

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Transacciones con administradores y socios de control:
Supuesto para la implementación de carga dinámica
probatoria**

Martín Alejandro Urbano Esparza

Jurisprudencia

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

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: Martín Alejandro Urbano Esparza

Código: 00203007

Cédula de identidad: 1724977341

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UNPUBLISHED DOCUMENT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>

**TRANSACCIONES CON ADMINISTRADORES Y SOCIOS DE CONTROL: SUPUESTO PARA LA
IMPLEMENTACIÓN DE CARGA DINÁMICA PROBATORIA¹**

**TRANSACTIONS WITH ADMINISTRATORS AND CONTROLLING SHAREHOLDERS: SCENARIO FOR IMPLEMENTING
DYNAMIC BURDEN OF PROOF RULES**

Martín Alejandro Urbano Esparza²
murbanoe@gmail.com

RESUMEN

El presente trabajo analiza la necesidad de contar con un régimen de carga dinámica de prueba en nuestro derecho societario. Aquello, aplicado al contexto de las transacciones con partes relacionadas realizadas por los socios de control en detrimento de la compañía y los socios minoritarios.

En virtud de aquello, se analiza la doctrina de las cargas dinámicas y los problemas de agencia que permiten dilucidar como esto puede viabilizar el cuestionamiento de operaciones expropiatorias en sede judicial. Asimismo, se analiza cómo se benefician ciertas legislaciones más desarrolladas de las cargas probatorias y estándares de revisión para lidiar con las transacciones expropiatorias de los socios de control.

Finalmente, se analizan los mecanismos previstos en nuestra Ley, con esto, se verifica que dada la ineffectividad de aquellos, se debería introducir reglas de carga dinámica para viabilizar la litigación iniciada por los socios minoritarios y brindarles protección en los posibles controles ex post.

ABSTRACT

This paperwork analyses the necessity of having a dynamic burden of proof regime in the Ecuadorian Corporate Law. That, applied to related party transactions made by the controlling shareholders to harm the company and the minority shareholders.

Thus, the dynamic burden of proof and agency problems doctrines are analysed to clarify how having a dynamic burden of proof can facilitate the judicial review of the abusive transactions. Similarly, this paperwork analyses how the most developed systems benefit from dynamic burden of proof rules and standards of revision to deal with the expropriatory related party transactions.

Finally, this work analyses the mechanisms provided in our legal system, so it is verified that because of its ineffectiveness, dynamic burden of proof rules should be provided in our system. That, to ease the litigation initiated by the minority shareholders and give them more protection within the ex-post control.

PALABRAS CLAVE

Carga de la prueba, problemas de agencia, transacciones con partes relacionadas, acceso a la información, accionistas minoritarios

KEYWORDS

Burden of proof, Agency Problems, Related Party Transactions, Information access, Minority Shareholders

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 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

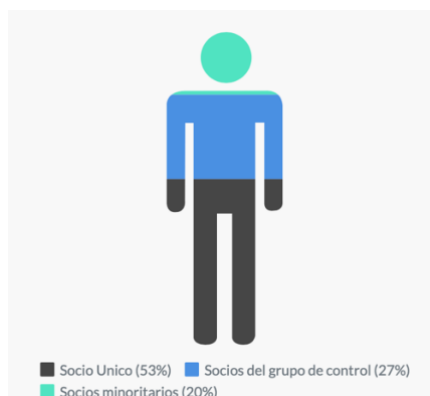
1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO NORMATIVO.- 2.1.MARCO CONSTITUCIONAL.-2.2. NORMATIVA LEGAL.- 2.3. ORGANISMOS INTERNACIONALES: RECOMENDACIONES DE LA OEA.- 3. MARCO TEÓRICO.-3.1. POSTURAS CLÁSICAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA.- 3.2. POSTURAS MODERNAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA.- 3.3. REGLAS DINÁMICAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA.- 3.4. PROBLEMAS DE AGENCIA.- 4. ESTADO DE LA CUESTIÓN.- 5. ANÁLISIS COMPARADO Y COMPARATIVO.- 6. ACCESO A DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN SOCIETARIA EN ECUADOR.- 7. REVISIÓN JUDICIAL EN EL ECUADOR DE LAS TRANSACCIONES ABUSIVAS DE LOS ADMINISTRADORES Y SOCIOS DE CONTROL CON SUS RELACIONADOS.- 8. CONCLUSIONES.

1. Introducción.

De acuerdo con los datos expuestos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, las compañías latinoamericanas se caracterizan por ser de capital concentrado, ya que son directa o indirectamente controladas por conglomerados, entendidos como grupos de empresariales compuestos por familias locales y relacionados de estos³.

A esto, hay que acotar que según las investigaciones del mismo organismo, la evidencia empírica muestra que, usualmente, en las compañías latinoamericanas hay la presencia de un socio o accionista con un promedio de 53% de participación en el capital social, y, en conjunto, el grupo de control mantiene un promedio total de 80%⁴. Dicha información se la representa de manera gráfica a continuación:

Gráfico No.1 Composición del capital social en compañías latinoamericanas



³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE. “White paper sobre el Gobierno Corporativo en América Latina. [Archivo PDF] (París 2003), 57. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/18976210.pdf> (último acceso en 21 de octubre de 2021).

⁴ OCDE, “White paper”, 57-58.

Fuente. Elaboración propia a partir de investigación de la OCDE⁵.

Con los datos expuestos, se debe resaltar que al existir altos niveles de concentración accionarial, las firmas latinoamericanas se prestan para generar escenarios de alta divergencia de intereses entre los socios o accionistas mayoritarios con los minoritarios⁶.

Por otra parte, se expone que en nuestro contexto empresarial, las características antes señaladas afectan también a la estructura de la administración⁷. Esto, debido a que la mayoría de los administradores en América Latina, son sujetos relacionados con los socios de control por vínculos familiares y de amistad⁸. En esta misma línea, se dice que los órganos de administración como los directorios sirven principalmente para aconsejar a los socios controladores y cumplir las disposiciones de estos últimos⁹.

Puntualmente, sobre el Ecuador se ha manifestado que al estar caracterizado por un control concentrado de carácter familiar, esto crea escenarios que requieren atención especial en la producción normativa sobre conflictos de interés y partes relacionadas en el ámbito societario¹⁰. Lo mencionado, pues existe una necesidad de asegurar que los socios mayoritarios junto con los administradores no perjudiquen a los minoritarios y se brinde confianza a terceros ajenos al grupo para fomentar inversión sin altos riesgos de expropiación¹¹.

Por estas consideraciones, este trabajo buscará analizar si la inclusión de reglas dinámicas de prueba puede ayudar a viabilizar la tutela de derechos de las minorías en la dimensión *ex post*. Lo mentado, refiriéndose a la hora de llevar los casos de *tunneling*¹² a la revisión por parte del sistema judicial, que dicho sea de paso, los expertos han mencionado debe ser reformado en el Ecuador de manera integral¹³.

Sobre la metodología, en este trabajo se realiza -primeramente- un análisis doctrinario sobre las cargas probatorias y los problemas de agencia en materia societaria. Con relación a aquello, en este trabajo se analizan los fundamentos planteados doctrinariamente de las reglas dinámicas en materia probatoria y se la conecta con las

⁵ OCDE, “White paper”, 59.

⁶ *Ibíd.*

⁷ *Ibíd.*, 60.

⁸ *Ibíd.*

⁹ *Ibíd.*, 62.

¹⁰ Aurelio Gurrea-Martínez *et al.*, “Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador” IIDF, (Mayo 2019): 37-38, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3383861>

¹¹ Aurelio Gurrea- Martínez, “Propuesta de modernización”, 38.

¹² *Ver, Ibíd.*, 35.

¹³ *Ibíd.*, 40.

posturas teóricas en materia corporativa sobre la protección de socios o accionistas minoritarios.

También, se realiza un análisis comparado que consiste en revisar la experiencia en Delaware y Reino Unido para mostrar cómo los sistemas con mayor desarrollo abordan la protección de socios o accionistas minoritarios en el control judicial de los actos societarios. Igualmente, se utiliza análisis comparativo del contexto colombiano para mostrar como sistemas legales similares al nuestro han adoptado al régimen de cargas probatorias para proteger a los minoritarios de abusos en la enajenación de activos sociales.

Es menester resaltar que en este trabajo, a través de un análisis axiológico se revisa el alcance actual de las normas que regulan el acceso a información y documentación por parte de los socios minoritarios; igualmente, como está establecido el régimen de la carga de la prueba actualmente para determinar la necesidad de implementar nuevas reglas sobre la carga probatoria en nuestro derecho societario.

