

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**La responsabilidad extracontractual de la compañía matriz por las  
obligaciones de sus subordinadas insolventes**

**Kenny Jossue Espín Duque**

**Jurisprudencia**

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

Quito, 20 de noviembre de 2022

## © DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos:           Kenny Jossue Espín Duque

Código:                            00207592

Cédula de identidad:         1722853775

Lugar y Fecha:                 Quito, 20 de noviembre de 2022

## ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

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

## UNPUBLISHED DOCUMENT

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de QuitoUSFQ 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>

**LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA COMPAÑÍA MATRIZ POR LAS  
OBLIGACIONES DE SUS SUBORDINADAS INSOLVENTES<sup>1</sup>**

***THE TORT LIABILITY OF THE PARENT COMPANY FOR THE OBLIGATIONS OF ITS INSOLVENT  
SUBORDINATES***

Kenny Jossue Espín Duque<sup>2</sup>  
kjespind@gmail.com

**RESUMEN**

En el mundo contemporáneo, se han desarrollado los grupos empresariales para afrontar los retos de las economías de escala. Estas estructuras corporativas tienen una configuración vertical u horizontal. A menudo, la matriz ejerce un control intrusivo sobre sus subordinadas, lo que genera que éstas últimas realicen actividades altamente riesgosas. El presente trabajo se enfocó en la búsqueda de un sistema eficiente para el establecimiento de responsabilidad de la compañía matriz en los casos en que sus subordinadas incurran en una situación de insolvencia y no puedan responder por sus obligaciones extracontractuales. Para ello, se estudió la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre el tema. Mediante un análisis lógico-deductivo se concluyó que la mejor opción para respetar los principios que rigen el derecho societario y el derecho de daños, la compañía matriz deberá responder por las obligaciones insatisfechas de sus subordinadas insolventes a través de un sistema de daños conjuntos.

**PALABRAS CLAVE**

Compañía matriz, compañía subordinada, responsabilidad limitada, indebida interferencia, daños conjuntos

**ABSTRACT**

In the contemporary world, corporate groups have developed to meet the challenges of scale economies. These corporate structures should have a vertical or a horizontal configuration. Often, the parent company exercises intrusive control over its subordinates, causing the latter to commit in highly risky activities. This paper focused on the search for an efficient system for establishing the liability of the parent company in cases where its subordinates become insolvent and are unable to respond for their non-contractual obligations. For this purpose, national and comparative doctrine and jurisprudence were studied. By means of a logical-deductive analysis, it was concluded that the best option to comply with the principles governing corporate law and tort law, the parent company should be liable for the unsatisfied obligations of its insolvent subordinates through a system of joint damages.

**KEYWORDS**

Parent company, subordinate company, indemnity principle, limited liability, undue interference, joint torts

Fecha de lectura: 20 de noviembre de 2022

Fecha de publicación: 20 de noviembre de 2022

---

<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 con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. MARCO TEÓRICO.- 5. PRESUPUESTOS PARA LA EXISTENCIA DEL PROBLEMA JURÍDICO.- 5.1. PROBLEMA DE AGENCIA: SOCIEDAD FRENTE A TERCEROS (ACREEDORES).- 5.2. ESTRUCTURA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES Y SITUACIONES DE CONTROL.- 6. CONDICIONES PROPICIAS PARA ESTABLECER RESPONSABILIDAD A LA COMPAÑÍA MATRIZ.- 7. DOCTRINAS EN LAS QUE SE PUEDE ENMARCAR LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ.- 8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 1. Introducción

El Derecho Societario es un eje fundamental en la sociedad contemporánea y su economía, ya que su principal función es permitir a quienes participan en una compañía realizar con mayor facilidad transacciones a través de ésta y, con ello reducir los costos de transacción<sup>3</sup>. En este sentido, la justificación que encuentra esta rama del Derecho radica principalmente en la economía contemporánea, que “propicia la agrupación de individuos y la unión de capitales para emprender en operaciones mercantiles”<sup>4</sup>.

Las principales características que rigen de manera general a las compañías son: i) la personalidad jurídica; y, ii) la responsabilidad limitada<sup>5</sup>. Existen otras características que son necesarias pero que, para efectos de este trabajo, serán abordadas de forma superficial, puesto que el presente ensayo se enfocará en el estudio a profundidad de la responsabilidad limitada. Para el efecto, es necesario hacer una distinción entre ambos conceptos. Por personalidad jurídica debe entenderse que ésta se enfoca en la separación jurídica y patrimonial de la sociedad y sus miembros<sup>6</sup>, de tal manera que la compañía es un centro de imputación diferenciado.

Por otro lado, la responsabilidad limitada, si bien refleja una estrecha relación con la personalidad jurídica ya que son instituciones íntimamente vinculadas, es un principio diferente<sup>7</sup>. La limitación de la responsabilidad constituye un mecanismo que resguarda el patrimonio de los socios o accionistas frente a las obligaciones sociales<sup>8</sup>. Este principio, por

---

<sup>3</sup> John Armour, Henry Hansmann, Reinier Kraakman y Mariana Pargendler, “¿What is Corporate Law?”, en *The Anatomy of Corporate Law*, ed. de Sofie Cools (Oxford: Oxford University Press, 2017), 1-9.

<sup>4</sup> Víctor Cevallos Vásquez. Nuevo Compendio de Derecho Societario. Tomo I, 3era edición, 2016, 16.

<sup>5</sup> John Armour, Henry Hansmann, Reinier Kraakman y Mariana Pargendler, “¿What is Corporate Law?”, 1-9.

<sup>6</sup> María Fernanda Vásquez Palma. “Sobre la limitación de la responsabilidad en el derecho de sociedades y su posible extensión en el contexto de la modernización”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 27, 2 (2014), 107.

<sup>7</sup> Paúl Noboa, “Tailored limited liability for corporate groups”, *SSRN Electronic Journal* (2018), 2-3.

<sup>8</sup> María Fernanda Vásquez Palma. “Sobre la limitación de la responsabilidad en el derecho de sociedades y su posible extensión en el contexto de la modernización”, 109.

sus características, permite que los riesgos que presenta una actividad mercantil sean limitados al aporte del capital de los socios o accionistas, y reduce la aversión al riesgo, generando incentivos para la inversión<sup>9</sup>.

Sin embargo, debido a ciertas externalidades que se han derivado de su implementación, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se han esgrimido criterios divididos respecto de su aplicación y alcance, especialmente sobre la limitación de la responsabilidad. Por otra parte, la constante evolución de la economía, las actividades mercantiles y su complejidad, hacen que el Derecho busque responder a estas nuevas necesidades. En este contexto, los grupos de sociedades nacen como una respuesta para la explotación de las economías de escala, la minimización de los costos y para mejorar los beneficios en los mercados de capitales<sup>10</sup>.

Los grupos de sociedades son una solución a las actividades empresariales en la economía contemporánea, ya que su estructura permite que la productividad se optimice y se reduzcan los costos<sup>11</sup>. A su vez, faculta la existencia de una mayor especialización administrativa y funcional por medio de las distintas sociedades que conforman el grupo<sup>12</sup>. No obstante, su poder e influencia, así como su estructura, hacen que sea complicado entender su alcance, funcionamiento y su relación con las otras entidades del grupo, lo que en ocasiones dificulta contrarrestar cualquiera de sus externalidades<sup>13</sup>.

En este orden de ideas, el presente ensayo busca responder a la pregunta: ¿puede atribuirse responsabilidad a la compañía matriz por las obligaciones extracontractuales de sus subordinadas insolventes? Para ello, en el trabajo se empleará una metodología lógico-deductiva que permita establecer un sistema de responsabilidad eficiente respecto de las externalidades que no deberían ser protegidas por la limitación de la responsabilidad.

## 2. Estado del Arte

La responsabilidad de la matriz como compañía controlante de las subordinadas por las acciones que ésta última realice ha sido abordada en el Derecho comparado,

---

<sup>9</sup> Eilís Ferran y Look Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law* (New York: Oxford University Press, 2014), 17-19.

<sup>10</sup> José María López Jiménez, *El control societario en los grupos de sociedades*, (Madrid: Wolters Kluwer España, 2017), 25-26.

<sup>11</sup> Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario* (Bogotá: Editorial Temis, 2017), 307-309.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> María Clara Díaz Leño. “Hacia la objetivación de la responsabilidad extracontractual de los grupos empresariales”, *Revista IUSTA*, 36 (2012), 118.

especialmente en países como Estados Unidos y el Reino Unido<sup>14</sup>. En las diferentes investigaciones realizadas, se ha llegado a diversas conclusiones, cuyo análisis está subordinado a la perspectiva de los autores. La relación de la compañía con los acreedores ha sido abordada ampliamente por la doctrina; a pesar de ello, respecto de los grupos empresariales su tratamiento ha sido escaso.

Los autores John Armour, Gerard Hertin y Hideki Kanda establecen que los problemas de agencia entre la compañía y los acreedores se puede observar de manera *ex ante* y *ex post*<sup>15</sup>. En cuanto al primer punto de vista, se reconoce que la personalidad jurídica de la compañía puede ayudar a que los accionistas disfracen el valor y propiedad de los activos, empleando a las compañías como meras fachadas para ocultar sus verdaderas intenciones patrimoniales, en desmedro de los acreedores sociales<sup>16</sup>.

