

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
USFQ**

Colegio de Jurisprudencia

**IMPLICACIONES REGULATORIAS DEL DEBER DE DEBIDA
DILIGENCIA EN LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA ECUATORIANA**

Ivanna Alejandra Gaona Mendoza

Jurisprudencia

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

Quito, 19 de noviembre de 2021

© 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.

Nombres y apellidos: Ivanna Alejandra Gaona Mendoza

Código: 00202902

Cédula de identidad: 1311309783

Lugar y Fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021

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UNPUBLISHED DOCUMENT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>

IMPLICACIONES REGULATORIAS DEL DEBER DE DEBIDA DILIGENCIA EN LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA ECUATORIANA¹

REGULATORY IMPLICATIONS OF THE DUTY OF CARE IN ECUADORIAN CORPORATE LEGISLATION

Ivanna Alejandra Gaona Mendoza²
ivannagaona@hotmail.com

RESUMEN

En Ecuador, la última reforma a la Ley de Compañías, de diciembre de 2020, fue sin lugar a duda un hito histórico. Este trabajo centra su análisis en las facultades del órgano de control, llamado a regular la aplicación del deber de debida diligencia, vía resolución. Mediante el apoyo de experiencias internacionales, verbi gracia en cortes anglosajonas y en Colombia. Por ello, se propone dicha resolución por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, con la finalidad de tomar como punto de partida los modelos de conducta del deber de debida diligencia, utilizados en el extranjero. Logrando así la implementación de lineamientos, del alcance de la norma en mención. Se concluye que el tema abordado es muy poco estudiado en el país y merece tener una respuesta más extensa, ya que los criterios internacionales, no son nombrados en la ley vigente de compañías, peor aún desarrollados en sentencias.

PALABRAS CLAVE

Deber de debida diligencia, regla de la discrecionalidad, administrador.

ABSTRACT

In Ecuador, the last reform to the Companies Law, which was made in December 2020, was doubtlessly a historical milestone. This paper analyzes the authorities with control of maximum faculties, called to regulate the duty of care application, by the resolutions. Through the support of international experiences, as an example in American courts and Colombia. Therefore, it proposes that resolution from the Superintendence of Companies, Values, and Insurance, that were made to take as a starting point the models of conduct of the duty of care used abroad. Thus, the extent of the aforementioned rule has been achieving the implementations of the guidelines. It is concluded that the topic approached is lowly studied in this country and deserves to have a more large-scale answer, even if the international criteria are not named in the currently in force companies' laws or developed in the judicial decisions.

KEYWORDS

Duty of care, business judgement rule, director.

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

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 Pablo Roberto Cevallos Fonseca.

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. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. MARCO TEÓRICO.- 5. DOCTRINA DEL DEBER DE DEBIDA DILIGENCIA.- 5.1. PRINCIPIOS DE ACCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES.- 5.2. DIRECTRIZ POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS.- 5.3. OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO.- 6. REGLA DE LA DISCRECIONALIDAD.- 6.1. ORIGEN.- 6.2. VIGENCIA DE LA BUSINESS JUDGEMENT RULE EN EL ECUADOR.- 6.3. ESTÁNDAR DE DILIGENCIA DE UN ORDENADO EMPRESARIO.- 7. LIMITAR O NO LA ADMINISTRACIÓN DE LOS AGENTES DE NEGOCIO.- 8. CONCLUSIONES.-

1. Introducción

Antes de comenzar el desarrollo del tema, se debe indicar que el presente trabajo se centrará en la evolución del deber de debida diligencia en el Ecuador y sus posibles cambios dentro del marco normativo. Por su parte, hay que señalar que los deberes fiduciarios consagrados en la legislación ecuatoriana encuentran su fundamento en los conflictos de intereses, entre el interés común de los accionistas y los intereses individuales de los administradores. Esta contraposición implica el riesgo de una grave afectación que puede generarse al interés social de la empresa.

El problema jurídico se profundiza porque en el Ecuador no existe desarrollo, vía resolución por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en materia societaria; circunstancia que permite un posible retraso en el procedimiento judicial, al no tener lineamientos expedidos por el órgano de control. Además, el órgano legislativo no ha sido idóneo al momento de expedir una normativa específica, que prevea consecuencias jurídicas frente al deber de debida diligencia.

Esta situación ha desencadenado en una posible ineficiencia en los órganos jurisdiccionales, en sus diferentes instancias, lo cual centra el problema en el retraso en las actuaciones judiciales, y genera un conflicto más, para quienes se ven afectados por la negligencia en el proceder de un administrador. Por la flexibilidad y poca regulación que tienen las actuaciones de los administradores, la negligencia o la diligencia de estos podría tornarse en algo meramente subjetivo. Por tanto, su actuación, en algunos casos podría quedar en la impunidad.

El Derecho Mercantil crea un estándar al cual los administradores deben sujetarse, de modo tal que se les imponen un sin número de responsabilidades y obligaciones. Sin embargo, en razón de que esta rama encuentra su origen en un derecho más moldeable y manejable frente

a la correlación entre privados, es decir entre los accionistas, e incluso en la actuación de los gestores de negocios, se delimita a estos últimos en la actuación, y se restringe la toma de decisiones o riesgos necesarios para un óptimo desarrollo dentro de la compañía.

Errado sería negar el avance que ha traído al Ecuador la última reforma en la Ley de Modernización a la Ley de Compañías³, así como la implementación de los deberes fiduciarios de lealtad y debida diligencia⁴, actualmente reglados. Estas implementaciones en países como España, Alemania, Portugal y Colombia –los cuales ya han regulado legislativamente estos avances– han logrado progresos inmejorables en la materia⁵, de modo tal que han servido de ejemplos para el Ecuador.

En consecuencia, el análisis clasifica a los modelos de conducta, utilizados en cortes anglosajonas, en cuatro preceptos: a) deber de administrar; b) deber de informarse; c) deber de investigar; y, d) deber de vigilancia, que por desventaja no se encuentran ni tacita ni expresamente recogidos dentro del marco legal ecuatoriano. Precisando, mediante el uso de la metodología comparada y el análisis doctrinario, en el *common law*, así las cortes norteamericanas y en el *civil law*, cortes colombianas, se obtendrán resultados que servirán como comparación y posible incorporación en Ecuador.

Por lo expuesto, en la línea de investigación, se indagará sobre el origen y desarrollo del deber fiduciario de debida diligencia, incorporado al ordenamiento ecuatoriano, así como el procedimiento a seguir en caso de faltar al deber de debida diligencia, los modelos de conducta intrínsecamente relacionados a este deber, para finalizar en algunas recomendaciones y conclusiones sobre los avances que ha ofrecido la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, centrando el estudio, primordialmente, en el deber de debida diligencia y la regla de debida diligencia de los administradores.

2. Estado del arte

En la búsqueda de la nueva implementación regulatoria en el país, sobre el deber de debida diligencia, y acoplándola a la realidad societaria ecuatoriana, se ha realizado la investigación de los recursos físicos y electrónicos, artículos científicos, datos, estudios, que servirán como lineamiento para el desarrollo del presente trabajo de titulación.

³ Ley de Modernización a la Ley de Compañías, R. O. 347, 10 de diciembre de 2020, reformada por última vez R. O. 347, 10 de diciembre de 2020.

⁴ Artículo 262 y 262.1, Ley de Compañías.

⁵ Cecilia Salazar, “La relación de agencia entre socios – administradores problemas y soluciones en la legislación ecuatoriana y argentina” (Trabajo de Maestría, Universidad de Buenos Aires, 2018), 77.

Así, el autor José Llebot destaca la responsabilidad de los administradores y su intrínseca importancia en el desarrollo de la empresa. Señalando que estas personas son las llamadas a tomar riesgos societarios para el mejor interés social, evitando así disputas o controversias que se pudieren suscitar entre accionistas y administradores, velando y protegiendo, en todo tiempo, el objetivo social para la cual fue diseñada la empresa⁶.