En esta línea, se examina la necesidad de acudir a sede judicial para revertir los efectos negativos derivados de las transacciones de los controlantes con las limitaciones que esto implica. Lo expuesto, con el propósito de responder a la interrogante de sí se debe introducir un régimen de cargas dinámicas para viabilizar la litigación de los socios o accionistas minoritarios y brindarles mejor protección.

2. Marco Normativo.

2.1. Marco Constitucional.

Para el presente análisis es menester referirse, en primer lugar, a la Constitución de la República del Ecuador, Constitución, que contiene los principios, derechos y garantías que deben ser observadas en todo tipo de procedimiento¹⁴. Puntualmente, respecto al ámbito probatorio, cabe mencionar que los literales b) y d) del artículo 76.7 de la Constitución reconocen como garantías para los sujetos procesales el poder acceder a todos los documentos, actuaciones y contar con los medios adecuados para la protección de sus derechos¹⁵.

Sobre la norma citada, cabe manifestar que la Corte Constitucional Ecuatoriana, la Corte, ha señalado que en los artículos 75 y 76 de la Constitución se encuentra

¹⁴ Artículo 76. Constitución de la República del Ecuador, R.O.449, de 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. 449 de 25 de enero de 2021.

¹⁵ Artículo 76, numeral 7, literales b y d, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

consagrado el derecho a la tutela judicial efectiva, el cual debe ser considerado como un derecho que permite a las personas acceder a la vía jurisdiccional con apoyo en el debido proceso para que se proteja de forma inmediata sus derechos. Asimismo, la Corte ha precisado que la tutela judicial efectiva despliega sus efectos en tres momentos: al acceder a la justicia, en el desarrollo del proceso y al ejecutarse la sentencia¹⁶.

Igualmente, sobre el artículo 76.7 de la Constitución, la Corte ha manifestado que dentro de esta norma se encuentra recogido el derecho a la defensa, mismo que es visto como un principio jurídico procesal a través del cual se brindan garantías mínimas para que las personas puedan asegurar resultados justas y equitativos¹⁷. Para la Corte, esto obliga a que “[...] nadie sea privado de los medios necesarios para proclamar y hacer respetar sus derechos en el desarrollo de un proceso legal, en base a la igualdad de condiciones y facultades de las partes procesales”¹⁸.

2.2. Normativa legal.

La regulación referente a la prueba se encuentra prevista en el Código Orgánico General de Procesos, COGEP, norma que contiene los aspectos generales del procedimiento civil. El artículo 169 de dicho cuerpo normativo prescribe la regla general en cuanto a la prueba, esto es, que la carga de la prueba incumbe al actor¹⁹.

En cuanto al derecho de los socios o accionistas a acceder a información y documentación, se debe precisar que se encuentra previsto en el artículo 15 de la Ley de Compañías y el artículo innumerado titulado ‘acceso a la información societaria’ de la norma *ibídem*, en el ámbito de las sociedades por acciones simplificadas. Dichas normas reconocen de manera expresa que los socios y accionistas pueden examinar y solicitar el acceso a toda la información y documentación relativa a la administración de la sociedad y sus actos²⁰.

Por su parte, el artículo 249 de la norma *ibídem* prescribe la acción de impugnación de decisiones de mayoría con los requisitos que deben cumplir los impugnantes. Finalmente, el último inciso del artículo 272 de la misma Ley menciona la posibilidad de los accionistas minoritarios a entablar acciones contra los administradores

¹⁶ Sentencia N.º 117-14-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 08 de abril de 2015, pág.7

¹⁷ Sentencia N.º 117-14-SEP-CC, pág.8

¹⁸ Sentencia N.º 117-14-SEP-CC, pág.8

¹⁹ Artículo 169. Código Orgánico General de procesos, [COGEP]. R.O. Suplemento. 506, de 22 de mayo de 2015, reformado por última vez R.O. Suplemento 506 de 14 de mayo de 2021.

²⁰ Artículo 15. Ley de Compañías[LC], R.O.326 de 05 de noviembre de 1999, reformada por última vez R.O. 312 de 10 de diciembre de 2020.

por quebrantamientos al deber de lealtad²¹, de los cuales se resalta la prohibición de contratación directa o indirecta con la compañía que se encuentra previsto en el artículo 262.1 y que hace un reenvío a los artículos 243 y 261 *ibídem* ²².

2.3. Organismos Internacionales: Recomendaciones de la OEA.

Por otro lado, cabe hacer referencia a la Ley Modelo sobre la Sociedad por Acciones Simplificadas emitido por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA, organización de la cual el Ecuador forma parte. Dentro del capítulo tercero que recoge las disposiciones especiales relativas a las pruebas, se menciona la posibilidad de desplazar la carga de la prueba hacia la parte que tenga más posibilidades de ofrecerla²³.

Además, es importante considerar que el antedicho documento, se encuentra acompañado de informes de expertos que plantean cambios para que el derecho societario en América Latina evolucione y, tenga mecanismos eficientes y atractivos para la inversión. Por ejemplo, dentro de esta resolución de la OEA, se recoge la opinión del profesor Francisco Reyes Villamizar, quien argumenta que la estructura formalista de las normas societarias son un obstáculo para el desarrollo de la economía en la región²⁴.

3. Marco teórico.

Respecto a la carga de la prueba en materia societaria, dentro de este trabajo se considera que resultaría escaso para el análisis utilizar únicamente las normas vigentes, cuestión por la cual, vale la pena revisar qué mencionan las posturas clásicas desde el punto de vista netamente procesal. De la misma manera, se debe examinar qué proponen las teorías del derecho corporativo para hacer frente a las controversias que se presente en esta materia.

3.1. Posturas clásicas referentes a la carga de la prueba.

La doctrina clásica señala que el sistema de reparto de cargas se vincula primordialmente a la actividad de las partes que persiguen la aplicación del Derecho²⁵. Bajo este contexto, se sostiene que la parte interesada en triunfar en un litigio es la encargada de realizar las actividades que buscan convencer al juzgador²⁶.

²¹ Artículo 249, LC.

²² Artículo 272, LC.

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ Antonio Buzaid, "De la carga de la prueba", (Maracaibo: Centro de estudios de filosofía del derecho, 1975), 37-40.

²⁶ F, Carnelutti, "La prueba civil", (Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1955), 424-430.

La doctrina clásica afirma que desde la época romana se acarrea esta concepción, pues en Roma se concebía que la necesidad de probar incumbe a quien intenta la acción²⁷. Cabe decir que bajo esta postura, las partes que realizan las afirmaciones son quienes deberían acreditarlas, ya que se entiende que estas cuentan con sustento para sostener sus argumentos .

3.2. Posturas modernas sobre la carga de la prueba.

La doctrina moderna sostiene que la postura antes mencionada es propia de un pasado con instituciones rígidas²⁸. La doctrina contemporánea señala que no toda prueba necesaria para generar convencimiento en el juzgador debe ser atribuida al actor²⁹. Asimismo, expone que el esclarecimiento de los hechos afirmados corresponde a un ejercicio dialéctico bilateral en el proceso, ya que existen intereses diametralmente opuestos sobre aquellos³⁰.

Por su parte, Micheli señala que un aspecto a considerar para el reparto de cargas probatorias es la posición real de las partes con consideración al efecto jurídico que pretenden conseguir³¹. De lo dicho por estos autores, se colige que, dependiendo de las situaciones en concreto, se puede pensar en regímenes que permitan que se lleve a cabo el proceso con mayor accesibilidad de prueba para las partes.

3.3. Reglas dinámicas de la carga de la prueba.

En cuanto a las reglas dinámicas, es relevante indicar que es la posición sobre la cual se apoya este trabajo. Aquello, dado que se considera que las reglas dinámicas distribuyen las cargas con consideración a criterios de facilidad y disponibilidad a quien está en mejor posición de probar³². Lo antes señalado, apoyado en la aplicación de la tutela judicial efectiva³³, ya que el fin ulterior del desplazamiento de las cargas probatorias es evitar situaciones de indefensión producto de la imposibilidad de probar hechos determinantes por la desigualdad que puede haber de una parte comparada a la otra³⁴.

²⁷ F, Carnelutti, “La prueba civil”, 424-430.

²⁸ Antonio Buzaid, “De la carga de la prueba”, 37-40.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ F, Carnelutti, “La prueba civil”, 424-430.

³¹ Gina Antonio Micheli, “La carga de la prueba”, (Buenos Aires: Olejnik, 1966), 139-142.

³² Ramón Escaler Bascompte, “La carga de la prueba”. (Barcelona: Atelier, 2017), 30-31.

