

CASO No. 2022-001

MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A.  
(DENUNCIANTE)

DIEGO FERNANDO LAVALLE NÚÑEZ  
(DENUNCIADO)

En Quito DM, 6 de enero de 2023, las 11h57

**DECLARACIONES PREVIAS**

**PRIMERA.- VALIDEZ DE LAS ACTUACIONES DEL COMITÉ AL AMPARO DEL REGLAMENTO OPERATIVO INTERNO ADMINISTRATIVO DEL COMITÉ DISCIPLINARIO DE LAS BOLSAS DE VALORES DE GUAYAQUIL QUITO.-** El Comité Disciplinario de la Bolsa de Valores de Quito, es la instancia competente para evaluar, analizar, resolver acerca de infracciones al Código de Ética y a la normativa legal de los partícipes de mercado de valores que tienen actuación y relación con la Bolsa de Valores de Quito. *Esta potestad reglamentaria se encuentra determinada en el Reglamento General de las Bolsas de Valores de Quito y Guayaquil*, emitido mediante resolución de los directorios de ambas bolsas el 29 de junio de 2016 y aprobado por la Superintendencia de Compañías el 3 de abril de 2017 y, en el Reglamento Operativo Interno Administrativo del Comité Disciplinario de Quito y Guayaquil que contempla el procedimiento a seguir en el caso de presencia de conflictos de interés de un integrante frente a un caso puesto a su análisis.

**SEGUNDA.- ÁMBITO DE APLICACIÓN, SUJETOS PASIVOS Y EXCLUSIONES DEL COMITÉ DISCIPLINARIO.-** El Comité Disciplinario de la Bolsa de Valores de Quito es una instancia nombrada por el Directorio de la Bolsa de Valores de Quito, que actúa de manera independiente y que fundamenta su competencia y accionar en el marco normativo vigente. La principal fuente de competencia es el Reglamento General de las Bolsas de Valores de Quito y Guayaquil que de manera explícita en su artículo 159 señala con claridad que "*Serán sujetos pasivos de los procesos disciplinarios las casas de valores, las Bancas de Inversión y los operadores de valores autorizados a operar en Bolsa*"; para abundar en su artículo 156 ibídem define las funciones del Comité disciplinario y así

CASO No. 2022-001

también su último párrafo ibídem menciona la siguiente exclusión: “*El órgano disciplinario de cada Bolsa no podrá conocer de los asuntos que la Ley atribuye a otros organismos de control, o a la potestad judicial o arbitral*”.

**TERCERA.- VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO.-** Este proceso disciplinario ha sido tramitado de conformidad con las disposiciones contenidas en el Reglamento General de las Bolsas de Valores de Quito y Guayaquil, emitido mediante resolución de los directorios de ambas bolsas el 29 de junio de 2016 y aprobado por la Superintendencia de Compañías el 3 de abril de 2017. Lo anterior en plena concordancia con el Libro Segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero. Específicamente el artículo 43 de la Ley de Mercado de Valores, las normas de autorregulación y las disposiciones supletorias. En el trámite de este caso se ha observado las solemnidades sustanciales y se ha observado las garantías constitucionales del debido proceso puntualizadas en el artículo 76 de la Constitución de la República, por lo tanto las actuaciones procesales, las instancias definidas y las providencias emitidas son válidas, hasta llegar al momento de resolver, lo cual se declara en este momento procesal.

**CONSIDERACIONES RESOLUTIVAS**

**1. ANTECEDENTES.-**

Con comunicación No. AUT/0000451 de fecha 22 de julio de 2022, remitida vía correo electrónico de fecha 27 de julio de 2022, la Bolsa de Valores de Quito al amparo del Artículo 7 del Reglamento Operativo Interno Administrativo del Comité Disciplinario corre traslado de este caso al Comité Disciplinario, proceso signado 2022-001, dejando constancia que MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A. a través de su Gerente General y Representante Legal presentó un reclamo ante la administración de la Bolsa de Valores de Quito en contra del señor Diego Lavalle Núñez

2. El reclamo presentado por MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A. a través de su representante legal, señora Daniella Cruz, en antecedentes menciona “El 02 de Enero de 2022, el señor Diego Fernando Lavalle Núñez suscribió un Contrato de Asesoría Comercial & Financiera con Mercapital, en el cual, constan estipulaciones referentes a temas bursátiles, trading y procesos de estructuraciones, así, entre otros, se obligaba a: i) No realizar alianzas estratégicas o prestación

