



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LOS RIESGOS DEL DESCORRIMIENTO DEL VELO SOCIETARIO PARA LA
AUTONOMÍA PATRIMONIAL DE LAS COMPAÑÍAS EN EL ECUADOR.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales de la República.

Profesor guía
Mg. Miren Torrontegui

Autor
Roberto Germán Calero Armas

Año
2016

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante Roberto Germán Calero Armas, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Miren Torrontegui Martínez.
Magister en Ciencias Políticas
C.C. 170805763-1

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

Roberto Germán Calero Armas

C.C. 171897711-7

DEDICATORIA

A mis padres, por su apoyo y amor ejemplo de vida y esfuerzo. A Cristina, por su amor, paciencia y David por su cariño.

RESUMEN

El presente trabajo de titulación tiene por objetivo el analizar si la concepción normativa vigente de la institución del descorrimiento del velo societario conllevaría algún riesgo para la autonomía patrimonial de las compañías ante las cuales se podría utilizar.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze whether if conception of the corporate veil, normative conception carries some risk for the financial autonomy of the companies before which could be used.

INDICE

INTRODUCCION	1
1. CAPÍTULO I: PERSONA JURÍDICA Y PATRIMONIO ...	3
1.1. Origen etimológico de “persona”, definición del concepto ..4	
1.2. Teoría de la ficción	7
1.3. Definición de la personalidad jurídica societaria	12
1.4. Capacidad jurídica de las compañías	19
1.5. ¿Qué es el patrimonio?	22
1.5.1. Determinación de la teoría de patrimonio aceptada en Ecuador: .	22
1.5.2. Teoría clásica de patrimonio:.....	26
1.6. División patrimonial entre la persona jurídica y el patrimonio personal de sus miembros.....	30
2. CAPÍTULO II: TIPOS DE COMPAÑÍAS Y RESPONSABILIDAD LIMITADA	33
2.1. Especies de compañías existentes en Ecuador.....	33
2.1.1.Compañía en nombre colectivo:	34
2.1.2.Compañía anónima:	37
2.2. Compañías de responsabilidad limitada	44
2.2.1. Definición de la compañía de responsabilidad limitada.....	44
2.3. ¿Que es la responsabilidad limitada?.....	47
2.3.1. Antecedente de la responsabilidad limitada:	47
3. CAPITULO III: LA INSTITUCIÓN DEL DESCORRIMIENTO DEL VELO SOCIETARIO, Y CAUSALES PARA SU APLICACIÓN EN ECUADOR..	54

3.1. Terminología con la cual se denomina al descorrimiento del velo societario	54
3.2. Antecedentes del descorrimiento del velo societario	55
3.3. La figura del descorrimiento del velo societario en Ecuador.....	59
3.4. Definición del descorrimiento del velo societario	66
3.5. Finalidad del descorrimiento del velo societario.....	68
3.6. Naturaleza del descorrimiento del velo societario	73
3.7. “La Buena Fe” Principio constitucional sobre el cual se fundamenta el descorrimiento del velo societario	74
3.8. Supuestos para aplicar el descorrimiento del velo societario.....	77
4. CAPÍTULO IV: REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO PARA LA APLICACIÓN DEL DESCORRIMIENTO DEL VELO SOCIETARIO. BREVE REVISIÓN DEL DESCORRIMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN ARGENTINA	84
4.1. La acción de inoponibilidad	84
4.2. Procedimiento específico para descorrimiento del velo	84
4.3. Efectos del descorrimiento del velo societario en los principios de división patrimonial y responsabilidad limitada.....	87
4.4. Breve revisión del descorrimiento del velo societario en Argentina.....	89
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	92
5.1. Conclusiones:	92
5.2.Recomendaciones:.....	94

REFERENCIAS	95
-------------------	----

INTRODUCCION

Con esta investigación se propone estudiar la institución del descorrimiento del velo societario, comprendida en la Ley de Compañías a partir de las reformas introducidas por la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, y determinar si existen un potencial riesgo para los principios de responsabilidad limitada y división patrimonial sobre los cuales se fundamentan la personalidad jurídica societaria.

Con el propósito de cumplir los objetivos propuestos emplearemos el método de investigación documental, análisis exegético en conjunto con algunos de los otros métodos inductivos y deductivos que nos permiten realizar un correcto estudio de las instituciones jurídicas y principios jurídicos indicados en cumplimiento de los objetivos propuestos.

Para responder la interrogante que nos planteamos hemos de acudir a los conceptos de personalidad jurídica, y los principios de la división patrimonial, de responsabilidad limitada, y por último la teoría del descorrimiento del velo societario.

De igual forma hemos de repasar brevemente por algunos de los diversos tipos de compañías que contempla la Ley que rige la materia, puesto que esta figura no es aplicable a todas las especies que contiene nuestra legislación. Sin embargo el estudio de las que abordaremos nos permitirá comprender a donde se orienta la institución del descorrimiento del velo societario.

Es necesario estudiar estos conceptos por cuanto son los que conforman la personalidad jurídica de la que están dotadas las compañías, conforme nuestra legislación.

Tras el estudio de estas instituciones jurídicas anhelamos alcanzar los objetivos planteados, que nos permitirán entender las interacciones existentes entre el descorrimiento del velo societario y la autonomía patrimonial que es un pilar

fundamental de la personalidad jurídica que se encuentra dotada la personalidad jurídica en nuestra legislación.

De igual forma nos hemos de referir al trato de la figura en Argentina, por cuanto es el país en Latinoamérica donde ha alcanzado su mayor desarrollo doctrinario y su utilización es habitual, basta consultar la página del Poder Judicial de la Nación Argentina, donde consta que existen 641 jurisprudencias respecto del descorrimento de la personalidad societaria, y la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

1. CAPÍTULO I: PERSONA JURÍDICA Y PATRIMONIO

Dentro del presente apartado vamos a desarrollar dos conceptos, que consideramos son fundamentales para entender cabalmente el problema planteado, pues de ellos depende en gran medida el enfoque que le proporcionaremos al tema propuesto.

Existe gran diversidad de criterios respecto a persona jurídica y patrimonio, ante lo cual es nuestro deber definir claramente la posición doctrinaria que utilizaremos como fundamento a lo largo del desarrollo de la presente investigación. Y con ellos comprender de mejor manera “Los riesgos del descorrimiento del velo societario para la autonomía patrimonial de las compañías en el Ecuador”.

Antes de empezar el estudio de los conceptos es pertinente referirnos a los sujetos del derecho, por cuanto el sujeto es fundamental para el Derecho, pues toda normativa existente lo tiene como destinatario. Al hablar de “sujetos” estamos englobando a las personas naturales y las personas jurídicas, es un genérico que abarca otras especies tal como indican algunos tratadistas al decir:

“Sujetos *de derecho* son todos los seres que el ordenamiento jurídico considera capaces de tener derechos y obligaciones. Entran en la definición, pues, no sólo los individuos humanos, las personas físicas o naturales, sino también otros seres, ideales, cuerpos místicos (*corpus mysticum*), según el decir de los canonistas de la Edad Media y que hoy llamamos personas jurídicas o morales.”
(Alessandri, Somarriva, Vodanovic, 2005, p. 497)

Queda claro que los sujetos del derecho son dos i) las personas naturales y ii) las personas jurídicas, siendo objeto de nuestro estudio exclusivamente la llamada persona jurídica y sus elementos constitutivos que consideramos

fundamentales, por cuanto esta persona del derecho es la destinataria para la aplicación de la teoría de descorrimiento del velo societario.

1.1. Origen etimológico de “persona”, definición del concepto

Respecto del concepto de persona y las especulaciones a su origen no cabe realizar un estudio pormenorizado, pero consideramos importante dejar claramente sentado cual es el origen etimológico desde la perspectiva del Derecho que determina “persona”, ante lo que resulta pertinente la reseña que sobre este término hace el tratadista Salgado (2005):

“...persona proviene del nombre de la máscara que usaban los actores romanos para representar las obras de teatro y que era útil para amplificar la voz. Luego paso a significar el papel que representaban los actores y, finalmente, el término persona se extendió a todos los individuos de la sociedad por considerar que todos escenificaban un papel en la vida humana.” (pp.141-142)

El tratadista indica claramente cuál es la raíz del término, y a su vez hace una precisión muy importante por cuanto indica que ésta llegó a convertirse en sinónimo de ser humano con el devenir del tiempo. De igual manera se denota claramente como el concepto “persona” solo se asimilaba con los individuos.

Otro elemento a considerar de la cita precedente del concepto es que ubica sus antecedentes en la civilización romana, lo que resulta un hecho interesante del cual sabemos que durante la etapa más primitiva de esta civilización los juristas romanos no le prestaron mayor atención al instituto. Posteriormente conforme se desarrolló la civilización itálica a la par lo hicieron todos sus conceptos sin ser la excepción el de persona, donde comienza a delinearse lo que conocemos actualmente como persona jurídica. Al respecto es interesante la exposición que realiza Guillermo Borda:

“La idea de lo que actualmente concebimos como persona jurídica asoma recién en la época del Imperio. A las ciudades a las cuales se las privó de su independencia política se les permitió, en cambio, continuar actuando en el campo del derecho privado; se encontraron sometidas al jus singulorum, obligadas a usar las formas ordinarias del comercio jurídico y a comparecer ante los jueces conforme a las reglas del procedimiento civil. De esta manera se atribuyó por primera vez capacidad jurídica a entes que no eran personas físicas. Y como esta solución resultó práctica y útil, se la extendió a otras corporaciones: aldeas, provincias romanas, colegios de empleados asalariados del Estado, cuerpos de artes y oficios, collegia funeraticia, destinados al culto y principalmente a asegurarse la sepultura; inclusive, llegó a reconocerse la capacidad a ciertas vastas sociedades comerciales destinadas a explotar minas o que contrataban los impuestos públicos.” (1999, p. 513)

Consideramos que la riqueza de la cita se encuentra en que sintetiza de forma didáctica el concepto de persona jurídica, así como el origen de la misma dado que nos proporciona un tiempo determinado dentro del cual este concepto apareció, de igual forma presenta el motivo que llevó a la evolución de esta institución. Es enriquecedor por cuanto nos indica un hecho interesante al manifestar que algunas de estas concepciones primigenias de persona jurídica ya estaban dotadas de capacidad jurídica.

Ante este orden de ideas resulta igualmente interesante el dato que nos proporciona respecto a la existencia de algunas organizaciones tales como; sociedades comerciales y empresas destinadas a la actividad minera las cuales excepcionalmente, contaban con capacidad jurídica propia, es decir diferente a la de sus miembros.

La indicación de la existencia de determinadas organizaciones que contaban con capacidad jurídica denota la evolución de la cual fue objeto este concepto, por cuanto en la actualidad la capacidad es lo esencial de la persona jurídica conforme la concepción moderna que tenemos del concepto.

Pese a la gran cantidad de información que existe respecto al origen etimológico e histórico de la figura debemos pasar a revisar su definición, para lo cual revisaremos nuestra legislación respecto de la institución de la persona jurídica, específicamente el Código Civil (2015) en su título XXX , artículo 564:

“Art. 564.- Se llama persona jurídica 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 y otro carácter.” p.137.

La definición que nos proporciona nuestra legislación es categórica respecto a que es la persona jurídica, empieza por indicar que es una ficción legal, es decir una creación jurídica humana, ante una necesidad real de asociación con fines determinados mayoritariamente de carácter mercantiles y económicos.

La cual tiene como atributos inherentes de su personalidad jurídica que se le reconoce la posibilidad de adquirir derechos, contraer obligaciones. Y establece claramente que para el ejercicio de la capacidad que goza requiere imperativamente la representación judicial y extrajudicial de una persona natural.

Justamente la concepción que encierra nuestro Código al determinar que la persona jurídica es una ficción, nos lleva a tratar el tema de las teorías existentes respecto a la persona jurídica, es por tanto necesario el estudiar la teoría de la “ficción” dado que es la que rige en nuestro ordenamiento jurídico y a la cual deberá aplicarse la llamada teoría del descorrimiento del velo societario.

