

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Análisis de las acciones derivadas como posible respuesta a  
problemas de agencia en el Ecuador**

**Emilie Alejandra Idrovo Gallardo**

**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: Emilie Alejandra Idrovo Gallardo

Código: 00203080

Cédula de identidad: 1719387225

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## UNPUBLISHED DOCUMENT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>.

# ANÁLISIS DE LAS ACCIONES DERIVADAS COMO POSIBLE RESPUESTA A PROBLEMAS DE AGENCIA EN EL ECUADOR<sup>1</sup>

## ANALYSIS OF THE DERIVATE ACTIONS AS A POSSIBLE ANSWER TO AGENCY PROBLEMS IN ECUADOR

Emilie Alejandra Idrovo Gallardo<sup>2</sup>  
emilieidrovo@gmail.com

### RESUMEN

Las acciones derivadas representan un mecanismo paliativo para los problemas de agencia en la relación mayoritario-minoritario. No obstante, en el Ecuador, el empleo de esta figura corre el riesgo de ser indebidamente encausada por la falta de adecuación del sistema jurídico aplicable. Ante este escenario, se plantea la siguiente incógnita: ¿En qué medida las acciones derivadas contenidas en el artículo 272 de la Ley de Compañías responden al problema de agencia con respecto a los socios o accionistas minoritarios? A lo largo del ensayo, se evidencia como las acciones derivadas deberían responder a los fundamentos del Derecho societario para lograr mitigar los problemas de agencia y superar los costos de agencia. Se concluye que el diseño jurídico actual no es óptimo para superar esta problemática, ya que se limita su empleo a mínimos accionariales, el alcance de responsabilidad social es insuficiente y no se observa un control de demandas 'fraudulentas'.

### PALABRAS CLAVE

Problemas de agencia, minoritarios, acciones derivadas, acciones sociales, compañías.

### ABSTRACT

*The derivative actions suggest a palliative mechanism for the agency problems in the majority-minority relationship. In Ecuador, the insertion of this figure into the corporate system leads to some obstacles. In this scenario, its adequacy to protect the minority shareholders. Consequently, the following question arises: To what extent do the derivative actions, contained in article 272 of the Companies Law, respond to the agency problem concerning the minority shareholders? Throughout the development of the essay, it is shown how derivative actions should acknowledge the fundamentals of Corporate Law, mitigate agency problems, and overcome agency costs. In conclusion, the current legal design is not optimal to overcome this problem in the discussion. The utility of derivate actions is limited to a minimum percentage of shareholding, the scope of social responsibility is insufficient, and there is no control of 'fraudulent' claims.*

### KEYWORDS

*Agency problems, minority, derivate actions, corporate actions, companies.*

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> © 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.

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

## SUMARIO

**1. INTRODUCCIÓN. - 2. MARCO NORMATIVO. - 3. REVISIÓN DE LA LITERATURA. - 4. MARCO TEÓRICO. - 5. IDONEIDAD DE LAS ACCIONES DERIVADAS EN RELACIÓN CON LOS SOCIOS O ACCIONISTAS MINORITARIOS. - 6. LIMITACIONES DEL ALCANCE DE RESPONSABILIDAD EN CONTRA DE LOS SUJETOS PASIVOS. - 7. CONSIDERACIONES ESPECIALES SOBRE EL LITIGIO INICIADO POR ACCIONES DERIVADAS. - 8. RECOMENDACIONES. - 9. CONCLUSIONES.**

### **1. Introducción.**

Uno de los principales objetivos del Derecho societario es la mitigación de problemas de agencia<sup>3</sup>. El sistema societario en Ecuador, así como en el resto de los sistemas societarios iberoamericanos, se caracteriza por la existencia de un patrón de concentración de capital<sup>4</sup>. A diferencia de las compañías que cotizan sus acciones en bolsa de mercados públicos desarrollados –como en Estados Unidos y el Reino Unido, por ejemplo<sup>5</sup>– en los sistemas societarios latinoamericanos, salvo contadas excepciones, no suele existir gran dispersión en la propiedad de los títulos representativos de capital de las compañías<sup>6</sup>.

Las sociedades constituidas bajo estos parámetros resultan en el posicionamiento de los mayoritarios como dominantes frente a los socios o accionistas minoritarios. A este espectro se lo ha reconocido como los conflictos de agencia entre los socios o accionistas de mayoría y los asociados minoritarios<sup>7</sup>. Al conectar este concepto con la disparidad accionarial como tendencia nacional, se desprende que el mencionado problema de agencia es el principal a ser zanjado en el Ecuador.

---

<sup>3</sup> John Armour, Henry Hansmann y Reinier Kraakman, *Agency Problems and Legal Strategies*. En: John Armour et al, *The Anatomy of Corporate Law*, Ed. 3era, 2017, 57.

<sup>4</sup> Ver, White Paper on Corporate Governance in Latin America, Reporte, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, [OCDE], 2003.

<sup>5</sup> Paúl Noboa, La Implementación de las Acciones Derivadas en Ecuador, (blog) (Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, 2021), Disponible en <https://www.derechoyfinanzas.org/la-implementacion-de-las-acciones-derivadas-en-ecuador/>, último acceso 24 de octubre de 2021.

<sup>6</sup> Paúl Noboa Velasco, “Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano”, *Instituto Iberoamericano De Derechos y Finanzas, Working Paper Series 5/2020* (2020), Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3513599>, último acceso 24 de octubre de 2021.

<sup>7</sup> Aurelio Gurrea-Martínez, “New Agency Problems, New Legal Rules: Rethinking Takeover Regulation in the US and Europe, Instituto Iberoamericano De Derechos y Finanzas”, *Instituto Iberoamericano De Derechos y Finanzas, Working Paper Series 3/2016* (2019), Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2766208>, último acceso 24 de octubre de 2021.

En diciembre de 2020, se introdujeron en el país las acciones derivadas mediante la Ley de Modernización a la Ley de Compañías. En el artículo 272 de la Ley de Compañías se encuentran las disposiciones correspondientes a las acciones mencionadas<sup>8</sup>. Estas pueden ser interpuestas por los accionistas minoritarios de forma subsidiaria, es decir, ante la inacción de la persona designada por la junta general para entablarlas o, incluso en ciertos casos –como el ejercicio de las acciones sociales de responsabilidad en contra de los administradores por infracción a su deber de lealtad– sin necesidad de la aprobación de una junta general o consentimiento de algún otro tipo.

A pesar de que esta regulación pretende otorgar más atribuciones a esta clase de socios o accionistas, aún queda en tela de duda si las acciones derivadas comprenden una solución integral a los problemas de agencia entre asociados minoritarios y mayoritarios. Por esta razón, el presente trabajo pretende responder a la siguiente incógnita: ¿En qué medida las acciones derivadas contenidas en el artículo 272 de la Ley de Compañías responden al problema de agencia con respecto a los socios o accionistas minoritarios?

En la actualidad, las compañías se enfrentan al reto de mantener el ritmo de sus operaciones con la misma rapidez en la que el mundo se transforma<sup>9</sup>. En tal virtud, se requiere que los principales en la relación de agencia mayoritario-minoritario tengan a su alcance herramientas jurídicas eficientes, de manera que sus conflictos sean resueltos sin ocasionar graves perjuicios a los asuntos internos de la compañía<sup>10</sup>. Por esta razón, se requiere un estudio jurídico minucioso acerca de las acciones derivadas, para establecer si este mecanismo es el adecuado para la protección de los socios o accionistas minoritarios, dentro del marco normativo ecuatoriano.

Primero, para enfrentar esta problemática, se realizará un avistamiento a las normas jurídicas que regulan al régimen de las acciones derivadas a nivel nacional. Luego, se revisará la literatura aportada por la academia y las distintas teorías, con el objetivo de abstraer las opiniones de los trabajos más significativos sobre el tema. Posteriormente a este contexto, se argumentará entorno a la idoneidad de los articulados, el alcance de responsabilidad y los retos que enfrenta la aplicación de las acciones derivadas; y, finalmente se concluirá con la resolución del problema planteado.

---

<sup>8</sup> Artículo 272, Ley de Compañías del Ecuador, R. O. 312 de 05 de noviembre de 1999, reformado por última vez el 10 de diciembre de 2020.

<sup>9</sup> Rafael Oliveros Lara, “Poder, representación y mandato”. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* (2017), Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5040/13.pdf>, último acceso 24 de octubre de 2021.

<sup>10</sup> Francisco Villamizar, *Análisis Económico del Derecho Societario*, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012) 65-73.

La guía metodológica responderá al uso de la hermenéutica para dirigir la presente investigación. A más de las manifestaciones textuales del Derecho, este estudio requiere de una interpretación holística que acuda a elementos pragmáticos y cercanos a la realidad social<sup>11</sup>. Por esta razón, se analizará el actual panorama societario, como un hecho empírico, y su relación con el ajuste de las normas jurídicas. Con esto, se obtendrá una visión concreta sobre la respuesta del ordenamiento jurídico frente a los problemas de agencia, como manifestación de las conductas del campo societario.

En segundo plano, la metodología también será dirigida por un estudio comparado-comparativo. Por medio del cual se examinarán las posiciones de distintos autores y experiencias internacionales, dada la limitada bibliografía ecuatoriana disponible por tratarse de una reforma relativamente reciente.