CASO No. 2022-001

de servicios con otra casa de valores relacionados con el corretaje bursátil, ni emisiones de deuda en el mercado de valores; ii) Guardar y mantener la más estricta confidencialidad sobre la información a la que tenga acceso; iii) No utilizar la información a la que se tenga acceso para fines distintos a los planteados en el contrato, o revelar dicha información o materiales a terceras personas; iv) Guardar absoluta confidencialidad respecto de toda la información proporcionada por las partes u otra obtenida en la ejecución de sus funciones, según consta en la copia del convenio adjunto”

3. La pretensión que consta en el reclamo presentado por la señora Daniella Cruz reza *“Solicito ante su Autoridad, que se inicie un proceso disciplinario en contra del señor Diego Fernando Lavalle Núñez y que se emita el dictamen correspondiente que sancione la transgresión de las normas de autorregulación del reglamento General de la bolsa de Valores de Quito (Título IV) que incorpora el Código de Ética de la referida Bolsa”*

#### 4. FUNDAMENTOS DE HECHO.-

Con providencia 002 de fecha 13 de septiembre de 2022 a las 12h45, este Comité avocó conocimiento de la causa y dispuso el reconocimiento de firma y rúbrica puesta al pie del reclamo dirigido a la Comité Disciplinario de la Bolsa de Valores de Quito firmado por la señora Daniella Cruz

5. Con providencia 004 de fecha 23 de septiembre de 2022 este Comité calificó la denuncia y los cargos presentados en este proceso y la admite a trámite para conocer y resolver respecto de los cargos formulados de los que se presume el señor Diego Lavalle Núñez ha vulnerado al menos las siguientes disposiciones legales y reglamentarias:

- Reglamento General de las Bolsa de Valores de Quito, Título IV, Código de Ética, Artículo 44,45,46 literales b, f, h, k, l, m; Artículo 47 literal j

6. Con oficio confidencial y reservado No. 2022-003 de 23 de septiembre de 2022, este Comité notificó el auto de inicio al denunciado/investigado a las respectivas casillas electrónicas que constan registradas en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y, adicionalmente en la misma fecha, lo hizo de forma física en el domicilio societario de Diego Fernando Lavalle Núñez registrado en la Superintendencia de Compañías. Con el auto de inicio de este proceso, se dispuso que el denunciado/investigado emita su contestación a los cargos presentados en el término de diez días, es decir hasta el 7 de octubre de 2022

CASO No. 2022-001

7. Con oficio confidencial y reservado No. 2022-005 de fecha 27 de septiembre este Comité notificó este proceso a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. En respuesta de esta notificación se desprende el trámite No. 108135-0041-22
8. Con fecha 7 de octubre de 2022, se recibió en la Bolsa de Valores de Quito S.A., de parte del señor Diego Lavalle Núñez, contestación al auto de inicio del proceso disciplinario, y en consecuencia a los cargos que se le imputan.
9. Con providencia 006 de fecha 14 de octubre de 2022, se apertura la etapa de prueba y se dispone que los señores María Daniella Cruz Navas y Diego Lavalle Núñez comparezcan a rendir su testimonio ante este comité, el día 19 de octubre de 2022 a las 09h00 y 10h00 respectivamente.
10. Con fecha 19 de octubre de 2022 las 09h00 y 10h00 se receiptó los testimonios de los señores Daniella Cruz Navas y Diego Lavalle Núñez
11. Con providencia 007 de fecha 27 de octubre de 2022, este Comité aceptó la solicitud presentada por los señores Daniella Cruz y Diego Lavalle, y amplió el término de prueba por cinco días más a contarse a partir del lunes 31 de octubre de 2022

**12. Contestación del denunciado/investigado**

Con fecha 7 de octubre de 2022, mediante ingreso de documentos en la Bolsa de Valores de Quito, notificado a este comité por el doctor Hector Almeida el mismo día, comparece el señor Diego Lavalle Núñez a través de un escrito debidamente firmado donde menciona *"Durante los primeros meses del 2022, la compañía MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A. y la compañía VPP PLUS SAS suscribieron un contrato de asesoría comercial y financiera. El contrato fue firmado por mí, en mi calidad de Gerente General de esta última y no a título personal (...)el contrato de asesoría legal y financiera era un contrato que vinculaba a dos compañías para que la una reciba asesoría de la otra. El referido contrato no me vinculaba directamente a mí, Diego Lavalle Núñez, con MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A. como se indica de manera equivocada en el reclamo"*

*"Como señala la propia reclamante, el 13 de mayo de 2022, MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A., en aplicación de la cláusula tercera, dió por terminado de forma unilateral el Contrato de Asesoría Comercial y Financiera que mantenía no conmigo, sino con la compañía VPP PLUS SAS"*

CASO No. 2022-001

**13. Actuación de pruebas**

Dentro del término probatorio que le fue notificado a las partes, este Comité recibió testimonio de la señora Daniella Cruz, Representante Legal de MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A. y del señor Diego Lavalle Nuñez el día 19 de octubre de 2022.

