, existen varios nombres otorgados a los diferentes tipos de administradores⁷³. 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.

⁶⁷ Noonan, “The nature of shadow directorship”, 763-798.

⁶⁸ Ver: Mumtaz Properties Ltd, Re, Corte de Apelaciones, Division Civil, 24 de mayo de 2011.

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

⁷⁰ Ver: Hydrodan (Corby) Ltd, Re. Corte Suprema de Justicia, 17 de diciembre de 1993.

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

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

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

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

Para hablar de similitudes, tanto los *de facto* como los *shadow directors* carecen de una designación legal de administradores por parte de una compañía⁷⁵. En el mismo sentido, para las dos figuras, los administradores *de iure*, aquellos que, si han sido nombrados como tales, pierden autonomía en su gestión⁷⁶. Cabe también decir que poseen las mismas responsabilidades que estos últimos, 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 estarían 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 incurrirían en las mismas responsabilidades y afrontarían las mismas sanciones que los administradores designados legalmente.

Con relación a las diferencias entre las figuras, los administradores ocultos no actúan como administradores legalmente designados⁷⁷. 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 compañías⁷⁸.

Los administradores de hecho buscan tomar la apariencia de un administrador *de iure* no solo ante la misma compañía, sino también ante terceros, y son ellos quienes ejecutan los actos que podrían causar perjuicios a la compañía y a terceros. Por su parte, los administradores ocultos únicamente asumirían responsabilidad si su influencia significativa genera la comisión de un daño que, formalmente, es ejecutado por el administrador *de iure*⁷⁹.

6. Legislaciones en los que la figura se encuentra incorporada

Las compañías tradicionales ecuatorianas en la actualidad, no cuentan con regulación societaria sobre los administradores de hecho y ocultos⁸⁰. Por lo tanto, la regulación de los administradores de hecho y ocultos aplicable sobre las SAS debería ser trasladada a todas las

⁷⁵ Paúl Noboa Velasco. “Administradores de hecho y oculto” (I Congreso de Derecho Societario de El Instituto), 03’47’’50”.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Brenda Hannigan, *Company Law*, Oxford University Press, 2016, Southampton, 167-168.

⁸⁰ Paúl Noboa Velasco, “La implementación de las acciones derivadas en Ecuador”, *Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, 03 de agosto de 2021, <https://www.derechoyfinanzas.org/la-implementacion-de-las-acciones-derivadas-en-ecuador/>. Último acceso: 26 de marzo de 2022.

especies societarias reguladas por la Ley de Compañías, con el objeto de precisar qué sucedería cuando una compañía se obligare 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 permite acercarnos a la solución más viable para el Ecuador y la región, considerando su patrón accionarial de capital concentrado⁸¹. Estos modelos permiten entender la importancia de incluir estas figuras en nuestra regulación societaria tradicional.

6.1. Reino Unido

En primer lugar, corresponde manifestar que la efectividad del régimen de los *shadow* o *de facto directors* disminuiría si una persona evade cualquier responsabilidad por no tener una designación formal como administrador, a pesar de dirigir e instruir a aquellos que si lo son⁸². Por esta razón, el concepto legal de director en la sombra y de hecho se crearon en la sección 741(2) del *Companies Act* de 1985 (y reformulado en la sección 251 de 2006) para abordar este problema.

En el 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 compañía⁸³. Existe jurisprudencia en la que un director ejecutivo de un grupo de compañías, que da instrucciones abiertamente a la junta directiva de una compañía parte del grupo, fue considerado como un administrador oculto, gracias a la influencia ejercida sobre la administración de la compañía subsidiaria⁸⁴.

Como se ha mencionado, estos administradores estarían obligados a los mismos deberes fiduciarios que los administradores *de iure*, dependiendo de los hechos y circunstancias. Esto incluirá, por ejemplo, la responsabilidad por negociación ilícita⁸⁵. Por su parte, sobre los *de facto directors* se ha dicho que no existe una prueba única para un

⁸¹ OECD, White Paper on Corporate Governance in Latin America, 2003. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/18976210.pdf>. Último acceso: 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*, 05 de junio de 2018. <https://www.walkermorris.co.uk/publications/directors-duties-can-a-director-be-liable-even-if-not-formally-appointed/>. Último acceso: 12 de marzo de 2022 [Traducción no oficial].

⁸³ Taylor. "Directors' duties".

