



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

**FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS**

ESCUELA DE DERECHO

**Trabajo de graduación previo a la obtención del Título de Abogado de los
Tribunales de la República del Ecuador**

1. TÍTULO

**“Afección a la responsabilidad de los socios: Perspectiva desde la Ley
Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales”**

**“El levantamiento del velo societario y la responsabilidad de los
socios”**

AUTOR: DIEGO FERNANDO CHICO JARAMILLO

DIRECTOR: DR. ANTONIO MARTÍNEZ BORRERO

**Cuenca – Ecuador
2018**

ÍNDICE

1. TÍTULO.....	1
2.DEDICATORIA.....	4
3.AGRADECIMIENTO.	5
4.RESUMEN.	6
5.ABSTRACT.....	8
6.INTRODUCCIÓN.	9
7.CAPÍTULO I.- CONCEPTOS GENERALES.....	11
7.1.Historia de las sociedades.....	11
7.2.Emprendimientos individuales y asociativos.....	15
7.3.Definición de empresa.	17
7.4.Definición de sociedad mercantil.	18
7.5.Diferencias entre empresa y sociedad mercantil.	21
7.6.Semejanzas entre empresa y sociedad mercantil.	23
8.CAPÍTULO II.- IMPORTANCIA Y EFECTOS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA SOCIETARIA.	24
8.1.Personas jurídicas: análisis legal y doctrinario.	24
8.2.El contrato de sociedad en el Código Civil.	29
8.3.La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.	30
8.4.Nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.....	36
8.5.Extinción de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.....	38
8.6.La prelación de créditos en caso de liquidación de la sociedad mercantil -preferencia de los trabajadores-.	43
8.7.Distinción: la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles y la responsabilidad de los socios.	47
9.CAPÍTULO III.- CLASES DE SOCIEDADES COMERCIALES Y LA RESPONSABILIDAD DE SUS SOCIOS.....	49
9.1.Compañía de Responsabilidad Limitada.....	49
9.2.Compañía Anónima.	57
9.3.Compañía de Economía Mixta.	70
10.CAPÍTULO IV.- ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA SOCIETARIA.	76
10.1.Introducción.	76
10.2.Uso y abuso de las compañías.	79
10.3.Doctrina del levantamiento del velo societario.	85
10.3.1.Doctrinas a favor y en contra.....	92
10.3.2.Primeros casos jurisprudenciales.	110
10.4.Casos en los que se aplica el levantamiento del velo societario.	121
10.5.Fallos ecuatorianos.....	138
10.6.Consecuencia del levantamiento del velo societario en las compañías holding.	144
10.7.El levantamiento del velo societario y la responsabilidad de los socios.	156
11.CAPÍTULO V.- ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DE DERECHOS LABORALES.	161
11.1.Análisis jurídico, alcance y efectos de la LODDL.	162
11.2.Medidas cautelares en contra de los bienes de terceras personas.	186

11.3.Mecanismos alternativos de prevención y sanción para los casos de abuso de la personalidad jurídica societaria.	189
11.3.1.Responsabilidad penal de las personas jurídicas.	193
11.3.2.Infracciones penales que protegen los derechos de los trabajadores.	196
11.3.3.Mecanismos laborales para la protección de las utilidades y demás derechos de los trabajadores.	197
11.4.Propuesta de reforma a la LODDL.	200
12.CONCLUSIONES.....	209
Bibliografía.....	211

2.DEDICATORIA.

El presente trabajo y mi carrera como estudiante de Derecho lo dedico a:

Mi madre María Augusta, que en todos los momentos ha estado para mí, que ha sido un modelo a seguir como ser humano y sin duda alguna, es la persona más incondicional de mi vida. Mi ángel de la guarda.

A mi padre Marcelo, que es una de las grandes razones por las cuales me enamoré de la carrera de Derecho, el me guió y tuve la suerte de tenerle como mi profesor en la carrera y maestro en la vida, a quien espero algún día poder parecerme.

A mi hermano Marcelo, que constantemente estuvo dispuesto a ayudarme en cada tema que no comprendía y que siempre estuvo para protegerme de forma especial por ser el hermano menor.

A mi hermano Julio, que en silencio siempre estuvo para apoyarme, pero que en los momentos más complicados anímicamente de mi carrera y de mi vida, fue quien más eco hizo para aconsejarme.

A mi novia Pamela, que fue quien me motivó a seguir adelante y dedicarme con pasión a los estudios, debido a que siempre fue un ejemplo para mí y con quien tengo la suerte de compartir la misma carrera de estudio. Mi inspiración.

Gracias a cada uno de ustedes, es que no solo este trabajo fue, sino mi eventual graduación será posible. Gracias por el amor incondicional.

3.AGRADECIMIENTO.

En primer lugar agradezco a Dios, por haberme dado la oportunidad de vivir, y por darme la posibilidad de cumplir poco a poco a lo largo del tiempo todos mis sueños y metas. Agradezco principalmente a mis padres, hermanos y novia, porque la exigencia junto con la obediencia, la honestidad, el amor y otros valores impartidos, no han sido en vano. Son unas personas, padres, hermanos y novia ejemplares, son mi admiración, este trabajo es por nosotros.

Quiero agradecer expresamente al Doctor Antonio Martínez Borrero quien como director me ha transmitido sus conocimientos y sugerencias, para poder concluir este trabajo de la mejor manera. Así también extendo mi agradecimiento a mi papá, el doctor Marcelo Chico Cazorla, quien me brindó su tiempo, su sabiduría y paciencia, siendo su ayuda fundamental para el desarrollo de ésta tesis.

Amigos y familiares, gracias también por sus ánimos y por el apoyo incondicional.

4.RESUMEN.

En el año 2012, se aprobó la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales -LODDL-. Dicha ley, en su parte pertinente establecía que las instituciones del Estado con jurisdicción coactiva, tienen la facultad de cobrar sus acreencias ejerciendo subsidiariamente su acción no solo contra el obligado principal, sino contra todos los obligados por ley; y que, en el caso de personas jurídicas usadas para defraudar, se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad que recaerá siempre sobre las personas naturales -socios-, quienes responderán con todo su patrimonio. Adicionalmente la mentada disposición establece que, de manera motivada, podrán ordenarse medidas precautelares respecto de bienes que se encuentren a nombre de terceras personas siempre y cuando existan indicios de que pertenecen a los obligados principales -socios-¹.

De lo mencionado podemos manifestar que aparentemente aquella normativa eliminaba la esencia misma del derecho societario moderno, que es crear una persona jurídica distinta de los socios que la constituyen, limitando así -en la mayoría de los casos²- su responsabilidad. Aquello generaba grandes problemas, pues limitaba gravemente la iniciativa empresarial privada, de la cual proviene la mayor parte de la riqueza y fuentes de trabajo del país. Así podemos afirmar que dicha disposición normativa afectaba además a otras disposiciones legales así como posiciones doctrinarias respecto de la personalidad jurídica y de la responsabilidad de los socios, generando aquello la necesidad urgente de una reforma normativa. No obstante de lo mencionado, resulta que recientemente la mentada disposición normativa fue

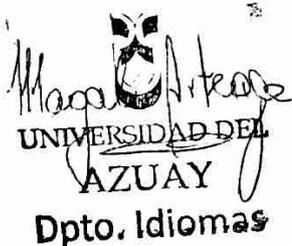
¹ (Nacional, Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012).

² En el caso de compañías en nombre colectivo y en comandita simple, no existe responsabilidad limitada de los socios, de manera que su responsabilidad será absoluta. Sin embargo, dichas figuras societarias han caído en el desuso en la actualidad.

revocada, sin embargo, la revocatoria no es el mecanismo adecuado para satisfacer las posiciones tanto de los trabajadores como de los empresarios, lo idóneo para ello sería una reforma normativa urgente.

ABSTRACT

In 2012, the Organic Law for the Defense of Labor Rights (LODDL) was approved. This law eliminated the very essence of modern corporate law, which was to create a legal entity distinct from the partners to limit its liability. This action generated major problems by severely limiting the private entrepreneurship from which most of the country's wealth and work sources originated. Recently, the aforementioned normative provision was revoked. However, the revocation was not the appropriate mechanism to satisfy the positions of both workers and employers, the ideal for this would be an urgent regulatory reform.



Translated by
Ing. Paul Arpi

6.INTRODUCCIÓN.

De manera breve, podemos afirmar que nuestra legislación y la doctrina en general reconocen que, por la celebración de un contrato de sociedad, en virtud del cual dos o más personas acuerdan poner algo en común, con el fin de dividir los beneficios que de ello provengan, se genera una persona jurídica distinta de los socios que la constituyeron, cuestión que resulta ser la finalidad misma de las sociedades. Los individuos de manera particular no pueden conseguir un "gran objetivo" determinado, pero uniéndose unos con otros -mediante una sociedad- crean este ente que tiene personalidad jurídica propia y que por lo tanto se distingue de sus socios, con la finalidad de obtener los grandes resultados planteados que por sí solos no hubiesen conseguido. Un atractivo esencial de la creación de una sociedad es adicionalmente la limitación de la responsabilidad de los socios que constituyen la misma -cuestión que se encuentra reconocida en nuestra legislación-, pues estos responden únicamente con el monto que aportaron -en el caso de las compañías anónimas y de responsabilidad limitada-, la razón del atractivo descansa en que, llevar a cabo un emprendimiento cualquiera sea su clase, lleva siempre implícito un alto riesgo, así la limitación de la responsabilidad a los socios permite que ellos se atrevan más fácilmente, por la limitación de su responsabilidad, a emprender sus propios negocios a través de la creación de sociedades mercantiles, generando así riqueza y fuentes de trabajo.

Por otra parte es menester comprender que el Código Civil ecuatoriano reconoce dos clases de personas, las personas naturales -que tienen existencia física- y las personas jurídicas -que son una ficción legal-. Así al existir las personas jurídicas, la ley les atribuye la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones además de ser representadas judicial y extrajudicialmente, por lo tanto se puede concluir que las sociedades mercantiles al encontrarse dentro de la categoría de personas jurídicas, son

entidades distintas, diferenciadas de los socios que la constituyeron y son estas las responsables frente a terceros.

A pesar de lo reconocido tanto por nuestra ley como por la doctrina, que fue mencionado anteriormente, en fecha 26 de septiembre del 2012, entró en vigencia en el Ecuador la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales -LODDL-, misma que en su artículo uno consagró la figura del levantamiento del velo societario con el objetivo de una vez levantado, llegar a sus socios, eliminando la distinción de la sociedad respecto de sus socios y haciéndolos responsables absolutos, sin el beneficio de la responsabilidad limitada, por las deudas que mantenga la compañía con cualquier institución pública dotada de jurisdicción coactiva, en los casos en que dichas personas jurídicas -sociedades- sean utilizadas para defraudar³. El problema radica en que, dicha ley, preveía el levantamiento del velo societario y la eliminación de la responsabilidad limitada de sus socios, con el objetivo -sobre todo de acuerdo a los considerandos de la ley- de proteger a los trabajadores, y lo hacía a través de una redacción y una estructuración errada, pues no establecía, en primer lugar, otros mecanismos alternativos para proteger a los trabajadores, y en segundo lugar, no regulaba con claridad en que casos en particular se podría levantar el velo societario y responsabilizar de manera absoluta a sus socios, vulnerando así la seguridad jurídica, la estabilidad e iniciativa empresarial y en consecuencia afectando la generación de riqueza y de plazas de trabajo.

³ (Nacional, Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012).

7.CAPÍTULO I.- CONCEPTOS GENERALES.

7.1.Historia de las sociedades.

El hombre por esencia es un ser social que ha requerido siempre de la convivencia social, las primeras agrupaciones de personas se daban, tal como lo establece el autor Rodrigo Borja en su obra "Derecho Político y Constitucional", en hordas, clanes, tribus, confederaciones de tribus y naciones, hasta la actualidad que nos organizamos en Estados⁴; todo esto en razón de que el ser humano requiere de sus congéneres para poder desarrollarse y obtener fines tanto comunes como particulares, fines de toda clase, en cuanto a salud, seguridad, educación, fines tecnológicos, económicos entre otros. La historia nos ha demostrado que las civilizaciones a lo largo del tiempo pudieron desarrollarse y evolucionar hasta la actualidad mediante un elemento común, la unión de personas.

En materia societaria, sin embargo, la finalidad que tienen las personas al unirse a través de una sociedad, es primordialmente económica. La economía mueve al mundo, es el motor para el desenvolvimiento de una sociedad próspera pues permite el desarrollo y alcance de otras finalidades humanas, el ánimo de lucrar -como objetivo- siempre ha estado presente en el ser humano civilizado, por lo tanto desde la antigüedad el hombre ha tratado de unirse con sus similares con el objetivo de alcanzar grandes resultados económicos que por sí solo no los hubiese conseguido, al respecto el tratadista Álvaro Puelma Accorsi manifiesta "Mancomunar esfuerzos o recursos de varios hombres para tratar de obtener un resultado económico, con el objeto de repartirse el beneficio que ello puede significar, debe haber ocurrido desde los inicios de una humanidad inteligente"⁵.

⁴ (Borja, 1971).

⁵ (Accorsi, 2001).

Los primeros vestigios que se pueden encontrar sobre la existencia de sociedades se remontan a civilizaciones ubicadas en Egipto y Mesopotamia. El Código de Hammurabi de cierta forma ya reconocía la existencia de la sociedad, al respecto establecía: "Si uno dio dinero en sociedad a otro, partirán por mitades ante los dioses los beneficios y pérdidas que se produzcan"⁶.

En cuanto a la evolución histórica de las sociedades, nos remitiremos en ciertos aspectos en cuanto a la línea de tiempo considerada por el autor Álvaro Puelma Accorsi.

En la sociedad romana, tal como lo expresa el profesor de derecho romano de la Universidad del Azuay, el Dr. Jorge Morales Álvarez, se reconocía una forma de sociedad que consistía en que, en los casos de sucesiones mortis causa, los herederos se transformaban en socios para la continuación de la gestión del causante, institución que se denominó "Societas Omnium Bonorum"⁷; en el imperio romano con posterioridad también se reconoció la figura de las "sociedades particulares", mismas que tenían por objeto dedicarse a ciertas actividades o negocios, por ejemplo a la recaudación de tributos. A su vez en la época de la Roma clásica se reconoció la figura del contrato de sociedad, en virtud del cual dos o más personas acuerdan unirse y poner algo común para lograr un objetivo determinado, no obstante no se reconocía la conformación de una persona jurídica en virtud de su celebración. Aquello sin embargo significó el reconocimiento de algunos de los pilares fundamentales de las sociedades actuales, es decir la convergencia de dos o más personas que, en razón de la "affectio societatis", deciden poner algo en común para repartirse los beneficios. En estricto sentido, el derecho romano no construyó la teoría general de las personas jurídica -que es la base de las sociedades mercantiles-.

⁶ (Accorsi, 2001).

⁷ (Alvarez, 1992).

Las sociedades sufren una transformación y un reconocimiento profundo en la época de la edad media. El origen de las sociedades en la edad media proviene de las sociedades romanas. En la edad media se genera una regulación más profunda de las sociedades mercantiles en estricto sentido, a tal punto que se reconoció la existencia de las sociedades de nombre colectivo, la comenda -que se analizará más adelante- y la de cuentas en participación -o sociedad de hecho en la actualidad-. En este periodo de tiempo también surge el auge del derecho canónico, mismo que desarrolla mucho la doctrina de la personalidad jurídica de las sociedades, consideradas como entes distintos de las personas naturales que las conforman, doctrinas que influirían con posterioridad en la conformación del derecho societario.

Así avanzamos a la siguiente época, misma que corresponde al derecho germánico. En el derecho alemán, conforme lo señala el Dr. Puelma existían las llamadas "Genossenschaften", que no eran más que asociaciones o sociedades contractuales que se dedicaban al uso y explotación de villas, terrenos de cultivo, selvas y prados⁸. Así mismo en esta etapa histórica se reconoció la facultad de los socios de deliberar y tomar decisiones respecto de cuestiones de administración de la sociedad -que actualmente representan las facultades de la Junta General de socios o accionistas-.

El origen de las sociedades, tal como las conocemos en la actualidad, según cierto sector doctrinario se remonta a las sociedades comanditas, sin embargo según otros autores las sociedades modernas provienen de la sociedad colectiva. La sociedad comandita surge de la denominada "comenda" que no era más que un negocio por el cual el comendador -el que encargaba-, daba dinero o bienes a una persona llamada ejecutor bajo la responsabilidad de éste, para que realice negocios, repartiéndose entre ellos los beneficios de una manera que previamente ya fue acordada. Así cuando los negocios se empezaron

⁸ (Accorsi, 2001).

a multiplicar, nació la sociedad en comandita con dos clases de socios: el comanditario - con limitación de responsabilidad hasta sus aportes- y el gestor o comanditado - responsable ilimitadamente-. En esta época es que se toma pura conciencia de que la sociedad mercantil era un ente autónomo distinto de sus socios y aquello obligó a inscribir en los registros públicos la constitución de sociedades⁹.

Sin embargo, lo que en esencia nos interesa respecto del presente trabajo, es el origen y la creación de las dos sociedades que mayor aplicación tienen en la práctica hoy en día, que son la compañía de responsabilidad limitada y la compañía anónima. Al respecto, sobre las sociedades anónimas, la mayoría de autores reconoce que la verdadera compañía "capitalista"¹⁰ existente fue la Compañía de las Indias Orientales fundada en 1602, no obstante, otro sector doctrinario considera que la primera sociedad anónima fue el Banco de San Jorge fundado en Génova en 1409, pero los que se oponen a esto manifiestan que en estricto sentido no se trata de una sociedad anónima, sino de una asociación de tenedores de títulos de las deudas estatales. Por su parte Vivante manifiesta que el Código de Comercio francés reglamentó por primera vez a las sociedades de capital, estableciendo para la compañía anónima su administración por representantes de los accionistas¹¹.

Sobre las sociedades de responsabilidad limitada, Accorsi sostiene que tienen un doble origen, el primero en Alemania y el segundo en Inglaterra. En Alemania el 20 de abril de 1892 se reconoce y reglamentan a dichas sociedades en la Ley General de Sociedades Limitadas; por otro lado en Inglaterra, ya existían compañías privadas creadas por la

⁹ (Vivante, 1995).

¹⁰ Se trata de una clasificación de las compañías en virtud de la cual se encasillan aquellas que están conformadas por accionistas, en razón de que su capital se representa por acciones que son libremente negociables. Por excelencia es la compañía anónima. La responsabilidad de los accionistas es limitada a sus aportes.

¹¹ (Vivante, 1995).

costumbre, que tienen grandes semejanzas con las sociedades de responsabilidad limitada, que luego fueron reguladas por primera vez en 1907. En razón de lo estudiado en mi carrera universitaria y de lo investigado para el presente trabajo, considero que la humanidad vio la necesidad de la creación de una compañía "sui generis", que mantiene características básicas de las compañías personalistas¹² y de las capitalistas, que permitiere otorgar los beneficios de ambas clases, es decir la limitación de la responsabilidad pero la mantención de la familiaridad de la compañía en razón de la imposibilidad de la libre negociación de sus participaciones.

Hoy en día, las compañías son el eje central del movimiento y crecimiento económico, las sociedades mercantiles si bien son creadas para obtener lucro a favor de sus constituyentes, en la búsqueda de ese fin generan los productos y servicios que las personas consumimos en nuestro día a día para nuestra subsistencia, además de que es la primera fuente de trabajo a nivel mundial; y al ser una institución tan esencial para el mundo y para el Ecuador, es nuestro deber protegerla y velar por una correcta regulación normativa, cuestión que pretendemos con la realización de este trabajo de titulación universitaria.

7.2. Emprendimientos individuales y asociativos.

Parte del entendimiento del desarrollo histórico de las sociedades es comprender que éstas fueron creadas con el objetivo de cumplir ciertos objetivos, que por sí solas, las personas

¹² Se trata de una clasificación de las compañías en virtud de la cual se encasillan aquellas que están conformadas por socios, en razón de que su capital se encuentra representado por participaciones que no son libremente negociables. Por excelencia es la compañía en nombre colectivo y la comandita simple. La responsabilidad de los socios es ilimitada.

no lo hubiesen conseguido. Con ello establecido, es menester destacar el hecho de que el hombre busca siempre su desarrollo en todas las áreas que generen su satisfacción tanto personal como colectiva. Las sociedades humanas, cualquiera sea su origen geográfico, buscan obtener salud, educación, oferta básica de productos y servicios de toda clase para la alimentación, el ocio, la diversión y el placer; y la manera de conseguirlo es a través de la generación de una próspera riqueza. La riqueza que genera la economía es el medio para obtener el fin deseado por la humanidad. La fuente más grande de riqueza en la actualidad se encuentra en el sector societario, en las compañías consideradas como empresas que generan la producción u oferta de productos y servicios de toda clase.

El hombre individualmente considerado, como ya se manifestó, al tener sus objetivos particulares o colectivos de normal escala, busca medios para obtener esos fines particulares, así sus medios son igualmente de normal escala, por lo tanto individualmente puede obtenerlos sin ningún inconveniente. Sin embargo cuando el hombre busca un objetivo particular o general de gran escala, requiere el empleo de grandes medios para obtener esos grandes fines, y para ello requiere de la unión con otras personas, porque como dice la frase "en la unión está la fuerza", así se une con otros individuos para colectivamente conseguir esos fines. Aquello no es una consideración moderna, sino se remonta al hombre primitivo, que para cazar animales peligrosos y de gran tamaño, requería de unirse con algunos otros de los mejores cazadores y en conjunto, lograr la faena para su alimentación.

Así podemos concluir que existen dos emprendimientos del hombre, los individuales que puede conseguirlos por sí mismo de manera particular; y los asociativos, que puede conseguirlos solamente en razón de que se uno con otros hombres para obtener un fin que por sí solo no lo hubiese logrado.

7.3. Definición de empresa.

El Diccionario de la Real Academia Española, define a la empresa como una "unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos."¹³, sin embargo otra acepción de empresa que da la Real Academia Española según el Diccionario Jurídico OMEBA es "casa o sociedad mercantil o industrial fundada para emprender o llevar a cabo construcciones, negocios o proyectos de importancia"¹⁴, por lo tanto podemos observar que desde su conceptualización, encontramos que la empresa se confunde con la compañía.

Según la Enciclopedia Jurídica OMEBA la empresa es "un conjunto de medios de muy diverso orden destinados a un fin que es determinado por el empresario, teniendo como meta la producción y generación de utilidades; es una unidad de producción, pues vista en su conjunto aparece como la célula inicial sobre la que se monta la vida económica"¹⁵.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano en sentido estricto no existe una definición de empresa, sin embargo si define lo que es el empresario. De manera general, se considera que empresa y compañía son sinónimos, sin establecer ninguna diferenciación entre ellas -diferencias que se verán más adelante-, no obstante, son conceptos distintos. Como ya se mencionó con anterioridad, el Código de Comercio en los artículos 210, 251 y siguientes, define a los empresarios particulares como "aquellos que, ejerciendo la industria de conductor, no han ofrecido al público sus servicios, y se encargan libremente de la conducción de personas o mercaderías a precios convenidos" y a los empresarios públicos como "aquellos que tienen anunciado y abierto al público un establecimiento de

¹³ (Española A. d., 2014).

¹⁴ (OMEBA, 1998).

¹⁵ (OMEBA, 1998).

conducciones, y las ejecutan en los períodos, por el precio y las condiciones que prefijan sus anuncios”¹⁶, definiciones que no se ajustan al concepto general de empresa.

Coloquialmente se puede considerar a la palabra empresa como un emprendimiento, una aventura, un riesgo; por ejemplo cuando una persona decide abrir un negocio, está llevando a cabo una empresa, pues se trata de un riesgo, de una aventura.

Así podemos definir a la empresa como una unidad productiva organizada, un medio esencial en la economía actual, que genera riqueza con la unión de trabajo, capital y producción.

En conclusión, se puede entender que una empresa es una entidad considerada como una unidad, misma que puede ser una corporación, una compañía o una institución cuyo objetivo es obtener lucro –sociedades mercantiles- o prestar un servicio a la sociedad. La empresa de esta forma puede ser un ente colectivo conformado por varias personas o un ente individual conformado por una sola persona. Para lograr sus objetivos, la empresa debe reunir elementos humanos como trabajadores o administradores, técnicos como trabajo o estudio y materiales como capital o recursos.

7.4. Definición de sociedad mercantil.

El autor Jorge Barrera Graf citado por el autor Arturo Díaz Bravo en su obra Derecho Mercantil define a la compañía como “(...) una figura esencial del nuevo derecho mercantil, que consiste en un conjunto de personas y cosas organizadas por el titular, con el fin de realizar una actividad onerosa, generalmente lucrativa de producción o intercambio de bienes o servicios”¹⁷.

¹⁶ (Nacional, Código de Comercio, 2014).

¹⁷ (Bravo, 2005).

La sociedad por excelencia nace en nuestra legislación civil, al respecto el Código Civil establece que la sociedad es un contrato en virtud del cual dos o más personas acuerdan poner algo en común, con el fin de dividir los beneficios que de ello provengan, generándose una persona jurídica distinta de los socios que la constituyeron ¹⁸, sin embargo la sociedad mercantil o compañía, de conformidad con lo establecido en la Ley de Compañías, es "un contrato por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias para emprender en operaciones mercantiles y participar en sus utilidades (...)", a su vez el artículo 2 de dicho cuerpo normativo establece "(...) estas cinco especies de compañías constituyen personas jurídicas"¹⁹, así podemos deducir que la Ley de Compañías establece claramente que la compañía es un contrato, al igual que la sociedad es un contrato en materia civil, mismo que es el origen del cual surge el contrato de compañía.

El Código Civil por su parte en el artículo 1454 define al contrato como "un acto por el cual una parte se obliga para con otra dar, hacer o no hacer alguna cosa (...)"²⁰.

Por ello, se puede colegir que la compañía es un contrato especial debido a que se encuentra conformado, si bien por características comunes a todos los contratos²¹, por características especiales. En cuanto a sus características especiales, la peculiaridad del contrato de compañía radica, entre otras cosas, en sus requisitos de forma, mismos que se hayan regulados por la Ley de Compañías, las disposiciones de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y los estatutos de cada compañía. Así por ejemplo, en la escritura de constitución de una compañía, debe estar contenido el contrato social que

¹⁸ (Nacional, Código Civil, 2014).

¹⁹ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

²⁰ (Nacional, Código Civil, 2014).

²¹ Elementos esenciales comunes de los negocios jurídicos: Capacidad legal de los contratantes, consentimiento libre de vicio, objeto lícito y causa lícita.

surge de la "affectio societatis"²², misma que se elabora en base a lo que establece el artículo 150 de la Ley de Compañías, que determina los requisitos específicos que debe contener la escritura pública de constitución. En materia mercantil el vocablo sociedad mercantil se considera como sinónimo de compañía, sin embargo de manera general la palabra sociedad y compañía si mantienen una diferencia básica, pues toda compañía es una sociedad, más no toda sociedad es una compañía, así la sociedad es el género y la compañía la especie. La compañía como sociedad siempre tendrá personalidad jurídica propia, mientras que no todas las sociedades tienen personalidad jurídica.

Por otra parte hay quienes sostienen que la compañía no es un contrato en razón de que las partes -socios-, no se obligan unos con otros, sino el momento en que constituyen la compañía, nace este ente con personalidad jurídica propia y es este ente el que mantiene la relación contractual con sus socios, sin embargo podemos afirmar que la compañía si es un contrato, un contrato "sui generis" en razón de la naturaleza contractual que mantiene la entidad con sus socios y no los socios entre ellos. La compañía así es un contrato que nace de la manifestación de voluntad de sus constituyentes en virtud de la "affectio societatis", cuyo objetivo es crear una persona jurídica distinta de los socios o accionistas que la crearon, tema relevante en el presente trabajo, pues analizaremos el levantamiento del velo societario que elimina momentáneamente la personalidad jurídica de la sociedad. Las sociedades mercantiles se distinguen de las sociedades civiles -establecidas en el Código Civil-, debido a que las operaciones que van a emprender las compañías, son esencialmente mercantiles y persiguen fines de lucro.

Las personas que van a constituir una compañía, juntan sus capitales o industrias, realizando aportaciones en numerario -dinero-, en especie -bienes-, en créditos -títulos de

²² Ánimo de asociarse, es un estado de química inicial entre las personas que constituirán la sociedad y mantendrán calidad de socios o accionistas.

crédito- o bien en industrias -trabajo en el caso de las compañías en comandita por acciones-, en consecuencia los socios o accionistas de una compañía, van a repartirse las utilidades y las pérdidas que genere la actividad que realiza la misma en base a su objeto social.

Por último en base a los conceptos analizados con anterioridad podemos concluir que una compañía o sociedad mercantil es un contrato por el cual, dos o más personas unen sus recursos creando un ente dotado de personalidad jurídica propia con el cual mantendrán su relación contractual, para emprender operaciones comerciales y repartirse los beneficios generados.

7.5.Diferencias entre empresa y sociedad mercantil.

Como vimos al conceptualizar a la empresa y a la compañía, se generan muchas confusiones considerándolas como sinónimos, como una sola institución jurídica, como una sola figura; sin embargo en la práctica existen evidentes diferencias entre éstas dos instituciones como las siguientes:

- A. La compañía por excelencia es un contrato, mientras que la empresa no necesariamente surge de un contrato.
- B. La empresa puede ser tanto una entidad colectiva como individual, mientras que la compañía normalmente es un ente colectivo -salvo el caso de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada-.
- C. La compañía se encuentra completamente reconocida, definida y regulada por nuestra legislación, mientras que la empresa si bien se reconoce, no se define ni se regula en nuestro ordenamiento jurídico.

- D. La compañía siempre será una persona jurídica, mientras que la empresa podrá tener un titular que es el empresario, que puede ser una persona natural o jurídica.
- E. La ley establece las de manera taxativa que las compañías existentes son: Anónimas, en comandita simple o por acciones, las de economía mixta, las de responsabilidad limitada, mismas que se encuentran sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Seguros y Valores, mientras que las empresas podríamos entenderlas en un sentido más amplio y sin clasificación legal.
- F. Tanto la empresa como la compañía son organizaciones, sin embargo en la empresa se organizan los factores de la producción, mientras que en la compañía se organiza al socio o accionista como el titular de ésta.
- G. La compañía jurídicamente es un ente independiente a los miembros que la componen, mientras que la empresa no.
- H. Las compañías se encuentran sujetas al Control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, por el contrario las empresas no necesariamente deben sujetarse a este control, lo harán si el titular de la empresa es una persona jurídica, pero si el titular de la empresa no es una persona jurídica, no requiere ser controlada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.
- I. El titular de una empresa es el empresario, que puede ser cualquier persona que realiza operaciones comerciales sea o no comerciante y que puede o no ser una persona jurídica, por otra parte en las compañías existen socios y accionistas, quienes realizan actos de comercio pero bajo la personalidad jurídica de la compañía a la que pertenecen.

7.6.Semejanzas entre empresa y sociedad mercantil.

Así como manifestamos que la empresa y la compañía no son sinónimos y que existen evidentes diferencias entre las dos figuras, es claro el hecho de que a pesar de ello, existen obvias similitudes entre ambas figuras, como las siguientes:

- A. Ambas tienen por esencia finalidades de especulación económica -percepción de utilidades-.
- B. Se puede decir que la empresa es el género y la compañía es la especie, pues toda empresa puede ser una compañía pero no toda compañía es una empresa.
- C. Ambas son entidades que requieren de la unión de personas naturales o jurídicas, patrimonio y trabajo.
- D. Ambas pueden eventualmente someterse al control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en el caso de que la empresa tenga como titular a una persona jurídica.
- E. En ambos casos el titular será una o varias personas naturales. En la empresa el empresario y en la compañía los socios o accionistas.

8.CAPÍTULO II.- IMPORTANCIA Y EFECTOS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA SOCIETARIA.

8.1.Personas jurídicas: análisis legal y doctrinario.

En base a las enseñanzas del Dr. Jorge Morales Alvarez, profesor de Derecho Romano de la Universidad del Azuay, el término "persona" surgió en la Grecia antigua en razón de las obras teatrales que llevaban a cabo los griegos en sus teatros, así para que el público pueda escuchar a los actores, los mismos utilizaban una especie de máscara que permitía la amplificación de su voz con ayuda del eco, máscaras que se denominaban "personare". Así a los actores se les empezó a llamar personas, en razón de que jugaban un papel en el teatro griego; de esta manera los jurisconsultos romanos tomaron ese concepto y lo aplicaron al ámbito del derecho, utilizando esa denominación para referirse a las personas que juegan un papel en la sociedad²³.

Como es de conocimiento, nuestra legislación civil en su artículo 40 reconoce la existencia de dos clases de personas, las personas naturales que tienen existencia física y se las considera tales desde su nacimiento y separación completa del vientre materno; y las personas jurídicas o morales que son una ficción legal, una creación de la ley, puesto que no tienen una existencia física.

Así para realizar un análisis íntegro de las personas jurídicas, es necesario destacar el hecho de que la conceptualización de las personas jurídicas está integrada por dos elementos: el de la persona y el de lo jurídico. Según lineamientos doctrinarios generales la persona es todo ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones; a su vez el

²³ (Alvarez, 1992).

artículo 41 del Código Civil defina a la persona como "todo individuo de la especie humana, cualesquiera sea su edad, sexo o condición (...)"²⁴, estableciendo la ley que las personas naturales necesariamente deben ser seres humanos, desde un punto de vista biológico y metafísico, persona significa hombre, pero jurídicamente persona es todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Respecto de lo jurídico, la doctrina y la ley atribuyen el nombre de personas "jurídicas" en razón de que son creaciones inspiradas por los doctrinarios y plasmadas por los legisladores en la norma; por ello es que se les atribuye ese nombre, pues son creaciones jurídicas, es decir del derecho. Por su parte Savigny señala que no hay más personas que el individuo humano²⁵, no obstante el criterio de dicho autor es un tanto inexacto, pues es imposible en la actualidad considerar una realidad sin la existencia de personas jurídicas, hay quienes sostienen -entre ellos Savigny- que solo existen personas naturales en razón de que el derecho solo regula comportamientos humanos, no obstante quienes defienden la existencia de las personas jurídicas -entre ellos Kelsen- manifiestan que los derechos y deberes de las personas jurídicas no son sino los derechos y deberes de los individuos humanos²⁶; otros autores como L. De Benito, que defienden la existencia de personas jurídicas, consideran que un individuo puede encarnar tantas personas cuantas sean sus relaciones jurídico-sociales²⁷, cuestión que a mi criterio es un acertada, pues en tal caso un individuo encarnará tantas personas cuantas relaciones jurídicas tenga, así el mismo individuo podrá ser la persona del comprador en una compraventa, del contratante en una relación contractual, etcétera; sin embargo por su parte el autor Guillermo Borda sostiene a su vez que las personas efectivamente pueden ser naturales o jurídicas, las naturales en razón del

²⁴ (Nacional, Código Civil, 2014).

²⁵ (Savigny, 1878).

²⁶ (Kelsen, 1988).

²⁷ (Benito, 1998).

nacimiento de las personas que da lugar al inicio de su existencia jurídica, y las jurídicas en razón de su creación por parte de la ley²⁸. Kelsen establece que "persona" jurídicamente hablando, es un centro de imputación de normas²⁹, de manera que si sobre la figura de las personas jurídicas, recaen normas, se cumple con la tesis de Kelsen y por lo tanto aquellos entes deben necesariamente ser considerados como personas.

El otorgamiento de la personalidad jurídica que se da a estos entes o asociaciones de personas, debe ser entendido como la atribución de existencia y capacidad jurídica.

De manera personal, considero que la existencia de las personas jurídicas se debe a una necesidad social, ya que los humanos, al momento de unirse unos con otros "asociándose", necesariamente debe crearse un ente al que se le debe atribuir la personalidad jurídica pues, este ente se encuentra sobre los miembros que lo conforman, ello en razón de poder cumplir sus finalidades -de la asociación- sin ser guiada exclusivamente por los impulsos de uno o algunos de sus miembros, sino por lo manifestado en su estatuto, además, si no se le dota de personalidad jurídica a esta "asociación humana", toda tercera persona que contrate o tenga algún tipo de relación jurídica con dicha asociación, en estricto sentido no la tendría con la asociación, sino con cada uno de sus miembros, que podrían ser muchas personas, dificultando así infinitamente las relaciones jurídicas existentes. Por lo tanto la ficción de la personalidad jurídica es necesaria además para facilitar las relaciones entre la asociación y terceros. Por otra parte, si no fuese por la atribución de la personalidad jurídica, que permite que los bienes que aportan quienes la conforman no sean más de su propiedad, sino pasen a ser de dominio de la asociación, estos entes tendrían una duración demasiado breve y frágil en el tiempo, ya que sus miembros

²⁸ (Borda, 2000).

²⁹ (Kelsen, 1988).

eventualmente cuando lo deseen, podrían tomar de vuelta los bienes que aportaron para la constitución y desarrollo de dicha asociación, dejando a la misma sin recurso alguno.

En cuanto a la regulación específica sobre las personas jurídicas, el Código Civil en su artículo 564 establece "Se llama persona jurídica a una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno u otro carácter"³⁰, en razón de que las personas jurídicas no tienen una existencia física, son consideradas por la ley como uno de los incapaces relativos -conjuntamente con los menores púberes y los interdictos de administrar sus bienes- y en consecuencia requieren para realizar actuaciones válidas, de que las mismas sean realizadas a través de sus representantes legales, quienes deben representar a la persona jurídica judicial -en procesos jurisdiccionales, administrativos o arbitrales- y extrajudicialmente -en actos y contratos-.

Respecto a las consideraciones doctrinarias, el autor Guillermo Borda sostiene que "las personas jurídicas son un grupo de individuos unidos por un vínculo contractual asociativo"³¹, a su vez L. De Benito manifiesta que la persona jurídica es "aquella unidad jurídica resultado de una ordenación hacia un fin de derecho, en la que figuran como componentes personas cuya suma de voluntades engendra una nueva voluntad colectiva, capaz del ejercicio de derechos patrimoniales frente a terceros y aún frente a sus propios componentes"³², personalmente me parece totalmente acertada la definición dada por este último doctrinario español, en razón de que, como ya manifesté con anterioridad, la finalidad de la asociación de personas no puede ser la voluntad antojadiza de cada uno de

³⁰ (Nacional, Código Civil, 2014).

³¹ (Borda, 2000).

³² (Benito, 1998).

sus miembros, sino que esa asociación voluntaria de cada individuo, genera una nueva voluntad colectiva, una voluntad macro, que se expresa a través del surgimiento de la personalidad jurídica sobre dicha asociación.

La ley prevé a su vez una clasificación de las personas jurídicas, mismas que pueden ser de derecho público y de derecho privado, las personas jurídicas de derecho privado -que son las que más nos interesan para el presente trabajo- pueden sub clasificarse en corporaciones o fundaciones. Las corporaciones son asociaciones de personas que buscan un fin lícito y no lucrativo, en las corporaciones se afectan a los individuos que la conforman, más no a los bienes; por otra parte las fundaciones son entes formados por la asociación de varias personas, que no persiguen fines de lucro, en la que se ven afectados sus bienes, más no los individuos que la conforman. Sin embargo de lo dicho, si bien el Código Civil se limita a esa clasificación de personas jurídicas de derecho privado en estricto sentido, la ley en general reconoce que existen otras personas jurídicas, que son las sociedades civiles y mercantiles, las civiles no persiguen fines de lucro y se encuentran reguladas por la legislación civil, mientras que las sociedades mercantiles -compañías- por excelencia al dedicarse a actividades mercantiles, persiguen fines de lucro y son reguladas por leyes mercantiles como el Código de Comercio y la Ley de Compañías, siendo las compañías reguladas por la última normativa citada.

La atribución de personalidad jurídica a estos entes conformados por la asociación de personas, trasciende más allá de lo ya mencionado, pues en virtud de aquella atribución, es que el que se obliga frente a terceros, no es o no son el miembro o los miembros que la conforman, sino la entidad en sí misma; y los bienes que permiten la creación y subsistencia de la asociación, no pertenecen a los miembros que los aportaron, sino a la persona jurídica misma, tal como lo prescribe el Código Civil en los artículos 568 y siguientes.

8.2.El contrato de sociedad en el Código Civil.

El contrato de sociedad, que es origen de las sociedades civiles y mercantiles surgió, como ya se mencionó, en el derecho romano clásico, sin embargo, en aquella época la celebración de un contrato de sociedad no daba lugar al nacimiento de una persona jurídica, pues este concepto no se encontraba del todo desarrollado en aquella época. En este punto es muy importante no confundir dos hechos, el primero, es la existencia de las personas jurídicas en estricto sentido, y el segundo es la existencia de las sociedades civiles y mercantiles. Si bien el contrato de sociedad es el origen de las sociedades civiles y mercantiles, éste no es el origen de las personas jurídicas, pues toda sociedad civil o mercantil es una persona jurídica, más no toda persona jurídica es una sociedad civil o mercantil. La constitución de una sociedad, sea civil o mercantil, lleva implícito siempre la consecuencia del nacimiento de la persona jurídica, mientras que la creación de una persona jurídica no siempre implica la creación de una sociedad civil o mercantil, por ejemplo en el fideicomiso mercantil, el fideicomitente -que puede ser una persona sin asociarse con otra- aporta bienes conformando un patrimonio autónomo al cual se le otorga personalidad jurídica, patrimonio autónomo que se convierte en una persona jurídica sin que se haya celebrado un contrato de sociedad cualquiera sea su clase.

El Código Civil en su artículo 1957 establece “ Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.”³³ Como podemos evidenciar, en la regulación que realiza nuestra legislación respecto de la sociedad -misma que se inspiró del Código Civil

³³ (Nacional, Código Civil, 2014).

chileno de Andrés Bello, que a su vez se inspiró del Código napoleónico francés-, ya existe un avance frente a la regulación del contrato de sociedad en el derecho romano, pues expresamente nuestra ley manifiesta que por la celebración del contrato de sociedad, se forma una persona jurídica, corroborándose lo expuesto anteriormente en relación a que, la celebración de un contrato de sociedad lleva implícitamente la creación o nacimiento de una persona jurídica. El contrato de sociedad, tal como se encuentra regulado, responde a la necesidad de la asociación de varias personas para conseguir un "gran objetivo".

La creación del contrato de sociedad, surgió y se mantiene en la actualidad, en respuesta a la necesidad social de la creación y regulación de una figura jurídica contractual que prevea los supuestos de cuando dos o más personas ven la necesidad de juntar sus patrimonios o cosas con el objetivo de cumplir una finalidad común que por sí solos no hubiesen conseguido. Por ello esta institución jurídica es trascendente dentro de cualquier ordenamiento jurídico en el mundo.

8.3.La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.

Como ya se mencionó, las sociedades mercantiles nacen de la institución del contrato de sociedad civil regulado en el Código Civil. El simple hecho de la celebración de un contrato de sociedad, implica la creación y nacimiento de una persona jurídica.

La Ley de Compañías en su artículo 2 establece " (...) Estas cinco especies de compañías constituyen personas jurídicas. (...)"³⁴, en virtud de aquello, es clara la circunstancia que prescribe la ley, al establecer que las cinco clases de compañías que reconoce la misma, constituyen personas jurídicas, es decir entes dotados de personalidad jurídica.

³⁴ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

Sobre la naturaleza jurídica de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, la doctrina general ha establecido varias teorías, no obstante analizaremos algunas de las más relevantes:

- A. Teoría de la ficción: es la posición doctrinaria más antigua respecto de la personalidad jurídica societaria, su máximo expositor fue Savigny. Dicho autor manifiesta que solo el ser humano puede ser sujeto de derechos, es decir solo el Hombre puede adquirir derechos y contraer obligaciones; a diferencia de la persona jurídica que está reconocida en la ley únicamente como una ficción, y que en razón de la necesidad e interés práctico, se le reconoce como persona³⁵. Desde mi óptica, la posición de Savigny es errada, pues considera a la "persona" únicamente desde una perspectiva biológica y metafísica, es decir es persona solo el "ser de carne y hueso", mientras que debería considerarse el concepto de persona como un "centro de imputación de normas" tal como lo prevé Kelsen³⁶. Esta teoría adicionalmente establece que la personalidad jurídica que se le atribuye a las sociedades, surge exclusivamente de la ley y que por lo tanto es una mera creación artificial, pues se trata de entes que no tienen existencia física, sino ideal.
- B. Teoría del Patrimonio de Afectación: esta teoría sostiene que el momento en que los individuos que se asocian y ponen en común sus aportes, ese patrimonio común ya nos les pertenece a sus miembros³⁷. Ese patrimonio común es un patrimonio sin sujeto, sin titular, que no pertenece a nadie, pero que existe para algo, consecuentemente es necesario atribuir a ese ente de personalidad jurídica, para que el patrimonio tenga un titular, un dueño.