Por otro lado, de manera *ex post*, remarcan que hay un incentivo en realizar acciones que generen beneficio a los accionistas en detrimento de los acreedores, precisamente por el blindaje que protege su patrimonio frente a las consecuencias de un posible fracaso<sup>17</sup>. Esto es lo que en términos económicos se define como el riesgo moral. De acuerdo con Mankiw, este problema se define como la “tendencia de una persona a quien están monitoreando de forma imperfecta a dedicarse a una conducta deshonesto o de otra manera indeseable”<sup>18</sup>.

Asimismo, Andrew Muscat analiza la responsabilidad de la compañía *holding* frente a las deudas de la subordinada insolvente. Para entrar en su estudio ejemplifica problema de la siguiente forma: “Una sociedad *holding* es miembro de la filial, ambas son entidades distintas en derecho y la responsabilidad de la sociedad holding se limita a su inversión de capital. De ello se desprende que la sociedad *holding*, en tanto que sociedad de cartera, no es responsable de las deudas de su filial” (traducción no oficial)<sup>19</sup>. Este es el régimen general para todas las compañías que poseen una responsabilidad limitada como protección para sus accionistas o socios.

En Estados Unidos, los autores Henry Hansmann y Reinier Kraakman sostienen, en contra de la regla general de la responsabilidad limitada, que dicho principio no debería cobijar a los asociados de ninguna compañía (sea privada o pública), ante las acreencias

---

<sup>14</sup> Ver, Andrew Muscat, *The liability of the holding company for the debts of its insolvent subsidiaries* (Abingdon: Routledge, 2016), 42-66.

<sup>15</sup> John Armour, Gerard Hertig y Hideki Kanda, “Transactions with Creditors”, en *The Anatomy of Corporate Law*, ed. de Sofie Cools (Oxford: Oxford University Press, 2017), 110-111.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Gregory Mankiw, *Principios de Economía* (Ciudad de México: Cengage Learning Editores S.A., 2017), 462.

<sup>19</sup> Andrew Muscat, *The liability of the holding company for the debts of its insolvent subsidiaries*, 58.

extracontractuales<sup>20</sup>. Existen evidencias empíricas respecto de que la responsabilidad extracontractual ha llevado a varios operadores económicos a reorganizarse para explotar la responsabilidad limitada y evadir las reclamaciones por daños<sup>21</sup>.

Finalmente, Stephen M. Bainbridge y M. Todd Henderson realizan un análisis de la responsabilidad limitada de las compañías de manera general, desde un punto económico y legal<sup>22</sup>. En su estudio, examinan de manera exhaustiva el mal funcionamiento de la responsabilidad limitada y el levantamiento del velo societario. Por lo cual, indican que, para que ambos principios funcionen de manera correcta, los accionistas o socios no deberían ser vicariamente responsables por los actos de la compañía, sino que deberían ser directamente responsables de su mala conducta<sup>23</sup>.

### 3. Marco Normativo

En el Ecuador, la Constitución reconoce el derecho a la libre asociación y desarrollo de actividades económicas de manera individual o colectiva<sup>24</sup>. Cuando se refiere al ámbito colectivo, debe entenderse a todas las formas de asociación, tanto públicas como privadas. Complementariamente, hace énfasis en los principios que deben ser observados en la ejecución de estas actividades, especialmente la responsabilidad social.

La legislación referente a las compañías ha sido regulada a través de una sola norma, denominada Ley de Compañías<sup>25</sup>. Pese a ello, esta contiene una limitada regulación sobre los grupos empresariales. Por un lado, el artículo 192.1 establece que para que una compañía sea considerada matriz debe tener una participación de la mitad más uno dentro del capital social de otra, que tendría el carácter de subordinada<sup>26</sup>. También hace alusión a las compañías holding en el artículo 429, en el cual prescribe la finalidad de control a través de vínculos de: propiedad, gestión, administración y de responsabilidad crediticia o de resultados<sup>27</sup>.

---

<sup>20</sup> Henry Hansmann y Reinier Kraakman, “Toward unlimited shareholder liability for corporate torts”, *The Yale Law Journal*, 100, 7 (1991), 1880-1881.

<sup>21</sup> *Ibíd.*

<sup>22</sup> Stephen M. Bainbridge y M. Todd Henderson, *Limited liability, A legal and economic analysis* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited), 1-4.

<sup>23</sup> *Id.*, 281-282.

<sup>24</sup> Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

<sup>25</sup> Ley de Compañías, [LC], R.O. 312, 05 de noviembre de 1999, reformada por última vez R.O. Suplemento 347 de 10 de diciembre de 2020.

<sup>26</sup> Artículo 191.1, LC

<sup>27</sup> Artículo 429, LC.



Más allá de estas referencias, la Ley de Compañías no contiene un apartado que regule a los grupos empresariales, de manera concreta, específica y diferenciada. Asimismo, no consagra reglas sobre la responsabilidad de los integrantes de un grupo empresarial frente a sus *stakeholders*, como los acreedores de una de las compañías que conformen dicho grupo. Lo expresado, no quiere decir que la definición sea deficiente, pero la complejidad del tema conlleva a un análisis exhaustivo.

Por otro lado, el Título XX de la Ley de Mercado de Valores<sup>28</sup> ha hecho una referencia expresa a la vinculación entre sociedades. Esta ley dedica tres artículos en los que trata el control y las definiciones de las empresas vinculadas. Respecto del primer punto, expresamente se refiere a la separación de la personalidad jurídica entre las entidades<sup>29</sup>, y establece una definición muy similar a la de la Ley de Compañías, añadiendo una presunción respecto de su vinculación<sup>30</sup>.

En relación al control, la ley establece un criterio más amplio y claro, pues basta con la capacidad de influencia determinante en las decisiones, la capacidad de asegurar mayoría en votaciones o la de elegir a la mayoría de administradores de la otra compañía<sup>31</sup>. Esta ampliación introduce un concepto no contemplado en las leyes anteriores y es el de los acuerdos de actuación conjunta. La norma define a esta figura como la convención que se realiza entre personas para controlar una sociedad o participar con similar interés en su gestión<sup>32</sup>.

La norma en cuestión se encarga de definir a las compañías matrices y subordinadas, lo cual no se diferencia sustancialmente de las definiciones que se encuentran en los otros cuerpos normativos. Sin embargo, introduce el concepto de las sociedades afiliadas. La mencionada norma legal establece que, si bien este tipo de compañías no ejercen un control sobre una compañía subordinada, si podría ejercer influencia en su gestión por la presencia de actores comunes, además de establecer un porcentaje promedio para su participación en el capital social<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> Código Orgánico Monetario y Financiero, [COMF], Libro II Ley de Mercado de Valores, [LMV], R.O. Suplemento 215, 22 de febrero de 2006, reformada por última vez R.O. Suplemento 587, 29 de noviembre de 2021.

<sup>29</sup> Artículo 191, COMF, LMV.

<sup>30</sup> Art. 191, COMF, LMV.

<sup>31</sup> Art. 192, COMF, LMV.

<sup>32</sup> Art. 192, COMF, LMV.

<sup>33</sup> Art. 193, COMF, LMV.

Finalmente, el Código Civil<sup>34</sup>, en su artículo 2214, contempla la responsabilidad extracontractual y el principio indemnizatorio que rige nuestro sistema. A su vez, se analizará la legislación y jurisprudencia colombiana, inglesa y estadounidense, con el fin de determinar cómo se ha dado la regulación de las compañías matrices y sus subordinadas en el Derecho societario y su relación con terceros, así como en las situaciones de insolvencia.

#### **4. Marco Teórico**

El Derecho Societario tiene como principal fundamento en los sistemas de capital actual a la responsabilidad limitada y sus beneficios se ven con mayor claridad en los grupos empresariales, principalmente el de la diversificación del riesgo<sup>35</sup>. Los grupos de sociedades surgen de la actividad empresarial y de dos categorías generales del ordenamiento jurídico: i) la autonomía contractual; y, ii) el derecho de propiedad, cuyo ejercicio se expresa a través del control<sup>36</sup>.

Las operaciones de control que ejerce la compañía matriz sobre sus subordinadas han generado distintos cuestionamientos respecto de su responsabilidad en los casos de insolvencia de estas últimas<sup>37</sup>. Esencialmente, han existido dos posturas para afrontar este problema. La primera sostiene que la responsabilidad de la matriz debe mantenerse limitada<sup>38</sup>; y, la segunda argumenta que debería imponerse, bajo ciertas premisas, la responsabilidad directa sobre la matriz por las actuaciones de sus subordinadas<sup>39</sup>.

##### **4.1. Tesis a favor de la responsabilidad limitada**

Esta postura tiene su fundamento en la teoría general adoptada de manera absoluta en las sociedades de capital y como eje de los sistemas económicos de mercado<sup>40</sup>. Se establece que la responsabilidad limitada protege a los accionistas de la responsabilidad personal frente a los acreedores por las actividades empresariales, permitiéndoles a éstos últimos entablar cualquier reclamo únicamente en contra de los activos de la compañía<sup>41</sup>.

---

<sup>34</sup> Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R.O. 526 de 19 de junio de 2015.

<sup>35</sup> Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario* (Bogotá: Editorial Temis, 2017), 309.

<sup>36</sup> Francesco Galgano. *Los grupos societarios: dirección y coordinación de sociedades* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012), 12-13.

<sup>37</sup> Martin Petrin y Barnali Choudhury, Group Company Liability, *European Business Organization Law Review*, 19 (2018), 772-775.

<sup>38</sup> Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, 309.

<sup>39</sup> David Millon, “Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of the Limited Liability”, *Washington & Lee Legal Studies Paper No. 2006-08* (2006), 37-45.

<sup>40</sup> Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, 309.

<sup>41</sup> Eilís Ferran y Look Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law*, 17.