⁸⁴ Ver: 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.

administrador *de facto* y una persona puede serlo hasta cuando no ha habido un nombramiento o uno inválido⁸⁶. En tal escenario, lo relevante sería 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*⁸⁷, resuelto por la Corte de Apelaciones del Reino Unido, es considerado el *leading case* para explicar la definición de los administradores *de facto*. El caso trata sobre una compañía familiar, misma que nombra al caso, que cuenta con varios administradores. 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 todas las personas que actuaron a su nombre. El padre, quien no era legalmente un director de la compañía, 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* 1986 del Reino Unido.

6.1.2. Smithton Ltd v Naggar

Este es otro caso relacionado con la figura de los administradores de hecho⁸⁸. Naggar era administrador de una compañía matriz, misma 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 su calidad de administrador de la primera compañía, ofrecía asesoramiento a los administradores legalmente designados de la subsidiaria.

⁸⁶ Taylor, *Directors' duties*, 2018.

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

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

La compañía subsidiaria sufrió pérdidas debido a los contratos con los asociados con 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 nunca asumió dicha calidad ante terceras personas y la compañía tampoco lo trató como tal.

La Corte concluyó que, si bien es cierto Naggar había participado en deliberaciones que afectaron a la compañía Smithton Ltd, su participación se fundamentó en su legítimo rol de cliente y administrador de la principal accionista de la compañía. Por consiguiente, Por consiguiente, Naggar no fue considerado como 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 mismas que han sido citadas anteriormente⁸⁹, 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 la que la compañía está acostumbrada a escuchar⁹⁰.

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 actuar bajo sus instrucciones, entonces tiene que ser considerado como una administrador oculto o a la sombra⁹¹. Particularmente, este maneja los hilos de la compañía tras bastidores⁹², refugiándose detrás de los administradores *de iure*. La principal característica de un administrador a la sombra se distingue del papel de un administrador de hecho, en vista de que no pretende actuar como un administrador legalmente designado⁹³.

6.1.4. Secretary of State for Trade & Ind. c. Deverell

⁸⁹ Ver: Hydrodan (Corby) Ltd, Re. Corte Suprema de Justicia , 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>. Último acceso: 26 de febrero de 2022 [Traducción no oficial].

⁹¹ Peter J. Millett *decision in Hydrodan (Corby) Ltd, Re.* (1993), Sección 214 del Insolvency Act (1986), 36-37. <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0131-judgment.pdf>. Último acceso: 28 de febrero de 2022 [Traducción no oficial].

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

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 insolvencia⁹⁴. 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 como un administrador oculto cuando, en lugar de limitar su actuación a brindar asesoramiento profesional, ejercen una real influencia en la marcha administrativa de la compañía⁹⁵. 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 consejos⁹⁶.

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 a detalle en los varios países de corte anglosajón y aunque ha sido objeto de numerosas críticas⁹⁷, si se lo ha citado como ley por la Corte Suprema de Nueva Zelanda en 2013⁹⁸. *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 sólo a los

⁹⁴ Ver: 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, párr. 1-13.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Noonan y Watson señalan que al secretario de Estado se le negó 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. Ver: Noonan, "The nature of shadow directorship", 773.

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

procedimientos de inhabilitación. Estos procedimientos tienen un interés público: proteger a terceros de tratar con empresas que están atrapadas con directores deficientes⁹⁹.

6.1.5. Vivendi SA c. Richards

Para finalizar, en el caso *Vivendi*¹⁰⁰, 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.

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 instrucciones¹⁰¹.

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 compañía¹⁰². Pero cuando los socios o accionistas mayoritarios asumen el control real, muchas jurisdicciones europeas se vuelven más exigentes¹⁰³. 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 penales¹⁰⁴, por ejemplo, bajo la disposición francesa del *abus de biens sociaux*¹⁰⁵.

⁹⁹ Secretary of State for Trade and Industry c. Deverell, párr. 1-13.

¹⁰⁰ Ver: 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, Paul Davies, Luca Enriques, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus Hopt, Hideki Kanda, Reinier Kraakman, Mariana Pargendler, Wolf-Georg Ringe y Edward Rock. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (Oxford: Oxford Scholarship Online, 2017), 229. [Traducción no oficial].

¹⁰³ Armour, *The Anatomy of Corporate Law*, 229.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Traducción no oficial: Abuso de bienes sociales.

Según la doctrina francesa, los denominados *dirigents de fait*¹⁰⁶ son aquellas personas físicas o jurídicas que, a pesar de estar desprovistas de un mandato social¹⁰⁷, se inmiscuyen en el funcionamiento de la sociedad para ejercer, con soberanía e independencia, una actividad positiva de gestión, administración y dirección¹⁰⁸. Dado que las compañías familiares son comunes en Francia, 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 inmiscuye en las decisiones de negocio de una compañía¹⁰⁹.