³⁵ (Savigny, 1878).

³⁶ (Kelsen, 1988).

³⁷ (Espinell, 2011).

- C. Teoría de la realidad o del reconocimiento: Se trata de una teoría opuesta a la de la ficción, su máximo exponente fue Otto Von Gierke. Esta posición manifiesta que la personalidad jurídica de las sociedades proviene no de la ley, sino de la sumatoria de individuos unidos por una voluntad común, cuyos administradores no actúan en representación de la voluntad de sus miembros, sino de la voluntad común de todos ellos, de una "voluntad mayor"³⁸. Así esta voluntad mayor pasa a formar la sociedad considerada como persona jurídica, la cual puede adquirir derechos y contraer obligaciones a través de sus representantes legales.
- D. Teoría de la Institución: esta posición parte del principio de la necesidad de perpetuar y solidificar la unión de personas más allá de sus integrantes, con un fin social o comercial y la manera de hacerlo es a través de dotarle al ente de personalidad jurídica.

Así, revisadas algunas de las teorías más importantes respecto de las cuales se ha elaborado la doctrina general de la personalidad jurídica de las sociedades y que nos permite determinar su naturaleza jurídica, creo conveniente establecer mi posición al respecto. Mi consideración es que, la naturaleza jurídica de las sociedades es una mezcla de todas las teorías anteriores, pues cada una atribuye elementos necesarios para el entendimiento y la existencia de la personalidad jurídica, formándose así una teoría ecléctica, cuyo contenido sería: Si bien es cierto que las personas jurídicas son creaciones de la ley -ficción legal-, el surgimiento de estas no obedece simple y exclusivamente a la norma. El nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades va más allá, responde a hechos más profundos, a la unión de voluntades y patrimonios de los individuos que la constituyen, unión que deviene en la formación de una voluntad común, de una voluntad macro y de un patrimonio independiente, que únicamente puede ser atribuido al ente

³⁸ (Villegas, 2002).

creado por la asociación de personas -sociedad-, y dicha atribución puede darse exclusivamente proporcionándole de personalidad jurídica a la sociedad. Solo de esa forma puede dotársele de fortaleza, seguridad y cierta perpetuidad a las sociedades mercantiles.

La personalidad jurídica de las sociedades además de lo ya analizado, es necesaria -según las enseñanzas del Dr. Trujillo- debido a que genera ciertos efectos imperiosos, que sin dicha ficción, no podrían generarse. Los efectos que genera la personalidad jurídica de las sociedades, entre otros son los siguientes³⁹:

- A. Capacidad: el profesor Marcelo López Mesa cita al autor Uría, mismo que sostiene que “por el solo hecho de ser sujeto del derecho, el ente goza de capacidad jurídica”⁴⁰. Uno de los puntos trascendentales de la institución de la personalidad jurídica de las sociedades consiste en la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. Como ya mencionamos, Kelsen sostiene que las personas jurídicas no son más que centros de imputación de normas, distintos de los individuos que integran el colectivo. Es menester aclarar que las sociedades mercantiles, a pesar de tener capacidad por ser personas jurídicas, tienen una capacidad limitada, propiamente son considerados como incapaces relativos, y para realizar actos o celebrar contratos de manera válida, deben hacerlo a través de sus representantes legales.
- B. Órganos: Las sociedades mercantiles al ser incapaces relativos y no tener existencia física, requieren de una regulación que permita manejar adecuadamente su desarrollo, por ello es que las compañías están integradas por tres órganos básicos que son: el gobierno, la administración y la fiscalización. El gobierno está

³⁹ (Espinel, 2011).

⁴⁰ (Mesa, 2005).

conformado por la junta general de socios o accionistas, órgano que es el encargado de tomar las decisiones de mayor importancia para la compañía; la administración que generalmente está conformada por un gerente y presidente -variando dichos nombres dependiendo de los estatutos de la sociedad-, y por un directorio en determinados casos. Uno de los administradores de la sociedad necesariamente debe ostentar la representación legal de la compañía y por último tenemos la fiscalización que es obligatoria en las compañías anónimas a través de la figura de los comisarios, figura que también puede tener una sociedad de responsabilidad limitada -que además tiene optativamente una fiscalización especial que se llama consejo de vigilancia-. Lo relevante en este punto respecto de los órganos mencionados, es que en razón de que la persona jurídica -sociedad- es incapaz relativo y no tiene existencia física, para tomar decisiones y expresar su voluntad requiere de personas naturales, personas físicas que conforman los distintos órganos de la sociedad mercantil y que permiten la toma de decisiones y expresión válida de su voluntad, así, si no fuera por la personalidad jurídica de las compañías, las mismas no estarían integradas por estos tres órganos.

- C. Patrimonio: el simple hecho de que una sociedad se encuentre dotada de personalidad jurídica propia, implica que la misma posee un patrimonio propio. Aquí es necesario anotar que los aportes que realizan los socios o accionistas que conforman la sociedad, no les pertenece desde ese momento, sino esos aportes pasan a formar parte del patrimonio de la compañía en sí misma. Así el patrimonio de la sociedad mercantil surge única y exclusivamente en razón de que es considerada una persona jurídica y el único titular de ese patrimonio es la persona jurídica.

- D. Legitimación procesal: como es de conocimiento, las personas jurídicas deben ser representadas judicial o extrajudicialmente. Si la ley manifiesta que las personas jurídicas deben ser representadas judicialmente, ello implica que pueden actuar en juicio como parte procesal, es decir tiene legitimación activa -para demandar- y legitimación pasiva -para ser demandada-, salvo ciertas excepciones previstas en el ordenamiento jurídico, por ejemplo si bien ahora se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las mismas no pueden ser objeto de una sentencia condenatoria que implique privación de la libertad.
- E. Atributos de la personalidad: El hecho de la existencia de la personalidad jurídica de las sociedades, genera que esta pueda obtener ciertos atributos de la personalidad, tales como un nombre, nacionalidad, domicilio, capacidad relativa y patrimonio. Debido a la existencia de estos atributos, es que terceras personas pueden por ejemplo en razón del nombre, identificar a la compañía, identificación que permite contraer obligaciones con la misma; por ejemplo en virtud del domicilio se posibilita la ubicación de la misma, sabiendo el lugar en donde es necesario demandarla; en virtud de la nacionalidad se puede conocer la ley a la cual se encuentra sometida la sociedad; debido al patrimonio es que se puede acceder al mismo para cobrar las acreencias que se tengan y por la capacidad relativa es que se puede celebrar actos y contratos con la misma a través de su representante legal. Las compañías por el hecho de ser "personas" tienen derecho a un nombre, mismo que puede ser una razón social o una denominación objetiva -dependiendo de la clase de compañía-, en cuanto al domicilio, este consiste en la base física de su residencia, lugar en donde debe ser demandada la sociedad y en donde se deben llevar a cabo las juntas generales -con excepción de la junta

general universal⁴¹. Respecto de la nacionalidad, las compañías pueden ser nacionales o extranjeras, pudiendo en el Ecuador funcionar exclusivamente las compañías nacionales o extranjeras que se domicilien en el país.

F. Derechos, obligaciones y responsabilidades entre la sociedad y sus socios: la sociedad concebida como persona jurídica tiene derechos y obligaciones respecto de sus socios, según Trujillo "la calidad de socio no le otorga facultades para ejercer los derechos de la sociedad, sino que sus atribuciones como socio surgen a partir del momento en que el socio ocupe un cargo en uno de los órganos societarios que tenga competencia para ejercer dichas atribuciones"⁴², es decir en palabras más simples, la compañía como entidad tiene sus propios derechos y obligaciones que deben ser ejercidos por sus socios a través de los órganos que la conforman, derechos que son distintos de los derechos que tienen los socios dentro de la entidad, por ejemplo el derecho a percibir sus utilidades. Un tema a analizar en este punto, es nuevamente la separación de patrimonios, el de la entidad y el de cada uno de los socios, patrimonios que no deben confundirse, en razón de esta figura es que no pueden existir "causes de comunicación" de las deudas de los socios a la sociedad y viceversa en los casos en que los socios mantengan responsabilidad limitada.

8.4. Nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.

⁴¹ Junta general universal es aquella que se constituye sin convocatoria previa, siempre que se cumplan ciertos requisitos: que se encuentre presente el 100% del capital social, que por unanimidad acuerden los puntos del orden del día a tratarse, que por unanimidad acuerden constituirse en junta general universal, que la misma sea celebrada en cualquier lugar del territorio ecuatoriano y que todos los socios o accionistas suscriban el acta de la junta.

⁴² (Espinel, 2011).

Doctrinariamente, se ha discutido el verdadero momento en que nace la persona jurídica en el caso de las sociedades mercantiles, al respecto existen dos posiciones doctrinarias que básicamente toman en consideración si el nacimiento de la personalidad jurídica se da el momento mismo de la celebración del contrato de compañía o si el nacimiento surge el momento de la inscripción en el registro Mercantil. Las mismas son:

- A. Doctrina Contractualista: se denomina también doctrina privatista, esta posición, según Juan Trujillo considera que “la personalidad jurídica se adquiere como consecuencia de la formalización del acto constitutivo, más no de su inscripción en el registro correspondiente”⁴³. Es decir, la personalidad jurídica se adquiere de manera simultánea al momento mismo de la celebración del contrato de constitución, es decir al momento del acuerdo de voluntades, a tal punto que si no se inscribe la constitución en el registro correspondiente o si los socios o accionistas que la constituyeron no aportan lo que se comprometieron el momento de suscribir el capital, la persona jurídica como compañía en estricto sentido si existe. Esta posición es mantenida en legislaciones como la argentina y uruguay.
- B. Doctrina Publicista: esta doctrina por su parte, según Juan Trujillo, considera al registro de la constitución de la compañía, como el momento mismo del nacimiento de la persona jurídica, viendo a los actos anteriores como meramente preparatorios⁴⁴. Esta teoría supone que el momento de la inscripción de la misma en el registro correspondiente, da lugar al nacimiento de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil. Según Trujillo, el ordenamiento jurídico ecuatoriano mantiene esta teoría, y aparentemente así es; al respecto la Ley de Compañías en su artículo 146 prescribe: “ La compañía se constituirá mediante escritura pública

⁴³ (Espinel, 2011).

⁴⁴ (Espinel, 2011).

que se inscribirá en el Registro Mercantil del cantón en el que tenga su domicilio principal la compañía. La compañía existirá y adquirirá personalidad jurídica desde el momento de dicha inscripción (...)”⁴⁵, así se evidencia que al parecer, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles en nuestra legislación nace el momento de su inscripción en el Registro Mercantil.

La razón sobre la cual descansa el verdadero otorgamiento de la personalidad jurídica a una sociedad mercantil en razón de su inscripción en el registro correspondiente, es la publicidad, pues al fin y al cabo, las sociedades mercantiles al ser personas jurídicas y por lo tanto ficciones de la ley, requieren de publicidad para ser consideradas como tales y para que la ley les atribuya, desde ese momento, personalidad jurídica. Aquello además es lo que diferencia a las personas jurídicas de las personas naturales, pues las personas físicas no requieren de publicidad para su existencia, bastando para ello solamente la separación completa del vientre materno. Por lo expuesto, considero acertada la doctrina publicista, misma que claramente adopta nuestra ley.

Desde el momento del nacimiento de la persona jurídica, es que los aportes realizados por los socios, ya no pertenecen a cada uno de ellos, sino su dominio se transfiere a la nueva persona jurídica, además desde ese momento, todos los actos o contratos que realice la sociedad, obliga a la misma, más no a sus socios, pues el ente dotado de personalidad jurídica es el que se obliga frente a terceros.

8.5. Extinción de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.

⁴⁵ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

Es menester conocer que, el proceso de extinción de las sociedades mercantiles -en razón de que en la última etapa del mismo, se extingue su personalidad jurídica-, está integrado por tres momentos: la disolución, la liquidación y la cancelación, encontrándose cada una de estas etapas reguladas a partir del artículo 361 de la Ley de Compañías.

Brevemente, podemos describir que la disolución de la compañía se da cuando la misma incurre en cualquiera de las causales de disolución previstas en la ley, previstas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros o por voluntad propia de los socios -disolución anticipada y voluntaria-. Una vez que la sociedad se encuentra en disolución, procede la etapa de liquidación, que consiste en nombrar un liquidador que pasará a ser el representante legal de la compañía, mismo que podrá ser designado por la propia Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros -en el caso de que la disolución sea por causales legales o de la intendencia- o podrá ser designado por la propia Junta de socios o accionistas -si la disolución es voluntaria-, esta etapa consiste en que, una vez nombrado el liquidador, se debe proceder con tres operaciones básicas: primero, cobrar las acreencias que mantenga la compañía a su favor, segundo, pagar todas las deudas que mantenga la compañía con terceras personas, observando siempre una prelación de créditos, es decir un orden de preferencia de pago, por ejemplo primero los trabajadores, luego las instituciones públicas -tal como veremos en el siguiente punto del presente capítulo- y tercero, si existe un remanente, repartirlo entre los socios o accionistas a prorrata de su capital, siendo necesario en este punto que la junta, al inicio del proceso de liquidación, conozca un balance inicial de liquidación y al último de esta etapa conozca un balance final de liquidación. La tercera y última etapa es la cancelación, que consiste en términos simples, en la cancelación de la inscripción de la compañía en el Registro Mercantil, muchos autores coinciden en que, en este momento realmente la sociedad se extingue y por lo tanto en este punto es que la personalidad jurídica de la sociedad

mercantil deja de existir. Es importante anotar que el capítulo VII del Reglamento de Disolución, Liquidación y Reactivación de Compañías establece la posibilidad de que el proceso de extinción de la misma se de en un solo acto, proceso de extinción especial que se denomina "trámite abreviado de disolución voluntaria, liquidación y cancelación directa", que se puede realizar cuando la sociedad mercantil se disuelve de manera anticipada y voluntaria y no mantiene ninguna deuda, es decir ningún pasivo con terceros, debiendo en este caso necesariamente la junta general, declarar que la compañía no mantiene deudas y que en el evento de que surjan acreedores de la sociedad, ellos, es decir los socios o accionistas, responderán solidaria e ilimitadamente con su patrimonio, así este proceso abreviado implica la disolución, liquidación y cancelación de la compañía en un solo acto.

Continuando con el análisis de la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil, una compañía disuelta y en liquidación, aún conserva su personalidad jurídica y los atributos que de ella se derivan, como el nombre⁴⁶, domicilio, objeto social, la separación de su patrimonio respecto del patrimonio de sus socios o accionistas y la responsabilidad limitada si se trata de una sociedad mercantil que conserve dichas características⁴⁷. Efectivamente, la disolución no pone fin a la vida de la sociedad, en virtud de que, incurrir en una causal de disolución implica simplemente la apertura al proceso de extinción de la compañía, más no su muerte en estricto sentido. A tal punto la disolución no acaba con la vida de la compañía, que a pesar de que la misma ha incurrido en alguna causal de disolución, en ocasiones puede superarse dicha causal y retornar el ente a su vida y funcionamiento normal, y si no se supera, igualmente no se termina su

⁴⁶ En caso de liquidación de la compañía, el nombre de la misma imperativamente debe sufrir una modificación que consiste en que se mantiene el nombre de la compañía y junto a este va acompañada la frase "en liquidación".

⁴⁷ (Espinel, 2011).

existencia jurídica sino hasta su cancelación; continuando con esta línea argumentativa, el artículo 374 de la Ley de Compañías establece que “Cualquiera que haya sido la causa de disolución, la compañía que se encuentre en proceso de liquidación puede reactivarse, hasta antes de la cancelación de la inscripción de la compañía en el Registro Mercantil, siempre que se hubiere solucionado la causa que motivó su disolución y que el Superintendente de Compañías y Valores considere que no hay ninguna otra causa que justifique la liquidación”⁴⁸, de esto se desprende que en esta disposición normativa, se reconoce a su vez que la compañía en estado de disolución y liquidación aún mantiene su personalidad jurídica, es decir sigue con vida, pues la misma puede reactivarse hasta antes de su cancelación si ha subsanado la causa o causas por las cuales incurrió en disolución y liquidación, a ello además debe agregarse la circunstancia de que la ley al decir “hasta antes de su cancelación”, de forma tácita -más no expresa- reconoce que el acto de cancelación es el momento exacto de la extinción de la sociedad, cuestión que también se encuentra prevista en el artículo 30 del Reglamento de Disolución, Liquidación y Reactivación de Compañías. Así las etapas de disolución y liquidación de la compañía son equiparables al estado de agonía de las personas naturales, es decir se encuentran en un estado cercano a la muerte, pero manteniéndose aún con vida y en ocasiones con la posibilidad de recuperarse. Así, realmente el momento de la “muerte” de una compañía se da el instante de su cancelación, que no es más que inscribir su cancelación en el registro correspondiente, en nuestro caso, el Registro Mercantil.

Nuestro ordenamiento jurídico contiene ciertas disposiciones -ajenas a la ley de compañías y sus reglamentos relacionados- que evidencian el hecho de que la disolución y liquidación de las sociedades mercantiles, no genera la extinción de su personalidad jurídica, por ejemplo el Código Orgánico Integral Penal -COIP- en su artículo 50

⁴⁸ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

establece: "(...) Tampoco se extingue la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la ley"⁴⁹, como vemos, el COIP regula de manera adecuada esa situación, pues esa estructura normativa demuestra que la persona jurídica aún sigue viva, dotada de personalidad jurídica el momento de su disolución y liquidación.

Sin embargo, en razón de la norma citada, algunos tratadistas consideran que el hecho de que la ley prevea la posibilidad del mantenimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aún en el caso de que se encuentren en disolución y liquidación, sería como atribuirle responsabilidad penal a una persona natural que ha fallecido, pues consideran que la disolución y liquidación de las sociedades ya implica la extinción de su personalidad jurídica, desconociendo el momento exacto del nacimiento y extinción de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Por otra parte, muchos conocedores del derecho piensan a su vez que, la última frase de dicho artículo del COIP, abre la posibilidad de que se mantenga la responsabilidad penal de la sociedad al momento de su cancelación, pues la ley establece "o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la ley", dando a entender -según su interpretación- que otra modalidad de modificación de la persona jurídica podría ser su cancelación; sin embargo yo no me encuentro de acuerdo con esa interpretación de la norma, debido a que la ley establece expresamente la palabra "modificación", más no extinción o cancelación -la cancelación implica la extinción, más no una modalidad de modificación-.

En estricto sentido la ley no hace referencia expresa a que la cancelación de la compañía, genera la extinción de la persona jurídica, tal como se puede verificar de la lectura de los artículos 404 y 405 de la Ley de Compañías, sin embargo se infiere aquello por dos

⁴⁹ (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014).

razones: la primera del hecho de que, la persona jurídica en nuestro sistema, nace con su inscripción en el Registro Mercantil y por lo tanto la inscripción de su cancelación en dicho registro genera su extinción y la segunda de lo prescrito en el artículo 374 -que ya se hizo referencia- de la Ley de Compañías. No obstante, el artículo 378 de la Ley de Compañías a su vez establece: "La compañía disuelta conservará su personalidad jurídica, mientras se realice la liquidación. (...)"⁵⁰, evidentemente este artículo aclara la circunstancia de que, a pesar de que la compañía se encuentre disuelta, sigue manteniendo su personalidad jurídica, sin embargo, por otra parte la lectura de esta disposición da a entender que la personalidad jurídica de la sociedad se mantendrá mientras se realice la liquidación, es decir, la compañía sigue "viva" mientras se esté liquidando, en otras palabras, el hecho de que la sociedad se mantenga en liquidación aparentemente es una condición impuesta por la ley para considerar el mantenimiento de la existencia de su personalidad jurídica, lo cual a mi parecer no es correcto, pues hipotéticamente en un ejemplo, si una compañía que se encuentra disuelta y ya se liquidó -es decir ya cobró todas sus acreencias, pagó todas sus deudas y repartió el remanente a sus socios o accionistas-, pero aún no se ha cancelado -según este entendimiento normativo- ya no tendría personalidad jurídica, lo cual no es verdadero, ya que en estricto sensu la personalidad jurídica de la sociedad mercantil, tal como ya se expuso, se extingue con la cancelación de la sociedad.

8.6. La prelación de créditos en caso de liquidación de la sociedad mercantil - preferencia de los trabajadores-

Como ya se refirió, el proceso de extinción de una sociedad mercantil se encuentra integrado por tres momentos, que son la disolución, la liquidación y la cancelación de la

⁵⁰ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

compañía; etapas que ya se explicaron brevemente en el anterior punto. Sin embargo, es necesario conocer que el momento en que una compañía se disuelve por cualquiera de las formas posibles, en la etapa de liquidación es necesario realizar tres operaciones básicas, mismas que analizaremos con detalle, puesto que es necesario hacer especial referencia a la prelación de créditos respecto de los trabajadores, ya que la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales -objeto de nuestro estudio- en sus considerandos manifiesta la necesidad de una especial protección a los trabajadores, cuestión que de cierta manera ya se encuentra reconocida en la ley, sin necesidad de levantar indiscriminadamente el velo societario y afectar a la responsabilidad de los socios.

El momento en que la compañía ya tiene un liquidador nombrado como su representante legal y que a su nombre imperativamente se agregó la frase "en liquidación", dicho representante⁵¹ -luego a dar a conocer a la junta general el balance inicial de liquidación y hacer el llamado por la prensa a los potenciales acreedores de la misma- debe hacer tres operaciones básicas que son:

- A. Cobro de acreencias a favor de la sociedad: se trata simplemente de obtener el pago de las cuentas por cobrar a favor de la compañía, el liquidador debe realizar todas las diligencias pertinentes para cobrar las deudas a favor de la sociedad mercantil.
- B. Pago de deudas a terceros: consiste en pagar a todos los acreedores de la compañía, de acuerdo al balance inicial de liquidación, incluso a los acreedores que han sido llamados a cobrar a través de la prensa de acuerdo a lo previsto en el artículo 393 de la Ley de Compañías. Esta operación es el objeto mismo de este tema en el presente capítulo, pues la sociedad mercantil normalmente al mantener

⁵¹ El liquidador de la compañía puede ser nombrado por la propia junta o por la Superintendencia de compañías, quien adquiere la representación legal de la misma y es responsable por sus actos desde el momento en que acepta su nombramiento.

varios acreedores tales como bancos, trabajadores, el fisco, proveedores, entre otros, requiere de satisfacer sus deudas a favor de sus acreedores en base a un orden de prelación de créditos. Este orden de prelación no es más que un orden de preferencia de pago previsto en la ley, así por ejemplo se preferirá el pago a los trabajadores, luego a las instituciones públicas y por último, si hay un remanente, se repartirá entre los socios o accionistas. El orden de preferencia de pago se encuentra previsto en el artículo 398 de la Ley de Compañías, mismo que establece: "En el caso de que la compañía disponga de bienes, el liquidador observará las reglas siguientes: (...) 2. Aplicará las normas legales sobre prelación de créditos para efectuar los pagos a los acreedores de una compañía en liquidación. (...)":⁵², como vemos, esta disposición legal nos remite a los previsto en el Código Civil respecto de la prelación de créditos, pues dicho cuerpo normativo es el que lo regula de forma íntegra. Así el Código Civil a partir del artículo 2374 regula la prelación de créditos, estableciendo un primer orden de preferencia para el cobro de acreencias, dicho orden en términos generales es el siguiente: 1. Las costas judiciales que se causen en el interés común de los acreedores; 5. Todo lo que deba por ley el empleador al trabajador por razón del trabajo, que constituye crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aún a los hipotecarios; 7. Los derechos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por aportes, primas, fondos de reserva, convenios de purga de mora patronal, multas, descuentos u otros que engendren responsabilidad patronal y por créditos concedidos a los afiliados o beneficiarios; 8. Los derechos del Estado y de las instituciones del Estado que señala la Constitución⁵³, por otra parte el artículo

⁵² (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

⁵³ (Nacional, Código Civil, 2014).

2375 de dicha ley establece que "Los créditos enumerados en el artículo precedente afectan todos los bienes del deudor. No habiendo lo necesario para satisfacerlos íntegramente, preferirán unos a otros, en el orden de su numeración, cualquiera que sea su fecha. Los comprendidos en cada número concurrirán a prorrata. (...)"⁵⁴, así podemos evidenciar que la ley es clara al establecer un orden de preferencia en los pagos que debe realizar la sociedad en el evento de su disolución y liquidación, prefiriendo -dentro de lo que nos interesa en el presente trabajo- a los trabajadores, luego al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y luego a las instituciones públicas en general. Por ello debemos ser tajantes al establecer que la ley, sin necesidad de levantar el velo societario de manera antojadiza y sin necesidad de perpetuar la responsabilidad de los socios de las compañías -tal como lo preveía la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales-, de cierta forma ya protege a los trabajadores, prefiriéndoles prácticamente en primer orden en el caso de que existan deudas a su favor y prefiriendo con posterioridad a las instituciones públicas, muchas de ellas con la atribución de la jurisdicción coactiva. Por lo referido es que considero que este punto es el primer mecanismo alternativo -que ya prevé la ley- para proteger los derechos de los trabajadores, tema que retomaremos en el último capítulo del presente trabajo.

- C. Si existe remanente, repartirlo entre sus socios o accionistas: una vez realizadas las dos operaciones anteriores, en el evento de que exista un resultado positivo en el balance final, es decir un remanente, este se deberá repartir entre los socios o accionistas a prorrata, es decir en proporción de su capital. En el evento de que la liquidación final termine "en tablas", es decir sin un remanente pero sin deudas,

⁵⁴ (Nacional, Código Civil, 2014).

los socio o accionistas no recibirán nada. El problema radica cuando en el balance final, el resultado es negativo, es decir no solo no existe un remanente, sino que la compañía aún mantiene un pasivo.

8.7. Distinción: la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles y la responsabilidad de los socios.

Tal como ya se estableció, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles y la responsabilidad de los socios son dos temas distintos. Si bien ambos conceptos son elementos esenciales de las compañías, no son lo mismo.

La personalidad jurídica de una sociedad mercantil, surge como consecuencia de la celebración del contrato social, en virtud de la atribución que realiza la ley, por el contrato social se crea una persona jurídica que se distingue de los socios que la componen. Un tema totalmente distinto es el de la responsabilidad de los socios; los socios o accionistas de una compañía tienen ciertas responsabilidades respecto de la sociedad a la cual pertenecen, por ejemplo deben aportar el capital que suscribieron, sin embargo, a lo que nos referimos en estricto sentido por responsabilidad de los socios, es a su situación frente a las deudas de la compañía; no obstante de lo mencionado, la responsabilidad de los socios no es exclusivamente patrimonial o pecuniaria, pues puede tratarse de una responsabilidad simplemente moral de los socios respecto del proceder abusivo, tema que se revisará con posterioridad, sin embargo, patrimonialmente hablando, existen dos clases de responsabilidad, la limitada y la ilimitada. La responsabilidad ilimitada consiste en que los socios o accionistas, en el evento de que la compañía mantenga deudas, deben responder por dichas deudas con todo su patrimonio personal, esta es una característica propia de las compañías en nombre colectivo y en comandita simple; frente a ello tenemos la responsabilidad limitada, que implica que los socios o accionistas de la compañía,

frente a las deudas que esta mantenga, responden únicamente hasta el monto de su aporte -es decir responden hasta con el valor que ya aportaron a la sociedad-, teniendo así una responsabilidad limitada, esta es una característica propia de las compañías anónimas y de responsabilidad limitada. La atribución de la responsabilidad limitada o ilimitada es establecida por la propia ley, no obstante, la responsabilidad limitada constituye un elemento esencial de las compañías en la actualidad, en cuanto a que ello implica su atractivo básico; a tal punto es una certeza lo referido, que las compañías que mantienen en su estructura una responsabilidad ilimitada -como la en nombre colectivo y la comandita simple-, a pesar de mantenerse vigentes como figuras societarias en la ley, han caído en el desuso, volviéndose figuras prácticamente inexistentes en la realidad.

Los empresarios que realizan actividades comerciales, al realizarlas ponen mucho en riesgo, y una forma de minimizar ese riesgo es limitando su responsabilidad en los casos en que constituyan o formen parte de compañías. Como destaca Cabanellas, la personalidad jurídica no está necesariamente ligada a la limitación de la responsabilidad de los socios⁵⁵, así la personalidad jurídica si bien distingue al ente de sus socios, su existencia no implica la limitación de la responsabilidad de sus socios. Por lo referido, la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, al desestimar la personalidad jurídica de las sociedades -eliminando su personalidad jurídica sin aclarar en que casos-, accede a sus socios eliminando la limitación de su responsabilidad, haciéndolos responsables absolutos por las deudas sociales, cuestión que sería "contra natura" en las compañías que mantienen la figura de la responsabilidad limitada, ello como consecuencia ha generado muchas dudas e inestabilidad en el sector societario, cuestión que debe ser corregida inmediatamente.

⁵⁵ (Cabanellas, 1998).

9.CAPÍTULO III.- CLASES DE SOCIEDADES COMERCIALES Y LA RESPONSABILIDAD DE SUS SOCIOS.

9.1.Compañía de Responsabilidad Limitada.

Continuando con el análisis y elaboración del presente trabajo, nos corresponde iniciar el estudio de las clases de sociedades mercantiles previstas en la ley. Expresamente la Ley de Compañías en su artículo 2 establece las cinco clases de compañías que reconoce nuestra legislación, mismas que son la compañía en nombre colectivo, la comandita simple o en acciones, la de responsabilidad limitada, la anónima y la de economía mixta, además de que la ley reconoce la existencia de las llamadas compañías accidentales o de cuentas en participación -sociedad de hecho-⁵⁶. Previo a iniciar el estudio de las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas, debemos manifestar que dentro de las cinco clases de compañías antes mencionadas, algunas de ellas mantienen como característica básica la responsabilidad ilimitada de sus socios, cuestión que sucede en las compañías en nombre colectivo y comandita simple, sin embargo la responsabilidad limitada -tema trascendental dentro del presente trabajo- se mantiene en las compañías de responsabilidad limitada, anónimas, de economía mixta y en la comandita por acciones; esta puntualización tiene su razón de ser, puesto que por la responsabilidad ilimitada es que las sociedades que la mantienen han caído en el desuso en la práctica, a tal punto que únicamente analizaremos aquellas que mantienen la responsabilidad limitada de sus socios, pues son las que tienen incidencia en la práctica.

Aclarado aquello, en el presente punto es menester iniciar el análisis de la compañía de responsabilidad limitada, pues se trata de una de las sociedades mercantiles que más utilización tiene en la práctica.

⁵⁶ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

La sociedad de responsabilidad limitada en la historia surgió, tal como lo expresa Accorsi, en base a un doble origen, el primero en Alemania y el segundo en Inglaterra. En Alemania el 20 de abril de 1892 se reconocen y reglamentan a dichas sociedades en la Ley General de Sociedades Limitadas; por otro lado en Inglaterra, ya existían compañías privadas creadas por la costumbre, que tienen grandes semejanzas con las sociedades de responsabilidad limitada, que luego fueron reguladas por primera vez en 1907⁵⁷. Tal como ya se manifestó, la compañía de responsabilidad limitada surgió con posterioridad a la compañía anónima, como respuesta a una necesidad social en la que el tráfico mercantil requería de una sociedad cuya estructuración mantenga elementos de dos clases de compañías, esto es las personalistas y las capitalistas. Los elementos que permiten caracterizar a la sociedad de responsabilidad limitada como una compañía personalista son esencialmente los siguientes:

- A. La limitación del número de socios -a quince según nuestra ley-, esta limitación permite que la relación entre los socios de la misma sea cercana, facilitando el manejo de la sociedad y manteniendo la misma en un "círculo pequeño", debiendo recordar que la relación en las sociedades personalistas es entre los socios, más no una relación de capital.
- B. El hecho de que la compañía de responsabilidad limitada se encuentre integrada por participaciones, que no son títulos ejecutivos sino derechos.
- C. La circunstancia de que las participaciones no sean libremente negociables, sino que, para su transferencia se requiere de autorización unánime de los socios de la misma.

⁵⁷ (Accorsi, 2001).

Además de aquello, existe una característica que permite deducir que la sociedad de responsabilidad limitada es una compañía capitalista, misma que es la limitación de la responsabilidad de los socios hasta el monto de sus aportes.

En razón de las características señaladas, mi consideración es que la sociedad de responsabilidad limitada es una compañía "sui generis" debido a que mantiene elementos de las distintas clases de compañías -personalistas y capitalistas-, permitiendo estas características, que las sociedades de responsabilidad limitada presenten muchos elementos atractivos, cuestión que ha influido notoriamente en el hecho de que sea una de las compañías más utilizadas en la práctica. La Ley de Compañías, a partir del artículo 92 normaliza a la compañía de responsabilidad limitada, estableciendo una regulación íntegra de dicha figura, asunto que analizaremos a continuación.

El artículo 92 de dicho cuerpo normativo establece: "La compañía de responsabilidad limitada es la que se contrae entre dos o más personas, que solamente responden por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales y hacen el comercio bajo una razón social o denominación objetiva, a la que se añadirá, en todo caso, las palabras "Compañía Limitada" o su correspondiente abreviatura. Si se utilizare una denominación objetiva será una que no pueda confundirse con la de una compañía preexistente (...)⁵⁸", como podemos ver, el artículo 92 simplemente da una definición de lo que debemos entender por una sociedad de responsabilidad limitada, estableciendo ciertos elementos evidentes, como el hecho de que debe estar integrada por dos socios o más -antes la ley manifestaba que debía estar integrada por tres socios o más-, cuestión -asociación de personas- que es propia de la naturaleza jurídica de las sociedades en general, además dicha disposición determina una propiedad esencial de las compañías de responsabilidad limitada, esto es la responsabilidad limitada de sus socios, pues como ya

⁵⁸ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

se hizo referencia, estos responden hasta el monto de sus aportaciones. La norma adicionalmente establece que deberá tener un nombre, mismo que podrá ser una razón social o denominación objetiva, acompañado de de las palabras "Compañía Limitada" o sus siglas "CIA. LTDA.". En cuanto al nombre, es importante señalar que, en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, el mismo puede consistir en una razón social -es decir un nombre que corresponde a uno o varios de los socios de la misma- o una denominación objetiva -que no es más que un nombre imaginario que se pone a una sociedad-, no obstante, el nombre por excelencia de una compañía limitada, según la doctrina, debe ser la razón social, para mantener en ese aspecto su característica de sociedad personalista, es decir la representación de uno o varios de sus socios en el nombre de la sociedad. Por su parte el artículo 94 de la Ley de Compañías establece que dichas sociedades podrán dedicarse a cualquier actividad, salvo ciertas limitaciones, como por ejemplo las actividades bancarias, de seguros, capitalización y ahorros, pues estas actividades son exclusivas de las sociedades anónimas, cuestión que analizaremos en el momento oportuno. El artículo 95 de la normativa societaria dispone a su vez que el límite máximo de socios será de quince, manteniendo así otra de las características básicas de las compañías personalistas, sin embargo previendo que en el caso de que sus socios superen los quince, obligatoriamente deberá disolverse o transformarse en otra clase de compañía. Por otra parte, el artículo 102 de la Ley de Compañías prevé la conformación del capital de las sociedades de responsabilidad limitada, estableciendo que el mismo estará conformado por participaciones en base a las aportaciones que realicen los socios, aportaciones que pueden ser en numerario -dinero- o en especie⁵⁹ -bienes-; la ley en estricto sentido no define el capital mínimo que requiere una sociedad de

⁵⁹ Los aportes en especie pueden realizarse siempre y cuando los mismos tengan que ver con el objeto social de la compañía.

responsabilidad limitada para nacer y funcionar, sin embargo la Superintendencia de Compañías ha establecido que el capital mínimo será de cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de América, no obstante la Ley de Compañías exige que el capital mínimo fijado por la entidad de control deberá ser cancelado, en un 50% al momento de la suscripción y lo restante en el plazo máximo de un año.

En cuanto a las participaciones, es necesario detendremos en su estudio, pues es esencial aclarar la naturaleza jurídica de las mismas. Las participaciones que posee cada socio de la compañía son a prorrata de sus aportes, es decir en proporción a su capital. Las participaciones son derechos, más no títulos valores como lo son las acciones, y se encuentran representadas por certificados de participaciones, que se entregan únicamente cuando el socio haya pagado todo el capital que suscribió, mientras el socio no haya pagado todo lo que suscribió, recibirá solamente certificados provisionales. Por otra parte, las participaciones no son libremente negociables, pues se requiere de autorización unánime de la Junta General para su transferencia, ya que la finalidad de la ley en este aspecto es mantener la característica de una sociedad personalista, al evitar la inclusión de nuevos socios extraños para los demás. La transferencia de las participaciones se debe realizar a través de escritura pública ante notario, a la cual debe necesariamente adjuntarse el acta de la junta que resolvió dicha transferencia y posteriormente inscribirse en el registro mercantil, marginarse en la notaría en donde se constituyó la sociedad y sentarse razón de la transferencia en el libro de socios y participaciones; sin embargo los sucesores del socio en el evento de su muerte, pueden transferirlas como derechos de herencia sin necesidad de la autorización de la junta. La compañía de responsabilidad limitada al ser una sociedad mercantil sui generis que mantiene características de sociedades personalistas y capitalistas, en cumplimiento de su característica personalista no permite que la constitución de su capital o el aumento del mismo se realice a través de de

suscripción pública, pues lo que se pretende es que los socios de la misma sean allegados o conocidos entre ellos, por lo que si se permitiese la suscripción pública de participaciones, se eliminaría su esencia como sociedad personalista ya que se admitirían nuevos socios en la compañía sin la autorización de los socios ya existentes.

De conformidad con la ley, las participaciones tienen ciertas características, como por ejemplo serán iguales, es decir cada participación debe valer lo mismo, siendo necesariamente su valor de un dólar o múltiplos de uno; son acumulativas, pues no es necesario tener por cada una un certificado de participación ya que un certificado de participación puede representar, por ejemplo, mil participaciones -certificado por mil participaciones-, son inembargables, pues en el evento de que el socio tenga acreedores, aquellos no pueden solicitar el embargo de las participaciones, en razón de que afectaría su característica misma de compañía personalista -ya que al embargarse se transferirían las participaciones a un comprador cualquiera que se convertiría en socio de la compañía-, son además indivisibles, es decir de un valor unitario, por ejemplo un dólar, no pudiendo dividirse en cincuenta centavos, respecto de esta característica de las participaciones, es menester referirnos a lo que sucede en el caso de una sucesión por causa de muerte. Resulta que un socio que mantenía una participación en la compañía ha fallecido y tiene dos hijos, sus hijos adquieren dichas participaciones por transmisión, pero no reciben la mitad de la participación cada uno, sino que se encuentran en calidad de copropietarios de dicha participación como unidad, para evitar la división o fraccionamiento de las mismas, le ley prevé que en este caso es necesario que se designe un representante de los sucesores para que este actúe en nombre de todos en la junta. Al momento de repartirse lo que les pertenece a cada uno, obligatoriamente debe corresponder una participación íntegra a uno de los sucesores más no fraccionada. Por último, en los certificados de participaciones expresamente debe constar el hecho de que son no negociables.

Respecto de los órganos de la compañía limitada, debemos resaltar que está dotada por tres órganos, que corresponden al órgano de gobierno, administración y fiscalización. El órgano de gobierno de la sociedad se encuentra conformado por la Junta General de Socios, mismo que tiene sus atribuciones fijadas en la Ley de Compañías respecto del manejo y gobierno de la sociedad; en cuanto a la administración de la sociedad, esta compañía requiere de una administración difusa -no especializada-, es decir que la administración de la misma es realizada por los mismos socios de la compañía, el administrador de la compañía ostentará su representación legal, ya que se trata de una persona jurídica que es un incapaz relativo. La sociedad de responsabilidad limitada no puede estar dotada de un directorio, pues aquella es una figura propia de las compañías anónimas. Los administradores tienen ciertas obligaciones, como por ejemplo realizar informes a la junta general sobre la situación de la compañía, ser responsables por la contabilidad y correspondencia de la sociedad, presentar los balances por lo menos de manera anual dentro de los tres primeros meses del año, cumplir las disposiciones de la junta general y entregar la documentación correspondiente a la Superintendencia de Compañías, Seguros y Valores. La administración así mismo tendrá responsabilidades civiles -por temas tributarios, laborales y netamente civiles- y penales en ciertos casos, su responsabilidad se extingue en circunstancias particulares, por ejemplo en el caso de que el balance sea correctamente presentado y aprobado por la junta general, por acuerdo de la junta que considera la extinción de su responsabilidad -del administrador- o por constancia de oposición -gerente recomienda algo pero junta no hace caso, debe dejar constancia de oposición-. En cuanto a la fiscalización de la sociedad, la ley es clara al establecer que no es obligatorio que la compañía limitada tenga un comisario -cuestión que sí puede tener si así lo prevé su estatuto, sin necesidad de un número mínimo de socios-, no obstante, la ley respecto de dicha sociedad establece una figura especial en su

fiscalización si se lo regula en su estatuto y si la compañía tiene 10 socios o más, que es lo que se denomina como "consejo de vigilancia", mismo que puede estar conformado por tres miembros que pueden ser solamente socios. Por último la normativa dispone que pueden ser socios de una compañía limitada todas las personas naturales dotadas de capacidad legal para contratar, no pudiendo constituir una compañía limitada entre cónyuges y padres e hijos no emancipados. Además pueden ser socios de la compañía limitada otras compañías tales como una compañía anónima u otra sociedad de responsabilidad limitada, pudiendo ser además socios de la misma compañías extranjeras siempre y cuando estas sean de responsabilidad limitada en el extranjero, teniendo la ley por objetivo proteger a los socios de la sociedad limitada. Sin embargo aquí la norma se contradice, pues establece que pueden ser socios de la misma las compañías extranjeras siempre que estas sean limitadas a su vez, pero admite por otra parte la posibilidad de que sean socios de la misma una compañía anónima nacional.

En cuanto a los socios, los mismos tienen ciertos derechos y obligaciones. Los derechos más importantes de los socios son el cobro de utilidades, la limitación de su responsabilidad, el derecho a no ser obligado a aumentar el capital, el derecho de preferencia a mantener su porcentaje en el capital de la compañía, el derecho a revocar a los administradores por causas legales, el derecho de impugnar las resoluciones de la junta cuando se ostente por lo menos el veinticinco por ciento del capital mediante un juicio planteado ante la corte provincial -solo por causas legales o estatutarias-, solicitar reuniones de la junta general cuando se tenga por lo menos un diez por ciento del capital social y derecho a pedir un reintegro de patrimonio contra los administradores por mala administración de la sociedad. Los socios así mismo tienen determinadas obligaciones, entre ellas -las más importantes- pagar todo el capital que suscribieron, abstenerse de realizar actos con injerencia en la administración, entre otras.

Por la regulación, estructuración y características referidas es que la sociedad de responsabilidad limitada presenta grandes atractivos que permiten catalogarla como una de las compañías más empleadas en la actualidad, en la que se mantiene una relación estrecha entre los socios pero se admite la limitación de la responsabilidad de cada uno.

9.2.Compañía Anónima.

La compañía anónima por su parte, es una figura societaria que surgió, de acuerdo con la mayoría de autores, entre ellos Accorsi, en el año de 1602, siendo la primera la Compañía de las Indias Orientales, no obstante, otro sector doctrinario considera que la primera sociedad anónima fue el Banco de San Jorge fundado en Génova en 1409, pero los que se oponen a esto manifiestan que en estricto sentido no se trata de una sociedad anónima, sino de una asociación de tenedores de títulos de las deudas estatales⁶⁰. Por su parte Vivante manifiesta que el Código de Comercio francés reglamentó por primera vez a las sociedades de capital, estableciendo para la compañía anónima su administración por representantes de los accionistas⁶¹. La sociedad anónima es la estructura societaria más utilizada en el mundo, ya que por excelencia se trata de una compañía capitalista, es decir aquella que implica una simple unión de capitales, más no de personas. La estructura y constitución de una compañía anónima es más compleja que la de una sociedad de responsabilidad limitada, pues generalmente esta clase de compañías se constituyen o transforman para manejar grandes cantidades de capital.

La compañía anónima es una sociedad capitalista, pues mantiene características inequívocas de una, tales como:

- A. Se encuentra conformada por un capital representado por acciones.

⁶⁰ (Accorsi, 2001).

⁶¹ (Vivante, 1995).