Esta es una característica que, más allá del derecho de sociedades, se encuentra inmersa en la mayoría de inversiones<sup>42</sup>.

En el tratamiento específico de los grupos empresariales, autores como Reyes Villamizar sostienen que:

Igual como ocurre con la actividad individual de las sociedades de capital es lícito que sus inversionistas aprovechen el beneficio de la limitación de responsabilidad que se origina la separación patrimonial, propia de la personificación jurídica de la sociedad. Aunque la restricción de la responsabilidad no corresponde al ideal del ordenamiento jurídico en el sentido de que todas las obligaciones deben satisfacerse a plenitud, sí constituye un aliciente imprescindible de la actividad económica contemporánea, demostrado por el hecho palmario de que goza de reconocimiento universal<sup>43</sup>.

Por otro lado, se reconoce que existen regímenes excepcionales que tratan de establecer responsabilidad a los asociados (incluyendo a las compañías matrices) por las obligaciones de la sociedad (como, por ejemplo, una compañía subordinada)<sup>44</sup>. Es decir, se prevé que existen excepciones respecto de la aplicación del principio, pero que no se relacionan con el objeto del presente trabajo. Generalmente, la responsabilidad excepcional en estos casos tiene relación con aspectos como la responsabilidad ambiental<sup>45</sup>.

#### **4.2. Tesis contrarias a la responsabilidad limitada**

Existen autores cuya posición es mucho más crítica al principio de la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada<sup>46</sup>. Esto se debe a que no ven a estos principios como únicos e indiscutibles, sino que plantean ciertas excepciones bajo las cuales se los puede desconocer, más allá del levantamiento del velo societario por fraude, abusos o vías de hecho<sup>47</sup>.

Se han planteado varias formas para la determinación de responsabilidad de las matrices en los casos de daños extracontractuales de sus subordinadas, entre las cuales podemos destacar cuatro: i) la responsabilidad ilimitada; ii) la responsabilidad empresarial; iii) el seguro de responsabilidad civil; y, iv) la responsabilidad directa. A continuación, se

---

<sup>42</sup> Frank Easterbrook y Daniel Fischel. *The economic structure of corporate law* (Cambridge: Harvard University Press, 1996), 40.

<sup>43</sup> Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, 309.

<sup>44</sup> *Ibíd.*

<sup>45</sup> Artículo 216, Código Orgánico del Ambiente [COA], R.O. 983 de 12 de abril de 2017, reformado por última vez R.O. Suplemento 602 de 21 de diciembre de 2021.

<sup>46</sup> Henry Hansmann y Reinier Kraakman, “Toward unlimited shareholder liability for corporate torts”, 1892-1894.

<sup>47</sup> Ver, Salomé Dávalos. “La Corte Constitucional del Ecuador: El “levantamiento del velo societario” como medio de cobro por parte de las Instituciones del Estado en aplicación de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales”. *Revista Ruptura. Edición 2021*, 395.

expondrá cada una de las tesis planteadas para definir cuál es la más apropiada para su aplicación en Ecuador.

Hansmann y Kraakman en un panorama general, plantean en un primer escenario de sociedades con accionista único (especialmente, en el contexto de grupos empresariales) y establecen que, al proteger a los accionistas frente a la exposición al riesgo, la responsabilidad limitada genera mayores incentivos para la ineficiencia, debido a que los socios no deberán asumir el riesgo de la realización de actividades imprudentes o dañosas por parte de la compañía<sup>48</sup>. Para evitar este tipo de ineficiencias, los autores proponen que los accionistas sean personalmente responsables por los daños derivados de responsabilidad extracontractual que la firma no pueda asumir<sup>49</sup>.

Por su lado, Bainbridge y Dearborn argumentan que, en el caso de las matrices y las subordinadas, el levantamiento del velo societario no es una opción suficiente (debido a su aplicación exclusiva en casos de fraude o abuso del derecho), y que, en casos en dónde no concurren elementos fraudulentos o abusivos, se debería aplicar una responsabilidad empresarial<sup>50</sup>. En este sentido, la teoría propuesta, ante incapacidad de la subordinada de cumplir sus obligaciones, busca perseguir los activos de las otras compañías que se encuentran dentro del grupo empresarial y subordinadas a la matriz<sup>51</sup>.

Este tipo de responsabilidad cobraría mucho mayor sentido en aquellos grupos con integración horizontal. Para esta postura, todo el grupo empresarial debería ser considerado como una sola persona jurídica, sujeta a responder por todas las obligaciones de cualquiera de sus integrantes<sup>52</sup>.

En un sentido más restringido, Paúl Noboa establece que, en los casos de responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia anglosajona ha brindado soluciones innovadoras que permiten satisfacer perfectamente este tipo de inconvenientes<sup>53</sup>. La jurisprudencia británica ha protegido a los acreedores extracontractuales a través de la responsabilidad directa de la compañía matriz por su inadecuada intromisión en las operaciones de las compañías subordinadas y mediante el establecimiento de un régimen de aseguramiento de responsabilidad civil para indemnizarlos ante la ocurrencia de un daño<sup>54</sup>.

---

<sup>48</sup> Henry Hansmann y Reinier Kraakman, "Toward unlimited shareholder liability for corporate torts", 1884.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> Stephen M. Bainbridge. "Abolishing the veil piercing", *Journal of Corporation Law* 26, 3 (2001), 526-534; Dearborn, Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups, *California Law Review* 97 (2009), 198-202.

<sup>51</sup> Stephen M. Bainbridge. "Abolishing the veil piercing", *Journal of Corporation Law* 26, 3 (2001), 526-534.

<sup>52</sup> Dearborn, Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups, 198-202.

<sup>53</sup> Paúl Noboa, "Tailored limited liability for corporate groups", 15-17.

<sup>54</sup> *Id.*, 10-11.

Las teorías expuestas serán analizadas en el apartado séptimo de este trabajo, llegándose a determinar cuál es la forma más adecuada para imponer responsabilidad a las compañías matrices en Ecuador por las actuaciones de sus subordinadas. Para el efecto, se tomará en cuenta la realidad del Derecho Societario en el país y se buscará la solución óptima que no desincentive la inversión de capital y la actividad empresarial, especialmente en los grupos de empresas.

## 5. Presupuestos para la existencia del problema jurídico

Conforme se ha enunciado *a priori*, en el contexto ecuatoriano también existe un reconocimiento de la diferencia entre las personalidades jurídicas de la compañía matriz con sus subordinadas<sup>55</sup>. Por lo tanto, de acuerdo con la legislación ecuatoriana, cada una de las compañías de un grupo empresarial son centros de imputación diferenciado y, en principio, ninguna de las ellas debería responder por las obligaciones de otras sociedades integrantes del grupo, por el mero hecho de pertenecer al mismo<sup>56</sup>.

Para entender cómo debería establecerse la responsabilidad de una compañía matriz por las obligaciones extracontractuales de sus subordinadas, es importante comprender cuál es el problema de agencia subyacente a su integración, así como la organización de estos grupos empresariales.

### 5.1. Problema de Agencia: sociedad frente a terceros (acreedores)

Los problemas de agencia, desde un enfoque económico, aluden a la posibilidad de que una persona, el agente, pueda ejercer una influencia significativa en la propiedad o el bienestar de otra, el principal<sup>57</sup>. Por consiguiente, el Derecho Societario debe establecer un marco que reduzca conflictos de interés del agente, asegurando que actúe en procura del beneficio del principal<sup>58</sup>. Al respecto, es generalmente aceptado que, desde un enfoque societario, existen tres problemas de agencia<sup>59</sup>.

El problema de agencia que abordará este ensayo es el que existe entre la compañía con sus acreedores, como *outsiders*<sup>60</sup>. En este caso, la compañía actúa como agente de los

---

<sup>55</sup> Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, 309.

<sup>56</sup> Disposición General Tercera, LC.

<sup>57</sup> Paúl Noboa, Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano, *Ibero-American Institute for Law and Finance Working Paper Series*, 5 (2020), 5-6.

<sup>58</sup> John Armour, Henry Hansmann y Reinier Kraakman, “Agency Problems and Legal Strategies”, en *The Anatomy of Corporate Law*, ed. de Sofie Cools (Oxford: Oxford University Press, 2017), 30.

<sup>59</sup> Ver, Francisco Reyes Villamizar. *Análisis Económico del Derecho Societario* (Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2013), 65.

<sup>60</sup> John Armour, Henry Hansmann y Reinier Kraakman, “Agency Problems and Legal Strategies”, 28-29.

*stakeholders*, por lo cual se busca evitar que aquella actúe de manera oportunista con sus principales<sup>61</sup>. Este problema de agencia debe ser regulado para evitar que exista una actuación abusiva del principio de responsabilidad limitada por las compañías matrices, en desmedro de los acreedores extracontractuales de las subordinadas insolventes.

En el caso de los grupos empresariales, este problema de agencia se agrava ya que, por su estructura, pueden realizar actuaciones oportunistas, como transferencias de activos a otras sociedades del grupo o la creación de pasivos intragrupo<sup>62</sup> para perjudicar a los acreedores de una de las compañías que lo integran. El reconocimiento de este tipo de acciones se vuelve compleja, pues en ocasiones es difícil identificar a un grupo empresarial y mucho más las situaciones de control y abuso<sup>63</sup>. Sumado a ello, este problema de agencia se vuelve más común cuando los intereses de los socios de las compañías subordinadas (la compañía matriz) y sus administradores, se encuentran alineados<sup>64</sup>.