³³ Esta posición busca decantar la balanza, ya que con ello se equilibra de mejor manera la tutela judicial efectiva de ambas partes, esto es, que se entiende es la solución que respeta de manera mas proporcionada los derechos fundamentales de las partes en el proceso. Ramon Escaler Bascompte, “La carga de la prueba”, 30-31.

³⁴ *Ibíd.*

Ahora bien, entendida la finalidad del desplazamiento de las cargas, cabe mencionar lo analizado por Fernando López, quien sostiene que no ante cualquier dificultad probatoria de una parte se deba desplazar la carga a la otra³⁵. El mentado autor señala que es deber del juzgador valorar si efectivamente le resulta más fácil probar una proposición fáctica a la contraparte, ya que en caso de duda se debería proceder con las reglas estáticas generales³⁶.

Por su parte, se debe considerar que uno de los criterios para determinar si es adecuado aplicar un desplazamiento de carga probatoria es la posición de las partes con relación a la materia objeto del proceso³⁷. Puntualmente, en materia societaria, en cuanto a las acciones de responsabilidad iniciadas contra administradores, se ha dicho que estos cuentan con mayor facilidad probatoria para demostrar que el ilícito en el que se basa la acción no es la causa directa de un supuesto daño³⁸.

Sobre lo último, se menciona que en muchos casos se parte de normas de carga encubiertas de presunción, ya que en su momento se desplaza la carga de la ausencia de dolo/culpa al administrador demandado cuando se demuestra por parte del actor que han existido actos contrarios a la ley y los estatutos³⁹.

Antes culminar este sub-apartado, no se puede dejar de señalar que la postura tratada suele ser criticada, ya que en la práctica resulta muchas veces complicado establecer los criterios que permiten aplicar el desplazamiento de cargas⁴⁰. En palabras nuestras, lo que resulta complejo es determinar qué parte procesal cuenta con mejor facilidad de aportar prueba.

En cuanto a lo último, de manera anticipada, se señala que del ámbito del derecho societario, se podrían extraer varios conceptos y elementos que pueden resultar útiles para entender por qué se debe contar con cargas dinámicas de prueba en esta materia. Especialmente, para casos de acciones planteadas por socios o accionistas minoritarios en supuestos de transacciones entre partes vinculadas de quienes ostentan el control de la compañía.

³⁵ Mercedes Fernández, “La carga de la prueba en la práctica judicial civil”, (Madrid: La Ley, 2006), 148.

³⁶ Mercedes Fernández, “La carga de la prueba”, 148.

³⁷ Ramón Escaler Bascompte, “La carga de la prueba”, 121-133.

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Ibíd.*

3.4. Problemas de Agencia.

Desde una perspectiva económica, se ha señalado que los problemas de agencia son conflictos que surgen cuando el bienestar o la propiedad de una parte denominada ‘principal’, depende de las actuaciones de terceras personas, llamadas ‘agentes’, ya que el primero tiene incentivos para velar primordialmente por su interés en lugar de actuar en procura de los intereses de los principales⁴¹. Sobre los problemas de agencia, es menester puntualizar que la doctrina los divide en tres: asociados con administradores, asociados controladores con los no controladores, y las firmas con terceros⁴².

Cabe precisar que para este análisis únicamente son relevantes los dos primeros problemas mentados, ya que es en estos en los cuales podría cobrar mayor sentido hablar de los mecanismos para cuestionar las transacciones con partes relacionadas. Sobre lo expuesto, se debe resaltar que los conceptos antes señalados sirven en el presente trabajo para conducir la línea argumentativa de por qué sería conveniente contar con un régimen de cargas dinámicas en el ámbito societario, que dicho sea de paso, sería -justamente- por la posible verificación de estos supuestos en las relaciones empresariales.

3.4.1. Los problemas de agencia en las transacciones con partes relacionadas.

En el ámbito societario, las transacciones con partes relacionadas son entendidas cómo aquellas operaciones que realiza la compañía con una parte contractual con la que se presenta algún vínculo de relación o control⁴³. También, se ha expresado que estas transacciones no son *per se* ilegítimas, ya que muchas veces generan beneficios para las compañías.

Sin embargo, se señala que estas transacciones generan problema cuando, debido a los problemas de agencia, aquellas personas que ostentan control en la compañía lo utilizan como un mecanismo para extraer valor de la firma y enriquecerse o beneficiarse a expensas de esta y sus socios o accionistas minoritarios⁴⁴. Es menester recalcar que, generalmente, este tipo de transacciones comprenden la compra y venta de activos o servicios, así como también el otorgamiento de créditos y garantías⁴⁵.

⁴¹ Reinier Kraakman et al. “The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach” (Oxford: Oxford University Press, 2017), 30-31 (traducción no oficial).

⁴² Reinier Kraakman et al, “The Anatomy of Corporate Law, 31-32.

⁴³ Luca Enriques, “Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (with a Critique of the European Commission Proposal)”, ECGI No.267/2014, (Octubre:2014): 2-3, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2505188> (traducción no oficial).

⁴⁴ Luca Enriques, “Related Party Transactions”, 2-3.

⁴⁵ *Ibíd.*

3.4.2. Los problemas de agencia y su incidencia en el acceso a información y documentación en controversias societarias.

El profesor Francisco Reyes Villamizar ha mencionado que los problemas de agencia se los encuentra -esencialmente- en las relaciones que implican esfuerzos cooperativos de dos o más personas⁴⁶. Para el mentado autor, al existir un mandatario y un principal en este tipo de relaciones se generan las llamadas ‘asimetrías de información’⁴⁷. Lo expuesto, ya que el contacto directo del agente con las operaciones le permite contar con más información respecto de su encargo, cuestión por la cual, hay una ventaja especial para este pues puede reservarse información relevante del negocio⁴⁸.

Bajo este contexto, cabe decir que en las relaciones entre socios o accionistas mayoritarios y minoritarios existen problemas de asimetrías informacionales que podrían ser un obstáculo para la litigación de procesos iniciados por socios minoritarios⁴⁹, ya que la posición de minoritario parece no permitir que – de primera mano- se acceda de manera oportuna y eficiente a información y documentación que sirve de prueba, pues los agentes no tienen incentivos para mostrar de forma transparente su actuación⁵⁰.

Todo lo previamente manifestado, se corrobora con el criterio de Ignacio Sanín quien expone que la voluntad de una sociedad sobre sus operaciones es expresada a través de las actas de las juntas y la documentación que se adjunta para la toma de las decisiones en el seno del máximo órgano de gobierno social, la junta general de socios o accionistas⁵¹. El mentado autor precisa que:

[...]son los administradores, los grupos de control en la compañía, los accionistas mayoritarios, los delegados para aprobar y suscribir las actas, quienes tienen el manejo del Libro de Actas y a quienes corresponde redactar las actas, responsabilizarse de que sean veraces e insertadas en el Libro respectivo, y permitir graciosamente que los socios o los terceros puedan obtener copias de las actas⁵².

Para este autor, los argumentos antes expuestos son fundamentos para que se consideren realizar cambios profundos en cuanto a lo referente a la prueba y trámites en los cuales se impugna las decisiones adoptadas por los socios controlantes en perjuicio de las minorías y eventualmente de la compañía.

⁴⁶ Francisco Reyes Villamizar, “Problemas de Agencia ” en *Derecho Societario*. (Bogotá: Editorial Temis, 2020), 29.

⁴⁷ Francisco Reyes, “Derecho Societario”, 172.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Ignacio Sanín Bernal, “Impugnación de las decisiones sociales”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* ISSN. 0120-3886. No.2 (Septiembre 1998): 27-66, ND.

⁵² Ignacio Sanín Bernal, “Impugnación de las decisiones sociales”, 27-66.

4. Estado de la cuestión.

Sobre la carga de la prueba, recientemente se ha dicho que esta institución clásica entra en confrontación con postulados actuales como la tutela judicial efectiva y la constitucionalización de garantías procesales⁵³. En la misma línea, Parra ha expuesto que la institución clásica de las cargas es una forma de desigualdad en el curso de un proceso, ya que se impone la carga de probar a una parte a quien le resulta muy difícil hacerlo⁵⁴.

El referido autor menciona que una noción rígida sobre las cargas sirve de apoyo para legitimar el triunfo de quien puede valerse de su posición de ventaja para dificultar la comprobación de hechos esenciales en el proceso⁵⁵. Por este motivo, generaría mayor igualdad en el ámbito procesal probatorio, tener en cuenta en determinados casos, a quién le queda más fácil probar⁵⁶.