Llebot sostiene que los parámetros para determinar si el administrador cumplió su deber fiduciario adecuadamente, son complejos, pues considera que es casi imposible comprobar con claridad si este desempeñó con diligencia su mandato. Es más, infiere que se debe tomar en consideración las circunstancias justificativas para cada caso en concreto, con lo que sería prácticamente imposible poder generalizar un estándar de conducta.

Por su parte, Francisco Reyes Villamizar aduce que la autonomía con la que actúan los agentes fiduciarios, en ciertas sociedades, puede implicar riesgos al tener una amplia potestad en la toma de decisiones sociales, incluso al aplicar los estatutos constitutivos queda a merced de las actuaciones de los administradores el destino que le den a la empresa⁷. Además, se toman en cuenta los principios doctrinarios del proceder de los funcionarios frente a una empresa, los cuales se detallan y se consideran para el presente trabajo, ya que guardan relación con lo previsto en la normativa ecuatoriana.

Joaquín Garrigues sostiene que en algunas sociedades existe una contraposición entre los administradores y los accionistas. Afirma que estos últimos prefieren la satisfacción del interés propio⁸, es decir, percibir ganancias altas, mientras que los gestores de negocio tratan de conseguir el robustecimiento de la empresa, aunque no siempre obtengan su cometido, pues en la mayoría de los casos prevalecen las decisiones personales, por sobre las que se deben tomar a favor de la compañía.

Por otro lado, María de los Ángeles Berrocal explica el patrón de conducta que compromete a los administradores. Expone que el deber de debida diligencia se lo debe enmarcar en una obligación de medio y no de resultado, debido a que se ve inmiscuido el riesgo de la actividad que realiza el gestor, por el peligro que implica la toma de decisiones.

Este escollo lo asumen los socios siempre que el administrador haya agotado todas las instancias para probar que actuó en beneficio de la empresa, así como cuando se hayan utilizado

⁶ José Oriol Llebot Majo. *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*. Primera edición. (Madrid: Editorial Civitas S.A., 1996), 37.

⁷ Francisco Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002).

⁸ Joaquín Garrigues. *Hacia un nuevo Derecho Mercantil: (escritos, lecciones y conferencias)*. (Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1971).

todos los mecanismos disponibles para la toma de una decisión, sin arriesgar todo el patrimonio de la compañía, considerando que se debe planificar cada uno de sus actos⁹.

La autora hace una clasificación y enumeración de los tipos de responsabilidad que un gestor podría acarrear si no cumple con el deber de debida diligencia que se le ha encomendado, definiendo a estas responsabilidades como las siguientes: administrativas, civiles e incluso penales. Igualmente, habla de los mecanismos de corrección para evitar dilaciones innecesarias en la administración de la empresa y, por consiguiente, los conflictos de intereses que se pudieren llegar a suscitar.

3. Marco normativo

En el presente trabajo de titulación se analizará la normativa ecuatoriana y la doctrina, para definir el deber de debida diligencia y sus elementos o requisitos, con el propósito de precisar el significado de la actuación societaria diligente. Así también, se tratará la implementación de la regla de discrecionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En primer lugar, es menester hacer un análisis del artículo 262 de la Ley de Compañías¹⁰, que en su inciso primero establece al deber de debida diligencia, circunscribiendo que el estándar de diligencia implica ser un empresario ordenado, así también se habla de que “los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección de la compañía”

De la misma manera, en el inciso tercero del mismo artículo se encuentra la implementación de la doctrina anglosajona *Business Judgement Rule* (en adelante BJR), de modo tal, que se enmarca la obligación del actuar del administrador en los siguientes términos: “se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”¹¹.

Con relación al párrafo anterior, es menester mencionar que existe relación con el inciso quinto del artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos¹², puesto que dicha norma dispone que la carga de la prueba recae sobre la persona que alega la negligencia por parte del administrador. En términos similares se encuentra lo establecido en el numeral segundo del

⁹ María de los Ángeles Berrocal Mora. *Los mecanismos de corrección de los conflictos de interés de los administradores societarios*, 2017, 11.

¹⁰ Artículo 262, Ley de Compañías.

¹¹ Artículo 262, Ley de Compañías.

¹² Artículo 169, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R. O. 506, 22 de mayo de 2015, reformada por última vez R. O. Suplemento 517, 26 de junio de 2019.

artículo 334¹³, *ibidem*, que habla sobre el procedimiento voluntario por el cual se deberá llevar a cabo el juicio de rendición de cuentas, en concordancia con el artículo 339¹⁴, del mismo cuerpo legal, que define al mentado juicio.

Sin embargo, en el Ecuador está vigente el artículo 29 del Código Civil¹⁵, que expresa en su inciso tercero, la responsabilidad de la persona que tiene que administrar un negocio, imponiendo el estándar de conducta de un buen padre de familia, mismo que será responsable hasta por culpa leve.

4. Marco teórico

Los deberes fiduciarios son aquellas obligaciones legales impuestas a los administradores, que buscan la satisfacción los intereses sociales de una empresa, representada por sus accionistas¹⁶. Con ello, los fiduciarios en una sociedad deben asumir riesgos con base en las decisiones que se tomen, ejerciendo con prudencia, bajo el estándar de un ordenado empresario, en circunstancias similares al dirigir una sociedad.

Por tal razón, es necesario abordar las teorías *ex ante* y *ex post* para la regulación de los estándares de conducta de los administradores. En tal sentido, se define al carácter *ex ante* como aquella conducta preestablecida antes del cometimiento del suceso, y al carácter *ex post*, como la actuación cuyos efectos se ven después del hecho.

Con la teoría *ex ante*, el evaluar las decisiones que se tomen por parte de los administradores se tornaría imposible, puesto que, al definir si existe una solución para cada una de las prerrogativas que puedan presentarse al momento de administrar un negocio, se contaría con una norma dictada *a priori* del incumplimiento del deber de debida diligencia. Esto traería consigo el conocimiento del cómo se debe actuar. Por tanto, la toma de decisiones, por parte de los agentes, se basaría en la búsqueda del mejor interés social de la empresa, aunque con miedos, restricciones y limitaciones¹⁷.

Por otro lado, si el análisis del deber debida diligencia tiene un carácter *ex post* en la toma de decisiones, el agente de negocios buscará enmarcar su conducta bajo los estándares

¹³ Artículo 334, COGEP.

¹⁴ Artículo 339, COGEP.

¹⁵ Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, 24 de junio de 2005, reformado por última vez en el R.O. de 19 de octubre de 2021.

¹⁶ Holger Spamann, Scott Hirst, Gabriel Rauterberg. “*Fiduciary Duties Extracted from Corporations in 100 pages*” (Estados Unidos: Harvard University, 2020), 35.

¹⁷ José Oriol Llebot Majo. *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, 36-37.

que exige la ley, por lo que contará con suficiente discreción para asumir riesgos sin el temor de que su conducta sea juzgada *a posteriori*¹⁸.

Así pues, el administrador al posesionarse en su cargo tomará en cuenta los límites de su actuación, mismas que no restringen su actuar, sino que lo regula. Además, de antemano conocerá las sanciones que recaerán sobre él cuando actúe con negligencia, siempre y cuando se logre probar que se ha actuado con mala fe, con interés personal y en desobedecimiento a lo previsto en la ley, si se prueba que esa negligencia genera una afectación de los intereses sociales de la empresa.

Por lo manifestado, se optará por la teoría del deber de debida diligencia con carácter *ex post*, ya que podría resultar perjudicial para la empresa tener normadas una serie de actuaciones de los administradores frente a una posible negligencia, porque se pueden presentar una infinidad de hipótesis al momento de tomar decisiones.

