



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**La discrecionalidad de los negocios en el Derecho
ecuatoriano.**

AUTORA:

María Gabriela Vivanco Loaiza

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TUTORA:

Abg. Marena Alexandra Briones Velasteguí, Mgs.

**Guayaquil, Ecuador
10 de febrero de 2023**



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **María Gabriela Vivanco Loaiza**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTORA

f. _____

Abg. Marena Alexandra Briones Velasteguí, Mgs.

DIRECTORA DE LA CARRERA

f. _____

Dra. Nuria Pérez Puig-Mir, Phd.

Guayaquil, a los 10 días del mes de febrero del año 2023



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **María Gabriela Vivanco Loaiza**

DECLARO QUE:

El trabajo de titulación: **La discrecionalidad de los negocios en el Derecho ecuatoriano**, previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografía. Consecuentemente, este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del trabajo de titulación referido.

Guayaquil, a los 10 días del mes de febrero del año 2023

LA AUTORA

f. 

María Gabriela Vivanco Loaiza



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, **María Gabriela Vivanco Loaiza**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación**, en la biblioteca de la institución, del trabajo de titulación: **La discrecionalidad de los negocios en el Derecho ecuatoriano**, cuyos contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 10 días del mes de febrero del año 2023

LA AUTORA:

f. _____


María Gabriela Vivanco Loaiza

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

REPORTE URKUND

Documento [Trabajo de titulación\(06_02-2023\).doc](#) (D158101470)

Presentado 2023-02-07 16:45 (-05:00)

Presentado por mgabriela.vivanco@gmail.com

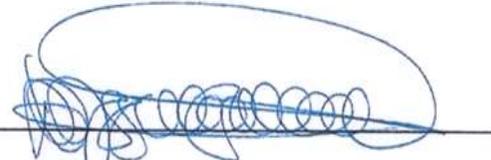
Recibido marena.briones.ucsg@analysis.orkund.com

Mensaje Fwd: Trabajo de titulación Ma Gabriela Vivanco [Mostrar el mensaje completo](#)

1% de estas 16 páginas, se componen de texto presente en 2 fuentes.

Categoría	Enlace/nombre de archivo
	Universidad Técnica Particular de Loja / (null)
	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / Tesis contenido_Nathaly Sanchez Orboa.docx
	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / DENISE RIOS Final.docx
	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / TESIS RIOS BRIONES.pdf
	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / Tesis Tere Manzano.docx
	https://www.tesisentes.net/bitstream/handle/10803-670047/Tesis%20Doctoral%20Jordis%20Paedra%20B

0 Advertencias. Reiniciar Compartir

f. 
Marena Alexandra Briones Velastegui

Tutora

f. 
María Gabriela Vivanco Loaiza

Estudiante

AGRADECIMIENTOS

A mis papás, quienes me han apoyado en todas mis metas y sueños; sin sus herramientas y sabios consejos no sería la persona que soy hoy en día.

A mi jefe, más que un jefe, mi amigo, gracias por toda la motivación, orientación y confianza brindada a lo largo de todos estos años trabajando juntos.

Un especial agradecimiento a Robert Córdova Cún, quién físicamente no se encuentra entre nosotros; sin embargo, debo mencionarlo, porque sin él no hubiera estudiado la hermosa carrera de la que me estoy graduando.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

Abg. RICKY JACK BENAVIDES VERDESOTO
OPONENTE

f. _____

Dr. LEOPOLDO XAVIER ZAVALA EGAS
DECANO

f. _____

Abg. MARITZA REYNOSO GAUTE, Mgs.
COORDINADORA DEL ÁREA

ÍNDICE

RESUMEN	IX
ABSTRACT	X
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO 1	3
LA DOCTRINA DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS NEGOCIOS	3
1.1. Panorama general.....	3
1.2. Origen	4
1.3. Fundamentos	7
1.4. Ordenamientos jurídicos que la han incorporado.....	8
CAPÍTULO 2	11
LA BUSINESS JUDGMENT RULE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO	11
2.1. Responsabilidades del administrador societario	11
2.2. La regla de discrecionalidad (o BJR): un límite a esa responsabilidad	12
2.3. Los presupuestos en la legislación ecuatoriana.....	15
2.3.1. Decisión incluida en las competencias y tomada con buena fe..	15
2.3.2. Decisión suficientemente informada y analizada.....	16
2.3.3. Decisión tomada en beneficio de los intereses de la compañía .	17
CONCLUSIONES.....	19
REFERENCIAS.....	20

RESUMEN

A lo largo de los años nuestro país ha incorporado diversas normas relativas a los deberes y obligaciones de los administradores societarios. Estas distintas regulaciones han sido implementadas con el fin de brindar y promover un mayor desarrollo económico empresarial. (Noboa Velasco, 2020)

Entre los fines de la administración también encontramos la necesidad de implementar políticas y medidas empresariales con el fin de impulsar el crecimiento de las empresas (Cebriá, 2009). Estas medidas y políticas son tomadas usualmente a base del menor riesgo posible, cuando, para el correcto desarrollo de la empresa, lo idóneo sería tomar las decisiones adecuadas incentivando mayores ingresos, sea mayor o menor el riesgo.