## **2. Marco normativo.**

Las acciones derivadas representan una inserción novicia en el Derecho societario ecuatoriano, lo que ha impedido la extensión de su regulación a normas distintas a la Ley de Compañías. En consecuencia, su desarrollo normativo se despliega de forma exclusiva en esta Ley, mediante articulados que permiten encausar los efectos jurídicos necesarios.

El artículo 272 es la principal base jurídica que concentra a las acciones derivadas en el ordenamiento ecuatoriano. Este apartado dispone que la acción podrá ser interpuesta en contra de los administradores, miembros de los consejos de vigilancia o directorios<sup>12</sup>. Para esto, debe existir un acuerdo previo por parte de la junta general para que se litigue en nombre de la compañía<sup>13</sup>.

El cuarto inciso del artículo 272 dicta la posibilidad de que los accionistas que representen un mínimo del cinco por ciento del capital social, ya sea de forma conjunta o individual, entablen la acción social de responsabilidad a nombre y en defensa del interés de la compañía<sup>14</sup>. Más adelante, se detalla que los accionistas anteriormente calificados podrán interponer esta acción social, sin aprobación de la junta general, cuando ésta se encuentre fundada en la infracción del deber de lealtad<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Jorge Witker, "Hacia una investigación jurídica integrativa". *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2008, 943-964.

<sup>12</sup> Artículo 272, Ley de Compañías.

<sup>13</sup> Artículo 272, Ley de Compañías.

<sup>14</sup> Artículo 272, Ley de Compañías.

<sup>15</sup> Artículo 272, Ley de Compañías.

De la misma forma, es meritorio recalcar que el artículo 221 es explícito cuando establece que todo acuerdo que pretenda restringir los derechos atribuidos a las minorías adolecerá de nulidad<sup>16</sup>. Aún más, la Ley prescribe como derecho fundamental de los accionistas la facultad de impugnar, bajo ciertas circunstancias, las resoluciones de la junta general<sup>17</sup>.

Por lo que se refiere al deber de lealtad, el artículo 262.1 prescribe que los administradores deberán ejecutar sus funciones con la lealtad de un fiel representante, actuar en el mejor interés de la compañía y de buena fe<sup>18</sup>. El deber de lealtad a su vez despliega una serie de obligaciones para el administrador recogidas en este artículo<sup>19</sup>. El artículo 263 detalla demás responsabilidades para los administradores<sup>20</sup>, así también el artículo 256 sobre responsabilidades por las que éstos responderán solidariamente<sup>21</sup>.

Otro punto por resaltar es el régimen aplicable a las Sociedades por Acciones Simplificadas, SAS. El artículo innumerado sobre el abuso del derecho de voto dispone que el accionista que abuse de sus derechos con respecto a lo que se haya adoptado en asamblea, responderá por los daños originados<sup>22</sup>. Por otra parte, el artículo innumerado sobre la responsabilidad del representante legal indica que la persona, aunque no sea el representante legal de la sociedad, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, será igualmente responsables que los representantes legalmente designados<sup>23</sup>.

Con el fin de estudiar las sanciones en contra de los litigios sin fundamento social, el régimen ordinario procesal del Ecuador contiene disposiciones aplicables a este tipo de hipótesis. Así, el artículo 284 del Código Orgánico General de Procesos, COGEP, dicta que la persona que litigue de forma abusiva, maliciosa, temeraria o con deslealtad será condenada en costas<sup>24</sup>.

### **3. Revisión de la literatura.**

Una vez aclarada la normativa aplicable, es meritorio mencionar la posición de la academia sobre las acciones derivadas como solución a este conflicto. Gurrea-Martínez

---

<sup>16</sup> Artículo 221, Ley de Compañías.

<sup>17</sup> Ver, Artículo 207, Ley de Compañías.

<sup>18</sup> Artículo 262.1, Ley de Compañías.

<sup>19</sup> Ver, Artículo 262.1, Ley de Compañías.

<sup>20</sup> Ver, Artículo 263, Ley de Compañías.

<sup>21</sup> Artículo 256, Ley de Compañías.

<sup>22</sup> Artículo innumerado, Abuso del derecho de voto, Ley de Compañías.

<sup>23</sup> Artículo innumerado, Responsabilidad del representante legal, Ley de Compañías.

<sup>24</sup> Artículo 284, Código Orgánico General de Procesos del Ecuador, [COGEP], R.O. Suplemento 506 de 22 mayo 2015, reformado por última vez el 23 de febrero de 2021.

menciona que resultaría deseable que las futuras reformas a la legislación ecuatoriana implanten una nueva línea de derechos –como el derecho de los socios o accionistas minoritarios a encausar un litigio en contra de los administradores– con dirección a responsabilizarlos por los menoscabos causados, sin solicitar el permiso de la asamblea general<sup>25</sup>.

Así, las acciones derivadas ponen a disposición de los socios no controladores la facilidad de acceso a mecanismos legales, en consideración al grado de indefensión frente a los acuerdos mayoritarios. Aún más, el Proyecto de reforma al régimen societario de Colombia sugiere que, para la protección a los socios o accionistas minoritarios, la fórmula más eficaz es mediante el mecanismo procesal que comprende la acción derivada<sup>26</sup>.

A través de este procedimiento, las demandas sobre responsabilidad en contra de los administradores podrán ser interpuestas sin la necesidad de que un órgano social lo apruebe. En este sentido, el problema de agencia podría ser resuelto, ya que se diversifica la estructura de poderes entre los socios o accionistas e intenta reparar los intereses disímiles o contradictorios entre los accionistas<sup>27</sup>.

Con respecto a la experiencia de las legislaciones europeas, Martin Gelter indica que la probabilidad de que se entablen demandas en nombre de la compañía, por parte de la junta general en contra de uno de sus miembros, es limitada<sup>28</sup>. En tal virtud, se requiere de una válvula de seguridad que permita a cualquier socio o accionista redirigir a la compañía y llevarla a un litigio.

De acuerdo con los argumentos esgrimidos por Gelter, el litigio de accionistas representa beneficios por cuanto es un mecanismo de aplicación de sanciones a los agentes cuando exista una infracción en contra de los deberes de cuidado, lealtad o buena fe; dado que, sin esta herramienta procesal, los agentes tendrían pocas razones para

---

<sup>25</sup> Aurelio Gurrea-Martínez et al., “Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador (Proposal for the Improvement and Modernization of Corporate Law in Ecuador)”, SSRN (2019), Disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3383861](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3383861), último acceso 11 de noviembre de 2021.

<sup>26</sup> Proyecto de reforma al régimen societario de Colombia, Superintendencia de Sociedades, 2015.

<sup>27</sup> Martin Gelter, “Mapping Types of Shareholder Lawsuits Across Jurisdictions”, Fordham Law Legal Studies”, *ECGI - Law Working Paper 363/2017* (2018), Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3011444>, último acceso 27 de octubre de 2021.

<sup>28</sup> Martin Gelter, “Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?”, *Brooklyn Journal of International Law*, 37, 3 (2012), Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2000814> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2000814>, último acceso 24 de octubre de 2021.

cumplir con estos deberes<sup>29</sup>. Sin duda, las acciones dirigidas de forma derivada permiten no sólo construir un marco de protección con respecto a los socios o accionistas con menor participación social, sino también conlleva a la conducción de mejoras en la práctica corporativa<sup>30</sup>.

A pesar de la evidencia internacional que existe sobre los logros que representa insertar las acciones derivadas en el aparato judicial, se deben tomar ciertas precauciones para su debida aplicación y eventual mitigación de los problemas de agencia. En el caso ecuatoriano, éste no ha sido sujeto de mayor estudio debido a su reciente implementación. A pesar de esto, dentro del ámbito ecuatoriano, Paúl Noboa ha realizado algunas sugerencias como la eliminación de los porcentajes de propiedad accionarial, exigidos actualmente por la Ley de Compañías<sup>31</sup>.

Estas acciones en particular han revolucionado el contexto sobre el que la Ley de Compañías confrontaba las complicaciones entre los sujetos societarios en cuestión. No obstante, la actual construcción normativa y ausencia de regulación ante supuesto de abuso del derecho por parte los socios o accionistas minoritarios, suponen retos que el legislativo aún no ha considerado al momento de incorporarlas en el sistema jurídico<sup>32</sup>.

#### **4. Marco teórico.**

Para llegar a comprender el alcance de las acciones derivadas como fuente de mitigación de los problemas de agencia, se requiere de un estudio sobre las principales doctrinas que han realizado un acercamiento a este tópico.

Como se ha mencionado, las vicisitudes que surgen tras la consecución de objetivos entre el principal y el agente, dentro de la marcha operacional de una compañía, pueden ser explicadas en el mundo jurídico mediante los problemas de agencia. De acuerdo con Francisco Reyes Villamizar, este término genérico tiene lugar cuando el bienestar del mandante depende de las acciones adelantadas por el mandatario<sup>33</sup>. En principio, se distinguen tres problemas de agencia: 1) conflictos entre los socios y accionistas con los administradores; 2) conflictos entre los socios o accionistas de

---

<sup>29</sup> Martin Gelter, “Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?”.

<sup>30</sup> Aurelio Gurrea-Martínez et al., “Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador (Proposal for the Improvement and Modernization of Corporate Law in Ecuador)”.

<sup>31</sup> Paúl Noboa, La Implementación de las Acciones Derivadas en Ecuador.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Francisco Villamizar, *Análisis Económico del Derecho Societario*, 68-70.

mayoría y los asociados minoritarios; 3) conflictos entre la compañía y terceros interesados.