#### **5.1.1. Acreedores involuntarios en los que se justifica la excepción**

Una vez ha quedado zanjado claramente el problema de agencia que se va a tratar, es necesario establecer las clases de acreedores que podrían existir. Se puede identificar a dos tipos de acreedores: los voluntarios y los involuntarios<sup>65</sup>.

Los acreedores voluntarios son aquellas personas, naturales o jurídicas, que han celebrado negocios con la sociedad de manera voluntaria, luego de evaluar los riesgos y beneficios de esa relación<sup>66</sup>. Por su capacidad de ajustar las condiciones de su relación con la compañía, estos son los que se los conoce en la doctrina anglosajona como los *adjusting creditors*<sup>67</sup>. Justamente, por la posibilidad que tienen de ajustar las condiciones de su relación con la compañía, frente a este tipo de acreedores no se justifica una extensión de la responsabilidad.

Por otro lado, los acreedores involuntarios (como las víctimas de daños extracontractuales), son aquellos que no han podido negociar con la compañía las condiciones de su relación; y, por lo tanto, no pudieron evaluar sus riesgos y vinculación con

---

<sup>61</sup> John Armour, Henry Hansmann y Reinier Kraakman, “Agency Problems and Legal Strategies”, 28-29.

<sup>62</sup> Francisco Reyes Villamizar. *Análisis Económico del Derecho Societario*, 65.

<sup>63</sup> John Armour, Gerard Hertig y Hideki Kanda, “Transactions with Creditors”, 115.

<sup>64</sup> *Id.*, 128.

<sup>65</sup> John Armour, “Legal Capital: An Outdated Concept?”, *European Business Organization Law Review* 7 (2006), 6.

<sup>66</sup> Francisco Reyes Villamizar, *Análisis económico del derecho societario*, 14.

<sup>67</sup> *Ver*, John Armour, “Legal Capital: An Outdated Concept?”, 6.

la compañía<sup>68</sup>. En la doctrina anglosajona se los conoce como los *non-adjusting creditors*<sup>69</sup>. Estos comprenden a las “partes que, por los motivos que fueren, reciben una deuda de una compañía, pero que no pueden ajustar los términos de su exposición para reflejar el riesgo que soportan (...)”<sup>70</sup>.

En estos últimos acreedores, la justificación de una extensión de responsabilidad hacia la compañía matriz como asociada de la subordinada cobra mucha mayor relevancia y sentido práctico<sup>71</sup>.

## 5.2. Estructura de los grupos de sociedades y situaciones de control

Los grupos empresariales se han configurado de distinta manera. Principalmente se puede contemplar dos formas de integración: horizontal y vertical<sup>72</sup>. Además, se clasifican por la forma de coordinación, los cuales se forman por la adquisición de participaciones de control en distintas sociedades cuyos objetos sociales son distintos<sup>73</sup>. Respecto de la integración vertical, Reyes Villamizar explica que ella consiste en la adquisición de participaciones significativas o mayoritarias de una compañía en otra u otras que se dedican a la misma actividad empresarial en distintas fases de producción<sup>74</sup>.

Otros autores la conciben como como una forma de organización jerárquica y de subordinación:

En el grupo de sociedades por subordinación se construye una organización jerárquica, en virtud de la cual, y mediante el poder de dirección, se imparten instrucciones a los órganos de gestión de las sociedades dependientes. En este tipo de grupo, la dirección unitaria es el resultado de la previa situación de dominio obtenida por una sociedad sobre otras sociedades por la vía de la toma de una participación, directa o indirecta, en el capital<sup>75</sup>.

Por otro lado, la integración horizontal es aquella que se forma del acuerdo entre varias sociedades, con el fin de instaurar una coordinación administrativa y financiera pero no crea una subordinación entre ellas, solo una unidad de dirección<sup>76</sup>. Asimismo, múltiples tratadistas la conciben como aquella que consiste en “hacerse al control de compañías que explotan una misma actividad económica, con la finalidad de lograr una presencia más sólida

---

<sup>68</sup> David Leebron. “Limited Liability, Tort Victims, and Creditors”, *Columbia Law Review* 91, 7 (1991). 1601.

<sup>69</sup> Ver, John Armour, “Legal Capital: An Outdated Concept?”, 6.

<sup>70</sup> John Armour, Gerard Hertig y Hideki Kanda, “Transactions with Creditors”, 115.

<sup>71</sup> *Id.*, 114-116.

<sup>72</sup> Janet Dine, *The Governance of Corporate Groups*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), 39.

<sup>73</sup> Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, 308.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> José María López Jiménez, *El control societario en los grupos de sociedades*, (Madrid: Wolters Kluwer España, 2017), 94.

<sup>76</sup> Francesco Galgano, *Los grupos societarios. Dirección y coordinación de sociedades*, 256.

en el mercado y una mejor posición frente a los competidores”<sup>77</sup>. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que esta forma de organización nace de una relación contractual, más no de dominio.

### **5.2.1. La subordinación y control en los grupos de sociedades**

Ciertas legislaciones societarias, como la ecuatoriana y la italiana<sup>78</sup>, contemplan la forma de organización jerárquica o por subordinación, pero no regulan los grupos empresariales horizontales. Es decir, se han centrado principalmente en regular el aspecto de la subordinación, más no el de los acuerdos contractuales entre distintas compañías sujetas a una coordinación unitaria, pero sin subordinación entre ellas. En este último escenario, resulta más difícil establecer la relación y dirección unitaria, ya que estos acuerdos contractuales son internos entre las sociedades y de difícil identificación.

Por las razones expuestas, el establecimiento de la responsabilidad extracontractual en el grupo de sociedades se enfocará principalmente en la forma de organización y coordinación vertical. Para que se configure la situación de control, es necesario que exista una unidad de propósitos e intereses de la matriz y la subordinada, existiendo ausencia de poder de decisión de esta última<sup>79</sup>. En este sentido, es importante entender las clases de control que pueden existir, identificándose subordinadas: i) autónomas; ii) coordinadas; y, iii) dominadas<sup>80</sup>. Para este trabajo, las subordinadas dominadas cobran relevancia, ya que estas funcionan y toman sus decisiones de acuerdo con las instrucciones de la matriz<sup>81</sup>.

En este punto, es relevante analizar la subordinación dentro de estos grupos empresariales. A manera de ejemplo, la Ley 222 de 1995 de Colombia y el Proyecto de Ley reformativa a la Ley de Compañías para la Optimización, Impulso Empresarial y Para el Fomento del Gobierno Corporativo de Ecuador, establecen de forma clara este supuesto en los grupos empresariales<sup>82</sup>. En cuanto a la subordinación, la definición contenida en dicho proyecto de ley es concordante con criterios doctrinarios que, desde un enfoque funcional,

---

<sup>77</sup> Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, 308.

<sup>78</sup> El Código Civil Italiano en su artículo 2359 contempla a los grupos de sociedades y establece los requisitos para considerar la existencia de estos, predominando la forma jerárquica de organización.

<sup>79</sup> Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, 312.

<sup>80</sup> Ver, Andrew Muscat, *The liability of the holding company for the debts of its insolvent subsidiaries*, 81-87.

<sup>81</sup> *Id.*, 85.

<sup>82</sup> Artículo 26, Ley 222 de 1995 [Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones], D.O. 42.156., 20 de diciembre de 1995.



determinan que ésta supone que el poder decisonal de una compañía está sujeto a la voluntad de sus compañías controlantes<sup>83</sup>.

Dicho enfoque resulta relevante, pues contempla a la unidad de propósito y dirección que surge “cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas”<sup>84</sup>.

Ahora bien, el mencionado proyecto de ley (con inspiración en la legislación colombiana) contempla tres hipótesis en las que podría existir una situación de control: i) participación mayoritaria de capital de una compañía en otra; ii) control de las votaciones en las asambleas generales o juntas de socios; y, iii) subordinación contractual<sup>85</sup>. Estas tres situaciones permiten presumir el control de una matriz sobre sus subordinadas. Pueden existir otras formas de subordinación, por ello la norma las contempla como presunciones que admiten prueba en contrario.

Finalmente, cabe señalar que el mero hecho de que haya existido control por parte de un accionista (compañía matriz) sobre una compañía subordinada, no debería ser suficiente para establecer algún tipo de responsabilidad sobre la sociedad controlante, ni mucho menos para levantar el velo societario<sup>86</sup>, sino que solamente es una de las variables que se deben tomar en consideración para tales fines.

## **6. Condiciones propicias para establecer responsabilidad a la compañía matriz**

Con base en todos los criterios establecidos *a priori*, la atribución de responsabilidad de la matriz por las actuaciones de sus subordinadas debe aplicarse cuando existe una situación de control y una actuación deliberadamente abusiva o negligente y que, como consecuencia de dicha actuación, se haya causado un perjuicio a un tercero (acreedor involuntario de la compañía subordinada)<sup>87</sup>.

El establecimiento de responsabilidad a las compañías matrices o controlantes no ha sido tratado en la legislación ecuatoriana, por lo cual resulta necesario establecer la forma más eficiente para implementar dicho régimen en el país. No obstante, para evitar caer en la

---

<sup>83</sup> Francisco Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 311.

<sup>84</sup> Artículo 28, Ley 222 de 1995.

<sup>85</sup> Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 318-321.

<sup>86</sup> David Millon, “Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of the Limited Liability”, 23.

<sup>87</sup> Paúl Noboa, “Tailored limited liability for corporate groups”, 16-17.

confusa e interminable discusión doctrinaria de la responsabilidad limitada, es necesario analizar algunos términos que constituyen un aspecto clave en este estudio.