- B. Las acciones son libremente negociables, pues se tratan de títulos valores.
- C. No existe una limitante en cuanto al número de sus accionistas, ya que lo que se pretende es que se dé una unión de capitales, más no de personas.
- D. La responsabilidad de los accionistas es limitada al monto de sus aportes.

La compañía anónima se encuentra regulada íntegramente a partir del artículo 143 de la Ley de Compañías, al respecto dicha disposición normativa establece que "La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones. Las sociedades o compañías civiles anónimas están sujetas a todas las reglas de las sociedades o compañías mercantiles anónimas"⁶². La normativa expresamente establece que la sociedad anónima deberá tener por nombre una denominación objetiva acompañada de la frase "Compañía Anónima" o de las siglas "C.A." o "S.A.", respecto de este punto, tenemos una diferencia evidente frente a la sociedad limitada, pues la compañía anónima únicamente puede tener una denominación objetiva, es decir un nombre imaginario, que no corresponde al nombre de uno o algunos de sus accionistas. Frente a esto tenemos una excepción, por ejemplo que sucedió con la conocida compañía cuencana "Salvador Pacheco Mora S.A.", misma que obviamente se trata de una sociedad anónima dotada de una razón social, sin embargo para aclarar esta posible confusión que en realidad se trata de una excepción, debemos referirnos a que dicha compañía se constituyó, es decir nació como una compañía de responsabilidad limitada, pero debido a diversas razones, se transformó en una sociedad anónima conservando dicha razón social por nombre, siendo la regla que si bien las compañías anónimas solo pueden

⁶² (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

constituirse dotadas de una denominación objetiva, se admitirán compañías anónimas con razón social si estas se crean a través de una transformación.

En cuanto a los accionistas de las compañías anónimas, la capacidad que se requiere para la constitución de una compañía anónima -accionista fundador-, simplemente es la capacidad civil para contratar. La Ley de Compañías en este punto no establece como prohibición para poder constituir una compañía anónima el hecho de que los constituyentes sean padres e hijos no emancipados o cónyuges -debido a que la unión en esta clase de sociedades no es de personas, sino de capitales-, prohibición que si prevé para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada. Así mismo, el artículo 145 de la normativa societaria establece a su vez que pueden ser fundadoras o accionistas de una sociedad anónima personas jurídicas nacionales, así como también compañías extranjeras siempre y cuando estas mantengan capitales representados por acciones o participaciones nominativas, es decir emitidas a favor de sus accionistas o socios, negando la posibilidad de que sean al portador⁶³, de lo referido, podemos manifestar el hecho de que aquí se presenta otra diferencia tajante con la compañía de responsabilidad limitada, pues en la sociedad limitada únicamente pueden ser socias de la misma compañías extranjeras que también sean de responsabilidad limitada, protegiendo de esta forma a su característica de sociedad personalista, mientras que en la anónima, la ley al aceptar la posibilidad de que sean accionistas de la misma compañías que ostenten un capital representado por acciones o participaciones, permite que sean accionistas de la misma, compañías anónimas o de responsabilidad limitada, estableciendo como única limitante la circunstancia de que las acciones o participaciones no sean al portador⁶⁴, sino

⁶³ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

⁶⁴ Se trata de títulos valores cuyo titular es la persona que posea el documento en el que se encuentra el derecho.

nominativas. El artículo 147 de la Ley de Compañías a su vez establece "(...) La compañía anónima no podrá subsistir con menos de dos accionistas, salvo las compañías cuyo capital pertenezca en su totalidad a una entidad del sector público (...)"⁶⁵, de dicha disposición, podemos deducir dos cuestiones a saber, la primera, que la compañía anónima por regla general debe tener siempre dos o más accionistas, nunca uno solo -ya se analizará lo que sucede en el evento de que la sociedad se quede con un solo accionista-, salvo como excepción el caso de una compañía anónima pública -esta excepción atenta en mi consideración a la esencia misma de una sociedad en general, que es la asociación de dos o más personas, pues admite la posibilidad de un socio único en una compañía anónima pública, por lo que resulta ser absurda-, y segundo, que una compañía anónima puede ser tanto puramente pública como privada, será privada cuando todos sus accionistas sean particulares, por otra parte será pública cuando todos sus accionistas sean instituciones públicas; en el evento de que confluyan accionistas de ambos sectores, se tratará de una compañía de economía mixta, que analizaremos en el siguiente punto del presente capítulo. Con relación a las compañías anónimas públicas, es decir aquellas en las que las entidades del sector público sea el único accionista, debemos referirnos a lo que establece la Ley Orgánica de Empresas Públicas -LOEP-, misma que en su disposición transitoria segunda prescribe lo siguiente: "Por disposición de esta Ley, las sociedades anónimas en las que el Estado, a través de sus entidades y organismos sea accionista único, una vez que la Presidenta o Presidente de la República o la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado, según sea el caso, en un plazo no mayor a noventa días contados a partir de la expedición de esta Ley, emita el decreto ejecutivo, la norma regional u ordenanza de creación de la o las nuevas empresas públicas, se disolverán de manera forzosa, sin liquidarse, y transferirán su patrimonio a la o las

⁶⁵ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

nuevas empresas públicas que se creen. El proceso de disolución forzosa sin liquidación de dichas sociedades anónimas conlleva su extinción legal; y en consecuencia las empresas públicas que se crean, subrogan en los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas. En consecuencia, se dispone al Superintendente de Compañías que sin más trámite, al momento de expedición de los decretos ejecutivos u ordenanzas de creación de las empresas públicas, ordene la cancelación de la inscripción de las sociedades anónimas extinguidas, en el respectivo Registro Mercantil del cantón de su constitución⁶⁶, esta disposición transitoria establece en palabras simples, que dentro de un término previsto luego de la entrada en vigencia de dicha ley y de la emisión del decreto ejecutivo, norma regional u ordenanza correspondiente, todas las compañías anónimas públicas, deben disolverse de manera forzosa y transferir su patrimonio a la nueva empresa pública creada, de esta forma la LOEP elimina la posibilidad práctica de la existencia de compañías anónimas puramente públicas y crea en todos estos casos la figura de las empresas públicas. En el evento de que una compañía anónima se quede con un solo accionista, la misma se encuentra inmersa en una causal de disolución de conformidad con la ley, por lo que se requiere que en el plazo máximo de seis meses, se subsane este hecho, mediante la transferencia de acciones a un segundo accionista, entrando la sociedad a un proceso de reactivación mediante un escritura pública, para continuar sus actividades de forma normal.

Retomando el tema central del presente punto, con relación a la constitución de las sociedades anónimas, existen de conformidad con la ley dos formas de constitución o fundación, que son:

A. Fundación Simultánea: Los accionistas tienen resuelto previamente el trámite de

⁶⁶ (Nacional, Ley Orgánica de Empresas Públicas, 2009).

fundación, ya saben el nombre de la compañía, el valor del capital que suscribirá y aportará cada accionista y la estructura general, es decir si estará dotada de directorio, quien será el comisario, entre otros. En esta caso, la constitución se da en un solo acto. En el Ecuador la mayoría de sociedades anónimas se constituyen de manera simultánea.

B. Fundación Sucesiva: Un grupo de personas que promueven la constitución de la sociedad denominados promotores, invitan públicamente a las personas a la suscripción de acciones, en este caso se requiere de que previamente los promotores hayan suscrito una escritura de promoción -en la que deben fijar un capital mínimo al que debe llegar la compañía y la actividad a la que se dedicará la misma-, una vez suscrita dicha escritura, se procederá a la promoción para la suscripción de acciones por parte del público, cuando alguien suscriba públicamente un valor por acciones de dicha futura compañía, obligatoriamente se le entregará un certificado provisional -que no es título de acción pero si es libremente negociable-. En esta forma de fundación, la compañía puede no llegar a nacer si no existe suficiente acogida por parte del público, debido a que la suscripción pública no llega al capital mínimo requerido previsto en la escritura de suscripción, en este caso se devolverán los valores aportados por los suscriptores, cuando estos presenten sus certificados provisionales; en el evento de que si se llegue a ese capital, se llevará a cabo una escritura definitiva de constitución, en la cual constarán como accionistas los promotores y los individuos que suscriban las acciones en la suscripción pública. Para la fundación definitiva de una compañía anónima a través de esta figura constitutiva se requiere de una comprobación realizada por la superintendencia de Compañías, Valores y Seguros respecto de la suscripción formal de su capital de conformidad con lo

previsto en la suscripción pública de las acciones. Una consecuencia propia del hecho de que las acciones son títulos valores libremente negociables en esta clase de compañías -causa-, es que su constitución puede ser sucesiva, es decir a través de suscripción pública de acciones -efecto-. En nuestro medio no es común la constitución sucesiva de sociedades anónimas debido a la dificultad del procedimiento constitutivo.

Sea cual fuere la forma de constitución de una compañía anónima, se requerirá de una escritura pública y de su inscripción en el registro mercantil, la sociedad solo podrá funcionar una vez que haya obtenido el RUC⁶⁷. La sociedad anónima puede dedicarse a cualquier actividad comercial o industrial, sin limitación alguna, incluida la actividad bancaria, de seguros, de corretaje, entre otras, actividades que se encuentran restringidas para las compañías de responsabilidad limitada.

En cuanto al capital de la compañía anónima, la ley exige para su constitución la suscripción total del capital por parte de los accionistas, capital que debe ser pagado por lo menos el 25% al momento de la constitución y el 75% restante en el plazo máximo de dos años. La ley específicamente no regula el capital mínimo que debe ostentar una sociedad anónima, sin embargo las regulaciones de la Superintendencia de Compañías establecen que será un capital mínimo de ochocientos dólares de los Estados Unidos de América. La Ley de Compañías al inicio de la regulación del capital de las sociedades anónimas establece la figura del capital autorizado. El capital autorizado es una institución propia de las sociedades anónimas que tiene por objetivo simplificar o facilitar el eventual procedimiento de aumento de capital que requiera una compañía anónima,

⁶⁷ RUC: Siglas que corresponden a "Registro Único de Contribuyentes", no es más que una identificación que tienen los sujetos pasivos de la relación jurídica tributaria, específicamente los contribuyentes.

debido a que simplemente implica que la compañía tiene la expectativa de llegar hasta un determinado capital -el autorizado- y en el momento en que realmente se dé dicho aumento, ya no se requiere una intervención de la entidad de control, facilitando así el aumento de capital, dicha figura se debe implementar en la escritura de constitución de forma optativa. El capital autorizado, de conformidad con la normativa no puede ser mayor al doble del capital suscrito, y solo puede ser pagado cuando cuando se haya pagado por lo menos el cincuenta por ciento del capital suscrito. El capital de una compañía anónima se forma por los aportes que realicen los accionistas, que pueden ser en numerario o especie -siempre que tenga relación con el giro de la compañía-.

El capital de una compañía anónima se encuentra integrado por acciones, la compañía puede emitir tantas acciones cuanto capital tenga, respecto de las acciones es menester analizar su naturaleza jurídica. Las acciones por excelencia son títulos valores libremente negociables que representan el capital en el caso de las compañías anónimas y de economía mixta, aquella característica es la más representativa de la circunstancia de que las sociedades anónimas y de economía mixta sean compañías capitalistas, las acciones son la contraprestación que otorga la sociedad anónima a los accionistas en relación al capital aportado. Cada accionista mantendrá sus acciones a prorrata de su capital aportado y cada acción debe tener un titular o titulares -en el caso de copropiedad⁶⁸-, mismos que deberán constar en el correspondiente libro de acciones y accionistas. Para la transferencia de las acciones que son libremente negociables, se requiere sencillamente de una firma al reverso del título de acción -no tratándose de un endoso sino de una cesión- y de la inclusión de la cesión en el libro de acciones y accionistas, solo en ese momento es que realmente se da la transferencia. Las utilidades, que son uno de los

⁶⁸ En caso de copropiedad, la ley exige que se nombre un apoderado o un administrador común, de no llegar a acuerdo, un juez lo nombrará a petición de parte.

derechos fundamentales de los accionistas, las perciben las personas que ostenten la titularidad de las acciones al momento del reparto de la mismas.

Cuando los accionistas aún no han pagado el total de las acciones que suscribieron, lo que se les entrega son certificados provisionales por el valor aportado, estos certificados provisionales no son títulos valores, pero sí son derechos libremente negociables, solamente cuando el accionista haya pagado el total del capital suscrito es que obtendrá los títulos de acciones, pues solo ese momento las acciones se encuentran liberadas⁶⁹.

Respecto de las acciones, la ley claramente señala que existen dos clases de acciones:

- A. Acciones Ordinarias: Otorgan los derechos generales a sus titulares, por ejemplo asistir a las juntas, tener voz y voto en las mismas, percibir utilidades, entre otros.
- B. Acciones Preferidas: Se trata de acciones que puede o no mantener un compañía anónima, acciones que otorgan ciertas prerrogativas o preferencias especiales a sus titulares, por ejemplo obtener algún descuento o beneficio en los productos o servicios que oferta la compañía. No obstante de lo mencionado, en la realidad también generan ciertas desventajas, por ejemplo, por una parte no permiten a su titular votar en los asuntos generales de la junta general, pero sí le permiten asistir, por otra parte sí permiten votar exclusivamente en asuntos relacionados con las acciones preferidas. El principal atractivo de las acciones preferidas es que, si la sociedad se disuelve y liquida, luego de pagar de conformidad como se analizó en la prelación de créditos en el capítulo anterior, si existe un remanente, éste corresponde de manera preferente a los titulares de las acciones preferidas sobre los accionistas ordinarios. La ley determina de manera clara que si la compañía

⁶⁹ Se trata de una figura societaria en razón de la cual, solo cuando el accionista paga el total del capital suscrito, las acciones se liberan y se pueden emitir los títulos de acciones.

mantiene acciones preferidas, estas no podrán superar el cincuenta por ciento de las acciones ordinarias.

En cuanto a las características de las acciones, las mismas son legítimas pues poseen fundamento jurídico -reconocimiento legal-, son negociables sin ninguna limitación -característica básica de las sociedades capitalistas-, son acumulables pues se puede ostentar un título por mil acciones -no necesariamente un título por cada acción-, son indivisibles -al igual que las participaciones-, son nominativas pues pertenecen a la persona que conste como titular de las mismas -característica opuesta "al portador"- y son embargables, pues en el evento de embargo, aquello no afecta a la estructura de la compañía capitalista -diferencia trascendental con las participaciones-, pues no importa quien adquiera con posterioridad las acciones, con tal de que aporte el capital que valen, un efecto de aquello es que las acciones se pueden entregar en prenda para garantizar créditos. Las acciones adicionalmente pueden constituirse en usufructo, en este caso los derechos del accionista se fraccionan, pues el nudo propietario que es el titular puede asistir a la junta y votar, pero la percepción de utilidades corresponde a los usufructuarios. En el acontecimiento de que el accionista pierda el título de acciones, no por ello deja de ser accionista de la sociedad, pues como ya se mencionó, son títulos nominativos, en estos casos, de conformidad con el artículo 197 de la normativa societaria la compañía deberá anular dicho título y publicar por tres días en un periódico de alta circulación del lugar aquel hecho -a costa del accionista correspondiente-, treinta días luego de la publicación, la sociedad podrá emitir un nuevo título a favor del accionista⁷⁰.

Dentro del análisis de las sociedades anónimas, es necesario estudiar brevemente la figura de la emisión de obligaciones. Las compañías anónimas pueden obtener financiamiento

⁷⁰ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

de diversas maneras, entre ellas tenemos al sistema financiero -que no es beneficioso pues la tasa de interés activo que se cobra es muy alta, perjudicando a la sociedad- y a través de la institución de la emisión de obligaciones -pues son sociedades capitalistas- que se encuentra prevista en el Código Orgánico Monetario y Financiero -COMYF-, en la parte pertinente de la Ley del Mercado de Valores. Dicha figura consiste básicamente en que la sociedad anónima puede emitir obligaciones -deuda- que sean adquiridas por particulares, los particulares compran las obligaciones a la compañía, obteniendo esta los ingresos económicos de dicha emisión -financiamiento-, luego de un tiempo determinado la compañía devuelve el valor entregado por los particulares por concepto de las obligaciones más intereses -tasa de interés activa mucho menor a la que hubiese obtenido la sociedad en el caso de obtener un préstamo en una institución financiera-, generando un beneficio para ambas partes en la transacción. Adicionalmente existe la posibilidad de que se dé una emisión de obligaciones convertibles en acciones, la única diferencia con el sistema antes explicado radica en que, en el plazo determinado, la compañía no devuelve el dinero más intereses correspondientes a los adquirientes, sino que en sustitución de aquello, entrega acciones a los particulares que invirtieron en las obligaciones, convirtiéndose estos en accionistas de la compañía, así los adquirientes pasan de ser acreedores de la compañía a ser accionistas de la sociedad anónima. Así como analizamos que la compañía anónima puede obtener financiamiento a través de la emisión de obligaciones, también puede obtenerlo mediante la suscripción pública de acciones a través del mercado de valores.

En cuanto a la estructuración de la compañía anónima, la misma se encuentra integrada por el órgano de gobierno, de administración y de fiscalización. El órgano de gobierno se encuentra compuesto por la junta general de accionistas, misma que será convocada de conformidad con las disposiciones legales pertinentes, respecto de la administración, en

el caso de las compañías anónimas, la administración será especializada -no difusa-, es decir no será administrada por los mismos accionistas sino por expertos. Dentro de este órgano, en el caso de las sociedades anónimas existe la posibilidad de la existencia de un directorio, que es una administración más especializada aún, que puede tomar ciertas decisiones particulares, una de sus facultades es la de verificar la adecuada administración de la sociedad por parte del gerente o presidente. El directorio en la práctica suele estar conformado por un número impar de personas para facilitar la toma de decisiones, pues el voto es por cabeza; el gerente o administrador general de la compañía tiene voz en el directorio, más no voto. En materia tributaria y laboral el representante legal -administrador- de la compañía es solidariamente responsable por las obligaciones que se generen frente al fisco o trabajadores, debido a que él es el administrador de la sociedad -al igual que en las compañías limitadas-, este es un punto muy importante, pues debe ser considerado como un mecanismo alternativo en los casos de abuso de la personalidad jurídica societaria, sin solidarizar la responsabilidad de los socios tal como lo hacía la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, que como ya se revisó, según la Ley de Compañías, es limitada al monto de sus aportes.

Por último, en cuanto a la fiscalización, es menester en esta clase de compañías la existencia de un comisario con su correspondiente suplente. El comisario puede ser nombrado o removido exclusivamente por la junta general, más no por ningún miembro de la administración, ya que el comisario se encargará de controlar las actividades de la administración. La compañía puede tener 2 o más comisarios en el evento de así preverlo el estatuto, el comisario puede o no ser accionista de la compañía -a diferencia del consejo de vigilancia que solo puede estar integrado por socios en la compañía limitada- y durará un máximo de dos años en el cargo pudiendo ser libremente reelegido. En el momento en que se realice una convocatoria a la junta general, se debe hacer una convocatoria especial

e individual al comisario de la sociedad, caso contrario esta será nula. Dentro del órgano de fiscalización puede existir una fiscalización especial, que es la auditoría externa, misma que debe tener una compañía en los casos en que sus activos superen los quinientos mil dólares, sin embargo en ciertas compañías anónimas especiales, por ejemplo en los bancos, no se requiere de un comisario sino solamente de una auditor externo.

Respecto de los derechos y obligaciones de los accionistas, la ley es contundente al establecer los mismos; así los derechos y obligaciones de los accionistas son prácticamente los mismos que de los socios en la compañía limitada, con ciertas variables que ya se desarrollaron en la diferenciación entre compañías capitalistas y personalistas, por ejemplo el derecho a negociar libremente las acciones. Un derecho importante de los accionistas es el derecho de preferencia a mantener su porcentaje en el capital social en el evento de un aumento de capital, no obstante sin la posibilidad de obligar a los mismos a aumentar el capital en ninguna circunstancia -otro derecho de los accionistas-. Tanto en la compañía anónima como en la de responsabilidad limitada, uno de los derechos esenciales de los accionistas y socios es el de percibir utilidades, en el caso de que la compañía resuelva, con todo el capital presente en la junta general, la no entrega de utilidades -para enviar dichos valores a reservas o reinvertirlos en la sociedad-, podrán no ser entregados, sin embargo en el caso de que un solo accionista o socio manifieste su posición contraria, se deberá entregar por concepto de utilidades el 50% de las mismas a los accionistas o socios, siendo el 50% restante no entregado conforme a la decisión tomada.

Por la regulación y estructuración analizada, la compañía anónima resulta ser una compañía capitalista por excelencia, cuyo objetivo es la asociación de capitales, más no de personas, ya que tiene por finalidad el manejo de grandes cantidades de capital. Por ello, la sociedad anónima es la más utilizada en la práctica a nivel mundial.

9.3. Compañía de Economía Mixta.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 283 establece "(...) El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. (...)"⁷¹, como podemos evidenciar, la norma fundamental reconoce diversas clases de economía, por ejemplo la economía pública, privada, mixta, popular y solidaria. Al respecto, la Ley de Compañías en su artículo 2 reconoce, de entre las diversas clases de compañías, a la compañía de economía mixta. A primera vista, aparentemente esta figura societaria nos da la simple idea de que se trata de una sociedad mercantil en la que participan tanto el sector público como el privado, cuestión que es cierta, pero con ciertos matices que son necesarios aclarar.

Debemos hacer referencia a que, en el sector privado, en las sociedades mercantiles únicamente tienen participación socios o accionistas particulares, obteniendo dicho sector la mayoría de las riquezas a través de la fuente societaria, más no existe participación, en calidad de accionistas, por parte del Estado o el sector público en general. Por otra parte el Estado obtiene la riqueza principalmente de los tributos, que es considerada la fuente más grande de recursos estatales, no obstante de aquello, claramente hay que destacar el hecho de que existen compañías públicas de las cuales proviene riqueza estatal, en las que solo existen accionistas del sector público y que son consideradas como sociedades anónimas, tal como lo revisamos en el punto anterior. Sin embargo en razón de lo ya explicado respecto de la regulación la LOEP, ya no deben existir legalmente compañías anónimas públicas, sino que estas deben disolverse y transferir todo su patrimonio a la nueva empresa pública creada.

⁷¹ (Constituyente, 2008).

En virtud de la tajante distinción existente entre los distintos sectores público y privado, el legislador vio la necesidad de crear un figura societaria especial, que la denominó como compañía de economía mixta, en la cual puedan coexistir y perseguir fines comunes, como socios, tanto el sector público como el privado. El fundamento de la existencia de la compañía de economía mixta radica en que, el sector público tiene pleno conocimiento de que el sector privado está dotado de la experiencia necesaria en la creación y administración de la riqueza a través de la producción y comercialización de productos y servicios, mientras que el sector privado conoce el hecho de que el sector público tiene grandes fuentes de dinero y puede otorgar concesiones a los particulares.

La compañía de economía mixta se encuentra regulada a partir del artículo 308 de la Ley de Compañías, mismo que establece "El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades u organismos del sector público, podrán participar, conjuntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía."⁷², como vemos, la compañía de economía mixta es aquella en la que el sector público, sea gobierno central o seccional, o entidades públicas en general, se fusiona con el sector privado para desarrollar actividades comunes y obtener beneficios de dicha actividad. Doctrinariamente la compañía de economía mixta es aquella sociedad en la que intervienen directamente el sector público y privado como accionistas, se trata de una derivación de la compañía anónima, pues las disposiciones que la regulan también norman en su mayoría a la compañía de economía mixta, por esta razón es que muchos tratadistas consideran a su vez que la compañía de economía mixta en realidad no se trata de una nueva o quinta clase de compañía, sino de una derivación de la anónima, es decir de una compañía anónima con capital mixto y que por ello es innecesario que la ley la reconozca como una sociedad distinta a la anónima, sin embargo hay quienes mantienen

⁷² (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

que la compañía de economía mixta efectivamente es una compañía distinta de la anónima, que si bien se deriva de aquella, tiene sus propias características que la hacen merecedora de ser considerada legalmente como una distinta clase de compañía, pues dada su naturaleza jurídica, es una sociedad mercantil sui generis.

En cuanto a su naturaleza jurídica, en la compañía de economía mixta, los socios del sector privado pueden ser personas naturales o jurídicas, mientras que los socios del sector público únicamente pueden ser personas jurídicas, dada la personalidad jurídica que se dota al Estado y las instituciones públicas en general. Esta especie de compañías no se pueden dedicar a cualquier actividad conforme al CIU⁷³ -cuestión que si pueden realizar las demás clases de compañías-, sino únicamente a ciertas actividades que miren al interés colectivo, es decir a ciertas actividades que corresponden al estado, pero en las que el mismo efectivamente pueda concesionar dichas actividades a privados, específicamente, según lo previsto en el artículo 309 de la Ley de Compañías a actividades dedicadas al desarrollo y fomento de la agricultura y de las industrias convenientes a la economía nacional y a la satisfacción de necesidades de orden colectivo; a la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los ya establecidos⁷⁴. El sector público considerado como socio en esta clase de sociedad, tal como lo prevé el artículo 310 de la normativa societaria, puede realizar distintas clases de aportes, como por ejemplo dinero, bienes o simplemente puede aportar a la sociedad una concesión para la prestación de un servicio público determinado, cuestión que es única en este tipo de sociedades y en beneficio exclusivo del sector público accionario. Un tema interesante respecto de la compañía de economía mixta es que, si todo el sector público transfiere sus acciones de

⁷³ CIU: Siglas de "Clasificación Industrial Internacional Uniforme", se trata de una clasificación reconocida internacionalmente en razón de la cual, las sociedades mercantiles se pueden dedicar a las actividades previstas en la misma.

⁷⁴ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

la sociedad al sector privado, la compañía automáticamente se transformará en una sociedad anónima privada, según lo que señala el artículo 316 de la norma societaria, mientras que si el sector privado transfiere todas sus acciones al sector público la sociedad se convertirá en una compañía anónima pública -esto último no lo prevé expresamente la ley, pero se infiere porque lo admite a la inversa-, permitiéndonos esto evidenciar la circunstancia de la estrecha relación que existe entre la compañía de economía mixta y la compañía anónima.

Continuando con esta línea argumentativa, existen ciertos elementos que permiten dilucidar las diferencias que mantienen la compañía de economía mixta con la compañía anónima, tales son:

- A. La sociedad anónima se encuentra integrada por un órgano de gobierno, administración y fiscalización, siendo optativo el hecho de que en su administración exista la figura de un directorio, mientras que en la compañía de economía mixta es obligatoria la existencia de un directorio, tal como lo prescribe el artículo 312 de la Ley de Compañías. Respecto al directorio, la norma es clara al establecer que los miembros del mismo, deben necesariamente representar tanto a los accionistas del sector público como del privado a prorrata del capital aportado por cada uno. El presidente del directorio será un representante del sector público de los accionistas cuando la aportación de dicho sector sea de más del cincuenta por ciento del capital social.
- B. En la compañía anónima las utilidades se reparten a prorrata del capital de cada accionista, mientras que en la compañía de economía mixta no, pues normalmente en el contrato social se establece el hecho de que el sector público percibirá más utilidades que el sector privado, razón por la cual no suele ser una figura muy llamativa para el sector privado, esto si bien no se encuentra taxativamente

regulado en la normativa correspondiente, se desprende de lo que sucede normalmente en los contratos sociales al momento de la constitución de la compañía.

Un ejemplo claro de una compañía de economía mixta existente en la actualidad, es el caso de Austro Gas, cuyo nombre en realidad, según lo que señala la Superintendencia de Compañías, es COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA AUSTROGAS, pues dicha sociedad mantiene accionistas del sector público y privado.

En este punto, nos corresponde realizar un breve análisis de una aparente contradicción existente en nuestro ordenamiento jurídico, que pone en pugna a la Constitución de la República frente a la Ley de Compañías. La Constitución del Ecuador en su artículo 316 establece "El estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley"⁷⁵, como podemos observar, el primer párrafo del artículo citado prescribe que el sector público podrá conformar, con el sector privado, una empresa mixta -compañía de economía mixta para efectos específicos de nuestro trabajo- en la cual el sector público tenga mayoría accionaria, es decir la normativa jerárquicamente superior de nuestro ordenamiento jurídico reza que solo en este supuesto -mayoría accionaria del sector público- se podrá dar una compañía de economía mixta; por otra parte, la Ley de Compañías en su artículo 312 establece "(...) Cuando la aportación del sector público exceda del cincuenta por ciento del capital de la compañía, uno de los directores de este

⁷⁵ (Constituyente, 2008).

sector será presidente del directorio (...)”⁷⁶, la disposición citada, da a entender en base a una interpretación normativa teleológica y gramatical, que en el evento de que la aportación del sector público supere la mitad del capital social, el presidente del directorio será un director que represente al sector público, abriendo la posibilidad de que existan casos en los que, el sector privado considerado como socio, tenga mayoría accionaria, generando una flagrante antinomia entre la ley y la Constitución, pues la una admite la posibilidad de mayoría accionaria del sector público, mientras que la Constitución tajantemente establece que en todos los casos, de forma absoluta, el sector público tendrá mayoría accionaria. A su vez es necesario recalcar que existe una contradicción entre la doctrina y la Constitución, pues la doctrina societaria general considera que la compañía de economía mixta es simplemente una compañía anónima pero con capital mixto, es decir una sociedad anónima con capital del sector público y privado, sin embargo los tratadistas nada dicen acerca de que el capital deba ser mayormente público o privado, pues el único requisito que establecen es que el capital sea mixto. De lo dicho se podría inferir que más que solo una contradicción conceptual y normativa, es una contradicción práctica, ya que si la Constitución prescribe que el sector público necesariamente debe tener mayoría accionaria, aquello implicaría que en la práctica casi nadie o muy pocos individuos del sector privado tendrían interés en formar parte de una compañía en la que, obligatoriamente, tendrán minoría accionaria en todos los casos, precisamente esta es una de las principales razones por las que existe una escasez de compañías de economía mixta. En mi opinión, se requiere de una reforma constitucional en este aspecto, pues tanto el sector público como el privado deberían tener la libertad de tener las acciones que deseen o que les resulte conveniente, motivando así a ambos sectores a la creación de compañías

⁷⁶ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

de economía mixta en grandes cantidades, generando mayor cantidad de empleos, producción y riqueza.

De esta forma, resulta que las compañías de economía mixta son sociedades capitalistas y que por su especial naturaleza jurídica, resultan atractivas para el emprendimiento de actividades bajo esta figura societaria, con ciertos errores en cuanto a su estructuración normativa desde la perspectiva constitucional que afectan a su utilización en la práctica.

10.CAPÍTULO IV.- ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA SOCIETARIA.

10.1.Introducción.

La utilización de sociedades mercantiles, si bien en la mayoría de casos se da con el objetivo de obtener un fin común que es la generación de riqueza y consecuentemente de plazas de trabajo, no siempre es empleada para dichas finalidades, sino que en ocasiones es utilizada como un medio para obtener beneficios de manera ilegítima -abuso de la personalidad jurídica societaria-. Como consecuencia de los constantes abusos cometidos por las personas a través de la figura de la sociedad mercantil y aprovechándose en algunas ocasiones los socios de la personalidad jurídica que la ley dota a las compañías, se produjo una profunda crisis en torno a la sociedad mercantil y su personalidad jurídica, conflicto que degeneró en la necesidad de la creación de la figura del levantamiento del velo societario. Adicionalmente, la controversia en torno al abuso de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, derivó en poner "en tela de juicio" a la responsabilidad limitada de los socios que mantenían y mantienen ciertas compañías, debiendo tener claro que la personalidad jurídica societaria y la responsabilidad de los

socios son dos figuras completamente distintas aunque mantengan una relación causal - la responsabilidad limitada solo puede establecerse como un privilegio en la ley, en razón de la existencia de la personalidad jurídica de las compañías, ya que en virtud de ésta es que la sociedad mantiene su propio patrimonio que permite que la compañía se haga responsable de sus propias obligaciones-, cuestión que ya se explicó con anterioridad. La figura del levantamiento del velo societario, según Trujillo "tuvo su apogeo ideológico en el siglo XX, en que sus autores crearon el mito de la personalidad jurídica, asimilando completamente las personas jurídicas a las físicas"⁷⁷. Las teorías antiguas, respecto de la personalidad jurídica, veían en la persona moral otra distinta a las de sus miembros - concepción clásica de la personalidad jurídica-, mientras que las doctrinas contemporáneas consideran que las personas morales surgen por y para los socios, ya que sin ellos no pudiese existir la sociedad mercantil, a tal punto se da esa consideración que, en determinadas circunstancias, se debe ignorar a la organización jurídica para ir en busca de las personas que están detrás de ella, lo cual se ha dado de manera justificada debido al abuso de la personalidad jurídica societaria en casos concretos. Sobre lo mencionado, cabe resaltar que tanto las doctrinas antiguas como las contemporáneas tienen sus aciertos y sus falencias. Por una parte, en cuanto a las falencias en la doctrina antigua, la misma considera que por el hecho de haber creado una compañía -persona jurídica-, los socios de la misma podrán eventualmente abusar de dicha ficción sin nunca ser responsables por dichos actos abusivos, ya que la responsable siempre será la sociedad mercantil, cuestión que es inconcebible en la actualidad y con razón, pues ni la ley ni la doctrina podrían desproteger de semejante forma a los terceros afectados y amparar a los abusivos -socios- por sus actos excesivos, la doctrina antigua mantiene el criterio del dogma del hermetismo de la persona jurídica, dogma que veremos en el siguiente punto del presente capítulo y

⁷⁷ (Espinell, 2011).

que es opuesto a la idea del levantamiento del velo societario; por otra parte, la doctrina contemporánea también posee ciertas falencias, tal es el caso que esta doctrina admite de modo indiscriminado, descontrolado -tal como ya se analizará- la posibilidad de eliminar la ficción legal de la personalidad jurídica y alcanzar a los socios de la compañía, cuestión que precisamente ha sido la más criticada de esta doctrina y que fue pésimamente empleada en la legislación ecuatoriana, específicamente en la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales.

Por lo referido es que la desestimación de la personalidad jurídica -otro nombre de la doctrina del levantamiento del velo societario- adquirió gran importancia, sobre todo en el ámbito societario-mercantil, más no tanto en materia netamente civil, debiendo considerar que las fundaciones son personas jurídicas civiles que se emplean mucho en la práctica para burlar a la ley y obtener beneficios ilegítimos en perjuicio de terceros. De las investigaciones realizadas, he podido llegar a la conclusión de que la doctrina del levantamiento del velo societario encontró su primera y principal manifestación en la jurisprudencia estadounidense, a través de la elaboración doctrinaria de lo que se conoce como "disregard of the legal entity"⁷⁸ que se fundamenta en la equidad, en base a la resolución de casos que analizaremos en el momento oportuno. El máximo exponente de esta doctrina -levantamiento del velo societario- fue el tratadista alemán Rolf Serick en su obra "Apariencias y Realidad en las Sociedades Mercantiles", que en términos simples sostenía que la aplicación del levantamiento del velo societario dependerá de que se hayan valido de la sociedad para burlar o intentar burlar a la ley, violentar obligaciones contractuales o cometer fraude en perjuicio de terceros⁷⁹. Evidentemente el problema de la doctrina referida es la dificultad en encontrar un criterio rector firme que permita

⁷⁸ Denominación de la "doctrina del levantamiento del velo societario" en idioma inglés.

⁷⁹ (Serick, 1999).

dilucidar en que casos se puede prescindir de la personalidad jurídica societaria, constituyendo para Serick el abuso mismo, aquel criterio rector. Por otra parte existen algunos autores que atacan a la doctrina del levantamiento del velo societario, uno de los máximos expositores de esta posición doctrinaria es el autor Ascarelli, que es citado por Trujillo, mismo que considera que "la única forma de superar aquella incertidumbre en cuanto a la decisión de aplicar o no la desestimación de la personalidad jurídica, se la resuelve con la revisión del concepto de persona jurídica y la determinación de en que casos concretos de debe aplicar"⁸⁰.

Como consecuencia de lo analizado, es que han surgido tratadistas que defienden las dos caras de la moneda, es decir la necesidad de levantar el velo societario y que consecuentemente la responsabilidad de los socios en ocasiones sea ilimitada, o la necesidad de mantener de forma absoluta la personalidad jurídica societaria a pesar de los abusos que se puedan generar, teniendo por objetivo encontrar un punto de equilibrio que permita por una parte respetar la personalidad jurídica societaria y la responsabilidad de los socios, y por otra evitar la utilización abusiva de las compañías permitiendo en ocasiones claras y concretas desestimar su personalidad jurídica para hacer a los socios directamente responsables.

10.2. Uso y abuso de las compañías.

Tal como lo expresa Trujillo, "La sociedad comercial ha sido una valiosa herramienta jurídica para la consecución de fines que aisladamente el hombre no hubiera podido conseguir pese a cualquier esfuerzo individual"⁸¹, tal como podemos evidenciar, no solo de lo referido por los autores en general, sino de la lógica común, las sociedades

⁸⁰ (Espinel, 2011).

⁸¹ (Espinel, 2011).

mercantiles constituyeron, constituyen y constituirán un hito histórico en cuanto a la producción y oferta de productos y servicios de toda índole, a la generación de empleos y por lo tanto al desarrollo y evolución de la sociedad en general mediante la creación de riqueza.

En este punto debemos distinguir la diferencia existente entre el "uso" y el "abuso" de las sociedades mercantiles. Al respecto, el "uso" de las sociedades mercantiles parte de un principio de buena fe, en que se presume que los socios que la constituyen o forman parte de la misma, lo hacen con medios y fines lícitos, sin abusar de terceros ni defraudar a la ley, de esta forma, la utilización de las compañías resulta imperiosa, esencial para el desarrollo social del ser humano. El ideal en el ámbito societario, sería la utilización de las compañías de la forma como se ha referido, pues aquel constituye el verdadero uso de las sociedades mercantiles, no obstante, en razón de la naturaleza humana, la realidad no es tal en todos los casos, pues evidentemente en algunas situaciones las compañías se emplean para burlar la ley o perjudicar a terceros, constituyendo no un uso de las compañías, sino un "abuso" de las mismas. De lo referido, resulta evidente que el "abuso" de las sociedades mercantiles se da cuando las mismas son utilizadas, según la doctrina general con tres finalidades básicas que son: violentar obligaciones contractuales o de cualquier naturaleza con terceros, cometer fraude en perjuicio de terceros o defraudar a la ley. De esta forma, el abuso de las compañías en estricto sentido se da cuando se ha vulnerado esa presunción de buena fe que nos referimos hace un momento en el uso de las compañías, debiendo dicha vulneración ser probada adecuadamente por la parte o partes interesadas para proceder al levantamiento del velo societario y las consecuencias que ello implica. Así el "uso" de las compañías se da cuando se utiliza a la misma con fines y medios lícitos de conformidad con la normativa, mientras que el "abuso" se da

cuando la sociedad mercantil se utiliza con medios o fines ilícitos, contrarios al ordenamiento jurídico.

Muchos autores consideran que el pasar del "uso" al "abuso" de las sociedades mercantiles no surge en razón de que se trate de una persona jurídica -ficción de la personalidad jurídica-, sino en virtud del privilegio de la responsabilidad limitada hasta el monto del aporte, concedido a los socios respecto de las deudas de la compañía -que es una consecuencia de la personalidad jurídica-, pues aquello generó y genera una suerte de codicia extrema que nubló y nubla el juicio de los socios, siendo este su único móvil para la conformación de una sociedad mercantil, tal como lo manifiesta Trujillo "dicho privilegio luego se convirtió en el único fin con el cual se pretendían beneficiar los socios, empezando el abuso de las compañías, de manera que hubo necesidad de buscar una justificación para la conservación de dicho privilegio"⁸²; sin embargo, la justificación para la conservación de dicho privilegio reside en que, el privilegio de la responsabilidad limitada hasta el monto del aporte, permitió y permite la expansión de las sociedades comerciales, así como la asunción de grandes riesgos que, en otras circunstancias, no se hubieran podido correr, es decir esta característica permitió la consolidación absoluta de las sociedades comerciales, pues ante el evidente riesgo que corren las personas naturales al iniciar un emprendimiento, se les otorgó aquel beneficio que, de cierta manera atenúa el riesgo que corren, en otras palabras, sin el beneficio de la responsabilidad limitada, las sociedades mercantiles no serían la herramienta tan útil que son en la actualidad y que se analizó al inicio del presente punto. No obstante, en el caso concreto de los socios, si estos actuaron abusivamente y se ejerce la acción de levantamiento del velo societario, si se eliminaría su responsabilidad limitada, sin embargo, bajo ninguna circunstancia podrán

⁸² (Espinell, 2011).

pagar más del valor de la deuda generada en perjuicio de un tercero, para esto será esencial determinar realmente que socios son los que actuaron fraudulentamente.

Respecto del abuso de la personalidad jurídica societaria, Guillermo Borda establece lo siguiente "el empresario desleal y carente de toda ética, en el que prima sólo el beneficio económico, olvida que el objeto de la sociedad mercantil fue el de facilitar el intercambio comercial o la producción de bienes y servicios, fundamentalmente en beneficio de la comunidad (...)"⁸³, de lo referido resulta más que obvia la circunstancia del abuso de la personalidad jurídica societaria, entendiéndose el autor que los socios olvidan que a las sociedades mercantiles se les otorga personalidad jurídica que las distinguen de sí mismos y en ocasiones el beneficio de la responsabilidad limitada, sobre todo con el objeto de generar un bienestar común y nunca con la finalidad de que se aprovechen de dichas características en perjuicio de la ley y de terceros. Lo que sucede es que la tenencia de un patrimonio propio -característica esencial de las personas jurídicas- y el privilegio de la responsabilidad limitada, han justificado la irresponsabilidad de los socios por las obligaciones sociales, pues a la larga el socio sostendrá que esas son deudas de la compañía que deberán ser asumidas con su patrimonio personal -de la compañía-.

Por su parte el profesor Julio Dassen, expresa que "es frecuente comprobar que personas humanas acerca de cuya fortuna nadie duda, no tienen a su nombre carros, casas, ni siquiera su reloj o pulsera; y resulta que una sociedad anónima es la dueña aparente de todos sus bienes, y de ese modo se burla a los acreedores o a la liquidación de la sociedad conyugal"⁸⁴, como vemos, del ejemplo citado se desprende el hecho de que el socio perjudica a terceros acreedores suyos propios, manteniendo "sus bienes" a nombre de la sociedad, caso más que simple de abuso de personalidad jurídica societaria en el que

⁸³ (Borda, 2000).

⁸⁴ (Dassen, 2003).

eventualmente podría aplicarse la doctrina del levantamiento del velo societario, sin embargo, lo que preveía la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales en el Ecuador implicaba asuntos de mayor dificultad, pues admitía casos de abuso de personalidad jurídica societaria cuando la compañía misma, por ejemplo, no había pagado sus tributos de manera correcta, o adeudaba valores a los trabajadores, o al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o a instituciones con jurisdicción coactiva en general, permitiendo en estos casos el levantamiento del velo societario de la compañía para acudir a los socios de la misma y hacerlos absolutamente responsables por las obligaciones que la sociedad mercantil mantiene, siendo en este caso una situación de abuso de personalidad jurídica no orquestada por el socio en su beneficio directo y existiendo otros mecanismos para velar por los derechos del fisco, de los trabajadores y de las instituciones con jurisdicción coactiva en general.

El problema final, radica en el mal uso que se le ha venido dando a las sociedades mercantiles consideradas como persona jurídicas, pues no fueron creadas para sacar provecho de ellas sin responsabilidad alguna ni con impunidad, sino para crear riqueza, generar empleo, entre otras, pero respondiendo por sus actos. Trujillo manifiesta que “de no ser así, se crea un privilegio irritante que atenta contra el principio de igualdad de las personas, al darle protección a una persona jurídica en desmedro de una persona natural (...)”⁸⁵.

Estos abusos que se pueden verificar, generan lo que en doctrina se conoce como “crisis del concepto de persona jurídica”, que llevaron a la creación y aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario y, según nuestra ley, a la eliminación descontrolada de la responsabilidad limitada de los socios. Boldó Roda, citado por Borda, establece que “la separación completa entre el ente social y los miembros que lo componen -dogma del

⁸⁵ (Espinel, 2011).

hermetismo de la personalidad jurídica⁸⁶- va a constituir el presupuesto fundamental de la crisis del concepto de la persona jurídica⁸⁷. La historia nos enseñó que a raíz de la Primera Guerra Mundial es que se produce la quiebra del dogma del hermetismo de la persona jurídica, ya que se requería tener el control de los bienes en manos de los nacionales de los países enemigos, los cuales podían estar a nombre de sociedades controladas por éstos últimos, de forma que para evitar esa situación, se produjo la ruptura del hermetismo de la sociedad mercantil y la penetración de su personalidad jurídica.