14. Así también se incorporaron al proceso documentos de prueba presentados por Daniella Cruz Navas y Diego Lavalle Nuñez con fecha 8 de noviembre de 2022. Los documentos presentados por la señora Daniella Cruz Navas fueron los siguientes: a. Certificaciones de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros relacionada a la cancelación e inscripción de operadores de valores de los señores Diego Fernando Lavalle Nuñez, María Elsa Mogollón Terán y Ximena Alexandra Moreno Castro; b. Listado de accionistas de la compañía Probroskers S.A. Casa de Valores; c. Certificación del Secretario de la junta de accionistas de MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A.; d. Estatuto de Mercapital S.A. Asesores integrales; e. Correos materializados de la cuenta de correo electrónico [dlavalle@mercapital.ec](mailto:dlavalle@mercapital.ec); e. Fiel copia del original del contrato de asesoría comercial & financiera suscrito por MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A. y VPP PLUS SAS.

15. En cuanto a las pruebas presentadas por el señor Diego Fernando Lavalle Nuñez, los documentos son los siguientes: a. Declaraciones de IVA de la compañía VPP PLUS SAS; b. Circular 092-002 de la Bolsa de Valores de Quito de fecha 17 de mayo de 2022; c. Circular 093-002 de la Bolsa de Valores de Quito de fecha 18 de mayo de 2022; d. Comunicaciones suscritas por los señores María Elsa Mogollón, Jose Ignacio Mora y Ximena Moreno; e. Certificación suscrita por José Jiménez; f. Certificaciones de Teojama Comercial y del señor Fabián Gallardo Guerra; g. Correos materializados de fecha 7 de julio 2022, 18 de agosto de 2022, 27 de junio de 2022, 31 de octubre de 2022, 7 de noviembre de 2022; f.

**16. Audiencia de Alegatos**

MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A. a través de su Representante Legal señora Daniella Cruz Navas, solicitó que se convoque audiencia de alegatos, petición que fue aceptada por este Comité y, para lo cual con providencia 009 de fecha 14 de noviembre de 2022 se notificó a las partes actuantes del proceso la fecha y hora para que comparezcan a la respectiva audiencia de alegatos en derecho. Posteriormente la señora Daniella Cruz Navas en calidad de Representante Legal de MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A., solicitó un diferimiento de esta diligencia, petición que

CASO No. 2022-001

fue acogida por el Comité y con providencia 010 de fecha 18 de noviembre de 2022 se notificó nueva fecha y hora para la audiencia de alegatos.

17. Daniella Cruz Navas en calidad de Representante Legal de MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A. compareció a audiencia de fecha 2 de diciembre de 2022, representada por su abogado patrocinador doctor Ernesto Albán Ricaurte quien presentó su alegato en derecho mencionando que *"(...)Es clara la exigencia en relación al principio de lealtad por parte del señor Diego Fernando Lavalle Nuñez, principio que se hubiera cumplido plenamente si el denunciado habría llevado a cabo sus actividades observando integridad en su conducta conforme a las normas de autorregulación vigentes, las cuales fueron violadas cuando el señor Lavalle desarrolló actividades y negocios en situaciones de conflictos de interés e inclusive, en incumplimiento de las estipulaciones del Contrato de Asesoría Comercial & Financiera que suscribió con la Casa de Valores"*.

*"En desarrollo del Caso 2022-001, y precisamente en la etapa probatoria, la compañía Mercapital presentó pruebas que demuestran sin lugar a dudas que el señor Diego Lavalle Nuñez mientras se desempeñaba como Presidente y Operador de Valores de Mercapital divulgó información de carácter confidencial o reservada de la Casa de Valores a quienes posteriormente se convertirían en sus socios en la compañía Probrokers S.A. Casa de Valores. Cabe destacar que el señor Lavalle, no sólo tenía una obligación ética sino que también tenía la obligación contractual de abstenerse de divulgar la referida información en razón de que estaba vigente el Contrato de Asesoría Comercial & Financiera que suscribió con Mercapital"*.