Por otro lado, se debe tomar en cuenta que la responsabilidad de los socios o accionistas de una compañía por los supuestos de responsabilidad extracontractual de sus subordinadas tiene como base el principio indemnizatorio (contemplado en el artículo 2214 del Código Civil ecuatoriano). Este principio se ha aplicado en supuestos de liquidación de una subordinada, cuando ésta carezca de activos para responder a este tipo de acreencias. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Reino Unido, en el caso *Chandler vs. Cape*<sup>88</sup>, estableció un deber de cuidado directo sobre las matrices frente a los empleados de su filial<sup>89</sup>.

Finalmente, el principio de la responsabilidad limitada también ha sido relativizado para frenar actuaciones oportunistas de los accionistas. Esto a su vez, da paso a que este concepto tan importante en el correcto desarrollo del derecho societario pueda ser más eficiente<sup>90</sup>, evitando incurrir en el riesgo moral y la ineficiente asignación de recursos<sup>91</sup>.

### **6.1. Situación de insolvencia de la subordinada por culpa de la matriz**

El presupuesto para el establecimiento de la responsabilidad a la matriz por las actuaciones de su subordinada, además del control y la actuación irresponsable de la compañía controlante, es la insolvencia de la compañía controlada<sup>92</sup>. En esta situación, la compañía se verá imposibilitada de pagar a todos sus acreedores y brindarles una salida que les permita satisfacer sus acreencias<sup>93</sup>. Respecto a este supuesto, es importante prever en qué casos de insolvencia se podría dar paso al establecimiento de responsabilidad.

Se puede aplicar la distinción respecto de un fracaso comercial ordinario, uno culpable y uno fraudulento. El primero es atribuible a externalidades ajenas a la voluntad de la compañía y sus socios o accionistas, mientras que los dos restantes se basan en actuaciones deliberadas o imprudentes de estos<sup>94</sup>. Por otro lado, la insolvencia culpable (*wrongful trading*) se configuraría cuando los socios o accionistas, que sería la matriz controlante, han

---

<sup>88</sup> Chandler c. Cape PLC, Court of Appeal, Civil Division, 8-9 de Agosto de 2012, párr. 80.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> David Millon, “Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of the Limited Liability”, 5-7.

<sup>91</sup> *Id.*, 12.

<sup>92</sup> Andrew Muscat, *The liability of the holding company for the debts of its insolvent subsidiaries*, 335.

<sup>93</sup> John Armour, Gerard Hertig y Hideki Kanda, “Transactions with Creditors”, 127.

<sup>94</sup> David Millon, “Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of the Limited Liability”, 34-35.

actuado irresponsablemente y han violentado su deber de cuidado, sin que concurra un elemento fraudulento<sup>95</sup>.

Para imponer responsabilidad sobre la matriz, este ensayo plantea enfocarse en la insolvencia culposa, dado que las otras dos modalidades de insolvencia (la fortuita y la fraudulenta), tienen respuestas distintas. Frente a una insolvencia fortuita de una subordinada, la compañía matriz debería quedar cobijada por el principio de responsabilidad limitada. Por su parte, frente a una insolvencia fraudulenta, la Ley de Compañías ya permite entablar las acciones de levantamiento del velo societario para imponer responsabilidad personal e ilimitada sobre los socios que hubieren actuado con mala fe. Sin embargo, en la actualidad la insolvencia culposa de una compañía subordinada no cuenta con una regulación expresa que cubra a sus acreedores.

En la situación en la que una compañía subordinada se encuentre en insolvencia por actuaciones culposas de la matriz, se debe prever mecanismos para compensar a los acreedores que no han consentido en asumir dicha carga<sup>96</sup>. En estos casos, el principio de responsabilidad limitada no debe proteger una situación de oportunismo<sup>97</sup>. En este apartado no se entrará a analizar aspectos de derecho concursal que son materia de otro análisis; por lo dicho, es importante delimitar el alcance de la palabra insolvencia.

Para efectos del presente análisis es importante enfatizar en que se utilizará el término insolvencia para entender a aquella situación en que los pasivos superan a los activos de la subordinada o en los que la compañía se encuentra en una incapacidad de pago o en un escenario de sobreendeudamiento<sup>98</sup>.

## **6.2. Actuación irresponsable de la matriz**

Conforme se ha sostenido a lo largo de este trabajo, la determinación de una situación de control existente entre la matriz y la subordinada insolvente no debe ser la única condición necesaria para establecer responsabilidad sobre la sociedad controlante por actuaciones de la compañía controlada.

---

<sup>95</sup> David Millon, “Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of the Limited Liability”, 34-35.

<sup>96</sup> Andrew Muscat, *The liability of the holding company for the debts of its insolvent subsidiaries*, 335.

<sup>97</sup> David Millon, “Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of the Limited Liability”, 37-45.

<sup>98</sup> Kartsen Schmidt, “Conflicto de interés entre socios, acreedores y administradores en la proximidad de la insolvencia”, en *Reestructuración y gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia*, ed. de Juana Pulgar Ezquerro y Eva Recamán Graña (Madrid: Wolters Kluwer España, 2020), 44.

Para tal determinación, debería verificarse que la compañía matriz haya actuado, desde su posición de control, de un manera manifiestamente irresponsable o imprudente y que dicha interferencia hubiere ocasionado el estado de insolvencia de la compañía subordinada<sup>99</sup>. Esto encuentra asidero con lo prescrito en el primer inciso del artículo 2229 Código Civil ecuatoriano: “Por regla general **todo daño que pueda imputarse** a malicia o **negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta**”<sup>100</sup>. No se considerará al supuesto de la malicia, dolo o al fraude, ya que para estos casos la Ley de Compañías permite entablar las acciones de levantamiento del velo societario.

Ahora, el enfoque principal para el establecimiento de responsabilidad debe impedir que la matriz utilice su posición de control para recibir un beneficio injustificado en perjuicio de la posición de terceros<sup>101</sup>. Se considera que esta atribución de responsabilidad se podría configurar con fundamento en una indebida interferencia de la compañía matriz en las actividades operacionales y financieras de la compañía subordinada<sup>102</sup>. David Millon ha denominado este principio “*financial responsibility*”<sup>103</sup>.

Este término hace alusión a que “(...) la gestión de la compañía se basa en la creencia razonable y de buena fe de que la compañía será capaz de satisfacer las reclamaciones previsibles de los acreedores en el momento oportuno”<sup>104</sup>. Para el caso de los acreedores extracontractuales, esto se logra dotando a la compañía de los recursos que sean necesarios de acuerdo con la previsibilidad de las reclamaciones (por ejemplo, a través de un seguro de responsabilidad civil)<sup>105</sup>.

La aludida previsibilidad de las reclamaciones guarda relación con la actividad que cada compañía realice<sup>106</sup>. Para evitar confusiones con la figura del levantamiento del velo societario, la previsibilidad debe ser vista como el esfuerzo razonable que los accionistas han realizado para informarse sobre los riesgos de la actividad empresarial<sup>107</sup>. Por lo cual, en el caso de que se hayan ejecutado estos esfuerzos, se entenderá que la matriz ha actuado responsablemente y, por consiguiente, debería gozar del privilegio de la responsabilidad limitada.

---

<sup>99</sup> Andrew Muscat, *The liability of the holding company for the debts of its insolvent subsidiaries*, 201-203.

<sup>100</sup> Artículo 2229, CC.

<sup>101</sup> Andrew Muscat, *The liability of the holding company for the debts of its insolvent subsidiaries*, 87.

<sup>102</sup> David Millon, “Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of the Limited Liability”, 46-49.

<sup>103</sup> *Id.* 46

<sup>104</sup> *Ibid.* (traducción no oficial).

<sup>105</sup> *Id.*, 46-47.

<sup>106</sup> *Id.*, 59.

<sup>107</sup> *Ibid.*

### 6.2.1. Presunción *iusuris tantum* de la actuación irresponsable

En este punto surge otra cuestión que vale la pena tratar brevemente para cerrar el círculo procedimental de las reclamaciones por una actuación irresponsable de la matriz. Generalmente, las personas que sufran daños derivados de la injerencia irresponsable de la matriz en la subordinada, no podrían llegar a tener conocimiento de dicha irresponsable interferencia, debido a la evidente asimetría informacional que existe entre ellos con los miembros del grupo empresarial en su conjunto. Por este motivo, varias legislaciones (como la legislación colombiana, en su Ley 1116), han contemplado una presunción de responsabilidad<sup>108</sup>.

Por lo cual, cuando una compañía subordinada afrontare un estado de insolvencia, presumen que la subordinada está en dicha situación concursal por las actuaciones derivadas del control de la compañía matriz, a menos que dicha sociedad controlante demuestre que la insolvencia de la compañía subordinada fue ocasionada por una causa diferente<sup>109</sup>. Con fundamento en esta presunción, se ha logrado establecer un nexo causal entre la situación de control y la insolvencia<sup>110</sup>.

No obstante, la compañía matriz podría desvirtuar dicha presunción cuando demuestre que la insolvencia de la compañía subordinada fue por causa diferente<sup>111</sup>. Por lo cual, la presunción sería *iusuris tantum*, ya que admitiría prueba en contrario para determinar que la insolvencia de la subordinada provino de causas no atribubles a la compañía matriz<sup>112</sup>. Sobre ello, la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-510 de 1997 estableció lo siguiente:

**La responsabilidad en cuestión tiene un carácter estrictamente económico y está íntimamente relacionada con actuaciones de la matriz, según lo expuesto, luego no puede afirmarse que se imponga gratuitamente a una persona jurídica totalmente ajena a los hechos materia de proceso. Son precisamente las decisiones de la compañía controlante las que repercuten en la disminución o afectación del patrimonio de la subordinada y son también las que, en los términos del precepto, generan su responsabilidad.** Además, no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en

---

<sup>108</sup> Artículo 61, Ley 1116 de 2006 [Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones.], D.O. No. 46.494 del 7 de diciembre de 2006.