Puntualmente, sobre la carga dinámica, Giannini mencionó que es una regla diferenciada del *onus probandi* que implica poner la carga probatoria en cabeza de quien está en mejores condiciones de probar determinados hechos⁵⁷; es decir, se hace pesar la consecuencia de incumplir la carga a quien está en mejor posición de probar.

Vale la pena acotar que esta no es una teoría completamente aceptada, pues existen autores que critican a las reglas sobre cargas dinámicas dado que, bajo su criterio, podrían servir como un mecanismo de arbitrariedad⁵⁸. Se afirma que un juzgador al transferir las cargas de prueba tiende a predeterminar la decisión sobre el mérito del asunto⁵⁹.

Sin perjuicio de esto último, lo expuesto por los antedichos autores resulta de gran aportación en este trabajo, pues dentro del contexto societario este análisis se enfoca en la conveniencia de dinamizar la carga de la prueba para las acciones iniciadas por

⁵³ Diego Ramírez Carvajal y A. Meroi, “La carga de la prueba, dinámicas contemporáneas”, *Estudios de Derecho*, No.77 (Septiembre 2020): 227-248, DOI: 10.17533/udea.esde.v77n170a09

⁵⁴ Jairo Parra, *Manual de Derecho Probatorio*. (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2020), 100-111.

⁵⁵ Jairo Parra, *Manual de Derecho Probatorio*, 100-111.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Leandro Giannini, Revisitando la doctrina de la ‘carga dinámica de la prueba’. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales. En Nieva, J., Ferrer, J. y Giannini, L. (eds.), *Contra la carga de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2019), 89-109.

⁵⁸ Michele Taruffo, *La prueba*, (Manríquez, L. y Ferrer Beltrán, J., Trads.).(Madrid: Marcial Pons, 2019), 72.

⁵⁹ Michele Taruffo, *La prueba*, 72.

socios o accionistas minoritarios en casos de transacciones expropiatorias entre partes relacionadas de los socios o accionistas de control y los administradores.

Todo esto, en concordancia con los análisis contemporáneos del derecho societario latinoamericano, en los cuales se ha expuesto que en las sociedades de capital concentrado, abundantes en nuestra región, existe una modalidad predominante de abuso de mayoría, que se traduce en el conocido problema de agencia entre asociados mayoritarios y minoritarios⁶⁰. Asimismo, se dice que estas características crean un sistema en el que ser socio o accionista minoritario resulta ineficiente cuando la protección de derechos no es clara y no hay mecanismos judiciales fuertes para evitar la expropiación de valor de en las firmas⁶¹.

De la misma manera, se menciona que -justamente- para crear estos mecanismos judiciales fuertes, en el sistema anglosajón se han desarrollado estándares y modelos de revisión como el *entire fairness*⁶². Aquellos estándares y modelos se caracterizan por establecer que la carga de la prueba recae sobre el demandado -generalmente el administrador o el socio de control- quien es el llamado a demostrar que su negociación ha sido justa en cuanto a términos y precios, siempre que existe un conflicto de interés⁶³.

En cuanto a las transacciones entre partes relacionadas, recientemente se ha expuesto que las normas deben regular -especialmente- aquellas en las cuales los administradores o socios controladores tiene un conflicto de interés, ya estos pueden realizar transacciones con la compañía en términos menos favorables para ésta⁶⁴. Es relevante resaltar que las operaciones a las cuales se ha referido -generalmente- recaen sobre categorías como el *tunneling* que cubre varias formas de expropiación que pueden realizar los *corporate insiders*⁶⁵ aprovechando su posición privilegiada, sobre todo de información⁶⁶.

⁶⁰María Peña Ramírez, "Gobierno corporativo, oportunismo y abuso del derecho en sociedades mercantiles." *Revista de Derecho Privado*, No.54 (Junio 2015):1-49. Redalyc,10.15425/redepriv.54.2015.02

⁶¹María Peña, Gobierno Corporativo, oportunismo y abuso,1-49.

⁶²*Ibíd.*

⁶³*Ibíd.*

⁶⁴Reinier Kraakman et al, "The Anatomy of Corporate Law, 145-162.

⁶⁵Ver, Bettis Carr, Jhon Bizjack y Michael Lemmon. "Managerial Ownership, Incentive Contracting, and the Use of Zero-Cost Collars and Equity Swaps by Corporate Insiders." *The Journal of Financial and Quantitative Analysis* 36, no. 3 (Septiembre 2001): 345-70. <https://doi.org/10.2307/2676287> (traducción no oficial).

⁶⁶Vladimir Atanasov, Bernard Black y Conrad Cicontello. "Unbundling and measuring tunnelling". *University of Illinois Law Review*, No.5 (Enero 2014): 1697-1738.n/d (traducción no oficial).

Ahora bien, de este tipo de transacciones, se ha expuesto que existen varias formas de regulación que adoptan los ordenamientos para restringir su espectro de afectación⁶⁷. Lo dicho, a través de la inclusión de prohibiciones y estándares que deben ser, además, acompañadas de reglas sobre la asignación de cargas probatorias para proveer una protección efectiva de los intereses de los socios y accionistas⁶⁸.

Al respecto, vale expresar que estos análisis aportan al presente trabajo de investigación, pues muestran argumentos en favor de establecer regímenes de carga dinámica de prueba en situaciones en las que los intereses de quienes ostentan el control pueden ser perjudiciales para la compañía y los minoritarios. Toda vez que, como se mencionó, las prohibiciones y estándares pueden no ser suficientes y requieren de reglas en materia probatoria especiales para reforzar su aplicación⁶⁹.

5. Análisis comparado y comparativo.

Resulta relevante para este análisis referirse a los casos de Delaware, Reino Unido y de manera más cercana el caso colombiano. Lo dicho, ya que como se verá a continuación, pueden ser ordenamientos que han desarrollado los aspectos de *enforcement* societario de una manera más avanzada. De hecho, muchas de las innovaciones del Derecho Societario Latinoamericano se las ha extraído de jurisdicciones como Delaware y Reino Unido⁷⁰.

5.1. Transacciones con partes relacionadas de los socios de control y los administradores: Revisión judicial en Delaware.

En este trabajo, el caso de Delaware puede servir para dilucidar cómo se lidia con los problemas referentes a la prueba cuando surgen litigios en los que se verifica conflictos de interés. Para aquel propósito, es importante resaltar que las Cortes de Delaware han desarrollado la doctrina del *Entire Fairness Review*, la cual consiste en un análisis integral de las operaciones que se impugna⁷¹. Es relevante considerar que aquel estándar de revisión se contrapone – en esta legislación- a la *Business Judgement Rule*,

⁶⁷ Reinier Kraakman, et al, “The Anatomy of Corporate Law”, 145-162.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ Francisco Reyes Villamizar. “La sociedad por acciones simplificada: Una verdadera innovación en el Derecho Societario latinoamericano” (Junio 2009): 1-2, disponible en <http://scm.oas.org/pdfs/2016/CP36957T.pdf> (Último acceso en 23 de octubre de 2021).

⁷¹ Lucian Bebchuk y Assaf Hamdani. “Independent Directors and Controlling Shareholders”. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 165 (Mayo 2017): 1305-1308, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2741738> (traducción no oficial).

bajo la cual, en Delaware se presume que los administradores actuaron de buena fe en el mejor interés de la compañía⁷².

Puntualmente, sobre los casos en los cuales existe un administrador o socio de control, las Cortes de Cancillería de Delaware han mencionado en emblemáticos casos como *Cede & Co v. Technicolor* que, si se demuestra el conflicto de interés y quebrantamiento de los deberes fiduciarios, la carga de probar el *Entire Fairness* de la transacción cuestionada por el socio demandante se desplaza a los administradores⁷³. Es decir, les corresponde a estos probar que las negociaciones realizadas han sido dadas de manera justa; de igual manera, que se ha contratado con apego a estándares comunes de mercado⁷⁴. Esto, con especial consideración a su vinculación y cercanía con la información y documentación de las contrataciones que realizan por la compañía⁷⁵.

Sin embargo, cabe decir que la regla en materia probatoria de este estándar de revisión aplica siempre y cuando no haya existido de por medio la aprobación de los socios no controladores⁷⁶. Aquello, ya que en ese caso estos previamente habrían sido suficientemente informados y se perdería la justificación primordial del desplazamiento, esto es, el ocultamiento de información y falta de transparencia de los administradores⁷⁷.

Asimismo, se señala que en el Estado de Delaware las Cortes de Cancillería han argumentado que a los socios controlantes que fijan los términos de la operación - directamente o mediante su influencia sobre los administradores sociales- también les corresponde la carga de probar que dicha transacción fue celebrada en condiciones justas⁷⁸.