Más bien, dar al agente un amplio espectro de actuación en la toma de decisiones, en pro del interés social, resultaría beneficioso para la empresa, ya que este debe actuar frente a las obligaciones encomendadas, de forma justificada. Con lo que traería así un beneficio dual, tanto para el gestor, al realizar de manera correcta su trabajo, como también en las ganancias económicas que pudieran verse reflejadas en la empresa, por la acertada administración del negocio.

5. Concepto de la doctrina del deber de debida diligencia

5.1. Preámbulo

En lo venidero de este trabajo, se analizará la doctrina del deber de debida diligencia, bajo las diferentes definiciones de los autores. En segundo lugar, se abordarán los principios de la actuación de los administradores para el cumplimiento de su deber de diligencia. En tercer lugar, se estudiarán los deberes mínimos de conducta de un agente para que se entienda satisfecha la obligación de desempeñar su cargo, al perseguir el interés social de la empresa; y, por último, se examinarán las obligaciones de medio y de resultado, a las que están sujetos los administradores.

5.2. Doctrina del deber de debida diligencia

Para empezar, el deber de debida diligencia ha sido definido por diferentes autores de forma clara y precisa, lo que ha dado paso a diferentes puntos de vista sobre la acepción de este deber jurídico en el Derecho Societario. De esta manera lo concibe José Llebot, al manifestar

¹⁸ Sentencia No. 2014-801-054, Superintendencia de Sociedades Colombia, 01 de septiembre de 2014.

que el deber de diligencia es aquel encargado de evitar que los agentes actúen de una forma negligente y perjudicial para la empresa, al impedir que obtengan mayor provecho a sus intereses individuales que a los colectivos¹⁹.

Para Francisco Reyes, el deber de diligencia es una adaptación del derecho anglosajón al derecho romano-germánico, sistema que se mantiene vigente en el Ecuador, el cual consiste en el depósito y la entrega de la confianza de la administración de una sociedad a un agente, que busca la obtención de beneficios que quedarán a discrecionalidad del juicio y consejo de aquel operador²⁰.

Así también, una vez que se verifique el incumplimiento de este deber, se pasará a un escrutinio judicial, por parte de los jueces, lo que podría traer consecuencias como la aversión de asumir riesgos, ya que existe el temor de sanción por tomar decisiones propias de la obligación que ejercen²¹.

Por otro lado, Marcela Castro señala que ninguna de las partes puede aprovecharse de su encargo, negociando para beneficio propio o para perjudicar a otro, salvo que en el ejercicio de la administración se actúe de buena fe y con conocimiento y consentimiento de la otra parte²². Esta última definición se contrapone a lo expuesto por otros autores, quienes concuerdan en que buscar el consentimiento de los accionistas, en todo tiempo, para la toma de decisiones, frente a la administración que pueda efectuar un solo agente, podría verse limitada y/o incluso, carecer de lógica y eficacia, aunque se busque lograr el beneficio de la compañía.

También, es interesante analizar los parámetros utilizados en la legislación comparada. En Colombia, la Sentencia No. 2014-801-084²³, emitida por la Superintendencia de Sociedades, explica una disputa entre accionistas y administradores, por el incumplimiento de sus deberes fiduciarios de lealtad y diligencia. En tal virtud, se alega responsabilidad solidaria en el pago de indemnización por daños y perjuicios causados a la Sociedad Morocota Gold S.A.S.

El superintendente de Sociedades examinó la procedencia de esta demanda, y resolvió que existieron graves violaciones a los deberes fiduciarios encargados, ya que hubo una flagrante violación a los deberes que le correspondían, al existir apropiación indebida de

¹⁹ José Oriol Llebot Majo. *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, 35.

²⁰ Francisco Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002).

²¹ Francisco Reyes Villamizar. *Apuntes para una reforma al régimen de sociedades*. (Medellín: Cámara de Comercio., 2015).

²² Marcela Castro. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano*. (Bogotá: Universidad de los Andes., 1986), 125.

²³ Sentencia No. 2014-801-084, Superintendencia de Sociedades Colombia, 08 de julio de 2015.

recursos; se actuó con interés personal, pues existieron gastos que no guardan relación con la gestión de negocios. Por último, no se siguió el procedimiento establecido en la ley para suscribir contratos²⁴.

El mismo fundamento se encuentra vigente en la ley ecuatoriana, con lo cual es preciso abordar al artículo 262²⁵ de la Ley de Compañías, en el que se define al deber de debida diligencia, mismo que, con la última reforma que tuvo la norma, fue adaptado a las exigencias del mundo jurídico actual.

El sistema ecuatoriano, dentro del Código Civil, siguió el modelo de Andrés Bello, por lo tanto, contempla el sistema de gradualidad de la culpa a fin de que el obligado responda por sus actos. Sin embargo, el grado de responsabilidad que se exige al administrador es de naturaleza mercantil, en otras palabras, se exige un grado de profesionalidad y especialización en el quehacer gerencial, que exige una diligencia mayor que la del buen padre de familia.

De este modo, se evidenció el estándar de comportamiento de un administrador, como un ordenado empresario, y se dejó atrás la idea infundada del estándar de un buen padre de familia²⁶, aunque se debe indicar que esta última definición aún sigue vigente dentro de la legislación ecuatoriana; así el estándar mencionado se entenderá cumplido cuando: a) se haya actuado de buena fe; b) sin interés personal en el asunto objeto de decisión; c) con información suficiente; d) con arreglo a un procedimiento adecuado, que a continuación se detallará.

5.3. Principios de acción de los administradores

5.3.1. Estándar de diligencia de un ordenado empresario

El artículo 262²⁷ de la Ley de Compañías del Ecuador sitúa en el precepto dentro del que los administradores deben actuar al “estándar de diligencia de un ordenado empresario”, sin embargo, aún lo alteran con el errado concepto de actuación de un buen padre de familia²⁸, pasando de un clásico estándar de la culpa civil, el cual centraba su marco de diligencia en

²⁴ Sentencia No. 2014-801-084, Superintendencia de Sociedades Colombia, 08 de julio de 2015.

²⁵ Ver Art. 262.- Deber de debida diligencia: Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes, reglamentos, estatutos y demás normativa aplicable, con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. Para tales efectos, los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección de la compañía.

²⁶ De acuerdo con el artículo 29 del Código Civil “La ley distingue tres especies de culpa o descuido: (...) Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa” (se resalta).

²⁷ Artículo 262, Ley de Compañías.

²⁸ El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

donde se propendía la aversión al riesgo, a un estándar mercantil, donde se fomenta la asunción de riesgos responsables.

En lo que respecta exclusivamente en la expresión de un ordenado empresario, corresponde definirlo como un concepto más estricto de administración profesional, es decir, quien deben actuar como un conocedor de técnicas especializadas de administración, economía y demás conceptos que engloban el mundo societario²⁹. Además, se añade al significado de un ordenado empresario, la exigencia de un comportamiento específico en las labores que desempeña.

En este punto, cabe destacar que en el Ecuador no existe un concepto claro de este término, otorgándosele al juez la facultad de utilizar su sana crítica para definirlo, tornándose, muchas de las veces en completamente subjetivo. Por ello, se concluye que resultaría más lógico el uso de un *test* de aplicación para determinar el carácter de ordenado empresario, salvaguardándose así el principio de la seguridad jurídica.

5.3.2. Buena fe

Este concepto encuentra su fundamento en los principios generales del Derecho³⁰, puesto que, aun cuando tiene una definición jurídica indeterminada, debe adaptarse a las condiciones de cada relación jurídica, ya sea en espacio o en tiempo, porque implica un comportamiento cooperativo entre dos o más partes, buscando siempre la lealtad en cada negocio jurídico a desarrollar, así como las cualidades de honestidad, probidad y rectitud.