De esta manera, surgió la necesidad de incorporar una figura que estableciera límites al alcance de la responsabilidad de los administradores y representantes legales, otorgando mayor seguridad jurídica y mayor claridad sobre el concepto de la toma de decisiones corporativas. Esa figura es la denominada *Business Judgment Rule (BJR)*, que ha sido incorporada por la legislación ecuatoriana. El propósito de este trabajo es discutir los presupuestos en los que se basa en el marco de las previsiones normativas y doctrinarias de corte internacional, con el fin de sugerir acciones para una feliz aplicación de la BJR.

Palabras Claves: *Business Judgment Rule, Administradores Societarios, Discrecionalidad de Negocios, Diligencia en la Toma de Decisiones.*

ABSTRACT

Over the years, our country has incorporated various regulations regarding the duties and obligations of company administrators. These different regulations have been implemented in order to provide and promote greater business economic development. (Noboa Velasco, 2020)

Among the purposes of the administration, we also find the need to implement business policies and measures to promote the growth of companies (Cebriá, 2009). These measures and policies are usually taken based on the lowest possible risk, when, for the correct development of the company, the ideal would be to make the appropriate decisions by encouraging higher income, whether the risk is greater or less.

In this way, the need arose to incorporate a figure that established limits to the scope of the responsibility of administrators and legal representatives, granting greater legal certainty and greater clarity on the concept of corporate decision-making. This figure is the so-called Business Judgment Rule (BJR), which has been incorporated into Ecuadorian legislation. The purpose of this work is to discuss the assumptions on which it is based within the framework of international normative and doctrinal forecasts, in order to suggest actions for a successful application of the BJR.

Keywords: *Business Judgment Rule, Corporate Administrators, Business Discretion, Diligence in Decision Making.*

INTRODUCCIÓN

Existe una frase dentro del mundo de los negocios: a mayor riesgo, mayor rentabilidad. Esto define, precisamente, el propósito de la presente investigación: acoger la doctrina de la regla de discrecionalidad de los negocios en el derecho ecuatoriano, para fomentar la toma de riesgos en las decisiones empresariales por parte de los administradores societarios.

Los administradores de la empresa son designados por la junta de accionistas por medio de la asamblea general; son ellos quienes toman todas las decisiones importantes en la administración de una compañía, por lo que deben desempeñar sus funciones con máxima responsabilidad y diligencia. Es a los administradores a quienes se juzga en caso de que actúen negligentemente en la toma de decisiones empresariales o incurran en falta de sus deberes y obligaciones.

La discrecionalidad de los negocios, conocida como *Business Judgment Rule*, es una figura jurídica destinada a brindar un escudo protector para los administradores y representantes legales que actúan de buena fe en la toma de decisiones y cumplen adecuadamente con sus deberes y obligaciones.

Los administradores, asfixiados por las responsabilidades que conlleva administrar una sociedad, realizan lo mínimo para evitar futuros problemas legales. Por lo tanto, es importante delimitar su responsabilidad.

El Ecuador ha incorporado en su legislación la *Business Judgment Rule*. Su éxito dependerá de cómo sea aplicada; por eso, este trabajo se ha planteado revisar las consideraciones, que normativa y doctrinariamente suelen configurar los presupuestos básicos de dicha doctrina.

CAPÍTULO 1

LA DOCTRINA DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS NEGOCIOS

1.1. Panorama general

En este capítulo se analizará la doctrina denominada "discrecionalidad de los negocios" (conocida, sobre todo, como *Business Judgment Rule*; en adelante, simplemente BJR), una figura del derecho societario. Abordaré su significado, su origen y su fundamento, e incluiré un breve resumen de qué países han optado por incorporarla en sus legislaciones, con el propósito de dilucidar cómo funciona esta doctrina y cómo ha sido aplicada en distintas legislaciones.

El derecho societario es una rama del derecho privado que regula las empresas mercantiles y a sus representantes legales. El derecho faculta a las personas naturales y jurídicas a realizar actividades encaminadas al comercio. Como conocemos, las personas jurídicas son entes ficticios, sujetos de derecho con capacidad de goce y ejercicio, creados por la legislación.

En cuanto a la capacidad de goce, son los socios y accionistas de la compañía o persona jurídica quienes, de manera libre y voluntaria, deciden a qué se dedicará la empresa, cuál será su objetivo de creación y demás aspectos. La capacidad de ejercicio, por su parte, radica exclusivamente en los administradores y representantes legales; son ellos quienes tienen la capacidad de obrar y actuar en representación de la persona jurídica.

Al ser una persona natural quien representa a una persona jurídica, se ha visto la necesidad de evitar que, en el ejercicio del cargo, los administradores actúen de manera negligente o contraproducente para la empresa.