Frente este orden de ideas procederemos a presentar la teoría de la ficción de la forma más breve posible, sin dejar de lado algunas de las teorías existentes que se contraponen a esta concepción doctrinaria.

1.2. Teoría de la ficción

Estudiar la “teoría de la ficción”, es imperativo pues es la base doctrinaria sobre la que se fundamenta el régimen jurídico que constituye la persona jurídica en nuestra normativa interna, con el propósito de entender lo mejor posible esta figura contenida en el Código Civil, hemos de proceder en su estudio.

Al respecto de la teoría resulta interesante lo que nos recuerdan los profesores Junyent Bas y Richard (2009, p, 7) en su trabajo acerca de la persona jurídica quienes nos hablan respecto de la denominada “teoría de la ficción”, sobre la cual nos informa que fue postulada por Federico Von Savigny en su obra “Sistema de Derecho Romano Actual”. Respecto a la labor de este jurista hacen mención que por medio de la concepción historicista del concepto llega determinar que las personas jurídicas son resultado de una creación legal, elaborado por razones de conveniencia.

Resulta imperativo analizar la teoría analizada por Federico Von Savigny, para una mejor comprensión de la esencia de su teoría, recurrimos a Sánchez de la Torre (1966) quien expresa;

“...definir la persona jurídica, opuesta a la persona individual, como organización de personas o bienes, dedicada a un fin propio y permanente, plenamente distinta respecto a miembros y beneficiarios y con patrimonio totalmente separado que funciona con completa independencia.” (p. 294)

Es claro que la primera puntualización que trajo consigo la teoría fue la más obvia pues comienza por indicar que la persona jurídica es diferente a la persona natural (ser humano) pero no por ello deja de ser totalmente lógica hasta la actualidad, en segundo lugar manifiesta que se trata de una organización conformada por un colectivo de personas (individuos) las cuales acuerdan crear una persona distinta con un fin propio, y la tercera que a nuestro criterio

es la más relevante por cuanto señala que tiene un patrimonio separado y funcionamiento independiente al de quienes la conforman.

Resulta fácil inferir que la idea de recurrir a la utilización de una ficción es óptima por motivos prácticos, por cuanto constituye un instrumento que posibilita las actuaciones del colectivo que conforman a la persona jurídica, sin la necesidad de que todos deban consentir en ellas, dejando así la capacidad necesaria sobre un representante el cual puede administrar el patrimonio de la persona jurídica, y cumpla con el fin para el cual fuere concebida.

Lo dicho posiblemente resume todo lo esencial que debemos conocer respecto a la referida teoría, sin embargo consideremos acertado tener presente una concepción actual respecto de esta teoría, con tal objetivo recurrimos a lo manifestado por los profesores Junyent Bas y Richard:

“La persona jurídica no es un ser sino un procedimiento técnico intelectual descubierto por los juristas, es decir, una realidad y no una ficción, pero no una realidad no perceptible por los sentidos, sino comprensiva de un patrimonio autogestante con finalidad propia.”(2009, p .7)

Esta forma de concebir la ficción de la persona jurídica es sumamente rica, a la vez que guarda relación con la esencia misma de la teoría, por cuanto pone de manifiesto que se trata de un procedimiento técnico jurídico intelectual, el cual es resultado de la capacidad de los juristas de poder atender a las necesidades sociales y económicas que puedan llegar a presentarse.

Continuando con el orden de ideas podemos indicar que manifiesta la perceptibilidad física de la cual es susceptible la persona jurídica, y sobre todo su patrimonio respecto del cual nos indican que es autogestante, es decir, capaz de realizar lo necesario para continuar desarrollándose de forma independiente al patrimonio de los individuos que sean miembros de la persona jurídica.

Por cuanto ya conocemos la teoría de la ficción, revisemos las críticas que se formularon a la misma. Antes de pasar revista a las teorías que se oponen a la concepción de la persona jurídica como una ficción, resulta curioso el hecho ampliamente conocido respecto que esta teoría no tuvo durante mucho tiempo casi nadie que la contradijera tal como manifiesta Borda (1999, p. 516) “ Esta doctrina dominó en la ciencia jurídica, prácticamente sin contradictores, hasta la segunda mitad del siglo pasado; recién entonces los juristas se ensañaron contra ella haciéndola objeto de los más duros ataques.”

Existen algunas teorías contrarias a la de la ficción, respecto de las cuales es pertinente hacer referencia. Comenzaremos por las que critican las consecuencias prácticas que tiene la teoría de la ficción.

En este orden de ideas, presentaremos la clasificación que hace el tratadista Guillermo Borda (1999, p. 517-522), quien con gran éxito esquematizó y agrupó las críticas a esta teoría unificándolas en categorías más abstractas que facilitan el estudio de las mismas.

Conforme el trabajo realizado, la división propuesta por el tratadista es la siguiente:

a) “Teorías Negatorias”

Estas se fundamentan en dos ideas principales la primera que indica que es sólo una herramienta jurídica, y la segunda en que es únicamente un velo el cual cubre una realidad, siendo este el punto neurálgico que lleva a la existencia de divergencias entre los autores por cuanto el mismo Savigny tenía claro que se trataba de una herramienta jurídica, al respecto vale tener presente lo siguiente:

“...la única persona real es el hombre. Consideran, sin embargo, que la doctrina tradicional es superficial y no ahonda la investigación de la realidad que se esconde detrás de la persona jurídica. Esta es, afirman, un mero procedimiento de técnica jurídica, un telón detrás

del cual subyace el substractum real, la verdad oculta tras una apariencia engañosa.” Borda. G. (1999, p. 517)

Siguiendo este criterio inferimos del citado autor que en su texto se aprecia para algunos autores la persona jurídica no es más que un patrimonio de afectación, entre algunos de estos podemos indicar a Brinz y Bekker.

Y en apego a la segunda idea podemos indicar que para estos autores el único verdadero sujeto de derecho es el individuo, frente a lo cual la persona jurídica no constituye una persona capaz de gozar de derechos, por cuanto quienes realmente se benefician de los beneficios que genera (utilidad) son los miembros personas naturales, el mayor exponente de esta teoría es Rudolph Von Ihering cuya ideas fueron desarrolladas posteriormente en Francia por Barthelmely y Planiol.

Dentro de esta misma línea de pensamiento podemos nombrar al tratadista León Duguit, igualmente al gran profesor Hans Kelsen quien se fundamenta en la teoría de Duguit para formular la suya respecto a la persona jurídica. De las teorías de estos maestros indica (Borda 1999, p.520) “... se fundan en la negación de los derechos subjetivos y del concepto de persona como sujeto del derecho. En consecuencia deben ser enérgicamente repudiadas.”

Debemos manifestar nuestro acuerdo con rechazar esta teoría, por cuanto consideramos que el actor principal del derecho es la persona. Sobre este hecho es claramente conocido por la doctrina actual, por cuanto se reconoce que es fundamental para el derecho. Cabe indicar lo que al respecto nos dice Monroy (2006. p, 71): “El derecho debe reconocer y proteger la dignidad de la persona humana, proponiéndose la efectiva protección de los derechos humanos (derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales).”

b) “Teorías de la realidad”

Estas teorías a nuestro criterio son las más extrañas de las que existen respecto a la persona jurídica, y que fuere propuesta por el alemán Giner, respecto

de la esencia de la misma es acertado lo que manifiesta Guillermo Borda (1999, p. 520) quien dice:

“...afirman que las personas jurídicas no son entes artificiales creados por el Estado, sino, por el contrario, realidades vivas. Los entes colectivos son organismos sociales dotados tanto como el hombre de una potestad propia de querer y, por lo tanto, capaces naturalmente de ser sujetos de derecho.”

Lo que podemos inferir es que propone la idea de la existencia de la persona jurídica, indicando que es un organismo *vivo*, y por tal condición es merecedor de reconocimiento jurídico por parte del Estado. Esta idea nos parece del todo inconcebible, es más supone una ficción mayor que la propuesta por Savigny.

Esta teoría se contradice con aquella que señala: “Solo las conductas del hombre pueden ser prohibidas, obligadas o permitidas. Desde esta perspectiva y en último término, solo el hombre puede ser sujeto de derechos.” (Villagrán, 2003, p, 211). Es decir, solo el hombre es el sujeto de derecho por excelencia, al utilizar una ficción como propone Savigny reconocemos que es por voluntad del hombre y en uso de sus derechos el crear una persona ficticia, para consecución de sus objetivos.

Nos queda solo por revisar una de las corrientes doctrinarias que agrupan algunos autores que se contraponen a la teoría de la ficción.

c) “Teorías de la construcción lógica”

Estas teorías las encontramos interesantes por cuanto tienen una concepción que se aleja un poco del campo netamente jurídico, pues recurre a la función lingüística de las palabras para definir los términos.

Algunos de los principales exponentes de esta teoría son Nino quien a su vez se fundamenta en Hart, respecto del fundamento de esta teoría resulta pertinente lo que nos dice Villagrán:

“La expresión “persona jurídica” para estos autores, pertenece a esta clase de términos, por lo tanto se debe desistir de intentar definirla y, en cambio, centrar la investigación en las funciones que cumple dicha expresión en los distintos contextos en que se la utiliza, mostrando cómo las frases en que aparece, pueden traducirse en otras que hacen referencia a hecho observables.” (2003, p. 211)

Consideramos que al haber presentado esta corriente hemos cumplido de forma cabal con analizar todas las doctrinas que son contrapuestas a la teoría de la ficción propuesta por Savigny.

Por cuanto definimos la teoría de la ficción, y llevamos a cabo un breve repaso de las críticas que se han realizado, logramos identificar plenamente que esta teoría fundamenta la personalidad jurídica de la que gozan en nuestro país las sociedades.

Pasaremos a estudiar la personalidad jurídica de las sociedades, y los más importantes de los elementos que la conforman.

1.3. Definición de la personalidad jurídica societaria

Tras definir a la persona jurídica de forma general debemos, analizar este concepto en su conjunción respecto a las sociedades. Como hemos determinado que la “teoría de la ficción”, es la adoptada en nuestro Código Civil como fundamento de esta institución.

Debemos hacer una precisión respecto al concepto de sujeto en su concepción genérica, de la cual se ha dicho que es quien se encuentra investido de

capacidad para poseer derechos y obligaciones. En esta línea de pensamiento cabe tener presente lo dicho por el tratadista Arturo Valencia:

“La palabra persona señala ante todo un sujeto de derechos, o sea, la capacidad para ser sujeto (activo o pasivo) de las normas jurídicas, especialmente de los hechos y de las consecuencias jurídicas.” (1997, p. 523)

Frente a lo dicho es preciso suponer que las implicaciones y alcances que tiene la persona jurídica, tal como la enuncia el Código Civil son similares o iguales a los elementos que conforman la personalidad jurídica de las sociedades.

Por cuanto conocemos que la persona jurídica se encuentra dotada de facultades conforme a la normativa, derechos y obligaciones, similares a las que poseen las personas naturales las que entendemos son el sustento humano de todas las creaciones jurídicas como son las compañías. Pero una vez que nace la compañía pasa a ser un sujeto jurídico independiente y distinto de quienes la conforman, este hecho es claramente expresado por la doctrina que nos dice:

“Los miembros de una entidad no son sino el substractum humano indispensable para la existencia de la personería jurídica; pero una vez otorgada esta, adquiere una individualidad jurídica totalmente independiente de la de sus miembros. Como consecuencia de ello, existe también una entera independencia patrimonial; las obligaciones de los socios no afectan a la entidad y viceversa.” (Borda, 1999, p. 623)

De lo manifestado en la cita precedente el tratadista manifiesta que los individuos (personas naturales) que forman la compañía constituyen el elemento humano indispensable para la conformación de la misma, e igualmente indica que como consecuencia del nacimiento de la persona jurídica esta posee una personalidad propia, y un patrimonio.