Una vez analizado el uso y abuso de las sociedades mercantiles, nos encontramos frente a un verdadero dilema, pues por un lado tenemos todos los beneficios que presenta la existencia y uso de las compañías, y por otro, los perjuicios que ocasiona el mal uso o más concretamente abuso de las sociedades mercantiles, ante ello, debemos tomar una postura, que bajo ninguna circunstancia puede ser extremista. La posición de mi persona en realidad es que presentado el problema, no podemos prescindir de las compañías, pues en razón de los trascendentales efectos positivos del "uso" de las compañías, no podemos permitir que mediante una inadecuada interpretación doctrinaria y hasta patética elaboración normativa -nos referimos expresamente a lo que establecía la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales-, las instituciones jurídicas de la sociedad mercantil y la responsabilidad limitada de los socios -en las compañías que la prevén-, se vean afectadas, a tal punto que podrían recaer en desuso práctico, tal como lo que ha sucedido con la compañía en nombre colectivo y en comandita simple -por la responsabilidad ilimitada-, lo cual generaría gravísimas consecuencias socioeconómicas en el país, ya que por la falta de inversión, disminuiría la riqueza, la producción, los

⁸⁶ Se trata de una teoría que establece que la incomunicación absoluta entre la sociedad mercantil y sus socios, o la relación extraña entre el ente personificado y los sujetos que la controlan, se manifiesta en que los intereses de la persona jurídica son ajenos a sus miembros.

⁸⁷ (Borda, 2000).

puestos de trabajo, incrementando la pobreza, la necesidad de productos extranjeros, el desempleo y por lo tanto la delincuencia; sin embargo, por otra parte siendo plenamente conscientes de la necesidad y utilidad que tiene la figura del levantamiento del velo societario en aquellos casos en los que efectivamente se pueda verificar mediante un criterio firme, el abuso de las sociedades mercantiles en perjuicio de terceros y de la ley. La realidad exige que cuando la estructura formal de la persona moral se utilice ilegítimamente cometiendo abusos o fraudes, se debe descorrer el velo de su personalidad para penetrar en la real esencia de su sustrato personal o patrimonial, pero debe hacérselo mediante una elaboración normativa adecuada, clara y que genere seguridad jurídica.

10.3. Doctrina del levantamiento del velo societario.

La teoría del levantamiento del velo societario, en doctrina se conoce también con otros nombres o términos, tales como "teoría de la desestimación de la personalidad jurídica", "doctrina del allanamiento de la personalidad jurídica", "teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica", "superación de la personalidad jurídica", "redhibición de la personalidad", "limitación de la personalidad jurídica", "penetración de la personalidad jurídica" o "corrimento del velo societario", entre otros, de manera que cuando nos refiramos a cualquiera de estos nombres para no redundar en el uso de palabras, entenderemos siempre que nos referimos a la doctrina del levantamiento del velo societario. En estricto sentido, todos éstos nombres que se refieren a la misma doctrina, en términos generales son considerados y aplicables para levantar la personalidad jurídica en todos los casos respecto de las personas jurídicas genéricamente hablando, sean estas civiles, mercantiles, públicas o privadas, siendo en específico el caso de la desestimación de la personalidad jurídica en materia estrictamente societaria, que es realmente el tema de nuestro análisis.

La teoría del levantamiento del velo societario se basa en el hecho de que, siendo la persona jurídica una creación legal, la misma no puede ser utilizada como medio para obtener resultados repelidos por la ley, de forma que frente a cualquier abuso que se perpetre a través de ésta, se impondrán siempre los principios de la buena fe y la seguridad jurídica ante la autonomía personal y patrimonial del ente, permitiendo correr el velo de la misma para penetrar a su verdadera esencia. El tratadista Dobson afirma que "la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica se trata de un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se halla revestido a un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación particular"⁸⁸, personalmente he seleccionado la definición citada debido a que simplifica lo que debe entenderse por levantamiento del velo societario, estableciendo que se trata de un remedio contra un mal -el mal en este caso es el abuso de la personalidad jurídica societaria- que tiene por objeto eliminar el manto social para penetrar a la esencia de la compañía, es decir para alcanzar a sus miembros haciéndolos responsables por sus actos abusivos -en particular- que han realizado a través de la sociedad mercantil encubiertos por la misma, curando así de raíz la enfermedad -acto abusivo-. Si bien las sociedades mercantiles se encuentran sujetas a normas generales que permiten la imputación de las conductas de la compañía al mismo ente autónomo -persona jurídica-, en razón de la institución de la desestimación de la personalidad jurídica es que esas normas generales pueden cambiar, pasando a imputar las conductas que normalmente serían atribuibles a la sociedad mercantil como persona jurídica, a otras personas naturales, como pueden ser sus socios o quienes administran o controlan la sociedad, por esta razón es que superficial y conceptualmente, tal como lo hemos visto dentro del presente título, la doctrina del levantamiento del velo societario

⁸⁸ (Dobson, 2006).

parecería ser totalmente acertada en cuanto a sus proposiciones, sin embargo, ostenta algunas falencias que nos permitirán criticarla tal como lo haremos en breve.

En este momento, lo pertinente es analizar la distinción existente entre la desestimación de la personalidad jurídica y la responsabilidad de los socios -cualquiera sea su naturaleza- y el nexo de causalidad existente entre el levantamiento del velo societario y la eliminación de la responsabilidad limitada de los socios -que preveía nuestra Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales-. Al respecto, el autor Efraín Richard sostiene que "no debe confundirse la atribución de responsabilidad de los socios por las obligaciones de una sociedad, con la literalidad de la desestimación de la personalidad jurídica"⁸⁹, por otra parte el autor Trujillo manifiesta que "en el derecho suizo o alemán, desestimar la personalidad jurídica implicaría transponer los límites de la responsabilidad limitada de los socios, sin afectar la calidad del sujeto de derecho -personalidad jurídica-, mientras en el derecho argentino, desestimar la personalidad jurídica implicaría apartar el principio de división patrimonial -personalidad jurídica- y no solamente la atribución de la responsabilidad limitada"⁹⁰, de lo referido debemos realizar un análisis íntegro. El primer autor sostiene que en estricto sentido y literalmente el levantamiento del velo societario y la responsabilidad de los socios son dos cuestiones completamente distintas, entendiendo que la responsabilidad limitada o ilimitada de los socios se encuentra siempre presente, independientemente de que se llegue a dar o no la penetración a su personalidad jurídica, es decir que los socios, dependiendo del tipo de compañía que se trate, mantendrán siempre su responsabilidad limitada o ilimitada -dependiendo de la regulación de cada sociedad mercantil- a pesar de que no se de el levantamiento del velo societario, de esta forma la desestimación de la personalidad jurídica se dará solamente

⁸⁹ (Richard, 2002).

⁹⁰ (Espinell, 2011).

en los casos de abuso de personalidad jurídica, mientras que la responsabilidad de los socios se mantendrá independientemente de que exista abuso o no. El segundo autor a manera de ejemplo establece que la independencia del levantamiento del velo societario y la responsabilidad social dependerá de la legislación que se trate, así en la legislación alemana o suiza, levantar el velo societario de una compañía no implicaría bajo ninguna circunstancia una afección a la responsabilidad limitada o ilimitada de los socios -manteniendo el mismo criterio que el primer autor-, mientras que en el ordenamiento jurídico argentino, la desestimación de la personalidad jurídica involucraría inevitablemente la afección a la responsabilidad limitada de los socios.

Por lo analizado resulta clara la situación en la que nos encontramos, ya que el levantamiento del velo societario es distinto e independiente de la responsabilidad de los socios, sin embargo, cuando nos referimos específicamente a la responsabilidad limitada de los socios, la eliminación de dicha limitación solo puede surgir como consecuencia de la aplicación del levantamiento del velo societario -relación causal-.

Me permito aclarar la dificultosa situación mediante un ejemplo, resulta que la compañía A, tiene dos socios, que son X y Z; X y Z mantienen un cincuenta por ciento cada uno del capital de la compañía A. X y Z mantendrán su responsabilidad -sea limitada o ilimitada- en la compañía sin importar que se aplique o no el levantamiento del velo societario -de manera que el autor antes citado, Efraín Richard, tenía razón- ya que la responsabilidad social es distinta e independiente de la aplicación del levantamiento del velo societario. Sin embargo de aquello, en el mismo ejemplo anterior, resulta que la compañía A es de responsabilidad limitada, teniendo por lo tanto los socios X y Z responsabilidad limitada hasta el monto de sus aportes, por lo que para eliminar la responsabilidad limitada de X y Z, es decir para hacerlos responsables ilimitadamente, se requiere necesariamente que se levante el velo societario de la compañía A para así poder acceder a la responsabilidad

absoluta de X y Z -teniendo razón el autor Trujillo al citar su ejemplo en la legislación argentina, pues es evidente la causalidad existente entre la desestimación de la personalidad jurídica y la eliminación de la responsabilidad limitada, causalidad y obligatoriedad que era adoptada por la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales-. Podemos así verificar que si bien es cierto, el levantamiento del velo societario no siempre implica una afección a la responsabilidad de los socios, doctrinariamente hablando, las dos instituciones tienen una íntima relación y en ocasiones la una -responsabilidad limitada de los socios que cambia a ser ilimitada- es consecuencia de la otra -levantamiento del velo societario-.

En cuanto a las posiciones doctrinarias a favor o en contra de la figura del levantamiento del velo societario, analizaremos las mismas en el siguiente tema del presente capítulo.

En este punto es esencial analizar dos cuestiones a saber, la primera que el levantamiento del velo societario es temporal y excepcional, y la segunda, aclarar la circunstancia de que la desestimación de la personalidad jurídica societaria no tiene por objetivo alcanzar solamente a los socios de la compañía, sino tiene finalidades que van más allá. En cuanto al primer tema, la penetración de la personalidad jurídica societaria, que implica levantar el manto social de la compañía, para acceder a su verdadera esencia, debe ser temporal y excepcional, nos referimos a que el levantamiento del velo no puede ser permanente o perpetuo, caso contrario no nos encontraríamos frente a esta figura, sino frente a la extinción misma de la sociedad mercantil, a su muerte en cada caso concreto, así una característica del levantamiento del velo societario es que el mismo "se levanta para volver a ser bajado", ya que su objetivo es verificar su esencia de forma momentánea. La desestimación debe ser adicionalmente de manera excepcional, no pudiendo darse en todos los casos de abuso de forma genérica, cuestión que ni la doctrina, peor aún las leyes,

han logrado resolver de forma absoluta, tema que analizaremos profundamente con posterioridad.

En cuanto al segundo tema, respecto del objetivo del levantamiento del velo societario, de los casos revisados con anterioridad, se ha analizado que el abuso de las sociedades mercantiles -que permite el levantamiento del velo societario- se da exclusivamente cuando los socios de la compañía utilizan a la misma en forma abusiva, valga la redundancia, para obtener beneficios ilegítimos, sin embargo, frente a esto la pregunta que se genera es ¿qué sucede cuándo se perpetra un acto abusivo que no es realizado por los socios mediante una sociedad mercantil?, por ejemplo cuando una compañía en base a su administración mediante culpa o dolo no realiza los pagos a trabajadores, no realiza el pago de los tributos, o adeuda a una institución con jurisdicción coactiva, sin que la junta general se entere, ¿en este caso también se aplicaría la doctrina del levantamiento del velo societario?, se trata de preguntas que intentaremos responder en un momento. Al respecto es menester aclarar la siguiente cuestión, el levantamiento del velo societario permite eliminar de manera momentánea el manto social de la estructura jurídica de la compañía, para poder penetrar y tener acceso a la esencia, a la realidad material de la misma, que no son solo sus socios, sino también sus administradores y fiscalizadores. Teóricamente la desestimación de la personalidad jurídica societaria implica llegar a quienes se encargan del manejo y control de la compañía, más no únicamente a los socios de la misma, es decir levantar el velo social permite a quienes lo solicitan, tener acceso a las personas que utilizaron de manera abusiva a la sociedad mercantil, pudiendo haberlo hecho los socios, administradores o fiscalizadores. Debemos recordar que las sociedades mercantiles se encuentran integradas por tres órganos, que son: el de gobierno -conformado por la junta general de socios o accionistas-, el de administración -constituido por el representante legal que normalmente se suele llamar gerente, por un simple

administrador que se suele llamar presidente o por el directorio en casos particulares- y por la fiscalización -conformado por el comisario o por el consejo de vigilancia-, cada una de las personas naturales o físicas que forman parte de cada órgano, pudieron haber empleado a la sociedad mercantil en forma abusiva para burlar la ley o generar un perjuicio a terceras personas, consecuentemente, la redhibición de la personalidad jurídica societaria no tiene por objetivo único permitir el acceso y por lo tanto hacer responsables a los socios, sino a las personas físicas que manejaron la compañía, que tomaron las decisiones o realizaron las actuaciones que generaron el uso abusivo de la misma; esto nos permite plantear una respuesta afirmativa a la pregunta antes planteada. Aquello no solo lo podemos inferir de la doctrina general y razón común, sino de lo que prescribe la Ley de Compañías, dicho cuerpo normativo en su artículo 17 reza lo siguiente

“ Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables: 1. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar; 2. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y, 3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución. Salvo los casos excepcionales expresamente determinados en la ley, la inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente podrá declararse judicialmente, de manera alternativa (...)”⁹¹, como podemos apreciar, la ley de manera contundente prescribe que el levantamiento del velo societario podrá darse a través de orden judicial de manera alternativa, en los casos de fraudes o abusos que se cometan a nombre de las compañías, y que en estos casos se hará responsables a las personas físicas que ordenen o ejecuten dichos actos abusivos, aquellos que se hubieren beneficiado de dichos actos hasta el monto del beneficio, entre otros,

⁹¹ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

pudiendo ser tanto los socios, como los fiscalizadores y como los administradores, en consecuencia, tanto normativa -Ley de Compañías- como doctrinariamente, el levantamiento del velo societario se da no solo con el objetivo de perseguir a los socios de la compañía, sino a quienes se hubiesen encargado del manejo o control de la misma si estos fueron los que realizaron los actos abusivos a través de la figura societaria.

10.3.1. Doctrinas a favor y en contra.

Continuando con el desarrollo del presente trabajo y con la misma línea argumentativa, nos corresponde realizar un análisis profundo en cuanto a las doctrinas a favor y en contra de la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria. Como ya nos referimos con anterioridad, la doctrina de la limitación de la personalidad jurídica societaria surgió de la conocida doctrina anglosajona denominada "disregard of the legal entity", sin embargo, esta teoría planteada por los ingleses y más concretamente por los estadounidenses surgió en base a la aplicación jurisprudencial en casos concretos. Así, el primer caso en que se dispuso el levantamiento del velo societario fue juzgado en el año de 1897 en Londres Inglaterra, en el conocido caso "Salomon VS Salomon & Co. Ltd" -que lo desarrollaremos con profundidad en el próximo tema del presente capítulo-; a pesar de ello, dicha doctrina en realidad tuvo su verdadero auge en el derecho estadounidense. Este desarrollo doctrinario en América del Norte -EEUU- se formó en razón del mal uso que se dio de las corporaciones en la época del capitalismo industrial, pues las mismas se utilizaban para fines ilegítimos, así doctrina del disregard of the legal entity en su desarrollo también se empezó a conocer con el nombre de "lifting of the corporate veil". En el derecho anglosajón, conforme lo desglosa el autor Trujillo, esta doctrina se desarrolla en base a dos pilares, que son la equidad y el fraude; en cuanto a la equidad, esta consiste en que

ningún órgano jurisdiccional podrá prescindir de los hechos en la tarea de juzgar, y por ello debe perseguir el desenmascaramiento que permitirá al juzgador observar la verdad, la esencia real oculta tras la personalidad jurídica del ente, en cuanto al fraude, en el derecho inglés consiste en "falsear la realidad" para inducir a una persona a realizar una acción sin que tenga correspondencia con lo real o verdadero⁹². Esto lo hemos revisado únicamente como antecedente de la figura de la desestimación de la personalidad jurídica, sin embargo, es menester estudiar específicamente su origen, aplicación y desarrollo en el derecho continental y consecuentemente en las familias jurídicas romano-germánicas. De esta forma, el máximo exponente de la doctrina del levantamiento del velo societario, como ya nos referimos, fue el profesor Rolf Serick, mismo que fue autor de una de las más grandes obras en materia de desestimación de personalidad jurídica titulada "Apariencia y Realidad de las Sociedades Mercantiles", al respecto, iniciaremos el estudio de las doctrinas a favor de dicha doctrina.

El doctor Rolf Serick inicia su obra partiendo del análisis de la doctrina del disregard of the legal entity formulada por la jurisprudencia estadounidense, Serick de esta forma plantea la posible utilización de la doctrina del disregard of the legal entity pero bajo un diferente sistema, a pesar de la semejanza de su fin, que lo denomina "penetración a través de la persona jurídica", Serick al respecto específicamente señala "la decisión de desestimar o no la forma de la persona jurídica ha de basarse en un examen de la realidad, y de la constatación de la existencia de un abuso de esa forma, lo que no implica negar la personalidad jurídica, sino negarla en el caso concreto por falta de adecuación a la realidad"⁹³, esto permite constatar el hecho de que la aplicabilidad del levantamiento del velo societario, se debe aceptar solamente cuando se haya realizado un examen

⁹² (Espinell, 2011).

⁹³ (Serick, 1999).

exhaustivo en cada caso concreto. Lo que se pretende con esta teoría es quebrantar los principios generales que permiten la imputación de los actos abusivos de la sociedad mercantil al mismo ente autónomo -persona jurídica-, para posibilitar la imputación de los actos abusivos a sus miembros -socios, administradores, fiscalizadores-, mediante la penetración a su sustrato material, en aquellos casos en que de no hacerlo, se producirían resultados injustos. La doctrina de este autor considera que la separación patrimonial, que es consecuencia natural de la personalidad jurídica, y la responsabilidad limitada de los socios -en los casos en que se prevea- son elementos indispensables de las sociedades comerciales, y que por lo tanto cuando se levante el velo societario bajo las circunstancias recién referidas, aquellos elementos que forman parte de la esencia o indispensables de la compañía podrán ser vulnerados excepcionalmente⁹⁴, es decir se vulnerará a la separación patrimonial y a la responsabilidad limitada. Por ello, a primera vista, considero que para Serick la desestimación de la personalidad jurídica societaria implica necesariamente, la eliminación del beneficio de la responsabilidad limitada de los socios en los casos de las sociedades mercantiles que la admiten, cuestión que considero incorrecta. Por esta razón es que me permito realizar una primera crítica personal a su doctrina, pues como analizamos con anterioridad, en términos teóricos básicos, el levantamiento del velo societario es distinto e independiente de la responsabilidad de los socios -sea limitada o ilimitada-, no obstante, es evidente que para Serick, el levantamiento del velo societario imperativamente conlleva una afectación a la responsabilidad limitada de los socios, además de que -según el pensamiento de Serick- necesariamente implica que siempre que se penetra la personalidad jurídica societaria, es para alcanzar a sus socios, tema que tampoco es acertado, pues podría tranquilamente tratarse de un uso abusivo de la compañía por parte de los administradores o

⁹⁴ (Serick, 1999).

fiscalizadores, más no de los socios, levantándose el velo societario para alcanzar a los administradores o fiscalizadores mismos, más no a los socios, contradiciendo el autor a la doctrina general y a la lógica común.

El mentado autor, agrupa en tres grandes categorías los casos en los que se da un abuso de las sociedades mercantiles y que cabría el levantamiento del manto societario, -categorías que resumiremos de su obra-, siendo estas:

- A. Fraude a la Ley: se da cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que no ha previsto, así la ley puede quedar burlada cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras una compañía para lograr eludir el mandato legal, bien sea si la sociedad ya existía o fue creada para ese fin. Personalmente considero que un ejemplo pertinente a la presente categoría sería el siguiente, resulta que la ley establece como prohibición que una persona física que se dedica a la banca, sea dueña de medios de comunicación masiva -radios, televisoras-, por ello el dueño del banco, para hacerse propietario de una televisora, constituye una compañía con el objetivo de que la misma pase a ser titular de la televisora, siendo él el mayor accionista de dicha compañía, de esta forma ha utilizado una sociedad mercantil para burlar la ley.
- B. Violación de las obligaciones contractuales: se da cuando a través de la sociedad mercantil puede quedar burlado o incumplido un contrato como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la de sus socios, por ejemplo cuando dos personas se obligan frente a una tercera a no realizar actos similares frente a otras personas, pero para evitar tal compromiso, los dos primeros constituyen una compañía a fin de que se realicen los actos que los socios están impedidos a título personal. En este caso, la sociedad fue creada o se utilizó para obtener un resultado que quebranta lo estipulado por las personas naturales.

Lo que ataca este punto es que al nacer una sociedad, se trata de una nueva persona que no está obligada por la estipulación de las partes, sin embargo el punto de defensa de este criterio es que dicha sociedad mercantil se creó, se constituyó, con la finalidad misma de vulnerar la obligación contractual. En general para configurar este tipo de abuso -incumplimiento contractual-, se requiere casi exclusivamente de la existencia de obligaciones negativas que hayan contraído personas físicas. Boldó Rodá a su vez, en contraposición con Serick respecto de esta categoría de uso abusivo societario, establece lo siguiente "Quien contrata con una persona jurídica, sabe de antemano que no entra en relación contractual con sus socios, sino con la entidad misma (...)"⁹⁵, de manera que en el caso de que una tercera persona contrate con una compañía, en aplicación de la ficción de conocimiento de la ley, sabe que está obligándose para con dicho ente, más no para con sus socios o administradores, por lo tanto, no podrá luego alegar desconocimiento de aquel hecho normativo para iniciar una acción en contra de la sociedad para desestimar su personalidad jurídica y luego perseguir a sus socios, constituyendo ésta una fuerte y adecuada crítica en contra de la doctrina del levantamiento del velo societario.

- C. Perjuicio fraudulento a terceros: se da cuando se utiliza a la compañía para perjudicar a terceras personas, por ejemplo, se constituye un compañía con un capital demasiado pequeño para los negocios planteados, resulta que la sociedad mercantil obtiene un préstamo de una persona natural que es socio mayorista de la misma, con lo que se convierte en acreedor de la compañía, teniendo la posibilidad de hacer valer su derecho sobre el patrimonio de la sociedad en concurrencia con los demás acreedores. Así el socio que otorgó el préstamo a la

⁹⁵ (Rodá, 2008).

sociedad siendo socio controlador de la misma, ante un eventual concurso de acreedores le correspondería el pago primero a él, perjudicando a los demás.⁹⁶

Serick considera de esta forma, que en esos tres casos, necesariamente se debe levantar el velo societario de la compañía para eliminar la separación de patrimonios y la responsabilidad limitada de los socios, ya que estos han empleado la misma de manera abusiva para obtener beneficios propios o para terceros. Dicho tratadista en la elaboración de su doctrina además sostiene una cuestión interesante que es menester mencionar, al respecto manifiesta que "el fundamento teórico de la doctrina de la penetración, así como la determinación de los principios que rigen su aplicación, los cuales no pueden ser de carácter general como el de buena fe, ya que aquello constituye un peligro que podría derivar en la generalización del remedio de la desestimación de la personalidad jurídica"⁹⁷, ello deviene en la siguiente reflexión, Serick a pesar de ser el mayor defensor y unos de los creadores de la doctrina del levantamiento del velo societario, considera que se trata de una figura que debe ser aplicada de manera excepcional, debiendo ser empleada con "pinzas" por la delicadez del asunto, bajo ninguna circunstancia de forma general, caso contrario no se afectaría al derecho societario, sino se eliminaría su existencia misma. Podemos además considerar que al fin y al cabo, la doctrina del autor alemán -que se fundamenta en las tres categorías de abuso antes referidas-, se basa o reposa en un pilar fundamental, que es la institución jurídica del abuso del derecho. Otros autores, como por ejemplo Dobson consideran que la doctrina de Serick no es más que un capítulo de la institución del abuso del derecho, por ello se puede manifestar que la teoría general del abuso del derecho tranquilamente podría ser aplicada en todos los casos

⁹⁶ (Serick, 1999).

⁹⁷ (Serick, 1999).

en los que exista el abuso de la personalidad jurídica societaria⁹⁸, criterio que será muy aplicado por los opositores a la doctrina del levantamiento del velo societario.

Por último en cuanto a la doctrina a favor del levantamiento del velo societario, Rolf Serick ha establecido además de lo ya analizado, ciertas reglas fundamentales que dan la posibilidad de penetrar hasta el sustrato de la sociedad mercantil considerada como persona jurídica. De entre dichas reglas, nos referiremos solamente a las más relevantes, que son:

- A. "Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla que establece la separación entre la sociedad y los socios.
- B. No basta alegar que si no se descarta la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidad de la norma o de un negocio jurídico.
- C. Si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no es puramente nominal sino verdaderamente efectiva"⁹⁹.

De la cita realizada, debemos realizar un análisis que nos permita entender la circunstancia que nos plantea el autor de manera más clara, en cuanto al punto A, se establece que el levantamiento del velo societario en los casos de abuso que recaigan en cualquiera de las tres categorías antes analizadas, deberá darse exclusivamente por la autoridad judicial competente, con el objetivo de evitar efectivamente la consumación del

⁹⁸ (Dobson, 2006).

⁹⁹ (Serick, 1999).

acto abusivo. Aquel es un planteamiento correcto por parte de Serick -en cuanto a la competencia judicial para desestimar la personalidad jurídica y su finalidad misma, más no en cuanto a la referencia genérica que hace respecto de los casos de abuso-, coincidente con lo que prescribe nuestra Ley de Compañías, misma que establece en su artículo 17 A que "(...) Salvo los casos excepcionales expresamente determinados en la ley, la inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente podrá declararse judicialmente, de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la compañía deducida ante un juez de lo civil y mercantil del domicilio de la compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor. (...) "¹⁰⁰, no pudiendo bajo ninguna posibilidad, levantarse el velo societario por parte de una autoridad administrativa, por ejemplo el Superintendente de Compañías, sino exclusivamente por parte de un funcionario jurisdiccional, siendo una competencia exclusiva y privativa del mismo autorizar o no la desestimación de la personalidad jurídica societaria, además en dicha disposición normativa claramente se determina que el trámite judicial deberá realizarse en el domicilio de la compañía, siendo el juez natural el del domicilio de la sociedad mercantil, salvo que la acción abusiva haya tenido lugar en una localización distinta a la del domicilio de la compañía, en este caso la acción correspondiente podrá deducirse también en el lugar donde se cometió el acto abusivo, a elección del actor.

En cuanto al punto B, el planteamiento doctrinario es completamente adecuado y acertado, ya que no es suficiente la simple alegación por parte de la persona afectada para obtener el levantamiento del velo societario, sino que a dicha alegación -que se debe

¹⁰⁰ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

realizar dentro de un proceso judicial como consecuencia de la deducción de la acción correspondiente- se deben acompañar las pruebas suficientes que determinen tres cuestiones en particular: primero, la existencia de un acto abusivo a través de la figura societaria, segundo, la existencia de un agravio o perjuicio que haya sufrido la persona o personas que pretenden penetrar a las personalidad jurídica societaria, y tercero la existencia de un nexo causal -causa efecto- entre el acto abusivo a través de la compañía -causa- y el perjuicio ocasionado a terceras personas -efecto-; solo con esta triple demostración es que en un proceso judicial se podrá obtener el levantamiento del velo de la sociedad que se trate, caso contrario sería demasiado simple la aplicación de dicha doctrina, lo que ocasionaría la utilización desmedida de la misma.

Por último, en cuanto al punto C, a lo que se refiere el autor, es que en determinados casos, se utiliza a la personalidad jurídica societaria con el objeto de ocultar la verdadera identidad de las personas que intervienen en un acto abusivo, y que en estos casos se descartará -levantará- la personalidad de la sociedad, cuando la norma aplicable al caso determine que la identidad de los sujetos intervinientes no es nominal, es decir en base a nombres taxativos o literales, sino efectiva, o sea importa la identidad de quienes realmente actuaron o intervinieron, más no la que se aparenta. Para facilitar la comprensión de lo que se manifiesta, es importante exponerlo mediante un ejemplo hipotético: la compañía A, que tiene un patrimonio de ciento diez mil dólares, tiene además tres acreedores -terceros- que no tienen preferencia alguna en el cobro de sus créditos, por un valor total de cien mil dólares. Estos tres acreedores son públicamente conocidos por llevar una mala relación con el señor Z, resultando que el socio mayorista de la sociedad deudora es el señor Z, cuestión completamente ignorada por los tres acreedores. Así el socio Z, a sabiendas de la situación de la compañía -deudas con esos tres acreedores-, y ocultando su identidad a través de la compañía, entrega un préstamo a

la sociedad mercantil por un valor de noventa mil dólares, préstamo que se asegura con una garantía real de hipoteca, convirtiéndose él también en acreedor de la compañía, sin embargo no en un acreedor común, sino uno con preferencia al cobro por la existencia de la hipoteca. En el momento del pago de las deudas por parte de la sociedad, la misma no tiene patrimonio suficiente para cancelar todos sus pasivos, por lo que la junta general se reúne y resuelve que se pagará primero al acreedor Z, de conformidad con la ley y luego a los demás, perjudicando a los demás acreedores de la compañía que no tendrán de donde cobrar sus acreencias. Así el socio Z, cubriendo su identidad a través de la persona jurídica, generó un perjuicio a terceros a través de un acto abusivo utilizando a la sociedad mercantil. En el caso de que exista una ley que establezca que predominará la identidad efectiva -socio Z- a la nominal -compañía A- de los intervinientes, se podrá iniciar una acción -por los tres acreedores afectados- en la que se solicite la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria.

En este punto de desarrollo, creo absolutamente pertinente revisar un criterio latinoamericano al respecto del levantamiento del velo societario, el profesor brasileño Lamartine Correa, citado por el jurista Marcelo López Mesa, deduce el siguiente razonamiento "para poder levantar el velo societario se debe verificar la respuesta adecuada a la siguiente pregunta ¿fue realmente la persona jurídica la que actuó, o fue ella un mero instrumento en las manos de otras personas, físicas o jurídicas? Si es en verdad otra persona la que está utilizando a la persona jurídica como escudo, utilizándola fuera de su función, contrariando a la ley, a su contrato social, o a las coordenadas axiológicas fundamentales del orden jurídico, es necesario que la imputación se haga con predominio de la realidad sobre la apariencia"¹⁰¹, de este discernimiento, podemos inferir

¹⁰¹ (Mesa, Personalidad Jurídica Societaria, 2008).

que el autor sostiene que para correr el manto social de la compañía, es menester determinar que el actuar abusivo de la sociedad haya sido realmente orquestado por sus miembros como una herramienta para encubrir su proceder, pues si el acto abusivo realmente es realizado por la compañía misma, no es necesario aplicar la figura de la desestimación de su personalidad jurídica. Sin embargo, surge la pregunta de si las personas jurídicas pueden actuar por sí mismas, o sea que ¿si los actos se dan de conformidad con la ley y con los principios axiológicos que rigen el ordenamiento jurídico, el actuar si es de la sociedad mercantil, pero si el actuar opuesto, es decir es abusivo, contrario a la norma o principios axiológicos, ya no es actuación de la compañía sino de sus miembros? Aparentemente la respuesta, de conformidad con una revisión general sería un contundente sí, no obstante de ello, el tema es completamente subjetivo y dependerá de la posición que al respecto se adopte. Mi posición al respecto es que por más de que nuestra legislación prevea la ficción de las personas morales, en consideración a la realidad material, los actos que estas -compañías- realizan en realidad serán siempre actos humanos, además de que la misma ley al catalogarlas como incapaces relativos, impone que para poder actuar requieren siempre del actuar de un representante legal que será siempre una persona natural, lo cual intensifica mi posición, pero a pesar de ello -actos finalmente humanos-, debemos respetar la ficción legal de independencia y separación entre el ente moral y sus miembros y solamente autorizar el levantamiento del velo, corrigiendo los errores conceptuales de dicha tesis, determinando un criterio rector firme objetivo que permita dilucidar en que casos concretos realmente se aplicará dicha figura y superando las alternativas a la aplicación de esta doctrina, es decir, utilizándola como un último recurso.

En conclusión, la doctrina de la penetración a la personalidad jurídica societaria sostenida por varios autores entre ellos el más destacado el maestro Rolf Serick, considera que las

personas jurídicas no constituyen un fenómeno natural previamente dado, sino una figura ideal para la persecución de ciertos fines jurídicos y sociales, lo que permite inferir su elasticidad¹⁰² por ello, en los casos en que se utilice una sociedad mercantil de forma abusiva generando perjuicio a terceras personas o eludiendo la ley, se genera la posibilidad de levantar el velo societario en el que se camuflan sus socios, administradores o fiscalizadores, permitiendo así a los afectados verificar la verdadera esencia de la compañía y responsabilizar a dichas personas naturales por sus actos, debiendo aclarar que dicha figura debe ser aplicada excepcionalmente, caso contrario se acabaría con el derecho societario. Esta doctrina tiene sus aciertos, como el de evitar el abuso de las compañías por parte de sus miembros, establecer exclusivamente un vía judicial para su aplicación y garantizar así el uso adecuado de las mismas y la reparación a la eventual ruptura de los derechos de los individuos afectados o ruptura de la ley, y ciertos errores como el de afectar a la responsabilidad limitada de manera necesaria en todos los casos y pretender perseguir exclusivamente a los socios -según la postura del jurista alemán-, además de establecer de manera genérica la posibilidad de la aplicación de dicha institución al referirse "en los casos de abuso", más no instituyendo de forma concreta en que casos debe aplicarse, pues a pesar de que los esgrime en tres posibilidades ya analizadas, sigue manteniendo los casos de aplicación completamente generales permitiendo su aplicación de forma antojadiza.

Habiendo así analizado la doctrina a favor del levantamiento del velo societario, haciendo una crítica constructiva positiva y negativa de cada uno de sus aspectos de forma fundamentada, es momento de referirnos y estudiar las posiciones en contra de esta doctrina. En todo pensamiento, conceptualización o posición existente, es obvio que

¹⁰² (Serick, 1999).

siempre va a existir un pensamiento, conceptualización o posición distinta, por el simple hecho de que el debate, la contraposición de ideas y pensamientos, permite llegar a criterios muchos más amplios, desarrollados, centrados o adecuados y por lo tanto mucho más útiles.

El principal argumento doctrinario en contra de la inoponibilidad de la personalidad jurídica radica en la complejidad que constituye formular un criterio rector firme que permita determinar en que casos concretos y específicos puede prescindirse o no de la forma de la persona jurídica, este argumento denota la mayor debilidad y fragilidad de la doctrina del levantamiento del velo societario, puesto que ocasiona una fuerte incertidumbre, lo cual al normativizarse en el derecho positivo o aplicar la doctrina como fuente del derecho, generaría un grave atentado en contra del principio de seguridad jurídica que consagran todos los Estados de Derecho. Si bien es cierto que Serick ha elaborado "tres casos concretos" en los que se configura el abuso de la personalidad jurídica societaria y consecuentemente se permite el levantamiento del manto social, no es menos cierto que a pesar de ello, no existe un criterio firme que determine en que casos se puede penetrar a la personalidad jurídica societaria, por lo que su aplicación excepcional queda en mera poesía o "letra muerta" por parte de sus elaboradores. El máximo exponente de la doctrina en contra del levantamiento del velo societario es el autor italiano Ascarelli, cuyas ideas y conceptualizaciones analizaremos a continuación.

Ascarelli parte su crítica de la necesidad de la revisión o reformulación del concepto de persona jurídica, ya que a su juicio esa es la única vía para superar la incertidumbre en cuanto a la generalidad de la aplicación del levantamiento del velo societario frente a los casos de abuso de personalidad jurídica societaria que plantea la doctrina de la limitación de la personalidad jurídica. Quienes defienden la tesis de la desestimación de la personalidad jurídica societaria mantienen una concepción clásica de lo que debe

entenderse por persona jurídica, esto es un ente ficticio que es sujeto de derechos, además que es independiente y distinto de los miembros que lo componen, por ello es que de manera excepcional se puede prescindir de su estructura jurídica para acceder a su estructura esencial, sin embargo Ascarelli -citado por Boldó Rodá- menciona que “las nociones en que se basa esta teoría, tales como el fraude a la ley, el abuso de derecho y la buena fe, son demasiado vagas, genéricas y difusas para justificar el levantamiento del velo societario, lo que generaría un posible atentado contra la seguridad jurídica”¹⁰³. Dicho autor afirma a su vez que este planteamiento no puede explicar claramente por qué en algunos casos se mantiene y en otros se supera el esquema de la personalidad jurídica y que por otra parte no tiene sentido el sostener que la desestimación de la personalidad jurídica constituye una excepción, ya que si se poseen conceptos claros sobre el valor instrumental de la personalidad jurídica y sobre la función que dicha institución está llamada a cumplir, carece de sentido sostener el carácter excepcional de los casos en que debe hacerse caso omiso de él, por lo tanto se debe reformular el concepto de persona jurídica¹⁰⁴, continuando con su línea doctrinaria, Ascarelli sostiene que “con la expresión “persona jurídica” se indica, de modo escueto, una disciplina normativa que no tiene como correlato a un sujeto diferente al ser humano sino que ella se refiere siempre a relaciones entre hombres”¹⁰⁵. Ascarelli sustenta una posición opuesta a la formulación que postula que la persona jurídica es una entidad del “mundo real”, que el ordenamiento jurídico se limitaría a reconocer y, por consiguiente, a atribuirle situaciones jurídicas subjetivas, por el contrario, el autor se muestra partidario de la concepción por la cual la

¹⁰³ (Rodá, 2008).

¹⁰⁴ (Rodá, 2008).

¹⁰⁵ (Rodá, 2008).

persona jurídica constituye una entidad “conceptual” -verbal-, es decir, una expresión resumida de una cierta disciplina normativa.

Un criterio similar lo mantiene el autor Galgano, citado así mismo por Boldó Rodá, quien en su obra sostiene que “así como Savigny consideraba que el derecho podía fingir que el ente ideal era sujeto diferente de sus miembros, en el levantamiento del velo el juez puede fingir que la compañía, en determinados casos, no es sujeto distinto de sus socios, por ello se pregunta ¿por qué mantener este inútil engorro conceptual? ¿por qué fingir como verdadero aquello que inicialmente se suponía verdadero?”¹⁰⁶, de esta forma, nos corresponde tratar de traducir a una explicación más simple y entendible las exposiciones doctrinarias antes citadas.

En realidad, en base a la interpretación que doy a las citas referidas, podría entenderse claramente que tanto Ascarelli como Galgano, si bien es cierto mantienen una postura en contra de la doctrina del levantamiento del velo societario, no lo hacen en el sentido de preservar o proteger al derecho societario en sí mismo, sino todo lo contrario, pues sus posturas implican atentar la naturaleza misma de las personas jurídicas y consecuentemente de las sociedades mercantiles. Lo que Ascarelli, en términos simples propone en su doctrina, es que resulta necesario revisar y reformular la conceptualización de la persona jurídica, en el sentido de que el término “persona jurídica” hace referencia a una determinada disciplina normativa, que siempre se resolverá en una normativa concerniente a los actos de los hombres, a sus relaciones, de esta manera sostiene que la persona jurídica simplemente es un término conceptual, no siendo la persona jurídica un ente ficticio capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones -potestades subjetivas- ni distinguiéndose de sus miembros, sino sencillamente tratándose de un término que se

¹⁰⁶ (Rodá, 2008).

emplea para referirse a los actos que son siempre al final del día realizados por los seres humanos, es decir por las personas naturales o físicas, de forma que no es necesario levantar el velo social para acceder a sus miembros, ya que los actos que realizan son siempre humanos. Para facilitar la comprensión, me permito explicar con un ejemplo, resulta que existe la compañía A que tiene dos socios que son X y Z, todos los actos que realiza la compañía A en realidad no los realizan X y Z sino dicha compañía, sin embargo para Ascarelli los actos que realiza la compañía A en realidad no los realiza dicha compañía, sino los realizan sus socios X y Y, ya que -para Ascarelli- la nueva concepción de persona jurídica -compañía en el presente ejemplo- implica que la compañía A y los socios X y Y no son distintos e independientes, por lo tanto si una tercera persona se ve afectada por un acto abusivo de la compañía A, no requiere levantar el velo societario para acceder a X y Z, ya que no son personas distintas, puesto que X y Z siempre son los que realizan los actos a través de la compañía A.

Galgano establece un criterio similar, pues expresa que Savigny -y con posterioridad la ley- definió que las personas jurídicas son entes distintos de sus miembros -siendo aquello una falsedad material para Galgano, pues en la realidad física los individuos miembros de la persona jurídica son los que manejan y guían a la misma y por lo tanto no se distinguen del ente-, y que a pesar de aquello, al crearse la doctrina del levantamiento del velo societario, esta permite que aquella falsedad material -independencia de persona jurídica y sus miembros-, cuando un juez así lo resuelva, se revierta, es decir que la persona jurídica no es un sujeto distinto de sus miembros, sino son uno solo, por ello el se pregunta ¿por qué fingir como verdadero aquello que en un inicio se suponía verdadero? Para explicar este cuestionamiento, debemos desmenuzar cada elemento existente en esta construcción doctrinaria que se resume en la distinción de tres hechos:

1. La realidad material conlleva a que las personas jurídicas y sus miembros forman

un solo ser, en el que no se distingue al ente de sus miembros. Sin embargo esta concepción no ha sido acogida a nivel mundial. "Verdad inicial" en términos de Galgano.

2. Cierta doctrina y la ley crearon la ficción de la personalidad jurídica, en virtud de la cual el ente y sus miembros son distintos, se distinguen los unos de los otros. Por ello para acceder a los miembros de una persona jurídica es necesario levantar el manto social. Este criterio ha sido adoptado por la mayor parte de legislaciones del mundo. "Realidad normativa que genera necesidad de aplicar el levantamiento del velo societario".
3. Cuando se levanta el manto social, en el instante en que se lo hace, momentáneamente se finge que esa independencia entre el ente y sus miembros no existe, para regresar al criterio de la realidad material de las personas jurídicas, en que estas y sus miembros son uno solo. "Fingir como verdadero" en palabras de Galgano.

En conclusión, esta elaboración doctrinaria sostenida por Ascarelli y Galgano, únicamente se puede dar si se considera que las personas jurídicas no pueden adquirir derechos ni contraer obligaciones, no tienen un patrimonio que se distingue del de sus miembros y por lo tanto no son entes distintos de los miembros que la componen, pues al fin y al cabo, todos los actos que a través de éstas construcciones conceptuales se realizan, son netamente actos humanos. Por lo que no es necesario aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario para acceder a sus miembros, ya que en el evento de un abuso a través de estas figuras, la personas afectadas pueden simplemente acudir a sus miembros y hacerlos responsables por sus actos propios de manera directa.

Respecto a esta posición doctrinaria expuesta y explicada, nos corresponde realizar una verificación de sus puntos acertados y errados. Desde mi óptica, la tesis "cimiento" de la

doctrina en contra de la limitación a la personalidad jurídica sostenida por Ascarelli y Galgano, esto es "la necesidad de reformular el concepto de persona jurídica", es total y absolutamente inadecuada, en razón de que conlleva a considerar a la persona jurídica y sus miembros como iguales, más no como distintos, ello implicaría la redefinición absoluta de la doctrina y teoría general de las personas jurídicas y por lo tanto de las normas que la regulan, además de que se eliminarían elementos básicos de las mismas, como la independencia y autonomía de las mismas frente a sus miembros, la separación de patrimonios y consecuentemente en materia societaria la eliminación de la responsabilidad limitada. El momento en que revisábamos la doctrina de la penetración a la personalidad jurídica, mencionábamos que se deben establecer casos puntuales y concretos en los que, frente a un abuso de la persona jurídica, se permita correr el manto social para acceder a su esencia y responsabilizar a las personas que actuaron abusivamente, caso contrario, si no se especifica en que casos puntuales se debe levantar el velo societario, este "remedio" se convertiría en la regla general, afectando de manera flagrante a las personas jurídicas y por lo tanto a las sociedades mercantiles, pues se eliminaría siempre su estructura ficto-jurídica. No obstante de aquello, resulta que si se aplica la doctrina de los opositores a la teoría del levantamiento del velo societario, se llegaría a un resultado similar e inclusive radicalmente más grave, pues frente a un acto abusivo a través de una persona jurídica -compañía-, ni siquiera sería necesario deducir la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica y entablar el proceso correspondiente para acceder a los miembros de la misma, sino que de la manera más sencilla, más simple, se podría perseguir directamente a los miembros de la misma. Por estas razones, resulta completamente inadmisibles la revisión del concepto de persona jurídica, pues si éste criterio se empleara de la forma propuesta por los doctrinarios antes citados, se generaría la extinción misma del derecho societario.