Por otra parte, se debe acotar que las Cortes han expuesto que un socio demandante no puede, simplemente, realizar alegaciones sin soporte probatorio alguno para que sea su contraparte controlante la que deba defender las operaciones⁷⁹. Es decir,

⁷² Stephen Brauerman. “Delaware Insider: When Business Judgment Isn’t Enough: The Impact of the Standard of Review on Deal Litigation.” *Business Law Today*, n/d (Mayo 2014): 1–3. n/d (traducción no oficial).

⁷³ Allen William, Jack Jacobs y Leo Strine. “Function Over Form: A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law.” *The Business Lawyer* 56, Vol.4 (Agosto 2001): 1287–132, n/d (traducción no oficial).

⁷⁴ Allen William, Jack Jacobs y Leo Strine. “Function Over Form”, 1287–1321.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ Stephen Brauerman. “Delaware Insider”, 1–3.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ *Weinberger v. UOP Inc.*, Supreme Court of Delaware, 457 A.2d 701, de 1 de Febrero de 1983, n/d (traducción no oficial).

⁷⁹ *Weinberger v. UOP Inc.*, n/d.

se ha limitado -en cierta medida- para que este estándar de revisión no pueda ser utilizado en forma arbitraria.

En cuanto a lo último, cabe mencionar que en la mayoría de las ocasiones, cuando media un procedimiento de aprobación de los accionistas, la transacción que se cuestiona deja de estar sujeta al estándar de *Entire Fairness* y pasa a ser sujeta al estándar de la *Business Judgement Rule* que suele ser más laxo⁸⁰.

Ahora bien, de lo hasta aquí analizado, se desprende que en Delaware los jueces han optado por aplicar estándares más rígidos para la revisión de casos en los cuales se verifica un conflicto de interés que puede perjudicar a los socios y la compañía. Cabe decir también que esto se complementa con la doctrina de los problemas de agencia antes revisados, dado que la transferencia la carga de probar aquí revisada se basa en que existen sujetos en el ámbito empresarial que tienen mayor cercanía con las operaciones cuestionadas y pueden aprovecharse de aquello, incluso al momento del litigio.

5.2. Transacciones con partes relacionadas: Carga de la prueba en el Reino Unido.

En la misma línea del análisis comparado se debe acotar que el contexto del Reino Unido sirve en este trabajo como ejemplo de un modelo en el que los conflictos de interés motivan a que se realice un desplazamiento de cargas probatorias. A propósito de aquello, se debe señalar que la jurisprudencia de las Cortes de Cancillería ha estructurado un régimen particular de cargas probatorias para el ámbito corporativo, tal y como se procederá a explicar con los siguientes casos.

Primero, dentro del caso *Murad v Al Saraj*, la jueza Arden sostuvo que se debe imponer la carga sobre el fiduciario que incumple sus deberes, ya que esto resulta consistente con la naturaleza de sus responsabilidades⁸¹. Con fundamento en la misma línea, dentro del caso *Ultraframe (UK) Ltd. v Fielding*, que versa sobre enajenación de activos sociales, el juez Lewison mencionó que “[...] los administradores tienen en el deber de justificar su gestión hacia los beneficiarios de los encargos, el administrador debe mostrar como ha gestionado su encargo”⁸². Con base en los dos criterios previamente enunciados, las Cortes británicas han proseguido a sostener que:

[...] cuando una persona mantiene deberes fiduciarios y recibe bienes para ser administrados, corresponde a los actores probar que existe de por medio un encargo que

⁸⁰ Stephen Brauerman. “Delaware Insider”, 1-3.

⁸¹ *Murad v Al Saraj*, High Court of Justice, Chancery Division, EWHC 1235 (CH), 28 de Mayo de 2004, párr. 325-341 (traducción no oficial).

⁸² *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding*, High Court of Justice, Chancery Division, EWHC 1638 (CH), 27 de Julio de 2005, párr. 5 (traducción no oficial).

se debe prestar a la compañía; sin embargo, una vez probado esto, corresponde al encargado demostrar que las operaciones efectuadas por el fueron adecuadas⁸³.

Con la misma lógica, sobre las transacciones entre partes vinculadas la jurisprudencia británica ha optado por sostener que, cuando las alegaciones del actor son basadas en conflicto de interés debidamente comprobado, corresponde a los directores e interesados justificar la operación⁸⁴.

Dentro del caso *Newgate Stud Company v Penfold*, sobre transacciones con familiares de los directores y socios controladores, el juez Richards argumentó que en los casos que existe algún vínculo y relación de cercanía es mayor el riesgo de quebrantamiento de deberes fiduciarios, ya que influyen las consideraciones personales⁸⁵.

Dentro del mentado caso, se sostuvo que en las operaciones en las que hay vínculos estrechos pueden existir deseos por favorecer a los allegados⁸⁶. Sobre el remedio a dicha cuestión se mencionó:

[...] la resolución de este inconveniente se apoya en poner sobre la persona que tiene los deberes fiduciarios la carga de demostrar que no existe interés personal en la transacción y, en caso de existir, que la transacción fue realizada en el mejor interés de la compañía y de quienes son sujetos pasivos de los deberes fiduciarios⁸⁷.

Con los argumentos expuestos del caso británico, es válido mencionar que un argumento fundamental para considerar el régimen de atribución dinámico de cargas probatorias es la posición de control en la que se encuentra quien ejecuta las operaciones. De la misma manera, se puede señalar que otro argumento importante en favor del desplazamiento probatorio es la existencia de conflictos de interés. Lo dicho, pues se entiende que debido a las consideraciones personales de quienes controlan la compañía, estos tendrían cierta inclinación para realizar operaciones inadecuadas y ocultar su actuación.

5.3. Análisis respecto a la carga de la prueba de la Superintendencia de Sociedades de Colombia.

De manera más cercana, resulta adecuado analizar el contexto colombiano, dada la similitud que puede presentar con nuestra realidad y sistema jurídico de carácter civilista, a diferencia de los casos antes revisados. Bajo este contexto, cabe referirse a una providencia reciente de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la

⁸³ Ultraframe (UK) Ltd v Fielding, párr.5-8.

⁸⁴ *Newgate Stud Company v Penfold*, High Court of Justice, Chancery Division, EWHC 2993(CH), 21 de diciembre de 2005, párr.235-240 (traducción no oficial).

⁸⁵ *Newgate Stud Company v Penfold*, párr.235-240.

⁸⁶ *Newgate Stud Company v Penfold*, párr, 240-243.

⁸⁷ *Newgate Stud Company v Penfold*, párr, 240-243.

Superintendencia de Sociedades, en la cual, se analiza un proceso iniciado por socios minoritarios que cuestiona una transacción entre partes relacionadas.

Bajo esta premisa, se resalta que dentro del caso Luis Helí Tovar & CÍA. S c. Embotelladora Del Huila S.A., se argumentó respecto al ámbito probatorio que en los casos iniciados por socios minoritarios es justificable un desplazamiento del *onus probandi*⁸⁸. Lo expuesto, debido a que en la decisión se consideró que el administrador que celebró la operación y el accionista controlante con quien contrató la sociedad tenían mayor cercanía con el material probatorio⁸⁹.

En virtud de aquello, en la decisión *in examine* se dijo que a estos últimos les corresponde desvirtuar las alegaciones de los accionistas minoritarios sobre la operación⁹⁰. Ahora bien, se debe señalar que de la revisión de la referida decisión, se desprende que la argumentación presentada en el fallo tenía como fundamento lo prescrito en el artículo 167 del Código Orgánico General del Proceso. Dicha norma colombiana otorga a sus juzgadores la posibilidad de desplazar las cargas probatorias por criterios de posición de facilidad⁹¹.

Del análisis de esta decisión, se puede extraer que, en Colombia, el análisis de desplazar la carga probatoria al administrador y socios controlantes se apoyó en una norma procesal que establece un supuesto de facilidad para aportar evidencias sobre los hechos controvertidos.

En este sentido, vale traer a consideración lo expuesto en el marco teórico del presente trabajo, ya que los criterios de facilidad están previstos con la finalidad de que exista una verdadera tutela judicial efectiva y son una cuestión que requiere de la valoración del juzgador con la que se determine la efectiva facilidad, pues caso contrario se debería proceder bajo las reglas estáticas de prueba⁹².