En consideración a los datos recopilados por el reporte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, las compañías latinoamericanas se caracterizan por tener un alto grado de concentración de la propiedad accionarial<sup>34</sup>. El control familiar continúa siendo el modelo por el cual la mayoría de las pequeñas y medianas compañías se manejan, lo que conduce a un desbalance en el capital social y su aglutinación entre estos grupos familiares<sup>35</sup>.

En el Ecuador, existe un alto porcentaje de empresas registradas en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, SCVS, que cuentan con una estructura de tipo familiar<sup>36</sup>, por lo que el panorama corporativo nacional también sigue la tendencia de poseer compañías con un capital social concentrado. Es por esta razón que se ha optado por el segundo problema de agencia como el primordial a ser resuelto, puesto que la consecuencia inmediata de un patrón de capital concentrado es el conflicto de interés entre los socios con mayor y menor propiedad accionarial<sup>37</sup>.

A razón de las disconformidades entre quienes mantienen el control de las acciones y las partes no controladoras, las perspectivas de solución que pueda dar el Derecho societario pueden variar respecto a los sujetos que merecen resguardo legal. Por un lado, existe un enfoque que se preocupa por resolver las divergencias y sus efectos entre los mismos socios o accionistas<sup>38</sup>. Mientras que existen otras jurisdicciones que apelan por legislaturas encargadas de un enfoque hacia las partes interesadas<sup>39</sup>.

El debate sobre qué postura se debe adoptar, usualmente se concentra en la que tenga más éxito al momento de minimizar los efectos colaterales que los conflictos societarios puedan ocasionar sobre la marcha operacional, y cuál resulta en mayores beneficios para el devenir de la compañía<sup>40</sup>. Esta problemática puede encontrar su punto de quiebre cuando se atiende a ciertos conceptos de la economía empresarial.

---

<sup>34</sup> White Paper on Corporate Governance in Latin America, 8.

<sup>35</sup> Ver, Francisco Villamizar, *Análisis Económico del Derecho Societario*, 37-42.

<sup>36</sup> Segundo Camino-Mogrol y Natalia Bermudez-Barrezueta, “Las Empresas Familiares en el Ecuador: Definición y aplicación metodológica”, *X-Pedientes Económicos 2* (2018), 48.

<sup>37</sup> Aurelio Gurrea-Martínez et al., “Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador (Proposal for the Improvement and Modernization of Corporate Law in Ecuador)”.

<sup>38</sup> Ver, Martin Gelter, Taming or Protecting the Modern Corporation? Shareholder-Stakeholder Debates in a Comparative Light, NYU J. L. & Bus., 2011, Disponible en [https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty\\_scholarship/899](https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/899)

<sup>39</sup> Martin Gelter, Taming or Protecting the Modern Corporation? Shareholder-Stakeholder Debates in a Comparative Light.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

Uno de ellos, son los costos de agencia que resultan de las relaciones entre los agentes y el principal. Cuando las gestiones encomendadas no han sido ejecutadas satisfactoriamente, la compañía comienza a incurrir en esta tipología de costos<sup>41</sup>. Estos podrían ocasionar varias erosiones en el interés de la compañía, por cuanto aumentan las asimetrías informacionales y el nivel de oportunismo en la ejecución de las labores, lo que llevaría a un declive financiero<sup>42</sup>.

Una línea argumentativa explica que mantener una tendencia de protección dirigida a resolver cuestiones suscitadas entre los socios o accionistas reduce los costos de agencia, por cuanto son ellos los que tienen mayores incentivos para controlar a los administradores, y otros grupos de interés que maximicen el valor de la firma<sup>43</sup>. Desde una visión pragmática, la primacía de los socios o accionistas frente a las partes interesadas se debe a relativa facilidad de manejar a sus agentes operativos y hacerlos responsables frente a sus actuaciones<sup>44</sup>.

Esto resulta en un objetivo multifacético, mientras los socios o accionistas reconozcan que las partes interesadas son un engranaje necesario en la gestión de tareas, se incorpora su bienestar dentro de los fines sociales por alcanzar<sup>45</sup>. Por consiguiente, procurar mitigar los problemas entre socios o accionistas concluye en reducir los costos de agencia y optimizar los incentivos dirigidos a las partes interesadas<sup>46</sup>.

Sin embargo, hay quienes creen que el Derecho societario no sólo debe preocuparse por las relaciones entre socios o accionistas, sino también por ‘empoderar’ a otros sujetos partícipes como los gerentes, empleados, etcétera<sup>47</sup>. El auge del estudio financiero sobre las organizaciones empresariales ha creado teorías institucionales que abogan por la defensa del *status quo*, tras la distorsión en los grados inusuales de poder gerencial<sup>48</sup>. De modo que la defensa de las partes interesadas tiene un punto a su favor,

---

<sup>41</sup> Francisco Reyes Villamizar, *Análisis Económico del Derecho Societario*.

<sup>42</sup> Martin Gelter, “Mapping Types of Shareholder Lawsuits Across Jurisdictions”.

<sup>43</sup> Henry Hansmann y Reinier Kraakman, “The End of History for Corporate Law, Harvard Law School”, *Discussion Paper 280* (2000), ISSN 1045-6333.

<sup>44</sup> Lucian A Bebchuk y Roberto Tallarita, “The Illusory Promise of Stakeholder Governance”, *Harvard Law School John M. Olin Center Discussion Paper 1052* (2020), Disponible en <https://ssrn.com/abstract=>, ultimo acceso 11 de noviembre de 2021.

<sup>45</sup> Jennifer Hill, “The Rising Tension Between Shareholder and Director Power in the Common Law World”, *ECGI LAW 152/2010*, 3 (2010), Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1582258>, ultimo acceso 12 de noviembre de 2021.

<sup>46</sup> Francisco Reyes Villamizar, *Análisis Económico del Derecho Societario*, 73-75.

<sup>47</sup> Martin Gelter, Taming or Protecting the Modern Corporation? Shareholder-Stakeholder Debates in a Comparative Light.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

por cuanto están involucradas en los bloques de manejo corporativo y la conveniente inversión en un sector de gran influencia para la compañía.

No basta tan sólo con considerar elementos como los costos de agencia, sino también estudiar el tipo de organización empresarial que promulga el escenario sobre el que se impondrán las medidas legislativas. Así, las políticas societarias deben estar directamente relacionadas con la realidad empresarial. De acuerdo con los datos vistos anteriormente, el escenario ecuatoriano se caracteriza por tener una estructura de capital concentrado, con un efecto desproporcional en la cantidad de acciones sobre las que cada miembro es acreedor<sup>49</sup>. En tal virtud, se concluye que la posición más apropiada para solucionar el problema de agencia planteado es mantener un enfoque concentrado en resguardar los intereses de los socios o accionistas.

En esta misma línea de pensamiento, se puede decir que, en el caso del Ecuador, el problema de agencia concierne a los socios o accionistas que condensan el poder de la sociedad mediante el número de títulos representativos de capital, y cómo se relaciona este factor con los socios o accionistas de menor participación en el capital de la compañía. Por lo tanto, tiene sentido que el fin último sea aplicar mecanismos legales dirigidos a solventar problemas entre los mismos socios o accionistas, en lugar de vigilar los intereses de las partes interesadas cuando esto se aleja del ámbito a abordar.

Bajo la concepción del resguardo de los intereses de los socios o accionistas, como objetivo de esta rama del Derecho, surgen medidas como las llamadas acciones derivadas. Ante una situación de desprotección, los socios o accionistas requieren de opciones jurídicas para hacer valer sus derechos, frente al incumplimiento de las obligaciones encomendadas a uno de sus agentes<sup>50</sup>. Como consecuencia, las acciones derivadas nacen como una ruta procedimental, diseñada para otorgar facultades a sus beneficiarios y blindar el marco de derechos societarios<sup>51</sup>.

Dichas acciones se relacionan con el control corporativo, es decir, con las medidas que se toman en nombre de los socios o accionistas para corregir las desavenencias entre el control ejercido por la administración y por los asociados<sup>52</sup>. En pocas palabras, son una

---

<sup>49</sup> Segundo Camino-Mogrol y Natalia Bermudez-Barrezueta, “Las Empresas Familiares en el Ecuador: Definición y aplicación metodológica”.

<sup>50</sup> Marco Ventoruzzo et al, *Comparative Corporate Law (American Casebook Series)* (Minnesota: West Academic Publishing, 2015).

<sup>51</sup> Arad Reisberg, *Derivate Actions and Corporate Governance*, (Nueva York: Oxford University Press, 2007), 15-21.

<sup>52</sup> Michael C. Jensen y William H. Meckling, “Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure”, *Journal of Financial Economics* 3 (1976), Disponible en [https://doi.org/10.1016/0304-405X\(76\)90026-X](https://doi.org/10.1016/0304-405X(76)90026-X), ultimo acceso 28 de octubre de 2021.

técnica de responsabilidad interpuesta por los socios o accionistas en contra de sus mandatarios.

Para algunos autores, estas acciones representan una pretensión más dentro de un formato de litigio<sup>53</sup>. No obstante, este proceso contiene una diversidad de aristas e impactos sobre las relaciones societarias. La visión tradicionalista establece que la regla lógica para entablar una acción es por medio de quien tiene un interés legítimo<sup>54</sup>. De modo que para responsabilizar a quien ha actuado en contra de los intereses de la compañía es a través de la propia compañía, como el único demandante adecuado para demandar<sup>55</sup>. A sabiendas de que una persona jurídica debe ser representada por un sujeto capaz, el uso de la acción derivada estará a discreción de sus socios o accionistas, aunque sea a instancias de un asociado individual.