Dentro de las obligaciones que tienen los administradores y representantes legales de una compañía está la toma de riesgos con el fin de crecer empresarialmente. Sin embargo, en el día a día es imposible conocer de

antemano el desenlace de las decisiones o lo que una decisión empresarial podría desencadenar, aún si se ha actuado cuidadosa y diligentemente. (Gómez et al., 2019)

Existe una gran cantidad de demandas de responsabilidad contra los administradores societarios; estas suelen ser sumamente complejas, puesto que obligan a los jueces a analizar a fondo si las decisiones que los administradores tomaron fueron las mejores que se podían tomar en ese momento y en esas circunstancias, y si el comportamiento del administrador era el más idóneo.

Los jueces no conocen la realidad de la compañía, lo que podría desencadenar grandes consecuencias perjudiciales para los representantes legales y administradores, que toman decisiones analizadas y enfocadas con el único objetivo de mejorar e impulsar el negocio de la empresa que administran.

La BJR establece que los jueces no pueden analizar las decisiones empresariales de los administradores, esto es, si han ejercido o no su función con la debida diligencia; no pueden responsabilizarlos por los negocios o las decisiones que no resultaron de la manera esperada (Gómez et al., 2019). El incumplimiento de la obligación de administrar no puede valorarse en función de los resultados obtenidos, sino, más bien, por el apego a todos los principios de una correcta administración empresarial.

1.2. Origen

La BJR tiene su origen en el derecho jurisprudencial norteamericano. De acuerdo con las investigaciones realizadas, se originó en el caso Percy v. Millaudon, sentencia resuelta en Louisiana en el año 1829, en la que se estudió la responsabilidad de los administradores que alegaban ser víctimas de robo por parte de un tesorero. (Noboa, 2020, p.1)

Entre las consideraciones más relevantes hechas por la Corte está la de que las personas racionales e inteligentes no aceptarían ser administradores, si

no tuvieran un grado de conocimiento del cargo que desempeñarán; por tanto, no pueden declarar ignorancia o inexperiencia en su cargo. (Cebriá, 2009)

Más adelante, en el caso *Smith v. Van Gorkom*, la aplicación de esta doctrina se amplió hasta sostener que no podía atribuirse responsabilidad al administrador, si este probaba, mediante documentos, instrumentos y procedimientos, que actuó correctamente en la toma de sus decisiones. El juez dictaminó que no se podía determinar los hechos cuando el administrador actuaba a base de la buena fe. (Sabogal, 2012)

Como ha señalado Hernando Cebriá, esta doctrina se ha profundizado en la jurisprudencia norteamericana. En 1985 [*Unocal Corp. Vs. Mesa Petroleum Co.* (1985) Delaware], además de que la carga de la prueba recaía sobre el administrador, se instauraron dos requisitos: i) los administradores deben realizar una investigación razonable, a efectos de conocer los riesgos que la decisión pudiera causar a la sociedad; y ii) las medidas adoptadas deben ser razonables en atención al asunto empresarial planteado.

En años posteriores [*Revlon vs. Mac Anderews & Forbes Holding Inc.* (1986) Delaware; *Mills Acquisition Co. Vs. Macmillan Inc.* (1989) Delaware; *Paramount Communications Inc. Vs. QVC Network Inc.* (1994) Delaware], la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica destacó el papel importante de la “buena fe”, como una forma de limitar el control judicial por parte de los jueces y magistrados, estableciendo así una de las limitaciones contenidas en la *Business Judgment Rule*, pues, si existe ausencia de buena voluntad en las actuaciones de los administradores societarios, todo aquel que se considere perjudicado puede reclamar válidamente la inaplicabilidad de esta regla.

Además, en las sentencias *Unitrin Inc. Vs. American General Corp.* (1995) y Delaware; *Brehm vs. Eisner* (2000) Delaware cumplieron la tarea de delimitar el alcance de la racionalidad de las decisiones por parte del administrador societario, puesto que la jurisprudencia exigía reiteradamente que se aplique esta doctrina de la *Business Judgment Rule*. Sentencias en la que se sostuvo que una decisión es razonable cuando, por un lado, la decisión no es contraria al interés de la

sociedad, y, de otro lado, cuando, en esa misma decisión, existe una cierta proporcionalidad entre el riesgo asumido y la recompensa esperada. (Cebriá, 2009)

Esta regla, incorporada en varias sentencias norteamericanas, ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. En 2005, el caso *The Walt Disney Co. Derivative Litigation* (The Supreme Court of the State of Delaware. No. 411, 2005.) discutió la aplicación de la *Business Judgment Rule* cuando se demanda a un administrador por la toma de decisiones perjudiciales hacia la compañía. Este caso se basó en que Walt Disney contrató al señor Michael Ovitz como presidente no ejecutivo, y catorce meses después lo despidió debido a mala gestión e incumplimientos contractuales que el señor Ovitz aparentemente tuvo. Debido al despido injustificado le cancelaron la cantidad de \$17 millones. Ante este pago, los accionistas de la compañía presentaron una demanda alegando que debido a la mala gestión lo despidieron. (Van Thienen, 2010)

Sin embargo, los jueces concluyeron que las decisiones que toman los administradores siempre conllevan riesgos y consideraron el impacto que tales decisiones pueden generar sobre las prácticas de una buena administración societaria. Además, analizaron que juzgar las decisiones de los administradores a base de los resultados fomenta un comportamiento que va en contra del mercado y, por tanto, incentiva a la administración a tomar decisiones sin riesgo.