Por otra parte, se puede decir también que en el presente caso, el criterio de facilidad -aplicado al caso- ha sido extraído de la teoría de las asimetrías de información que proviene de los problemas de agencia entre socios minoritarios y mayoritarios, ya

⁸⁸Auto n° 800-6317, Superintendencia de Sociedades, (Luis Helí Tovar & Cía. S. en C contra Embotelladora del Huila S.A) 25 de abril de 2016, pág. 9

⁸⁹ Auto n° 800-6317, pág.10

⁹⁰ Auto n° 800-6317, pág.10

⁹¹ “según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga [...] exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. Artículo 167, Ley 1564 de 2012 [Código General del Proceso], Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012

⁹² Ramón Escaler Bascompte, “La carga de la prueba”. 30-31.

que muestra en la práctica como se presentan las asimetrías informacionales a la hora de un litigio.

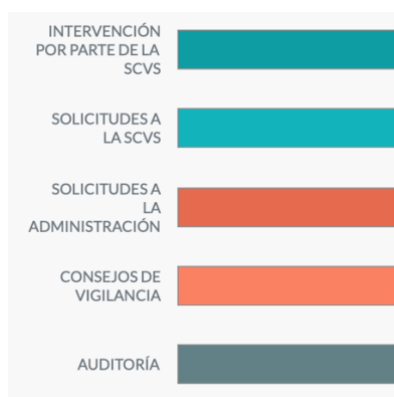
En contraste, sobre la regulación ecuatoriana, se debe mencionar que el artículo 169 del COGEP no reconoce expresamente una regla de cargas dinámicas, sino que solamente prevé el reconocimiento de otros casos de inversión de la carga probatoria previstos en las normas sustantivas⁹³. Entonces, se debe resaltar que de momento un razonamiento similar no sería posible en el Ecuador, ya que se mantiene un modelo rígido de la carga de prueba.

Por esto último, se debe indicar que en nuestro país, para proceder a demandar una transacción ilegítima de los socios controladores o administradores son sus relacionados, los socios afectados deberían optar por buscar obtener su prueba a través de los mecanismos que se proceden a explicar en el siguiente apartado.

6. Acceso a documentación e información societaria en Ecuador.

Como se mencionó en el marco normativo de este trabajo, nuestro ordenamiento reconoce el derecho de los socios o accionistas a acceder y solicitar la información respecto a la administración de la sociedad⁹⁴, por lo cual, con el fin de hacer efectivo ese derecho, la LC prevé varios mecanismos para buscar hacerlo efectivo. Es por esto que se analizará el contenido y alcance de los mismos. Lo dicho, empezando con los mecanismos estatutarios y legales, para luego analizar la tutela por parte del ente de control.

Gráfico No.2 Mecanismos para acceder a la documentación e información sobre las transacciones de las compañías en Ecuador.



Fuente. Elaboración propia a partir de la Ley de Compañías⁹⁵.

Vale acotar que el análisis de los mecanismos mentados permitirá dilucidar

⁹³ Artículo 169, COGEP.

⁹⁴ Artículos 15, 135, 248, 274, 354, LC.

⁹⁵ Artículo 25, artículo

razones por las cuales resulta adecuado reformar el régimen de las cargas probatorias en el contexto planteado en este trabajo.

6.1. Mecanismos de acceso a la información en el ámbito de juntas de socios.

Primero, se debe mencionar la posibilidad que tienen las compañías en el Ecuador de establecer comisiones de vigilancia que se encarguen de supervisar la gestión de los administradores. Dicha posibilidad está prevista para las compañías de responsabilidad limitada en la que se exceda de 10 el número de socios y de manera abierta para la sociedad por acciones simplificada⁹⁶.

Es relevante puntualizar que los miembros de estas comisiones no son responsables de la gestión de los administradores pero si de sus faltas personales⁹⁷. Igualmente, las compañías de tipo sociedad anónima pueden crear consejos de vigilancia y comisarios⁹⁸. Aquellos consejos “[...] tienen derecho ilimitado de inspección y vigilancia sobre todas las operaciones sociales, sin dependencia de la administración y en interés de la compañía”⁹⁹.

Cabe mencionar que dentro de este trabajo no se considera que esta sea una opción adecuada para mitigar las asimetrías de información y acceso a la documentación toda vez que, tal y como lo prescribe la norma, dichos consejos deben ser designados por los órganos sociales en los cuales los mayoritarios pueden ejercer su control y designar funcionarios a su conveniencia.

Respecto al contexto de las juntas de socios o accionistas, la LC prevé que los socios puedan contar con información referente a las operaciones de la compañía a través de la posibilidad de solicitar informes relacionados a los puntos de discusión a tratarse¹⁰⁰. Esta disposición prescribe la posibilidad de que el 25% del capital pagado que concurre a la junta difiera la celebración de la misma hasta por tres días y en casos de aplazamiento más extenso se lo puede realizar con el 50% del capital concurrente¹⁰¹.

En cuanto esto, como se mencionó en los antecedentes de este trabajo, en la práctica los socios minoritarios tiene en promedio un 20% de la participación en el capital social, cuestión por la cual, el acceso a la información y documentación sobre las

⁹⁶ Artículos 135 y Artículo innumerado titulado “consejo de vigilancia”, LC.

⁹⁷ Artículos 135 y Artículo innumerado titulado “consejo de vigilancia”, LC.

⁹⁸ Artículo 274, LC.

⁹⁹ Artículo 274, LC.

¹⁰⁰ Artículo 248, LC.

¹⁰¹ Artículo 248, LC.

operaciones que efectúan los mayoritarios puede verse mermado por insuficiencia de los requisitos mínimos de participación que exige la Ley.

Adicionalmente, sin entrar en mayor análisis, cabe mencionar que nuestra LC prescribe la obligación de contar, cumplidas ciertas condiciones¹⁰², con informes de presentados por auditores externos sobre la razonabilidad de los estados financieros de la sociedad mercantil¹⁰³. Sobre la auditoría, se debe considerar que el 10% del capital pagado puede solicitar que los auditores acudan a la junta general para exponer sus hallazgos¹⁰⁴.

Sin embargo, de dicha norma se debe tomar en cuenta que no tiene alcance para todo tipo de compañías, sino únicamente para aquellas que cumplen o superan un umbral de activos superior al establecido por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, SCVS¹⁰⁵.

Para terminar este sub-apartado, se menciona que los mecanismos de acceso a la información y documentación mentados, tal y como se desprende de las normas analizadas, están sujetos a un escenario en el que los socios o accionistas mayoritarios pueden ejercer su posición de control en desmedro de los minoritarios.

6.2. Procedimientos con participación de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros.

Como se mencionó, los mecanismos societarios de acceso a la información para socios minoritarios pueden resultar ineficaces para que los accionistas obtengan datos suficientes sobre las operaciones realizadas por los mayoritarios con sus relacionados. Por esto, cabe también analizar aquellos mecanismos que permitirían obtener información y documentación de las transacciones en los cuales se cuenta con el apoyo de la SCVS.

Con relación a lo dicho, se señala que nuestra LC prescribe que la SCVS tiene facultad de ejercer control y vigilancia de las compañías¹⁰⁶; así como también, velar por la implementación de buen gobierno corporativo y transparencia en la gestión¹⁰⁷. La misma norma prescribe que la SCVS puede vigilar y controlar aspectos jurídicos, societarios, económicos financieros y contables a través de inspecciones y

¹⁰² Ver, Artículo 2, Reglamento sobre Auditoría Externa Superintendencia de Compañías, R.O.879, de 11 de agosto de 2021.

¹⁰³ Artículo 318, LC.

¹⁰⁴ Artículo 324, LC.

¹⁰⁵ Artículo 318, LC.

¹⁰⁶ Artículo 431, LC.

¹⁰⁷ Artículo 431, LC.

verificaciones¹⁰⁸.

De lo enunciado se desprende que en nuestro ordenamiento, los socios o accionistas de una compañía podrían apoyarse en el órgano de control cuando sus derechos se ven afectados por actuaciones de los demás socios o administradores. Como primer ejemplo de lo mencionado, se puede observar la disposición del artículo 25 de la LC que permite a los socios solicitar la colaboración del la SCVS, para acceder a la información financiera¹⁰⁹. A través de este mecanismo los socios pueden pedir a la SCVS que ordene a la compañía entregar por medio de sus administradores la información solicitada¹¹⁰.

En la misma línea, se encuentra la disposición que prevé la posibilidad de que el 20 % del capital integrado solicite a la SCVS designar un perito para la comprobación de los documentos y balances presentados por el administrador de la sociedad¹¹¹. De esta disposición se desprende que los socios, además de poder solicitar el acceso a la información, pueden obtener ayuda de un externo para la verificación de la información entregada.

Por otro lado, con propósitos similares, se encuentra la figura de la intervención que es una medida administrativa que tiene la finalidad de designar un encargado para vigilar la marcha económica de la compañía¹¹². Vale resaltar que la procedencia de dicha medida se encuentra sujeta a la verificación de algunas causales enumeradas en la Ley¹¹³. Dentro de este trabajo se hace referencia únicamente a dos, esto es, aquellas causales que permiten activar el control con la presentación de una denuncia.