5.3.3. Sin interés personal en el asunto objeto de decisión

Tomando en consideración que en el artículo 261³¹ de la Ley de Compañías ecuatoriana enumera a las causales en las que incurriría un administrador, al realizar una contratación o negociación indirecta. De forma que, puede violentar el precepto jurídico de actuar sin intereses personales al momento de tomar una decisión a favor de la empresa. Tal como lo define María de los Ángeles Berrocal, cuando existe una doble relación, en que se vean involucrados intereses personales o a favor de una tercera persona, el objeto social de la compañía debe prevalecer sobre cualquier conflicto de interés que se produjere³².

²⁹ Francisco Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002).

³⁰ Luis Mariano Genovesi. *Principios Generales del Derecho Privado*. Primera edición. (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires., 2021),

³¹ Artículo 261, Ley de Compañías.

³² María de los Ángeles Berrocal Mora. *Los mecanismos de corrección de los conflictos de interés de los administradores societarios*, 14.

En Colombia han existido pronunciamientos por parte de la Superintendencia de Sociedades, al contemplar en una de sus sentencias³³ que existe un vacío legal en la legislación, cuando se define un conflicto de interés societario, lo cual dio paso a lo siguiente: “El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada”.

Criterio que, si bien no se encuentra contemplado de forma textual en la legislación nacional, se entenderá como la sana crítica del juzgador. Además, esa misma sentencia da ejemplos de cuándo podría generarse un conflicto de interés: a) cuando un pariente del administrador contrata con la empresa; b) cuando exista un interés económico.

5.3.4. Con información suficiente

Este criterio de conducta de un agente se ve concretizado en el deber de informarse que tiene que cumplir todo administrador. Es decir, le corresponde estar provisto de toda la información, significativa y relevante, en relación con la empresa, para la toma de decisiones informadas, según el objeto social de la sociedad y el giro de negocio de la misma; y actuar con celeridad, sin olvidar siempre que se debe privilegiar los intereses sociales antes que los propios o de terceros³⁴.

5.3.5. Arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

Es importante resaltar que el administrador, siguiendo el estándar de un ordenado empresario, en circunstancias justificadas, podría de manera consciente y razonada, optar por la vía de la toma de un riesgo para la consideración absoluta del mejor interés de la empresa³⁵. Como tal, se debe entender que el riesgo es intrínseco en la vida contractual, ya que siempre un negocio implica una posibilidad de ganar o perder. No obstante, la justificación del empleo de una decisión u otra deberá ser exteriorizado cuando se presente una acción social de responsabilidad ante la Junta General.

Con base en lo expuesto, el incumplimiento de uno o más de estos requisitos para poder beneficiarse de BJR, será inaplicable en cuanto a la regla de la discrecionalidad. En tal caso, el órgano jurisdiccional competente intervendrá para efectuar una ponderación entre el fondo y la decisión empresarial adoptada por el agente fiduciario, quien *a posteriori* será evaluado en su actuar. Por lo que la carga se verá invertida, y recaerá sobre el administrador probar que su conducta fue justificada y apegada al objeto social de la empresa.

³³ Sentencia No. 2014-801-054, Superintendencia de Sociedades Colombia, 01 de septiembre de 2014.

³⁴ María López y Lina Toro. “*Responsabilidad sin culpa para los Administradores Societarios*” (Trabajo de titulación: Universidad EAFIT, 2015).

³⁵ María de los Ángeles Berrocal Mora. *Los mecanismos de corrección de los conflictos de interés de los administradores societarios*, 13.

Es necesario abordar que en la legislación ecuatoriana existe un procedimiento por el que el administrador podrá rendir cuentas³⁶ de lo actuado, a petición de parte del accionista. Pues, a este primero se le ha encomendado la administración de bienes ajenos, con lo que se puede utilizar para determinar la actuación de los agentes en sus encargos. Aunque se debe entender que este tipo de procedimiento voluntario no resultaría el más adecuado, porque la rendición de cuentas *per se* no es un procedimiento específico societario, sino más bien un procedimiento civil.

En el contexto de lo manifestado, existe la acción social de responsabilidad³⁷ contra los administradores, misma que es el procedimiento adecuado y específico en materia societaria. Dicha acción se entabla en contra del agente de negocios por su encargo como administrador de la compañía, cuando ha existido un daño en el patrimonio social, previo acuerdo en la Junta General. Por ende, sería adecuado la práctica de esta acción de responsabilidad, antes que seguir un juicio de rendición de cuentas; no obstante, queda a discrecionalidad de la persona que lo plantee.

5.4. Directriz por parte de la Superintendencia de Compañías

Con la información que antecede, se debe indicar que la Superintendencia de Compañías en el Ecuador es el órgano de control que regula a las empresas legalmente constituidas. A partir de esta consideración, en la legislación comparada, existen precedentes jurisprudenciales obligatorios. Mismos que señalan a cuatro modelos de conducta, intrínsecos al deber de debida diligencia. Por este motivo se debe manifestar que, en el país, hasta la presente fecha, la Ley de Compañías no desarrolla los mentados modelos de conducta.

Para resolver la problemática, de la falta de evolución normativa respecto del deber de debida diligencia, se propone el incentivo a la Superintendencia de Compañías, conforme lo señala el artículo 213³⁸ de la Constitución de la República del Ecuador, así como la potestad reglamentaria que posee el superintendente, al ser la máxima autoridad de la cartera de estado que preside. Con la finalidad de que sea esta institución, la encargada de emitir resoluciones, reglamentos, circulares, etc.

Por cuanto, las facultades del superintendente al ser la máxima autoridad designada dentro de la Superintendencia de Compañías le permiten crear actos administrativos de carácter general, bajo su criterio, de oficio o a petición de parte, lo cual se adecua al procedimiento que

³⁶ Artículo 339, COGEP.

³⁷ Artículo 272, Ley de Compañías.

³⁸ Artículo 213, Constitución de la República del Ecuador.

el funcionario considere, para la emisión normativa interna, tal como lo prevé el artículo 433³⁹ de la Ley de Compañías, se plantea que el órgano de control y regulación mencionado defina la norma de la debida diligencia, con la finalidad, de generar un marco de aplicación en este tipo de controversias societarias.

Se debe poner de manifiesto que, en el país existen jueces especializados por materias, mismos que previo al sorteo de ley son designados. No obstante, muchas de las veces los magistrados, no son conocedores de materia específica, respecto a empresas, finanzas, balances, y demás términos económicos.

Además, carecería de lógica crear jueces conocedores exclusivos en materia empresarial porque bajo el principio de especialidad, consagrado en el artículo 11 del Código Orgánico de la Función Judicial⁴⁰, no sería necesario implementarlo, al no existir la suficiente carga procesal. Ello en base a las cifras de litigios que se suscitan por vía judicial, respecto a la materia societaria.

Ahora bien, se presenta que la norma que consagra al deber de debida diligencia sea analizada y desarrollada por parte de la Superintendencia de Compañías, en su ámbito de acción. Con lo cual, los jueces cuando se llegará a suscitar una contienda entre administrador y accionista puedan acceder a estos recursos normativos implementados y con ello ver el desarrollo de las autoridades de control, vía resoluciones.

Razón por la cual, se propone tomar en consideración los lineamientos utilizados en cortes especializadas como lo son: Delaware, Michigan, Ohio, New Jersey, entre otras, como bases para el desarrollo de la norma abstracta, vigente en el país. Con el objetivo, de que exista una resolución en la que se hable del alcance al deber de debida diligencia, tomando como referencia a los siguientes modelos de conducta:

5.4.1. El deber de administrar

Dicho deber consiste en desempeñar el cargo para el cual el administrador fue designado. En otras palabras, es la obligación propia de los agentes, en el ejercicio de sus funciones, persiguiendo en todo tiempo los intereses de la empresa⁴¹. Así también, para determinar el cumplimiento de este deber se debe analizar cada caso en concreto y si se prueba la negligencia en el actuar del administrador, se tiene que demostrar la provocación de un daño efectivo y cierto en el patrimonio social.