Por ello, la Corte determinó que la toma de decisiones en función del riesgo es el centro de toda gestión empresarial, priorizando la recompensa de esta decisión. Por tanto, es posible que los resultados de estas decisiones no siempre sean los más esperados. (Garreta Such, 2014)

No obstante, el American Law Institute, en sus *Principles of Corporate Governance*, ha establecido que los administradores de una compañía deben actuar de buena fe, de manera razonable y buscando el mejor interés de la compañía que administran. (Felipe Suescún De Roa, 2013, p.24)

De igual manera, han señalado que un administrador que toma una decisión de buena fe cumple con el deber de diligencia, siempre que, a su vez, cumpla con las siguientes condiciones: (1) no tener interés personal en la decisión de los negocios; (2) estar debidamente informado; y (3) razonablemente creer que la decisión ha sido tomada en el mejor interés de la compañía. Al cumplirse estos supuestos no hay posibilidad de que proceda una demanda contra los administradores, sustentada en una violación al deber de diligencia. (Suescún De Roa, 2013)

1.3. Fundamentos

El objeto de la doctrina del *Business Judgment Rule* es proteger a los administradores y representantes legales de la responsabilidad en la toma de una decisión que desencadenó un mal resultado económico para la empresa. Por tanto, un primer fundamento es incentivar a los administradores y representantes legales a tomar decisiones con mayor riesgo, logrando así un mayor desarrollo económico en la empresa que administran.

Como se ha mencionado, el deber de los administradores es administrar y representar a una compañía siguiendo los principios de diligencia y responsabilidad en su actividad. Entre estos deberes se encuentra implícito tomar medidas o decisiones que más favorezcan a la empresa que administran.

Como consecuencia de este sesgo, normalmente asociado a factores cognitivos, meta cognitivos y emocionales, los seres humanos y los jueces no son una excepción y tienden a exagerar las conductas que se habrían podido tomar a priori para evitar o, al menos, minimizar las consecuencias perjudiciales derivadas de una determinada conducta. (Gurrea Martinez, 2014)

Es decir que los jueces y los tribunales de justicia conocen del derecho, mas no del correcto desenvolvimiento de la empresa; por ello, no pueden conocer si en efecto la decisión económica elegida fue negligente o no. De acuerdo al tratadista Luis Fernando Sabogal, si el margen de revisión de los jueces es muy

amplio, ello se traduce en una amplia inseguridad jurídica en detrimento de las decisiones de empresa. (Empresa (Sabogal, 2012)

La presunción jurídica de esta doctrina establece que los administradores y representantes legales, antes de tomar una decisión empresarial, analizan si esta es más correcta o idónea para los fines de la empresa.

De acuerdo con la Corte Suprema del Estado de Delaware, Estados Unidos, cuando el administrador actúa de manera correcta e idónea, el juez no puede valorar la bondad de la decisión.

De esta manera, esta regla de la discrecionalidad de los negocios ofrece mayor seguridad y protección a los administradores y representantes legales que tomen decisiones basadas en la buena fe y con razones de calidad válidas e informadas.

1.4. Ordenamientos jurídicos que la han incorporado.

La legislación alemana fue la primera en incorporar la doctrina, incluyéndola explícitamente en la Ley de Sociedades Anónimas (Aktiengesetz) de 2005. En su artículo 93 expresa que, si una decisión se basa en la revisión y el análisis encaminado al mejor interés de la compañía, esta no se considerará como incumplimiento.

Tal como menciona Sabogal (2012), el margen de inmunidad que confiere esta disposición otorga una presunción de no responsabilidad del administrador, que se debe aplicar bajo un criterio de razonabilidad, siempre que se cumplan con los siguientes requisitos: (i) haberse informado previamente y, (ii) no haber ejecutado alguna acción motivada por intereses personales.

Portugal, en el año 2006, incorporó la *Business Judgment Rule* basándose en las reformas alemanas y las distintas sentencias estadounidenses. Reformó el artículo 72.7 de su Código de Sociedades Mercantiles (Código das Sociedades Comerciais), que, en la parte pertinente, menciona que, cuando se habla de la

responsabilidad de los administradores frente a la violación de deberes legales o contractuales con la empresa que administran, podrán ser excluidos de la responsabilidad cuando puedan probar que actuaron de manera informada y responsable. (Sabogal, 2012)

En el Reino Unido, como en los Estados Unidos de Norteamérica, es el poder judicial quien ha permitido la no intervención en asuntos de decisiones tomadas por administradores comerciales. Tanto así que la legislación no contiene referencia expresa a la *Business Judgment Rule*, sino a otro tipo de deberes y obligaciones de los administradores, entre los cuales hay algunos elementos similares a los de la BJR, tales como el principio de buena fe.