18. El señor Diego Lavalle Nuñez compareció a audiencia de fecha 2 de diciembre de 2022 a través de la representación de su abogado patrocinador el doctor Santiago Izurieta, en la que presentó su alegato en derecho mencionando que *"El contrato descrito, si bien existe, no ha sido suscrito entre Diego Lavalle y Mercapital como lo afirma la denunciante, sino que fue suscrito entre dos personas jurídicas, estas son VPP PLUS SAS denominada "la Empresa Asesora" y MERCAPITAL denominada "Casa de Valores"*"

*(...)Al respecto es necesario dejar claramente establecido que el Código Civil en su artículo 1954 indica sin lugar a interpretación alguna que la sociedad es distinta a los socios individualmente considerados, como es lógico, sino no habría distinción alguna entre la persona jurídica, sus administradores o representantes, o aquellos como personas naturales."*

CASO No. 2022-001

**19. Fundamentos de derecho**

En el trámite de este caso se ha observado las solemnidades sustanciales y se ha observado las garantías del debido proceso, de conformidad con lo que dispone la Constitución de la República, el Artículo 43 de la Ley de Mercado de Valores<sup>1</sup>, las normas de autorregulación contenidas en el Reglamento General de las Bolsas de Valores de Quito y Guayaquil, el Reglamento General de la Bolsa de Valores de Quito S.A. y las disposiciones supletorias.

20. El reclamo presentado por la señora Daniella Cruz Navas en su calidad de Representante Legal de MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A. se contrae a que este Comité conozca y resuelva sobre las disposiciones que ha vulnerado el señor Diego Lavalle Nuñez derivado del contrato de asesoría comercial y financiera suscrito entre MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A. y VPP PLUS S.A.S y de su actuar como Presidente de la compañía.

21. Citamos al profesor Paul Novoa, cuando expresa que “de acuerdo con el deber de cuidado o de la debida diligencia, los administradores de las sociedades mercantiles deben actuar de manera diligente en el desempeño de sus funciones. Para comprender el alcance de este deber fiduciario, resultaría adecuado diferenciar a las obligaciones de medio de las obligaciones de resultado (Ventoruzzo *et al.*, 2015). Por un lado, las primeras son cumplidas cuando el sujeto obligado ha actuado de manera diligente, incluso a pesar de no haber obtenido el resultado originalmente planteado. Por su parte, las segundas se cumplen únicamente cuando el sujeto obligado consigue un objetivo general o particular. En este último caso, el sujeto obligado habrá incumplido su mandato si el resultado esperado no es alcanzado al finalizar su encargo.

22. En el ámbito societario, los administradores sociales tienen una obligación de medio, más no de resultado. En palabras del profesor Francisco Reyes Villamizar, *“es muy importante tener en cuenta que el deber de cuidado no equivale, en forma alguna, a que la decisión de negocios tenga que ser acertada, en términos de beneficios económicos para la compañía. Debe recordarse que la obligación de los administradores no es de resultados, sino, más bien, de medios.”* Bajo esta perspectiva, los administradores no deberían asumir responsabilidad alguna si la compañía que administran no alcanza los resultados económicos esperados, siempre y cuando, en la gestión de los asuntos corporativos a ellos encomendados, los

<sup>1</sup> Art. 43.- Del concepto y alcance.- Se entiende por autorregulación, la facultad que tienen las bolsas de valores y las asociaciones gremiales formadas por los entes creados al amparo de esta Ley y debidamente reconocidos por el C.N.V., para dictar sus reglamentos y demás normas internas, así como para ejercer el control de sus miembros e imponer las sanciones dentro del ámbito de su competencia. En el marco de las normas generales expedidas por el C.N.V., las bolsas de valores y asociaciones gremiales antes indicadas expedirán sus regulaciones de carácter interno y operativo, las que requerirán únicamente de la aprobación de sus órganos competentes y entrarán en vigencia transcurrido el término de cinco días a partir de la notificación a sus miembros y a la Superintendencia de Compañías. La autorregulación contemplará al menos las normas de ética, disciplina, autocontrol, vigilancia, sanción y sanas costumbres constituidas por hechos uniformes, públicos y generalmente practicados. La transgresión de las normas de autorregulación, deberá ser sancionada por el órgano autorregulador, sin perjuicio de la sanción que eventualmente dispusiere el órgano de control.

CASO No. 2022-001

administradores hubieren actuado diligentemente y en estricta sujeción a un procedimiento razonable e informado que sustente una decisión en particular. Esto es las llamadas mejores prácticas de gobierno corporativo ( El resaltado es mío)

23. La reforma planteada por la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, aprobada por la Asamblea Nacional de la República del Ecuador y publicada el 10 de diciembre de 2020, redefine el deber de cuidado o de la debida diligencia de los administradores de las compañías ecuatorianas. Con el objeto de incentivar la asunción de riesgos razonables y responsables en el desempeño de las labores administrativas, la Ley de Modernización a la Ley de Compañías reconoce a la regla de la discrecionalidad (conocida, en el Derecho comparado, como la *business judgment rule*). El tercer inciso del artículo 262 de la Ley de Compañías -reformado por la Ley de Modernización a dicho cuerpo legal- categóricamente determina que, *“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.”* El resaltado es mío.