³⁹ Artículo 433, Ley de Compañías

⁴⁰ Código Orgánico de la Función Judicial, R.O. 544, 09 de marzo de 2009.

⁴¹ Manuel Pujol. *Sociedades Mercantiles*. (España: VLex., 2020).

Para mayor entendimiento, se encontró dentro de la jurisprudencia estadounidense el caso *Dodge V. Ford Motor Co*⁴², que recoge concretamente el deber de administrar. Esta acción se fundamenta en una disputa entre Henry Ford y los hermanos Dodge por el reparto de los dividendos de la empresa, porque el socio mayoritario, expresó que los dividendos de la compañía no serán distribuidos y, al contrario, serán reinvertidos para lograr mayores beneficios para la empresa y, por ende, a sus trabajadores, de modo tal que mejore la vida de todos los accionistas y las personas que labora ahí, siguiendo así su objeto social.

De este modo, se definió que el cargo al cual se ha designado al administrador debe emplearse única y exclusivamente en beneficio de cada uno de los accionistas. Por lo que la actuación de Henry Ford fue declarada como adecuada, en aras de un conseguir un mejor desenvolvimiento de la empresa.

5.4.2. El deber de informarse

El desarrollo del modelo de conducta de informarse halla su fundamento en la capacitación que debe tener el agente, en la toma de cualquier decisión que pueda afectar al correcto desenvolvimiento y prosecución de la empresa⁴³, así como contar con un respaldo de toda la información significativa, para el desempeño de sus funciones.

También, el administrador tiene que mantenerse informado sobre el giro de negocio de la empresa y los problemas que de ella emanen, asistiendo de forma regular a las juntas generales y manteniendo investigaciones constantes para tomar decisiones acertadas o detectar irregularidades⁴⁴ dentro de la compañía.

De igual forma, el autor Llebot Majo enmarca a ciertas características que se deben observar para determinar si se cumplió o no con el deber de informarse, tales como: “[...] la transcendencia de la propia decisión para la sociedad, el tiempo disponible para obtener información, los costes para dotarse de información adicional y los conocimientos que los propios administradores tengan para evaluar la necesidad de disponer de más datos”⁴⁵, criterios que son acertados para prever una actuación de parte del administrador. No obstante, la búsqueda de un tercero especializado en el asunto también debería ser considerado un parámetro para que el deber de informarse sea cumplido.

⁴² *Dodge v. Ford Motor Co*, Corte Suprema de Michigan, 07 de febrero de 1919.

⁴³ María de los Ángeles Berrocal Mora. *Los mecanismos de corrección de los conflictos de interés de los administradores societarios*, 2017, 12.

⁴⁴ Roberto Wiesner, Manuel Cepeda, Juan Varón, Marcela Castro, “La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Comerciales” *Revista de Derecho Privado* No. 1., 1986, 123.

⁴⁵ José Oriol Llebot Majo. *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, 1996, 62-65.

De manera ejemplificativa, se plantea el caso *Smith v. Van Gorkom*⁴⁶, en que el tribunal por primera vez hace alusión a la idea del deber de información y de investigar. En esta acción, la Corte Suprema de Delaware declaró culpables a los miembros administrativos de TransUnion Corporation, porque en el lapso de tres días se aprobó la fusión de la empresa y la venta de cada acción en \$55 dólares.

Tal acción se realizó sin la asistencia de un tercero especializado en la materia, para lograr determinar el valor real de la compañía, a sabiendas de que se recibió un informe en el que constaba que se podía vender las acciones a \$60 dólares cada una; se hizo caso omiso al mencionado informe, y se cerró el negocio por el precio inicial.

La Corte declaró que el juicio empresarial, en este caso, no se entiende por cumplido, al no haberse tomado los mecanismos de información suficiente para la realización de la transacción, de modo tal que se incumplió el deber de diligencia, por lo que se describió a la acción de los agentes de negocios como *gross negligence*.

Se toma en cuenta este caso, porque en el Ecuador no se encuentra desarrollado este deber de información, de manera expresa, sino que únicamente se hace mención en el inciso segundo y tercero, del artículo 262 de la Ley de Compañías⁴⁷, como un concepto tácito, que expresa: “el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la compañía la información necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones”. Sin embargo, no incentiva más allá al agente de negocios a ser diligente y buscar otras opciones para que su deber de diligencia se entienda cabalmente cumplido.

5.4.3. El deber de investigar

El deber de investigar requiere que los administradores se aseguren de poseer suficiente información para el desarrollo de su deber de debida diligencia, y que en caso de que no cuenten con ella, se deben provisionar de información adicional, mediante la aplicación de técnicas de investigación, de acuerdo con el giro del negocio, o la toma de la decisión concreta que deban adoptar.

Se debe tener claro que el deber de investigar muchas de las veces suele confundirse con el deber de informarse o con el de vigilancia. Este último se desarrollará en el siguiente subapartado, sin embargo, es menester señalar que estos tres principios son diferentes el uno del otro.

⁴⁶ *Smith v. Van Gorkom*, Corte Suprema de Delaware, 29 de enero de 1985.

⁴⁷ Artículo 262, Ley de Compañías.

Este *duty of inquiry* se puede evidenciar en el caso citado *ut supra*, así mismo en *Graham v. Allischalmers Manufacturing Company*⁴⁸, en el cual se habla de imputar sanciones a los administradores de la empresa, por las infracciones de la normativa antimonopolio de los Estados Unidos, al no tener una investigación por parte de los administradores.

Lo anterior, en virtud de que se debe realizar dicha actividad cuando exista o pudiese existir una situación que pueda causar daños al patrimonio social de la empresa. No existe, desde luego, en la Ley de Compañías un precepto textual de la obligación de investigar por parte de los administradores.

Por consiguiente, se demuestra que en el país no se garantiza la seguridad jurídica por parte de los administradores ni de los accionistas, ya que debería ampliarse la normativa y consagrar este deber de investigación como una concreción de los modelos de conducta en los agentes fiduciarios.

5.4.4. El deber de vigilancia

Este deber se configura en la conducta de vigilancia del desenvolvimiento del objeto social, y la observancia de la toma de medidas adecuadas y necesarias para mantenerse al corriente de la información que obtiene el órgano de administración, constituyendo las bases mínimas e indelegables para que el modelo de conducta del deber de debida diligencia sea satisfecho.

Se ha llevado a disputa este deber de vigilancia en las cortes estadounidenses, específicamente en el caso *Francis v. United Jersey Bank*⁴⁹, que se basa en la inobservancia de la señora Pritchard, frente a las reiteradas actuaciones ilegales y abusivas que sus hijos cometían, como el otorgamiento de préstamos por medio de su empresa de reaseguros *Pritchard & Baird*.

Por lo expuesto, la corporación tuvo su proceso de quiebra y se declaró insolvente. Así, la Corte declaró que un administrador puede ser personalmente responsable frente a terceros, si desatiende la atención ordinaria en el giro de negocios de la compañía. Debido a ello, causó negligencia que generó daños a los accionistas y a terceros que dependían de la empresa.

Es interesante lo que alegaba el acusado, al manifestar que se debía eximir de culpa a la señora Pritchard al ser una persona de la tercera edad y con enfermedades catastróficas. No obstante, la Corte se ratificó en el criterio de “*directors may not shut their eyes to corporate misconduct and then claim that because they did not see the misconduct, they did not have a*

⁴⁸ *Graham v. Allischalmers Manufacturing Company*, Corte Suprema de Delaware, 1963.