Esta posición puede ser controvertida por cuanto no se toma en cuenta ciertas barreras prácticas<sup>56</sup>. Primero, este punto explica por qué se permiten las acciones derivadas, pero no con qué propósito están diseñadas. Segundo, sólo estima la necesidad de su empleo para reivindicar los derechos de una compañía, aunque a veces los socios o accionistas rara vez inicien acciones derivadas y pueda resultar en un litigio inviable.

En consecuencia, se prefiere tomar un punto de vista que atienda a los requerimientos en torno al tipo de organización de las compañías. De forma que las acciones derivadas se configuren como una herramienta integral que aborde la mitigación de los costos de agencia y los conflictos emanados por sociedad de capital concentrado.

## **5. Idoneidad de las acciones derivadas en relación con los socios o accionistas minoritarios.**

### **5.1. Mecanismos internos vs. Mecanismos externos.**

Cada sociedad tiene sus propios recursos contractuales para intervenir en la gestión de sus operaciones, los cuales se manifiestan mediante controles directos, como decisiones de junta general o demás estipulaciones dentro de los estatutos sociales<sup>57</sup>. La ejecución de los mecanismos internos pone a prueba la defensa de derechos de los socios o accionistas, puesto que no basta con su mera expresión sino también con la necesidad

---

<sup>53</sup> Arad Reisberg, *Derivate Actions and Corporate Governance*.

<sup>54</sup> *Ibidem*, 143-147.

<sup>55</sup> *Ibidem*, 201-209.

<sup>56</sup> American Law Institute, "Principles of Corporate Governance and Structure: Analysis and Recommendations", (1982).

<sup>57</sup> Henry Hansmann y Reinier Kraakman, "The End of History for Corporate Law".

de materializarlos<sup>58</sup>. El principal derecho en juego es el de voto, como facultad fundamental tras su condición de socios o accionistas<sup>59</sup>.

Antes de cualquier tipo de litigio, se presume que los asociados pueden expresar su voluntad dentro de la junta general para decidir sobre cualquier materia de su interés<sup>60</sup>. A pesar de esta facultad trascendental dentro del gobierno corporativo, se estima la posibilidad de que los socios o accionistas no siempre actúen en el mejor interés de la compañía, ya sea al no asistir a las asambleas o ejercer su voto de forma oportunista<sup>61</sup>. Este último aspecto puede ser aún más perjudicial cuando existan socios minoritarios que no tienen la misma influencia que los mayoritarios.

En este sentido, se podría afirmar que los mecanismos internos no siempre son efectivos al momento de resolver las disputas entre los socios o accionistas. Frente a este panorama, se deben proponer métodos subsidiarios que tomen su lugar y suplan la defensa de los derechos de los asociados. Por tal razón, las acciones sociales de responsabilidad representan una salida externa que permite apaciguar los defectos en los protocolos internos de la compañía.

Con base a las limitaciones de los métodos internos, el alcance de las acciones derivadas no sólo los suple como un refugio legal para los socios o accionistas, sino también podría consolidar las políticas de un correcto gobierno corporativo<sup>62</sup>. Una de las hipótesis establece que las acciones sociales de responsabilidad en contra de los administradores deben ser aprobadas por la junta general. Sin embargo, por las razones que fueren, existe la probabilidad que los socios o accionistas voten en contra de encausar un litigio<sup>63</sup>. Para resolverlo, uno de los socios o accionistas podría eventualmente litigar en nombre de la compañía sin requerir la aprobación de esta última, mediante las acciones derivadas.<sup>64</sup>

La aptitud de las acciones derivadas para confrontar problemas de agencia frente a los mecanismos internos podría ser superior cuando se visualicen estructuras de capital social concentrado. Las asambleas generales agrupan una serie de brechas accionariales, las mismas que se traducen en un retroceso al momento de tomar decisiones. Aún más,

---

<sup>58</sup> Martin Gelter, “Dark Side of Shareholder Influence: Managerial Autonomy and Stakeholder Orientation in Comparative Corporate Governance”, *Harvard International Law Journal* 50 (2009).

<sup>59</sup> Henry Hansmann y Reinier Kraakman, *The End of History for Corporate Law*.

<sup>60</sup> Arad Reisberg, *Derivate Actions and Corporate Governance*.

<sup>61</sup> Martin Gelter, “Dark Side of Shareholder Influence: Managerial Autonomy and Stakeholder Orientation in Comparative Corporate Governance”.

<sup>62</sup> Arad Reisberg, *Derivate Actions and Corporate Governance*, 72-83.

<sup>63</sup> Paúl Noboa, “La Implementación de las Acciones Derivadas en Ecuador”.

<sup>64</sup> Arad Reisberg, *Derivate Actions and Corporate Governance*.

quienes representen a un porcentaje minoritario, rara vez podrán imponer su derecho de voto<sup>65</sup>. Mientras que las acciones derivadas responden a esta inquietud y permiten resguardar a los minoritarios frente a la actuación de los mayoritarios.

## **5.2. Umbrales de protección de las acciones derivadas.**

Primero, se requiere analizar a los sujetos beneficiarios de esta acción. Si bien es cierto que los socios o accionistas minoritarios son los principales beneficiarios, se debe promover un diseño óptimo para que estos tengan acceso eficiente al sistema legal. Con respecto a la disuasión de irregularidades entre socios o accionistas y la compensación del daño, entra en discusión cuáles son las características que deben poseer los socios o accionistas para considerarse beneficiarios y hacer uso de la acción derivada.

Por un lado, la Ley de Compañías del Ecuador menciona únicamente que los accionistas deberán al menos ser propietarios de un porcentaje mínimo de acciones<sup>66</sup>. La problemática de esta regulación es el posible perjuicio generado en contra de la protección legal, proporcionada a los sujetos cuya posición se encuentra en desventaja dentro del entorno societario. En términos prácticos, cualquiera sea la razón, no siempre y no todos los socios o accionistas desean iniciar un juicio, inclusive si esto aumentará su bienestar dentro de la compañía. Para contrarrestar esta situación, ampliar la cobertura de las acciones derivadas puede llevar a incluir a un mayor espectro de asociados que tengan el interés legítimo de entablar una acción en el nombre de la compañía.

Cuando se imponen máximos y mínimos, es posible disgregar a potenciales actores que aprovecharán la acción derivada como una expresión del interés corporativo<sup>67</sup>. En consideración a que la reducida calidad de actuación de los minoritarios en la compañía no es ideal imponer medidas que continúen segregando a este grupo, y ahora limiten su capacidad legal<sup>68</sup>. De modo que es de vital importancia revisar los parámetros requeridos para optar por este mecanismo, puesto que el propósito es otorgar medidas de protección a este sector. En caso de mantener este tipo de regulación, se perdería el sentido de las acciones derivadas y por ende su uso caería en detrimento.

Intuitivamente, los umbrales mínimos atienden a la relación proporcional entre la cantidad de acciones que tienen los socios o accionistas y su nivel de interés en la

---

<sup>65</sup> Shanthi Rachagan, “Agency Costs in Controlled Companies”, *Singapore Journal of Legal Studies* (2006), 264- 284.

<sup>66</sup> Artículo 272, Ley de Compañías.

<sup>67</sup> Martin Gelter, “Mapping Types of Shareholder Lawsuits Across Jurisdictions”.

<sup>68</sup> Michael C. Jensen y William H. Meckling, “Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure”.

compañía<sup>69</sup>. De modo que entre menos acciones posean, menor será la preocupación por el bienestar de la compañía en su conjunto. En este supuesto, los objetivos personales primarán por sobre los colectivos y causarán demandas socialmente no deseables<sup>70</sup>. No obstante, afirmaciones como estas derivan en meras especulaciones sobre circunstancias generalizadas, dado que la apatía en los asuntos corporativos no siempre es consecuencia directa del número acciones que los socios poseen.

La disminución o eliminación de porcentajes accionariales para iniciar una acción derivada, podría representar riesgos para la misma compañía. Uno de ellos podría ser la presentación abusiva y desmedida de demandas por parte de cualquier accionista<sup>71</sup>. Toda vez que existen menores limitaciones para acceder a un litigio societario, los accionistas podrían tergiversar esta herramienta y entorpecer el curso de las operaciones de la compañía. No obstante, las normas procesales ecuatorianas se adelantan a estos escenarios y establecen que quien litigare de forma abusiva, maliciosa, temeraria o con deslealtad asumirá los gastos judiciales<sup>72</sup>.

Las puntualizaciones antedichas dejan saber que existen medidas paliativas disponibles frente a escenarios desventajosos, como las demandas sin fundamento interpuestas por cualquier clase de accionista o socio. Por lo tanto, reducir el porcentaje actualmente requerido no necesariamente se traduce en una invitación para que en toda ocasión se inicien litigios en nombre de la compañía. Además de los costos de inversión, se debe pensar cuál es la verdadera razón por la que un socio o accionista minoritario quisiera entablar un litigio, cuando actualmente está en desventaja ante toda la junta y podría deteriorar más situación, en lugar de fortalecerla.