Por otra parte, la doctrina en contra de la desestimación de la personalidad jurídica mantiene otro pilar fundamental, que obviamente lo utilizaré para elaborar mi crítica y con posterioridad realizar algunas propuestas que permitan solucionar el problema del levantamiento del velo societario y la afección a la responsabilidad de los socios, este pilar es "la inexistencia de un criterio rector firme que indique en que casos puede prescindirse o no de la forma de la persona jurídica". Así, este punto es el único rescatable -a mi parecer- de la doctrina en contra de la desestimación de la personalidad jurídica societaria, pues en el evento de encontrar un criterio firme rector, que determine un procedimiento previo, claro, concreto y lo menos subjetivo posible para levantar el velo societario en casos excepcionales, se solucionaría de manera casi absoluta este conflicto doctrinario y normativo.

Lo que se debe aclarar contundentemente, es que mi posición frente a la doctrina del levantamiento del velo societario no es absolutamente negativa u opuesta, a tal punto afirmo aquello, que considero interesante y sobre todo útil y necesario el planteamiento de la misma, más aún su consagración normativa en las legislaciones del mundo, sin embargo, es mi obligación analizar dicha figura con el objetivo de tratar de determinar sus puntos positivos y negativos y su adecuada aplicación en el ordenamiento jurídico positivo de los distintos Estados, pues en el caso de que se aplique con sus errores propios -doctrinarios- o peor aún de forma indebida -como lo hacía la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales-, acarrearía graves consecuencias en el desarrollo de la sociedad.

10.3.2. Primeros casos jurisprudenciales.

Como ya se hizo referencia, la doctrina del levantamiento del velo societario surgió de la aplicación jurisprudencial en casos concretos en el derecho angloamericano, teoría que se denominó como "disregard of the legal entity" y "lifting of the corporate veil". Iniciaremos con el análisis jurisprudencial en el derecho inglés, en virtud de que en dicho ordenamiento jurídico se estableció el primer caso de aplicación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria en el que se determinaron las bases o pilares de la clásica doctrina del levantamiento del velo societario, siendo estas el abuso, la equidad y el fraude.

Así el primer fallo en el que se aplicó la desestimación de la personalidad jurídica societaria se dio en el conocido caso de "Salomon VS Salomon & Co. Ltd", cuya síntesis extraída de la obra de Boldó Roda la resumiré a continuación: Aarom Salomon se dedicó durante varios años a la trata de pieles y producción de botas, decidió por lo tanto constituir una sociedad que adquiriese su negocio, sociedad formada por el mismo y seis miembros de su familia, ostentando estos últimos tan solo una acción cada uno. El capital de la sociedad era de treinta y ocho mil libras, perteneciendo el 94% de la misma a Salomon. El negocio no prosperó, y cuando la sociedad luego fue liquidada, su pasivo excedía a su activo en siete mil setecientas treinta y tres libras. El liquidador que representaba a los acreedores no privilegiados de la sociedad, adujo que el negocio era, en realidad, todavía, el negocio de Salomon, y que la sociedad no era sino una ficción destinada a limitar la responsabilidad por deudas de Salomon contraídas en el ejercicio de la actividad empresarial, de esta forma Salomon tendría que ser obligado a satisfacer las deudas de la sociedad a favor de todos los acreedores. En los tribunales, el Juez Vaughan Williams se mostró conforme al planteamiento del liquidador. Sostuvo así que los suscriptores del negocio fundacional distintos a Salomon eran meros testaferros, y que el solo propósito de Salomon al formar la sociedad fue usarla como un "agente" que

hiciera negocios por él. El tribunal de apelación llegó a la misma conclusión aunque por otro razonamiento, pues sostuvo que la creación de la sociedad fue con el motivo de conferir el privilegio de la responsabilidad limitada, y que Salomon solo se dedicó a obtener seis testafierros junto con los cuales podría cumplir los requisitos formales para la constitución de la sociedad, en consecuencia Salomon había constituido la sociedad con un propósito contrario a la ley. Por último la cámara de Lores revocó por unanimidad los fallos de primera y segunda instancia, y sostuvo que Salomon no era responsable ni ante la sociedad ni ante los acreedores, ya que las obligaciones pesaban en contra de la sociedad misma¹⁰⁷, como podemos evidenciar, en el fallo relatado efectivamente se aplicó, en las primeras dos instancias, la doctrina del levantamiento del velo societario, lo que originó con posterioridad su continua aplicación y desarrollo en el derecho inglés. Este caso, a pesar de que en última instancia resolvió lo contrario debido a que los Lores mantenían un criterio conservador en aquella época, dejó por sentadas las bases sobre las cuales se elaboraría y descansaría la doctrina del levantamiento del velo societario. De lo referido, podemos verificar distintas críticas a saber:

1. La estrecha relación existente entre el velo societario y la responsabilidad limitada -que consagran ciertas sociedades mercantiles-, considerándolas los jueces de primera y segunda instancia la una como consecuencia necesaria de la otra -debiendo recordar que son figuras si bien relacionadas pues mantienen una relación causa-efecto, distintas-.
2. La exagerada consideración de que, constituir una compañía para emprender un negocio beneficiándose de la responsabilidad limitada, constituye una especie de fraude a la ley pues no es la finalidad que la misma prevé para la constitución de una sociedad. Debemos aclarar que, si la ley otorga dicho beneficio lo hace con

¹⁰⁷ (Rodá, 2008).

el objetivo de atenuar los graves riesgos que corren los empresarios al emprender un negocio, fomentándoles a crear compañías para emprender sus actividades y mover así la economía, de manera que la ley al otorgar dicho beneficio, el hecho de beneficiarse de él, constituye un cumplimiento mismo de la finalidad de la norma, por lo que bajo ninguna circunstancia puede considerarse como fraude a la ley.

Tal como expone Trujillo, las primeras resoluciones jurisprudenciales posteriores a la recientemente referida en el derecho inglés, surgen en relación a épocas de guerra, estando involucrados los países enemigos, sus nacionales y sus bienes¹⁰⁸, a este tema ya nos referimos superficialmente con anterioridad, no obstante lo volveremos a tratar con mayor profundidad. En el marco de la Primera Guerra Mundial, los países invasores para poder acceder a los bienes de los nacionales que se encontraban formando parte del patrimonio de una compañía, era necesario que los mismos estén en manos de los nacionales, por ello aplicaron la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica para hacer ese traspaso de bienes o recursos de forma "legal", es decir por ejemplo resulta que Alemania invadió Polonia, por lo que los alemanes necesitaban que los bienes de los polacos se encuentren en manos de los ciudadanos polacos considerados como personas naturales, por ello, cuando los bienes se encontraban a nombre de personas jurídicas, se requería desestimar su personalidad jurídica para hacer que dichos bienes pasen a manos de sus socios, de personas físicas, para así legalmente adquirir los bienes enemigos de las manos de sus nacionales. En cuanto a la nacionalidad, se consideraba que si los socios de una compañía eran considerados como "enemigos" por su nacionalidad, la compañía misma era considerada como enemiga, por lo que se debía quitar esa calidad de socios "enemigos" de la sociedad mercantil e introducir a la misma socios nacionales no

¹⁰⁸ (Espinell, 2011).

enemigos. Estos casos jurisprudenciales se conocieron con el nombre de "jurisprudencia de guerra", el primero de estos y el más conocido es el de "Daimler Co. Ltd. VS Continental Tyre & Rubber Co.", que se planteó durante la Primera Guerra Mundial, en palabras de Trujillo "se trató de una sociedad constituida en Inglaterra cuya totalidad de acciones salvo una, pertenecían a nacionales alemanes -enemigos-, así el demandado alegó que la sociedad mercantil era enemiga y que por lo tanto no podía ser demandada sin autorización de la corona; por ello la Cámara de Loes mantuvo esa posición -de levantar el velo para cambiar a sus socios alemanes por socios no enemigos-, desconociendo el hecho de la nacionalidad británica de la sociedad por haberse constituido en Inglaterra, y atendiendo, sin embargo, al hecho de quien detentaba el control de la sociedad y de su activo para determinar su condición enemiga"¹⁰⁹. Otro famoso caso en el que se aplicó la tesis de la limitación de la personalidad jurídica actualmente hablando, fue en el año de 1990, en el caso "Adams VS Cape Industries Plc." en el que efectivamente se aplica el *disregard of the legal entity* sentando el criterio de que se justifica su aplicación por el empleo de parámetros de equidad y fraude. Por los casos revisados -sobre todo el primero y el último-, se puede concluir que el derecho anglosajón en base a la aplicación de casos jurisprudenciales, otorga mayor atención a la realidad existente que a las formas legales con las que las compañías se revisten.

En el derecho estadounidense, en donde realmente nació la doctrina del *disregard of the legal entity* en base a cierta influencia inglesa, en palabras de Trujillo "los tribunales consideraban que en casos realmente excepcionales, los tribunales deben desconocer la personalidad jurídica de la sociedad y el privilegio de la responsabilidad limitada que la acompaña, extendiendo la responsabilidad al socio dominante por las deudas de la sociedad, esta teoría también de le denominó como "piercing the corporate veil" en el año

¹⁰⁹ (Espinell, 2011).

de 1912 por el jurista estadounidense Wormser¹¹⁰, de la cita referida debemos insistir nuevamente en una crítica contundente, en el sentido de que según el jurista Wormser, el levantamiento del velo societario necesariamente conlleva lo siguiente: A. Afectar a la responsabilidad limitada en el caso de las compañías que la prevén y B. Levantar el manto social implica siempre acceder a los socios de la compañía para hacerlos responsables por los actos abusivos. De lo mencionado, debemos recordar que la inoponibilidad de la personalidad jurídica es una cuestión totalmente distinta a la responsabilidad limitada o ilimitada de los socios, ya que la responsabilidad limitada o ilimitada está presente independientemente de que se abuse y levante el velo de la sociedad mercantil, además se puede levantar el velo societario para hacer responsables a sus miembros por temas ajenos al ámbito patrimonial pecuniario -es decir por temas ajenos al de la responsabilidad social-, por ejemplo para hacerlos responsables moralmente por sus actos, o simplemente para penetrar el manto social para determinar o verificar la esencia misma de la compañía; además no se desestima la personalidad jurídica societaria con el único objetivo de responsabilizar a sus socios, sino a sus miembros en general, como por ejemplo sus fiscalizadores y administradores, por lo que la elaboración doctrinaria que se plasmó en casos jurisprudenciales norteamericanos y que con posterioridad se proliferó por el mundo conllevando aquello a su normativización, mantiene los graves errores conceptuales que analizamos con anterioridad, cuestión que pretendemos tratar de erradicar con el desarrollo del presente trabajo.

El primer caso en el que se aplicó la doctrina del piercing the corporate veil en Estados Unidos según el autor Wormser, fue en el año de 1809, en el conocido caso de "Bank of the United States VS Deveaux" en el que el juez tuvo que desistir de la estructura jurídica social del ente para llegar hasta sus individuos que conformaban la sociedad para así tener

¹¹⁰ (Espinell, 2011).

competencia y poder tomar su decisión, el caso se trató de que el Tribunal Supremo de Estados Unidos, desde sus comienzos había proclamado que una sociedad, es una unión de varias personas, es indivisible, inmortal y su existencia descansa en el reconocimiento legal. La Constitución Federal, sin embargo, en su articulación establecía que la competencia de los tribunales federales se da en base a las controversias que surjan entre ciudadanos de distintos Estados federados, por ello es que en el presente caso, con la finalidad de preservar la competencia de los tribunales sobre las sociedades, el Tribunal se vio obligado a mirar más allá de la sociedad como ente, mirando hacia el carácter individual de sus miembros, y si estos ostentaban la ciudadanía de diversos Estados, los tribunales competentes resultaban dotados de jurisdicción y competencia para conocer la cuestión¹¹¹. De esta forma, este constituye en realidad el primer caso jurisprudencial en la historia en el que se aplicó la doctrina de la penetración a la personalidad jurídica, sin embargo, por un tema netamente de competencia y jurisdicción. Así el primer caso jurisprudencial en que verdaderamente se fundamentan los pilares doctrinarios clásicos y medianamente acertados de esta doctrina -equidad, fraude, abuso-, se dio en el caso jurisprudencial anglosajón ya revisado de "Salomon VS Salomon & Co. Ltd.". Otros renombrados casos jurisprudenciales de aplicación del levantamiento del velo societario que se aplicaron con posterioridad en Estados Unidos fueron el caso "Harris VS Youngstone Bridge Co." en 1898, el caso "Castleberry VS Branscum" en 1987, casos renombrados en razón de que su conocimiento y resolución, degeneraron en el perfeccionamiento de la doctrina de la limitación de la personalidad jurídica, estableciendo criterios importantes tales como la ampliación de su aplicación no únicamente en casos de fraude o ilegalidad, sino a todos los casos en que se llegare a un resultado injusto a través del uso de una sociedad mercantil, aplicando la institución del

¹¹¹ (Wormser, 1914).

abuso del derecho, estableciendo además ciertas limitaciones en cuanto a su aplicación, concretamente dos, mismas que son: 1. Puede obtenerse exclusivamente por orden de los tribunales -judicial- en casos excepcionales, es decir son de conocimiento y competencia exclusiva y privativa de los órganos jurisdiccionales y 2. La imposibilidad de que se levante el velo en beneficio de los propios accionistas de la sociedad, por ejemplo resulta que una compañía que tiene dos socios, uno de ellos se convierte en acreedor de la misma en razón de que otorgó un préstamo a favor de la sociedad, resulta que la compañía no tiene activos suficientes para el pago a su socios, por lo que el socio acreedor no puede solicitar a un juez el levantamiento del manto social para así cobrar su acreencia de forma personal al otro socio, ya que se desestimaría la personalidad jurídica de la sociedad en beneficio mismo de uno de los socios, en este caso del socio acreedor. El problema frente a estas afirmaciones radica nuevamente en tratar de determinar en que casos puntuales se puede prescindir de la forma social de las compañías, por lo que Boldó Roda plantea algunas propuestas de solución, mismas que consisten en que los tribunales se deben sujetar a las mismas pautas en el momento de la aplicación de esta teoría, ya que ello generaría mayor seguridad jurídica y menor número de litigios, además en los casos en que el Derecho o la equidad contemplen otra solución a un problema sin que haya necesidad de levantar el velo, los tribunales deberían aplicarla y no hacer uso de esta medida extraordinaria¹¹², es decir se considera que de debe aplicar esta doctrina con congruencia y como recurso de "última ratio". Así podemos ver que los autores por más de que defienden la tesis de la penetración a la personalidad jurídica societaria, son plenamente conscientes de los problemas que conlleva su aplicabilidad, por ello plantean un par de tentativas de soluciones, mismas que revisaremos en el próximo capítulo del presente trabajo de titulación.

¹¹² (Rodá, 2008).

La conclusión de la aplicación jurisprudencial norteamericana en cuanto a la elaboración de la doctrina del disregard of the legal entity se resumiría en lo que establece brevemente Boldó Roda: "Una "corporation" se la considera normalmente como una persona separada de sus socios, sin embargo esta ficción será desconocida y alzado el velo de su personalidad jurídica en los casos apropiados, esto es cuando la "corporation" ha sido creada con un propósito impropio, o en definitiva, cuando se ha abusado de la forma societaria"¹¹³

No obstante de las jurisprudencias analizadas y sus contribuciones a la doctrina, únicamente hemos realizado una revisión de las angloamericanas, por ello resulta necesario examinar ciertos precedentes jurisprudenciales continentales, es decir de los sistemas romano-germánicos, ya que nuestro ordenamiento jurídico pertenece a dicha familia. En el derecho francés -en que se inspira nuestra legislación civil y mercantil- no se encuentra normativizada expresamente la doctrina del levantamiento del velo societario, sin embargo si existen algunas normas de las cuales se puede inferir su aplicación. Tal como lo explica el jurista Borda, "los magistrados franceses han basado las soluciones de estos casos en la figura de la simulación absoluta, en el principio de la interposición de la persona o bien en la teoría de la apariencia"¹¹⁴; el ordenamiento jurídico francés prevé que en materia de quiebras, se extienda la quiebra de la sociedad al dueño o dueños mismos de la compañía en los casos en que el negocio sea simulado. El primer caso jurisprudencial en el que se aplicó de teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria en el derecho francés se dio en el conocido caso de "Mary-Raynaud VS Maillard", así nos remitiremos a realizar un breve resumen del caso acotado por Borda. Resulta que el director de una sociedad anónima enmascaró sus actividades

¹¹³ (Rodá, 2008).

¹¹⁴ (Borda, 2000).

comerciales personales en las operaciones que llevaba adelante la compañía, de manera que no ha cumplido con sus obligaciones de director de dicha compañía, por aquellas operaciones personales a "título" de la sociedad mercantil es que la misma quiebra, por lo que el tribunal resuelve que la quiebra de la sociedad en este caso se extiende a la quiebra de su director en razón de que la sociedad no tiene vida propia -pues no realizaba ninguna actividad propia, sino enmascaradamente realizaba las actividades de su director- debido a la simulación de los actos¹¹⁵. De este primer interesante caso jurisprudencial romano-germánico podemos realizar algunos comentarios relevantes, tales como que en este caso concreto, se levantó el velo societario no para hacer responsables a los socios de la compañía, sino para hacer responsable al director de la misma, es decir se aplicó la desestimación de la personalidad jurídica societaria con el objetivo de responsabilizar a su administrador -no socio- por sus actos abusivos en nombre de la sociedad mercantil, esto demuestra claramente la acertada posición que he venido manteniendo y defendiendo a lo largo de la elaboración del presente trabajo, en el sentido de que la doctrina confunde la finalidad misma del levantamiento del velo societario, ya que la misma sirve para acceder a la real esencia de la compañía, para responsabilizar a los miembros que la componen, siendo estos no solamente los socios o accionistas, sino también sus administradores y fiscalizadores. En este caso se aplicó directamente la doctrina del levantamiento del velo societario justificándola en la carencia de vida propia de la compañía, ya que los actos que realizaba no eran propios de la misma, sino exclusivamente de su director, aplicando así los principios de la simulación de los actos o teoría de la apariencia -en el sentido de que el director de la misma aparentó que sus actuaciones propias, eran actuaciones de la sociedad comercial-. Otra famosa jurisprudencia fue la que se aplicó en el caso "Société des Hotels de Provence et Autres,

¹¹⁵ (Borda, 2000).

Sirey”, más conocido como el caso “Vidal” debido a su accionista principal, resuelto en el año de 1929, en el que se resolvió que “aunque la sociedad haya tenido vida propia y apariencia regular, Vidal no ha sido por ello menos dueño, ha ejercido el comercio abusivamente por su intermedio y debe ser responsable de sus actos y del pasivo de la sociedad”¹¹⁶, en este caso se aplicó la doctrina del levantamiento del velo societario en base a la verdadera existencia de una sociedad mercantil, haciendo a su socio mayorista responsable por el pasivo de la compañía, aplicando no el criterio de la simulación como en el caso anterior -ya que no hubo simulación-, sino el criterio del abuso.

En el derecho español, el Tribunal Supremo español llegó a denominar esta teoría como “doctrina de terceros”, ya que únicamente se aplicaba cuando existían perjuicios para terceras personas, aplicándose esta doctrina en dos renombrados casos concretos, el caso “Hotel Residencia Cantur VS PROTUCASA” y el caso “EMAYA VS Ulto Ibérica S.A.”, en estos casos se resolvió correr el manto social para acceder a la esencia de las compañías y responsabilizar a sus miembros por sus actuaciones abusivas en perjuicio de terceros.

Por su parte en el derecho argentino, tal como lo manifiesta Trujillo “la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica inicialmente tuvo una tibia aplicación en el sistema jurídico del derecho argentino, debiendo recurrir en un inicio a la teoría del abuso del derecho para resolver estas controversias”¹¹⁷, no obstante de lo mencionado, con posterioridad se aplicó esta doctrina, al respecto, han existido similares casos de aplicación de la desestimación de la personalidad jurídica societaria, de entre ellos los más importantes son los siguientes: “Parke Davis VS Cia” y “Refinerías de Maíz S.A. VS Kellog”, en los que se llegó a la resolución de que los actos abusivos realizados por las sociedades comerciales constituyen, en aplicación del principio de realidad, actos

¹¹⁶ (Dobson, 2006).

¹¹⁷ (Espinell, 2011).

realizados por sus socios por lo que aquellos deben responder por dichas deudas sociales con su patrimonio propio.

10.4. Casos en los que se aplica el levantamiento del velo societario.

Una vez revisada la doctrina y jurisprudencia internacional del corrimiento del manto social, debemos centrarnos tanto doctrinaria como normativamente a los casos en que se aplica dicha teoría. La aplicabilidad de la desestimación de la personalidad jurídica societaria, dependerá del sistema al que nos remitamos, refiriéndome concretamente a dos: el sistema angloamericano y el sistema romano-germánico.

Como ya verificamos con anterioridad, en el sistema angloamericano se aplica el disregard of the legal entity en base a los siguientes criterios o casos:

- A. Equidad: En cuanto a la equidad, tal como lo manifiesta Dobson "tiene tal trascendencia, que ningún órgano judicial podrá prescindir de la verdad de los hechos en la tarea de juzgar, y por ello deberá perseguir el desenmascaramiento que permitirá al juez observar la verdad oculta tras la personalidad jurídica del ente"¹¹⁸, a lo que se refiere el mentado autor, es que en virtud de la aplicación del principio de equidad, para su subsistencia, es necesario hacer siempre prevalecer la verdad material de los hechos, por ello cuando se utilice una sociedad mercantil abusivamente en perjuicio de terceros o de la ley en aras de satisfacer el principio de seguridad jurídica, no se puede afectar a la equidad que debe existir entre las personas naturales y jurídicas. Si una persona física se ve afectada por el actuar abusivo de una persona jurídica, la primera tiene derecho, en virtud de la equidad, de ponerse al mismo nivel que la persona jurídica, y lo consigue mediante la

¹¹⁸ (Dobson, 2006).

aplicación del levantamiento del velo societario. Por lo tanto para la prevalencia de la equidad, es menester la aplicación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

- B. Fraude: El fraude en su sentido más amplio, puede considerarse -en el derecho inglés- como la idea de falsear la realidad para inducir a una persona a hacer una acción sin que tenga correspondencia con lo real o verdadero. Por ejemplo, en el evento de que dos personas celebren un contrato de mutuo, la que se obliga a pagar el dinero -deudor-, en orden de eludir dicha obligación, simultáneamente constituye una compañía con el objeto de traspasar sus bienes a la sociedad mercantil, disminuyendo así el principio de garantía general de prenda. De esta forma, si el acreedor hubiese sabido que el deudor, simultáneamente a la celebración del contrato de mutuo, se encontraba constituyendo una compañía con el objeto de trasladar sus bienes a dicho ente para no pagar la obligación surgida del contrato de mutuo, no hubiese jamás contratado con el deudor, por lo que efectivamente se falseó la realidad para inducir al acreedor a realizar un acto que no corresponde con la realidad. En este caso claramente frente al fraude, resulta esencial levantar el manto social con la finalidad de penetrar hasta su sustrato real y así hacer responsables a las personas que corresponda según el caso.

En cuanto al sistema romano-germánico, nos referiremos a la aplicación de la limitación a la personalidad jurídica tanto doctrinaria como normativamente. A pesar de que ya se estudió este tema con anterioridad, es menester aclarar y ahondar más en el tema, así, doctrinariamente, el levantamiento del velo se aplica en los siguientes casos:

- A. Fraude a la Ley: se da cuando el resultado que la ley rechaza, se alcanza por un camino alternativo, así la ley puede quedar burlada cuando los individuos a quienes

la norma se dirige se ocultan tras una compañía para lograr eludir el mandato legal. Personalmente considero que un ejemplo pertinente a la presente categoría sería el siguiente: resulta que la ley establece como prohibición que una persona física que, se dedica a la banca, sea dueña de medios de comunicación masiva - radios, televisoras-, por ello el dueño del banco, para hacerse propietario de una televisora, constituye una compañía con el objetivo de que la misma pase a ser titular de la televisora, siendo él el mayor accionista de dicha compañía, de esta forma ha utilizado una sociedad mercantil para burlar la ley.

- B. Violación de las obligaciones contractuales: se da cuando a través de la sociedad mercantil puede quedar burlado o incumplido un contrato como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la de sus socios, por ejemplo cuando dos personas se obligan frente a una tercera a no realizar actos similares frente a otras personas, pero para evitar tal compromiso, los dos primeros constituyen una compañía a fin de que se realicen los actos que los socios están impedidos a título personal. En este caso, la sociedad fue creada o se utilizó para obtener un resultado que quebranta lo estipulado por las personas naturales. Lo que ataca este punto es que, al nacer una sociedad, se trata de una nueva persona que no está obligada por la estipulación de las partes, sin embargo el punto de defensa de este criterio es que dicha sociedad mercantil se creó, se constituyó, con la finalidad misma de vulnerar la obligación contractual. En general para configurar este tipo de abuso -incumplimiento contractual-, se requiere casi exclusivamente de la existencia de obligaciones negativas -de no hacer- que hayan contraído personas físicas.
- C. Perjuicio fraudulento a terceros: se da cuando se utiliza a la compañía para perjudicar a terceras personas, por ejemplo, se constituye un compañía con un

capital demasiado pequeño para los negocios planteados, resulta que la sociedad mercantil obtiene un préstamo de una persona natural que es socio mayorista de la misma, con lo que se convierte en acreedor de la compañía, teniendo la posibilidad de hacer valer su derecho sobre el patrimonio de la sociedad en concurrencia con los demás acreedores. Así el socio que otorgó el préstamo a la sociedad, siendo socio controlador de la misma, ante un eventual concurso de acreedores le correspondería el pago primero a él, perjudicando a los demás.

Normativamente, debemos referirnos exclusivamente a dos cuerpos normativos, mismos que son la Ley de Compañías y la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales. Respecto de la Ley de Compañías, la misma en su artículo 17 establece que “Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables: 1. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar; 2. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y, 3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución. Salvo los casos excepcionales expresamente determinados en la ley, la inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente podrá declararse judicialmente, de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la compañía deducida ante un juez de lo civil y mercantil del domicilio de la compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor. (...)”¹¹⁹, esta disposición normativa, crea y regula la figura del levantamiento del velo societario en nuestro ordenamiento jurídico,

¹¹⁹ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

por ello nos detendremos en su análisis. En primer lugar, la norma determina por qué razones o en qué casos es que se debe aplicar el corrimiento del manto social, refiriéndose expresamente a los siguientes:

1. Fraude: En cuanto al fraude, de la forma genérica a la que se refiere la ley, podría entenderse que se refiere a un fraude civil, penal o simplemente un fraude a la ley dependiendo de la materia que se trate, existiendo conflictos aún más profundos entorno al tema como por ejemplo la distinción entre el fraude civil y el penal, y dentro del fraude penal, los tipos penales que son especie del género fraude como el abuso de confianza y la estafa -tema que revisaremos con posterioridad-. Por otra parte, en términos coloquiales podemos entender por fraude a la actuación engañosa, que busca motivar a una persona a realizar un acto que no corresponde con la realidad, para así obtener un beneficio injusto. Por su parte, la enciclopedia jurídica Omeba establece que "hay una identidad perfecta entre el fraude que integra el delito de estafa y el dolo que vicia a los contratos de carácter económico, uno y otro se incluyen en el mismo concepto de malicioso engaño dirigido a un aprovechamiento injusto"¹²⁰, de lo referido podemos realizar la siguiente reflexión que la profundizaremos más en el siguiente capítulo: la ley al emplear el término "fraude", permite la aplicación de dicha figura de manera demasiado abierta, pues podría constituir, como acabamos de referirnos, tanto un fraude civil, como penal, como tributario, en fin, prácticamente cualquier tipo de fraude dependiendo de la materia a la que se refiera, lo que puede conllevar a la aplicación del levantamiento del velo societario de manera errónea, generalizada, convirtiéndola en la regla general, además que dependiendo del tipo de fraude que se trate, se

¹²⁰ (OMEBA, 1998).

podrían generar antinomias dentro de nuestro ordenamiento legal.

2. Abuso: La enciclopedia jurídica Omeba a su vez define al abuso como “el aprovechamiento injusto de una situación en contra de una persona o de una cosa, jurídicamente el abuso es el hecho de usar una facultad, un derecho o situación especial, más allá de lo que resulta lícito, con fines distintos a los autorizados por el ordenamiento legal”¹²¹, así se puede entender que el abuso es la utilización ilegítima de un derecho o institución jurídica que ocasiona un perjuicio a terceros o a la ley misma. En este punto nos referimos exclusivamente al abuso de la personalidad jurídica societaria, más no al abuso del derecho en general, aunque como ya se analizó, algunos autores consideran que la desestimación de la personalidad jurídica se podría aplicar tranquilamente a través de la figura general del abuso del derecho. No obstante de ello, considero personalmente que es adecuado mantener una institución propia -abuso de personalidad jurídica- y no una general -abuso del derecho- para levantar el velo societario en los casos en que sea necesario -debido a que, el abuso societario, tiene especiales connotaciones propias-, siempre y cuando se corrijan los errores conceptuales y normativos de dicha institución.
3. Vías de hecho: De forma genérica, se suele considerar por vías de hecho a la “justicia por propia mano”, justicia privada o justicia injusta; sin embargo, en estricto sensu, de conformidad con la enciclopedia jurídica Omeba por vías de hecho se entiende “hacer valer una pretensión o un derecho en forma personal, por propia mano, sin un amparo jurídico”¹²².

¹²¹ (OMEBA, 1998).

¹²² (OMEBA, 1998).

La norma, luego de prever los casos concretos en que se debe desestimar la personalidad jurídica societaria, determina una consecuencia, esta es la responsabilidad personal o solidaria de diversas personas que precisamente han utilizado a la sociedad mercantil como un medio para actuar fraudulentamente, abusivamente o a través de vías de hecho. Debemos recordar, como ya nos referimos con anterioridad, que la responsabilidad en estricto sentido, no es exclusivamente pecuniaria o patrimonial, sino que puede ir más allá, por ejemplo, puede tratarse de una responsabilidad estrictamente moral. Así por ejemplo, un socio mayoritario, a través de la compañía genera un daño moral en contra de una tercera persona, resulta que la persona afectada inicia una acción civil por daño moral en contra de la compañía, pero adicionalmente solicita que se levante el velo societario de la compañía con el objetivo de responsabilizar exclusivamente al socio que directamente ordenó o actuó generando el hecho dañoso mediante la sociedad comercial, sin embargo, la pretensión del afectado no es una reparación de carácter patrimonial, sino netamente una disculpa pública, en este caso no estaríamos ante una responsabilidad pecuniaria, sino de otra naturaleza -moral-. No obstante de lo referido, en la realidad práctica la mayor parte de casos de inoponibilidad de personalidad jurídica societaria se llevará a cabo con la finalidad de penetrar a la esencia de la sociedad, con el objeto de responsabilizar pecuniariamente a quienes la utilizaron abusivamente, por ello, debemos referirnos brevemente a la responsabilidad pecuniariamente hablando y consecuentemente a la responsabilidad personal y solidaria. La responsabilidad de carácter personal, no es más que una obligación que se mantiene respecto de una persona determinada, específica, en virtud de la cual el acreedor únicamente puede exigir su cumplimiento al deudor, más no a otra persona, esta constituye la regla general en cuanto a materia de obligaciones, sin embargo, por otra parte la ley prevé la figura de la responsabilidad solidaria, refiriéndose a las obligaciones solidarias, mismas que según el

propio Código Civil, pueden surgir exclusivamente de tres fuentes: la ley, el testamento o la convención entre las partes. La responsabilidad solidaria que analizamos en este punto -solidaridad pasiva o mixta¹²³-, se configura como tal por el hecho de ser determinada así por la Ley de Compañías. En palabras sencillas, la responsabilidad solidaria implica que se puede perseguir el cumplimiento de la obligación no únicamente a un deudor por todo o parte de la deuda, sino a todos los deudores solidarios por todo o parte de la obligación, entendiendo en este caso al deudor o deudores como los socios, administradores o fiscalizadores de la compañía que han perjudicado a una tercera persona enmascarándose en la figura jurídica de la compañía y como acreedor o acreedores a el o los perjudicados.

En cuanto a las personas que pueden ser responsables por el uso abusivo y fraudulento de la sociedad mercantil, la misma normativa societaria ecuatoriana establece tres posibilidades claras:

1. Quienes la ordenaren o ejecutaren: esta primera opción, abre una amplia gama de posibilidades, mismas que pueden ser tres: los socios, los administradores o los fiscalizadores. Los socios al conformar la Junta General que es el órgano de gobierno de la compañía, mismo que tiene facultades decisorias y rectoras de la compañía, tienen la facultad de, mediante el ejercicio de su derecho a voz y voto en la junta, decidir el proceder mismo de la sociedad mercantil, por esa razón es que mediante su facultad decisoria es que pueden ordenar la realización de un acto fraudulento o abusivo de la compañía -en su propio beneficio, de un tercero o

¹²³ Se trata de una de las tres clases de solidaridad. Así existen tres clases de solidaridad: la activa, la pasiva y la mixta. La solidaridad activa es aquella en la que median varios acreedores solidarios y un solo deudor, la solidaridad pasiva es aquella en la que existe un acreedor y varios deudores solidarios, y la mixta es aquella en la que median varios acreedores y varios deudores solidarios.

injustificado- y por lo tanto generar el supuesto que prevé la ley para que se configure el levantamiento del velo societario y se genere su responsabilidad personal o solidaria, no siendo necesario ejemplificar un caso concreto pues resulta obvia la responsabilidad que podrían tener los socios. Por otra parte los administradores también pueden ser responsables en estos casos. Los administradores pueden ser de diversas clases, representantes legales, simples administradores, miembros del consejo de administración o miembros del directorio. Indistintamente de la clase de administrador que se trate, sus funciones de manera general consisten en dirigir las actividades o giros comerciales o industriales de la compañía, fijar remuneraciones de los trabajadores, llevar a cabo el manejo del área productiva y laboral, realizar informes, balances, entre otros, para conocimiento de la Junta General, convocar a las Juntas, presidirlas, fungir como secretarios de la misma, entre otras; por todas sus funciones y actividades, es que efectivamente los administradores en el desempeño de las mismas pueden usar fraudulenta o abusivamente a la sociedad mercantil, ya que tienen el manejo cotidiano de la misma, en estos casos, si se da el supuesto del levantamiento del velo societario, se lo hará para responsabilizar exclusivamente a los administradores que actuaron de esa manera, más no a los socios, pues en muchas ocasiones, hasta que la Junta General se de cuenta del actuar abusivo o fraudulento, el mismo ya se ha perpetrado e incluso consumado por parte de la administración, de forma que los socios no tienen responsabilidad alguna en ese caso concreto -el ejemplo de este caso ya se revisó en un caso jurisprudencial anglosajón en el anterior tema del presente capítulo-. Por último, los fiscalizadores. Los fiscalizadores pueden ser miembros del consejo de vigilancia, comisarios o auditores -interno o externos-, sus funciones básicamente consisten

en vigilar o controlar las actividades que realiza la administración, velar que su actuar sea de conformidad con la ley y los estatutos de la compañía y comunicar cualquier calamidad de la administración a la Junta General, además deben hacer informes de los balances de la sociedad mercantil y velar por su regularidad, por ello, los fiscalizadores en el ejercicio de sus funciones, pueden actuar abusiva o fraudulentamente a través de la compañía, en estos casos claramente ellos deben ser responsables personalmente en el caso de que se aplique la doctrina del corrimiento del manto social. Un ejemplo en que los fiscalizadores podrían actuar en abuso de la personalidad jurídica sería el siguiente: resulta que en una auditoría a una compañía, el auditor -fiscalizador- encuentra que en la contabilidad de la sociedad, la misma mantiene varias deudas impagas para con varios trabajadores de la misma -sin ninguna preferencia por alguno de ellos-, no teniendo dinero suficiente la compañía para cubrir los valores que adeuda a todos sus acreedores, sin embargo, resulta que una de esas deudas es a favor de un trabajador que resulta ser a su vez deudor del auditor, por lo que el auditor en su informe alterado pone que la compañía adeuda a dicho trabajador un valor con preferencia respecto de los demás en la prelación de créditos, con el único objetivo de que dicho trabajador cobre antes la deuda, aumentando así su garantía general de prenda para que con posterioridad el mismo auditor pueda cobrar su acreencia al trabajador. En razón de esta operación orquestada por el auditor, los demás acreedores de la compañía -trabajadores en el ejemplo- no pueden cobrar la totalidad de la deuda, siendo perjudicados por ese proceder. En consecuencia, al aplicarse la penetración a la personalidad jurídica de la sociedad por parte de los acreedores, el responsable de dicha actuación será el auditor de la compañía, más no sus socios o administradores.

2. Los que obtuvieren provecho hasta lo que valga este: también pueden ser responsables por el actuar abusivo y fraudulento de una sociedad mercantil las personas que obtuvieren el provecho de la actuación abusiva, esto implica que el levantamiento del velo societario no solo se aplica para responsabilizar a la persona o personas que actuaron abusivamente de manera directa a través de la compañía, sino también con la finalidad de responsabilizar a aquellas personas que, sin haber actuado, simplemente se beneficiaron de dicha actuación. Por ejemplo, uno de los socios de la compañía -el mayoritario- en junta General resuelve autorizar un acto abusivo que perjudica a un tercero y que no le beneficia a él, sino que beneficia al comisario de la compañía, así el comisario no actuó abusivamente de manera directa, simplemente conoce el hecho y acepta el beneficio otorgado por el proceder fraudulento del socio mayoritario. En el caso de que el perjudicado opte por accionar la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad, el momento en que se inmiscuya en la esencia de la compañía, no será únicamente responsable el socio que actuó, sino también quien obtuvo el beneficio, es decir el comisario. Entorno a este tema se podría abrir una discusión adicional, que se configuraría de la siguiente manera: la ley al permitir levantar el velo societario de las compañías para responsabilizar a quienes obtuvieron el beneficio hasta el monto del mismo ¿autoriza a responsabilizar mediante esta acción -inoponibilidad de personalidad jurídica- a personas que no forman parte de la compañía, es decir que no son miembros de ella? Me permito explicarme con un ejemplo. El socio mayoritario de la sociedad mercantil resuelve actuar abusivamente otorgando el beneficio producto de dicho actuar a su cónyuge o a sus hijos -que no forman parte de la compañía en ninguno de sus órganos-, en este caso en base a una interpretación gramatical de la ley entenderíamos que si

se puede responsabilizar mediante dicha acción a personas que no son miembros de la compañía, pero de aceptar esa interpretación nos pondríamos frente a un nuevo problema: los que obtuvieron el beneficio, no son miembros de la compañía, en consecuencia ¿Por qué levantar el manto social de la misma? ¿Por qué no simplemente se dirige una acción directa en contra del beneficiado? La respuesta a estos cuestionamientos problemáticos, en mi opinión, podría ser una sola y sería que, para responsabilizar a cualquier persona por las actuaciones societarias, siempre será menester limitar su personalidad jurídica para poder evidenciar y conocer su sustrato real, determinar quien o quienes actuaron directamente de forma abusiva o fraudulenta y en base a ello seguir la línea consecuente de dicho actuar -beneficios de la actuación- para llegar a las personas que efectivamente se beneficiaron del proceder abusivo, responsabilizando a todos aquellos que se hayan relacionado en dicha operación fraudulenta. No podría intentarse por la parte afectada una acción en directa en contra del beneficiado, ya que se requiere seguir la línea causal -acto-beneficio- del actuar ilícito, empezando esta desde la compañía misma.

3. Los tenedores de bienes para el efecto de la restitución: esta resulta una figura de responsabilidad un tanto más compleja, para lo cual emplearé un ejemplo: resulta que la compañía A mantiene deudas frente al acreedor Z, el acreedor Z para reclamar su dinero decide que va a demandar a la compañía el cobro de su acreencia. Sabiendo esto, los socios de la compañía A deciden transferir los bienes de la sociedad mercantil a uno de los amigos del socio mayoritario, de forma que cuando Z quiera demandar a la compañía A, la misma no tendrá bienes para pagar. En uso de esta posibilidad que prevé la norma societaria, el señor Z demanda a la compañía el cobro de la deuda, como la misma no tiene bienes, opta por ejercer

la acción de inoponibilidad de personalidad jurídica societaria, permitiendo ir más allá de las personas que actuaron y restituir el bien a favor de la compañía que se encuentra en manos del amigo del socio mayoritario, para así directamente de la sociedad obtener el pago de la deuda. El amigo del socio mayoritario en el ejemplo sería el tenedor de bienes para el efecto de la restitución.

En todos los casos que nos remitimos respecto de la responsabilidad de las personas que participaron en el actuar abusivo, para responsabilizarlos personalmente es necesario ejercer la acción de desestimación de la personalidad jurídica societaria como acción especial o como pretensión en un juicio por colusión.

Luego la mentada disposición normativa se refiere a su aplicación en base a un conocimiento exclusivo y privativo del órgano jurisdiccional, excluyendo su aplicación por parte de órganos administrativos, lo cual es un tema acertado por parte de la norma para no recaer en el empleo excesivo de esta medida, cuestión que tiene aún más contundencia al establecer la ley, que esta acción se usará de forma alternativa, es decir que debe emplearse de última ratio, como un último recurso. Se trata además de una acción especial autónoma, que es la de inoponibilidad de personalidad jurídica, salvo que se trate de una pretensión concreta en un juicio por colusión, en cuyo caso no se requerirá de la acción especial. La acción deberá deducirse ante el juez del domicilio del demandado -compañía- o en el lugar donde se haya cometido el hecho dañoso, a elección del actor.

A pesar de que el artículo 17 de la Ley de Compañías es el que establece los casos en que se aplica la tesis objeto del presente trabajo, es necesario continuar con el análisis normativo de dicha institución. Siguiendo esta línea explicativa, el artículo 17 A del mismo cuerpo normativo prescribe lo siguiente "El desvelamiento societario o

inoponibilidad de la personalidad jurídica contra una o más compañías y contra los presuntos responsables, se tramitará en procedimiento ordinario. Si la demanda se propusiere contra varias compañías y varias personas naturales, el actor deberá presentar la demanda en el domicilio principal de la compañía o persona jurídica sobre la cual se pretenda oponerse a su personalidad jurídica. En la demanda se podrán solicitar, como providencias preventivas, las prohibiciones de enajenar o gravar los bienes y derechos que estuvieren relacionados con la pretensión procesal y, de manera particular, de las acciones o participaciones o partes sociales de la o las compañías respectivas, así como la suspensión de cualquier proceso de liquidación o de cualquier orden de cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil de cualquiera de las compañías demandadas; las que, en su caso, serán ordenadas antes de cualquier citación con la demanda. La o el juzgador, a solicitud de parte, podrá disponer que la Superintendencia de Compañías y Valores ordene las inspecciones que fueren del caso para determinar que las prohibiciones de enajenar o gravar acciones fueron debidamente anotadas o registradas en el o los libros de acciones y accionistas.¹²⁴, este artículo a su vez establece la regulación procesal de la desestimación de la personalidad jurídica societaria, de lo cual debemos referirnos a los puntos más relevantes. Esta disposición determina que la desestimación de la personalidad jurídica que se dirija en contra de una compañía o varias de ellas, se tramitará en procedimiento ordinario, de forma que si bien se trata de una acción especial se tramita por el procedimiento más largo que determina nuestra normativa procesal, sin embargo, aquello lo considero correcto ya que se debe tratar de un proceso de conocimiento por excelencia en el que deben existir los más amplios términos, plazos y posibilidades de defensa de ambas partes, además, por otra parte, la norma determina que la demanda se deberá presentar ante el Juez del domicilio de la sociedad -juez natural- o

¹²⁴ (Nacional, Ley de Compañías, 2014)

del lugar en donde se cometió el acto fraudulento o abusivo a elección del accionante. Adicionalmente, un tema importante es que en la demanda podrán solicitarse ciertas medidas cautelares, como por ejemplo la prohibición de enajenar bienes o derechos relacionados con la pretensión del accionante, así como de las acciones o participaciones, con el objetivo de precautelar los intereses del accionante, ya que en estos casos suele ser muy común que los miembros de la compañía, al enterarse de la interposición de la acción de inoponibilidad de personalidad jurídica, intentan transferir los bienes a terceros para no pagar sus deudas -a pesar de que la tercera opción que otorga el artículo 17 de la Ley de Compañías enmendaría este problema, se complicaría la deducción de la acción por parte del actor, por ello es esencial la solicitud de providencias preventivas-. También se puede solicitar la suspensión de cualquier proceso de liquidación o cancelación que deben ordenarse antes de que se cite con la demanda, ya que si la compañía se ha liquidado, puede ser que ya haya pagado deudas a otras personas y que carezca de activos suficientes para reponer los valores que adeuda a su vez al accionante, por otra parte si la compañía ya se ha cancelado, ya no tiene existencia jurídica y por lo tanto la demanda adolecería de un error, que sería la falta de legitimación pasiva, por lo que se la declararía sin lugar.