A su vez entendemos que la persona jurídica tiene un patrimonio propio diferente al de los socios, esto es algo sobre lo cual hablaremos más adelante dentro de la presente investigación.

Ante lo expuesto es claro que debemos definir a la sociedad o compañía antes de comenzar el estudio respecto de los elementos y características que conforman su personalidad jurídica. Pero resulta imperativo antes el definir a la sociedad o compañía.

1.3.1 . Concepto de compañía en el campo del Derecho Mercantil:

Para entrar propiamente en el campo jurídico del Derecho Mercantil, específicamente en la parte societaria, debemos estudiar su principal sujeto de regulación el cual es la sociedad o compañía, para tal propósito consideramos acertado comenzar con el análisis respecto de la compañía contenido en la Ley de Compañías la cual en la Sección I Disposiciones Generales establece:

“Art. 1.- Contrato de compañía es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades.

Este contrato se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil.”

Es fácilmente apreciable que la normativa citada, no define la sociedad o compañía, lo que hace es definir el contrato de sociedad por el cual se constituye la compañía que es el sujeto jurídico del Derecho Mercantil por excelencia. De igual forma esta norma queda corta, por cuanto nada nos indica respecto al manejo de los bienes en comunidad, entre otros aspectos.

Por ello cabe indicar que en nuestra legislación dentro del Código Civil existe una definición legal respecto de sociedad, y donde se asimila sociedad con el concepto de compañía, cuyo texto literal es el siguiente:

“Art. 1957.- 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.”

La norma citada claramente asimila al contrato de sociedad definido en la Ley de Compañías con la figura jurídica de la compañía, a la cual cataloga como persona jurídica. No obstante consideramos que ambos cuerpos jurídicos se complementan entre sí, por cuanto como claramente nos manifiesta el tratadista Dávila:

“Los textos del Código Civil y de la Ley de Compañías mencionan fragmentariamente dos elementos: los aportes como suma de obligaciones asumidas por los fundadores y el ánimo de lucro como justificación del contrato social.” (Dávila, 2011. p. 15)

Ante lo estudiado respecto a la compañía, consideramos pertinente hacer una acotación respecto a la diferencia de significado que tiene la compañía para el Derecho y la Economía, por cuanto la idea que generalizada es la concepción económica de la figura, con propósito de establecer la diferencia entre las concepciones que ofrecen estas ciencias cabe lo que manifiesta Cabanellas de las Cuevas:

“La diferenciación entre el concepto –económico- de empresa y el concepto –jurídico- de sociedad en cuanto ente o persona jurídica, permite evitar la búsqueda estéril de un conjunto de normas específicamente aplicables a la empresa en cuanto supuesta entidad jurídica con existencia normativa propia. Las normas aplicables a la empresa son las que rigen la actividad económica en general, y en particular las que hacen el Derecho Societario, al Laboral y al Concursal.” (Cabanellas, 1994. p. 26)

Lo contenido en la cita anterior deja claramente demostrado la diferencia que existe en la concepción de empresa, pero a nuestro entender en la institución de la empresa se aprecia claramente la sinergia que existe entre el Derecho y la Economía, por cuanto cada una desde su ámbito regulatorio confluyen sobre la empresa.

En la doctrina nacional nos adherimos a la definición de compañía que nos proporciona el tratadista Cesar Dávila quien manifiesta:

“(...) contrato de sociedad o compañía es aquel en el cual las partes expresan la voluntad de constituir una persona jurídica, a cuyo favor, afectando parcialmente sus patrimonios individuales, realizan aportes que integran el capital social.” (Dávila, 2011, p. 14)

Esta definición consideramos es la más acertada para nuestra realidad jurídica, teniendo en cuenta que quien la proporcionó conoce a fondo el Derecho Societario nacional, y recoge varios de los elementos que previamente indicamos forman parte del contrato de compañía, por el cual varias personas expresan su voluntad y consentimiento para formar una sociedad, de igual forma indica claramente la existencia de una afectación patrimonial para dotar a la compañía de un patrimonio propio.

Manifiesta que la sociedad se funda por medio de un contrato, el cual una vez tiene vida jurídica posee un patrimonio autónomo (propio), diferente del patrimonio particular de los socios que participan en el contrato, esta separación la doctrina la denomina principio de separación patrimonial al cual hemos de referirnos posteriormente.

Sin perjuicio de todo lo expresado hasta el momento, queremos recoger lo que respecto al instituto de la sociedad puede aportar la doctrina internacional la cual nos dice:

“La sociedad en sentido estricto se caracteriza por la actividad en común *exteriorizada*, con finalidad u objeto autónomo (o sea, distinto al de los socios), con participación en las pérdidas y las utilidades que se deriva del patrimonio social (y no del de un gestor o de los bienes en condominio), donde éstos tienen injerencia en las resoluciones colegiales que se adopten.” (Richard, Muiño, 2000. p. 7)

Es interesante lo que nos señala la cita respecto a la compañía, por cuanto nos indica que su nacimiento es por medio de un contrato denominado “sociedad”, por tratarse de una figura así cabe realizar el estudio de cada uno de los principales elementos que lo conforman, éstos han sido identificados por la doctrina y contenidos en nuestra ley y son; la capacidad, y el patrimonio propio el cual se basa en el principio de división patrimonial.

Como hemos manifestado previamente consideramos que la personalidad de la cual se encuentran investidas las compañías es similar a la que poseen las personas naturales, por cuanto la personalidad se da en reconocimiento del concepto de persona que se fundamenta en la teoría de la ficción, sustento doctrinario de la existencia de las personas morales.

Respecto de la cual durante su estudio entendimos que permite exista similitud entre los derechos y obligaciones al igual que facultades y deberes a los que posee la persona natural. Ante esto cabe recordar cuales son los elementos que conforman la personalidad de las persona naturales, por cuanto no ayudará a identificar que elementos debemos buscar en las personas morales que conforman la personalidad jurídica de las compañías tal como la hemos definido.

Respecto a los elementos esenciales que conforman la personalidad de las personas, la doctrina manifiesta que son los siguientes:

“Esos atributos son propios tanto de las personas naturales como de las morales o jurídicas, con ciertas salvedades. Se reducen a los siguientes: 1) La capacidad de goce; 2) La nacionalidad; 3) El nombre; 4) El estado civil (del cual carecen las persona jurídicas); 5) El domicilio, y el 6) El patrimonio.” (Alessandri, Somarriva, Vodanovic, 2005, p. 403)

Para la doctrina son seis los elementos esenciales, pero de los cuales solo uno no es común entre la persona natural y la persona jurídica, este es el estado civil, esto obedece a obvias razones como son la imposibilidad de que una sociedad o compañía contraiga matrimonio.

La doctrina ha logrado identificar algunos elementos particulares con los cuales resulta posible caracterizar a la sociedad entendida como compañía, respecto de lo dicho encontramos lo siguiente:

“Dentro de ese criterio estricto de sociedad, ésta podría caracterizarse por los siguientes elementos: 1) Origen voluntario, por actividad, contrato o declaración unilateral de voluntad. 2) La constitución de un patrimonio autónomo, escindido del de los fundadores. 3) La organización o forma organizada, como autogestión del patrimonio. 4) El reconocimiento de personalidad por el sistema normativo. 5) La manifestación externa de esa unidad, actuando "a nombre colectivo". 6) La durabilidad de esa manifestación. 7) El carácter económico, además de común, del fin, para distinguirla de la asociación. 8) El fin u objeto común o autónomo de la actividad de ese patrimonio.” (Richard, Muiño, 2000. p. 10)

La cita precedente proporciona y enumera varios de los elementos que previamente hemos identificado, pero a su vez los complementa por cuanto denota la necesidad que para poder existir una compañía, ésta debe estructurarse bajo una forma societaria legalmente establecida, tal como podría ser anónima o

limitada, sobre este particular hemos de referirnos en el segundo capítulo de la presente investigación.

De igual forma nos indica que debe contar con un plazo determinado de existencia de la compañía que se funda mediante el contrato de sociedad, un fin u objeto en común, el cual determina la actividad que debe desarrollar la compañía, además de un nombre bajo el cual se identifica a la compañía dentro del comercio.

1.4. Capacidad jurídica de las compañías

Probablemente este sea junto con al patrimonio, uno de los elementos fundamentales que conforman personalidad jurídica, de la cual están dotadas las compañías en nuestro país.

Para el estudio de este elemento acudiremos en primera instancia a lo que nos dice el Código Civil respecto a la capacidad de las personas jurídicas, que en su artículo 1463 inciso tercero establece lo siguiente:

“Art. 1463.- (...) Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. (...)”

Resulta fácilmente apreciable que la compañía por ser una persona jurídica es un incapaz relativo, el cual requiere para dotar de validez a sus actos que tengan el deber de cumplir con determinados requisitos que están previamente determinados por lo que ordena el Código Civil en su artículo 1461, cuyo texto literal dispone lo siguiente:

“Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

1. Que sea legalmente capaz;
2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
3. Qué recaiga sobre un objeto lícito; y,
4. Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”

Ante esta norma es claro que ser legalmente capaz es el primer requisito para poder, obligarse frente a otra persona sea esta natural o jurídica. Respecto a esto la doctrina manifiesta que nos dice:

“ (...) la capacidad es un atributo de la personalidad jurídica, porque la aptitud para convertirse en titular de derechos y obligaciones es precisamente la que permite que un ente pueda entrar a formar parte de la categoría de las personas o sujetos de derecho.(...) Igualmente, ciertos entes ideales, como las corporaciones, las sociedades, las fundaciones, etc., adquieren personalidad jurídica cuando se les reconoce aptitud para adquirir derechos y para contraer obligaciones” (Ospina, F. Ospina, E. 2000. p.86)

En la cita queda claro que la doctrina considera a la capacidad como el elemento fundamental, para que las personas jurídicas puedan obtener personalidad jurídica, y en consecuencia de ello estén en la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

En la presente investigación al hablar de la persona jurídica resulta imperativo hablar de las clases de capacidad por cuanto, nos ayudan a comprender cuál es el alcance de este concepto en la compañía que como hemos indicado es una persona jurídica, la cual está dotada de personalidad.

La doctrina ha identificado dos clases de capacidad las cuales son de goce y de ejercicio. Respecto a la capacidad de goce se nos dice que esta;

“(...) La capacidad de *goce o adquisitiva*,... es absoluta, puesto que toda persona, por el solo hecho de ser tal, está investida de ella. La personalidad, sea natural o jurídica, consiste precisamente en ser sujeto de derechos. La capacidad de goce y la personalidad son, en realidad, dos conceptos que se identifican y confunden.” (Alessandri, 2004. p.47)

La cita precedente define claramente a la capacidad de goce al indicar que esta es general a todas las persona no importan si son jurídicas o naturales, a más que pone de manifiesto la estrecha relación que existe entre capacidad y personalidad, que es a nuestro entender la relación que apreció claramente Savigny y recogió en su teoría de la ficción, respecto de la cual nos hemos referido anteriormente en el desarrollo del presente estudio.

Respecto de la capacidad de goce es fácil apreciar que es un concepto que aún se encuentra plenamente vigente, y tal está contenido en nuestra legislación nacional específicamente en el artículo 1462 del Código Civil cuyo texto literal dispone: “Art. 1462.- Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.”

Respecto de la capacidad de ejercicio, la definición más acertada es la que nos proporciona el tratadista Alessandri, quien al respecto de esta nos refiere lo siguiente: “La *capacidad de ejercicio* (...) es la aptitud para ejercer nuestros propios derechos por sí mismos. (...) la facultad de ejecutar un determinado acto sobre el patrimonio del representado o mandatario.” (Alessandri, 2004.p. 48)

Como vemos la capacidad de ejercicio se la puede entender como la posibilidad o facultad que tiene la persona, para poder ejecutar o realizar un acto sobre su patrimonio. Esta capacidad es la que se ve limitada para las personas jurídicas las cuales requieren de un representante para poder manifestar su voluntad es decir, ejercer su capacidad de goce.