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 compañía¹¹⁰. No muy lejos, en la legislación portuguesa existe una disposición sobre la *responsabilidade de outras pessoas com funções de administração*¹¹¹, 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”¹¹².

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 administradores¹¹³, el legislador colombiano tomó la decisión de incluir, a su ordenamiento societario, la regulación de los administradores de hecho. El artículo 27 de la ley 1258 del 2008 dicta que:

¹⁰⁶ Traducción no oficial: Administradores de hecho.

¹⁰⁷ Reyes. *Derecho Societario*, 670.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Alexis Constantin, *Droit de sociétés: Droit commun et droit spécial des sociétés*, 2da ed., (Paris: Dalloz, 2005), 52. [Traducción no oficial].

¹¹⁰ Constantin, *Droit de sociétés*, 52.

¹¹¹ Traducción no oficial: Responsabilidad de otros con funciones de administración.

¹¹² Artículo 80. Código das Sociedades Comerciais. Decreto-Ley nº 76-A/2006, de 29 de marzo y modificado por Decreto-Ley Nº 357-A/2007, de 31 de octubre. Diário da República de Portugal.

¹¹³ Reyes, *La Sociedad*, 172-183.

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 administradores¹¹⁴.

En virtud de la vigencia de la Ley 1258 del 2008, 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 gestión¹¹⁵. Esta clasificación también permite imponer una serie de sanciones legales, originalmente previstas para los administradores legalmente designados, sobre agentes que actúen sin ostentar, nominalmente, un cargo administrativo en la compañía¹¹⁶.

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, permitiría mitigar el principal problema de agencia que existen en el Derecho Societario ecuatoriano¹¹⁷.

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 acreedores¹¹⁸. Uno de los más importantes objetivos de esta rama del Derecho es la mitigación de problemas de agencia¹¹⁹.

¹¹⁴ Artículo 27. Ley 1258. Diario Oficial No. 47.194 de 5 de diciembre de 2008. Congreso de la República de Colombia.

¹¹⁵ Reyes. *Derecho Societario*, 670.

¹¹⁶ Constanti, *Droit de sociétés*, 52.

¹¹⁷ Paúl Noboa Velasco. “Administradores de hecho y oculto” (I Congreso de Derecho Societario de El Instituto), 03’47’’50’’.

¹¹⁸ 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), 3. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436555 [Traducción no oficial].

¹¹⁹ John Armour, Henry Hansmann y Reinier Kraakman, *Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement* (Oxford: ECGI Law Working Paper N°.135, 2009), 2. citado en: John Armour, Henry Hansmann, Reinier Kraakman. *The Anatomy of Corporate Law* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 57 [Traducción no oficial]

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 intereses¹²⁰. 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 beneficio¹²¹. Existen tres problemas de agencia que, como se ha mencionado, se presentan con razón de que las compañías actúan como ‘elementos aglutinadores’¹²² de diversos intereses que se encuentran en la posibilidad de colisionar entre sí¹²³. De estos tres problemas de agencia, el conflicto que surge entre los asociados controladores y no controladores es el más relevante en el contexto societario ecuatoriano e iberoamericano¹²⁴, con fundamento en su patrón de concentración de capital¹²⁵.

El denominado *shareholding agency problem* abarca el conflicto entre los socios de control y los socios no controlantes¹²⁶. Bajo aquel contexto, y con fundamento en su posición de dominio y control de los negocios sociales, los socios mayoritarios pueden ser considerados como agentes de los socios minoritarios¹²⁷. Si bien este problema es más notorio en los conflictos entre socios mayoritarios y minoritarios¹²⁸, 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 preferidos¹²⁹.

¹²⁰ Paúl Noboa Velasco. “Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano”, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF). Working Paper Series 5/2020* (2020), 5.

¹²¹ Armour *et. al.*, *Agency Problems*, 3.

¹²² Noboa, “Problemas de Agencia”, 5.

¹²³ Armour, *Agency Problems*, 2, citado en: Armour, *The Anatomy of Corporate Law*, 57.

¹²⁴ Paúl Noboa Velasco, “Agency Problems in Ecuadorian Companies: Protecting Non-Controlling Shareholders”, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas* (2020). Disponible en: <https://www.derechoyfinanzas.org/agency-problems-in-ecuadorian-companies-protecting-non-controlling-shareholders-2/>. Último acceso: 26 de marzo de 2022 [Traducción no oficial].