En cuanto a la primera causal, se debe analizar que esta prevé la posibilidad de que una minoría conformada por al menos el 10% del capital pueda solicitar la intervención en caso de que hayan sufrido o puedan sufrir un perjuicio por incumplimiento de la Ley, reglamentos o estatutos de la compañía¹¹⁴. Se debe recalcar que dicha causal exige que se precise “[...]las violaciones o incumplimiento de la Ley, sus reglamentos o el estatuto de la compañía que motiven el pedido y expresar las razones por las que tales hechos les ocasionan o pueden ocasionarles perjuicio”¹¹⁵.

¹⁰⁸ Artículo 432, LC.

¹⁰⁹ Artículo 25, LC.

¹¹⁰ Artículo 25, LC.

¹¹¹ Artículo 299, LC.

¹¹² Artículo 353, LC.

¹¹³ Artículo 354, LC.

¹¹⁴ Artículo 354, numeral 1, LC.

¹¹⁵ Artículo 354, numeral 1, LC.

Segundo, la siguiente causal de este análisis, hace referencia a la posibilidad de intervenir la compañía si se comprueba de oficio o por ‘denuncia de parte interesada’ “[...] que en la contabilidad de la compañía se han ocultado activos o pasivos o se ha incurrido en falsedades u otras irregularidades graves, y que estos hechos pudieren generar perjuicios para los socios, accionistas o terceros”¹¹⁶. Cabe expresar que la misma causal se menciona que en los casos de denuncia debe determinarse en esta “[...] con precisión las falsedades o irregularidades de la contabilidad, así como los perjuicios que se hubieren causado o pudieren causarse”¹¹⁷.

Tercero, la causal quinta prevé un reenvío normativo al artículo 432 de la misma Ley de Compañías¹¹⁸, la cual prevé la posibilidad de intervención en casos en los que se compruebe “violación a los derechos de los socios, contravenciones al contrato social y la ley”¹¹⁹. Se debe acotar que dicha norma prescribe la posibilidad de reportar los hallazgos provenientes de la denuncia a entidades encargadas del control de lavado de activos; sin embargo, se menciona que se deja a salvo las acciones de los socios o terceros, a que hubiere lugar para el cobro de las indemnizaciones correspondientes¹²⁰.

En cuanto a la denuncia, como mecanismo para activar el control de la SCVS, se debe decir que para su tramitación se cuenta con un procedimiento desarrollado en el Reglamento de Tramite de Denuncias de la Superintendencia de Compañías. Dicho reglamento contiene por ejemplo los requisitos de admisibilidad de la denuncia¹²¹.

También, dentro de dicha norma se establecen los requisitos que debe contener la denuncia entre los cuales consta que se deben plantear los fundamentos de hecho y de derecho en los que se basa la denuncia, que no pueden ser ajenos a los aspectos sujetos a la competencia de la SCVS¹²². Asimismo, parte de los requisitos es presentar la documentación de la cual dispongan los denunciantes¹²³.

Ahora bien, es importante precisar que el mentado reglamento menciona que para las cuestiones no previstas dentro de dicho cuerpo normativo y de manera supletoria, se aplica las disposiciones del COGEP¹²⁴. En cuanto esto, como se mencionó en el marco

¹¹⁶ Artículo 354, numeral 2, LC.

¹¹⁷ Artículo 354, numeral 2, LC.

¹¹⁸ Artículo 354, numeral 5, LC.

¹¹⁹ Artículo 432, inciso innumerado segundo, LC.

¹²⁰ Artículo 432, inciso innumerado segundo, LC.

¹²¹ Artículo 2, Resolución de la Superintendencia de Compañías No.6, R.O. Suplemento 205, de 16 de noviembre de 2020.

¹²² Artículo 3, Resolución de la Superintendencia de Compañías No.6..

¹²³ Artículo 4, Resolución de la Superintendencia de Compañías No.6.

¹²⁴ Artículo 15, Resolución de la Superintendencia de Compañías No.6.

normativo de este artículo, nuestro régimen procesal general prevé que la acreditación de las proposiciones fácticas corresponde a quien las afirma, salvo las excepciones previstas en la Ley.

Esto último, permite inferir que incluso para activar medidas administrativas como la denuncia societaria, propias nuestro ordenamiento para tutelar los derechos de los socios o accionistas minoritarios y, de alguna manera obtener información para una eventual demanda, son estos quienes deberían aportar los elementos que evidencien la irregularidad de las operaciones.

6.2.1. Inconveniencia de los mecanismos legales y las medidas administrativas del ente de control.

En cuanto a las posibles vías que tienen los accionistas minoritarios para conseguir elementos probatorios para determinar las irregularidades de las transacciones de quienes ostentan el control con sus relacionados, es importante precisar que no resultan completamente efectivos por las consideraciones que se proceden a explicar.

Como se ha visto, de acuerdo con la LC, el ente de control puede requerir que se presente documentación cómo estados financieros, informes, libros sociales, etc.¹²⁵. Sin embargo, en los casos en que los socios de control pudieran determinar que entregar dicha documentación resulta contrario a sus intereses, podrían existir incentivos para no acatar las resoluciones de la SCVS.

Bajo esta premisa, se debe considerar que de acuerdo a la LC la sanción para el incumplimiento de entrega de documentación sería -por regla general- la imposición de multas¹²⁶. Por otra parte, vale agregar que en el marco de la LC, se prevé que la SCVS podría en última instancia resolver liquidar la compañía como sanción por la falta de cumplimiento de las disposiciones emitidas por esta¹²⁷. Lo mismo sucedería para los casos en los que mediase una intervención y no se haya subsanado los motivos que la causaron¹²⁸.

Por lo analizado, es importante manifestar que la imposición de este tipo de sanciones puede no resultar adecuado, toda vez que las consecuencias de estas recaerían sobre uno de los sujetos afectados de las transacciones expropiatorias, la compañía¹²⁹. También, al no ser quienes incumplen los deberes los sancionados, no resulta

¹²⁵ Inciso tercero, artículo 25 y artículo 432, LC.

¹²⁶ Artículo 457, LC.

¹²⁷ Numeral 4, Artículo 377, LC.

¹²⁸ Numeral 6, artículo 377, LC.

¹²⁹ Ignacio Sanín Bernal, “Impugnación de las decisiones sociales”, 40-45.

completamente un mecanismo de disuasión para que estos entreguen la información solicitada y menos que se abstengan de realizar transacciones en perjuicio de la compañía y demás socios¹³⁰.

Igualmente, es menester señalar que -de manera indirecta- la sanción recaería sobre los socios que impugnan una determinada actuación¹³¹. En otras palabras, sancionar a la compañía por el incumplimiento de entregar información y documentación sería una doble afectación para los socios perjudicados por las actuaciones abusivas de quienes ostentan el control o la administración.

7. Revisión judicial de las transacciones abusivas de los administradores y socios de control con sus relacionados.

Para iniciar con este apartado del análisis, se debe mencionar que en el contexto de las transacciones -expropiatorias de activos sociales – de los socios o administradores con sus relacionados, el remedio de los efectos que se generen con dichas operaciones consiste en proceder a deshacer y revertir sus efectos¹³².

Según nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad sería aquella institución que permite deshacer los efectos un acto o contrato nulo y regresar a las partes al estado previo a la realización del mismo¹³³. Esto, en concordancia con la disposición de la LC que prescribe que la enajenación de activos en favor de un administrador o accionista en contravención a los procesos previstos en la Ley para proteger a los socios minoritarios adolece de nulidad relativa¹³⁴.

Ahora bien, es menester precisar que a pesar de haber mencionado *ut supra* que la SCVS puede actuar en ciertos casos para salvaguardar los derechos de los socios, este sería un supuesto excluido, ya que no son competencias atribuidas a este órgano ni por la Constitución o la Ley¹³⁵. Asimismo, hay que acotar que la declaratoria de nulidad de actos o contratos es una pretensión que se las puede resolver únicamente en sede judicial debido al reconocimiento del principio de unidad jurisdiccional en la Constitución¹³⁶.

¹³⁰ Ignacio Sanín Bernal, “Impugnación de las decisiones sociales”, 40-45.

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² Alessio Paces, “Procedural and Substantive Review of Related Party Transactions (RPTs): The Case for Non-Controlling Shareholder- Dependent (NCS-Dependent) Directors”, ECGI No.299/2018, (Mayo 2018): 5-6, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3167519> (traducción no oficial).