Así mismo, el artículo 17 B de la normativa societaria reza lo siguiente “La acción de desvelamiento societario o inoponibilidad de la personalidad jurídica prescribirá en seis años, contados a partir del hecho correspondiente, si hubiere sido uno solo, o del último de ellos, si hubieren sido varios, sin perjuicio del derecho a presentar impugnaciones o acciones de nulidad de la constitución o de los actos o contratos de las compañías demandadas, según lo previsto en la ley.”¹²⁵, igualmente que en el último artículo citado de la ley, esta disposición simplemente regula la prescripción de la acción de

¹²⁵ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria, siendo esencial poner una limitación a dicha acción en razón del paso del tiempo. Como sabemos, la prescripción es un institución del derecho que tiene por objeto evitar que los procesos, derechos y acciones se perpetuaren en el tiempo, por lo que mediante la aplicación de esta figura es que se pone una limitante para el ejercicio de la acción de limitación a la personalidad jurídica, lo cual es un acierto de la normativa, caso contrario se atentaría inclusive a la seguridad jurídica.

En cuanto a la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, la misma prescribía que "Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no solo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador. (...)."¹²⁶, esta ley, que tiene vigencia en el Ecuador desde el año 2012, preveía también la posibilidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario. La disposición normativa al prescribir anteriormente que en los casos de fraude a través de personas jurídicas se llegará al último nivel de propiedad que recaerá sobre personas físicas, implícita o tácitamente trataba la obligatoriedad de levantar el velo societario para acceder a sus miembros, esto es socios, administradores y fiscalizadores -es decir no solamente a sus socios, única cuestión que era correcta de la LODDL frente a la doctrina general- y hacerlos responsables

¹²⁶ (Nacional, Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012).

absolutamente, eliminando la figura de la responsabilidad limitada en aquellas compañías que la regulan. En otras palabras, según este artículo, en cualquier caso de fraude que se realice a través de una sociedad mercantil, a petición de la institución con jurisdicción coactiva o de las autoridades laborales, obligatoriamente se debía desestimar su personalidad jurídica para responsabilizar absolutamente a sus socios; así en este caso, no se determinaba un criterio rector para aplicar la doctrina y siempre se eliminaba la responsabilidad limitada en los casos en que se persiga a los socios de la compañía. La referida ley -LODDL- la analizaremos a profundidad en el próximo capítulo.

Como pudimos apreciar, el problema tanto doctrinario como normativo respecto de la aplicación de la doctrina de la penetración a la personalidad jurídica se resume en cuatro puntos concretos:

- A. Falta de un criterio firme rector: Como mencionamos, el problema tanto doctrinario como normativo más grave constituye la falta de un criterio rector firme y objetivo que permita dilucidar en que casos se puede aplicar la penetración a la personalidad jurídica. Serick manifiesta que debe ser en tres casos -fraude a la ley, perjuicio fraudulento a terceros y violación a obligaciones contractuales-, la doctrina angloamericana en dos -equidad y fraude-, la Ley de Compañías en tres casos -abuso, fraude y vías de hecho-, no obstante, el caso más preocupante era el de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales que simplemente se refería genéricamente a los casos de fraude -tema al que nos referiremos en el próximo capítulo-. Resulta esencial tratar de especificar y concretar el criterio en que se debe aplicar el levantamiento del velo.
- B. Afección a la responsabilidad limitada: Tanto la doctrina general como la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales consagraban que la aplicación de la doctrina de la penetración a la personalidad jurídica societaria

obligatoriamente conlleva y conllevaba una afección a la responsabilidad limitada, y en estricto sentido más que una afección, una extinción a la responsabilidad limitada, como una relación causa-efecto.

- C. Error en cuanto a su finalidad: La doctrina general considera que la finalidad de la aplicación de esta doctrina será siempre responsabilizar a los socios de la compañía, siendo aquello incorrecto, pues tiene el objetivo de responsabilizar a los miembros de la misma que hayan actuado abusivamente -socios, administradores y fiscalizadores-. Este error no lo contiene ni la Ley de Compañías ni la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales. Además que la finalidad no es solamente generar responsabilidad patrimonial o pecuniaria, sino que esta puede variar, pudiendo ser simplemente moral.
- D. Utilización general y principal: Si bien la doctrina consagra que se debe aplicar esta teoría de forma excepcional, en realidad se debería rectificar y establecer que se aplicará de forma excepcional y como un último recurso "última ratio" -tema que propondremos en el próximo capítulo-.

10.5.Fallos ecuatorianos.

Dentro del presente capítulo, resulta esencial analizar ciertas resoluciones ecuatorianas concernientes a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario -abuso de la personalidad jurídica societaria-. De entre las varias jurisprudencias encontradas y revisadas por mi persona, he elegido narrar, desarrollar y revisar dos en concreto.

La primera jurisprudencia que trataremos, será respecto de un caso de fraude a la ley, tratándose de un abuso societario en el ámbito laboral. Tal como lo expresa el jurista Eduardo Carmigniani, esta clase de abuso "consiste en rotar a los trabajadores alrededor de varias compañías satélites, que aparentemente no tienen vinculación entre sí, para

recortar artificialmente la verdadera duración de la relación laboral¹²⁷. Así el primer caso que revisaremos se trata de la sentencia del 28 de junio de 1995 dictada por la Primera Sala de lo Social y Laboral de la Corte Suprema de Justicia -hoy Corte Nacional- dentro del recurso extraordinario de casación No. 235-94, en juicio de trabajo que sigue Segundo Paulino Chito contra Salomón Vargas Rojas, publicada en el Registro Oficial No. 754 del lunes 7 de agosto de 1995, cuyo extracto resumiré a continuación:

En el juicio laboral entablado por Segundo Paulino Chito contra Salomón Vargas Rojas, éste último presentó recurso de casación impugnando el fallo pronunciado por la primera Sala de la Corte Superior de Ambato que revocó la sentencia del inferior.

Resulta de los hechos que el accionante laboró para el demandado por doce años, esto es desde 1960 hasta 1972, bajo un número de afiliado en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social -IESS- determinado. Sin embargo desde 1972 en adelante, el trabajador laboró para la compañía SALOMON VARGAS CIA. LTDA. constituida por el mismo señor Salomón Vargas y otras personas, siendo el señor Vargas el que mayor cantidad de participaciones tenía a su nombre, es decir siendo el mayor socio, teniendo el control societario de la compañía. En dicha compañía el señor Segundo Paulino Chito, desempeñó exactamente las mismas actividades que venía desempeñando cuando laboraba directamente para el señor Vargas, adicionalmente trabajó en el mismo lugar y bajo el mismo número de afiliación en el IESS.

La resolución de la Corte Provincial de Ambato determinó que, efectivamente lo único que realizó el demandado fue excepcionarse por falta de legitimación pasiva y que al haber constituido una compañía que pase a ser empleadora del trabajador accionante, no se ha interrumpido la relación laboral entre las partes que se mantenía con anterioridad. Además que el demandado constituyó la sociedad con el único objetivo de "interrumpir

¹²⁷ (Carmigniani, 2010).

la relación laboral” para que no se configure el tiempo necesario para el surgimiento del derecho a la jubilación patronal -del actor y de los demás trabajadores-, por lo que se debe desestimar su configuración jurídica y responsabilizar directamente por las obligaciones laborales correspondientes a su socio mayorista, es decir el señor Vargas¹²⁸.

El recurrente ataca la sentencia alegando que se ha dado una indebida aplicación de los artículos 8, 9, 10, 40 y 221 del Código del Trabajo, ya que según el, a partir de 1973 no existió vínculo laboral alguno entre las partes, por lo que no se justifica la solidaridad patronal, ya que no se puede ordenar el pago de pensión vitalicia jubilar a quien no ha mantenido el vínculo por el tiempo necesario para que ello ocurra.

Así, la Corte Suprema de Justicia, resuelve denegar el recurso de casación interpuesto por el demandado, confirmando la resolución venida en grado, argumentando su resolución en base al siguiente razonamiento: “La presencia del supuesto nuevo empleador bajo la figura jurídica de la compañía, se detecta fácilmente que fue creada, entre otros motivos, para burlar los derechos de los trabajadores y en especial del actor, -tratándose de un caso de abuso de personalidad jurídica societaria a través del fraude a la ley- sin conseguirlo definitivamente, ya que si bien como argumenta el recurrente es una nueva, una tercera persona, ajena y distinta de sus integrantes como lo recalca el Código Civil, no sirve para eludir las obligaciones laborales -fraude a la ley-, ya que la ley de protección de los trabajadores, ha instituido no solo la responsabilidad personal del artículo 35 del Código del Trabajo, sino la responsabilidad solidaria patronal concretada en el artículo 40 del Código del Trabajo, en virtud de la cual se establece la sucesión de las obligaciones sin responsabilidad de reserva alguna, por lo cual el empleador posterior, absorbe las del anterior y peor aún cuando se mantiene el vínculo, cuando no se lo suspende. Pero en el caso hay más, pues el demandado -anterior empleador- es socio mayoritario de la

¹²⁸ (Tungurahua, 1995).

sociedad mercantil -nueva empleadora- y aunque aparezca en forma indirecta, no puede aprovecharse del esfuerzo del trabajador, burlando los derechos de éste. Verdaderamente la maniobra es visible, en la especie, ya que si se trata de suspender el vínculo laboral del accionado, no lo consigue. Por lo expuesto no se identifica error, mala interpretación o violación de normas laborales o de otro orden, en virtud de lo expresado, se rechaza el recurso de casación interpuesto por el demandado por improcedente¹²⁹.

Como podemos observar del caso citado, la defensa del demandado en ningún momento se centra en tratar de evitar el levantamiento del velo societario, sino en recalcar la inexistencia de una relación laboral entre las partes debido a que la persona jurídica es un ente distinto de sus socios, no obstante, la resolución de segunda instancia, luego ratificada por la Corte Suprema, consagra entre otras cosas, la existencia de un abuso de la personalidad jurídica societaria mediante el fraude a la ley, permitiendo que efectivamente se responsabilice de las obligaciones laborales al demandado -socio mayorista de la compañía empleadora- a través de la solidaridad patronal que consagra el Código del Trabajo. Si bien es cierto este caso no trata la aplicación de la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria en estricto sentido, en las resoluciones se puede verificar la constancia de la existencia de un acto abusivo a través de una sociedad mercantil, que eventualmente podría dar lugar al levantamiento de su velo societario.

Una segunda jurisprudencia que podemos analizar es concerniente al tema de burlar el cumplimiento de contratos. Se trata de una sentencia dictada el 21 de marzo de 2001 por la primera Sala de Civil y Mercantil de la corte Suprema de Justicia -hoy corte Nacional- dentro del recurso de casación No. 120-2001, en juicio verbal sumario por pago de dinero, que sigue *Diners club del Ecuador S.A. Sociedad Financiera en contra de Mariscos de*

¹²⁹ (Ecuador, Segundo Pulino Chito VS Salomón Vargas Rojas, 1995).

Chupadores Chupamar S.A. y de Leonel Baquerizo Luque, por sus propios derechos, publicada en el Registro Oficial No. 350 de 19 de junio de 2001, cuyo extracto resumiré a continuación:

Leonel Baquerizo Luque, por sus propios derechos interpone recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia dictada por la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, el recurrente de esta forma acusa al fallo de última instancia de incurrir en una falta de aplicación de normas procesales en razón de la supuesta transgresión al artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto no se citó con la demanda a la compañía demandada en la persona de su representante legal, sino en otra persona que no la representaba, pues se citó como representante legal a la señora María Isabel Baquerizo Luque más no al señor Leonel Baquerizo Puga, por lo que se debió declarar la nulidad del proceso a partir de la citación con la demanda.

En cuanto a los hechos, resulta que el accionante Diners Club otorgó un préstamo tanto al señor Leonel Baquerizo Luque como a la compañía Mariscos de Chupadores Chupamar S.A.. El señor Baquerizo Luque, con posterioridad transfirió sus bienes a la compañía Mariscos de Chupadores Chupamar S.A. para eludir el cumplimiento contractual. A su vez la compañía Mariscos de Chupadores Chupamar S.A., tenía como accionistas a los señores: Leonel Baquerizo Luque con un 99,5% de acciones y al señor Leonel Baquerizo Puga el resto de las acciones de la compañía, dicha sociedad mantenía como gerentes a los señores Leonel Baquerizo Luque y a la señora María Isabel Baquerizo Luque y la demanda presentada por la parte actora se dedujo en contra de la compañía demandada en persona de María Baquerizo y en contra del señor Luque por sus propios derechos. De la certificación realizada por el Registrador Mercantil correspondiente, consta que en medio del dilatado tiempo que surgió entre la presentación de la demanda y su citación -

18 meses-, se inscribió un nuevo nombramiento a favor de Leonel Baquerizo Puga -hijo del demandado por sus propios derechos-.

La Corte Suprema en su resolución establece que "el derecho a la tutela judicial efectiva no implica utilizar al proceso como mecanismo para evadir el cumplimiento de las obligaciones o perjudicar a terceros privándoles de lo suyo, pues cuando se utiliza de esta manera constituye un caso de abuso del derecho. Todo esto llevó a concluir que que detrás de la figura societaria se encuentran los intereses del señor Baquerizo Luque, que los restantes accionistas no tienen ningún interés real en la misma, que la persona jurídica se ha reducido a una mera figura formal y que al no haberse alegado excepciones de fondo que acrediten la existencia o invalidez de las obligaciones demandadas, la sociedad está siendo utilizada para otros fines privativos de su accionista mayoritario y distintos de los de la persona jurídica para la que nació esta figura, esto es evadir el cumplimiento de obligaciones contractuales de su persona por una parte, y por otra cambiar al representante legal de la compañía para que el proceso sea nulo por falta de citación, por lo que se debe desestimar su personalidad jurídica, de forma que cualquier sentencia desestimatoria beneficiaría al señor Baquerizo Luque. Por lo mencionado, se rechaza el recurso de casación interpuesto por el abogado Leonel Baquerizo Luque, por carencia de fundamento"¹³⁰.

Como podemos evidenciar, la jurisprudencia recién referida claramente se trata de un caso de abuso de personalidad jurídica, ya que el accionista mayoritario, obtuvo a su propio beneficio y a nombre de la sociedad, un préstamo de dinero, y, para lograr eludir su obligación personal, transfirió sus bienes a la compañía de su control, además para esquivar el proceso que se entabló en contra de la compañía, cambió de forma antojadiza a su representante legal para con posterioridad intentar un recurso extraordinario de

¹³⁰ (Ecuador, 2001).

casación que declare la nulidad del proceso por falta de citación -falta de aplicación de normas procesales-. Por ello se resuelve no casar la sentencia, y ratificar la resolución venida en grado que consagra –conjuntamente con la decisión del máximo órgano de justicia del país- levantar el velo societario por tratarse de un uso abusivo para eludir obligaciones contractuales.

Además de las jurisprudencias citadas y revisadas, podemos mencionar algunas otras tales como el caso “Ángel Mesías Puma Shagui VS IMPORTADORA TERREROS SERRANO S.A.” del 28 de enero del 2003, la resolución del caso “Rubén Morán Buenaño VS Ricardo Antonio Onofre González y Leopoldo Morán Intriago” del 8 de julio de 1999 y la jurisprudencia del caso “José Miguel Massuh Buraye VS Roberto Massuh Dumani” del 14 de mayo del 2003. De esta manera podemos concluir que nuestro ordenamiento jurídico no solamente consagra la figura de la desestimación de la personalidad jurídica societaria debido a la utilización abusiva de la compañía desde una perspectiva positivista, sino que también lo hace desde el punto de vista jurisprudencial, en base a resoluciones de casos concretos, lo cual es completamente acertado.

10.6. Consecuencia del levantamiento del velo societario en las compañías holding.

Un trascendente tema para analizar dentro del presente trabajo es la aplicación del levantamiento del velo societario y sus eventuales consecuencias -afección a la responsabilidad limitada- en el caso de las compañías holding o de simples compañías que son socias o accionistas de otras sociedades mercantiles, sin embargo me centraré en el tema concreto de las holding. Como una breve introducción, me referiré a la problemática que planteo: el momento en que consideraba realizar mi trabajo de

graduación en base al tema objeto del mismo, a breves rasgos y superficialmente se me ocurrió lo siguiente, si se levanta el velo societario de una compañía para conocer su esencia como consecuencia de su uso abusivo, y uno de los socios de la compañía resulta ser otra compañía -tenedora de acciones- ¿qué pasa con esa compañía tenedora de acciones? Si como secuela de la desestimación de la personalidad jurídica de la compañía, se llega a afectar a la responsabilidad limitada de los socios ¿qué pasa con la responsabilidad de la compañía holding, se responsabiliza a la sociedad misma o directamente a sus socios? Estos planteamientos son los que serán estudiados en el presente tema.

Para poder entender el problema a fondo, debemos remitirnos en primer lugar a los fundamentos normativos de las compañías tenedoras de acciones; al respecto la Ley de Compañías en su artículo 429 regula la existencia de las compañías holding o tenedoras de acciones, en torno a aquello la ley prescribe "Compañía Holding o Tenedora de Acciones, es la que tiene por objeto la compra de acciones o participaciones de otras compañías, con la finalidad de vincularlas y ejercer su control a través de vínculos de propiedad accionaria, gestión, administración, responsabilidad crediticia o resultados y conformar así un grupo empresarial. Las compañías así vinculadas elaborarán y mantendrán estados financieros individuales por cada compañía, para fines de control y distribución de utilidades de los trabajadores y para el pago de los correspondientes impuestos fiscales. Para cualquier otro propósito podrán mantener estados financieros o de resultados consolidados evitando, en todo caso, duplicidad de trámites o procesos administrativos. La decisión de integrarse en un grupo empresarial deberá ser adoptada por la Junta General de cada una de las compañías integrantes del mismo. En caso de que el grupo empresarial estuviere conformado por compañías sujetas al control de la Superintendencias de Bancos y Compañías, las normas que regulen la consolidación de

sus estados financieros serán expedidas y aplicadas por ambos organismos.”¹³¹ Como podemos apreciar, las holding son denominadas por la misma ley como tenedoras de acciones, debido a que la palabra “hold” que surge de la palabra “holding” significa “tener” en inglés; una primera impresión de la denominación “tenedora de acciones” puede llevar a errores ya que la gente suele considerar que si la compañía se llama tenedora de acciones es por que la holding solamente puede ser accionista de una compañía anónima o de economía mixta, ya que solo ellas tienen acciones, sin embargo, es menester aclarar que aquello es incorrecto, en el sentido de que la propia ley establece que las holding son aquellas compañías que tienen por objeto la compra de acciones y participaciones de otras sociedades mercantiles, por ello una holding tranquilamente puede ser tanto accionista como socia de una compañía anónima, de responsabilidad limitada, comandita, entre otras.

Así la Ley de Compañías establece que el objeto esencial de las compañías tenedoras de acciones es la compra de acciones o participaciones de otras sociedades mercantiles, para vincularlas entre sí, facilitando así su manejo y control, conformando un grupo empresarial. Para entender sin generar duda alguna la función de las holding, debemos aclarar que es un grupo económico o empresarial. Un grupo económico o empresarial se conforma por el nexo que surge entre distintas compañías que se encuentran relacionadas entre sí, sociedades mercantiles que se vinculan en razón de la propiedad -pertenecen a los mismos grupos de personas-, en razón de la administración -porque se encuentra administrada por el mismo grupo de personas-, de la gestión -tener un mismo lineamiento de políticas empresariales generales-, de la responsabilidad crediticia -por ejemplo cuando una compañía es deudora de una persona y otra compañía consta como garante

¹³¹ (Nacional, Ley de Compañías, 2014).

de la primera en la deuda- y de los resultados -porque existen personas que se pueden beneficiar por esa vinculación entre las diversas compañías-; una vez conformado el grupo empresarial, el mismo debe registrarse en el mercado de valores para evitar la formación de monopolios u oligopolios. La finalidad de las holding se simplifica a través de un ejemplo: Hipotéticamente existen tres compañías distintas, la A, la B y la C. Los únicos socios de esas tres sociedades mercantiles son el señor W, X y Z; resultaría ilógico que se lleve a cabo el manejo de esas tres compañías por separado, por ello lo razonable y práctico sería que W, X y Z resuelvan constituir, con una persona más, una compañía holding o tenedora de acciones, que pase a ser propietaria de las compañías A, B y C, así la holding se convertiría en una especie de compañía madre, cuya finalidad misma es comprar las acciones o participaciones de esas tres compañías para vincularlas y formar así un grupo empresarial. Las decisiones y manejo de las compañías A, B y C serían resueltas por la Junta General de la holding, que estará conformada a su vez por los socios de esas tres compañías, tema que facilita el manejo de los grupos económicos. Lo importante es que mediante esta figura cada compañía toma decisiones similares, teniendo cada una objetivos similares.

Para que la conformación del grupo empresarial no genere confusiones, es esencial que cada compañía mantenga sus propios estados financieros individualmente para fines de control -auditorias y Superintendencia de Compañías- y para pago de tributos ante el fisco, para los demás propósitos, podrán mantener estados financieros o de resultados consolidados siempre y cuando se evite toda clase de duplicidad o repetición de trámites o procesos administrativos. Para que proceda la acción de integro a un grupo empresarial -holding- se requiere aceptación por parte de la Junta General de cada una de las compañías que así lo deseen, es decir aceptar la compra de acciones o participaciones por

parte de una holding dependerá exclusivamente del órgano de gobierno de cada sociedad mercantil.

Una vez conocida la naturaleza jurídica misma de las holding, podemos proceder a analizar el problema ya planteado objeto del presente trabajo. Si una compañía determinada es utilizada abusivamente por alguno de sus miembros, la persona afectada puede deducir una acción de inoponibilidad de personalidad jurídica societaria con el objetivo de acceder a su estrato real, es decir a las personas que la conforman y así determinar la responsabilidad de la persona o personas que actuaron abusivamente, encubiertos en la figura jurídica de la compañía; una de las consecuencias de aquello -no necesaria- es responsabilizar pecuniariamente a las personas que así actuaron, y específicamente en contra de los socios eliminar su responsabilidad limitada en las compañías que así lo prevén, tema que ya se revisó y se criticó. Sin embargo, el problema se agudiza aún más en los casos en que la compañía que actuó abusiva o fraudulentamente resulta tener como socio o accionista a una compañía holding o tenedora de acciones, ya que en ese caso, el momento en que se levanta el velo societario de la primera compañía ¿qué sucede con la personalidad jurídica de la holding y con la responsabilidad limitada de los socios de ella?, al respecto podrían caber varias posibilidades de acuerdo a la postura de cada persona, ya que la norma en estricto sentido no lo regula, generando ello una mayor incertidumbre y por lo tanto afectándose aún más al principio de seguridad jurídica. Así considero que frente al problema planteado, caben las siguientes posibilidades:

- A. Automáticamente se afecta a la personalidad jurídica y a la responsabilidad limitada de los socios de la holding: Como ya se planteó, el momento en que se verifica la utilización abusiva de una sociedad mercantil por alguno de sus miembros, la parte afectada iniciará un proceso de levantamiento del velo

societario de dicha compañía con el objetivo de acceder a su sustrato real y responsabilizar a las personas que actuaron enmascaradamente a través de la figura societaria. Si sus socios son los responsables y se deduce la acción de inoponibilidad de personalidad jurídica con la finalidad de responsabilizarlos a ellos, y uno de los socios de la compañía que actuó abusivamente es una holding -si del actuar abusivo de la primera compañía, su socio holding no es responsable, no cabe el levantamiento del velo de la holding-, es decir otra compañía, el ejercicio de dicha acción implica que automáticamente se debe levantar el velo societario de la holding, caso contrario al desestimar la personalidad jurídica de la primera sociedad nos topáramos con una nueva compañía -holding- que también es una persona jurídica que es distinta de sus socios y que tiene autonomía patrimonial, de forma que no podríamos acceder al sustrato real de la última y responsabilizar a sus miembros, cuestión que es la finalidad misma de la doctrina que nos encontramos estudiando.

Me permito explicar el problema mediante un ejemplo: Resulta que la compañía A tiene tres socios, que son el señor W, el señor X y la compañía holding Z. Si la compañía A actúa fraudulentamente a través de sus socios y las personas afectadas con dicho proceder inician una acción de penetración a la personalidad jurídica, lo hacen para acceder a la realidad de la sociedad y responsabilizar -en este caso- a sus socios, es decir a W, X y Z. El momento en que se verifica la calidad de los socios W y X no hay problema alguno, pues se trata de personas naturales a las cuales directamente se les puede responsabilizar tanto pecuniariamente, como moralmente; no obstante de ello, el momento de verificar la calidad del socio Z, los accionantes se dan cuenta que es una compañía tenedora de acciones, siendo por lo tanto una persona jurídica, por lo que en realidad no pueden penetrar a su

sustrato real, por ello automáticamente al aceptarse la acción de inoponibilidad en contra de la compañía A, se acepta el levantamiento del manto social de la holding Z.

Si como consecuencia del corrimiento del manto social se hace absoluta la responsabilidad de sus socios, que en un inicio era limitada, al momento en que se levanta el velo de la holding como consecuencia del primer levantamiento, a sus socios -de la holding- también se los responsabilizaría absolutamente por el actuar abusivo de los mismos. El problema de esto radica en ¿qué sucede si la holding que es socia de la primera compañía a su vez tiene como socia a otra holding y se da una cadena similar sucesivamente? El problema sería que se produciría una cadena de desestimaciones que terminaría afectando no solo a una sociedad mercantil, sino a un gran grupo de compañías afligiendo radicalmente al derecho societario y por lo tanto a la economía, plazas de trabajo y a la seguridad jurídica del Estado. Mi posición frente a este primer planteamiento es que no sería adecuado que por desestimar la personalidad jurídica de una compañía, automáticamente se levante el velo de la holding que es socia de la primera, porque para correr el manto de la primera, el Juez realiza un análisis íntegro del caso concreto -primera compañía- y reúne todos los elementos que permiten verificar el actuar abusivo o fraudulento de los miembros de la primera compañía y por ello resuelve levantar el manto social de ella, mientras que no realizaría dicha operación respecto de la segunda compañía -holding- que podría no haber actuado abusivamente, lo que implicaría aplicar una figura así adelantando criterio, sin valorar los hechos y pruebas concretas del caso, lo que podría conllevar no solamente a una resolución injusta que generaría muchas impugnaciones e inseguridad jurídica, sino que, en mi opinión, podría implicar

que el juez que así lo resuelva cometa el delito de prevaricato, que se encuentra tipificado en el artículo 268 del Código Orgánico Integral Penal -COIP-, pues dejarían de hacer lo que manda la ley, es decir resolver las causas en base a la apreciación de cada caso concreto y de las pruebas que conllevan a dicha decisión.

B. Se puede afectar a la personalidad jurídica y a la responsabilidad limitada de los socios de la holding siempre que se deduzca una nueva acción directamente en contra de la holding: Esta posibilidad implica que una vez plantada la acción de inoponibilidad en contra de la compañía que actuó abusiva o fraudulentamente por la persona interesada, se accede a la esencia de dicha sociedad para responsabilizar a sus socios -en este caso- debido a que ellos fueron los que actuaron abusivamente, resultando de ello que uno de los socios de dicha sociedad comercial es una holding. En este caso no se levanta el velo societario de la holding automáticamente, consecuentemente no se afecta a la responsabilidad de los socios de la tenedora de acciones, sin embargo, para que ello suceda, es necesario que las personas afectadas, una vez corrido el manto social de la primera compañía, deduzcan una nueva acción de inoponibilidad en contra de la holding, para que así el juez que conozca el caso pueda evaluar individualmente los hechos y pruebas del caso concreto -compañía holding- y en base a ello resuelva si es procedente o no desestimar la personalidad jurídica de la compañía tenedora de acciones. Personalmente considero este planteamiento como la mejor opción, ya que bajo ninguna circunstancia se configuraría una cadena interminable, debido a que si bien puede darse el caso de que la holding socia de la primera compañía tenga a su vez como socia propia a otra holding y así sucesivamente, para ir levantando el velo societario de cada holding se debe plantear una nueva acción autónoma en base a distintos hechos, personas y pruebas, lo que puede conllevar

a que, en un punto determinado, el juez -en base a un análisis concreto del caso específico-, resuelva no continuar con la desestimación de la personalidad jurídica de las holding debido a que considera no existe un proceder abusivo, fraudulento o simplemente no amerita su aplicación. Esto de cierta forma atenúa la constante fricción existente entre la aplicación de la doctrina de la penetración a la personalidad jurídica societaria y el principio de seguridad jurídica, concretamente en el caso de su aplicación en el caso de las compañías tenedoras de acciones.

C. No se afecta a la personalidad jurídica ni a la responsabilidad limitada de los socios de la holding: Esta tercera posición implica que si se levanta el velo societario de la compañía que procedió fraudulentamente, para responsabilizar a sus socios -en este caso- por dichos actos fraudulentos, pero resulta que uno de sus socios es otra compañía, una tenedora de acciones, la acción de limitación de la personalidad jurídica societaria terminaría allí, es decir no se podría levantar el velo de la holding ni automáticamente ni mediante la deducción de una nueva acción de inoponibilidad en contra de la holding. El problema que radica al aceptar esta posición es el siguiente: si se corre el manto social de la primera compañía para responsabilizar a sus socios, pero uno de sus socios es una holding, si bajo ninguna circunstancia se podría desestimar a esta segunda compañía -tenedora de acciones-, no sería posible el cumplimiento del objetivo mismo de la doctrina del levantamiento del velo societario, pues al ser la holding una persona jurídica, no se podría acceder a la esencia de ella y no se responsabilizaría nunca a sus socios, que al fin y al cabo, pudieron ser los que realmente actuaron abusiva o fraudulentamente a través de la primera compañía. Esto implicaría la posibilidad de encontrar una figura legal que evite la aplicabilidad de la doctrina del disregard

of the legal entity, en base al siguiente razonamiento: Los socios de una compañía desean utilizar a la misma abusivamente para así obtener beneficios propios, sin embargo, son plenamente conscientes de la existencia de la acción de inoponibilidad de personalidad jurídica que prevé la ley, por ello idean un plan maestro, pues resuelven constituir una nueva compañía tenedora de acciones, compañía de la cual serán socios, dejando de ser directamente socios de la primera sociedad mercantil. Así en la Junta General de la holding, toman una decisión abusiva o fraudulenta que a su vez se aplique en la primera compañía, de esta forma la primera sociedad aplica la decisión de la junta de la holding, generando afectaciones a terceras personas, esas personas afectadas deducen su acción de levantamiento del velo societario y se encuentran con que los socios que realmente así actuaron no son socios de dicha compañía, sino de la holding, y por lo tanto al aceptar esta segunda posibilidad planteada, no se podría levantar el velo societario de la holding, "saliéndose con la suya" los socios de la compañía tenedora de acciones.

En cuanto a la afección a la responsabilidad limitada, la consideración sería la misma que la planteada respecto del levantamiento del velo societario.

Para que se verifique cualquiera de los supuestos hipotéticos planteados, es necesario que la acción de limitación de personalidad jurídica societaria tenga por objeto, en esta primera fase -responsabilidad de la primera compañía- hacer responder a los socios de dicha compañía -ya que la holding será siempre, en estos casos, socia de la primera compañía-, no obstante, en la segunda fase de esta propuesta -responsabilidad de la holding- la finalidad de levantar el manto de la tenedora de acciones puede ser para responsabilizar a cualquiera de sus miembros -socios, administradores o fiscalizadores-. En fin, cualquiera sea la posibilidad que se aplique en un caso concreto frente a esta

problemática, se afectará siempre al principio de seguridad jurídica y en consecuencia a los grupos económicos o empresariales. Sin embargo, en la segunda posibilidad planteada, se disminuye la subjetividad, la arbitrariedad, la discrecionalidad y por lo tanto se solidifica el principio de seguridad jurídica en el caso de la aplicación de esta teoría en las compañías tenedoras de acciones o holding. Cabe recalcar que el problema planteado en este tema, no se da exclusivamente en el caso de las holding, sino tranquilamente se puede dar en el simple caso de que una compañía tenga como socio o accionista a otra u otras sociedades mercantiles, ello puede ocurrir en virtud de lo previsto en los artículos 100, 145 de la Ley de Compañías que sencillamente determinan la posibilidad de que una sociedad mercantil -anónima o de responsabilidad limitada- tenga como socia u accionista a otra u otras compañías nacionales o extranjeras.

Por último, dentro del presente contexto, es menester realizar una consideración respecto de la posible vulneración al debido proceso que se podría dar en ciertos casos hipotéticos en cuanto a la afcción a la responsabilidad limitada de los socios que puede surgir como consecuencia del levantamiento del velo societario. El artículo 76 numeral 7 literal i de la Constitución de la República establece lo siguiente "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7) El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto"¹³², esta disposición constitucional consagra el conocido principio del debido proceso "non bis in idem" que literalmente significa "no dos veces por lo mismo", aquel principio simplemente abarca el hecho de que ninguna

¹³² (Constituyente, 2008).

persona puede ser juzgada, sancionada o responsabilizada más de una vez por los mismos hechos. Coloquialmente las personas suelen considerar que se trata de un principio de exclusiva aplicación en materia penal o sancionatoria, sin embargo, aquello es errado, puesto que tiene aplicación dentro de cualquier rama del derecho que se trate. Retomando la misma línea argumentativa, en mi opinión, dentro de este tema se podría vulnerar el principio non bis in ídem en el siguiente supuesto: Resulta que la compañía A tiene como socios al señor X, Z y a una holding; el socio X a su vez es también socio de la holding. La Junta General de la compañía tenedora de acciones resuelve que la compañía A actúe fraudulentamente, por ejemplo omitiendo el pago de utilidades a sus trabajadores. En virtud de la resolución de la junta de la holding, la junta de la compañía A no tiene más remedio que proceder tal como lo exigió la junta de la sociedad tenedora de acciones. Una vez que la sociedad mercantil A actuó fraudulentamente, generó una afección a terceras personas, lo que conlleva a los afectados a iniciar una acción de inoponibilidad en contra de la compañía A; como consecuencia de dicha acción, se verifica que los socios de A son X, Z y una compañía holding. Respecto de X y Z no hay problema alguno, pues al ser personas naturales, se les responsabiliza proporcionalmente por su actuar abusivo, sin embargo, al querer hacer lo mismo respecto de la holding, los afectados se ven obligados a presentar una nueva acción de desestimación de personalidad jurídica en contra de la holding, el juez resuelve que sí amerita el levantamiento del velo de la misma, y de ello se verifica que son socios de la misma, entre otros, el mismo señor X. Así se le vuelve a juzgar y responsabilizar a X, lo que implica que, en este caso concreto, a X se le ha juzgado y sancionado dos veces por el mismo hecho -la decisión de no pagar utilidades a los trabajadores-, vulnerando consecuentemente el principio constitucional del non bis in ídem. En este caso será necesario que el juzgador verifique que no se genere un doble juzgamiento y por lo tanto sanción a una persona natural o física.

Cabe destacar que los posibles conflictos planteados en este punto pueden darse no solo en el caso concreto de las holding, sino también en el caso de compañías que son socias o accionistas de de otras compañías, supuesto que se puede dar no solo en el caso de las holding, sino en el caso de simples compañías. Cualquiera sea el supuesto que se plantee en este contexto, no cabe duda de que es obvio el hecho de que el levantamiento del velo societario en las compañías holding trae especiales connotaciones y problemas que ni la doctrina ni la misma ley han analizado o regulado, por ello resulta primordial su análisis tal como lo hemos hecho, pero por parte del parlamento ecuatoriano para poder dar una proba solución al conflicto planteado.

10.7.El levantamiento del velo societario y la responsabilidad de los socios.

Para proceder al análisis del corrimiento del manto societario y la responsabilidad social, debemos referirnos nuevamente a la personalidad jurídica. Tal como ya se estableció, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles y la responsabilidad de los socios son dos temas distintos. Si bien ambos conceptos son elementos esenciales de las compañías, no son lo mismo.

La personalidad jurídica de una sociedad mercantil, surge como consecuencia de la celebración del contrato social. En virtud de la atribución que realiza la ley, por el contrato social se crea una persona jurídica que se distingue de los socios que la componen.

No obstante de lo mencionado, por otra parte tenemos la figura de la responsabilidad de los socios. Patrimonialmente hablando, existen dos clases de responsabilidad, la limitada y la ilimitada. La responsabilidad ilimitada consiste en que los socios o accionistas, en el evento de que la compañía mantenga deudas, deben responder por dichas deudas con todo su patrimonio personal, esta es una característica propia de las compañías en nombre

colectivo y en comandita simple; frente a ello tenemos la responsabilidad limitada, que implica que los socios o accionistas de la compañía, frente a las deudas que esta mantenga, responden únicamente hasta el monto de su aporte -es decir responden hasta con el valor que ya aportaron a la sociedad-, teniendo así una responsabilidad limitada, esta es una característica propia de las compañías anónimas y de responsabilidad limitada. La atribución de la responsabilidad limitada o ilimitada es establecida por la propia ley, no obstante, la responsabilidad limitada constituye un elemento esencial de las compañías en la actualidad, en cuanto a que ello implica su atractivo básico; a tal punto es una certeza lo referido, que las compañías que mantienen en su estructura una responsabilidad ilimitada -como la en nombre colectivo y la comandita simple-, a pesar de mantenerse vigentes como figuras societarias en la ley, han caído en el desuso, volviéndose figuras prácticamente inexistentes en la realidad. La responsabilidad limitada si bien es un tema que tiene relación con la personalidad jurídica, se distingue de la misma, como destaca Cabanellas, la personalidad jurídica no está necesariamente ligada a la limitación de la responsabilidad de los socios¹³³, así la personalidad jurídica si bien distingue al ente de sus socios, su existencia no implica la limitación de la responsabilidad de sus socios.

De lo referido, podemos deducir la siguiente idea: si la personalidad jurídica de las compañías y la responsabilidad limitada de los socios son dos temas distintos, el levantamiento del velo societario, es decir la negación momentánea de esa personalidad jurídica para acceder a la esencia real o material de la misma, y la responsabilidad limitada de los socios deben, imperativamente, ser dos cuestiones completamente distintas.

En cuanto a la desestimación de la personalidad jurídica societaria, se trata de una doctrina recogida en el ordenamiento jurídico positivo de los Estados que tiene por objeto desconocer momentáneamente la construcción jurídica de la sociedad en los casos en que

¹³³ (Cabanellas, 1998).

ésta sea empleada abusiva o fraudulentamente en perjuicio de la ley o de terceras personas. El instante en que se desconoce la construcción ideal de la compañía, se puede penetrar a su esencia, para responsabilizar a las personas que la conforman, esto es a sus socios, administradores o fiscalizadores. En el caso concreto de que se persiga, mediante esta figura a los socios de la compañía, si éstos tienen responsabilidad limitada porque la norma así lo regula para determinadas sociedades, técnicamente no se debería afectar a la responsabilidad limitada de los mismos, ya que son instituciones que si bien mantienen una relación causal, son distintas, no obstante la doctrina general y ciertos cuerpos normativos conciben la idea de que la aplicación de la inoponibilidad necesariamente afectará la responsabilidad limitada de los socios, tema que estudiaremos a continuación, dentro del presente punto exclusivamente estamos tratando la responsabilidad de los socios, ya que solo ellos tienen responsabilidad limitada.

Así nos corresponde analizar la distinción existente entre la desestimación de la personalidad jurídica y la responsabilidad de los socios -limitada o ilimitada- y el nexo de causalidad existente entre el levantamiento del velo societario y la eliminación de la responsabilidad limitada de los socios -que preveía nuestra Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales y la doctrina-. Al respecto, como ya se revisó anteriormente, el autor Efraín Richard sostiene que “no debe confundirse la atribución de responsabilidad de los socios por las obligaciones de una sociedad, con la literalidad de la desestimación de la personalidad jurídica”¹³⁴, por otra parte el autor Trujillo manifiesta que “(...) en el derecho argentino, desestimar la personalidad jurídica implicaría apartar el principio de división patrimonial -personalidad jurídica- y no solamente la atribución de la responsabilidad limitada”¹³⁵, de lo citado debemos realizar un análisis íntegro. El primer

¹³⁴ (Richard, 2002).

¹³⁵ (Espinell, 2011).

autor sostiene que en estricto sentido y literalmente el levantamiento del velo societario y la responsabilidad de los socios son dos cuestiones completamente distintas, entendiéndose que la responsabilidad limitada o ilimitada de los socios se encuentra siempre presente, independientemente de que se llegue a dar o no la penetración a su personalidad jurídica, es decir que los socios, dependiendo del tipo de compañía que se trate, mantendrán siempre su responsabilidad limitada o ilimitada -dependiendo de la regulación de cada sociedad mercantil- a pesar de que no se de el levantamiento del velo societario, de esta forma la desestimación de la personalidad jurídica se dará solamente en los casos de abuso de personalidad jurídica, mientras que la responsabilidad de los socios se mantendrá independientemente de que exista abuso o no y de que se levante el velo societario o no. El segundo autor a manera de ejemplo establece que la independencia entre el levantamiento del velo societario y la responsabilidad social dependerá de la legislación que se trate, así por ejemplo, en el ordenamiento jurídico argentino, la desestimación de la personalidad jurídica involucraría inevitablemente la afección a la responsabilidad limitada de los socios.

De lo revisado podemos llegar a la siguiente conclusión: el levantamiento del velo societario es distinto e independiente de la responsabilidad de los socios, sin embargo, cuando nos referimos específicamente a la responsabilidad limitada de los socios, la eliminación de dicha limitación solo puede surgir como consecuencia de la aplicación del levantamiento del velo societario -relación causal-. Me permito aclarar la dificultosa situación mediante un ejemplo, resulta que la compañía A, tiene dos socios, que son X y Z; X y Z mantienen un cincuenta por ciento cada uno del capital de la compañía A. X y Z mantendrán su responsabilidad -sea limitada o ilimitada- en la compañía sin importar que se aplique o no el levantamiento del velo societario -de manera que el autor antes citado, Efraín Richard, tenía razón- ya que la responsabilidad social es distinta e

independiente de la aplicación del levantamiento del velo societario. Sin embargo de aquello, en el mismo ejemplo anterior, resulta que la compañía A es anónima, teniendo por lo tanto los accionistas X y Z responsabilidad limitada hasta el monto de sus aportes, por lo que para eliminar la responsabilidad limitada de X y Z, es decir para hacerlos responsables ilimitadamente, se requiere necesariamente que se levante el velo societario de la compañía A para así poder acceder a la responsabilidad absoluta de X y Z -teniendo razón el autor Trujillo al citar su ejemplo en la legislación argentina, pues es evidente la causalidad entre la desestimación de la personalidad jurídica y la eliminación de la responsabilidad limitada, causalidad que era adoptada por la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales-. Podemos así verificar que si bien es cierto, el levantamiento del velo societario no siempre implica una afección a la responsabilidad de los socios, doctrinariamente hablando, las dos instituciones tienen una íntima relación y en ocasiones la una -responsabilidad limitada de los socios que cambia a ser ilimitada- es consecuencia de la otra -levantamiento del velo societario-.

La responsabilidad social de la que hablamos, no es exclusivamente patrimonial o pecuniaria, es un error considerarlo de esa forma, pues puede tratarse de una responsabilidad completamente distinta, por ejemplo una responsabilidad simplemente moral de los socios respecto del proceder abusivo, tema que se revisará a continuación.