De igual manera, las legislaciones canadiense y australiana (*Consolidated Canada Business Corporations Act* o *Consolidated Ontario Business Corporation*, dentro del territorio canadiense, y la *Australia Corporations Act 2001* en Australia) han optado por no incluir expresamente la *Business Judgment Rule* en su legislación. Sin embargo, al igual que en el Reino Unido, sí incorporan elementos similares a los ya mencionados.

En España, previo a la incorporación de esta doctrina, el tratadista Hernando Cebriá planteó tres puntos principales, que justificaron la aplicación de esta doctrina en el régimen español: 1. Reducir la responsabilidad de los administradores en decisiones realizadas en beneficio de la empresa; 2. Existencia de mecanismos de mercado para asegurar la calidad de las decisiones; y, 3. Fortalecer el mercado de la administración empresarial. (Cebriá, 2009)

A base de ello, en el año 2010, mediante la Ley de Sociedades de Capital, se incorporó el deber de los administradores de actuar diligentemente en la toma de sus decisiones. El Tribunal Supremo de España menciona que el administrador no necesariamente debe de actuar dolosamente para ser responsable del daño, que basta con que haya generado una acción voluntaria y consciente, que puede ser meramente culposa, y que, en efecto, haya causado daño. (Corte Nacional de justicia, resolución 695, 2015)

Luego, en el año 2014, mediante reforma legal, se incorporó el concepto de la “protección de la discrecionalidad empresarial”. De esta manera, España es una de las legislaciones que sí adopta expresamente la *Business Judgment Rule*.

CAPÍTULO 2

LA *BUSINESS JUDGMENT RULE* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

2.1. Responsabilidades del administrador societario

La principal función que cumplen los administradores societarios es la de administrar la empresa. Administrar significa realizar actos que, además de conservar el patrimonio social, pueden producir mayores beneficios a la empresa que administran. (Farina, 1980)

En este sentido, la Ley de Compañías (Congreso Nacional, 1999) ecuatoriana, en su artículo 258, señala que quien ocupa el cargo de administrador societario debe tener la capacidad legal necesaria para desempeñar dicho cargo.

De igual manera, en la Doctrina 42 se menciona que el administrador societario es quien administra las operaciones de la empresa, lo que significa que es la persona que administra, dirige, aprueba y suspende las operaciones o negocios de la empresa. (Superintendencia de Compañías, 2018)

Por tanto, la administración es un proceso que conlleva la responsabilidad de planificar y dirigir eficazmente las actividades de una empresa, con el fin de lograr un objetivo en particular. Este proceso es dirigido por una persona natural, quien ejerce el cargo de representante legal de la compañía, es quién está autorizado para actuar en representación de la empresa que administra.

El administrador es el mandatario de la compañía que representa; por tanto, existe una relación civil contractual entre el administrador y la compañía. En virtud de esta relación contractual, los accionistas de la compañía pueden reclamar civilmente la mala administración que ejerce su mandatario.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se establecen los deberes y obligaciones de los administradores; entre ellos encontramos que el artículo 29

del Código Civil (Congreso Nacional, 2005) menciona que el administrador debe dirigir su empresa como un buen padre de familia. Por tanto, es responsable de culpa o descuido leve, es decir, es responsable de la falta de diligencia y cuidado de la que, normalmente, se tiene en una compañía.

En el artículo 2033 del mismo cuerpo legal se reitera lo anterior estableciendo que el mandatario o administrador es responsable de la culpa leve en el ejercicio de sus funciones, especialmente si recibe una remuneración.

Por otro lado, el artículo 128 de la Ley de Compañías (Congreso Nacional, 1999) menciona que el administrador de la compañía es el responsable de los daños y perjuicios causados por dolo, abuso de facultades, negligencia grave o incumplimiento de la ley o del estatuto de la compañía.

2.2. La regla de discrecionalidad (o BJR): un límite a esa responsabilidad

El 10 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, cuyo artículo 48 sustituyó íntegramente el artículo 262 de la Ley de Compañías con el siguiente texto:

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

En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la compañía la información que fuere necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones.

De acuerdo con la regla de la discrecionalidad, en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya

actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. Se presumirá que el administrador ha actuado conforme a la regla de la discrecionalidad, salvo prueba en contrario que demuestre actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés. La carga de la prueba recaerá sobre quien alega la responsabilidad del administrador. (Congreso Nacional, 1999, p.46).

Como se puede apreciar en este artículo, la *Business Judgment Rule* fue incorporada como "regla de discrecionalidad en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio", y, bajo ella, el estándar de diligencia administrativa empresarial fue configurado con los siguientes presupuestos: 1) actuación de buena fe, 2) sin interés personal en el objeto de la decisión, 3) con información suficiente, y 4) siguiendo un procedimiento de decisión adecuado.