⁴⁹ *Francis v. United Jersey Bank*, Corte Suprema de New Jersey, 1981.

duty to look". Así pues, se evidencia la aplicación del deber de vigilar por parte de los fiduciarios, en ejercicio de su obligación.

En razón de lo antes expuesto, no solo es necesario que los jueces creen jurisprudencia, sino que también el órgano de control cree actos administrativos. Por tal razón, se propone la creación de resoluciones que permitan el correcto uso y aplicación de la norma. Otorgándole así un alcance de aplicación, al agregar de forma paulatina a los modelos de conducta utilizados en cortes americanas.

Lo ideal sería que exista una enmarcación del deber fiduciario, que se aplique en la ley ecuatoriana y esta contenga parámetros mínimos a cumplir. Por consiguiente, el contenido intrínseco del deber de debida diligencia consiste en revisar de forma general los casos en que se aplican modelos abstractos, que configurarían los contenidos de conducta.

En virtud de ello, permitir que los jueces sorteados, en el conocimiento de una causa, accedan a los repositorios del órgano de control y puedan autoeducarse, con estos conocimientos, servirá para respetar las garantías básica en un juicio, conocer las razones motivadas por la que el juez emitió una sentencia. Logrando que, bajo el principio de la sana crítica, recaerá la decisión de usar o no la resolución expedida por la Superintendencia de Compañías, con lo cual el juez exterioriza la razón de la decisión judicial.

Hay que admitir que los jueces en nuestro sistema no son conocedores especializados en conocer este tipo de controversias⁵⁰. Con el fin de la creación de estas directrices se obtendrá el acogimiento de modelos de conducta ampliamente desarrollados en *common law*, mismos que tienen años aplicándose. Para así blindar todas las posibles hipótesis que se presenten en controversias societarias, y lograr que estas resoluciones puedan recoger de mejor manera la figura del deber de debida diligencia, ya que no solo basta que el juez exista sino también a estas autoridades ayuden a un mejor procedimiento.

5.5. Obligaciones de medio y de resultado

En este punto, cabe definir y diferenciar las obligaciones de medio y las de resultado para el entendimiento del deber de debida diligencia. Primero, se define a una obligación como el vínculo jurídico en virtud del cual una parte, llamada deudora, se encuentra en la ineludible necesidad de observar una prestación que puede consistirse en dar, hacer o no hacer a favor de

⁵⁰ Aurelio Guerra-Martínez, *Re-examining the law and economics of the business judgment rule: Notes for its implementation in non-US jurisdictions*. (Journal of Corporate Law, 2018).

otra parte, llamada acreedora, la cual está comprometiendo todo su patrimonio embargable para el efecto⁵¹.

Segundo, el *commow law* ha definido al administrador como la persona encargada de realizar actos societarios en beneficio de otro, y que, además, tiene la obligación de actuar prioritariamente a un nivel de cuidado en tal compromiso adquirido, ya sea por mandato de la ley o por un contrato⁵². Esta obligación jurídica lleva consigo el nacimiento de una relación fiduciaria entre el administrador y la sociedad; esta última existe cuando una persona deposita su confianza y lealtad en otra.

Tercero, las obligaciones de medio son aquellas que radican en el diligente desenvolvimiento del obligado (administrador) en la realización de las actividades encomendadas, contrario al cumplimiento correcto del objeto de una obligación, sin importar la obtención del resultado final; siempre y cuando el administrador de negocios demuestre la diligencia que aplicó.

Esto es así en virtud de que el riesgo que asume el administrador es inherente a las actividades empresariales que se realicen, teniendo en consideración que siempre va a existir un riesgo, que será asumido por parte del accionista, cuando se pruebe que el agente fiduciario optó por los mecanismos necesarios, suficientes y disponibles en el mercado⁵³. Cuarto, en las obligaciones de resultado se requiere que el obligado demuestre la obtención de determinado encargo, que, para ser satisfecho, requiere que se haya alcanzado con éxito su obligación final o concreta para la que fue nombrado⁵⁴.

Ahora bien, es relevante tomar en consideración que el deber de diligencia de un administrador no significa que las decisiones societarias tengan que ser acertadas siempre, o que impliquen un beneficio económico para la empresa⁵⁵. En otras palabras, las obligaciones que tienen los administradores son netamente de medio y no de resultado, porque no se le puede exigir una diligencia perfecta, salvo que sus actos dependiesen de él.

Puesto que, se debe poner el empeño en cumplir con el objetivo social de la compañía, para lograr que las metas económicas, administrativas y de cualquier otra índole que hayan sido encomendadas, sean realizadas con conocimiento y sensatez.

⁵¹ Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, Antonio Vodanovic, *Tratados de las obligaciones*. Volumen 1. (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2016), 3.

⁵² Roberto Wiesner, Manuel Cepeda, Juan Varón, Marcela Castro, "La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Comerciales" *Revista de Derecho Privado* No. 1., 1986.

⁵³ María de los Ángeles Berrocal Mora. *Los mecanismos de corrección de los conflictos de interés de los administradores societarios*, 2017, 12.

⁵⁴ Francisco Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002), 447.

⁵⁵ Francisco Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. (2002), 448.

6. Regla de la discrecionalidad

6.1. Origen

Este principio doctrinal tiene su comienzo en las Cortes estadounidenses, en el siglo XIX, mediante el desarrollo jurisprudencial en los casos Percy v. Millaudon, en la Corte Suprema de Luisiana⁵⁶, y en el caso Dodge v. Woolsey, en la Corte de Ohio⁵⁷, entre otros. Estas sentencias que se basan en la responsabilidad del administrador, y consideran que aquel gestor de asuntos ajenos no puede alegar el incumplimiento de la obligación que se le ha delegado, fundamentado en desconocimiento de información o por inexperiencia.

Bajo este entendimiento, las Cortes estadounidenses comienzan a aplicar esta regla de la discrecionalidad en la actuación de los administradores, para dar mayor seguridad en las actuaciones de estos últimos, estableciendo que las decisiones deben ser honestas, y deben tomarse bajo el principio de buena fe, al enmarcar su actuación en una indagación razonable para que no pueda acarrear responsabilidad de los administradores frente a los accionistas⁵⁸, aunque dejando a salvo que con efecto *a posteriori* se logre comprobar que la decisión fue errada.

En este sentido, el éxito de la BJR poco a poco fue esparciéndose por las cortes de los Estados Unidos, y pronto se fue arraigando en otros ordenamientos jurídicos, como Alemania, en *Aktiengesetz*, Portugal, en *Código das Sociedades Comerciais*⁵⁹, y en Ecuador, en la Ley de Compañías.

Por su parte, en el Reino Unido se aplica el BJR dentro de las cortes, como una especie de costumbre, pues practican el *common law*, poniendo en una balanza la no intervención judicial en el fondo de las decisiones comerciales realizadas por los administradores, sin llegar a dotar al administrador de inmunidad frente a las cortes cuando haya incumplido su obligación.

Así también, la comisión encargada de la redacción de los *Companies Acts* en el año 2006, rechazó de forma categórica la incorporación expresa de la regla de discrecionalidad, pues se consideraba innecesaria porque los jueces utilizaban la BJR para no interferir en las decisiones empresariales⁶⁰, por lo cual no se encuentra articulada la regla dentro de dicha ley.

⁵⁶ Percy v. Millaudon, Corte de Luisiana, abril de 1828.

⁵⁷ Dodge v. Woolsey, Corte de Ohio, 1885.

⁵⁸ Elena Fernández. *El deber de cuidado: evolución jurisprudencial en Estados Unidos* (Madrid: Revista Lex Mercatoria., 2017); Francisco Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002).

⁵⁹ Luis Fernando Sabogal. *El Margen Discrecional De Los Administradores En Colombia: ¿es Aplicable La “regla Del Buen Juicio empresarial”* (Revista E-Mercatoria, 2012), 63-102.