Un tema esencial a tratar profundamente es el siguiente: no siempre levantar el velo societario implica afectar a la responsabilidad social, tal como se explicó antes, por lo que surge una pregunta, si afirmo que desestimar la personalidad jurídica no tiene por objetivo exclusivamente hacer a sus socios, administradores o fiscalizadores responsables absolutos económicamente hablando, ¿qué otra finalidad puede tener limitar la personalidad jurídica societaria? Cuando hacemos mención a la responsabilidad limitada e ilimitada, nos referimos a una responsabilidad exclusivamente pecuniaria, económica,

de manera que aclarado esto, otro objetivo que puede perseguir el levantar el velo societario, puede ser determinar otra clase de responsabilidad de los miembros de la compañía, esto es por ejemplo la responsabilidad simplemente moral de cualquier miembro de la estructura socio-jurídica de la compañía, lo que conlleva a concluir que el levantamiento del velo societario no siempre afectará a la responsabilidad limitada de los socios, sino que puede perseguir alcanzar otras responsabilidades de carácter extra patrimonial. En cuanto a la responsabilidad meramente moral que mencionamos antes, un ejemplo idóneo sería el siguiente: resulta que un socio de una compañía resuelve en junta generar alguna clase de daño moral a una tercera persona, el daño en estricto sentido jurídico es ocasionado por la compañía, sin embargo, el afectado decide ejercer una acción civil de daño moral en contra de la compañía, pero además desea responsabilizar al socio que resolvió que la sociedad actúe así, por lo que simultáneamente decide levantar el velo de la compañía para ir directo en contra del socio que procedió fraudulentamente, no obstante, la pretensión del actor no es económica, sino simplemente medidas reparatorias como disculpas públicas, en este caso la finalidad del corrimiento del manto social es generar una responsabilidad meramente moral, más no pecuniaria.

De lo revisado, podemos concluir que si bien el levantamiento del velo societario y la afección a la responsabilidad limitada tienen un nexo causal -sin la primera no puede afectarse a la segunda-, son figuras distintas, y el objetivo de la primera no siempre será afectar a la responsabilidad limitada de los socios.

11.CAPÍTULO V.- ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DE DERECHOS LABORALES.

11.1. Análisis jurídico, alcance y efectos de la LODDL.

Así resulta necesario realizar una instrucción al estudio del último capítulo del presente trabajo. Como es de conocimiento, en el Ecuador, la Asamblea Nacional, luego de pasar todos los filtros necesarios -debates, veto presidencial- hizo entrar en vigencia en el año del 2012 a la polémica Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, cuyas siglas son LODDL. Tal es la actualidad y trascendencia en el país del tema que nos encontramos analizando, que el presidente Constitucional del Ecuador, Lenín Moreno Garcés, en base a su potestad de propuesta normativa consagrada en el artículo 140 de la Constitución, envió a la Asamblea Nacional, en fecha 24 de mayo de 2018, una propuesta de ley con el carácter de económica urgente denominada Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, cuyo artículo 46 establece "Elimínese el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales"¹³⁶, dentro de la cual consta una propuesta de revocatoria del artículo 1 de la LODDL, solicitud que ha sido analizada y recientemente aprobada por la Asamblea Nacional, de forma que en la actualidad en estricto sentido no se encuentra vigente el mentado artículo, sin embargo, aquello no menoscaba la importancia del presente trabajo, pues nuestra postura y proposición antes de la revocatoria a dicha disposición normativa y en la actualidad ha sido siempre no la de revocar el artículo 1 de la LODDL, pues esta sería la salida fácil, sino la de depurarlo y adecuarlo a las necesidades del país en armonía con la doctrina, la jurisprudencia y el sentido común, de manera que sirva como una tutela efectiva a los derechos de los trabajadores y a su vez no afecte al sector societario, consiguiendo así el balance adecuado en la sociedad que tanto se anhela. En razón de lo mencionado, nos corresponde analizar

¹³⁶ (Nacional, Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, 2018).

lo que establecía el artículo 1 de la LODDL antes de la revocatoria para, en virtud de ello, realizar las propuestas de reforma más no de revocatoria objeto del presente trabajo. A pesar de que en estricto sentido el objeto de nuestro trabajo radica esencialmente en el análisis y propuesta de reforma al artículo 1 de esta ley, será necesario analizar no solo el mentado artículo, sino los considerandos de la ley que motivaron a la Asamblea Nacional a la creación de la LODDL. Como introducción, la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales es una norma que dentro del esquema de la pirámide normativa de Kelsen, jerárquicamente ocupa un tercer puesto, pues se encuentra debajo de la Constitución de la República y de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que conforman el conocido bloque de constitucionalidad¹³⁷ y por debajo de los Tratados Internacionales en general, sin embargo, por delante de las Leyes Ordinarias, por lo tanto la LODDL en un caso de antinomia, tendrá preferencia de aplicación en la mayor parte de casos en razón del principio de jerarquía para resolución de antinomias.

En primer lugar, desde el nombre mismo de la ley, debemos entender que esta tiene por objeto la protección de los derechos de los trabajadores, concretamente el derecho al trabajo y a la recepción de utilidades, por ello resulta hasta ridículo el hecho de que la norma otorgue la facultad de levantar el velo societario y afectar la responsabilidad limitada de los socios a cualquier entidad pública con jurisdicción coactiva, cuando debería hacerlo únicamente al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y al Servicio de Rentas Internas -ya que esas instituciones son las que velan directamente por los derechos de los trabajadores-, tal como me referiré con posterioridad, esto más allá de los contundentes errores conceptuales y prácticos que presenta la norma, tema que ya se mencionará. Iniciaremos así con el análisis de sus considerandos. Los considerandos de

¹³⁷ El bloque de constitucionalidad no es más que una figura en virtud de la cual, jerárquicamente, tanto la Constitución como norma suprema, como los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos gozan de la misma calidad jerárquica.

una norma, no son más que las razones en las cuales se justifica la creación y entrada en vigencia de un cuerpo normativo, se trata de los cimientos en los cuales descansa la "ratio legis", que no es más que la razón de ser de la ley, por ello es menester radicarnos en el análisis de los considerandos de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales. Técnicamente, los considerandos de una norma deben necesariamente tener congruencia con la estructura normativa a la que se refieren, por lo mismo me enfocaré en resaltar la incongruencia existente entre los considerandos y el desarrollo normativo de la LODDL, cuestión que vulnera la ratio legis de la norma objeto del presente estudio. La LODDL recoge como considerandos a ciertas normas constitucionales cuya referencia general es pertinente para nuestro análisis, entre otras el artículo 34 que establece el derecho a la seguridad social, el artículo 37 que prevé el derecho de jubilación de las personas adultas mayores y que el sistema de seguridad social no puede privatizarse, el artículo 285 que determina la redistribución de la riqueza y la estimulación al empleo, el artículo 33 que establece el derecho al trabajo¹³⁸. Por otra parte se cita otro cuerpo normativo como lo es el Código del Trabajo, específicamente el artículo 104 que regula que la determinación de las utilidades anuales de los trabajadores de empresas se tomarán en base a la declaración del impuesto a la renta que estas realicen, el artículo 107 que a su vez determina la imposición de sanciones por el incumplimiento del pago de utilidades, el artículo 103 que prevé la posibilidad de considerar a las compañías vinculadas como una sola¹³⁹, no obstante de lo citado, el considerando menciona que a pesar de estas regulaciones, no se ha podido evitar el incumplimiento de la obligación de repartir utilidades a trabajadores por la existencia de testaferros; que además los empleadores tienden a incumplir las obligaciones tributarias y que por lo mismo se perjudica la

¹³⁸ (Constituyente, 2008).

¹³⁹ (Nacional, Código del Trabajo, 2012).

determinación de las utilidades de los trabajadores, que el IESS no tiene capacidad para recaudar los valores pendientes de pago ya que en ciertos casos los empleadores tienden a ocultar sus bienes e ingresos para incumplir con el pago de utilidades, que hay casos en que aún cuando los trabajadores obtienen resoluciones favorables no pueden ejecutar adecuadamente tales resoluciones para cobrar lo que se les adeuda. Que en este ámbito por expresa delegación de la ley laboral, se necesita la colaboración de la entidad recaudadora de tributos para conocer la base sobre la cual los trabajadores podrán reclamar sus utilidades, que es necesario crear mecanismos a través de los cuales el Estado puede hacer efectiva la responsabilidad de los empleadores, que superen las medidas tomadas por ellos para evadir sus responsabilidades¹⁴⁰, de lo referido se desprende claramente la circunstancia de que, los considerandos citados relacionados a nuestro trabajo, sostienen que la justificación o ratio legis de la LODDL es básicamente tutelar el derecho al trabajo y el derecho de los trabajadores a recibir utilidades anuales. Sin embargo, resulta completamente ilógico y carente de sentido que el artículo 1 de la LODDL, que se justifica en los considerandos analizados, se refiera a que las entidades públicas con jurisdicción coactiva en general tienen la facultad de cobrar sus acreencias, y que en el caso de personas jurídicas utilizadas para defraudar, se podrá llegar hasta el último nivel de su propiedad, que recaerá sobre personas naturales quienes responderán con todo su patrimonio, es decir, esta disposición otorga la facultad de levantar el velo societario y eliminar la responsabilidad limitada de los socios a todas las instituciones con jurisdicción coactiva, cuestión que es absolutamente innecesaria e impertinente, pues, si de acuerdo a sus considerandos la finalidad de esta ley es velar por el derecho a las utilidades de los trabajadores, únicamente debería concederse esa facultad a dos instituciones con jurisdicción coactiva, esto es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad

¹⁴⁰ (Nacional, Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012).

Social -IESS- y el Servicio de Rentas Internas -SRI-, al IESS debido a que es la entidad competente en el tema laboral y al SRI en razón de la necesidad del cruce de información con el IESS debido a que las declaraciones de impuesto a la renta de las empresas - facultad del SRI- son la base para el pago de utilidades a los trabajadores -competencia del IESS-. Así la facultad que otorga el artículo 1 de la LODDL genera la siguiente consecuencia: toda institución con jurisdicción coactiva puede desestimar la personalidad jurídica societaria y destruir la responsabilidad limitada de los socios, me permito explicar con dos ejemplos: el primero, resulta que una compañía decide pagar menos utilidades a sus trabajadores de lo que debería, por ello resuelve presentar declaraciones de impuesto a la renta con valores no verdaderos, que afectan directamente a las utilidades de los trabajadores, de verificarse aquello, tanto el IESS como el SRI en base a su jurisdicción coactiva dotada por la ley, y en base a la facultad que les otorgaba el artículo 1 de la LODDL, pueden verificar el abuso de la personalidad jurídica de la compañía y resolver levantar el velo societario de la misma y hacer absoluta la responsabilidad de los socios si estos actuaron fraudulentamente, lo cual si bien no es correcto por la mala interpretación doctrinaria que fue traída por el legislador a esta ley, tema al que ya me referiré, en todo caso sería más congruente con los considerandos de la ley, pues se trata de tutelar exclusivamente el derecho al trabajo y a las utilidades de los trabajadores. El segundo, resulta que una compañía no paga al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales -SENADI- un valor correspondiente al registro de un derecho de propiedad intelectual o no paga a la Dirección Financiera Municipal de Cuenca un valor por concepto de impuesto a la patente municipal, ambas instituciones tienen jurisdicción coactiva, por lo que si determinan que la compañía ha procedido fraudulentamente, para cobrar sus acreencias y en amparo del artículo 1 de la LODDL, sencillamente pueden penetrar a la personalidad jurídica de la sociedad mercantil y eliminar la responsabilidad

limitada de sus socios haciéndolos responsables con todo su patrimonio; este segundo caso evidencia una completa incongruencia entre los considerandos de la ley y su estructura normativa misma, pues se ha empleado esa facultad pero no con la finalidad de tutelar el derecho de las personas al trabajo o de los trabajadores a las utilidades, generado por una norma completamente mal redactada cuyas consecuencias son gravísimas, pues atenta a la seguridad jurídica, a la lógica jurídica y al derecho societario, consecuentemente afecta al derecho al trabajo y a las utilidades cuya protección es objeto de la misma LODDL.

Una vez revisados los considerandos, es momento de remitirnos a la estructura normativa misma de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, más concretamente su artículo 1. El artículo 1 del mentado cuerpo normativo expresamente manifestaba lo siguiente: "Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no solo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar -abuso de la personalidad jurídica-, se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador. Se exceptúa de lo previsto en este inciso a los accionistas que posean menos del 6% del capital accionario de las sociedades anónimas inscritas en el Catastro Público del Mercado de Valores, siempre que hubieren adquirido estas acciones a través de las Bolsas de Valores, o a través de herencias, donaciones o legados, y siempre y cuando no hubieren participado en la administración de la sociedad anónima. Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán, motivadamente,

ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros existan indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos, lo cual deberá constar en el proceso y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación. Igual atribución tendrán las autoridades de trabajo o los jueces del trabajo para ejecutar las sentencias dictadas dentro de los conflictos colectivos o individuales de trabajo, en su orden.¹⁴¹, de la norma citada debemos realizar un análisis íntegro respecto de los temas relacionados con el presente trabajo para lo cual dividiremos su estudio en seis puntos:

A. Instituciones con jurisdicción coactiva: En primer lugar debemos partir de lo que se debe entender por jurisdicción coactiva, en términos simples, la jurisdicción coactiva no es más que una potestad que únicamente puede ser otorgada por la Constitución, la Ley o normas jerárquicamente inferiores -como por ejemplo ordenanzas, en la doctrina moderna existe discusión sobre si la jurisdicción coactiva puede nacer o no de una norma jerárquicamente inferior a la ley- a entidades del sector público, facultad que implica que la entidad que la tiene, en el caso de que se mantengan deudas frente a la misma, puede iniciar un proceso en el que una autoridad perteneciente a la misma entidad pública que inició el mentado proceso coactivo, se convierte en juez que resolverá el conflicto, no obstante, procesalmente hablando, el juicio coactivo no se trata de un proceso de conocimiento en el que se debate o discute la existencia o no de un derecho, sino se trata de un proceso meramente de ejecución. En estricto sentido y según el *Léxico Jurídico Tributario* la coactiva es "Lo que tiene fuerza física o moral para obligar al cumplimiento de algo"¹⁴², a su vez la misma obra establece que la acción coactiva es "La potestad de ciertas instituciones públicas para utilizar mecanismos

¹⁴¹ (Nacional, Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012).

¹⁴² (Patiño, 1996).

de presión o apremio para hacer efectivo el pago de las obligaciones que se mantienen a su favor, se aplica a través de un procedimiento que es exclusivamente administrativo (...)”¹⁴³, de esta forma podemos verificar que básicamente la coactiva no es más que una acción de presión o fuerza para exigir el pago de una deuda. Gran cantidad de instituciones públicas tienen jurisdicción coactiva, entre ellas el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el Servicio de Rentas internas, el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, los Gobiernos Autónomos Descentralizados a lo largo del país, las Direcciones Financieras, inclusive instituciones públicas más pequeñas como por ejemplo la Unidad de Gestión Animal -UGA- o la Guardia Ciudadana -éstos dos últimos ejemplos son entidades creadas por ordenanza municipal en el cantón Cuenca-, no obstante, la LODDL establecía claramente que “las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva” -lo subrayado me corresponde- de esto se pueden inferir dos cuestiones, la primera, esta facultad -desestimar la personalidad jurídica y hacer absoluta la eliminación de la responsabilidad limitada- la tienen únicamente las instituciones cuya facultad coactiva surge exclusivamente de la ley, y la segunda, dicha prerrogativa la tienen todas las entidades estatales que tengan jurisdicción coactiva dotada en razón de cualquier norma -Constitución, ley o normas en general-; ambas posiciones podrían resultar completamente válidas y son, sin embargo, diametralmente distintas, pues la primera abarca un marco restringido de posibilidades -solo en virtud de ley- y la segunda una más amplia gama de posibilidades -cualquier norma-. Para tratar de dar una debida solución al conflicto planteado, debemos recurrir a la aplicación de lo que prescriben las reglas generales de interpretación de la ley, que se encuentran más concretamente

¹⁴³ (Patiño, 1996).

previstas en el Código Civil en su artículo 18, aplicando así el numeral 1 -primera regla de interpretación- debemos realizar, cuando el sentido de la ley es clara - como lo es para mí en el presente caso-, una interpretación gramatical, es decir remitirnos a lo que taxativamente significan cada una de las palabras de la ley, lo que conllevaría a que debemos quedarnos con la primera proposición -dicha potestad la tienen solo las instituciones con jurisdicción coactiva otorgada por la ley-, no obstante de lo argumentado, resulta que la primera regla de interpretación del mentado artículo 18 a su vez en su segundo inciso prevé que, cuando la expresión legal es oscura, se debe realizar una interpretación histórica y lógica, es decir recurrir al espíritu mismo de la ley, a la intención del legislador y al contexto histórico en que entró en vigencia dicha ley, en este caso, de aplicar esta interpretación deberíamos aceptar la segunda posibilidad, es decir allanarnos a la circunstancia de que cualquier ente con potestad coactiva otorgada por cualquier norma tiene la facultad de ejercer subsidiariamente su acción para cobrar sus acreencias y levantar así el velo societario de las compañías; la realidad es que, en razón de la mala redacción técnica de la LODDL, se podrían generar esta clase de conflictos que en realidad pueden ser muy bien argumentados desde cualquiera de las dos posiciones, incrementando la inseguridad jurídica y concediendo discrecionalidad en su aplicación, aparentemente este inconveniente señalado podría considerarse que carece de relevancia, no obstante, resulta completamente trascendente, pues de aplicar el primer criterio, dicha facultad la ejercerían pocas instituciones públicas, mientras que de acatar la segunda posición, la podrían emplear varias instituciones públicas, entre ellas instituciones dotadas de jurisdicción coactiva a través de una ordenanza, sin embargo, mi posición es que

debe tratarse de instituciones públicas cuya prerrogativa coactiva surge exclusivamente en virtud de la ley.

Así, continuando con la revisión normativa respecto de la desestimación de la personalidad jurídica y responsabilidad de los socios, la ley nos pone frente a un primer problema, pues dota de la facultad de levantar el velo societario de las compañías y afectar a la responsabilidad limitada, a todas las instituciones con jurisdicción coactiva, tema que ya se revisó y se comentó que es absolutamente innecesario, incorrecto e incongruente, puesto que se debería restringir dicha prerrogativa al IESS y al SRI, sin embargo, de presentarse una solución a este inconveniente, no se solucionarían los demás gravísimos defectos que ostenta la normativa; un segundo problema, que subsistiría aún así se corrija el primero, es que la norma trae graves errores conceptuales y prácticos en cuanto a la facultad de desestimar la personalidad jurídica societaria, pues otorga aquella potestad a instituciones con jurisdicción coactiva, es decir la misma administración pública en sede administrativa -coactiva- es la que limitará la personalidad jurídica societaria y como consecuencia afectará a la responsabilidad limitada de los socios en un proceso manejado por esa misma administración pública. Como ya se estudió, la propia doctrina del levantamiento del velo societario establece que dicha institución es un remedio que puede ser aplicado exclusivamente por una autoridad jurisdiccional, es decir un juez, más no por una autoridad administrativa, es más, la propia Ley de Compañías determina que la acción de inoponibilidad de personalidad jurídica solo se puede presentar ante un Juez, por ello debe entenderse que la posibilidad de penetrar a una compañía se debe dar en base a la resolución positiva de un juez, pues se trata de una competencia privativa y excluyente del órgano jurisdiccional. La LODDL al otorgar esa facultad a las

instituciones públicas a través de su jurisdicción coactiva, lo que hace es que resuelva correr el velo una autoridad administrativa en sede administrativa, inclusive ello implica que la resolución que esa autoridad adopte no será imparcial, como sí lo sería si fuese una facultad propia de un juez. Lo que la norma hace es flexibilizar demasiado la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica de las compañías, ya que en este caso ni siquiera sería necesario interponer la acción de inoponibilidad o deducirla a través de una pretensión en un juicio de colusión, sino que basta que así lo determine la entidad pública correspondiente, lo que obviamente atenta aún más al principio de seguridad jurídica y al derecho societario. De esta manera podemos concluir que un proceso coactivo en realidad es resuelto en sede administrativa, más no en jurisdiccional, ya que, según la Constitución y la ley, la jurisdicción es exclusiva de los jueces, esto lo afirmo amparado en lo que prescribe el artículo 178 de la Constitución que establece que “Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes: 1. La Corte Nacional de Justicia. 2. Las cortes provinciales de justicia. 3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley. 4. Los juzgados de paz. (...)”¹⁴⁴ y el artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial que reza que “La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia.”¹⁴⁵, si bien la Constitución expresamente establece que “los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos

¹⁴⁴ (Constituyente, 2008).

¹⁴⁵ (Nacional, Código Orgánico de la Función Judicial, 2015).

en la Constitución” dando la posibilidad de considerar a las entidades con jurisdicción coactiva como entes dotados de jurisdicción, aquello no es cierto, pues la norma suprema en ningún lugar establece que dichos entes están en estricto sentido dotados de jurisdicción.

B. Acción subsidiaria: Resulta imperioso analizar la acción subsidiaria a la que se refería la ley, pues a pesar de que aparentemente este tema no tiene relación con el objeto esencial del presente trabajo, esto es el levantamiento del velo societario y la responsabilidad social, la realidad es que se trata de la base misma de aquella institución y su eventual consecuencia. A lo que me refiero es que normalmente para cobrar una acreencia, el acreedor ejerce la acción de cobro directamente en contra del obligado principal o solidario, sin embargo, cuando existe un deudor subsidiario y ya se supera el beneficio de orden, división y excusión¹⁴⁶, el acreedor puede ir en contra del obligado subsidiario -si este existe dependiendo de la naturaleza de la obligación-, que no es más que una persona que, sin ser el obligado principal, es decir, sin ser el que se benefició directamente de la deuda y sin haber pactado la solidaridad -obligación in solidum-, aceptó ser también un deudor pero subsidiariamente, es decir dotado del beneficio de orden, división y excusión. De esta forma es que de la acción subsidiaria, en el ámbito del objeto

¹⁴⁶ Se trata de una serie de beneficios que la ley otorga al deudor subsidiario, estos beneficios son tres: el de orden, el de división y el de excusión. En cuanto al de orden, el mismo consiste en que si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación al deudor subsidiario, este podrá excepcionarse alegando el beneficio de orden, es decir el acreedor deberá primero intentar obtener el cumplimiento de la obligación por parte del deudor principal o solidario en el caso que exista y luego acudir al obligado subsidiario. El segundo beneficio es el de división, que opera cuando existen dos o más fiadores o deudores subsidiarios, en el que uno de ellos puede solicitar al acreedor que la deuda se reparta en parte iguales entre los deudores subsidiarios y por último tenemos el beneficio de excusión, que no es más que la facultad del deudor subsidiario de exigir al acreedor que persiga primero a los bienes y garantías reales presentadas por el deudor principal o solidario.

de nuestro trabajo, el acreedor puede luego de intentar su acción en contra el obligado principal -compañía-, intentarla subsidiariamente en contra del obligado subsidiario -miembros de la compañía, es decir socios, administradores o fiscalizadores- mediante la figura del levantamiento del velo societario, lo que conlleva como una posible consecuencia, según la doctrina, y necesaria según lo que establecía la LODDL, a una afectación a la responsabilidad limitada. En este punto resulta menester aclarar que la acción de inoponibilidad de personalidad jurídica únicamente puede ser deducida por el acreedor o por la persona afectada -entidad pública con jurisdicción coactiva en el caso concreto de la LODDL- por el acto abusivo de la persona jurídica cuando dicha entidad ya ha intentado con anterioridad reclamar los valores adeudados a la compañía -obligación pecuniaria-, y esta no ha tenido los activos suficientes para cubrir la totalidad de los valores adeudados, es decir, las entidades estatales con jurisdicción coactiva podían hacer uso de la prerrogativa que la LODDL les confería después de haber intentado la acción correspondiente en contra del obligado principal -compañía-. Es esencial determinar que no es que los miembros de la compañía son deudores subsidiarios de la sociedad mercantil, sino que se convierten en tales cuando la compañía ha sido utilizada fraudulentamente y no tiene activos suficientes para cubrir sus obligaciones, y por ello, se intenta levantar su velo societario. Además es importante anotar que la LODDL se refería exclusivamente a la posibilidad de levantar el velo societario para alcanzar una responsabilidad económica de sus miembros, trayendo de esta forma dicha elaboración legislativa concepciones erradas de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica societaria, pues como ya nos referimos antes, el objeto mismo de la penetración a la personalidad de una sociedad no es exclusivamente ocasionar la responsabilidad

patrimonial de los miembros de la misma, sino generar también otras clases de responsabilidad tal como la meramente moral, ello evidencia el error normativo que acarrea la LODDL, pues a los trabajadores no les interesa solamente cuestiones de carácter económico, sino temas relacionados con su moral, honor, buen nombre, entre otros.

Retornando al punto principal del presente tema, la LODDL establecía contundentemente que la acción subsidiaria que puede ejercer la entidad para el cobro de sus acreencias, la puede deducir inclusive en contra de los herederos del causante, salvo que estos hayan aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el derecho sucesorio, el beneficio de inventario no es más que una institución cuyo objeto es otorgar un beneficio al heredero para hacer más atractiva la aceptación de la sucesión que le corresponde. Nuestro sistema jurídico considera que el momento en que una persona acepta la herencia del de cuius, el heredero le sucede al causante no solamente en sus activos, sino en su patrimonio como tal ya que es un sucesor a título universal, es decir tomando en consideración a sus activos y pasivos, en razón de ello, si el heredero no aceptó la herencia con dicho beneficio y el patrimonio del causante tiene más pasivos que activos, el heredero deberá responder por las deudas hereditarias con su patrimonio propio, por ello el beneficio de inventario más concretamente se trata de una figura en virtud de la cual se acaba con la confusión de patrimonios que genera la aceptación de una herencia, y en razón de ella, el heredero, en el caso de que la herencia tenga más pasivos que activos, no tendrá que responder con su patrimonio propio por las deudas del causante. Me he referido a este tema por lo siguiente, si la propia LODDL aceptaba esta circunstancia, ¿por qué no lo hacía en el caso de las personas jurídicas que también tienen el beneficio de separación de patrimonios?,

me permito aclarar la interrogante con un par de ejemplos: resulta que A tenía en su patrimonio más pasivos que activos y entre los pasivos varias deudas por fraude con el IESS -institución con jurisdicción coactiva-, resulta que A fallece y deja como herencia su patrimonio en beneficio de su hijo B. B acepta la herencia con beneficio de inventario, por ello se separan los patrimonios del causante -A- y del heredero -B-, consecuentemente el acreedor de A -IESS- no podrá cobrar su acreencia ejerciendo una acción en contra del patrimonio propio de B, todo esto por el beneficio de inventario que en términos simples no es más que un beneficio por la separación de patrimonios. Frente a este caso, tenemos uno similar en materia societaria, resulta que la compañía X tiene dos socios que son A y B, como sabemos X es una sociedad mercantil que es independiente de sus socios y que tiene como característica la separación de patrimonios. Fraudulentamente A y B resuelven que la compañía adeude valores al IESS, sin embargo, el IESS tranquilamente puede ejercer su acción en contra de la compañía X, si dicha sociedad no tiene activos suficientes, el IESS ejercerá su acción subsidiariamente en contra de los socios de X mediante el levantamiento del velo societario y los responsabilizará por sus obligaciones a pesar de que existe la independencia de patrimonios, similar a la del beneficio de inventario del ejemplo anterior. En resumen, en el caso de la sucesión mortis causa, la LODDL aceptaba que no se puede ejercer la acción subsidiariamente en contra del heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario porque se genera una separación de patrimonios, sin embargo, en el caso de las compañías, en las que también opera la separación de patrimonios, el ente afectado si puede ejercer su acción subsidiariamente en contra de los miembros de la misma. La respuesta a la interrogante planteada podría ser que en el primer caso -sucesión mortis causa-, a

pesar de que el causante fraudulentamente dejó deudas a favor del IESS, su heredero no fue quien actuó fraudulentamente y el mismo aceptó la herencia con beneficio de inventario, no obstante, en el segundo caso -levantamiento del manto social- los socios de la compañía fueron en realidad quienes actuaron fraudulentamente, por ello son responsables de la actuación fraudulenta y a responsabilidad los alcanzará.

C. Personas Jurídicas utilizadas para defraudar: La LODDL prescribía claramente que en el caso de que las personas jurídicas se utilicen para defraudar, se podrá penetrar a su personalidad jurídica para llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaía siempre sobre personas físicas. El tema en este punto es que la mentada ley, se refería a los casos en que se podía dar el levantamiento del velo societario, concretamente estableciendo que se podía dar en los casos en que las mismas sean utilizadas para defraudar, lo que nos lleva a analizar la figura del fraude. El fraude puede tener muchas connotaciones, como ya nos referimos con anterioridad, por fraude puede entenderse a la actuación engañosa, que busca motivar a una persona a realizar un acto que no corresponde con la realidad, para así obtener un beneficio injusto; jurídicamente el fraude se da cuando "hay un elemento malicioso de engaño dirigido a un aprovechamiento injusto"¹⁴⁷. El problema es que la LODDL se refería al fraude de forma genérica por ello al haber establecido esa cláusula legal general, abría una amplia gama de posibilidades en las cuales una institución estatal con jurisdicción coactiva podía levantar el velo societario de una compañía para responsabilizar a sus miembros, pues podía tratarse de un fraude civil, penal, laboral, tributario, en fin, podía tratarse de cualquier fraude dependiendo de la materia del derecho que se trate. Debido a la generalidad empleada por el cuerpo

¹⁴⁷ (OMEBA, 1998).

normativo que estamos estudiando, se podían generar problemas aún más complejos como por ejemplo la tenue distinción entre el fraude civil y el fraude penal, además que si se trata de un fraude penal, en mí opinión se vulneraría un principio constitucional que es el del estado de inocencia, temas a los que me referiré a continuación.

En primer lugar tenemos el problema de distinción entre el fraude civil y el penal, refiriéndonos en el fraude civil concretamente al fraude para aprovecharse de la realización de un contrato o negocio jurídico en general. En estricto sentido, esta confusión entre el fraude civil y penal se da cuando nos referimos, penalmente hablando, a uno de los géneros del fraude penal que es la estafa. Tal como lo establece el profesor Edgardo Donna "el autor de la estafa se vale de la contratación para perpetrar el engaño, de modo que simula un propósito de contratar cuando realmente solo quiere aprovecharse del cumplimiento de la contraparte, recibiendo la contraprestación pactada, pero sin intención de cumplir la suya"¹⁴⁸, por ello resulta esencial diferenciar el posible delito de estafa -fraude- del mero incumplimiento contractual. La doctrina general considera que para que se trate de un delito de estafa, es necesaria la presencia de un engaño fraudulento inicial en la contratación, es decir el autor "realiza el contrato como instrumento del delito, con la intención de defraudar a su contraparte"¹⁴⁹, en conclusión, la tenue pero trascendente diferencia entre el fraude civil -incumplimiento contractual- y el fraude penal -estafa-, radica en que, en el primero, no existe inicialmente la intención de incumplimiento contractual para obtener un beneficio propio o para una tercera persona, sino que el incumplimiento se da con

¹⁴⁸ (Donna, 2002).

¹⁴⁹ (Donna, 2002).

posterioridad al inicio de la contratación por diversas razones, generando como consecuencia una posible acción de carácter civil; por otra parte en el segundo, la intención de incumplimiento contractual se da desde el inicio mismo de la contratación, en el que la parte incumplida pretende desde el inicio "engañar" a la contraparte alegando que sí cumplirá, pero en realidad su intención siempre fue la de incumplir y de este modo beneficiarse del cumplimiento de la contraparte.

Si bien es cierto este problema de distinción jurídica siempre se da, no era correcto el hecho de que la LODDL en su artículo 1 haya establecido de manera genérica el término defraudación, pues trae, además de esta eventual confusión, las demás consecuencias a las que nos hemos referido y nos referiremos con posterioridad. En segundo lugar nos corresponde revisar el fraude penal como tal y sus eventuales consecuencias jurídicas como lo es la posible vulneración al estado de inocencia de las personas. Penalmente, el fraude no es más que una institución genérica de la cual surgen dos especies, que son los tipos penales de la estafa y del abuso de confianza, de esta forma el fraude según el profesor Edgardo Donna "no es más que cualquier lesión patrimonial producida a través de una defraudación"¹⁵⁰. En el derecho penal, cualquier tipo de fraude debe estar necesariamente vinculado con un elemento común que es el ardid o engaño que no es más que la falsedad o falta de verdad en lo que se dice o se hace, según Donna el ardid no es más "que la simulación capaz de inducir a error a una o varias personas"¹⁵¹. Entendido así al fraude penalmente hablando, podemos llegar a la siguiente conclusión: si la LODDL establecía que una institución pública con jurisdicción coactiva, para poder hacer uso de la prerrogativa que le otorga dicho

¹⁵⁰ (Donna, 2002).

¹⁵¹ (Donna, 2002).

cuerpo normativo -ejercer su acción subsidiariamente, levantar el velo societario y hacer absoluta la responsabilidad de sus miembros-, debe verificar que la persona jurídica haya actuado fraudulentamente, y en el caso concreto se trata de un fraude de carácter penal y la entidad estatal procede a ejercer la prerrogativa que le otorga la LODDL, dicha ley estaría en ese caso concreto, otorgando a las instituciones estatales con jurisdicción coactiva una facultad que implica que, sin que exista una sentencia condenatoria de una autoridad jurisdiccional competente en la materia, se resuelva que una persona jurídica actuó con fraude, me permito explicar el tema con un ejemplo: como sabemos, la Constitución establece el principio de estado de inocencia en virtud del cual toda persona es inocente hasta que no se pruebe lo contrario, resulta así que la compañía A tiene dos socios, aparentemente la sociedad mercantil actuó fraudulentamente desde una perspectiva penal, cometiendo un delito de estafa, abuso de confianza -en el evento de que el COIP acepte la existencia de responsabilidad penal de personas jurídicas para esos dos delitos- o simplemente algún delito en contra de los trabajadores -retención de los valores al IESS-, sin embargo, en realidad dicha sociedad no ha cometido ningún delito, pues toda persona cualquiera sea su clase, es inocente mientras no se pruebe lo contrario, pero a pesar de la existencia de este principio, el IESS resuelve aplicar la facultad referida de la LODDL y determina que efectivamente la compañía A actuó fraudulentamente -en cualquiera de dichas infracciones penales- y resuelve ejercer su acción subsidiariamente o levantar el velo de dicha compañía y responsabilizar a sus miembros, en este caso concreto el IESS determinó que existió un fraude penal sin que el mismo sea debidamente probado en juicio y declarado como tal por un juez penal, por lo tanto se vulneró el principio de estado de inocencia de las

personas que consagra nuestra Constitución, si bien en este caso la decisión del IESS en estricto sentido no traería consecuencias penales directas, si ejercería sus facultades argumentando la existencia de fraude, por lo tanto de alguna manera si se vulneraría, en mi opinión, dicho principio.

Si bien es cierto el Código Orgánico Integral Penal no prevé la posibilidad de responsabilidad penal de personas jurídicas en el caso de los delitos de estafa y abuso de confianza -fraude penal- siendo esto un error absoluto del legislador, lo cierto desde mi perspectiva es que si bien la misma legislación penal reconoce expresamente la responsabilidad penal de personas jurídicas para otros delitos, debería hacerlo también concretamente para la estafa y abuso de confianza, debido a que en muchas ocasiones las personas jurídicas mismas pueden cometer estos delitos, por ejemplo una fiduciaria -persona jurídica- en un fideicomiso mercantil puede utilizar los fondos del mismo en su beneficio de manera inadecuada configurándose un delito de abuso de confianza, o una compañía que se dedica a emitir boletos para eventos de concurrencia masiva imprime más boletos de la capacidad del foro en el que se llevará a cabo para su propio beneficio, cometiendo el delito de estafa, por lo que tranquilamente podría generarse un acto fraudulento por parte de una persona jurídica en materia estrictamente penal.

D. Respuesta con todo el patrimonio: Una vez reconocida la facultad para levantar el velo de las personas jurídicas que poseen las instituciones estatales con jurisdicción coactiva, la LODDL establecía que los individuos que conforman a las personas jurídicas y actuaron abusivamente a través de ellas, deben responder con todo su patrimonio, sin especificar nada más. Si bien es cierto la ley era acertada en cuanto a que se levantaba el velo societario con la finalidad de responsabilizar a cualquiera de los miembros de la compañía que haya actuado

fraudulentamente y no solo a los socios, no es menos cierto que dicho cuerpo normativo cometía un gran error al consagrar la imperativa eliminación del beneficio de la responsabilidad limitada de los socios como consecuencia de corrimiento del manto social; si bien en estricto sentido la LODDL no lo establecía de manera literal a la que me referí, aquella consecuencia se la podía inferir del texto mismo de la ley que determinaba expresamente "quienes responderán con todo su patrimonio". Aquello, como ya se revisó, no fue solo una mala adecuación de la doctrina del levantamiento del velo societario en la ley por parte del legislador, sino que es un error conceptual propio de la doctrina del levantamiento del velo societario; lo que la propia norma debe realizar es corregir dicha falencia, pues como ya se comentó, la personalidad jurídica y la responsabilidad de los socios son dos instituciones, si bien esenciales de las compañías y la una consecuencia de la otra, distintas. De esta manera la penetración a la personalidad jurídica no tiene como consecuencia obligatoria la afección a la responsabilidad limitada por las siguientes razones: 1. La desestimación de la personalidad jurídica no busca exclusivamente la generación de responsabilidad pecuniaria de los miembros de la compañía, pues puede tratarse de una responsabilidad netamente moral, 2. Dicha doctrina no es exclusivamente para perseguir a los socios de la compañía que son lo únicos que pueden tener el beneficio de la responsabilidad limitada, sino para perseguir a cualquier miembro de la misma, como administradores o fiscalizadores.

No obstante de lo referido, el texto literal de la LODDL, en mi consideración, no solo afectaba a la responsabilidad limitada de los socios de forma automática, sino que, en el evento de que los mismos hayan actuado abusivamente, dicho texto legal eliminaba de forma absoluta a la responsabilidad limitada sin considerar

ciertos matices específicos -tales como quienes fueron los que actuaron abusivamente-, pues hacía que los socios respondan por toda la deuda con todo su patrimonio, sin excluir de esa consecuencia a aquellos socios no responsables, tema que es completamente grave, ya que se bien en estos casos es menester responsabilizar a los socios si estos actuaron abusivamente a través de la compañía, no se debe hacer absoluta su responsabilidad sin determinar primero quienes intervinieron en el proceder abusivo. Así lo que propongo es que la responsabilidad se atempere con la de los demás socios o miembros de la compañía que hayan actuado de dicha manera mediante una acción de repetición y que se verifique que socios o miembros de la sociedad actuaron abusivamente. Al respecto haré una propuesta más concreta en breve.

E. Medidas precautelares: La LODDL hacía clara referencia a las conocidas medidas precautelares. Las medidas precautelares se conocen también con el nombre de providencias preventivas o más comúnmente de medidas cautelares, éstas medidas tienen por objeto básicamente velar por la conservación de la cosa, el cumplimiento de la obligación sobre la que se litiga o se va a litigar o simplemente asegurar el cumplimiento de la resolución de la autoridad competente. Dicho esto, en principio no me opongo a la facultad de solicitar medidas cautelares por parte de las instituciones con jurisdicción coactiva para asegurar la protección de los derechos de los trabajadores -siempre que se corrijan los problemas normativos referidos en los puntos anteriores-, siempre y cuando estas medidas se impongan por un juez, es decir sean solicitadas por las instituciones estatales correspondientes pero sean admitidas o inadmitidas por una autoridad jurisdiccional, además siempre que se las interponga bien sea en contra de los bienes propios de la sociedad mercantil o de los miembros de la misma que hayan

actuado fraudulentamente, es decir, de aquellas personas a las que se les pretende responsabilizar por haber actuado abusivamente a través de la compañía. El problema en que incurría nuevamente la LODDL es que la ley claramente establecía lo siguiente "(...). Así mismo, podrán, motivadamente ordenarse en contra de bienes que estando a nombre de terceros existan indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos (...) siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación."¹⁵², del texto citado podemos concluir que el juez de la coactiva -proceso administrativo- que no es imparcial, tenía la facultad no solo de pedir, sino de conceder las medidas cautelares, y no solo en contra de los bienes de la compañía o de sus miembros responsables, sino de los bienes que se encuentren a nombre de terceras personas; a pesar de que la norma prescribía que se deberá conceder la medida precautelar motivadamente y en este caso, siempre que públicamente se conozca que dichos bienes pertenecen a los miembros de la compañía que actuaron fraudulentamente, aquello no atenuaba el trascendente equívoco en que incurría la norma, pues en este caso concreto, lo que debería hacerse es interponer una acción paulinia o aplicar más propiamente la facultad que concede el artículo 17 numeral 3 de la Ley de Compañías, y una vez restituido el bien, interponer la medida cautelar sobre el mismo, pero ya encontrándose en manos del miembro de la compañía que actuó abusivamente. Me permito explicar el problema con un ejemplo: Resulta que la compañía A tiene dos socios, uno de ellos actuó fraudulentamente a través de la sociedad mercantil referida, por lo que transfiere sus bienes a Z que es una tercera persona para que eventualmente no se le cobre a él. La institución pública afectada -IESS- en uso de la facultad que le concedía el artículo 1 de la LODDL, desestima

¹⁵² (Nacional, Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012).

la personalidad jurídica de la compañía A, verifica que uno de los socios de la misma fue el que actuó abusivamente y lo responsabiliza, sin embargo el mismo carece de bienes para enfrentar la obligación, por lo que interpone una medida cautelar en contra de los bienes de Z. En mi opinión, esto no debería de suceder, pues para interponer una medida cautelar en contra de algún bien, dicho bien primero debe restituirse a manos del socio o miembro de la compañía que actuó fraudulentamente, para en ese punto si imponer la providencia preventiva.

Por estas razones es que la facultad de interponer medidas cautelares en contra de bienes de terceras personas debe ser eliminado y la facultad genérica de imponer medidas cautelares debe ser corregida, pues además de lo señalado con anterioridad, pueden presentarse supuestos en los que esta facultad que preveía la LODDL, resulte absolutamente injusta, por ejemplo el siguiente: A es socio de una compañía, sin embargo decide donar un inmueble a su hijo mayor para que construya una vivienda, ya que está a punto de tener un primer hijo. Resulta que A por diversas razones actuó fraudulentamente a través de la compañía de la cual es socio, la entidad afectada -SRI- levanta el velo de la compañía y va en contra del socio A, sin embargo A no tiene bienes suficientes para enfrentar la deuda, por lo que el SRI, en el juicio coactivo, impone una medida cautelar en contra del bien que se encuentra a nombre del hijo de A, debido a que era públicamente conocido que dicho bien era de A. En este caso el hijo de A se ve completamente perjudicado por el evidente exceso de poder que otorgó la LODDL al SRI.

F. Atribución a jueces o autoridades del trabajo: Muchos analistas jurídicos suelen olvidar la última parte de la estructura normativa del antiguo artículo 1 de la LODDL, misma que establecía que las facultades antes mencionadas, también son facultad de los jueces o autoridades del trabajo. En mi opinión, esta realmente es

la parte más rescatable de la norma analizada, pues la finalidad misma de la LODDL es, precisamente, proteger o tutelar los derechos de los trabajadores, en especial el derecho al trabajo y a la percepción de utilidades. Mi consideración es que, la atribución en general a la que se refería el artículo 1 de la mentada ley, con sus respectivos arreglos en base a lo mencionado en cada uno de los puntos de revisión realizados de la misma, debe ser de competencia exclusiva y privativa de los jueces de la materia correspondiente, pues en el evento de que las instituciones con jurisdicción coactiva se vean afectadas por el uso abusivo de la personalidad jurídica, deben acudir al órgano jurisdiccional para intentar levantar el velo societario de las compañías y responsabilizar a sus miembros por su actuación.

Como conclusión, los efectos de la aplicabilidad de la ley que nos encontramos revisando, son realmente graves, pues en razón de la errada elaboración legislativa, la norma carece y carecía de claridad, de conceptos lógicos y razonables acordes a la doctrina y a los demás cuerpos normativos de nuestra legislación, siendo afectados los mismos trabajadores, pues al afectarse tan inconsciente y flagrantemente al derecho societario, se reduce el emprendimiento privado, que es la mayor fuente de riquezas y plazas de trabajo del país.

11.2. Medidas cautelares en contra de los bienes de terceras personas.

Como ya nos referimos brevemente con anterioridad, las medidas precautelares no son más que en estricto sentido las conocidas providencias preventivas o medidas cautelares. La doctrina general considera que las medidas cautelares "son procesos establecidos por la ley cuya única finalidad es asegurar los derechos de las partes o el cumplimiento de las

resoluciones judiciales de manera provisional hasta cuando exista una resolución de fondo sobre el derecho sustantivo”¹⁵³, por otra parte debemos referirnos a que las medidas cautelares en general son cinco, esto es la prohibición de enajenar -sobre bienes inmuebles-, el secuestro -sobre bienes muebles e inmuebles-, el arraigo -prohibición de salida del país de extranjeros- y la retención -de créditos, rentas-.