A su vez, en el artículo 49 del mismo cuerpo legal, actual 262.1 de la Ley de Compañías, incorpora el deber de lealtad y los supuestos que configuran dicho deber de la siguiente manera:

Deber de lealtad. - Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la compañía.

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

- a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.
- b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él y hasta por un año contado a partir de su desvinculación, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

c) Abstenerse de contratar o negociar, directa o indirectamente, con la compañía que administrare, salvo las excepciones previstas en el artículo 261 de esta Ley; y de incurrir en las prohibiciones enumeradas en el artículo 243 de esta Ley;

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio, juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros; y,

e) Adoptar las; medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la compañía.

La infracción del deber de lealtad, resuelto en sede judicial, determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social en caso de haberlo, sino también la de devolver a la compañía el enriquecimiento injustificado obtenido por el administrador, cuando correspondiere. (Congreso Nacional, 2021, p.46).

En nuestro ordenamiento jurídico, desde antes de la incorporación de la *Business Judgment Rule*, los administradores corporativos estaban ya obligados a cumplir ciertas obligaciones y responsabilidades, entre ellas a ser diligentes y prudentes en la toma de decisiones, lo que implica que deben actuar con responsabilidad, profesionalidad e integridad y, sobre todo, tomar decisiones de buena fe para el bien común de la sociedad y no para el beneficio personal. (Noboa, 2020, p.1)

Una vez incluida esta doctrina en nuestra legislación, es necesario tomar las medidas adecuadas para la aplicación de los lineamientos específicos por las cuales un administrador pudiera ser absuelto o imputado por su actuación. Con ese fin, pasaré a examinar cada uno de los cuatro presupuestos previstos en nuestra legislación a la luz de consideraciones normativas y doctrinarias internacionales, no sin antes ofrecer una mirada general sobre ellos.

Con respecto a la legislación española, la Comisión de Aldama publicó en el año 2003 el informe de la Comisión Especial para el Fomento de la

Transparencia y Seguridad en los Mercados Financieros y en las Sociedades Cotizadas, en el que se impulsaba la aplicación de la doctrina y en el que se establecieron tres deberes importantes para su aplicación: 1. Un deber de justificación razonable de la decisión a tomar; 2. Un deber de diligencia y lealtad a la empresa que se administra, actuar de buena fe; y, 3. Un deber de tomar decisiones de acuerdo con la realidad de la empresa. (San Martín García & Fernández Fernández, 2015)

Así mismo, en los Principios de Gobierno Corporativo desarrollados por el American Law Institute se concibió a la *Business Judgment Rule* como “un puerto seguro”: una vez cumplidos los presupuestos de la norma, los administradores tendrán la seguridad de que no se les podrá exigir responsabilidad alguna. (Roncero Sánchez, 2017)

En Ecuador, el profesor Óscar del Brutto menciona que, para aplicarse esta doctrina, deben cumplirse tres requisitos: 1. Decisión tomada con buena fe; 2. Decisión tomada con información suficiente; y, 3. Previa a la toma de la decisión debe desarrollarse un procedimiento adecuado de análisis. (del Brutto, 2022)

Teniendo en cuenta la jurisprudencia extranjera y la doctrina de varios tratadistas se puede concluir que se deben cumplir tres condiciones básicas para la aplicación de la doctrina de la *Business Judgment Rule*: 1. Debe ser una decisión que esté dentro de las competencias de los administradores y regida a base del principio de la buena fe; 2. Debe haberse tomado la decisión con suficiente información y análisis previos; y, 3. La decisión debe ser en beneficio de los intereses de la compañía. De tal manera que el administrador societario no será responsable del éxito o fracaso de ninguna decisión, si la decisión fue tomada de acuerdo con las tres condiciones ya mencionadas.

2.3. Los presupuestos en la legislación ecuatoriana

2.3.1. Decisión incluida en las competencias y tomada con buena fe

La buena fe se refiere a las reglas básicas de comportamiento que deben tener las personas. En este caso, los administradores societarios deben actuar de

acuerdo a los deberes de lealtad y diligencia necesarias para el correcto funcionamiento de la sociedad, así como a que las decisiones estén caminadas a los intereses y objetivos de la compañía.

Por tanto, al evaluar la diligencia de una decisión tomada por un administrador, es importante determinar qué acciones o decisiones son contrarias a la buena fe.

Cuando el administrador actúa de buena fe, tiene presente el deber de exigir y el derecho de recabar, de la compañía, la información que fuere necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones, siempre tomando en consideración que todas las decisiones que adoptará tendrán una consecuencia, que puede ser tanto positiva como negativa dependiendo de las acciones ejecutadas por el administrador.

Asimismo, el mencionado artículo hace referencia a la regla de la discrecionalidad que debe cumplir el administrador a base de un estándar de diligencia y de una actuación de buena fe, donde no exista algún tipo de interés personal en el asunto objeto de la decisión empresarial.