En este sentido resulta pertinente traer el artículo 313 de la Ley de Compañías, que establece; “Art. 313.- Las funciones del directorio y del gerente serán las determinadas por esta Ley para los directorios y gerentes de las compañías anónimas.”

Como hemos señalado al inicio de la presente investigación, la capacidad es fundamental para la existencia de la compañía, antes de terminar este tema debemos proporcionar una definición respecto de la capacidad:

“(...) el léxico jurídico la expresión *capacidad* es anfibológico pues unas veces denota la aptitud que se les atribuye a las personas o sujetos para ser titulares derechos y obligaciones, al paso que, otras veces, se emplea para significar el poder que se reconoce a la mayoría de dichos titulares para realizar actos jurídicos, sin el ministerio o autorización de otras personas.” (Ospina, F. Ospina, E. 2000, p.86)

Todo lo dicho respecto a la capacidad consideramos que nos proporciona un fundamento adecuado, para poder comprender los temas que se tratarán posteriormente al aplicar la teoría del descorrimiento del velo societario a las compañías.

1.5. ¿Qué es el patrimonio?

1.5.1. Determinación de la teoría de patrimonio aceptada en Ecuador:

Para el desarrollo del presente trabajo es esencial estudiar la institución del patrimonio, dado que es un elemento esencial derivado de la personalidad jurídica de las compañías, por tanto, definirlo y determinar cuál es la teoría de patrimonio adoptada en Ecuador tiene gran importancia en la presente investigación.

El patrimonio es uno de los elementos fundamentales para la existencia del contrato de sociedad, conforme lo que manda el artículo 1959 del Código Civil cuyo texto literal nos dice:

“Art. 1959.- No hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero.

Tampoco hay sociedad sin participación de beneficios.

No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero.”

Como vimos previamente para la legislación citada la sociedad y la compañía son términos análogos, pese a que la realidad son diferentes instituciones. Pero como la legislación asume que son iguales es aplicable el artículo anterior a las compañías.

Por lo tanto, consideramos conveniente empezar por proporcionar una definición general, no jurídica respecto de esta institución, con tal objetivo es pertinente citar lo siguiente: “La Academia entiende por *patrimonio*, (...) los bienes propios adquiridos por cualquier título.” (Cabanellas de Torres, 2004, p. 255)

La definición anterior queda corta respecto de todo lo que abarca el patrimonio, pero nos proporciona una primera idea aunque sea básica respecto de la institución a la que nos referimos.

Para la ciencia del Derecho se define de una forma específica, respecto de la cual es importante recalcar que:

“En el idioma patrimonio tiene varias acepciones. A nosotros interesa por ahora sólo su sentido jurídico. Desde este punto de vista se define tradicionalmente como el conjunto de derechos y obligaciones de una persona valubles en dinero.

En consecuencia en el patrimonio no sólo entran los derechos, los bienes, los créditos sino también las deudas.” (Alessandri, Somarriva, Vodanovic, 2005.p 476)

La definición que nos proponen los tratadistas resulta muy acertada para nuestro ordenamiento jurídico y nuestra realidad social, si bien fue dada en otro contexto la similitud existente entre la legislación chilena y la nuestra, ésta permite que sea aplicable a nuestra realidad.

Sin embargo, nos parece que una definición mucho más completa doctrinariamente respecto al patrimonio es la que nos proporciona el tratadista Rojina quien respecto del instituto manifiesta:

“El patrimonio se ha definido como un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valorización pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho (*universitas juris*). Según lo expuesto, el patrimonio de una persona estará siempre integrado por un conjunto de bienes, de derechos y, además, por obligaciones y cargas; pero es requisito indispensable que estos derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio sean siempre apreciables en dinero, es decir, que puedan ser objeto de una valorización pecuniaria.” (Rojina, 2008, p.7)

Es justamente esta definición de patrimonio la que para nosotros es aplicable a la compañía en nuestro país, como hemos indicado previamente en la presente investigación es parte esencial de la compañía el patrimonio, respecto de la cual podemos indicar que bajo esta teoría el patrimonio está compuesto por una universalidad de obligaciones y derechos.

Creemos pertinente hacer una aclaración respecto al patrimonio de la compañía pues claramente el artículo 1959 del Código Civil manda: “No hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya sea en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero.”

La aportación que realiza cada socio va conformar el patrimonio de la sociedad, en cuanto al capital social con el cual va operar la compañía en su giro habitual de negocio. Al respecto de esto podemos encontrar el criterio del tratadista Dávila quien nos dice: “El poner alguna cosa significa crear un fondo o capital que será la cifra inicial del patrimonio de la sociedad, distinto de los patrimonios propios de los socios individualmente considerados.”(2011, p. 47)

En la cita que hemos traído encontramos dos cosas sumamente interesantes la primera es la aplicación del principio de división patrimonial sobre el cual nos hemos referido previamente dentro de la presente tesis, y la segunda que el aporte o fondo que se realiza es sólo parte del patrimonio, no el patrimonio tal como jurídicamente se concibe.

Lamentablemente la legislación nacional no logra hacer esta distinción entre el patrimonio y el aporte o capital el cual obligatoriamente se debe “poner” al momento de la constitución de la compañía, ante esto debemos tener presente lo siguiente:

“Para evitar confusiones, es menester precisar qué ha de entenderse por capital social y qué por patrimonio. Y es que al celebrar el contrato, ambos sustantivos nombran una sola realidad. Pero en adelante, el capital social será una cifra matemática contable, que no puede sufrir variación sino mediante reforma estatutaria (aumento o disminución de capital): es el valor numerario asignado a la totalidad de aportes. El patrimonio, en cambio, es variable. Representa el conjunto de derechos y obligaciones de la sociedad o compañía; y, sigue las vicisitudes de los negocios de la empresa.” (Dávila, 2011, p. 48)

Queda claro que nuestra legislación identifica el capital social de la compañía con el patrimonio que esta tiene, lo cual como claramente denota el autor no es correcto pues el capital social es solo una cifra matemática, mientras que el

patrimonio es una universalidad variable de derechos y obligaciones intercambiables por otros.

Sin perjuicio de la aclaración contenida en lo que manifiesta Dávila, resulta necesario presentar una definición de capital, respecto del capital de las compañías a nuestro criterio se lo podría definir tomando como base el artículo 1959 de la ley de compañías, expresando al respecto que es la cosa en común, ya consista en dinero o efectos que aporta cada uno de los socios o accionistas de la compañía.

Tomando en cuenta la importancia que tiene el patrimonio como atributo de la personalidad jurídica, y que inclusive se requiere de un principio particular como es el de la división patrimonial para, conseguir que se desvincule completamente el patrimonio de la compañía frente al de los individuos que componen la persona jurídica.

1.5.2. Teoría clásica de patrimonio:

En el estudio del patrimonio consideramos pertinente recordar la primera teoría que se postuló respecto de esta institución, a fin de poder tener claridad en el tratamiento de las siguientes teorías que se presentarán dentro de la presente investigación.

Respecto de la primera concepción de patrimonio nos parece acertado lo que manifiesta el tratadista en la cita siguiente:

“La doctrina clásica, cuyos más destacados expositores son los autores franceses Aubrey et Rau, considera al patrimonio como un atributo de la personalidad y lo define como universalidad jurídica compuesta por todos los derechos y obligaciones apreciables en dinero que tienen por titular a una misma persona.” (Abeliuk, 2001, p. 17)

En cuanto a la concepción clásica de patrimonio debemos empezar por manifestar que se lo determina como una universalidad jurídica, la que comprende todos los derechos y obligaciones que sean apreciables en dinero. Pero respecto de esta universalidad cabe tener presente los elementos que lo conforman, la doctrina nos dice:

“Es una universalidad jurídica, es decir algo distinto de los bienes, derechos y obligaciones que lo forman; de ahí que sus elementos son intercambiables, y así los bienes pueden enajenarse, las obligaciones extinguirse, pero siempre el patrimonio será el mismo, pues unos y otros se van reemplazando por nuevos derechos y obligaciones, según el mecanismo de la subrogación real.” (Abilio, 2001, p. 17)

Acorde con esta misma concepción de patrimonio se han manifestado varios autores, dentro de los cuales cabe tener presente el criterio del tratadista español Alfonso de Cossío (1977) quien indica:

“La esfera jurídica de una persona se encuentra constituida por la totalidad de los derechos y obligaciones de los que es titular. Dentro de esta esfera formando un círculo más limitado, se encuentran aquellos cuya esencial característica es la de ser pecuniariamente apreciables, los cuales constituyen su *patrimonio*. Puede hablarse de patrimonio en un triple sentido: o bien referirse en general a todas las relaciones jurídicas valuables en dinero, de las que es titular una persona, y entonces, en cuanto se halla integrado no sólo por derechos, sino también por obligaciones, habla de un activo y de un pasivo en el patrimonio; o bien denotar únicamente el conjunto de derechos pecuniariamente apreciables pertenecientes a una persona, esto es, de patrimonio bruto; y finalmente, del conjunto de valores que restan después de detraídas las deudas.” p.130

La definición que nos proporciona es muy completa por cuanto demuestra que existen relaciones entre los bienes que lo integran y la persona que lo posee, a los cuales se refiere como esfera jurídica la cual está constituida por la totalidad de los derechos y obligaciones de los cuales es titular.

De igual manera pone de manifiesto que sobre este conjunto de derechos y obligaciones cabe la posibilidad de una valoración económica la cual colocaría en términos de numerario a este atributo de la personalidad. De igual forma manifiesta que existe una triple relación dentro del patrimonio respecto de lo cual podemos indicar lo siguiente:

- A. Solo las personas tienen patrimonio, puesto que únicamente ellas pueden ser titulares de derechos y deudores de obligaciones;
- B. Toda persona tiene un patrimonio. Aun cuando carezca totalmente de bienes, o el balance del activo y pasivo sea negativo, toda persona tiene un patrimonio (...)
- C. Una persona no tiene más que un patrimonio, dado que éste es el conjunto de elementos jurídicos que tienen un mismo titular.”(Abeliuk, 2001, p. 18)

Como vemos para esta concepción de patrimonio únicamente las personas lo tienen, y siempre lo posee, no importa que éste se componga solamente de pasivos, por cuanto el patrimonio es la aptitud necesaria para poder ser titular de derechos y obligaciones, de igual forma denota que ninguna persona puede tener más de un patrimonio.

Esta concepción del patrimonio denota la capacidad de la persona jurídica, en este caso de la compañía, para poder ser titular de derechos y obligaciones lo cual es una de las atribuciones que presenta la personalidad jurídica de la cual se dota mediante la legislación pertinente.

Lo expresado en este acápite de nuestra investigación es parte importante de la concepción clásica de la doctrina del patrimonio.

1.5.3. Teoría moderna del patrimonio

Por cuanto hemos visto cual es la concepción clásica de patrimonio, resulta pertinente estudiar la teoría del mismo, en su concepción moderna respecto de la cual podemos empezar por indicar que ésta fue postulada en su concepción y denominación por “-Planiol, Ripert y Picard –“ (Rojina, 2008,p.15).

Esta nueva concepción del patrimonio se forma de varios puntos los cuales son disímiles de la teoría clásica propuesta por Aubrey et Rau, cabe ver lo que nos dice el tratadista Rojina quien parafraseando a Planoi y Ripert, respecto de su formulación de patrimonio indica:

“una universalidad reposando sobre la común destinación de los elementos que la componen, o más exactamente, un conjunto de bienes y de deudas inseparablemente ligados, porque todos ellos se encuentran afectados a un fin económico, y en tanto que no se haga una liquidación, no aparecerá el valor activo neto". (Rojina, 2008, p. 16)

Esta teoría pone énfasis sobre la parte económica del patrimonio, respecto de la cual se afirma que el patrimonio tiene una destinación, es decir, un fin económico específico, no habla de una universalidad pero manifiesta que existe un vínculo que mantiene ligados los bienes y las deudas.