En definitiva, no es necesario mantener porcentajes excluyentes de una gran variedad de propietarios accionariales, sino prestar más atención a los incentivos de los socios o accionistas minoritarios para demandar en nombre de la compañía. De acuerdo con la experiencia coreana, es preferible revisar a nivel nacional cuáles son los porcentajes mínimos más usuales y utilizar esos números como referencia para crear un umbral de actuación<sup>73</sup>. A partir de lo estudiado, se puede afirmar la viabilidad de eliminar o reducir los porcentajes que dan acceso al planteamiento de esta herramienta.

---

<sup>69</sup> Shanthy Rachagan, “Agency Costs in Controlled Companies”.

<sup>70</sup> Arad Reisberg, *Derivate Actions and Corporate Governance*.

<sup>71</sup> Jennifer Hill, “The Rising Tension Between Shareholder and Director Power in the Common Law World”.

<sup>72</sup> *Ver*, Artículo 284, COGEP.

<sup>73</sup> Martin Gelter, “Mapping Types of Shareholder Lawsuits Across Jurisdictions”.

## **6. Limitaciones del alcance de responsabilidad en contra de los sujetos pasivos.**

La condición de administrador y de socio o accionista habilitado para votar en la junta general son dos cualidades no excluyentes, pero claramente definidas. Las principales características que distinguen al uno del otro son los conceptos de ‘propiedad’ y ‘control’<sup>74</sup>. Mientras que los socios son propietarios de los valores del capital social, los administradores son los gestores de los accionistas para organizar a la compañía. En este sentido, la supervivencia de estas personas jurídicas depende en gran parte del desempeño de los administradores. Debido a la carga de responsabilidad, es razonable pensar en la necesidad de mecanismos jurídicos que permitan encausar la correcta ejecución de sus labores.

De acuerdo con lo visto anteriormente, la Ley de Compañías ecuatoriana determina que las funciones de los administradores serán ejecutadas como un fiel representante<sup>75</sup>. La existencia de este modelo de conducta y demás normas regulatorias, proporcionan las bases para que los socios o accionistas fundamenten su demanda, en contra de las actuaciones que causen menoscabos a la compañía. Hasta este punto, no se visibiliza mayor complejidad para atender asuntos de responsabilidad en contra de los administradores.

El punto neurálgico de discusión sobre este apartado surge cuando se ocasionan perjuicios a la compañía, mediante la ejecución de gestiones positivas, sin haber sido nombrado legalmente como administrador. Como se ha mencionado, las acciones derivadas permiten que los socios o accionistas minoritarios entablen demandas sin tener el consentimiento de la junta general. Sin embargo, el artículo 272 se refiere únicamente a la figura de los administradores, como los demandados en el ejercicio de la acción social de responsabilidad<sup>76</sup>. Por lo que los minoritarios se verán condicionados a entablar sus demandas tan sólo en contra de quienes ostenten esta categoría.

A pesar de que el artículo 272 no irradia múltiples tipos de administradores hacia todas las especies de sociedades, se debe resaltar una excepción con respecto al tratamiento jurídico de las SAS dentro de la Ley de Compañías del Ecuador.

---

<sup>74</sup> Eugene Fama y Michael C. Jensen, “Separation of Ownership and Control”, *The Journal of Law & Economics* 26, 2 (1983), 301–325. <http://www.jstor.org/stable/725104>.

<sup>75</sup> Artículo 262.1, Ley de Compañías.

<sup>76</sup> Artículo 272, Ley de Compañías.

Efectivamente, el artículo innumerado sobre responsabilidad del representante legal se contrapone a este género en singular, a través de la mención del régimen de administradores de hecho y ocultos<sup>77</sup>.

Empero, este artículo regula situaciones particulares correspondientes a las SAS, puesto que está contenido dirigido exclusivamente a normar a estas sociedades. Por lo tanto, las sociedades tradicionales caen por fuera de la aplicación de estas figuras administrativas y continuarían operando en ausencia de regulación aplicable a estos sujetos. De modo que esta sección estudiará el alcance de responsabilidad de las acciones derivadas, dentro del marco regulatorio atribuible a las sociedades tradicionales en el Ecuador.

### **6.1. Administradores de hecho.**

Generalmente, en sociedades de capital concentrado, los socios o accionistas controladores sirven a su vez como administradores dentro de la compañía<sup>78</sup>. En búsqueda de que el Derecho societario mitigue los conflictos en las relaciones entre los propietarios accionariales, es necesario ampliar la gama de posibilidades beligerantes y resguardar a accionistas o socios no controladores ante escenarios de desprotección<sup>79</sup>. Una de ellas se refiere a que los mayoritarios u otros miembros realicen gestiones administrativas para la compañía, aunque no sean identificados como administradores.

En el complejo mundo del manejo de una compañía, pueden existir sujetos que actúen como administradores sin tener un reconocimiento legal para hacerlo<sup>80</sup>. A este fenómeno se lo conoce, dentro de otras legislaciones y en la doctrina, como administradores de hecho<sup>81</sup>. La Ley 31/2014 de Colombia define al administrador de hecho como la persona que desempeña las funciones de un administrador sin poseer un título legalmente reconocido<sup>82</sup>. A diferencia del ordenamiento jurídico colombiano, la ley ecuatoriana ha limitado este concepto al régimen de las SAS.

La problemática de no reconocer a los administradores de hecho –de manera categórica en la normativa de las sociedades tradicionales– resulta en la obstaculización

---

<sup>77</sup> Ver, Artículo innumerado, Responsabilidad del representante legal, Ley de Compañías.

<sup>78</sup> Martin Gelter, “Mapping Types of Shareholder Lawsuits Across Jurisdictions”, p 7.

<sup>79</sup> Jennifer Hill, “The Rising Tension Between Shareholder and Director Power in the Common Law World”, 4-7.

<sup>80</sup> Chris Noonan y Susan Watson, “The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?”, *Journal of Business Law* (2006).

<sup>81</sup> Mark L. Cross, Wallace N. Davidson y John H. Thornton, “The Impact of Directors and Officers’ Liability Suits on Firm Value”, *The Journal of Risk and Insurance* 56, 1 (1989),128–136, <https://doi.org/10.2307/253020>.

<sup>82</sup> Ley 31/2014 de Colombia, R. O. de 24 de diciembre de 2014.

del régimen de responsabilidad societaria. Dado el cúmulo de las operaciones diarias de una compañía, puede que la ejecución de las labores no sean las óptimas y devenga en el incumplimiento de obligaciones administrativas<sup>83</sup>. Bajo la hipótesis de que se trate administradores de hecho quienes hayan realizado dichas actuaciones, el régimen aplicable de responsabilidad es oscuro. Esto se debe a que no se trata de un administrador como tal, aunque sus tareas hayan sido consumadas bajo esta figura.

La creación de este limbo jurídico afecta directamente al alcance de responsabilidad de las acciones derivadas. Al encontrarse ante un supuesto en el que la actividad de gestión provoque efectos negativos sobre los intereses de la compañía, los accionistas o socios minoritarios podrían acudir, de forma exclusiva, a las acciones derivadas cuando la persona que ha realizado estas actuaciones sea reconocida efectivamente como un administrador<sup>84</sup>. Por consiguiente, y con la excepción aplicable en el ámbito de las sociedades por acciones simplificadas, el incumplimiento de obligaciones administrativas no podría extenderse hacia los administradores de hecho, ya que no son los sujetos pasivos de estas obligaciones.

A pesar de que existen tanto mecanismos internos como también acciones sociales para enfrentar situaciones que perjudiquen a la compañía, se debe considerar que no se podría imputar responsabilidad por el inapropiado desempeño de la administración cuando el sujeto que las realice no es un administrador<sup>85</sup>. De forma que el actual régimen de responsabilidad ecuatoriano, salvo la excepción mencionada anteriormente, no sería suficiente para el resarcimiento al que, en principio, la compañía sería acreedora.

Bajo estos hechos, los socios o accionistas minoritarios encuentran nuevas trabas en la interposición de acciones derivadas. Cuando las partes controladoras gestionan directa y efectivamente sobre materias reservadas para los administradores, y sin ostentar el mandato legal, ellos podrían convertirse en administradores de hecho<sup>86</sup>. La situación de conflicto surge cuando no es posible activar los mecanismos de solución previstos y

---

<sup>83</sup> María Pino, Víctor Armero Osorio y Camilo Cubillos, “El Administrador de Hecho -SAS- frente al Director Oculto”, *Revista e-Mercatoria* 9 (2010), Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1646982>, último acceso 24 de octubre de 2021.

<sup>84</sup> William Hernández Martínez, “Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 14 (2012), 241-288.

<sup>85</sup> María Pino, Víctor Armero Osorio y Camilo Cubillos, El Administrador de Hecho -SAS- frente al Director Oculto.

<sup>86</sup> William Hernández Martínez, “Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada”.

los socios controladores impiden la concreción de medidas de responsabilidad en su contra, ya que por fuerza de mayoría se imposibilita que la junta general las apruebe<sup>87</sup>.

En este sentido, los acreedores sociales minoritarios no podrían iniciar un litigio fundado en el modelo actual de las acciones derivadas, por cuanto la Ley de Compañías del Ecuador es determinante cuando especifica que la acción social de responsabilidad será entablada en contra de los administradores<sup>88</sup>. A causa de que no existe otra categoría jurídica que defina o extienda sus efectos a los administradores de hecho, no sería posible imputar responsabilidad social cuando estos no son reconocidos dentro de la relación jurídica como sujetos pasivos de la obligación<sup>89</sup>.