La regla de la discrecionalidad se presume y se desvirtúa cuando existe prueba en contrario de actuaciones administrativas ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés. Es relevante mencionar esto, puesto que, para probar la responsabilidad del administrador que haya actuado en contra del principio de buena fe, la carga procesal le corresponde a la persona que lo acusa de actuación ilegal, negligente o arbitraria.

2.3.2. Decisión suficientemente informada y analizada

Examinar si las actuaciones fueron previa y ampliamente analizadas es un elemento primordial para eximir de cualquier responsabilidad al administrador. Martín Abdala señala que los administradores societarios deben actuar con profesionalidad, invertir tiempo y esfuerzo, buscar asistencia técnica de ser el

caso, antes de tomar una decisión, de tal manera que logren tener conocimiento suficiente que les ayude a tomar la decisión empresarial. (Abdala, 2014)

Es muy distinta una decisión bien informada y analizada que conlleve una mala consecuencia, a una decisión tomada de forma inconsciente y desinformada que acarree una mala consecuencia. Por ello, los administradores societarios deben estar lo suficientemente informados sobre los pros y los contras de la decisión que van a tomar, de tal manera que eviten tomar decisiones perjudiciales para la compañía que administran.

La doctrina de la *Business Judgment Rule* protege a los administradores que toman decisiones racionales y prudentes, decisiones menos intuitivas. Lo importante es que el administrador societario aplique una ponderación razonable sobre los riesgos a asumir, se informe del tema, solicite asistencia técnica si es requerido, es decir, que tome la decisión respectiva una vez que tenga un fundamento analítico. (Garreta Such, 2014)

2.3.3. Decisión tomada en beneficio de los intereses de la compañía

Las decisiones tomadas por el administrador societario deben ser tomadas únicamente en beneficio e interés de la empresa que administra, mas no en el interés propio. Con este presupuesto se asegura que todas las decisiones tomadas por los administradores son en beneficio de la empresa; para ello es importante que el administrador sea neutral, independiente e imparcial al momento de la toma e implementación de sus decisiones. (Fatsini Durán, 2015)

Si se verifica que las decisiones operativas del administrador están justificadas, el juez no podrá revisar las decisiones operativas tomadas por el administrador en el ejercicio de sus funciones. En tales casos, el administrador solo necesita demostrar que su decisión se tomó después de un proceso adecuado e informado, en lugar de centrarse en los beneficios o daños de la decisión. (Ventoruzzo et al., 2015)

Los ejecutivos de una empresa ecuatoriana no son responsables por cualquier pérdida o daño que pueda derivarse de sus decisiones empresariales, siempre que la decisión se tome de manera razonable, objetiva e informada, salvo que se pruebe abuso, ilegalidad o acciones erróneas tomadas debido a un conflicto de interés.

En caso de controversia, la carga de la prueba recaerá en el demandante para demostrar que el conflicto de interés está relacionado con una conducta maliciosa, ilegal o deficiente, que socava la presunción de discrecionalidad.

Por lo tanto, si el administrador actúa con otros intereses, distintos al del beneficio de la empresa que administra, este presupuesto flaqueará, aún en el caso de que estos intereses no sean propios sino de terceros. Este presupuesto está destinado a limitar las actuaciones de los administradores, buscando siempre lo mejor para la sociedad.

CONCLUSIONES

- Actualmente, nuestro país se encuentra atravesando una gran crisis económica, debido a la recesión ocasionada por la emergencia sanitaria causada por el COVID-19. En este contexto, el gobierno busca implementar varias regulaciones normativas, todas ellas en búsqueda de un mayor desarrollo para el país. (Banco Mundial, 2022)
- Por ello, el Estado ecuatoriano debe incentivar la inversión y la innovación, garantizar la seguridad jurídica de los administradores que buscan un impacto positivo en la economía de sus empresas y, por tanto, del país, es decir, incentivar la toma de riesgos empresariales para obtener el mejor desarrollo económico de la compañía y del país.
- En el sentido de lo antes expresado, es satisfactoria la incorporación de la *Business Judgment Rule* en la legislación ecuatoriana.
- El reconocimiento de la regla de discrecionalidad es un gran avance en la legislación ecuatoriana. Bajo esta disposición, los administradores están protegidos cuando toman decisiones comerciales siempre que lo hagan bajo los presupuestos legales.