24. Existen varios elementos que se derivan de dicho inciso. En primer lugar, el reconocimiento categórico de la regla de la discrecionalidad en el ámbito de la gestión administrativa de las sociedades mercantiles ecuatorianas, sin duda, sitúa a la Ley de Compañías del Ecuador a la cabeza de la regulación societaria en la región. Como resultado de la vigencia de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, Ecuador se convierte en uno de los primeros países de América Latina en incorporar expresamente esta regla. El reconocimiento legal de la *business judgment rule* es indudablemente positivo, al ofrecer un mayor grado de certeza a los administradores sociales y favorecer la toma responsable de riesgos (Gurrea-Martinez, 2014). De este modo, la regla de la discrecionalidad aumenta la eficiencia de las decisiones empresariales y de negocios (Llebot Majó, 2016).

25. En segundo lugar, y de manera más importante, la regla de la discrecionalidad impedirá que las autoridades judiciales se inmiscuyan en las decisiones de negocios que adopten los empresarios. Lo resaltado es mío. Como señala Gurrea-Martinez, las autoridades judiciales, expertos en Derecho, podrían no tener una solvencia suficiente en materias como economía, finanzas o administración que los habilite a tomar un dictamen fundado sobre una decisión de negocios en particular. Y aunque tuvieran conocimiento suficiente en dichas materias, *“difícilmente tendrían el conocimiento del sector y de la compañía sobre la que tienen que emitir una opinión.”* Además, como resalta el mismo autor, junto al problema institucional mencionado, los jueces podrían incurrir en el

CASO No. 2022-001

denominado “sesgo retrospectivo” que se genera cuando, con carácter *ex post*, se enjuician hechos realizados en el pasado y sobre los que ya se conoce el resultado. Por tanto, como podría entablarse una demanda contra los administradores porque la decisión empresarial probablemente no haya sido exitosa (de lo contrario, los socios o accionistas difícilmente demandarían), esta inclinación natural a pensar que el resultado era predecible jugaría en contra de los administradores, que podrían acabar siendo condenados incluso aunque, en el momento de tomar la decisión, hubieran actuado de manera informada, razonable y de buena fe. Por tanto, este sesgo en contra de los administradores desincentivaría la atracción de talento y la responsable asunción de riesgos, perjudicando el emprendimiento, la innovación y el crecimiento económico (Gurrea-Martinez, 2018).

26. Bajo aquel contexto, cabe señalar que la Ley de Compañías ha establecido dos elementos adicionales y fundamentales para asegurar una adecuada implementación de esta regla, considerando la realidad societaria del Ecuador. Apartándose de la presunción de buena fe existente en Delaware, la Ley de Compañías ecuatoriana determina, con relación a decisiones empresariales y de negocios, que el estándar 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.”* Como se puede apreciar, la legislación ecuatoriana ha establecido un puerto seguro en beneficio de los administradores, siempre y cuando se lograra demostrar que ellos actuaron de manera informada y razonada. En definitiva, de acuerdo con la reforma planteada a la Ley de Compañías, los administradores de las compañías ecuatorianas quedarán cobijados por el manto de la regla de la discrecionalidad cuando, en la adopción de una decisión de negocio, hubieren actuado: (i) de buena fe; (ii) sin interés personal en la decisión adoptada; (iii) con información suficiente; y, (iv) con arreglo a un proceso de decisión adecuado.

27. El artículo 1715 del Código Civil, en su primer inciso, determina que *“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta.”* Por su parte, el tercer inciso del artículo 1563 del mencionado Código Civil establece, categóricamente, que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo (...)”*. Siguiendo la corriente alemana, el administrador de una compañía ecuatoriana debería estar en la obligación de demostrar que su decisión de negocio fue adoptada de buena fe, con información suficiente, con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado y sin conflicto de intereses, dado que, por expreso mandato legal, a él le incumbe probar el cuidado empleado en su gestión. De esta forma, el administrador quedaría cobijado por la presunción de la regla de la discrecionalidad cuando hubiere demostrado, previamente, que adoptó una decisión empresarial de manera diligente y que cumplió con todas las condiciones legalmente exigidas para su surgimiento.