¹²⁵ OECD, White Paper on Corporate Governance in Latin America.

¹²⁶ Armour, *Agency Problems*, 2.

¹²⁷ *Ibid*, 3

¹²⁸ Luca Enriques y Paolo Volpin, “Corporate Governance Reforms in Continental Europe”, *Journal of Economic Perspectives* (2007), 117. <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.21.1.117>. Último acceso: 28 de febrero de 2022 [Traducción no oficial].

¹²⁹ Armour *et. al.*, *Agency Problems*, 4.

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*¹³⁰. Al reconocer a los administradores en todas sus formas y manifestaciones, la regulación societaria brindaría un evidente refuerzo a la seguridad jurídica¹³¹ y, entre otras ventajas, reducirá la propensión al oportunismo de los *corporate insiders*¹³², quienes, partiendo de su posición de dominio, podrían tomar decisiones que antepongan su propio beneficio en desmedro del mejor interés de la compañía y de los otros asociados.¹³³

8. Regulación de los administradores de hecho y ocultos en las compañías tradicionales

Como se explicó anteriormente, las posibles soluciones que el Derecho Civil podría ofrecer, por intermedio del cuasicontrato de agencia oficiosa y de la figura de la simulación, al no tener aplicación sobre los administradores ocultos y al no cobijar a terceros de buena fe que hubieren 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.

Ahora bien, con el fin de mitigar el principal problema de agencia latinoamericano, nuestros ordenamientos societarios deberían establecer un marco que permita a los socios o accionistas minoritarios entablar las acciones que fueren 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 ejercer 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*, desincentivaría 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 societaria¹³⁴. Desde un punto

¹³⁰ Paúl Noboa Velasco. “Administradores de hecho y oculto” (I Congreso de Derecho Societario de El Instituto), 03’47’’50’’.

¹³¹ Noboa, “Problemas de Agencia”, 37.

¹³² Traducción no oficial: Partes controladoras.

¹³³ Noboa. “Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano”, 37.

¹³⁴ Paúl Noboa Velasco. “Administradores de hecho y oculto” (I Congreso de Derecho Societario de El Instituto), 03’47’’50’’.

de vista *ex post*, la regulación sugerida permitiría entablar acciones procesales en contra de las personas que, efectivamente, manejen tras bastidores los hilos de la marcha operacional de la compañía¹³⁵.

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. Con fundamento en las evidentes ventajas derivadas de la mencionada regulación, el presente trabajo sugiere ampliar dicho reconocimiento legal a todas las sociedades mercantiles consagradas en la Ley de Compañías.

Adicionalmente, y con el fin de efectivizar la regulación de los administradores de hecho y ocultos en Ecuador, se sugiere complementar su implementación con una redefinición de las acciones derivadas y con un marco que asegure la protección de terceros de buena fe que hubieren 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

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, reconoció a las acciones derivadas, como una herramienta de protección de los socios o accionistas minoritarios¹³⁶. Esta figura, de manera subsidiaria, otorga legitimación activa a los socios o accionistas para iniciar acciones a nombre de la compañía¹³⁷.

En estricto rigor procesal, las acciones derivadas permitirían 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 hubiere hecho en el plazo de un mes, contado desde la fecha en que dicha resolución asamblearia fue aprobada¹³⁸. Esta alternativa

¹³⁵ Paúl Noboa Velasco. “Administradores de hecho y oculto” (I Congreso de Derecho Societario de El Instituto), 03’47’’50’’.

¹³⁶ Aurelio Gurrea-Martínez, Esteban Ortiz-Mena y Paúl Noboa Velasco, “Modernizing Corporate Law in Latin America: Lessons from Ecuador”, *Oxford Business Law Blog* (2021) <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/01/modernizing-corporate-law-latin-america-lessons-ecuador>. Último acceso: 03 de abril de 2022 [Traducción no oficial].

¹³⁷ “Reforma del sistema de litigios societarios”, video de YouTube, publicado por DLA Piper Martínez Beltrán, 26 de agosto de 2020, Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=LdPZbUv0W9g&t=7798s>. Último acceso: 13 de febrero de 2022.

¹³⁸ Noboa, “La Implementación”.

permite eludir la apatía de los socios controladores, así como un potencial conflicto de interés entre ellos con los administradores de la compañía¹³⁹.

Bajo aquel contexto, las actuaciones de los administradores de hecho y a la sombra podrían 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 mercantiles¹⁴⁰. 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 dependería de la decisión de la persona a quién el administrador estaría llamado a demandar¹⁴¹.