## **6.2. Administradores ocultos.**

Además de los administradores de hecho, existe otra especie de administradores conocidos como *shadow directors* o administradores ocultos. En el Reino Unido, el *Companies Act* del 2006 establece que los administradores ocultos son aquellas personas cuyas instrucciones son habitualmente acatadas por quienes son administradores de la sociedad, sin que el mero asesoramiento forme parte de esta categoría<sup>90</sup>. De modo que los administradores ocultos podrán realizar actividades positivas de gestión, atribuidas por sujetos legitimados dentro de la compañía. De nuevo, este concepto es relevante debido a la discusión normativa de responsabilidad que se pretenda imputar a través de las acciones derivadas.

La figura de los administradores ocultos corre la misma suerte que los administradores de hecho, en tanto no forma parte de la normativa de las sociedades tradicionales. Su exclusión deja varios escenarios abiertos, en donde las personas que actúen como tales puedan liberarse de responsabilidades sociales. Sin embargo, esto no quiere decir que el régimen de responsabilidad subjetiva aplicable a los administradores de hecho pueda replicarse a los administradores ocultos<sup>91</sup>. Sobre este punto, se precisa de un estudio dirigido a las demás partes inmersas en el marco de ejecución de diligencias, por cuanto quien las realizan no son los administradores ocultos *per se*.

---

<sup>87</sup> Ferrando Puyol Martínez, *La exoneración de responsabilidad de los administradores de sociedades por intervención de la junta general*, tomo II (Madrid: Marcial Pons, 2007), 1021-1028.

<sup>88</sup> Artículo 272, Ley de Compañías.

<sup>89</sup> Antagónicamente, dentro de las SAS, la responsabilidad social podrá ser imputada a los administradores de hecho mediante la presentación de acciones derivadas. Esto en concordancia al artículo innumerado de responsabilidad del representante legal.

<sup>90</sup> 251, Companies Act, Chapter 46, 2006.

<sup>91</sup> Martin Gelter, *Dark Side of Shareholder Influence: Managerial Autonomy and Stakeholder Orientation in Comparative Corporate Governance*.

Una distinción importante entre los administradores de hecho y ocultos es la capacidad que poseen estos últimos de manejar las decisiones que se toman por parte de la junta general<sup>92</sup>. Si bien este tipo de administrador no está posicionado legalmente para realizar actividades positivas de gestión, el control que ejerce sobre el manejo y dirección de la compañía será significativo<sup>93</sup>. Es por lo que se precisa de un marco jurídico preciso que delimite la imputabilidad de responsabilidad ante situaciones de ruptura obligacional<sup>94</sup>.

En principio, si un administrador incumple con sus obligaciones, quien responderá a la compañía será el mismo administrador. En primer lugar, la razón de esta afirmación se debe al nombramiento legal que posee esta persona para ejecutar sus funciones. Posterior a este hecho, se fijan claramente las obligaciones que engloba su cargo. A simples rasgos, esta es la forma mediante la cual se restringe la responsabilidad de un administrador en general. Por el contrario, es incierto hasta que punto un administrador oculto puede ser responsable socialmente, por cuanto no existen cargas administrativas propiamente delegadas.

En este orden de ideas, la responsabilidad de los administradores ocultos podría quedar supeditada a mecanismos internos contenidos en el estatuto social u otras medidas judiciales que persigan la responsabilidad del sujeto en cuestión. Sobre esta ulterior alternativa, la conducta que se desea reprochar no se podría fundamentar en las obligaciones de un administrador por cuanto no constituye como tal<sup>95</sup>. Podrían considerarse demandas de laborales o de daños y perjuicios, pero su persecución social podría verse frustrada, ya que las obligaciones que presenta con la compañía se encuentran en un área gris<sup>96</sup>. En consecuencia, esto minimiza la oportunidad de que un accionista minoritario impulse una acción social en contra de actos no previstos.

Evidentemente, las estipulaciones legales dirigidas hacia los administradores ocultos son necesarias para definir la zona en la cual serán responsables, y en que escenarios deberán o no responder a la compañía por sus actos. Por una parte, entra en discusión la esfera obligacional en la que se encuentran estos administradores, ya que

---

<sup>92</sup> Chris Noonan y Susan Watson, *The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?*

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> Martin Gelter, "Dark Side of Shareholder Influence: Managerial Autonomy and Stakeholder Orientation in Comparative Corporate Governance", 26-32.

<sup>95</sup> Simon Witney, "Duties owed by shadow directors: closing in on the puppet masters?", *Journal of Business Law* 4 (2016), 311-324, ISSN 0021-9460.

<sup>96</sup> Chris Noonan y Susan Watson, "The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?".

propiamente no existe un vínculo jurídico que permita atribuir responsabilidad por las gestiones sociales ejecutadas<sup>97</sup>. Y por el otro, se evidencia la ineludible responsabilidad que recae en los administradores regulares de manejar y controlar las gestiones que le corresponden, pero que el administrador oculto las ha supervisado en su lugar<sup>98</sup>.

De acuerdo con estas premisas, la mayor dificultad será imputar responsabilidad social a quien, en teoría, no habría faltado a ninguna obligación social. Como se mencionó en un anterior apartado, la normativa ecuatoriana dirigida a las compañías tradicionalistas, las prohibiciones y obligaciones de los administradores han sido restringidos a esta única figura, sin lugar a adjudicar sus mandamientos a categorías administrativas distintas. Por tal motivo, las instrucciones encomendadas por los administradores ocultos, que resulten en detrimento de la compañía, serán calificadas dentro de la esfera de responsabilidad del administrador a cargo<sup>99</sup>.

En atención a la incertidumbre que enfrentan los socios para exigir el resarcimiento, en beneficio de la compañía, frente a gestiones del administrador oculto, se reafirma la necesidad de abordar tal problemática mediante medidas judiciales. En tal virtud, se precisa de una legislatura que suministre a los socios o accionistas el ejercicio de control sobre los actos de los administradores ocultos<sup>100</sup>. De esta forma, se incluiría a estos sujetos dentro de los criterios de responsabilidad general de los administradores, para finalmente eliminar escenarios en los que la compañía deba soportar gestiones dañosas que superen los rangos obligacionales previstos para ciertos mandatarios.

Además de las delimitaciones y distinciones que deben considerarse para responsabilizar a los administradores ocultos, el uso de esta figura por parte de los socios o accionistas controladores podrían prolongar los problemas de agencia en desmedro de los minoritarios. Con especial atención a las transacciones corporativas de gran relevancia –como fusiones, adquisiciones o venta de activos– las partes controladoras podrían involucrarse en las operaciones de gestión y estar íntimamente envueltos en las actividades de los administradores<sup>101</sup>. Episodios como estos podrían afectar el correcto

---

<sup>97</sup> Lucian Bebchuk y Assaf Hamdani, “Independent Directors and Controlling Shareholders”.

<sup>98</sup> Simon Witney, “Duties owed by shadow directors: closing in on the puppet masters?”.

<sup>99</sup> Frederick Dwight, “Liability of Corporate Directors”, *The Yale Law Journal* 17 (1907), 33–42, Disponible en <https://doi.org/10.2307/785836>, último acceso 14 de noviembre de 2021.

<sup>100</sup> Chris Noonan y Susan Watson, “The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?”.

<sup>101</sup> María Pino, Víctor Armero Osorio y Camilo Cubillos, “El Administrador de Hecho -SAS- frente al Director Oculto”.

funcionamiento de la compañía y la consecución de los intereses comunes de la junta general.

El estándar de protección proporcionada por las acciones derivadas hacia los socios o accionistas minoritarios no permite que estos impongan alguna acción social en contra de sus actuaciones por sí solos. Por lo tanto, se estaría a la espera de que los miembros de la junta general voten a favor de alguna medida punitiva. Aunque ésta sea una solución viable, las probabilidades de que un socio controlador, que a su vez esté catalogado como administrador oculto, se sume a las sanciones impuestas en su contra, son muy poco factibles<sup>102</sup>.

Toda vez que el alcance de responsabilidad subjetiva de las acciones derivadas no prevé a los administradores ocultos, esta herramienta jurídica tampoco estaría disponible para los minoritarios pertenecientes a una compañía de carácter tradicional. Pese a que existen otras medidas como el inicio de una acción por daños y perjuicios en contra del socio o accionista que acometió las actuaciones gravosas, estas estarán dirigidas a proteger derechos personales con respecto a la relación jurídica como individuos, mas no actuaría en representación de la compañía durante el juicio<sup>103</sup>. Entonces, quien será acreedor de la reparación, no es la compañía sino el demandante como sujeto desvinculado de la compañía.

Finalmente, se puede afirmar que existe cierto grado de riesgo al que se deben enfrentar los socios o accionistas minoritarios, debido a las restricciones en el alcance subjetivo de responsabilidad de las acciones derivadas. La falta de reconocimiento legislativo de los administradores de hecho y ocultos en las compañías tradicionales dificulta la imposición de ciertas categorías jurídicas, como el modelo de conducta de un fiel representante y las obligaciones que desemboca el deber de lealtad.

Sobre esta misma línea de discusión, se ha visto que el juicio y decisiones de las sociedades con capital concentrado pueden estar dirigidas por los beneficios privados de quienes manejan la mayoría accionarial<sup>104</sup>. La unión de este hecho y omisiones jurídicas como las tratadas en este apartado, dan como resultado que los asociados minoritarios se encuentren inhabilitados para frenar actuaciones gravosas provocadas por los administradores de hecho u ocultos en detrimento de la compañía<sup>105</sup>. Problemas prácticos

---

<sup>102</sup>Reiner Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law: A comparative and Functional Approach* (Oxford Scholarship Online, 2017), DOI:10.1093/acprof:oso/9780198739630.001.0001.