<sup>109</sup> Artículo 61, Ley 1116 de 2006.

<sup>110</sup> Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, 340.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> *Ibid.*

interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados. (...) Se trata, entonces, de **una presunción juris tantum, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos**<sup>113</sup>.

El criterio expuesto por la Corte Constitucional de Colombia, aclara las situaciones en las que se podría atribuir responsabilidad a la matriz por su indebida interferencia en las operaciones económicas de la subordinada, a través de su posición de control. Precisamente, este criterio se vincula con la *financial responsibility* mencionada por Millon, ya que la matriz debería asumir responsabilidad cuando sus decisiones repercutan en la situación financiera de la subordinada<sup>114</sup>. En estos casos, no se podría hablar de la existencia de buena fe y mucho menos de un gestión adecuada<sup>115</sup> de las actividades operacionales de la compañía subordinada.

## **7. Doctrinas en las que se puede enmarcar la responsabilidad de la matriz**

A continuación, se realizará un breve análisis de figuras que se han contemplado como factores que establecen la responsabilidad personal de los accionistas o socios de una compañía. Estas teorías nos permitirán dilucidar la mejor vía para imponer responsabilidad a una matriz por las obligaciones de sus subordinadas, con base en los presupuestos vistos en el apartado previo.

### **7.1. Doctrina del levantamiento del velo societario bajo la teoría del *alter ego***

Para el levantamiento del velo societario la ley contempla varias causales, ya que esta figura se utiliza, en general, para desconocer la personalidad jurídica independiente de la compañía<sup>116</sup>. A su vez, esto genera que la responsabilidad de los accionistas sea asumida de forma personal y ya no se limite al monto de sus aportaciones en la compañía. Sin embargo, cuando se miran las causas por las que se aplica esta figura, la más común es el cometimiento de fraude que puede ser aplicado sobre la base de distintos estándares: *alter ego*, incumplimientos de formalidades normativas, infracapitalización, mezcla de activos personales y sociales, etc<sup>117</sup>.

---

<sup>113</sup> Sentencia C-510-97. Corte Constitucional de Colombia, 9 de octubre de 1997, párr. 41-45 (énfasis añadido).

<sup>114</sup> David Millon, “Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of the Limited Liability”, 31.

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> *Id.*, 21.

<sup>117</sup> *Id.*, 21-28.

El estándar que más se ha utilizado es el *alter ego*, ya que implica una perforación del velo societario por el uso de la compañía como un instrumento de sus accionistas, especialmente de aquellos que la controlan<sup>118</sup>. En ocasiones, esta responsabilidad se ha determinado junto con la aplicación del principio *respondeat superior*<sup>119</sup>.

En la jurisprudencia comparada se ha realizado levantamiento del velo societario a través de la teoría del *alter ego*, únicamente tomando como consideración la situación de control y viendo a la compañía y sus accionistas como una sola entidad, sin separación<sup>120</sup>. Se ha llegado a determinar que la compañía subordinada simplemente se utilizaba como un mero instrumento o ente ficticio para ejecutar las operaciones de la matriz<sup>121</sup>. Empero, el *alter ego*, al fundamentar su actuación en el fraude por parte de los accionistas, se enmarcaría en lo que manda el artículo 17 de la Ley de Compañías y su análisis para el presente caso resulta innecesario.

En este orden de ideas, el levantamiento del velo societario afronta un notorio inconveniente al establecer los estándares que deberían observarse para su procedencia. Esto, a su vez, da paso para que los juzgadores no tengan certeza para determinar las situaciones en las que se podría aplicar esa figura procesal<sup>122</sup>, desconociendo dos principios que deberían ser fundamentales en el marco del Derecho Societario: la certeza y previsibilidad<sup>123</sup>. En el caso ecuatoriano, los supuestos de levantamiento del velo societario son esencialmente dos: fraude y abuso del derecho. Sin embargo, al estar establecidos de manera general y abstracta, en un supuesto de insolvencia de las compañías subordinadas, su prueba sería compleja<sup>124</sup>.

### 7.1.1. La agencia en Ecuador

En Ecuador, para aplicar el levantamiento del velo societario a través de las leyes de la agencia, se puede equiparar la relación entre las matrices con sus subordinadas a una de agencia comercial<sup>125</sup>. En caso de aplicarse esta figura, la responsabilidad se atribuiría sobre el principal (matriz controlante) por las actuaciones que realizare el agente (la

---

<sup>118</sup> David Millon, “Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of the Limited Liability”, 22.

<sup>119</sup> Daniel J.H. Greenwood, “Understanding Respondeat Superior”, Hofstra University Page, acceso el 01 de noviembre de 2022, <https://sites.hofstra.edu/daniel-greenwood/understanding-respondeat-superior/>.

<sup>120</sup> David Millon, “Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of the Limited Liability”, 23.

<sup>121</sup> *Ver*, Frazier c. Bryan Memorial Hosp. Authority. Tribunal Supremo de Oklahoma. 29 de junio de 1989

<sup>122</sup> Stephen M. Bainbridge. “Abolishing Veil Piercing”, *Journal of Corporation Law*, 26, 3 (2001), 524

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> *Id.*, 528-529.

<sup>125</sup> Artículo 492, Código de Comercio.

compañía subordinada). En el caso ecuatoriano, dicha atribución se fundamentaría en el artículo 481 del Código de Comercio:

Art. 481.- (...) El agente por la prestación de sus servicios recibirá una retribución, **sin asumir**, salvo pacto en contrario, **el riesgo de las operaciones comerciales que desarrolla personalmente o a través de sus dependientes**<sup>126</sup>.

No obstante, si se analiza con detenimiento esta relación de agencia, se podrá ver que existen ciertos elementos que son esenciales para la existencia de un negocio jurídico (elementos inexistentes en la relación entre las compañías matrices con sus subordinadas). En primer lugar, se puede ver que en ningún supuesto se configura el consentimiento de las partes respecto de esta relación, por lo cual, no se podría hablar de una convención que genere obligaciones<sup>127</sup>. Por lo tanto, no existiría uno de los elementos esenciales de todo negocio jurídico (el consentimiento<sup>128</sup>) y, por ende, no cabría la atribución de responsabilidad por las actuaciones que realice un potencial agente.

Por otro lado, tampoco se llegaría a cumplir con otros requisitos que establece la normativa ecuatoriana, tales como como la solemnidad de celebrar el contrato de agencia por escrito<sup>129</sup>. De manera adicional, la aplicación de las reglas de la agencia para establecer responsabilidad no ha sido del todo utilizada, precisamente por las consecuencias poco prácticas que estas traen. Además de las consideraciones teóricas previamente expuestas, en la práctica, determinar esta vinculación será sumamente difícil, ya que el objeto principal del análisis, dentro de una supuesta relación de agencia, sería la existencia del control del principal sobre el agente<sup>130</sup>.

Se reitera que el mero control a través de vínculos de propiedad, por sí solo, no debería ser un factor determinante para imponer responsabilidad sobre una compañía matriz por las obligaciones de la compañía subordinada<sup>131</sup>. Existen una serie de argumentos que desvirtúan dicha posición.

En primer lugar, bajo esa premisa, la matriz, independientemente de lo sucedido, siempre debería responder como principal de la compañía subordinada, ya que la relación principal-agente se motivaría, de manera exclusiva, en la existencia de control por parte de

---

<sup>126</sup> Artículo 481, Código de Comercio (énfasis añadido).

<sup>127</sup> Luis S. Parraguez Ruiz. *El régimen Jurídico del Contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021), 81-82

<sup>128</sup> *Id.*, 375-376.

<sup>129</sup> Artículo 490, Código de Comercio.

<sup>130</sup> Stephen M. Bainbridge y M. Todd Henderson, *Limited liability, A legal and economic analysis*, 89.

<sup>131</sup> David Millon, “Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of the Limited Liability”, 19.



la primera<sup>132</sup>. En segundo lugar, si el control fuera el supuesto único para el establecimiento de responsabilidad, los tribunales siempre levantarían el velo societario y atribuirían responsabilidad a la matriz, y con mayor razón lo harían en las compañías de capital concentrado<sup>133</sup>, aspecto que podría resultar perjudicial para la realización de actividades empresariales legítimas<sup>134</sup>.

Finalmente, el hecho de establecer una relación de agencia entre los accionistas y la compañía o la matriz y su subordinada, dejaría sin sentido la constitución de compañías con personalidad jurídica propia y con responsabilidad limitada<sup>135</sup>. Por lo tanto, este ensayo concluye que las compañías matrices no podrían ser consideradas como agentes de las compañías subordinadas.

## **7.2. Responsabilidad ilimitada en los casos de daños.**

Entre otros autores, Henry Hansmann y Reinier Kraakman establecen que, con un régimen de responsabilidad ilimitada, se convierte a los accionistas en aseguradores de la responsabilidad extracontractual en la que pueda incurrir la compañía<sup>136</sup>, protegiendo a dichos acreedores involuntarios que no pudieron ajustar las condiciones de su crédito y reduciendo los supuestos riesgos que existirían al aplicar, sin beneficio de inventario, el principio de responsabilidad limitada<sup>137</sup>.