28. De verificarse que el administrador tomó una decisión empresarial adecuadamente, los jueces no podrán revisar las decisiones de negocios adoptadas por ellos en el desempeño de sus funciones. En esta instancia, el administrador solamente debería justificar que su decisión fue adoptada en

CASO No. 2022-001

sujeción a un procedimiento adecuado e informado, en lugar de enfocarse en los beneficios o perjuicios de la decisión (Ventoruzzo *et al.*, 2015). Si la decisión fue adoptada de manera razonada, objetiva e informada, los administradores de compañías ecuatorianas no podrán ser responsabilizados por las eventuales pérdidas o perjuicios que se derivarían de sus decisiones empresariales, salvo prueba en contrario que demostrare actuaciones abusivas, ilegales o viciadas por un conflicto de interés. De acuerdo con el inciso final del artículo 262 de la Ley de Compañías, “*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.*” En caso de disputa, la carga probatoria recaerá sobre el demandante, quien debería demostrar la concurrencia de actuaciones abusivas, ilegales o viciadas por un conflicto de interés para desvirtuar la presunción de la regla de la discrecionalidad. Caso contrario, el administrador de una compañía continuaría cobijado por la regla que legalmente se presume. De acuerdo con José Miguel Mendoza, la adopción de la *business judgment rule* permitirá a los administradores ejercer su encargo sin temer que sus decisiones estratégicas y de negocios puedan ser juzgadas por los resultados negativos que eventualmente podrían derivarse de ellas. Bajo aquel contexto, la presunción establecida en beneficio de la regla de la discrecionalidad coadyuvará a favorecer la gestión operacional de los administradores y la asunción razonable de riesgos, sin que los jueces puedan escudriñar, modificar o invalidar las políticas internas de una compañía, a menos que se demostraren actuaciones indebidas del administrador.

29. En conclusión, los administradores de las compañías estarán protegidos al momento de tomar decisiones empresariales, siempre y cuando lo hubieren realizado de manera informada, objetiva y razonada. De mediar aquellas condiciones, los administradores no asumirán responsabilidad alguna cuando no se alcanzaren los resultados esperados, salvo que se demostraren actuaciones ilegales, abusivas o viciadas con un conflicto de interés.

30. Conforme las Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo publicadas en el Registro Oficial Edición Especial No.1076 de 25 de septiembre de 2020, existe conflicto de intereses cuando un administrador o accionista está en posición de tomar acciones o decisiones que lo beneficien directamente o, en su defecto, que reporten ventajas a terceros relacionados y que tales acciones o decisiones se contrapongan con los intereses de la compañía. Esta persona debe manifestar, oportunamente, su conflicto de intereses o interés particular. Si no lo hace, otra persona podrá manifestar el conflicto. *Es importante priorizar la separación de funciones y la definición clara de obligaciones asociadas a los mandatos de todos los agentes de gobierno corporativo, inclusive definiendo los límites de decisión de cada instancia, para minimizar posibles puntos de conflictos de intereses.* Lo resaltado es mío. 

CASO No. 2022-001

31. En términos de Gobierno Corporativo, el objetivo es que exista un procedimiento definido y formalizado en la normativa interna societaria para la administración y gestión de los conflictos de interés personales. Bajo aquel contexto, es deber de los miembros de la Propiedad, la Administración y el Directorio verificar y administrar posibles conflictos de intereses de todos sus miembros y de los accionistas, para evitar el mal uso del patrimonio de la compañía y, especialmente, abusos en transacciones entre partes vinculadas.

32. Las casas de valores, sobre la base del principio de autorregulación, deben someterse a estos principios, prácticas y lineamientos de manera voluntaria, salvo las que, por circunstancias de orden público, establezca la autoridad competente como obligatorios, lo cual es el caso. La adopción de estos lineamientos podrá ser implementada a través de su inclusión al estatuto social, mediante decisión adoptada, al menos, por las dos terceras partes del capital social.

34. Como derivación de la política de develación de cualquier conflicto de interés, los Directores tienen el deber de no competir con la compañía que administran. Los Directores se abstendrán de desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la compañía o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la misma. Se entenderá que un director realiza prácticas que entrañen una competencia efectiva cuando efectúe actividades relacionadas al mismo género de comercio que constituye el objeto de la compañía. Este deber se descompone en una doble obligación de información y de la imposibilidad, cuando un convenio previo así lo determinare, de la prestación de servicios a la competencia en un plazo determinado desde el momento del cese, bajo los términos expuestos a continuación:

a) Los Directores deberán comunicar la participación accionarial o de negocio que tuvieran en el capital de las compañías de la competencia así como los cargos o las funciones que ejerzan en las mismas, y la realización por cuenta propia o ajena, de actividades análogas al objeto social de la compañía; y,

b) A través de un convenio suscrito entre los directores y la compañía se podrá establecer que el director que cese en el cargo no podrá aceptar su designación como director de otra compañía de la competencia, durante un período de dos (2) años contados desde que se produce el cese, salvo autorización expresa del Directorio de la compañía en la que cesa. Este requerimiento no podrá ser incluido en el estatuto social de la compañía.