⁶⁰ *Ibid.*, 63-102.

Este criterio de la regla de la discrecionalidad fue aplicado en Colombia, en una de sus primeras sentencias, que incorporaba la idea de la BJR, en el caso Pharmabroker S.A.S C.I 2013⁶¹. Dicha sentencia centra su litigio en la declaratoria de responsabilidad solidaria e ilimitada por parte de Aldemar Tarazona, Lizardo Amaya y Rodolfo Rivera, contra Alexander León, exrepresentante legal de la predicha empresa, por los perjuicios causados en la venta de insumos farmacéuticos por debajo del margen de utilidad.

En este sentido, el Superintendente delegado para Procedimientos Mercantiles⁶² estableció los parámetros para determinar la interferencia de los órganos jurisdiccionales en las decisiones de negocios de los fiduciarios, conforme a lo siguiente: a. actos ilegales, b. actos abusivos y c. actos viciados por un conflicto de interés. Con lo cual, se aplica la BJR y se resuelve que no se deben escudriñar decisiones que guarden relación con temas económicos, financiero o transaccionales⁶³, porque la única persona encargada de realizar esa labor es el administrador, bajo una decisión de negocios.

Los presupuestos indicados por parte de la sentencia colombiana son criterios acertados, lo que da un avance en derecho, al pronunciarse más allá de lo que la ley expresa, dando antecedentes, aplicables en lo venidero. Lineamiento que se debe aplicar en el Ecuador, al crear sentencias con motivaciones fundadas en el tema societario que se está abordando.

6.2. Vigencia de la *business judgement rule* en el Ecuador

En el Ecuador, en el año 2020, en la Asamblea Nacional, mediante la Comisión de Desarrollo Económico, se propuso y se aprobó la incorporación de la regla de la discrecionalidad en el nuevo artículo 262 de la Ley de Compañías. En la misma se recoge la regla del derecho anglosajón conocida como BJR, cuyo sustento se halla en la protección de las decisiones societarias tomadas por los administradores, siempre y cuando cumplan con los requisitos de (i) buena fe, (ii) sin interés personal (iii) con información suficiente y (iv) decisión adecuada, que a continuación se abordará.

6.3. Diferencia entre la *business judgement rule* y el deber de debida diligencia

En general, la diferencia entre la BJR y el deber de debida diligencia recae sobre el nivel del estándar que se aplica, ya que al primero se lo ubica como un estándar de revisión que permite la determinación de declaración de responsabilidad por una decisión negligente⁶⁴, y al

⁶¹ Sentencia No. 801-72, Superintendencia de Sociedades Colombia, 11 de diciembre de 2013.

⁶² Sentencia No. 801-72, Superintendencia de Sociedades Colombia, 11 de diciembre de 2013.

⁶³ Valeria Suarez, “La regla de discrecionalidad de los negocios en Colombia: El escudo de los administradores sociales” (Trabajo de titulación, Pontificia Universidad Javierina, 2020), 41.

⁶⁴ Felipe de Suescún de Roa. *The Business Judgment Rule en los Estados Unidos: Una Regla con Dimensión procesal y Fuerza Sustantiva*. (Bogotá: Vniversitas.,2013).

segundo se lo define como el estándar de conducta esperado por los administradores en la toma de decisiones empresariales⁶⁵.

En dicho contexto, es preciso definir al estándar de conducta estableciendo los parámetros que un actor debería llevar a cabo al desarrollar una actividad específica o una función determinada⁶⁶. El estándar de revisión es la realización de un *test* judicial que se aplicará mediante la revisión de si la conducta adoptada por el actor fue o no adecuada, para así fijar la responsabilidad del mismo.

Para las Cortes del estado de Delaware, el deber de debida diligencia es un estándar de conducta que exige a los agentes fiduciarios la actuación con un nivel de diligencia que, frente a criterios iguales, una persona prudente y diligente observaría. También se toma en consideración el lugar, ya que tiene que ser en escenarios parecidos, entendiéndose como incumplido este deber cuando se actúa con negligencia en sus obligaciones; por su parte, la BJR exime de conductas negligentes a los administradores, respondiendo aquellos por el grado de culpa leve⁶⁷.

6.3.1. Justificación del uso de la business judgement rule

Existen un sinnúmero de aristas que pueden justificar el uso de la BJR en el país, sin embargo, se centrará el estudio en dos puntos importantes para la aplicación de la regla de la discrecionalidad; estos son los siguientes: i) toma de riesgos por parte de los administradores; ii) mínima intervención judicial.

Primeramente, el poder estimular a los administradores en la toma de decisiones, así como afrontar los riesgos societarios, es una labor de los accionistas y de la Junta General, ya que el beneficio económico que estas decisiones traen consigo son en pro de la empresa. Su implementación también está motivada por la asunción de riesgos, pero sobre todo representa un equilibrio entre los deberes de los fiduciarios y los riesgos que deben asumir, ya que no serán perseguidos cada vez que tomen una decisión.

Es este sentido, buscando el incentivo de la asunción de riesgos razonables por parte de los administradores, estos deben tener parámetros mínimos de información e investigación de las posibles situaciones que puedan generar un perjuicio al patrimonio social, así como el desenvolvimiento de la empresa⁶⁸.

Elena Fernández. *El deber de cuidado: evolución jurisprudencial en Estados Unidos*.(Madrid: Revista Lex Mercatoria., 2017).

⁶⁵ *Ibid.*, 356.

⁶⁶ *Ibid.*, 357.

⁶⁷ Artículo 29, CC.

⁶⁸ José Oriol Llebot Majo. *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, 1996, 73.

De tal forma, si los gestores de negocios supieran que sus decisiones van a acarrear el escrutinio judicial, probablemente preferirían no realizar mayor labor que las que le han sido encomendadas, perdiendo así posibles ganancias para la empresa. También entrarían en un extremo de cuidado, en la toma de decisiones; tomando en consideración que, en materia societaria, tener un extremo cuidado al momento de elegir e invertir, muchas de las veces, implicaría caer en un círculo vicioso de los costos que tendría que asumir la empresa.

Segundo, en relación con la mínima intervención por parte de los órganos jurisdiccionales en Ecuador, hay que precisar que el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador⁶⁹ que refiere al juzgamiento por un juez natural y competente como un derecho constitucional de protección, en concordancia con el artículo 11 del Código Orgánico de la Función Judicial⁷⁰, que expresamente refiere: “Principio de Especialidad [...] en atención a la carga procesal, una jueza o juez podrá ejercer varias o la totalidad de las especializaciones de conformidad con las previsiones de este Código”

Precisando, debe existir una mínima intervención por parte de los juzgadores, ya que la BJR, blindada a los administradores frente al escrutinio judicial. Con base a lo manifestado en líneas anteriores, el problema se manifiesta porque los jueces son personas no conocedoras de negocios, de tal suerte que no tienen la experiencia, capacidad, aptitudes, conocimiento o información necesaria⁷¹ para poder emitir una sentencia. Además, no existe desarrollo de la norma abstracta del deber de debida diligencia, ello mediante resoluciones emitidas por el órgano de control, a fin de esclarecer el alcance de la norma.

Para finalizar, en el nacimiento de una empresa, mediante el contrato constitutivo o en Junta General, se elegirá a la persona que será la encargada de la gestión de negocios frente a la compañía. Al tener el BJR incorporado dentro de la normativa ecuatoriana, se limita la actuación de los jueces. No obstante, ellos deben proceder de manera excepcional cuando se presente negligencia probada en la actuación del administrador⁷².