La imposición de responsabilidad ilimitada tampoco sería una solución eficiente. En primer lugar, este enfoque desincentivaría la constitución de compañías, ya que los inversionistas no estarían dispuestos a cubrir los riesgos operacionales de la compañía con su patrimonio personal<sup>138</sup>. En este sentido, se ha llegado a determinar que las ventajas que trae consigo la responsabilidad limitada son mucho mayores que los costos de eficiencia que ésta genera<sup>139</sup>.

La responsabilidad ilimitada actuaría como un desincentivo para el fomento de la actividad empresarial, ya que las personas no podrían limitar los riesgos que esta conlleva<sup>140</sup> o por lo menos tener una certeza de los riesgos que van a internalizar. Por otro lado, el establecimiento de esta hipótesis no permitiría la inversión pasiva, ya que los inversores, al

---

<sup>132</sup> Andrew Muscat, *The liability of the holding company for the debts of its insolvent subsidiaries*, 133.

<sup>133</sup> Stephen M. Bainbridge y M. Todd Henderson, *Limited liability, A legal and economic analysis*, 92.

<sup>134</sup> Sentencia No. 22-13-IN/20, Corte Constitucional del Ecuador, 09 de junio de 2020, párr. 61-72.

<sup>135</sup> Andrew Muscat, *The liability of the holding company for the debts of its insolvent subsidiaries*, 133.

<sup>136</sup> Henry Hansmann y Reinier Kraakman, “Toward unlimited shareholder liability for corporate torts”, 1882.

<sup>137</sup> Henry Hansmann y Reinier Kraakman, “Toward unlimited shareholder liability for corporate torts”, 1885.

<sup>138</sup> *Id.*, 1879.

<sup>139</sup> Stephen M. Bainbridge. “Abolishing the veil piercing”, 499.

<sup>140</sup> Eilís Ferran y Look Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law*, 17.

asumir todos los posibles riesgos que se deriven de la actividad empresarial, no tendrían un estímulo para que confíen a terceros la gestión de sus negocios<sup>141</sup>. A su vez, esto repercutiría directamente en el desarrollo económico, ya que no permitiría que las compañías puedan ampliar su base de capital y sus fuentes de financiación<sup>142</sup>.

Adicionalmente, se considera que esta postura no sería conveniente, ya que abarcar un régimen de responsabilidad ilimitada conduciría a que exista un aumento de los costos de transacción para los acreedores, quienes tendrían que comprobar la solvencia patrimonial y ejecutar las reclamaciones contra un gran número de accionistas o socios<sup>143</sup>. Por el contrario, la responsabilidad limitada, al permitir que los acreedores únicamente se fijen en el coste de capital de la compañía, sin duda ayudaría a reducir costos de transacción en la ejecución de actividades empresariales<sup>144</sup>.

Finalmente, este régimen limitaría la libre transferencia de acciones, pues para poder asumir personalmente los riesgos que conlleva cada actividad empresarial, los accionistas buscarán que la persona adquirente tenga una capacidad patrimonial similar a la del cedente<sup>145</sup>.

### **7.3. Responsabilidad empresarial del grupo corporativo**

La responsabilidad empresarial fue propuesta por Adolf Berle para imponer responsabilidad a la matriz por las actividades arriesgadas de sus filiales o subordinadas que beneficien al grupo corporativo<sup>146</sup>. Es decir, si la matriz se beneficiaba de la actividad imprudente que realizaba la subordinada, la matriz debería responder por los daños que esta operación hubiere generado<sup>147</sup>. Sin embargo, cabe señalar que el término de la responsabilidad empresarial puede tener varios significados.

Uno de ellos, como lo entiende Bainbridge, guarda relación con el establecimiento de una responsabilidad horizontal, lo que faculta a los acreedores a perseguir los activos de las otras subordinadas de un grupo corporativo<sup>148</sup>. Esta propuesta se realizó con el objeto de delimitar los efectos de la responsabilidad limitada de las subordinadas y su protección, ya

---

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> Eilís Ferran y Look Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law*, 18.

<sup>143</sup> *Id.*, 19.

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> *Id.*, 20.

<sup>146</sup> Dearborn, *Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups*, 200.

<sup>147</sup> *Ibid.*

<sup>148</sup> Stephen M. Bainbridge. “Abolishing the veil piercing”, 528-534.

que, caso contrario, la compañía matriz no está incentivada a prevenir los daños como consecuencia de la actividad empresarial<sup>149</sup>.

Esta doctrina plantea una solución al problema que tienen otras doctrinas (como la del levantamiento del velo societario) que se enfocan en aspectos abstractos que no suelen considerar la realidad económica de las compañías matices y subordinadas<sup>150</sup>. Por esta razón, el régimen de responsabilidad empresarial podría dar una solución más eficaz en el contexto de los grupos corporativos a problemas específicos que crea la responsabilidad limitada respecto de los acreedores extracontractuales<sup>151</sup>.

Lo que se busca con este tipo de responsabilidad es eliminar los formalismos de las entidades separadas del grupo empresarial y enfocarse en unir las realidades jurídicas y económicas que presentan estas estructuras en el mercado globalizado<sup>152</sup>. En este sentido, el principal enfoque que tiene este sistema de responsabilidad es considerar al grupo corporativo como una unidad económica unívoca y no cómo un conjunto de entidades independientes<sup>153</sup>.

Desde un ámbito procesal, considerar al grupo empresarial como una sola estructura permitiría a un acreedor de una subordinada reclamar su indemnización a cualquier miembro del grupo empresarial<sup>154</sup>. Este otro miembro puede ser la propia matriz o desde un punto de vista horizontal, una filial del grupo empresarial<sup>155</sup>. Este sistema es mucho más eficiente para dar solución a la responsabilidad por daños, ya que reasigna el riesgo y no permite que los grupos empresariales los externalicen, permitiendo una toma de decisiones de inversión eficiente<sup>156</sup>.

A pesar de aquellos aspectos, en este ensayo se considera que la atribución de responsabilidad por esta vía podría resultar controversial. Si bien podría facilitar el acceso a las víctimas de responsabilidad extracontractual para su respectiva indemnización, esta posición, al desconocer, de *iure*, la personalidad jurídica independiente de las compañías por el mero hecho de pertenecer a un grupo empresarial podría resultar atentatorio al principio de seguridad jurídica.

---

<sup>149</sup> Dearborn, Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups, 205.

<sup>150</sup> Dearborn, Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups, 209.

<sup>151</sup> *Id.*, 210.

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> *Ibid.*

<sup>154</sup> *Id.*, 211.

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> *Id.*, 212-213.

Bajo este enfoque, las otras compañías del grupo empresarial podrían sufrir, en cualquier momento, un menoscabo significativo dentro de su patrimonio e, incluso, caer en una situación de insolvencia por asumir la internalización ajena de esos riesgos. Dicho menoscabo individual podría actuar como un efecto dominó, haciendo que las otras compañías del grupo empresarial caigan en una situación similar con sus propios acreedores.

Por su parte, los acreedores de una compañía subordinada podrían verse incentivados a incrementar el número de demandas en contra del grupo empresarial en su conjunto, aspecto que podría distraer a los integrantes del grupo de las actividades administrativas, operacionales y de gestión del grupo para atender aquellas demandas que, en varias ocasiones, podrían resultar infundadas.

#### **7.4. El seguro de responsabilidad civil**

Como se vio en el apartado 6.2. del presente trabajo, el seguro de responsabilidad civil podría ser una buena solución para cubrir los daños que surjan con ocasión de la responsabilidad extracontractual de la subordinada insolvente. En contraposición a ello, en el presente apartado se desarrollarán algunas ideas respecto de por qué este mecanismo puede no resultar efectivo para solucionar el principal cuestionamiento de este trabajo.

El principal incentivo para contratar un seguro es la existencia de la aversión al riesgo, en dónde, por el pago de una prima a la compañía aseguradora, el empresario podría emprender en actividades mercantiles sin exponer el patrimonio de la compañía que ejecuta dichas operaciones.<sup>157</sup> Sin embargo, a pesar de cumplir aquel rol de garantía, un régimen de seguro obligatorio sería una alternativa ineficiente, dado que la imposición de una obligación de contratar un seguro obligatorio de responsabilidad civil impondría una seria barrera de entrada en el mercado para las compañías<sup>158</sup>.

Es decir, bajo un régimen de seguro obligatorio, para poder iniciar una actividad empresarial necesariamente se deberá incurrir en estos costos adicionales. Inclusive, se podría determinar la imposibilidad de operación ante falta de cumplimiento de dicho requerimiento<sup>159</sup>.

Sumado a ello, la existencia de un seguro obligatorio creará un incentivo adicional para la realización de actividades de alto riesgo, aspecto que, en última instancia, podría

---

<sup>157</sup> Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel. Limited liability and the Corporation, *The University of Chicago Law Review*, 52, 1 (1985),107

<sup>158</sup> *Id.*, 115.

<sup>159</sup> *Id.*, 115.

conducir a la realización de actividades más riesgosas, incrementándose, en consecuencia, el riesgo de la comisión de un daño a los acreedores extracontractuales<sup>160</sup>. Por las razones expuestas, se considera que la existencia de un seguro de responsabilidad civil no es una solución adecuada para los casos de los acreedores extracontractuales por daños en los grupos empresariales.

### **7.5. Responsabilidad directa de la matriz en caso de insolvencia de su subordinada**

En principio, la compañía matriz no debería ser responsable por las actuaciones de sus subordinadas, con base en la regla de la personalidad jurídica independiente<sup>161</sup>. No obstante, una sociedad matriz debería asumir responsabilidad directa con fundamento en la doctrina de los daños conjuntos. Esta responsabilidad conjunta de la matriz y la subordinada se ha planteado cuando la primera se encuentre íntimamente inmersa en las actividades de la segunda, siempre que exista una acción concertada en tal sentido. Es decir, el factor clave es el alcance del control ejercido<sup>162</sup>.