CASO No. 2022-001

**33. Puntos resolutivos**

El reclamo presentado por MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A. a través de su representante Legal la señora Daniella Cruz, en contra del señor Diego Lavalle, se contrae a que este Comité conozca y resuelva sobre las disposiciones legales y reglamentarias que presuntamente ha vulnerado el señor Diego Lavalle.

34. De los documentos aparejados al reclamo presentado por la señora Daniella Cruz Navas en calidad de Representante legal de MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A., se encuentra el contrato de fecha 2 de enero de 2022 suscrito por MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A. y VPP PLUS S.A.S compañía de la cual es representante legal el señor Diego Fernando Lavalle Núñez. En dicho documento se pactó de manera específica el sometimiento a una jurisdicción y competencia consensuada por las partes en caso de controversia, la cual debe ser aplicada en un ámbito distinto de aquel establecido en el Código de Ética de la Bolsa de Valores de Quito.

35. De los documentos presentados por las partes en la etapa probatoria no existe alguno que establezca la remisión al arbitraje o mediación como mecanismo de solución de controversias, cuando éstas sean atinentes a la relación de accionistas, socios o administradores, conforme los estándares para los actores del mercado de valores

36. Basado en las normas ecuatorianas de buen gobierno corporativo publicadas en el Registro Oficial Edición Especial No. 1076 de 25 de septiembre de 2020, las partes no han evidenciado la implementación de las mismas en sus compañías, y por ende los lineamientos para evitar el conflicto de interés y los documentos y/o convenios obligatorios que respalden dicha obligatoriedad. La violación de las normas de buen gobierno corporativo tienen una jurisdicción especial, que constituye la mediación y el arbitraje como mecanismo para solución de controversias, conforme la misma norma *ibídem*

37. De lo anterior, la responsabilidad del administrador está atada a un proceso donde debe probarse conforme la jurisdicción y competencia establecida en la Ley de Compañías en un juez de lo civil, quien deberá resolver acerca de la afirmación de violación del deber de cuidado, por que *"se presume 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."* El resaltado es nuestro.

38. Para abundar respecto a la competencia en estos casos, el legislador en la llamada Ley de Modernización de la Ley de Compañías publicada en el Registro Oficial No. 347 del 10 de diciembre de 2020, reformó el artículo 272 de la Ley de Compañías, e incluyó el llamado deber de lealtad, el texto de la norma es el siguiente: *"La acción de responsabilidad contra los administradores o miembros de los*

CASO No. 2022-001

*consejos de vigilancia o directorios, será entablada por la compañía, previo acuerdo de la junta general, el mismo que puede ser adoptado aunque no figure en el orden del día. La junta general designará a la persona que haya de ejercer la acción correspondiente.*

*En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello accionistas que representen la décima parte del capital pagado, por lo menos.*

*El acuerdo de promover la acción o de transigir implica la destitución de los respectivos administradores.*

**El o los accionistas que representen, individual o conjuntamente, el 5% del capital social podrán entablar, a nombre y en defensa del interés de la compañía, la acción social de responsabilidad cuando la misma, por intermedio de la persona designada, no la presentare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha en que la junta general acordó ejercer la acción correspondiente.**

**El o los accionistas a los que se refiere el inciso anterior, podrán ejercer directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad, sin necesidad de someter la decisión de la junta general"** El resaltado es nuestro.

39. Por todas las consideraciones analizadas, incluyendo los actos procesales, los documentos presentados, y especialmente por el enfoque de los alegatos presentados por las partes, este Comité Disciplinario concluye que los reclamos presentados por MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A. fundamentados en el contrato de Asesoría Comercial & Financiera suscrito entre MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A. y VPP PLUS S.A.S de fecha 2 de enero de 2022 y, el presunto incumplimiento del deber de lealtad y de cuidado del señor Diego Lavalle Núñez en calidad de Presidente de MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A., son materia que tiene jurisdicción y competencia establecidas de manera previa, que no recaen en el ámbito de acción del Código de Ética de la Bolsa de Valores de Quito, y que por enmarcarse en una controversia netamente privada entre socios propietarios de un actor del mercado, este Comité mal haría en actuar en dicha esfera personal, privada y particular, ajena al desarrollo del mercado de valores. Por lo anterior, este Comité considera que en cuanto al contrato aparejado, en la cláusula novena de dicho documento, se pacta de manera expresa la jurisdicción y competencia en caso de controversias; y, en cuanto al presunto incumplimiento del deber de lealtad y de cuidado del señor Diego Lavalle Núñez en calidad de Presidente de la compañía, será la jurisdicción y competencia determinada en el artículo 272 de la Ley de Compañías y demás normas complementarias, la que determine la acción a plantearse, atendiendo a la ausencia de la implementación de normas de gobierno corporativo en las partes, y además considerando la vigencia del llamado *Business Judgment Rule* o deber de cuidado de los administradores, que se ha incorporado en la última reforma a la Ley de Compañías. 