Pensamos que lo dicho nos deja algunas dudas respecto a esta doctrina respecto del patrimonio, para lo cual recurrimos al tratadista Rojina quien nos dice lo siguiente:

“En nuestra opinión, el patrimonio adquiere autonomía no en relación con la persona, sino en función de un vínculo jurídico-económico, que el derecho reconoce para afectar el conjunto de bienes a la consecución de ese fin; se requieren, por consiguiente, los siguientes elementos: 1°-Que exista un conjunto de bienes,

derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin. 2º-Que este fin sea de naturaleza jurídico-económica. 3º-Que el derecho organice con fisonomía propia y, por consiguiente, con autonomía todas las relaciones jurídicas activas y pasivas de acreedores y deudores, en función de aquella masa independiente de bienes, derechos y obligaciones. Si no se cumplen estos requisitos, no habrá patrimonio de afectación. El primer requisito supone que el patrimonio no es como dijo la escuela clásica, una simple posibilidad de ser; por el contrario, el patrimonio debe tener existencia real, integrarse por un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que existan en un momento dado. Por consiguiente, dentro de esta teoría no se admite la posibilidad de un patrimonio de afectación en lo futuro como expectativa de la persona.” (Rojina, 2008, p. 18)

Claramente la preeminencia económica de esta teoría se basa siempre en la finalidad que tiene la personalidad de la compañía, si bien no es visto como un atributo de la personalidad jurídica se entiende que debe existir una interacción entre las dos, por ello que bajo esta concepción el patrimonio ha de orientarse a cumplir con el fin u objeto de la persona jurídica.

1.6. División patrimonial entre la persona jurídica y el patrimonio personal de sus miembros.

Consideramos que este principio es uno de los fundamentos para la existencia de personalidad jurídica. Esto se debe al hecho que la división patrimonial que establece la teoría de la ficción, permite que exista una división real entre los patrimonios de las personas naturales (socios o accionistas) que participan en la celebración del contrato de la nueva sociedad compañía.

Este principio entendemos que determina, el hecho de la existencia de un patrimonio de la compañía el cual es totalmente independiente del patrimonio de las personas que son dueñas de la misma, lo que supone una gran ventaja para el desarrollo de la actividad comercial.

En este orden de ideas es pertinente traer lo que respecto de este principio nos dicen los profesores Junyent Bas y Richard (2009): “El principio de división patrimonial, base de la personalidad, se estructura en resguardo no de los socios sino del nuevo sujeto de derecho y de sus acreedores, distintos a los acreedores de los socios.” p. 19

De forma clara indican que la división existente entre el patrimonio de la compañía frente al de los socios tiene como principal finalidad el beneficio de ésta, y de los terceros que contraigan obligaciones con la compañía.

La existencia de este principio de división patrimonial se encuentra claramente recogido por algunos tratadista nacionales, los cuales no llegan a nombrarlo como tal pero, logran identificar claramente que el patrimonio de la compañía es totalmente diferente al patrimonio de las personas que intervienen en el contrato de sociedad, al respecto encontramos lo siguiente:

“(...) la empresa, para poder actuar, ha de necesitar de bienes o de servicios, de capitales y de trabajo; es decir, de los factores de producción o de intercambio. Se entiende el patrimonio no solo desde el punto de vista material, sino también desde el punto de vista de servicios y de derechos.” (Salgado, 2015. p. 36)

El principio de la división patrimonial ha sido objeto particular de estudio en Argentina, donde los tratadistas lo han identificado de forma muy precisa, y denotan la importancia que tiene, indicando que es igual a la que tiene la “capacidad” que poseen las personas jurídicas, por cuanto contribuye al desarrollo de las actividades del objeto para el cual se constituyó la sociedad al respecto encontramos en la doctrina Argentina criterios como el siguiente:

“En las relaciones externas el patrimonio societario responde por obligaciones sociales, creando el débito social, aun en la sociedad de hecho en favor de terceros acreedores sociales, para rechazar la

agresión simultánea de los acreedores individuales del socio.”
(Richard, Muiño, 2000. p. 45)

La cita claramente nos indica cual es la función e importancia del principio de división patrimonial, por cuanto permite que la sociedad actúe en sus relaciones con terceros con un patrimonio propio, el cual se ve afectado al momento de realizar actividades orientadas a cumplir con el objeto de su creación. De igual forma cumple otra función importante que es impedir que el patrimonio de los socios y el de la sociedad (compañía) sean solidarios entre sí protegiendo al patrimonio de la compañía de las obligaciones que tengan los socios y viceversa.

Respecto de este principio nos queda por indicar que consideramos es una clara consecuencia de aceptar la teoría de la ficción como base de la persona jurídica, y que constituye una garantía a la sociedad y a las personas con las cuales puedan llegar a tener relaciones comerciales.

El principio aquí desarrollado, junto con la capacidad, el patrimonio y el consentimiento (voluntad) de los socios son elementos esenciales de la personalidad jurídica que poseen las compañías.

Y lo encontramos expresamente incorporado a nuestra legislación mediante el artículo 144 de la Ley de Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, el cual dispone: “Tercera: La compañía de comercio goza de personalidad jurídica propia, y en consecuencia constituye un sujeto de derecho diferente a sus socios.”

2. CAPÍTULO II: TIPOS DE COMPAÑÍAS Y RESPONSABILIDAD LIMITADA

2.1. Especies de compañías existentes en Ecuador

Para el presente capítulo consideramos imperativo, hablar de las compañías que contempla nuestra legislación, por cuanto ya nos referimos al contrato de sociedad que como indicamos en nuestra legislación es igual a compañía, ante ello la Ley de Compañías reconoce la existencia de los siguientes tipos de compañías:

“Art. 2.- Hay cinco especies de compañías de comercio, a saber:

La compañía en nombre colectivo;

La compañía en comandita simple y dividida por acciones; La compañía de responsabilidad limitada; La compañía anónima; y, La compañía de economía mixta.

Estas cinco especies de compañías constituyen personas jurídicas.

La Ley reconoce, además, la compañía accidental o cuentas en participación.”

Como claramente se indica en la Ley de Compañías, existen cinco tipos de compañías, respecto de las cuales vamos a realizar un estudio conciso de algunas, enfocándonos en compañía en nombre colectivo, sociedad anónima y la compañía limitada.

Lo que buscamos con el estudio de estas figuras es identificar el objeto jurídico, que cada, por cuanto nuestro sistema dado su origen, siempre protege un valor jurídico por medio de una institución, al respecto es acertado recordar que:

“De acuerdo con la orientación de origen romano-germánico, los denominados *tipos de sociedad* son los modelos abstractos integrados por principios jurídicos, que corresponden a las finalidades económicas que se intentan con cada una de las formas de asociación.” (Reyes, 2010, p.56)

Cabe indicar que los tipos más usuales de compañías son la anónima y la compañía limitada, pero hemos decidido incluir la compañía de nombre colectivo por cuanto despertó nuestro interés de forma particular mientras desarrollamos la presente investigación.

Debemos aclarar que no hemos de referirnos al resto de compañías, por cuanto la comandita simple, y la empresa unipersonal de responsabilidad limitada son instituciones a las cuales no es posible aplicar la figura del descorrimiento del velo societario, por cuanto la naturaleza de estas figuras no comprende la utilización del principio de la responsabilidad limitada. Tal situación se encuentra claramente establecida por la doctrina pues al respecto manifiesta: "(...) en aquellas formas societarias en que no hay limitación de la responsabilidad de los socios, como en las compañías colectivas o comanditas no opera esta figura." (Andrade, 2009.p.15)

Tras esta aclaración procedemos a realizar el estudio de las instituciones societarias que existen en nuestra legislación y de fundamentan en el principio de responsabilidad limitada.

2.1.1. Compañía en nombre colectivo:

Respecto de este tipo de compañías cabe indicar que es el primer tipo de compañía que se creó en la historia, y se encuentra contenida en la Ley de Compañías, respecto de esta consideramos importante empezar por conocer lo que la doctrina nos dice al respecto:

“Se define a la Sociedad en Nombre Colectivo como aquella en que todos los socios, bajo una razón social responden ilimitada y solidariamente de las operaciones sociales, teniendo en cambio, todos ellos la administración de la sociedad.” (Cevallos, 2010, p. 143)

Esta definición resulta muy interesante dado que realiza varias precisiones sobre cuáles son los elementos que conforman la Sociedad en Nombre Colectivo, respecto de estos nos dice que conforman una sociedad por la cual todos los socios se unen bajo una razón social, donde los socios responden solidariamente por todas las operaciones sociales, y con la particularidad que todos los socios comparten el control de la organización.

Frente a este criterio es interesante notar que varios autores coinciden respecto a que la Sociedad en Nombre Colectivo tiene un marcado carácter personalista como se puede ver de sus elementos, en esta línea de pensamiento podemos recordar lo siguiente:

“...es la sociedad personalista dedicada, en nombre colectivo y bajo el principio de la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria de los socios, a la explotación de una industria mercantil.” (Garrigues, 1981, pp.354-355)

Esta autor pone especial énfasis en el carácter personalista que es esencial en este tipo de compañías, es muy similar a la definición que nos proporcionó el tratadista Cevallos, tras lo cual podemos decir que para nosotros lo esencial de este tipo de compañías son tres elementos los cuales ponemos en consideración:

1. Son personalistas, es decir lo importante es la persona el socio por sobre el capital que aporte.
2. La existencia de responsabilidad limitada de todos los socios respecto de las obligaciones que la sociedad contraída frente a terceros.
3. La administración compartida de la sociedad por parte de todos los socios.

El identificar esos criterios lo hacemos con el propósito de ayudarnos a verificar si la forma como se concibe esta figura en la Ley de Compañías tiene relación

a lo manifestado por la doctrina. Por cuanto ya contamos con el criterio de la doctrina cabe revisar en nuestro estudio, como se define en la ley a esta figura societaria o compañía. Encontramos que el artículo 36 de la Ley de Compañías, define a esta figura y determina cuales son los elementos que la componen, el texto literal manifiesta:

“Art. 36.- La compañía en nombre colectivo se contrae entre dos o más personas naturales que hacen el comercio bajo una razón social.

La razón social es la fórmula enunciativa de los nombres de todos los socios, o de algunos de ellos, con la agregación de las palabras "y compañía".

Sólo los nombres de los socios pueden formar parte de la razón social.”

Del citado artículo se aprecia fácilmente el carácter personalista de este tipo de compañías, tal es la importancia de los socios que claramente se aprecia que la ley manda que los nombres de los socios, consten como parte de la razón social o nombre de la compañía.

Pero debemos indicar que la definición que nos proporciona la ley, resulta corta por cuanto nada nos dice respecto a la solidaridad existente entre los socios, por cuanto los socios son solidarios entre sí. Este elemento resulta esencial para la doctrina, de igual forma nada manifiesta respecto de la administración de la compañía respecto de la cual conforme la doctrina sabemos que debe ser compartida entre todos los socios de la compañía.

Dejando estas consideraciones de lado debemos indicar que la teoría del descorrimiento del velo societario es completamente inaplicable a este tipo de sociedades por cuanto como claramente muestra la doctrina el fin de esta figura societaria es compartir la responsabilidad de las obligaciones entre todos los socios, cabe conocer lo que al respecto dice la doctrina: “ La responsabilidad

de los socios, por la obligaciones de la compañía es ilimitada; de otro lado es subsidiaria; y solidaria entre los socios.” (Cevallos, 2010. p. 147)

Como claramente establece la doctrina, la responsabilidad que existe en este tipo de sociedades es solidaria, y justamente es lo que persigue la aplicación de la teoría del descorrimiento del velo societario, pero como ya es un elemento de la misma, no tendría ningún sentido práctico la aplicación de esta institución pues en esta figura no existe el beneficio de la responsabilidad limitada en favor de los socios frente a las obligaciones contraiga la sociedad.