<sup>103</sup> Arad Reisberg, *Derivate Actions and Corporate Governance*.

<sup>104</sup> Francisco Villamizar, *Análisis Económico del Derecho Societario*.

<sup>105</sup> Reiner Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law: A comparative and Functional Approach*.

como estos alarman la aplicación de las acciones derivadas como salvaguarda de los derechos de los accionistas o socios de minoría.

## **7. Consideraciones especiales sobre el litigio iniciado por acciones derivadas.**

Dentro del litigio corporativo, las acciones derivadas comprenden algunas peculiaridades al momento de perseguir la pretensión. A saber, cuando la compañía se ve perjudicada por la conducta ilícita, por medio de esta acción, los socios o accionistas pueden reclamar la compensación correspondiente en contra del o los sujetos responsables. Este reclamo es ‘derivado’, ya que, de nuevo, la facultad para demandar que corresponde a la compañía, será alternativamente de los socios o accionistas para interponerla bajo sus propios derechos, pero en nombre de la compañía<sup>106</sup>.

### **7.1. Tratamiento del proceso iniciado por acciones derivadas.**

Ahora bien, de acuerdo con algunas investigaciones, se ha demostrado que las demandas de responsabilidad en contra de los administradores de las compañías provocan un impacto negativo en el valor de la firma<sup>107</sup>. Las principales razones apuntan a la reducción del flujo de fondos, incremento de costos que asumen los socios o accionistas y las especulaciones sobre el rumbo de la compañía<sup>108</sup>. En vista de los contratiempos generados por el inicio de demandas de esta clase, los filtros por los que debe pasar una demanda iniciada por acciones derivadas deberían precisar cierto nivel de rigidez, en miras de descartar litigios que desemboquen en perjuicio del ejercicio de las operaciones de la compañía<sup>109</sup>.

Por lo antedicho, las acciones derivadas deberán ser encausadas dentro de ciertos límites y direccionadas a la protección integral de la misma compañía. El juicio que se proponga en su nombre deberá ser impulsado de forma cautelosa, con el objeto de que los asuntos corporativos no se vean comprometidos en gran medida. De lo contrario, una demanda que involucre de alguna manera a la compañía presentaría más riesgos de someterse a una serie de impactos no precisamente positivos para su marcha operacional.

Después de haber estudiado el impacto corporativo de los juicios societarios infundados, se propone el examen de la admisión y tratamiento del litigio por acción

---

<sup>106</sup> Ch. 204, Prudential Assurance Co. Ltd. v Newman Industries Ltd. and Others, 1984.

<sup>107</sup> Ver, Mark L. Cross, Wallace N. Davidson y John H. Thornton, “The Impact of Directors and Officers’ Liability Suits on Firm Value”.

<sup>108</sup> *Ibidem*, 17.

<sup>109</sup> Arad Reisberg, *Derivative Actions and Corporate Governance*, 191.

derivada. Primero, se debe recordar que la búsqueda de reparación de la sociedad no siempre está en la agenda de todos los asociados, por cuanto sus incentivos e intereses son divergentes. Esto permite que tanto las minorías como mayorías incurran en posibles empleos inadecuados de las acciones derivadas<sup>110</sup>.

Bajo estas consideraciones, existen litigios que pueden presentar notables índices de riesgo para la compañía, como es el caso de las demandas ‘fraudulentas’. Éstas se presentan cuando los propietarios no controladores las interponen con el objetivo de obtener una indemnización personal, y no de forma exclusiva para compensar a la compañía<sup>111</sup>. Con este contexto en mente, los jueces ostentarían la delicada tarea de realizar una suerte de control previo para admitir demandas debidamente fundamentadas<sup>112</sup>.

Con relación a la problemática expuesta, la jurisprudencia de la Mancomunidad de Naciones ha mencionado que la esencia de las acciones derivadas se origina en la necesidad de prevenir un mal sin reparación<sup>113</sup>. En principio, los socios deberían considerar otro tipo de mecanismos de solución de conflictos, en lugar de la interposición de una acción por responsabilidad social<sup>114</sup>. Esto con el propósito de evadir riesgos sobre el valor de la firma, los litigios podrían ser considerados como una alternativa excepcional y con un grado de intervención judicial meticulosa.

Entorno a la presentación de la demanda, el caso *Foss v Harbottle* establece dos presupuestos no concurrentes para invocar la acción derivada: primero, el tribunal intervendrá si el asunto no puede ser solventado mediante los procedimientos internos previstos por los estatutos; segundo, el derecho a reivindicar un daño cometido contra la compañía está en manos de la misma compañía<sup>115</sup>. El objetivo de lineamientos como estos es remediar los efectos causados por la omisión de actos que la junta general pudo tomar para salvaguardar la correcta articulación de las funciones corporativas.

En jurisdicciones como la británica, los tribunales han requerido a la parte actora probar que el sujeto que realizó el acto en desmedro de la compañía figura como sujeto de control en la junta general<sup>116</sup>. Visto que, dentro de juntas generales con capital social

---

<sup>110</sup>Marco Ventoruzzo et al, *Comparative Corporate Law (American Casebook Series)*.

<sup>111</sup>Martin Gelter, ‘Taming or Protecting the Modern Corporation? Shareholder-Stakeholder Debates in a Comparative Light’.

<sup>112</sup>Arad Reisberg, *Derivate Actions and Corporate Governance*.

<sup>113</sup>Ch 114, *Smith v. Croft*, 1988.

<sup>114</sup>Wedderburn Charlton, ‘Control of Corporate Actions’, *The Modern Law Review* 52, 3 (1989), <http://www.jstor.org/stable/1096311>.

<sup>115</sup>*Foss v Harbottle*, Court of Chancery, 1843.

<sup>116</sup>*Russell v Wakefield Waterworks*, 1875.

concentrado, existirán mayores problemas para reflejar los votos disidentes, es decir, los de minoría frente a la mayoría a quien se pretende demandar<sup>117</sup>. Es lógico pensar que no habrá mayor impedimento para que la junta general exprese su voto cuando no se trate de una acción social en contra de un socio de control, ya que el peso de las participaciones accionariales estará en armonía al descartar a quien ejerce presión dentro de las votaciones<sup>118</sup>.

Las consideraciones mencionadas, y entre otras, son relevantes en cuanto previenen juicios innecesarios y desgastantes. A pesar de los ideales que profesen estas guías jurisprudenciales, la estructura judicial que envuelve a las acciones derivadas en el Ecuador, todavía no representa un marco jurídico apropiado para conducir el buen empleo de este mecanismo por parte de los accionistas minoritarios.

Tanto la Ley de Compañías como la normativa general de procesos contienen articulados base para la conducción de las acciones derivadas, sin embargo, parecería ser que las hipótesis relacionadas con las demandas ‘fraudulentas’ quedan por fuera de la actual cobertura legislativa<sup>119</sup>. Como un remedio tentativo, el Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para el fomento del Gobierno Corporativo en las Sociedades contempla lo siguiente:

[...] el juez podrá ordenar que el demandante reembolse total o parcialmente los gastos de defensa de los demandados cuando encuentre que el proceso fue iniciado o tramitado sin una justificación razonable [...]<sup>120</sup>.

En caso de aprobación legislativa, este apartado serviría como una medida de disuasión de los litigios malintencionados.

Asimismo, este conflicto podría promover la corrosión de la posición de los minoritarios frente a los mayoritarios, y el eventual aumento de costos de agencia. Se debe considerar que la decisión de demandar tiene relación directa con las ganancias que se pueden obtener derivadas de estas actuaciones. Por una parte, se encuentra el ámbito de los beneficios y reparaciones que la compañía conseguiría; por otra, las consideraciones individuales por las cuales los socios o accionistas estarían actuando en nombre de su representada.

---

<sup>117</sup> Marco Ventoruzzo et al, *Comparative Corporate Law (American Casebook Series)*.

<sup>118</sup> Reiner Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law: A comparative and Functional Approach*.

<sup>119</sup> Arad Reisberg, *Derivate Actions and Corporate Governance*.

<sup>120</sup> Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para el fomento del Gobierno Corporativo en las Sociedades, Asamblea Nacional, 2021.

Al momento en que los socios o accionistas que representen una minoría dentro del capital social tengan por objetivo la obtención de beneficios particulares, comienza una paradoja en su contra<sup>121</sup>. En la que búsqueda de mayores utilidades, su posición que actualmente se considera desventajosa, podría alcanzar puntos de declive aún más perjudiciales. Al respecto, se debe tener presente que las acciones derivadas deben ser entabladas en defensa de los intereses de la compañía, y no en procura de los intereses individuales de los socios o accionistas minoritarios que hayan demandado.

Aún si el Derecho societario proponga medidas entorno a la reducción de la brecha accionarial, los socios minoritarios podrían entablar demandas rodeadas de incentivos contrapuestos al bienestar de ésta. El hecho de que la acción derivada no se dirija a aliviar las consecuencias de las obligaciones incumplidas, permite la proliferación de incentivos incompatibles entre los principales y agentes<sup>122</sup>. Esto a razón de los esfuerzos y el tiempo que requiere un proceso judicial como repercusión en contra del nombre de la compañía<sup>123</sup>.