La doctrina del daño conjunto se ha utilizado en legislaciones como la anglosajona para atribuir responsabilidad a la compañía matriz que ha estado directamente involucrada en las actividades de la subordinada, o ha ejercido un control intrusivo<sup>163</sup>. En este sentido, se mira a ambas compañías como coautoras del daño<sup>164</sup>. Su fundamento surgió en la jurisprudencia inglesa por infracciones de patentes en el ámbito de la propiedad intelectual, en la Corte de Apelaciones en *Unilever plc v. Gillette (UK) Ltd.* y en el caso *Intel Corporation v. General Instrument Corporation*<sup>165</sup>.

En el caso ecuatoriano, la doctrina del daño conjunto podría materializarse a través de la indebida interferencia de la compañía matriz en su subordinada, con base en lo propuesto en el artículo 429.8 del Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización, Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo. Es decir, que la matriz ha interferido indebidamente en la subordinada para obtener un beneficio

---

<sup>160</sup> *Id.*, 107-108, 115.

<sup>161</sup> Andrew Muscat, *The liability of the holding company for the debts of its insolvent subsidiaries*, 130.

<sup>162</sup> *Id.*, 136-137.

<sup>163</sup> *Ibid.*

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> *Ibid.*

propio, causando un perjuicio a esta última<sup>166</sup>. El perjuicio se vería plasmado en la insolvencia e incapacidad de la subordinada para responder frente a terceros.

El estado de insolvencia de la matriz podría identificarse cuando se demuestre una conducta financieramente irresponsable de la matriz (por ejemplo, al haber atribuido un mayor número de pasivos a la compañía subordinada, derivado pérdidas a su estructura financiera o extraído los recursos sociales de la subordinada hacia su propio patrimonio).

En este sentido, el artículo 6.22 (b), Model Business Corporation Act<sup>167</sup> de Estados Unidos permite imponer responsabilidad directa y personal sobre las compañías con fundamento en sus conductas propias. Bajo aquel contexto, si la compañía matriz ha actuado de una forma negligente y dicha negligencia ha conducido a la insolvencia de una compañía integrante del grupo empresarial, la compañía matriz deberá responder por las obligaciones incumplidas de su subordinada. Esto, por su lado, concuerda con el principio o el deber de cuidado (*alterum non laedere*) que se debe observar en el derecho de daños.

Por otro lado, el criterio subsidiario que contempla la Ley 1116 de 2006 de la República de Colombia, parece ser insuficiente<sup>168</sup>. Esto debido a que, de acuerdo con la forma en que está redactada y como se les ha interpretado, solo se podría recurrir a la matriz, una vez que se ha seguido el proceso concursal de la subordinada y ha existido incumplimiento del pago o de alguna de las obligaciones ahí previstas<sup>169</sup>.

Se considera que, en los casos en que ya exista esta situación de insolvencia, la compañía matriz debería responder directamente y en conjunto con la subordinada respecto de aquellas acciones irresponsables en las que la compañía controlante ha incurrido. Respecto de las otras acciones o riesgos no previsibles (que podrían haber derivado en una insolvencia fortuita), la compañía matriz debería quedar cobijada por la responsabilidad limitada ya que, en aquellos casos, la compañía matriz no habría conducido a sus

---

<sup>166</sup> Daniel Roy-Gilchrist Noboa Azin, “Proyecto de Ley Reformativa a la Ley de Compañías para la Optimización, Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo”, Asamblea Nacional del Ecuador, 02 de septiembre de 2022, <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/64334ade-e4bc-48ff-8280-94668189b285/inf-2d-imp-emp-AN-CDEP-2022-0212-M.pdf>

<sup>167</sup> Ver, Corporate Laws Committee, *Model Business Corporation Act* (Chicago: ABA Publishing, 2020), numeral 6.22, literal b. Unless otherwise provided in the articles of incorporation, a shareholder of a corporation is not personally liable for the acts or debts of the corporation except that he may become personally liable by reason of his own acts or conduct.

<sup>168</sup> Artículo 61, Ley 1116 de 2006.

<sup>169</sup> Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, 342.

subordinadas a la insolvencia para obtener un beneficio injustificado en desmedro de la posición de los correspondientes acreedores de la subordinada<sup>170</sup>.

Finalmente, para facilitar al acreedor involuntario emplear este sistema de responsabilidad, se debería aplicar la presunción *iuris tantum* de la actuación irresponsable de la matriz que fue expuesta en apartados anteriores. Este régimen permitiría reducir los costos de transacción en los que tendría que incurrir el acreedor para conseguir la información de la situación de control y las pruebas para el efecto. Sumado a ello, permitiría reducir las asimetrías informacionales con las que contaría el acreedor involuntario para la determinación de una actuación conjunta entre ambas compañías.

## 8. Conclusiones y recomendaciones

En conclusión, una vez analizadas todas las teorías bajo las cuales se puede llegar a imponer responsabilidad a las compañías matrices por las obligaciones de sus subordinadas, se puede concluir que la vía más adecuada para ello es a través de la responsabilidad directa. Este enfoque permite a los acreedores demandar a la compañía matriz cuando haya ejercido actuaciones manifiestamente negligentes, con base en el control en sus subordinadas, siempre que dicha indebida interferencia hubiere conducido a una subordinada a una situación de insolvencia.

Las otras formas de establecimiento de responsabilidad se consideran ineficientes, ya que se contraponen manifiestamente con principios esenciales del Derecho Societario. La responsabilidad ilimitada desincentivaría la formalización de negocios y podría resultar un tanto arriesgada, particularmente en un contexto como el ecuatoriano en donde la mayoría de compañías son de capital concentrado.

Por su parte, la obligación de contar con un seguro de responsabilidad civil, si bien ofrece protección a los acreedores de la compañía (dado que podrían recibir una indemnización para cubrir eventuales daños), puede traer situaciones poco deseables para solucionar este problema. Uno de ellos, es la imposición de una barrera de entrada para la realización de actividades empresariales o la generación de un riesgo moral mayor para las compañías, induciéndolas a participar en actividades excesivamente riesgosas.

En un sentido similar, la responsabilidad empresarial tampoco sería una opción viable, dado que podría conducir a situaciones de oportunismo por parte de los acreedores y

---

<sup>170</sup> David Millon, “Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of the Limited Liability”, 63.

también llevar a una situación de inseguridad jurídica. En este sentido, se considera que la forma más adecuada para atribuir este tipo de responsabilidad es a través de la aplicación de la teoría de los daños conjuntos, pero con ciertas modificaciones.

Con base en las condiciones previamente establecidas para la determinación de responsabilidad, así como lo dispuesto en el numeral 6.22, literal b) de la *Model Business Corporation Act*, la teoría de los daños conjuntos podría ser mejorada e implementada en Ecuador. Para ello, deben concurrir tres elementos: i) el ejercicio de control intrusivo; ii) la insolvencia de la compañía subordinada; y, iii) una indebida interferencia o conducta financieramente irresponsable y negligente por parte de la matriz. Sólo con la concurrencia de esos tres factores se podría demandar responsabilidad directa de la matriz, en aplicación de la doctrina de daños conjuntos.

Estos tres factores permitirían imponer responsabilidad directa sobre la compañía matriz y permitiría a los acreedores extracontractuales de las compañías subordinadas recibir un mayor grado de protección. De manera adicional, sería oportuno establecer una presunción *iuris tantum* sobre la existencia de un control intrusivo, misma que podría ser desvirtuada por la compañía matriz. Esta inversión de la carga probatoria se fundamentaría en las asimetrías informacionales que existen entre los integrantes del grupo empresarial y los acreedores de una compañía subordinada integrante del mismo. Esta teoría se propone en el caso de que manifiestamente se verifique que la subordinada no podrá cubrir con la indemnización derivada de la responsabilidad extracontractual, precisamente por el tipo de daño realizado.

Esto faculta a que, por un lado, se eviten actuaciones oportunistas de la matriz sin tomar en cuenta los riesgos excesivos previsibles que deberán soportar los acreedores involuntarios sin ninguna compensación. Por otro lado, desde un enfoque *ex ante*, se establecerá un claro marco de disuasión del cometimiento de actuaciones financieramente irresponsables, reduciendo el alto grado de riesgo moral que se aumenta en los grupos empresariales.

Se recomienda que, en estas situaciones, se atribuya responsabilidad directa sobre ambas sociedades mercantiles que hayan ocasionado los daños en conjunto: la compañía que perpetró el acto y la verdadera inspiradora de un daño (la compañía matriz que ha interferido indebidamente en las operaciones de la compañía subordinada), con el fin de cumplir con el principio indemnizatorio. Este principio, a su vez, ya no sería desconocido o inobservado en los casos en que los autores de un daño hayan sido personas jurídicas protegidas por la responsabilidad limitada.



En este sentido, se permitiría preservar los atributos de la responsabilidad limitada y la personalidad jurídica independiente de las compañías integrantes de un grupo empresarial. Sin embargo, de manera excepcional dichos principios podrían quedar desvirtuados cuando exista una situación de insolvencia de una subordinada, generada por actuaciones irresponsables de la compañía matriz. Por lo que, se reitera que no se podría desconocer la responsabilidad limitada en un caso de insolvencia fortuita u ordinaria de una compañía subordinada, ocasionada por causas distintas a la intromisión indebida de la matriz en sus actividades operacionales.