Por consiguiente, el Derecho societario también debería permitir 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 control¹⁴². Adicionalmente, si el administrador legalmente designado no entablare la demanda en el plazo de un mes, los socios o accionistas minoritarios deberían contar con la legitimación activa para entablar, de manera derivada, las acciones judiciales en defensa del interés de la compañía¹⁴³.

De esta forma, se permitiría entablar acciones procesales, en defensa del interés de la compañía, en contra de aquellas personas que se hubieren 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.

¹³⁹ Ventruzzo, *et al.*, “Comparative Corporate Law”, 295.

¹⁴⁰ Noboa, “La implementación”.

¹⁴¹ José Miguel Mendoza, “El Laberinto en la Legitimación en la Causa”, *Legis* (2021). <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/el-laberinto-de-la-legitimacion-en-la-causa>.

Último acceso: 03 de abril de 2022.

¹⁴² Noboa, “La implementación”.

¹⁴³ Martin Gelter, *Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?* (Brooklyn: *Brooklyn Journal of International Law*, 2012), 856-857. <https://ssrn.com/abstract=2000814>. Último acceso: 03 de abril de 2022 [Traducción no oficial].

8.2. Terceros que hubieren celebrado un acto o contrato con un administrador de hecho u oculto

La Ley de Compañías también debería proteger los derechos de terceros que, de buena fe, hubieren celebrado un acto o contrato con un administrador de hecho u oculto. Bajo aquel contexto, 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 todo lo posible, “las causas de invalidez de los compromisos contraídos en nombre de las sociedades por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada”¹⁴⁴. De no ser así, estos sujetos que de buena fe comparecieren a la celebración de un acto o contrato, podrían verse afectados ante una posible declaratoria de nulidad del acto o contrato celebrado por un agente que, sin ser administrador, hubiere 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.¹⁴⁵

Evidentemente, este principio únicamente debería tener aplicación en beneficio de aquellos terceros que, de buena fe, hubieren celebrado un acto o contrato bajo las condiciones anteriormente señaladas. Por lo tanto, terceros que, con manifiesta mala fe, hubieren celebrado un acto o contrato con un administrador 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 obligacional¹⁴⁶.

En resumen, para los casos con terceros de buena fe, la compañía debería quedar obligada frente a ellos por todos los actos o contratos ejecutados o celebrados por un administrador de hecho u oculto. Sin embargo, si la compañía demuestra que este tercero

¹⁴⁴ Considerando 5, Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Determinados aspectos del Derecho de sociedades, 14 de junio de 2017.

¹⁴⁵ Artículo 27, Segundo Párrafo. Resolución, Proyecto de Ley Modelo Sobre la Sociedad por Acciones Simplificada.

¹⁴⁶ Artículo 1562, CC.

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 hubieren ejecutado o celebrado un acto o contrato en nombre de la compañía, ésta debería poder ejercer las acciones de repetición correspondientes en contra de los administradores mencionados, para cubrir las obligaciones en las que la compañía hubiere tenido que incurrir.

Para que la protección a los socios o accionistas sea integral y apropiada, cualquiera de ellos debería estar legitimado para entablar, 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.

Las mencionadas figuras, cuya aplicación plena no pueden realizarse 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, únicamente en la regulación de las SAS, permiten comprender que existen individuos que deben responder por sus acciones, decisiones y/o influencia significativa sobre una compañía. La necesidad existente ronda un paso más allá del hecho que se ha incluido a las figuras en las más recientes sociedades mercantiles en Ecuador, puesto que el reconocimiento de ambas figuras debería regularse para las compañías limitadas y anónimas.

Como se ha descrito anteriormente, ciertas figuras del Derecho Civil, como el cuasicontrato de agencia oficiosa o de la figura de la 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, resultaría 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 debería permitir 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, los socios minoritarios deberían estar 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 hubieren atendido su requerimiento oportunamente.

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 Ley de Compañías debería determinar que la compañía quedará obligada por los actos o contratos que un administrador de hecho u oculto celebre con terceros de buena fe, salvo que se demostrare que el tercero conocía de aquella realidad. En cualquier caso, la compañía debería estar habilitada para entablar las acciones de repetición que correspondieren en contra de los administradores de hecho u ocultos, para resarcir los gastos en los que la compañía hubiere tenido que incurrir.

La pregunta de investigación del presente trabajo ha sido respondida, al probar que la regulación de los administradores de hecho y ocultos cumpliría cabalmente con el objetivo esencial planteado que, considerando el patrón de concentración de capital que caracteriza a los regímenes societarios latinoamericanos, sería el de 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.