7. Limitar o no la administración de los agentes de negocio

Como se manifestó en el acápite que precede, en el Ecuador, a partir de la reforma a la Ley de Compañías, en diciembre de 2020, se implementaron los deberes fiduciarios de debida

⁶⁹ Artículo 76.3, Constitución de la República del Ecuador, R.O 449. de 20 de octubre de 2008, reformado por última vez en el R.O. de 25 de enero de 2021.

⁷⁰ Artículo 11, Código Orgánico de la Función Judicial.

⁷¹ Aurelio Guerra-Martínez, *Re-examining the law and economics of the business judgment rule: Notes for its implementation in non-US jurisdictions*. 2018.

⁷² Felipe de Suescún de Roa. *The Business Judgment Rule en los Estados Unidos: Una Regla con Dimensión procesal y Fuerza Sustantiva*. (Bogotá: Vniversitas.,2013).

diligencia y lealtad, con lo cual se agregó la regla de la discrecionalidad, conocida, en el *commow law*, como BJR.

Sin embargo, la doctrina económica ha estudiado la noción de contratos incompletos, entre accionistas y administradores, porque es ilógico e imprevisible poder plasmar en un documento todas las posibles situaciones y/o riesgos que un agente pudiere presentar en el ejercicio de sus funciones⁷³, con esto siempre existirá un riesgo marginal devengado de aquel costo residual del contrato.

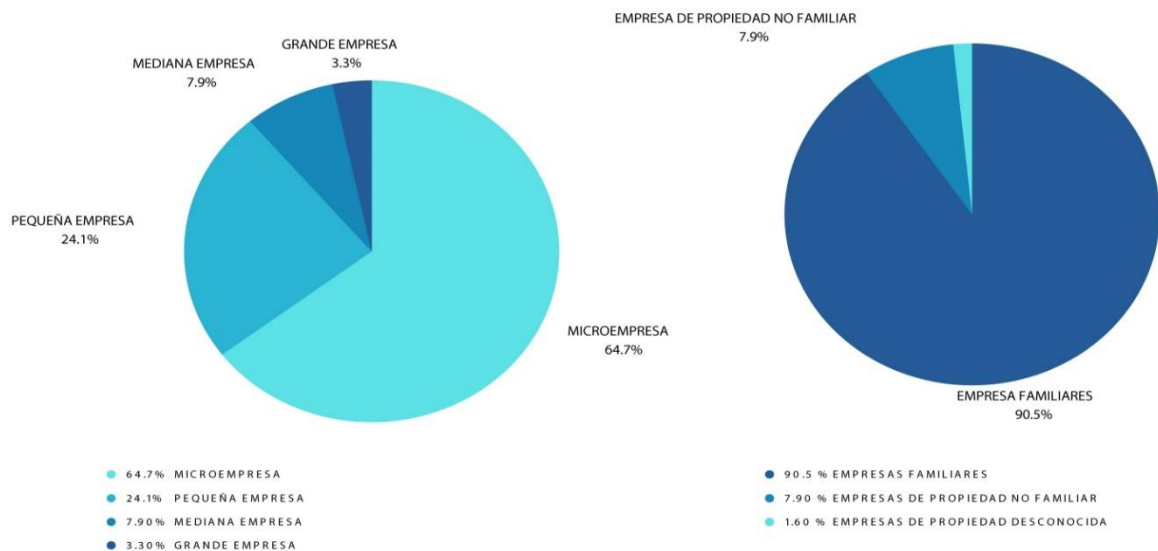
Es decir, se estaría hablando de un contrato incompleto, porque nunca se podrá prever todas las aristas que puedan ocurrir en una relación societaria. El objetivo principal de la BJR es la limitación razonable de la actuación de los jueces, frente a problemas societarios. Esta limitación funda de manera razonada el actuar de los administradores, siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos mínimos de diligencia.

Se han analizado las cifras correspondientes a la cantidad de empresas sujetas a control por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, hasta el año 2021 la cantidad de 79.943 empresas que corresponden a microempresas, pequeñas empresas, medianas empresas y grandes empresas.

No obstante, es importante precisar que, en el último estudio realizado por la Universidad Espíritu Santo UESS en el año 2017, se evidencia que en el país 90,5% de empresas son constituidas bajo el parámetro de empresas familiares, mientras que solo el 7,9% son empresas no familiares, y lo restante equivaldría a empresas de propiedad desconocida, dando una ventaja notable a las empresas familiares, al ser predominantes en Ecuador.

Gráfico No.1. Análisis comparativo entre el total de empresas sujetas a control por parte de la SUPERCIAS en el Ecuador, en relación con las empresas familiares

⁷³ Cecilia Salazar. *La Relación de Agencia entre Socios – Administradores Problemas y Soluciones en la Legislación ecuatoriana y Argentina*. (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires., 2018).



Fuente: Elaboración propia, a partir de Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros⁷⁴ y Segundo Camino y Natalia Bermúdez⁷⁵

Se ha analizado si lo correcto sería limitar o no la administración de los agentes fiduciarios, llegando a la reflexión de que no se debe limitar la actuación de los administradores, ya que se debe dotar de protección, ante los riesgos que deba tomar a favor de la empresa, de modo tal que se estimule la toma de decisiones que los administradores, como gestores del patrimonio de la compañía, deben realizar.

8. Conclusiones

Finalmente, la última reforma a la Ley de Compañías trajo consigo la modernización del derecho societario ecuatoriano, a partir de la implementación del deber fiduciario de debida diligencia. Aunque, dentro del análisis de esta norma existe escasez de criterios emitidos por el órgano de control, se pueden producir errores en los administradores de justicia, en asuntos societarios.

Desembocando que, en el régimen societario, exista un vacío normativo, ya que al deber de debida diligencia se lo debe encuadrar bajo los estándares de conducta evolucionados por cortes internacionales, a) deber de administrar; b) deber de informarse; c) deber de investigar y d) deber de vigilancia, mismos que deben ser aplicados a cada caso en concreto.

⁷⁴ Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, *Empresas sujetas a control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, ranking empresarial 2021*, (Quito: SUPERCIAS, 2021). Disponible en: <https://appscvs.supercias.gob.ec/rankingCias/> (último acceso: 18/11/2021).

⁷⁵ Segundo Camino y Natalia Bermúdez. *Las empresas familiares en Ecuador*. (Guayaquil, 2018).

El presente trabajo ha pretendido implementar el desarrollo legal de resoluciones, por parte del organismo de control, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, tomando como punto de partida a los modelos de conducta ligados al deber de diligencia. En tal sentido, su implementación dentro del ámbito de acción ecuatoriano puede generar beneficios como el blindaje de los administradores ante el desarrollo de la norma, avances societarios al limitar actuaciones y el escrutinio judicial.

De esta manera, bajo mi perspectiva, encuentro lógica en que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros haya propuesto la inserción del deber de debida diligencia, así como la *business judgement rule* en Ecuador, desarrollo que ha sido válido, tomando en cuenta el desarrollo y crecimiento societario dentro del país. A pesar, que no se puede llegar a comparar a Delaware con la empresas ecuatorianas en cuanto a carga procesal y resolución de conflictos. No obstante, Ecuador tiene un crecimiento considerable de empresas anualmente, considerando que 9 de cada 10 son familiares, por ende, si debe existir de antemano un desarrollo, alcance y limitación al deber de debida diligencia.

En concordancia, se debe tomar en consideración que la falta de desarrollo de la normativa societaria ha sido un limitante para el presente trabajo. No obstante, a lo largo del mismo se han planteado posibles soluciones a la actuación de los administradores frente al deber de debida diligencia, mediante el desarrollo y la creación de resoluciones, que servirán como posibles lineamientos cuando se suscite una controversia entre administrador y accionistas.

En virtud de lo estudiado, el trabajo genera una línea de investigación abierta. Que basa su estudio en la implementación de normativa vinculante por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, con la finalidad que se aborden el rango constitucional que tienen las resoluciones emitidas por el órgano de control y regulación.