Con el fin de apaciguar estas secuelas, se requiere la ampliación del sistema de vigilancia sobre esta clase de asuntos. Por lo que el Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para el fomento del Gobierno Corporativo plantea que:

Artículo 272.7: Reembolso de gastos de defensa. - [...] la sociedad no estará obligada, en ningún caso, a pagar tales gastos ni a indemnizar al administrador cuando éste hubiere actuado de manera dolosa o de mala fe o hubiere recibido cualquier beneficio económico indebido<sup>124</sup>.

Con esta clase de articulados, se busca compensar los costos incurridos por la compañía incurrir y trasladarlos hacia los demandantes.

Apartados como estos incluyen medidas de prevención que no sólo apunten a la adecuada revisión del tribunal que conozcan la causa, sino también a sanciones pecuniarias por deslealtad en sus actuaciones. La oposición de usar recursos sociales para financiar los gastos procesales del demandado atenúa los impactos que sobrevengan sobre la compañía. No obstante, mientras no se incluyan tales disposiciones, la compañía

---

<sup>121</sup>Martin Gelter, Taming or Protecting the Modern Corporation? Shareholder-Stakeholder Debates in a Comparative Light.

<sup>122</sup>Richard A. Booth, "Direct and Derivative Claims in Securities Fraud Litigation", *Villanova Law/Public Policy Research Paper 2009-11* (2009), Disponible en <https://ssrn.com/abstract=1398935>, ultimo acceso 14 de noviembre de 2021.

<sup>123</sup>Marco Venturuzzo et al, *Comparative Corporate Law (American Casebook Series)*.

<sup>124</sup>Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para el fomento del Gobierno Corporativo en las Sociedades, 43.

continuará asumiendo injustificadamente gastos directos e indirectos como efecto de los litigios discrecionales.

## **7.2. Sanciones sobre litigios infundados.**

A propósito de los subtítulos anteriores, la reducción de porcentajes accionariales como requisito para entablar una acción derivada podría llevar a litigios numerosos y contraproducentes. El Proyecto de Ley de Reforma al Régimen General de Sociedades de Colombia propone ciertas medidas de control para lidiar con esta problemática. Este documento oficial propone que los jueces ordenen, además del pago de costas procesales e indemnización por perjuicios, la imposición de multas en contra de las demandas ilegítimas<sup>125</sup>.

Tales tipos de penalidades tendrán por objetivo desalentar a aquellos socios o accionistas que pretendan demandar con motivos distintos a la defensa de la compañía. A pesar del fin preventivo, es igualmente meritorio considerar la estructura y modelo jurídico que se debería consagrar para su correcta aplicación. El Proyecto citado propone que el juzgador, dentro de los límites de su sana crítica y las consideraciones del caso, sancione con multas de hasta el diez por ciento del patrimonio social<sup>126</sup>.

Las sanciones en contra de los demandantes que opten por el uso oportunista de las acciones derivadas también implican un diseño jurídico óptimo. Los puntos sobre los cuales se disponga el monto a cancelar por concepto de multas deberán ser proporcional a los perjuicios ocasionados. Los lineamientos sobre la posible construcción de los articulados que impongan estas medidas podrían o no fundarse en los porcentajes detallados en la normativa colombiana. Sin embargo, es preciso estudiar la realidad societaria del país y evaluar cuán eficiente sería la orden judicial que obligue al actor el pago de multas con valores que asciendan a la décima parte del capital social.

De este modo, la compensación monetaria del demandante hacia la compañía o administrador, según corresponda, representará una serie de beneficios y limitaciones. A primera vista, el cobro de la deuda servirá como reparación a los gastos por los que se tuvo en incurrir para confrontar el litigio<sup>127</sup>. Sin embargo, el cálculo de la reparación

---

<sup>125</sup> Proyecto de Ley de Reforma al Régimen General de Sociedades, Proyecto de ley, Superintendencia de Sociedades de Colombia, 2021, Disponible en <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2021/Proyecto-Ley-Reforma-Regimen-Societario.aspx>, último acceso el 24 de octubre de 2021.

<sup>126</sup> Proyecto de Ley de Reforma al Régimen General de Sociedades de Colombia, 53.

<sup>127</sup> Arad Reisberg, *Derivate Actions and Corporate Governance*.

continúa representado un reto en cuanto a la definición de la cobertura de los costos operacionales, por cuanto no es lo mismo reparar a un socio que a la compañía.

Algunos estudios empíricos realizados en los Estados Unidos han demostrado que los valores monetarios que ingresan a causa de acciones derivadas son insignificantes<sup>128</sup>. Los gastos en recursos judiciales, tiempo invertido y desaceleración en las funciones societarias son solo algunos factores que podrían o no encajar en los fundamentos de la indemnización correspondiente<sup>129</sup>. Por tal razón, se requiere de métodos disuasorios de litigios innecesarios que sean audaces para prevenir requerimientos judiciales que interrumpan la marcha operacional.

En los casos en que las acciones derivadas sean aceptadas y probadas temerarias, la revisión *ex post* para la declaratoria de multas tendrá que definir los límites en que los que la actuación del demandante ha ocasionado gravámenes. En medio del curso del proceso, habrá situaciones en la compañía que se vean afectadas por la demanda, ya sea la conclusión de contratos o proyectos internos que no hayan podido ser concluidos. En este sentido la compensación no podrá ser calificada para todo el conjunto de actuaciones que lleve la compañía. Empero, el juzgador deberá ordenar sanciones conducentes a un alivio tangible y debidamente motivado.

En definitiva, la falta de medidas legislativas que moldeen el uso y buenas prácticas de las acciones derivadas son condescendientes con la persistencia de efectos colaterales negativos, en cuanto se refiere al adecuado funcionamiento de las operaciones corporativas. Por lo tanto, al estudiar el panorama vigente, las acciones derivadas no cumplen satisfactoriamente con la resolución de los problemas de agencia.

## **8. Recomendaciones.**

A sabiendas de que el propósito del Derecho societario es la mitigación de los problemas de agencia, las acciones derivadas en el Ecuador merecen un tratamiento excepcional, por cuanto representan una herramienta de defensa en juicio para los asociados minoritarios. Por tal motivo, se resumirá a continuación los principales puntos sobre los cuales se recomienda acciones jurídicas.

En primera instancia se exhorta el estudio de los porcentajes requeridos para interponer una acción derivada, mediante una valoración normativa en conjunto con datos

---

<sup>128</sup> Louis Kaplow y Steven Shavell, Editado por A.J Auerbach y M. Feldstein, "Economic Analysis of Law", *Handbook of Public Economics* 3 (2002).

<sup>129</sup> Louis Kaplow y Steven Shavell, "Economic Analysis of Law", 12-16.

empíricos sobre la realidad societaria a nivel nacional. Por cuanto un mínimo del cinco por ciento de la representación accionarial obstaculiza el uso de este mecanismo jurídico dirigidos a atenuar la disparidad accionarial entre los socios o accionistas.

Después, se sugiere la promoción de una discusión exhaustiva, por parte del legislativo, en miras de una reforma al sistema societario del Ecuador. Con respecto a las sociedades tradicionales, la inclusión y regulación de figuras como los administradores de hecho y ocultos permitirá la prevención de hipótesis que propaguen los problemas de agencia. Así también, la construcción de esquemas sobre los cuales se pretende conducir el litigio, dado que los derechos y obligaciones en discusión concentran necesidades distintas al resto de los juicios ordinarios.

Asimismo, se insiste en la corrección normativa sobre la ausencia de lineamientos que conduzcan a la reparación integral de la compañía. La inclusión de multas pecuniarias dirigidas a los demandantes temerarios propiciaría un método de control para evitar la aglomeración de juicios gravosos.

## **9. Conclusiones.**

En definitiva, se concluye que las acciones derivadas contenidas en el artículo 272 de la Ley de Compañías del Ecuador son precisamente un mecanismo de litigio que pretende resguardar los derechos de los socios o accionistas minoritarios. No obstante, el régimen normativo aplicable es incompleto, por cuanto no resuelve los obstáculos que proliferan los problemas de agencia en la relación mayoritario-minoritario. Las principales causas de esta afirmación son el condicionado alcance legislativo, la omisión de figuras jurídicas que orienten su aplicación adecuada y el deficiente sistema de vigilancia del litigio.

Particularmente, el presente estudio conlleva a dismantelar las letras contenidas en los cuerpos normativos y traducirlas hacia un ámbito de aplicación práctico dentro del mundo corporativo. El enfoque realizado hacia los socios y accionistas minoritario permitió reconocer que los recursos legales proporcionados a través de las acciones derivadas, para este grupo accionarial, son limitados y limitantes. Como consecuencia, los costos de agencia no pueden ser mitigados por falta de políticas subyacentes que impulsen el buen gobierno corporativo.

En vista de que el sistema ecuatoriano adolece de deficiencias regulatorias e instituciones que adecuen el empleo de las acciones derivadas, los argumentos y temáticas planteadas podrían servir como un soporte académico para actuales y futuras discusiones

para la reforma a la Ley de Compañías. El sistema ecuatoriano emprende el desafío en su adecuación para brindar mayor seguridad a los socios y accionistas. Investigaciones como esta contribuyen con lineamientos iniciales para superar los escasos puntos de discusión de esta herramienta y llamar la atención hacia un perfeccionamiento en las regulaciones que transitan por los litigios societarios.