2.1.2. Compañía anónima:

Cabe comenzar el estudio de esta figura realizando un breve repaso respecto de su origen, por cuanto como indicamos de forma precedente es seguramente junto con la compañía limitada son las principales figuras societarias que se emplean en nuestro país.

2.1.2.1. Antecedente de la compañía anónima:

Frente a lo propuesto nos parece muy interesante el dato que nos proporciona el profesor Dávila respecto a la aparición de la compañía anónima, de la que manifiesta que:

“La compañía anónima apareció simultáneamente con el Estado nacional. Y su idoneidad como instrumento para realizar negocios a largo plazo y a gran escala transformó al nuevo tipo societario en la “forma jurídica típica de la empresa capitalista”. Las primeras sociedades donde aparecieron reunidos la división del capital por acciones y el beneficio de la responsabilidad limitada estableció a favor de los accionistas fueron las compañías de Indias, organizadas con el objeto de explotar las tierras de ultramar en África, Asia y América; y la Inglesa de las Indias Orientales, constituida en 1600, sirvió de antecedente para las demás.” (Dávila, 2011. pp. 2-3)

De la cita anterior resulta claro que de esta figura el antecedente más remoto que se tiene son las sociedades inglesas que se crearon para la explotación de la Indias Orientales que datan del año 1600, pero aquí solo se habla de la realidad social en la que apareció esta figura.

Más importante para nuestro estudio es saber exactamente desde cuando apareció esta figura societaria positivamente plasmada en algún cuerpo normativo, por cuanto a partir de la concepción normativa podemos hablar de una institución jurídica como tal, como respuesta a esto encontramos muy esclarecedor lo que nos permitimos citar a continuación:

“Entre los hombres de negocios y los profesionales del derecho, cuando se menciona a la compañía anónima, se entiende por tal una **persona jurídica** o, si queréis una **empresa social**, cuyo capital se divide en acciones representadas en títulos libremente negociables y donde los socios solo están obligados por las deudas de ésta hasta la concurrencia de sus aportes (responsabilidad limitada), soluciones que impuso la práctica y que recogieron los códigos, a partir del francés de 1807.” (Dávila, 2011.p. 1)

Lo que más llama nuestra atención de la cita precedente es que nos proporciona un importante dato histórico al indicar que el año de 1807, y el Código Francés de aquel, pues a partir este momento podemos encontrar la figura societaria con los elementos que mantiene hasta nuestros días.

2.1.2.2. Definición de la compañía anónima:

Puesto que contamos con un antecedente respecto a la aparición de las compañías anónimas, debemos ver como se la define en nuestra legislación por lo cual acudiremos a la Ley de Compañías en el artículo 143, que nos dice:

“Art. 143.- 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.”

A nuestro criterio lo que señala la ley en el artículo citado, no se lo puede tomar como una definición de la compañía anónima, lo que proporciona es la descripción de las características o elementos que conforman esta figura societaria. Dentro de estos elementos destaca la responsabilidad limitada, por cuanto es el que mayores beneficios jurídicos reporta a los accionistas, al señalar un límite a la responsabilidad que tienen los socios en el pago de las obligaciones que la compañía contrae frente a terceros.

Nuestro criterio respecto a la compañía anónima lo fundamentamos en lo que manifiesta la doctrina, respecto a lo establecido en el artículo 143 de la Ley de Compañías.

Del cual se indica que no define a la compañía anónima, sino que lo que hace es enunciar los elementos que conforman esta figura, sin decir nada respecto al objetivo o finalidad del apareamiento de la misma, ante tal hecho la doctrina junto con la ley proporcionan criterios que nos permiten comprender los elementos que conforman la compañía anónima. Tal es el caso de lo manifestado por Salgado, quien nos dice:

“ La Sociedad Anónima, por su naturaleza, es la estampa y figura más clara, o el prototipo de las Sociedades de capital; por ello su característica principal se encuentra en la limitación de responsabilidad que tienen sus accionistas frente a los acreedores de la Compañía, ya que como claramente expresa el artículo 143 de la Ley de Compañías “ solo responden por el monto de sus acciones”; por ello esta especie de Compañía incentiva y deriva confianza a todos los grandes inversionistas a fin de acogerse a esta figura jurídica.” (Salgado. 2015. p. 7)

Además el tratadista manifiesta que la compañía anónima es la principal figura societaria por su naturaleza, y ello se debe principalmente a lo atractivo que resulta para el inversionista la limitación dada por la responsabilidad limitada, ésta responsabilidad está directamente relacionada con la participación accionaria que el socio tiene respecto al capital social de la compañía..

La doctrina nacional respecto de la compañía anónima se ha referido en los siguientes términos:

“Es una Sociedad capitalista cuyo capital social se encuentra dividido en acciones de libre negociación, formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones, es decir, en el fondo con sus aportes. Los accionistas tienen una responsabilidad limitada frente a terceros. No responden sino con lo que aportan. “(Salgado, 2015. p. 7)

Lo dicho por este autor, consideramos que contempla todos los elementos que conforman la compañía anónima pues nos habla respecto de la conformación accionaria, como es la aportación, la responsabilidad limitada que existe frente a terceros respecto de las obligaciones que contraiga la compañía en el desarrollo de sus actividades mercantiles en busca de cumplir con el objeto determinado en su creación.

A decir de algunos de los mejores exponentes de la doctrina societaria nacional no existe una definición en la ley respecto de la figura de la compañía anónima, por ello las definiciones que proporcionamos en la presente investigación son con fines didácticos, una de las mejores definiciones que podemos encontrar en este sentido es la siguiente:

“(...) la compañía anónima es persona jurídica del sector privado (excepcionalmente con socios del sector público), cuya representación legal la ejercen determinados administradores temporales y amovibles; con capital dividido en acciones; con socios

que responden por los resultados de las operaciones sociales hasta el monto del valor suscrito y tienen derecho a intervenir en la dirección o gobierno social a través de juntas generales, donde toman decisiones por mayoría y encargan, durante periodos prefijados, la gestión de los negocios, la administración y la fiscalización a órganos especializados.” (Reyes, 2010.p. 22)

Esta definición a nuestro criterio lo que hace es sistematizar los contenido en el artículo 143 de la Ley de Compañías, en el cual se determinan los elementos que conforman la figura societaria de la compañía anónima, pese a ello nos ayuda a comprender de mejor manera cual es el trasfondo jurídico que protege la figura.

La sociedad anónima a nuestro entender es la principal forma de organización jurídica societaria, dado los elementos que la conforman y resultan sumamente atractivos para los accionistas que las conforman. Son la mejor herramienta para el cometimiento de grandes proyectos, en este sentido podemos encontrar lo siguiente:

“La sociedad anónima sigue siendo el prototipo de las sociedades de capital. De ahí que con frecuencia se utilice como medio para acometer proyectos de grandes dimensiones. El elemento *intuitu rei* se refleja en diversos rasgos de su regulación normativa. La limitación del riesgo de los accionistas, sumada a su relativa separación de la gestión de los negocios sociales, justifica la existencia de una infraestructura normativa compleja y amplia.” (Reyes, 2010. p. 76)

Para la presente investigación resulta importante identificar cuáles son los elementos que forman la compañía anónima, los cuales conforme a la ley y doctrina, son los siguientes:

- Capital (sociedad eminentemente capitalista)
- Libre negociabilidad de las acciones de la compañía.
- Responsabilidad limitada, directamente en relación la aportación individual de cada socio en la compañía.
- Un órgano de administración independiente de los socios que posean las acciones de la compañía.

Frente a los elementos que componen la compañía anónima debemos manifestar que el carácter capitalista de esta figura se pone claramente de manifiesto en dos de sus esenciales elementos tales como son: el carácter impersonal donde la persona del socio es irrelevante, y la limitación del riesgo que beneficia a los accionistas quienes responden sólo hasta el monto de su aportación al capital de la compañía, esto se encuentra claramente identificado por la doctrina que al respecto manifiesta:

“La sociedad anónima se caracteriza esencialmente por su índole personal, que se refleja en el carácter no dirimente de los vicios del consentimiento que se relacionan con el ámbito personal de los accionistas, la limitación del riesgo de éstos hasta el monto de lo aportado, la libre negociabilidad de las acciones y la administración de los negocios sociales mediante gestores temporales y revocables. (...) denotan inequívocamente la orientación legislativa tendiente a preservar la conspicua línea divisoria entre el patrimonio personal de los asociados y las obligaciones de gestión de la empresa social, cuya responsabilidad se radica en forma exclusiva en cabeza de los administradores.” (Reyes, 2010.p. 77)

De la cita presente resulta claro que el objetivo de la compañía anónima es mantener la separación patrimonial que existe entre el patrimonio de los accionistas y el de compañía, este principio ya lo estudiamos previamente en el acápite pertinente del presente trabajo.

Sin embargo resulta interesante el aporte que hace respecto a la división que debe existir en el manejo de la compañía, la independencia de los administradores ante los accionistas de la compañía.

Respecto de este elemento que podemos identificar como esencial en las compañías anónimas, es pertinente manifestar que posiblemente sea uno de los que menos se cumpla pero es de los principales para el buen funcionamiento de la compañía anónima, esta situación se encuentra claramente identificada por parte de la doctrina nacional la cual manifiesta al respecto lo siguiente:

“...una autentica Compañía Anónima, como empresa, si bien requiere de accionistas y de aportes de capital significativos, su éxito se basará necesariamente y fundamentalmente en una conducción administrativa correcta, alejada de la titularidad de sus accionistas. Lastimosamente, en el Ecuador, pocas son las Compañías de esta especie que mantienen esa sana separación. Los grandes accionistas o familias que dominan las Sociedades Anónimas son quienes intervienen directamente en la administración de la Compañía, administración que, inclusive, en algunos casos, forma parte de una herencia de modo que, al fallecimiento del titular de las acciones, en la práctica, se presenta la transmisión de la herencia correspondiente incluyendo la administración de la empresa.”
(Salgado, 2015, p.10)

Es claro que en el país el control de las compañías anónimas no se realiza con la debida independencia conforme a lo que se establece en la doctrina y la ley, para un correcto funcionamiento de la sociedad.

Respecto este tipo de compañías debemos indicar que a prima facie la teoría del descorrimiento del velo societario, afectaría directamente el concepto de la responsabilidad limitada, que es un pilar sobre el cual se fundamenta este tipo de compañía.

2.2. Compañías de responsabilidad limitada

2.2.1. Definición de la compañía de responsabilidad limitada:

Como parte del estudio que estamos realizando es imperativo estudiar la figura societaria denominada compañía limitada, en forma similar a lo realizado con otras figuras societarias contenidas en nuestra Ley de Compañías, y que se analizaron previamente.

Con tal propósito acudimos a la ley de Compañías, la cual define a esta compañía en el artículo 92 bajo los términos siguientes:

“Art. 92.- 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. Los términos comunes y los que sirven para determinar una clase de empresa, como "comercial", "industrial", "agrícola", "constructora", etc., no serán de uso exclusivo e irán acompañadas de una expresión peculiar.

En esta compañía el capital estará representado por participaciones que podrán transferirse de acuerdo con lo que dispone el Art. 113.”

Del texto normativo citado, se identifica claramente cuáles son los elementos que conforman la figura jurídica de la compañía de responsabilidad limitada, pero estos no constituyen una definición respecto a que es la figura. Es por ello que recurrimos a la doctrina para conocer la definición que al respecto puede proporcionarnos, siendo para nosotros el criterio adecuado el siguiente:

“Este tipo de sociedad, que bien puede denominarse *híbrido o mixto*, participa de algunas características propias del régimen personalista y de otras propias de las sociedades de capitales. Desde un punto de vista mercantil, tiende a ser una sociedad *intuitu rei*, puesto que las normas aplicables de manera subsidiaria son las previstas para las sociedades anónimas. Sin embargo, su sistema supletivo de administración y representación legal se nutre del régimen jurídico de las sociedades colectivas.” (Reyes, 2006. p. 71)

En primer lugar podemos apreciar que la definición que proporciona la doctrina respecto a la compañía de responsabilidad limitada, guarda similitud con lo que nos dice la Ley de Compañías. Sin embargo tiene una perspectiva más amplia, pues claramente algunos elementos de esta sociedad como su carácter personalista, que consideramos es lo esencial de esta figura societaria.