Respecto de este tema, mi posición no es opuesta a la posibilidad de que una institución con jurisdicción coactiva solicite medidas cautelares, sin embargo, si es la de proponer que las medidas cautelares sean, en este caso concreto, impuestas exclusivamente por una autoridad jurisdiccional, a lo que me refiero es que, la facultad de imponer medidas precautelares que preveía la LODDL, surge a su vez de la facultad que tienen las entidades con jurisdicción coactiva de ejercer su acción de cobro subsidiariamente, penetrar a la personalidad jurídica de las sociedades y responsabilizar a sus miembros en el caso de que estos hayan actuado abusivamente, cuestión que es incorrecta, pues la potestad de levantar el velo societario, según otros cuerpos normativos y la doctrina, es exclusiva de los jueces, de manera que si la facultad de imponer medidas cautelares surge de la de levantar el manto social y ésta última es errada, consecuentemente la facultad que tienen las instituciones con jurisdicción coactiva para solicitar medidas cautelares en este caso concreto es también errónea -lo accesorio sigue la suerte de lo principal-. Entendido esto, debemos realizar un análisis más profundo, al respecto, pues la prerrogativa de conceder providencias preventivas a la que se refería la LODDL es demasiado amplia, ya que no se limita a los bienes de la compañía o de los miembros de la misma que actuaron fraudulentamente, sino se extiende hasta los bienes que pertenecen a terceras personas que, en estricto sensu, nada tienen que ver con la sociedad mercantil. Si bien es cierto pueden existir casos en que la propia compañía o sus miembros pasan sus bienes a

¹⁵³ (Iglesias, 2018).

terceros para que luego no se les pueda cobrar a ellos, existen otras vías más adecuadas, ordenadas y razonables de evitar la impunidad en estos casos, por ejemplo aplicando la acción rescisoria pauliana que prevé el Código Civil o más adecuadamente al caso y a la materia, la facultad que otorga la Ley de Compañías en su artículo 17 numeral 3, esto es que los bienes, en caso de verificarse que pasaron a manos de terceras personas para eludir el cumplimiento de obligaciones, deben ser restituidos a su dueño original y en ese momento sí solicitar la imposición de una medida cautelar, caso contrario se estaría dando un paso demasiado amplio, sin cumplirse los pasos que en cualquier otro caso se requerirían. Por otra parte, de no corregirse aquello, pueden existir casos en los que tranquilamente la imposición de una medida precauteladora de la forma que preveía la LODDL podría generar resultados completamente antijurídicos, es decir injustos, por ejemplo el siguiente: A es socio de una compañía, sin embargo decide donar un inmueble a su hijo mayor para que construya una vivienda, ya que está a punto de tener un primer hijo. Resulta que A por diversas razones actuó fraudulentamente a través de la compañía de la cual es socio, la entidad afectada -SRI- levanta el velo de la compañía y va en contra del socio A, sin embargo A no tiene bienes suficientes para enfrentar la deuda, por lo que el SRI, en el juicio coactivo, impone una medida cautelar en contra del bien que se encuentra a nombre del hijo de A, debido a que era públicamente conocido que dicho bien era de A. En este caso el hijo de A se ve completamente perjudicado por el evidente exceso de poder que otorgó la LODDL al SRI.

Como conclusión podemos aseverar que la prerrogativa de interponer medidas precauteladoras en contra de las personas jurídicas, más concretamente de las compañías, tal cual como la estableció la LODDL, era completamente equívoca, pues carecía de armonía con el resto del ordenamiento jurídico, con la doctrina y con la lógica común y jurídica.

11.3.Mecanismos alternativos de prevención y sanción para los casos de abuso de la personalidad jurídica societaria.

Como ha quedado evidenciado, las personas naturales en muchas ocasiones “han tomado del codo a la mano que les extendió la ley” mediante la creación de la institución de las personas jurídicas, en el sentido de que se han aprovechado de forma excesiva del beneficio de distinción de la persona jurídicas de sus miembros y de la distinción de patrimonios, lo que ha conllevado a la necesidad de la creación de la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica y su consecuente elaboración legislativa en el derecho material de los Estados. A pesar de ello, resulta que dicha institución tuvo una desafortunada positivización en el derecho ecuatoriano, más concretamente en el artículo 1 de la conocida Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, puesto que este cuerpo normativo la empleó pero de una manera absolutamente inadecuada e insensata, lo que genera la necesidad, en mi opinión, no de una revocatoria normativa, sino de una reforma que adecúe de manera correcta dicha institución, y ello se obtiene mediante el planteamiento de mecanismos alternativos de prevención y sanción para los casos de abuso de personalidad jurídica societaria a la aplicación del artículo 1 de la LODDL. Así planteo como opciones las siguientes:

A. Aplicación estricta de la Ley de Compañías: En los casos en los que exista abuso de la personalidad jurídica societaria, se debe recurrir a la aplicación de lo que prevén los artículos 17, 17 A y 17 B de la Ley de Compañías, pues dicho cuerpo normativo es el que, por la materia misma que regula, debe establecer la figura del levantamiento del velo societario y sus eventuales consecuencias, es decir la mentada ley es la idónea por la materia a la que se refiere para determinar la posibilidad de levantar el velo societario y

responsabilizar a los miembros de dicha compañía. Lo que propongo es que en los casos de abuso de personalidad jurídica societaria, no se aplique lo que prescribe o prescribía el artículo 1 de la LODDL, sino simplemente que se aplique la normativa propia para el efecto, esto es la Ley de Compañías. Únicamente propongo la aplicación del artículo 1 de la LODDL, si lo consideramos conforme a la propuesta de reforma que se planteará más adelante, así cuando una institución como el IESS o el SRI se crean perjudicados por el actuar abusivo de los miembros de una sociedad mercantil, tranquilamente pueden acudir ante un juez competente e interponer la acción de inoponibilidad de personalidad jurídica societaria o solicitarla como pretensión dentro de un determinado juicio por colusión.

B. Aplicación exclusiva de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Como desarrollaré en el próximo punto del presente capítulo, lo que propongo es que en los casos de que el uso abusivo de la persona jurídica sea en beneficio de la persona jurídica misma y de carácter penal, sencillamente se aplique la responsabilidad penal de las personas jurídicas que consagra el Código Orgánico Integral Penal.

C. Aplicación del Código del Trabajo: La LODDL manifiesta que tiene por objeto esencial la protección de los derechos de los trabajadores, concretamente el derecho al trabajo y a la percepción de utilidades, en virtud de lo mencionado, el mismo Código del Trabajo en su artículo 107 establece lo siguiente "Sanción por declaración falsa de utilidades.- El Ministro de Trabajo y Empleo, sancionará con multa de diez a veinte salarios mínimos vitales, según la capacidad económica, a la empresa en la que se comprobare, previa fiscalización del Servicio de Rentas Internas, la falsedad imputable a dolo en los datos respecto a utilidades, o el empleo de procedimientos irregulares para eludir la entrega del porcentaje o para disminuir la cuantía del mismo. El producto de esas multas se acumulará al quince por ciento de utilidades, en la forma que se ordena en el

artículo 97 de este Código.¹⁵⁴, como podemos apreciar, la normativa laboral consagra expresamente una sanción para el ocultamiento de utilidades por parte de los empleadores sean estos personas naturales o jurídicas, que es netamente económica, a pesar de ello, los considerandos de la LODDL manifiestan que aquel mecanismo de sanción no ha funcionado para reducir los abusos de los miembros de las personas jurídicas en cuanto al tema de utilidades, por ello lo que propongo es simplemente depurar la sanción antes referida, estableciendo multas mayores patrimonialmente hablando y otra clase de sanciones tales como por ejemplo la clausura temporal del local, sanciones que irían aumentando conforme se den reincidencias, de esta forma considero que se podría reducir la utilización abusiva de las sociedades mercantiles y sancionar más contundentemente en el caso en que se confirme el proceder abusivo.

D. Establecimiento de un orden en el caso de responsabilidad pecuniaria: Tal como lo establece la doctrina general, en el caso de que una persona jurídica sea utilizada abusivamente, los individuos o entidades afectadas con dicho proceder, antes de entablar la acción de levantamiento del velo societario para cobrar sus acreencias a los miembros responsables del actuar abusivo de la sociedad mercantil, deben intentar una acción de cobro en contra de la compañía misma, y si la sociedad no tiene activos suficientes, en ese caso sí iniciar la acción de desestimación de la personalidad jurídica para responsabilizar a los miembros de la compañía que así actuaron. En otras palabras, lo que propongo es que en el proceso de cobro el acreedor no se salte ningún paso, sino que en primer lugar vaya, a manera de analogía, contra el deudor principal -compañía- y luego, si no ha satisfecho su acreencia, en contra del deudor subsidiario -miembros de la compañía que actuaron abusivamente-, no obstante, en este caso lo que propongo es que dentro del sistema societario mismo, en caso de que la compañía responda por la deuda

¹⁵⁴ (Nacional, Código del Trabajo, 2012).

que generó a través del proceder abusivo de uno de sus miembros, se cree una acción de repetición en el que la compañía misma pueda solicitar la repetición al o a los miembros de ella que hayan actuado fraudulentamente enmascarados en la figura jurídica, tutelando así su subsistencia y solidez.

E. Atribución de responsabilidad pecuniaria atemperada: En el caso más extremo en que no se lleguen a aplicar los mecanismos antes propuestos, lo que propongo es que se reforme el artículo 1 de la LODDL, más no que se lo revoque tal como se lo ha hecho equivocadamente, reforma que incluiría un mecanismo de atemperación de la responsabilidad de los socios, es decir cuando se levanta el velo societario y se determina la responsabilidad de varios socios, el total de la deuda impaga debe repartirse entre todos los socios responsables, de esta forma si bien se llegaría a afectar a la responsabilidad limitada de los socios, se alcanzaría un punto medio entre las posiciones opuestas de los socios y de los acreedores, tema que analizaremos a detalle con posterioridad. Si la responsabilidad del actuar no es de los socios, sino de los demás miembros de la compañía, la obligación generada debe repartirse entre los responsables o delimitarse entre ellos de acuerdo al grado de responsabilidad de cada uno, que será determinado por el juez a través de su resolución. En este punto es esencial anotar una cuestión en particular, que es la solidaridad. La Ley de Compañías en su artículo 17, establece claramente que serán personal y solidariamente responsables quienes hayan actuado abusivamente, es decir dicha ley consagra una obligación de carácter solidaria entre los responsables del proceder abusivo de la sociedad mercantil, aquello también se aplicaría en la propuesta de reforma de la LODDL. En virtud de ello, la tercera persona afectada, luego de haber intentado su acción de cobro en contra de la compañía, si no recuperó los valores que se la adeudan, intentará la acción de inoponibilidad de personalidad jurídica para perseguir a los miembros de la compañía responsables de dicho proceder, por ello

es que entre los responsables se constituye, respecto del valor adeudado, una obligación solidaria, en la que el o los acreedores, pueden exigir el cumplimiento de todo o parte de la obligación a todos, algunos o solo a uno de los miembros responsables de la compañía. Me permito explicarme con un ejemplo: Resulta que la compañía A tiene tres socios que son W, X y Z. Dichos socios actuaron abusivamente a través de la sociedad mercantil en perjuicio de un tercero que es D. D intenta la acción de cobro en contra del deudor principal que es la compañía, pero la misma no tiene activos suficientes para cubrir la obligación, por lo que D se ve obligado a, subsidiariamente, intentar una acción de desestimación de personalidad jurídica para perseguir directamente a los socios responsables de la compañía A. En ese momento se determina que son responsables W, X y Z, por lo que el acreedor D tiene ciertas posibilidades: 1. Exigir el pago de la totalidad de la deuda en partes iguales a cada uno de los socios responsables -W,X y Z-. 2. Exigir la totalidad de la deuda a algunos de los socios responsables -X y Z-. 3. Exigir la totalidad de la deuda a solo uno de los socios responsables -Z-. En los dos últimos casos, los deudores solidarios tienen derecho a exigir la repetición del pago a los demás deudores solidarios a los cuales no se les exigió el pago de la deuda. En fin, en estos casos, se aplicarían las normas del Código Civil en cuanto a las obligaciones solidarias.

Todos los mecanismos alternativos planteados pueden ser utilizados de forma conjunta siempre que no implique un atentado en contra de la naturaleza de los mismos.

11.3.1.Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 49 establece " En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son

penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas. La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.¹⁵⁵, a su vez en el artículo 50 prescribe “La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento. Tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley.”¹⁵⁶, de esta forma se puede evidenciar que nuestra legislación penal ha dejado atrás la discusión de si es que la responsabilidad penal puede o no ser atribuida a personas jurídicas, regulándolo de manera positiva. La

¹⁵⁵ (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014).

¹⁵⁶ (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014).

responsabilidad penal de las personas jurídicas únicamente se dará en los casos en el el código así lo determine, es decir no se puede generar en todos los delitos existentes.

Dicho aquello, si bien el derecho penal se rige, entre otros, por el principio de mínima intervención penal, es decir que la actividad penal debe ser utilizada como último recurso debido a que es una potestad punitiva del Estado que conlleva a graves consecuencias, mi consideración es que ya que el legislador al elaborar el Código Orgánico Integral Penal consagró la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aquella institución debe ser utilizada como un mecanismo alternativo a la aplicación de lo que establecía y establece el artículo 1 de la LODDL en los casos en los que se incurra en abuso de la personalidad jurídica societaria dentro de materia penal, siempre y cuando del resultado del proceder abusivo de alguna manera se haya beneficiado la persona jurídica. A lo que me refiero es que, cuando una sociedad mercantil haya actuado abusivamente dentro del ámbito penal, no se debe aplicar lo que preveía la LODDL debido a su mala estructuración y consecuente aplicación, sino directamente realizar la denuncia correspondiente para perseguir la responsabilidad penal de la persona jurídica, siendo esta independiente de la de sus miembros. De esta forma, en estos casos se aplicaría una normativa propia en la materia penal que además se encuentra bien estructurada, se generaría mayor temor por parte de los miembros de la compañías posibilitando de alguna manera la reducción eventual de su uso abusivo y se evitaría la aplicación de un cuerpo normativo tan mal elaborado como la LODDL. Me permito exponer esta propuesta a través de un ejemplo: resulta que una compañía determinada ha omitido entregar los valores de los aportes de los trabajadores al IESS, beneficiándose ésta de dichos valores. En este caso estamos frente a un uso fraudulento de la compañía en beneficio de la misma previsto en el artículo 1 de la LODDL, pero también frente a un delito tipificado en el artículo 242 del COIP, lo que propongo es que en estos casos no se

aplique lo que prescribe la LODDL, sino directamente lo que prevé el COIP, es decir, en este caso el IESS no aplique su jurisdicción coactiva, sino simplemente lo denuncie en fiscalía, se lleve a cabo el proceso penal correspondiente y se devuelvan los valores adeudados el IESS. Esto en todos los delitos en los que se prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Lo que si se requeriría es que la normativa penal extienda la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a ciertos delitos específicos que en la actualidad no la prevén, como por ejemplo el delito de abuso de confianza o de estafa, tema al que ya nos referimos con anterioridad.

11.3.2. Infracciones penales que protegen los derechos de los trabajadores.

Nuestro trabajo, al tratarse del análisis del levantamiento del velo societario y la afección a la responsabilidad de los socios sobre todo por parte de la LODDL, misma que tiene por objeto esencial la protección de los derechos de los trabajadores, y al haber propuesto como mecanismo alternativo al empleo de dicha ley, la aplicación exclusiva de la responsabilidad penal de las personas naturales y jurídicas -COIP- en los casos netamente penales, sería pertinente centrarnos superficialmente en la referencia a la existencia de infracciones penales que tienen por objeto proteger el bien jurídico de los derechos de los trabajadores. Así tenemos concretamente tres tipos penales que protegen los derechos de los trabajadores y que, en mi consideración, deben aplicarse exclusivamente en los casos de abuso de la personalidad jurídica societaria en beneficio de la misma, dejando de lado la aplicación de lo que prevé la LODDL, estos son: impedimento o limitación del derecho a huelga previsto en el artículo 241 del COIP, retención ilegal de aportación a la seguridad

social regulado en el artículo 242 del COIP, falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica prescrito en el artículo 243 del COIP. No obstante de los tipos penales citados, debemos remitirnos a la aplicación de los delitos de carácter tributario, ya que el SRI tiene íntima relación con el IESS por el cruce de información para tutelar los derechos de los trabajadores a percibir utilidades, de manera que también en el caso de abuso de personalidad jurídica societaria en beneficio de la compañía debe aplicarse exclusivamente la responsabilidad penal de la persona natural y jurídica en el caso de los delitos de defraudación tributaria, más concretamente en el previsto en el artículo 298 del COIP.

De esta manera podemos evidenciar la existencia de muchos tipos penales que tienen por finalidad la protección de los derechos de los trabajadores, por lo que es necesaria, en caso de abuso de personalidad jurídica penalmente hablando, la aplicación del COIP más no de la LODDL.

11.3.3. Mecanismos laborales para la protección de las utilidades y demás derechos de los trabajadores.

Tal como se desarrolló anteriormente, la finalidad misma de la infame LODDL es tutelar los derechos de los trabajadores, más concretamente el derecho al trabajo y a la percepción de utilidades. Por ello, he creído pertinente el análisis de los mecanismos laborales existentes para la protección de los derechos de los trabajadores. Más concretamente me referiré al derecho a la percepción de utilidades que tienen los trabajadores y al derecho al trabajo propiamente dicho, al respecto el Código del Trabajo en su artículo 97 establece " Participación de trabajadores en utilidades de la empresa.- El empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince por ciento

(15%) de las utilidades líquidas. Este porcentaje se distribuirá así: El diez por ciento (10%) se dividirá para los trabajadores de la empresa, sin consideración a las remuneraciones recibidas por cada uno de ellos durante el año correspondiente al reparto y será entregado directamente al trabajador. El cinco por ciento (5%) restante será entregado directamente a los trabajadores de la empresa, en proporción a sus cargas familiares, entendiéndose por éstas al cónyuge o conviviente en unión de hecho, los hijos menores de dieciocho años y los hijos minusválidos de cualquier edad. El reparto se hará por intermedio de la asociación mayoritaria de trabajadores de la empresa y en proporción al número de estas cargas familiares, debidamente acreditadas por el trabajador ante el empleador. De no existir ninguna asociación, la entrega será directa. Quienes no hubieren trabajado durante el año completo, recibirán por tales participaciones la parte proporcional al tiempo de servicios. En las entidades de derecho privado en las cuales las instituciones del Estado tienen participación mayoritaria de recursos públicos, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.¹⁵⁷, de la disposición citada se desprende la consagración del derecho a las utilidades que tienen los trabajadores y su correspondiente regulación a detalle, además como sabemos la base para determinar el valor de utilidades que corresponden a los trabajadores surge de la declaración de impuesto a la renta que realizan las personas naturales o jurídicas, por ello la evidente relación entre el IESS y el SRI en cuanto a la protección de este derecho. Continuando así con el análisis de las utilidades, la normativa laboral establece claramente un mecanismo de protección de las utilidades que consiste en una sanción para los empleadores que omitan total o parcialmente entregar los valores reales que corresponden a los empleados por concepto de utilidades, así el artículo 107 del Código

¹⁵⁷ (Nacional, Código del Trabajo, 2012).

del Trabajo establece lo siguiente "Sanción por declaración falsa de utilidades.- El Ministro de Trabajo y Empleo, sancionará con multa de diez a veinte salarios mínimos vitales, según la capacidad económica, a la empresa en la que se comprobare, previa fiscalización del Servicio de Rentas Internas, la falsedad imputable a dolo en los datos respecto a utilidades, o el empleo de procedimientos irregulares para eludir la entrega del porcentaje o para disminuir la cuantía del mismo."¹⁵⁸, así podemos observar que la propia normativa laboral prevé un sistema de protección al derecho a la recepción de utilidades de los trabajadores, en razón de ello, es que como mecanismo alternativo a la aplicación del artículo 1 de la LODDL, se debe aplicar el Código del Trabajo con su disposición proteccionista del derecho a la recepción de utilidades, no obstante de lo mencionado, los considerandos de la LODDL establecen que, a pesar de la existencia de dicha figura sancionatoria en el Código del Trabajo, aquella no ha sido lo suficientemente adecuada para evitar que los empleadores, siendo personas naturales o jurídicas, se aprovechen y no entreguen los valores correspondientes a los trabajadores por concepto de utilidades y que, por esa razón, fue necesaria la creación de la LODDL y específicamente del artículo 1 de dicho cuerpo normativo, por lo referido lo que propongo es que se realice una reforma del artículo 107 del Código del Trabajo en el sentido de que se establezcan multas mayores patrimonialmente hablando y otra clase de sanciones tales como por ejemplo la clausura temporal del local, sanciones que irían aumentando conforme se den reincidencias, de esta forma considero que se podría reducir la utilización abusiva de las sociedades mercantiles y sancionar más contundentemente en el caso en que se confirme el proceder abusivo. Por otra parte en cuanto a la protección del derecho al trabajo mismo, que es uno de los derechos específicos tutelados según los considerandos de la LODDL, el Código del Trabajo en su artículo 2 y amparado en lo que establece la Constitución,

¹⁵⁸ (Nacional, Código del Trabajo, 2012).

consagra el derecho al trabajo de manera general, al respecto prescribe "Obligatoriedad del trabajo.- El trabajo es un derecho y un deber social. El trabajo es obligatorio, en la forma y con las limitaciones prescritas en la Constitución y las leyes"¹⁵⁹, revisado aquello, la propuesta es que se reforme el artículo 1 de la LODDL tal como lo propondré en el siguiente punto del presente capítulo, de tal forma que se genere mayor seguridad jurídica y por lo tanto estabilidad al sector societario, permitiendo así mayor inversión privada y por lo tanto mayor generación de fuentes de empleo, así la cura para la protección del derecho al trabajo es precisamente la correcta adecuación de la ley que tiene la intención de protegerlo -LODDL-, pero que en la realidad termina con un resultado completamente opuesto debido a sus errores técnicos, lógicos y conceptuales.

Como conclusión, podemos aseverar que el derecho laboral mismo, a través del Código del Trabajo, tiene los mecanismos y medios suficientes para proteger los derechos de los trabajadores antes referidos sin necesidad de afectar al derecho societario tal como si lo hace la LODDL.

11.4.Propuesta de reforma a la LODDL.

La elaboración del presente trabajo ha tenido por finalidad general analizar la figura del levantamiento del velo societario con todas sus connotaciones y la afección a la responsabilidad limitada de los socios, desde una perspectiva histórica, doctrinaria, jurisprudencial y normativa -LODDL y Ley de Compañías-, sin embargo, por finalidad

¹⁵⁹ (Nacional, Código del Trabajo, 2012).

específica la de obtener una solución a los problemas que planteó la LODDL debido a su mala elaboración técnica legislativa.

Tal como me referí con anterioridad, la idea y propuesta para la protección de los derechos de los trabajadores planteada antes de la revocatoria del artículo 1 de la LODDL no era adecuada, pues traía ciertos errores propios de la doctrina del levantamiento del velo societario, además de incongruencias y falencias legislativas propias, tanto lógicas como técnicas, siendo las más graves la afectación necesaria y absoluta a la responsabilidad limitada de los socios y el hecho de que la pueda solicitar e imponer una institución con jurisdicción coactiva, más no un juez competente. Sin embargo, el hecho de que para “corregir” dichos errores se haya optado por la revocatoria del artículo referido, fue una decisión completamente inadecuada, pues si bien en la actualidad ya no existen esos errores ni falencias -debido a la revocatoria del mentado artículo-, la idea y propuesta desde el inicio de este trabajo fue la de reformar el artículo 1 de la LODDL, más no la de revocarlo. Me permito explicarme más a detalle, el parlamento ecuatoriano al haber creado la LODDL, lo hizo debido a que se consideraba que los derechos de los trabajadores, a pesar de los mecanismos ya existentes, eran constantemente vulnerados por los empleadores y más aún por los empleadores que son personas jurídicas, específicamente por el tema de la ficción de separación de identidad con la de sus miembros y la de separación de patrimonios, de tal forma que vieron la necesidad de crear un nuevo mecanismo para tutelar dichos derechos, siendo este la facultad que otorgaba el artículo 1 de la mentada ley. A pesar de lo referido, tanto el ejecutivo como el parlamento se dieron cuenta que debido a los errores garrafales a que dio lugar la elaboración de dicho artículo, se generaron consecuencias graves tales como una afeción al derecho societario que degeneró en una notable disminución de la iniciativa e inversión privada y por lo tanto se afectó aún más a los derechos de los trabajadores, pues las plazas de trabajo se

vieron completamente reducidas. En virtud de ello, se resolvió revocar dicho artículo para “cortar el problema de raíz”, sin embargo, en mi opinión, la inquietud de los trabajadores sigue latente, debido a que según ellos quedaron nuevamente desamparados por la norma, por ello mi propuesta no es la de beneficiar ni absoluta ni exclusivamente al sector de los trabajadores o de los empresarios, sino el de encontrar un punto medio, un debido equilibrio entre las dos partes, de manera que la una -trabajadores- se sienta conforme con la tutela normativa que se les otorga, y la otra -empresarios- no se vea ni se sienta afectada por una regulación mal hecha y completamente inadecuada; resulta obvio que alcanzar un punto de equilibrio exacto es imposible, sin embargo, trataré de llegar al punto que más satisfaga a las dos partes, y esto no se lo consigue mediante la salida fácil -revocatoria del artículo 1-, sino a través de una reforma que depure, perfeccione y atempere al antiguo artículo 1 de la LODDL.

La propuesta de reforma del artículo 1 de la LODDL no consiste solamente en un cambio exclusivo de dicha disposición, sino en la modificación de una serie de normas de distintos cuerpos legales, pues como sabemos, el derecho es un sistema interconectado entre sí, que funciona como un conjunto, en el que los engranes deben calzar de manera exacta. Por ello procederé a plantear la propuesta de reforma objeto de la presente tesis. La propuesta de reforma al artículo 1 de la LODDL que propongo se encuentra dividido en cuatro partes:

1. Reforma al artículo 107 del Código del Trabajo: Este artículo del Código del Trabajo establece la figura de la sanción por la declaración falsa de las utilidades que posteriormente afecta los valores de repartición de las mismas. Como es de conocimiento, los considerandos de la LODDL determinan como motivación y objeto de protección de dicha ley el derecho a recibir las utilidades por parte de los trabajadores, alegando que precisamente el artículo 107 del Código del

Trabajo no es un medio lo suficientemente sólido para evitar la elusión de entrega de utilidades a los trabajadores por parte de los empleadores bien sean personas naturales o jurídicas. Entendido esto, lo que propongo es que, como mecanismo alternativo a la aplicación de lo que establecía el artículo 1 de la LODDL, se aplique en estos casos la sanción prevista en el artículo 107 del Código del Trabajo, sin embargo, haciendo una pequeña reforma a dicha disposición normativa en el sentido de que, en lugar de determinar una multa de diez a veinte salarios básicos según la capacidad económica, se establezca una multa mayor, esto es de 20 a 30 salarios básicos de acuerdo a la capacidad económica, en el caso de reincidencia aumentar la multa de 40 a 60 salarios básicos y así sucesivamente, de forma que al aumentar la sanción se genere cierta presión a los empleadores para no realizar declaraciones falsas que incidan negativamente en la percepción de utilidades de los trabajadores; por otra parte también propongo introducir a este artículo como reforma otro tipo de sanción, que no consistiría en una multa, sino en la clausura del establecimiento por el término de 7 días, y en el evento de una reincidencia, la clausura podría aumentar al término de 15 días y así sucesivamente. De esta manera se conseguiría endurecer la ley laboral para estos casos concretos y evitar la aplicación descarada del anterior artículo 1 de la LODDL. Así se aplicaría lo que prescribe el artículo 1 de la LODDL -de acuerdo a nuestra propuesta de reforma que analizaremos en breve- exclusivamente en el caso de reincidencia de declaración falsa de utilidades.

2. Reforma al Código Orgánico Integral Penal: Como ya mencioné en momentos anteriores, nuestro legislador al elaborar el COIP reconoció y estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas, superando la discusión doctrinaria de si a una persona jurídica puede o no atribuírsele responsabilidad penal. Sin

entrar a fondo al análisis de si ello es correcto o incorrecto, lo cierto es que nuestra legislación reconoce aquella circunstancia, sin embargo, con una cláusula de reserva que limita su aplicabilidad únicamente a los casos expresamente señalados por el mismo código. Por ello resulta que gran cantidad de delitos mantienen la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre ellos el delito de ocupación, de trata de personas, insolvencia o quiebra fraudulenta, falsificación de marcas, tráfico de migrantes, cohecho, entre otros, no obstante, sorpresivamente existen ciertos delitos específicos tales como el abuso de confianza o la estafa -fraude-, que no prevén la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a personas jurídicas, esto sin una razón lógica, pues claramente una compañía fiduciaria en el caso de un fideicomiso mercantil, puede utilizar los fondos del mismo para su propio beneficio y no con la finalidad de cumplir el objetivo del mismo, pudiendo ser responsable penalmente el ente moral por el delito de abuso de confianza, o en el caso de la estafa, una compañía que se dedica a planificar y ejecutar eventos de concurrencia masiva, puede emitir más boletos de los que tiene capacidad el foro para así beneficiarse económicamente, pudiendo ser responsable por el delito de estafa. Por esta razón planteo como propuesta que se reformen los artículos 186 y 187 del COIP en el sentido de que se incluya la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas en esos dos delitos. Aparentemente esta segunda propuesta no tiene relación con la LODDL y el objeto de nuestro trabajo, sin embargo, aquello es incorrecto, pues uno de los graves errores del antiguo artículo 1 de la LODDL, que pudo motivar a su revocación, era precisamente el hecho de generalizar el concepto de fraude para levantar el velo societario, generando conflictos en cuanto a la distinción entre el fraude civil, penal o laboral, la eventual afección al principio del estado

de inocencia y, en el fraude penal -abuso de confianza y estafa- la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, de forma que si se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas para estos delitos -estafa y abuso de confianza- y se establece un sistema en que cuando una compañía o persona moral en general cometa un fraude de índole penal o simplemente un delito, se aplique exclusivamente el COIP y se la responsabilice por su proceder, se evitaría la aplicación de lo que establecía anteriormente el artículo 1 de la LODDL, tal como se verá en la propuesta de reforma de dicha disposición normativa, solucionando así uno de sus grandes inconvenientes.

3. Reforma al artículo 1 de la LODDL: Si bien es cierto esta es la propuesta central del presente trabajo, debo manifestar que, en base a las propuestas anteriormente planteadas, se puede conseguir una reforma adecuada a lo que establecía el artículo 1 de la LODDL, pues como ya manifesté antes, el ordenamiento jurídico debe ser sistemático, armónico y funciona como un conjunto. Por todo lo mencionado en este trabajo es que sostengo que, para tratar de conseguir una estabilidad entre los trabajadores y empresarios, es menester llegar a una reforma, más no a una revocatoria de lo que establecía el artículo 1 de la LODDL. Por ello la propuesta de reforma concreta es que el artículo 1 de la LODDL debería quedar redactado de la siguiente manera: “En todos los conflictos de índole laboral, los trabajadores y las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no solo contra el obligado principal, sino contra todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieran aceptado la herencia con beneficio de inventario.

En el caso de abuso de la personalidad jurídica, de tratarse de una obligación

pecuniaria, si luego de intentar la acción de cobro en contra del obligado principal -persona jurídica- no se ha recuperado la totalidad de los valores adeudados, se podrá ejercer subsidiariamente para el cobro, la acción de inoponibilidad de personalidad jurídica ante autoridad judicial competente, que de ser el caso, permitirá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales. Los socios y demás miembros de la compañía responsables, responderán por la deuda generada en su totalidad, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador. En el evento de que el grado de responsabilidad varíe entre los distintos miembros de la persona jurídica, el monto a pagar de cada uno será determinado por el juez de acuerdo al grado de responsabilidad y de conformidad a las reglas de la sana crítica. Los responsables serán solidariamente obligados para con el acreedor o los acreedores.

Las medidas cautelares podrán solicitarse ante autoridad judicial competente en contra de los sujetos mencionados en los incisos anteriores y sus bienes. En el caso de que los bienes se encuentren en manos de terceras personas, se procederá aplicando lo que establece la Ley de Compañías en su artículo 17 numeral 3, siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación. La prescripción de esta acción se regirá conforme lo que establece el artículo 17 B de la Ley de Compañías.

La autoridad judicial competente en estos casos será el juez del trabajo.

Las acciones referidas en los incisos anteriores se podrán intentar, en el caso de declaración falsa de utilidades, luego de que el empleador haya reincidido en la situación prevista en el artículo 107 del Código del Trabajo.”

Con esta propuesta de reforma lo que se pretende es buscar un punto de conexión entre los intereses y la tutela de los derechos de los trabajadores y de los empresarios. De la

redacción propuesta se desprenden ciertos avances y correcciones realizadas a lo que establecía anteriormente el artículo 1 de la LODDL, sin necesidad de revocarlo, como por ejemplo la eliminación de la ambigüedad del término “defraudación”, la eliminación de la obligatoriedad de la afección a la responsabilidad limitada en el caso de desestimación de la personalidad jurídica societaria -tema al que me referiré con posterioridad-, la posibilidad de levantar el velo societario únicamente luego de haber intentado la acción de cobro en contra de la compañía y ésta no haya podido cubrir la totalidad de la deuda, además, siempre y cuando se lo haga ante una autoridad jurisdiccional competente, esto es el juez del trabajo, de forma que se elimina la facultad de las instituciones con jurisdicción coactiva de disponer arbitrariamente la desestimación de la personalidad jurídica, limitándolas únicamente a proponer la acción de ser necesario y después de cumplir todos los requisitos establecidos. Otras mejoras son la eliminación de la potestad de las instituciones con jurisdicción coactiva de imponer medidas cautelares, pudiendo eso sí solicitarlas a la autoridad judicial competente, además de que en el caso de que los bienes, bien sea de la compañía o de algún miembro de la misma que actuó abusivamente a través de la sociedad mercantil, hayan pasado a manos de terceras personas, se aplique lo que determina el artículo 17 numeral 3 de la Ley de Compañías, existiendo así un proceso claro y determinado y no dejándolo a discreción del juez coactivo, además esta acción se podrá intentar, en el caso de declaración falsa de utilidades, luego de que el empleador reincida en dicha situación en particular.

Respecto al tema central de nuestro trabajo, esto es la responsabilidad limitada de los socios, esta se veía afectada obligatoriamente tanto por la doctrina como por la misma LODDL, tal como nos hemos referido incansablemente. Sin embargo, con la redacción propuesta se elimina aquella posibilidad por dos cuestiones en particular, la primera por establecer la posibilidad de que se genere una obligación no de carácter patrimonial sino

de otra naturaleza -específicamente en la parte que se establece "de tratarse de una obligación pecuniaria"-, pudiendo ser una responsabilidad netamente moral que no afectaría a la responsabilidad limitada por ejemplo, y segundo, por establecer un mecanismo, que si bien al fin y al cabo afecta la responsabilidad limitada de los socios, permite que los socios o miembros de la compañía que no actuaron abusivamente, no respondan con su patrimonio propio, dando cierta tranquilidad y estabilidad a los socios, además de ser una fuerte motivación para actuar de conformidad con la ley. Eso si, los socios o demás miembros de la compañía que hayan procedido abusivamente, deberán responder con su patrimonio propio para pagar la obligación generada, y en el caso de que los responsables sean varios, estos serán deudores solidarios frente al acreedor y se aplicarán las reglas de la solidaridad; en el caso de que el grado de responsabilidad de cada uno de ellos varíe, el monto a pagar de cada uno será fijado por el juez de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al grado de responsabilidad que se logre demostrar de cada miembro responsable por el actuar abusivo de la compañía en el juicio correspondiente, no obstante, para que todo esto ocurra, se deben pasar todos los demás filtros correspondientes. Así, si bien es cierto se llegaría eventualmente a afectar a la responsabilidad limitada, esto sucedería exclusivamente al socio haya actuado fraudulentamente.

4. Reforma al artículo 17 de la Ley de Compañías: Con la finalidad de armonizar la normativa con la propuesta del nuevo artículo 1 de la LODDL, el artículo 17 de la Ley de Compañías quedaría redactado de la siguiente forma: "(...) Salvo los casos excepcionales expresamente determinados en la ley, la inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente podrá declararse judicialmente, de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica

de la compañía deducida ante un juez de lo civil y mercantil del domicilio de la compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor. En casos estrictamente laborales, el juez del trabajo será el competente para conocer la acción de inoponibilidad de personalidad jurídica de conformidad con lo que establece el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales y además, en lo aplicable, empleará lo previsto en este artículo y en los artículos 17A y 17B de la Ley de Compañías. (...).

Por todo lo mencionado con anterioridad, es que creo pertinentes y necesarias las reformas propuestas en este trabajo, de manera que se atenúen y reduzcan las constantes fricciones entre el sector de los trabajadores y de los empresarios, tutelando los derechos e intereses de cada uno de ellos.

12.CONCLUSIONES.

Una vez desarrollados y analizados todos y cada uno de los puntos del presente trabajo, nos corresponde hacer una breve pero concisa referencia a las conclusiones del mismo. Revisada la historia de las sociedades, podemos concluir que la misma -genéricamente hablando-, nace del conocido contrato de sociedad regulado expresamente por las normativas civiles de las distintas legislaciones romano-germánicas, como una necesidad en el día a día del ser humano, en razón de que éste por sí solo, no podría conseguir ciertos objetivos y finalidades que si serían posibles con la unión de personas, sobre todo objetivos de gran envergadura, más aún cuando se trata de objetivos de producción de bienes u oferta de servicios necesarios para el desarrollo de la humanidad. De esto se

desprende la relevancia de las sociedades como tales, y específicamente de las sociedades mercantiles.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las personas morales, podemos aseverar que a las mismas, si bien la ley les otorga la referida "personalidad jurídica" que permite distinguirlas de los miembros que la conforman y en razón de ello surge el beneficio de la separación de patrimonios que en ocasiones puede considerarse como un instrumento útil para realizar actos abusivos, esta es una ficción necesaria para el desarrollo y proliferación de las mismas, no obstante, entendiendo que a pesar de ello, el ordenamiento jurídico no puede permitir que estas sean utilizadas como un instrumento para cometer fraudes, por ello la necesidad de la existencia de una "figura remedio" como lo es la del levantamiento del velo societario. Sin embargo, aquella institución que sirve para atemperar las consecuencias de un mal uso de la personalidad jurídica, de lo analizado en doctrina, se puede concluir que padece algunas falencias, tales como una afectación necesaria a la responsabilidad limitada, como la posibilidad de responsabilizar únicamente a los socios más no a otros miembros de la sociedad y como la exclusividad en cuanto a la responsabilidad pecuniaria sin que se admita otro tipo de responsabilidad como la meramente moral, errores que si bien son propios de la doctrina, las elaboraciones legislativas los profundizan más generando una estructura normativa incongruente y caótica que en lugar de tutelar a las personas termina afectándolas. A la normativa que nos referimos es a la LODDL, concretamente a lo que establecía su artículo 1, cuestión que ha sido la que realmente ha motivado la elaboración de este trabajo, puesto que es evidente la necesidad de una reforma normativa.

Si bien es cierto el parlamento ecuatoriano resolvió "cortar el problema de raíz" revocando dicho artículo, nuestra salida no es tan simple, pues caso contrario los trabajadores pueden sentirse desamparados por la norma, por ello nuestro objetivo es el

de buscar el perfeccionamiento de la técnica legislativa en dicho cuerpo normativo y en el ordenamiento jurídico en general, de manera que se pueda conseguir un verdadero punto de equilibrio entre los afectados por el actuar abusivo -según la LODDL concretamente los trabajadores- y el sector de los empresarios. Encontrar un punto exacto que satisfaga a ambas posiciones y que se mantenga en uniformidad con el resto de la normativa ecuatoriana es una labor realmente compleja, por ello se propuso una solución que si bien no se acomoda de forma absoluta a los deseos y aspiraciones de ambas posiciones, creo personalmente que puede solucionar muchos conflictos y dotar tanto a los trabajadores como a los empresarios de una mayor seguridad jurídica y tutela de derechos en general.

Quedando así evidenciados los antecedentes de las sociedades mercantiles, su relevancia y necesidad, su finalidad, sus características, las posibilidades de utilizarlas fuera de los parámetros jurídicos, la doctrina que atempera ese abuso, sus aciertos y debilidades, la jurisprudencia entorno a la misma, su consolidación normativa con sus diversas consecuencias y una propuesta de solución a esas consecuencias nocivas, he elaborado el presente trabajo con el objetivo de concientizar a los distintos sectores de la sociedad ecuatoriana y mundial respecto de la necesidad de interesarse y buscar tutelar a "ambas caras de la moneda" a través de una normativa clara y concordante, pues ambas necesitan de la otra para poder desarrollarse adecuadamente.

Bibliografía

- Nacional, A. (2014). *Código Civil*. Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Nacional, A. (2012). *Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Accorsi, A. P. (2001). *Sociedades*. Santiago, Chile.

Española, A. d. (octubre de 2014). *Real Academia de la Lengua Española*. Recuperado el 3 de noviembre de 2015, de <http://dle.rae.es/?id=EsuT8Fg>

Nacional, A. (2014). *Código de Comercio*. Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Española, R. A. (2015). *Diccionario de la Real Academia Española*. Madrid, España: Corpus.

OMEBA. (1998). *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. DRISKILL S.A.

Nacional, A. (2014). *Ley de Compañías*. Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Bravo, A. D. (2005). *Derecho Mercantil*. México: IURE.

Vivante, C. (1995). *Derecho Mercantil*. México.

Borda, G. J. (2000). *La persona Jurídica y el corrimiento del velo societario*. Buenos Aires: IURE.

Benito, J. L. (1998). *Sociedades*. Madrid: LEX.

Savigny, F. K. (1878). *Sistema del Derecho Romano Actual*. Pamplona: Analecta.

Kelsen, H. (1988). *Teoría General del Derecho*. (E. G. Máynez, Trad.) México: IURIS.

Borja, R. (1971). *Derecho Político y Constitucional*. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana.

Alvarez, J. M. (1992). *Derecho Civil de las Personas*. Cuenca: Universidad del Azuay.

Espinel, J. T. (2011). *El abuso de la Personalidad Jurídica Societaria*. Quito: EDILEX S.A.

Villegas, C. G. (2002). *Derecho de las Sociedades Comerciales*. Buenos Aires: IUS.

Nacional, A. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: corporación de Estudios y Publicaciones.

Mesa, M. L. (2005). *Sociedades Mercantiles*. Buenos Aires: IUS.

Cabanelas, G. (1998). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: IUS.

Constituyente, A. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Nacional, A. (2009). *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Serick, R. (1999). *Apariencias y Realidad en las Sociedades Mercantiles*. (J. P. Brutau, Trad.) Barcelona: Ius.

Dassen, J. (2003). *Sociedad Anónima*. Buenos Aires: IURIS.

Dobson, J. M. (2006). *Desestimación de la Personalidad Jurídica*. Lima: Law Review.

Richard, E. (2002). *Responsabilidad y Abuso en la Actuación Societaria*. Buenos Aires: IUS.

Rodá, C. B. (2008). *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica*. Santiago: Edilexis.

Wormser. (1914). *Corporate Law*. Washington DC: Lawreview.

Mesa, M. L. (2008). *Personalidad Jurídica Societaria*. México D.F.: Edilexis.

Carmigniani, E. (2010). *Abuso Societario*. Guayaquil: EDILEX S.A.

Ecuador, C. S. (21 de 04 de 2001). Caso Diners Club VS Mariscos de Chupadores Chupamar S.A. y Leonel Baquerizo. Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ecuador, C. S. (28 de 06 de 1995). Segundo Pulino Chito VS Salomón Vargas Rojas. Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Tunguragua, C. P. (20 de 03 de 1995). Segundo Paulino Chito VS Salomón Vargas Rojas. Ambato, Tunguragua, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Nacional, A. (2012). *Código del Trabajo*. Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Patiño, R. (1996). *Léxico Jurídico Tributario*. Quito: Corporación Latinoamericana para el Desarrollo.
- Nacional, A. (2015). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Donna, E. A. (2002). *Derecho Penal Parte Especial I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Iglesias, O. P. (20 de Agosto de 2018). Derecho Procesal Civil II. (D. C. Jaramillo, Entrevistador)
- Nacional, A. (2018). *Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.