¹³³ Artículo 1704, Código Civil [CC], R.O.S.46, de 08 de julio de 2019.

¹³⁴ Artículo 261, literal h, LC.

¹³⁵ Artículo 226, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹³⁶ Artículos 178 y 188, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

En este contexto, se debe resaltar que el principio de unidad jurisdiccional tiene una implicación que limita la atribución de ejercer jurisdicción a otro órgano que no forme parte del poder judicial¹³⁷. Por consecuencia de aquello, en el supuesto de que se busque dejar sin efecto operaciones de los socios mayoritarios con sus relacionados, estos últimos deben acudir necesariamente ante los juzgados y tribunales dotados de competencia para resolver si la transacción amerita ser declarada nula.

Bajo esta premisa, se debe acotar que bajo el régimen de carga de la prueba actual¹³⁸, son los socios o accionistas minoritarios quienes tienen que aportar los elementos probatorios que conduzcan al convencimiento del juzgador que determinada resolución ha sido realizada en infracción a lo prescrito en la LC¹³⁹. Sin embargo, como se analizó *ut supra*, los mecanismos que existen en nuestro ordenamiento pueden no ser realmente efectivos para que los socios minoritarios obtengan toda la documentación que servirá como instrumento probatorio sobre las infracciones cometidas por los socios o accionistas de control y los administradores.

Adicionalmente, en este punto se debe mencionar que nuestra normativa procesal reconoce el acceso judicial a la prueba¹⁴⁰, lo cual, consiste en una facultad otorgada a las partes para solicitar el auxilio del órgano judicial en la obtención de pruebas de imposible acceso¹⁴¹. No obstante, se debe considerar que la solicitud de ‘auxilio judicial’ se la debe realizar con una fundamentación de imposibilidad de acceso y con la determinación de su ubicación para que el juez pueda ordenar su entrega¹⁴².

Por aquello, en el análisis planteado en este trabajo no se lo considera como un mecanismo efectivo, ya que sobre el acceso judicial a la prueba se ha mencionado que:

[...] se ha generado una suerte de práctica implícita dentro de la prueba de acceso, exigiéndose al solicitante de prueba, adjunte algún documento en el que se demuestre que se ha pretendido realizar la obtención de la prueba previo a la solicitud de acceso a la misma¹⁴³.

En la misma lo anterior, se ha enunciado que esta posibilidad de solicitar intervención judicial para obtener pruebas es bastante limitada en la práctica porque:

¹³⁷Jorge Zavala Egas, “La Unidad Jurisdiccional”. *Iuris Dictio* No.1, (Enero 2000): 21-23, <https://doi.org/10.18272/iu.v1i1.46>

¹³⁸ Artículo 169, COGEP.

¹³⁹ *Ver*, inciso segundo, artículo 261, LC.

¹⁴⁰ Artículo 142, numeral 8 y artículo 159, inciso innumerado tercero, COGEP.

¹⁴¹ Artículo 142, numeral 7, COGEP.

¹⁴² Artículo 142, numeral 7, COGEP.

¹⁴³ Marcia Flores, “Alcance de la libertad probatoria en el sistema oral por audiencias reconocido en el Código Orgánico General de Procesos.” Tesis (Maestría en Derecho Procesal UASB), (Quito 2018): 41-54, disponible en <http://hdl.handle.net/10644/6014>, (último acceso en 1 de noviembre del 2021).

[...] los operadores de justicia han creado su propio derecho y han impuesto una suerte de limitaciones al ejercicio oportuno del derecho a la libertad probatoria; específicamente, al atribuirse un filtro previo a la admisibilidad de la prueba contemplada dentro del COGEP, así como también, la exigencia de agregar una justificación de intento de obtención de prueba, para la solicitud de acceso de prueba¹⁴⁴.

Por estas consideraciones, este trabajo plantea que tal y cómo se ha analizado en Colombia¹⁴⁵, las cargas dinámicas de prueba en los litigios societarios pueden ser una solución a la existencia de las asimetrías informacionales derivadas de los problemas de agencia empresariales. Asimismo, que dichas reglas pueden ser aplicadas con una lógica de garantizar la tutela judicial efectiva en su dimensión de acceso a la justicia en el supuesto materia de análisis de este *paper*.

En relación con esto último, resulta coherente con las teorías y análisis planteados sostener que, son los socios mayoritarios y los administradores son quienes cuentan con mayor facilidad de probatoria. En virtud de que, son estos quienes cuentan de primera mano con los elementos para justificar que las transacciones han sido realizadas con estricto apego a los procedimientos de aprobación previstos en la Ley y; de la misma manera, probar que dichas operaciones se ajustan al principio de plena competencia¹⁴⁶ y no perjudican a la compañía y a los socios minoritarios.

Para culminar este desarrollo, cabe mencionar que actualmente existe un Proyecto de Ley presentado en la Asamblea; en el cual, de manera similar al planteamiento de este trabajo, reconoce la necesidad de incorporar un régimen de cargas dinámicas en materia societaria. Lo dicho, ya que se plantea en la exposición de motivos de este documento que esto podría ayudar a reducir las cargas procesales que se derivan de las asimetrías informacionales¹⁴⁷.

8. Conclusiones.

Para concluir, se debe afirmar que la pregunta de investigación fue contestada manera positivamente. Aquello, toda vez que se pudo determinar que los mecanismos contra mayoritarios con los que cuenta nuestra LC para obtener información y

¹⁴⁴ Flores, “Alcance a la libertad probatoria”, 41-54.

¹⁴⁵ Ver, Auto n° 800-6317, pág.10

¹⁴⁶ Ver, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE. Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Conducting Business in Weak Governance Zones. (París 2007), 47.

¹⁴⁷ Asamblea Nacional del Ecuador, “Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para el fomento del gobierno corporativo en las sociedades”. Presentado por el Asambleísta Daniel Noboa Azin, 19 de octubre de 2019, disponible en

<http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/4e67366b-0837-4f53-8b4a-809c74ba25bc/pp-ref-cias-410980-noboa.pdf> (último acceso en 01 de noviembre de 2021).

documentación, no resultan realmente efectivos por las consideraciones expuestas en el desarrollo de este trabajo.

En esta línea, se debe mencionar que se encontró que incluso los remedios procesales, no resultan realmente eficientes para proteger a los socios minoritarios de las transacciones expropiatorias de los socios de control -por aspectos de la práctica judicial ecuatoriana que escapan del análisis de este trabajo-.

A lo dicho se debe agregar que el contexto nacional en el ámbito societario permite inferir que nuestro sistema se presta para la verificación de transacciones abusivas que pueden resultar impunes. Lo dicho, dadas las características y la composición accionarial en las compañías ecuatorianas que coadyuvan a la verificación de este tipo de escenarios.

Sobre aquello, a partir de la teoría en materia probatoria y corporativa, se destaca que en contextos societarios cómo las transacciones con partes relacionadas de los socios o accionistas de control y los administradores, resulta necesario contar con reglas que faciliten el ejercicio de las acciones judiciales iniciados por los minoritarios.

Adicionalmente, de la experiencia de Estados como Delaware, Reino Unido y Colombia se pudo extraer que las legislaciones con más desarrollo en el derecho corporativo cuentan -en sus modelos de revisión judicial- con reglas dinámicas de prueba. Lo cual permite a los accionistas minoritarios, de una manera más efectiva, cuestionar los abusos de quienes ejercen el control en las compañías.

Por otra parte, se ha podido determinar que dentro de nuestro sistema, el esencial mecanismo de remediación para estas operaciones sería la declaratoria de nulidad. Y, es por esto que debe -necesariamente- acudir a procesos jurisdiccionales que requieren contar con reglas adecuadas para proteger a los accionistas minoritarios y garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva.

Es en virtud de estas consideraciones que, este *paper*, plantea que sería conveniente incorporar una regla de carga dinámica de prueba en nuestra LC dentro de la regulación de las transacciones con partes relacionadas. Pues como se ha expuesto, los problemas de agencia pueden generar a los socios o accionistas minoritarios, incluso en el ámbito procesal.

Finalmente, es importante reconocer que el presente trabajo tuvo limitaciones para el análisis, dado que el Ecuador no cuenta con mayor desarrollo jurisprudencial en materia societaria. Es por esto que el análisis sobre la implementación de un régimen de carga dinámica, en los términos hasta aquí revisados, tuvo que ser inminentemente

doctrinario, normativo e interpretativo como se expuso en la metodología . Entonces, el aporte esencial de esta investigación es poner sobre la mesa de discusión más elementos para un análisis integral *a posteriori* sobre de la necesidad de cambios en el sistema de *enforcement* societario ecuatoriano.