Para nosotros la compañía de responsabilidad limitada es una sociedad principalmente de carácter personalista (“*intuitu personae*”), por lo tanto la persona el socio en sí mismo es preponderante, por sobre los bienes que la persona aporte a la constitución de la compañía.

Nuestro criterio resulta acertado por cuanto al investigar como la doctrina nacional define a esta compañía, encontramos la definición siguiente:

“ A pesar de que la Doctrina, en general, se inclina por sostener que la Sociedad de Responsabilidad Limitada tiene un carácter mixto, pensamos nosotros que dentro del concierto societario **tiene un acentuado carácter personalista** -en el fondo muy personalista – sobre todo en el Ecuador; a esta conclusión llegaremos si tan solo pensamos que las personas se asocian tomando en cuenta ciertos lazos de afinidad, de amistad, de parentesco, etc., y este criterio se acrecienta aún más al pensar que las participaciones sociales (las cuotas del capital social) no son transferibles o negociables, a no ser

que lo consientan unánimemente los demás socios.” (Salgado, 2015. p.101)

La doctrina nacional e internacional, coinciden en que la compañía de Responsabilidad Limitada a prima facie tiene una naturaleza mixta, pero al realizar un simple análisis de estas en el caso concreto de Ecuador, indica Salgado encontraremos que entre los socios existe un nexo de parentesco, afinidad, o amistad.

Respecto a considerar la naturaleza o carácter de esta compañía como mixta es pertinente traer al presente estudio lo que al respecto nos dice Emilio Romero, quien manifiesta:

“Por consiguiente reconociéndoles como uno de los tipos de especies de Sociedades de Comercio que determina la ley de Compañías, podría concluirse que la naturaleza societaria de la compañía de Responsabilidad Limitada en el Ecuador es la de una sociedad de personas, con peculiaridades propias, no obstante ciertas características especiales que le acercan a la Compañía Anónima sin llegar a equipararla a ella.” (Romero, 2008. p. 344)

Algunas de estas peculiaridades propias son muestras claras del carácter personalista de estas compañías, quizás la principal que se puede apreciar es la limitación que existe en cuanto a la posibilidad que tienen los socios de transferir las participaciones, esta limitación está contemplada en el artículo 113 de la Ley de Compañías cuyo texto literal dispone lo siguiente:

“Art. 113.- La participación que tiene el socio en la compañía de responsabilidad limitada es transferible por acto entre vivos, en beneficio de otro u otros socios de la compañía o de terceros, si se obtuviere el consentimiento unánime del capital social.

La cesión se hará por escritura pública. El notario incorporará al protocolo o insertará en la escritura el certificado del representante

de la sociedad que acredite el cumplimiento del requisito referido en el inciso anterior. En el libro respectivo de la compañía se inscribirá la cesión y, practicada ésta, se anulará el certificado de aportación correspondiente, extendiéndose uno nuevo a favor del cesionario. “

De la lectura del artículo precedente queda claro que en el caso de que cualquier socio, manifieste la intención de ceder el porcentaje de participaciones sociales que posea deberá en primer lugar obtener el consentimiento unánime del resto de socios. Esto permite observar la limitación que existe en esta clase compañía respecto a las personas que la conforman.

En cuanto a la teoría del Descorrimiento del Velo Societario, es aplicable a esta figura jurídica societaria, por cuanto al existir la limitación de la responsabilidad de los socios atada a la aportación del capital social, cabe la extensión de responsabilidad solidaria que propende el descorrimiento del velo.

2.3. ¿Que es la responsabilidad limitada?

2.3.1. Antecedente de la responsabilidad limitada:

De todos los elementos que están dotadas las compañías en la actualidad, la responsabilidad limitada resulta ser uno de los más atractivos para los inversionistas. Por cuanto establece una clara separación entre el patrimonio de la compañía y el de los socios o accionistas que la conforman.

Antes de determinar la finalidad de esta institución resulta conveniente conocer algo respecto a la historia de la misma, el Derecho Romano respecto de la sociedad y sus características tenía interesantes concepciones algunas de las cuales manifiesta Giggllberger:

“En términos generales, la sociedad fue considerada como un contrato, es decir, carente de atributos tales como patrimonio

autónomo y personalidad jurídica distinta de la de sus socios. Los integrantes se repartían los beneficios y respondían por las pérdidas según lo convenido, o bien por partes iguales si no existía estipulación sobre el punto. El patrimonio social se confundía con el de los socios, pues éstos continuaban siendo propietarios de los bienes que aportaban y respondían por las obligaciones que contraía la sociedad.” (Giggberger, 2010, p.45)

De la cita podemos comprender que el patrimonio personal de los socios se confundía con el patrimonio de la sociedad, no existía ninguna forma de comprobar donde terminaba el patrimonio de la sociedad y donde comenzaba el de los socios.

Este hecho se producía por cuanto para los juristas de la época no cabía que las sociedades cuenten con atributos tales como patrimonio autónomo, y una personalidad jurídica distinta a la de los socios que la conformaban. Estas ideas como estudiamos previamente son elementos fundamentales e inseparables de la concepción actual que tenemos respecto de las sociedades como las compañías.

Posterior a esta total confusión que existía entre los patrimonios, en la edad media nos encontramos que debido a la gran bonanza que experimentó el comercio durante esta época, se presentan sociedades mercantiles, respecto de las cuales nos dicen lo siguiente:

“Los germánicos contaban con la gesamtehand o “sociedad de mano única” que, según relata Roca, otorgaba una significación unitaria al organismo social, independizándolo de los individuos singulares que la componían...” (Giggberger, 2010, p. 47)

Resulta claro que en la edad media empieza a considerarse una separación entre el patrimonio de las personas jurídicas (sociedades) y el patrimonio de los

socios. Esta separación que comienza aparecer durante esta época, por cuanto se entiende cuál es el trasfondo jurídico de la sociedad, que como estudiamos previamente es la *affectio societatis*.

La limitación de la responsabilidad en las sociedades responde a una invención o postulación que se dio en los tiempos modernos, al respecto es acertado recordar lo siguiente:

“Con alguna exageración se ha afirmado que “la limitación de la responsabilidad en la sociedad es el más grande descubrimiento individual de los tiempos modernos. Incluso el vapor y la electricidad son menos importantes que la sociedad de riesgo limitado.” (N. Buttler citado en Reyes, 2010, p. 258)

Resulta muy interesante que algunos tratadistas consideran que la creación de esta institución, incluso es más importante que invenciones otras como la electricidad, y es probable que sea así por cuanto si consideramos el costo que tuvo desarrollar la electricidad no hubiera sido posible sin la existencia de compañías las cuales puedan invertir recursos en investigación y desarrollo de las nuevas tecnologías.

La responsabilidad limitada sin duda alguna propendió a la expansión de la utilización de las sociedades comerciales, el cual es un hecho que la doctrina identificó como se aprecia:

“El privilegio de la responsabilidad limitada hasta el monto del aporte, concedido a los socios respecto de las deudas de la compañía, permitió la expansión de las sociedades comerciales, así como la asunción de grandes riesgos que, en otras circunstancias, no se hubieran podido correr.” (Trujillo, 2011, p. 53)

Las citas precedentes coinciden en la importancia de la institución de la responsabilidad limitada, y conforme la investigación realizada para el presente

estudio coincidimos con tales opiniones, por cuanto la inclusión de esta figura a las características de las compañías contribuyó significativamente a su creación y desarrollo.

2.3.2. Definición de la responsabilidad limitada

Por cuanto nuestra legislación no define a esta figura, procederemos a definirla para lo cual acudimos a lo que nos dice la doctrina de esta institución al respecto el tratadista Reyes manifiesta:

“En verdad, el reconocimiento universal de esta prerrogativa obedece a la necesidad de estimular la creación de empresas, mediante un sistema que, además de reducir el riesgo personal de los socios, accionistas o constituyentes únicos, garantice la continuidad de la actividad económica aun después que estos últimos han sido reemplazados. “ (Reyes, 2010, p. 258)

Es interesante que la definición comience por indicar que esta institución apareció como el reconocimiento de una prerrogativa de carácter casi universal, la cual contribuye a la creación de empresas.

Pero de la cita precedente logramos comprender que la finalidad de la responsabilidad limitada no es útil solo a los socios o accionistas de la compañía si no que lo es incluso para todos los terceros que podrían tener alguna acreencia contra la compañía, por cuanto asegura la continuidad de la actividad económica de los socios.

Sin dejar de reconocer el valor de la cita anterior, no resulta poco esclarecedor respecto a qué es la responsabilidad limitada, por esto nos resulta acertado lo que manifiesta Francisco Marcos cuya definición respecto a esta institución es la siguiente:

“La responsabilidad limitada es un mecanismo conforme al cual las pérdidas son absorbidas más que trasladadas. Cada inversor tiene

asignada una parte de las pérdidas a soportar. En una empresa endeudada, esa garantía se acompaña de una preferencia para los acreedores. Al accionista es al que se le salta primero. En este momento el riesgo es “trasladado” de los acreedores a los accionistas. En un régimen de responsabilidad ilimitada el riesgo que se traslada sería aún mayor. Dado que alguien debe soportar el coste entero de la quiebra del negocio, algunos han afirmado que la importancia de la responsabilidad limitada ha sido exagerada.” (Marcos. F, 2002, p. 6)

Ésta nos resulta más comprensible por cuanto nos indica que la responsabilidad limitada es un mecanismo el cual permite “absorber” las pérdidas provenientes del desarrollo del negocio, por todos los socios o accionistas pero conforme a la participación que cada uno tiene del capital social de la compañía.

Por cuanto contamos ya con una idea clara respecto que es la responsabilidad limitada, procederemos a ver unos pocos de sus efectos sin entrar a detallar todos, consideramos acertado presentar el que a nuestro criterio ofrece la mayor ventaja sobre todo a los inversionistas o inversores de la compañía.

2.3.3. Efectos de la responsabilidad limitada

Son varios los efectos que tiene la aplicación de la responsabilidad limitada, algunos de los cuales los tenemos identificados tras estudiar su evolución, e inclusión en el derecho mercantil, siendo a nuestro criterio los principales los siguientes:

- Ofrecer una ventaja al inversionista, por cuanto se produce una clara y efectiva división de su patrimonio personal mismo que ve limitada su afectación a la aportación económica que posea en la compañía.
- Contribuye a la personalidad jurídica, por cuanto contribuye a la existencia de un patrimonio autónomo de la misma.

- Frente a esto consideramos que la mejor manera de dimensionar correctamente la función que tiene la institución de la responsabilidad limitada, es por medio de un ejemplo :

“Una persona que paga 100 dólares por unas acciones arriesga 100 dólares, pero nada más. Los administradores y otros trabajadores no son responsables subsidiarios por las actividades de la empresa. Nadie arriesga más de lo que ha invertido.” (F. Marcos. 2002, p. 1)

Del ejemplo podemos identificar dos cosas, la primera que las obligaciones siempre serán cubiertas con el patrimonio de la compañía, y la segunda que para los socios siempre existe un detrimento patrimonial el cuál es directamente proporcional al monto de inversión que cada uno posea en la compañía, en el caso concreto del ejemplo precedente sería igual a 100 dólares, por cada socio.

El ejemplo es claro en cuanto denota que no existe subsidiaridad entre los socios y accionistas respecto de las obligaciones que pueda contraer la empresa, a nuestro caso concreto podemos indicar que no se extendería la responsabilidad más allá del monto de acciones o participaciones que se posea en la compañía.