CASO No. 2022-001

40. Como consecuencia del análisis efectuado por este Comité, existiendo una clara controversia respecto a la ejecución de un contrato y al cumplimiento de los deberes del denunciado, es menester estudiar lo que en casos análogos ha señalado el Pleno de la Corte Nacional de Justicia

41. La Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia No. 12-2017, de 3 de mayo de 2017, en su Artículo 3. Dispone: "Si el juzgador encuentra procedente la excepción de incompetencia dictará auto de inhibición ordenando la remisión del proceso al juzgador competente, conforme al artículo 13 del Código Orgánico General de Procesos." A este pronunciamiento oficial, nos hemos ceñido y relacionado con nuestro análisis, efectuado por este Comité en todo el dictamen y de manera especial en el numeral 39.

42. Visto lo anterior, y especialmente la jurisdicción y competencia previamente establecidas por las partes de manera consensual y legal, conforme lo descrito en el numeral 41 de este dictamen; atendiendo a lo prescrito en el artículo 158 y 159<sup>2</sup> del Reglamento General de las Bolsas de Valores de Quito y Guayaquil y, de manera taxativa al último párrafo del Artículo 156<sup>3</sup> del mismo reglamento, que ordena que el órgano disciplinario de cada Bolsa no podrá conocer de los asuntos que la Ley atribuye a otros organismos de control o a la potestad judicial o arbitral. El Comité ha resuelto lo siguiente

**43. Resolución**

El comité Disciplinario de la Bolsa de Valores de Quito S.A., en uso de sus atribuciones legales y reglamentarias, sobre la base de las consideraciones y normas que se dejan de manifiesto y que han sido enunciadas y analizadas:

**RESUELVE:**

44. Declararse incompetente en razón de la materia y dictar este auto de inhibición para continuar tramitando este proceso.

---

<sup>2</sup> Artículo 158. **Proceso disciplinario.** Constituye el conjunto de procedimientos y actos que tienen por objeto la resolución de causas que conlleven una violación normativa.

**Artículo 159. Sujetos pasivos del proceso disciplinario.** - Serán sujetos pasivos de los procesos disciplinarios las casas de valores, las Bancas de Inversión y los operadores de valores autorizados a operar en Bolsa.

<sup>3</sup> Artículo 156 (último párrafo) El órgano disciplinario de cada Bolsa no podrá conocer de los asuntos que la Ley atribuye a otros organismos de control, o a la potestad judicial o arbitral

CASO No. 2022-001

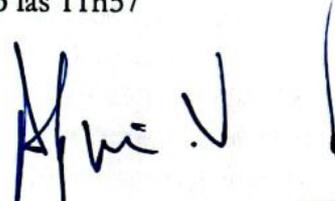
45. Lo anterior, derivado del irrestricto acatamiento de lo señalado en la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia No. 12-2017, de 3 de mayo de 2017, ya citado en el numeral 41 y de lo analizado en el numeral 41, y que determina nuestra incompetencia en razón de la materia.

46. La Bolsa de Valores de Quito supervisará el cumplimiento íntegro de esta resolución, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la normativa legal vigente y dará por concluido el presente caso una vez que la resolución se cumpla en su integridad, dando cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

47. Notifíquese mediante vía electrónica en las casillas electrónicas registradas, la presente Resolución a la partes intervinientes, a MERCAPITAL CASA DE VALORES S.A.; al señor Diego Fernando Lavalle Núñez, a la Bolsa de Valores de Quito S.A. en las direcciones de correo registradas en la Bolsa de Valores de Quito, a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

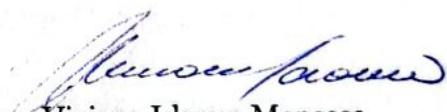
**Notifíquese y cumplase.-**

Redactada en castellano y en la ciudad de Quito, República del Ecuador, el 6 de enero de 2023 las 11h57

  
Augusto Garzón Viteri  
Vocal sustanciador

  
Jorge Moyano  
Vocal

  
Gisela Toledo  
Vocal

  
Viviana Idrovo Meneses  
Secretaría del Comité