REFERENCIAS

- Abdala, M. (2014). La aplicación de la denominada business judgment rule en el derecho argentino. *Revista de derecho de la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina)*, 264 - 284.
- Aguila-Real, J.A. (2017). "Roncero sobre la Business Judgment Rule". *Derecho Mercantil España*, 15 de marzo. Obtenido de: <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2017/03/roncero-sobre-la-business-judgment-rule.html>. (Visitado: diciembre 12, 2023).
- Cebriá, L. H. (2009). El Deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. *Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales*(106), 222.
- Código Civil del Ecuador. Registro Oficial Supremo No. 46 de 24 de junio de 2015.
- del Brutto, O. (2022) "Regla de discrecionalidad," *El Universo*, 12 Abril. Obtenido de: <https://www.eluniverso.com/opinion/columnistas/regla-de-discrecionalidad-nota/>. (Visitado: diciembre 12, 2023).
- Farina, J. (1980). *Tratado de Sociedades Comerciales* . Rosario (Argentina): Editora Zaus.
- Fatsini Duran, A. (04 de 09 de 2015). El deber de diligencia de los administradores y la incorporación de la Business Judgment Rule en nuestro ordenamiento. *Tesis de grado Universitat Rovira I Virgili (URV)*. Tarragona, España.
- Garreta Such, J. M. (2014). la diligencia y responsabilidad de los administradores y la contabilidad. *Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales*.
- Gómez , A., Miranda , P., & Sant, M. P. (30 de 06 de 2019). Business judgment rule: origen, aplicación y desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano. Obtenido de Repositorio Institucional - Pontificia Universidad Javeriana: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/43790/2.%20Gomez-Miranda-Santacruz.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.

- Gurrea Martínez, A. (2014). La cuestionada deseabilidad económica de la *Business Judgment Rule* en el derecho español. *Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo*, 33.
- Ley de Compañías. Tercer Suplemento del Registro Oficial 347, 10-XII-2020.
- López Medina, D. (2003). *Teoría Impura del Derecho*. Bogotá: Universidad de Colombia y Universidad de los Andes.
- Noboa Velasco, P. (2020). Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano. *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF)*, 37.
- Resolución 695/2015. El Tribunal Supremo de España, 11 de Diciembre de 2015.
- Ribas Ferrer, V. (2012). Deberes de los administradores en la Ley de sociedades de capital. *Revista de Derecho de Sociedades*, 73-153.
- Sabogal, L. F. (2012). El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿es aplicable la “regla del buen juicio empresarial”. *E-mercatoria*, 11(1), 102-163.
- San Martín García, I., & Fernández Fernández, J. (2015). El gobierno de las sociedades cotizadas: los códigos de buen gobierno como herramienta para mejorar la transparencia y la eficacia empresarial. *Tesis de grado*. Madrid, España: Universidad Pontificia Comillas de Madrid.
- Suescún De Roa, F. (2013). The Business Judgment Rule en los Estados Unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva. *Vniversitas* (127), 341-371.
- Superintendencia de Compañías. (10 de 2018). Doctrina No. 42 Atribuciones y limitaciones legales y estatutarias de los administradores. *Gaceta Societaria*.
- Van Thienen, P. A. (2010). Responsabilidades del director por decisiones de negocios y la regla del *Business Judgment*. ¿Es posible bajo la ley de sociedades? (Enseñanzas del caso Walt Disney). *CEDER Law & Finance*(43).

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Vivanco Loaiza, María Gabriela**, con C.C: 0704619923 autora del trabajo de titulación: **La discrecionalidad de los negocios en el Derecho ecuatoriano**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación, para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 10 de febrero del 2023

f. 

Vivanco Loaiza, María Gabriela

C.C. No. 0704619923

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La discrecionalidad de los negocios en el derecho ecuatoriano.		
AUTOR(ES)	María Gabriela Vivanco Loaiza		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Marena Alexandra Briones Velasteguí		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	10 de febrero del 2023	No. DE PÁGINAS:	21
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Societario y Mercantil		
PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:	Business Judgment Rule, Administradores Societarios, Discrecionalidad de Negocios, Diligencia en la Toma de Decisiones.		
RESUMEN:	<p>A lo largo de los años nuestro país ha incorporado diversas normas relativas a los deberes y obligaciones de los administradores societarios. Estas distintas regulaciones han sido implementadas con el fin de brindar y promover un mayor desarrollo económico empresarial. (Noboa Velasco, 2020)</p> <p>Entre los fines de la administración también encontramos la necesidad de implementar políticas y medidas empresariales con el fin de impulsar el crecimiento de las empresas (Cebriá, 2009). Estas medidas y políticas son tomadas usualmente a base del menor riesgo posible, cuando, para el correcto desarrollo de la empresa, lo idóneo sería tomar las decisiones adecuadas incentivando mayores ingresos, sea mayor o menor el riesgo.</p> <p>De esta manera, surgió la necesidad de incorporar una figura que estableciera límites al alcance de la responsabilidad de los administradores y representantes legales, otorgando mayor seguridad jurídica y mayor claridad sobre el concepto de la toma de decisiones corporativas. Esa figura es la denominada <i>Business Judgment Rule (BJR)</i>, que ha sido incorporada por la legislación ecuatoriana. El propósito de este trabajo es discutir los presupuestos en los que se basa en el marco de las previsiones normativas y doctrinarias de corte internacional, con el fin de sugerir acciones para una feliz aplicación de la BJR.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-7-2929827	E-mail: mgabriela.vivanco@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza		
	Teléfono: +593-4-2222024		
	E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			