Resulta interesante estudiar la visión del derecho anglosajón respecto al efecto de la responsabilidad limitada que existe en las sociedades de capital, por cuanto esta institución ha sido objeto de críticas debido a los abusos que se han cometido utilizándola, sin embargo, de esto el propósito para el cual fue concebida es claro, en constancia de lo cual traemos a colación lo siguiente:

“Las consideraciones expuestas son suficientes para insistir en que la ventaja principal de la sociedad de capital en los Estados Unidos, consiste en la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus respectivos aportes. En los casos de insolvencia o bancarrota de la sociedad, el inversionista a lo sumo perderá el

monto de que tiene invertido. Por el contrario, en las sociedades de personas (“partnerships”), el asociado arriesgará, además de lo aportado, su patrimonio personal. Este último podría ser perseguido por los acreedores sociales en relación con las obligaciones derivadas de la actividad de la sociedad, de acuerdo con un régimen que es semejante al que se les aplica a los asociados de las sociedades colectivas de origen romano- germánico.”(Reyes. 2006. P.169)

Para el derecho anglosajón la finalidad de esta limitación a la responsabilidad de los socios obedece a la necesidad practica que tienen los socios de proteger el resto de su patrimonio de las posibles afectaciones que puedan sufrir derivadas del manejo de la sociedad.

3. CAPITULO III: LA INSTITUCIÓN DEL DESCORRIMIENTO DEL VELO SOCIETARIO, Y CAUSALES PARA SU APLICACIÓN EN ECUADOR.

3.1. Terminología con la cual se denomina al descorrimiento del velo societario

Antes de avocarnos en el estudio de la figura es necesario indicar las diversas terminologías por medio de las cuales se la identifica. Con tal finalidad tomamos la recopilación que de forma sucinta y clara presenta María Teresa Seijas Rengifo quien recopila las siguientes:

“Esta teoría es conocida con los siguientes nombres:

- *Disregard of the legal entity
- *Lifting the corporate veil
- *Piercing the corporate veil
- *Inoponibilidad de la persona jurídica (Doctrina europea)
- *Desestimación de la persona jurídica
- *Teoría del allanamiento
- *Redhibición de la persona jurídica
- *Descorrer o levantamiento de la persona jurídica
- *Rasgar el velo corporativa
- *Corrimiento y penetración del velo
- *Prescindencia de la persona jurídica” (Seijas. 2007. P.399)

Debido a la gran cantidad de nombres con los cuales se denomina descorrimiento del velo societario, al estudiarla encontraremos que la doctrina se refiere a esta institución de forma indistinta.

De todas las formas en que la doctrina se refiere a la institución nosotros nos adherimos por la de “descorrer o levantamiento de la persona jurídica (velo societario)”, puesto que es denomino a la teoría en su inicio.

Cabe hacer una pequeña alusión a que si bien la ley habla de la inoponibilidad, consideramos que es errado por cuanto esté el efecto que produce el levantamiento o descorrimiento del velo societario.

Respecto del efecto de aplicar el descorrimiento es pertinente, tener presente lo que manifiesta Marco Gerardo Monroy Cabra quien dice: “Constituye así la inoponibilidad una manifestación de la ineficacia de los actos jurídicos. (2006. p. 633)”. Lo cual no conlleva dejar sin efecto el contrato de sociedad por el cual se creó la compañía.

3.2. Antecedentes del descorrimiento del velo societario

Mencionamos que las compañías dotadas de personalidad jurídica se constituyeron en motores de la economía, que ayudaron al desarrollo económico que conoció el mundo en el siglo XVIII, en la primera revolución industrial, este hecho fue notorio en Estados Unidos de América, e Inglaterra como lo manifiesta Reyes al decir;

“La primera revolución industrial en el siglo XVIII no fue sólo un conjunto de avances tecnológicos aplicados a la vida corriente, sino particularmente –como fruto de las nociones de división del trabajo y especialización- un conjunto de teorías y de prácticas económicas, financieras y jurídicas, entre ellas, los esquemas que siguen vigentes hoy para agrupar capitales de distintas proveniencias y titularidades. Al lado, como es obvio, de los avances de agrupación iniciales, la necesidad de darles eficacia, confiabilidad y estabilidad implicó instituciones jurídicas nuevas adecuadas a esos propósitos. No vale la pena demostrar por qué esos desarrollos jurídicos tuvieron por escenario principal aquellos sitios donde más se necesitaban, es decir, los países del mundo anglosajón.” [Cursivas añadidas] (Reyes. 2009. P.1)

Este hecho histórico tiene una importancia especial para nosotros, puesta tal desarrollo de la economía, la tecnología, y el Derecho por su naturaleza y función debió evolucionar a la par proporcionando instituciones jurídicas capaces de ofrecer estabilidad, eficacia, y confiabilidad respecto de las actuaciones que realizan las compañías.

El Derecho Societario, como regulador de las compañías se vio obligado a reaccionar rápidamente, ofreciendo solución a los diversos problemas que se presentaron, estas soluciones fueron exportadas al resto del mundo. Como de forma clara está contenido en la doctrina:

“El Derecho Societario norteamericano se ha convertido en un punto de referencia obligado para quienes desean señalar los enfoques más modernos sobre la materia. Así sus concepciones pragmáticas son frecuentemente invocadas en respaldo de tesis, propuestas de reforma legislativa y otros análisis jurídicos.” (Reyes.2009.p.2)

Hecho de especial relevancia para la figura del descorrimiento del velo societario al ser una institución que apareció en los Estados Unidos de América, e Inglaterra ante casos de uso abusivo de las ventajas que tiene la personalidad jurídica societaria.

En la doctrina encontramos dos posiciones, bien delineadas respecto al apareamiento de esta teoría, la primera considera que se originó en Inglaterra, y la segunda asevera que tiene su origen en el derecho jurisprudencial norteamericano.

Los tratadistas que ubican el antecedente de la figura en el derecho inglés, se fundamentan en el célebre caso Salomon Vs Salomon Co., respecto del cual Juan Trujillo Espinel nos recuerda:

“...dentro del sistema jurídico anglosajón donde se aplicó por primera ocasión esta teoría. El primer falló registrado en los

tribunales ingleses respecto a esta materia data de 1897, y tiene relación con el principio de personalidad jurídica separada de la sociedad, que se manifestó en un famoso caso llamado << Salomon v. Salomon & Co. Ltd. >>, de valioso precedente jurisprudencial...” (Trujillo, 2011. p.72)

Lo dicho por el tratadista expresa que este caso posiblemente es el primero del cual existe registro, donde se recurrió a la desestimación de la personalidad jurídica, por lo que se constituye como el antecedente más remoto respecto de la aplicación de esta figura en lo que se refiere al continente europeo.

Otros autores indican que la desestimación de la personalidad no se originó en el Reino Unido, aseveran que sus raíces se encuentran en el derecho jurisprudencial de los Estados Unidos, sustentando su afirmación en un caso que tuvo lugar ochenta y ocho años antes que Salomon Vs Salomon Co.

Pues en Estados Unidos de América se habría producido el que sería el primer antecedente de la aplicación del descorrimiento del velo societario, que tuvo lugar en el año 1809, para ayudar a resolver un conflicto de aplicación de ley, respecto de este caso Carmen Boldo Roda citando a Wormser presenta lo siguiente:

“Wormser relata el caso así; << El tribunal Supremo de EE.UU., desde sus comienzos había proclamado que una << sociedad, reunión de varias personas, es invisible, inmortal, y su existencia sólo descansa en su reconocimiento por la ley>>. La Constitución Federal, sin embargo, en su artículo 3 sección 2ª limita <<inter alia>> la jurisdicción de los tribunales federales < a las controversias entre <<ciudadanos>> de diferentes Estados>. En 1809, en el caso señalado anteriormente, el juez Marshall, con la finalidad de preservar la jurisdicción de los tribunales federales sobre las sociedades, se vio obligado a mirar más allá de la entidad << al carácter de las personas individuales que componían la sociedad>>.”

El tribunal proclamó que << sustancial y esencialmente>> la partes del proceso donde intervinieran sociedades eran los socios, y si estos ostentaban la ciudadanía de diversos Estados, los tribunales federales resultaban competentes para conocer la cuestión>>“(Boldo, 2006.p.145 y 146)

Resulta interesante el dato que aporta Boldo quien al citar a Wormser nos proporciona un precedente anterior al caso Salomon Vs Salomon Co., con lo cual se evidencia que el origen de esta figura se encuentra en los Estados Unidos de América, no en Reino Unido como varios tratadistas refieren.

Para la doctrina no existe duda respecto a donde apareció el descorrimiento del velo societario, pues al estudiar la sistematización que existe al respecto encuentran que es ínfima desde su concepción, pues el instituto no es resultado de un ejercicio legislativo que preestablece supuesto, por el contrario es una herramienta que aparece ante situaciones jurídicas en Cabanellas al decir que:

“Desde el punto de vista histórico, la desestimación de la personalidad societaria, en el Derecho argentino y en *la generalidad de los sistemas jurídicos contemporáneos, no es una consecuencia de un esfuerzo legislativo, basado en premisas concretas de las que se extraen consecuencias normativas diseñadas de forma de lograr un conjunto de reglas coherentes.* La doctrina de la desestimación de la personalidad societaria *tiene un origen fundamentalmente jurisprudencial, prácticamente en la totalidad de países donde esa doctrina tiene una aplicación efectiva.* Esta formación jurisprudencial necesariamente implica *el dictado de reglas aplicables a casos determinados,* de las cuales es preciso extraer un conjunto orgánico de normas de origen jurisprudencial aplicables en esta materia. Ese conjunto necesariamente tendrá una estructura menos precisa que la que surge de un esfuerzo consciente de sistematización legislativa. También desde el punto de vista histórico, juega en la deficiente sistematización de la doctrina de la desestimación de la

personalidad societaria el hecho de que ésta se haya originado y desarrollado en los Estados Unidos, de donde fue tomada por otros sistemas jurídicos. El método jurídico estadounidense es reactivo a las sistematizaciones abstractas y a la adopción de un método deductivo en el que las normas aplicables a casos determinados se extraen, *en forma supuestamente lógica, de principios de gran amplitud.*" [Cursivas añadidas] (Cabanellas. 1994, p.70 -71)

La naturaleza de la figura supone una dificultad para los sistemas romanistas, por cuanto al nacer en base a principios generales del derecho resulta difícil poder preestablecer condiciones o criterios bajo los cuales debe aplicarse la desestimación de la personalidad.

De la cita entendemos que la desestimación se configura ante la necesidad de proteger premisas esenciales del derecho, los cuales son los principios esenciales y por ende los valores jurídicos más importantes para el Derecho. El quid para poder utilizar esta figura es la necesidad de proteger la "buena fe", que consideramos es el principio más importante sobre el cual se fundamentan las relaciones jurídicas con fines comerciales, respecto del cual nos hemos de referir posteriormente.

Respecto al apareamiento de esta teoría de forma general consideramos que hemos presentado lo necesario para conocer su origen, y de cual la finalidad que persigue. Sin embargo estudiaremos el origen de la misma en Ecuador.

3.3. La figura del descorrimiento del velo societario en Ecuador

Tras conocer de forma general como apareció el descorrimiento del velo societario, nos planteamos el objetivo de conocer el antecedente de esta figura en nuestra legislación nacional.

Con tal planteamiento es adecuado lo que al respecto manifiesta el profesor Santiago Andrade:

“En nuestro derecho positivo, la figura procede básicamente al amparo de lo que disponen los artículos 1562 del Código Civil y 17 de la Ley de Compañías (...)” (Andrade, 2009.p.24)

La figura se encuentra presente en la legislación Ecuatoriana desde hace algún tiempo, encontrándose prevista en diferentes áreas del derecho no solo en el campo societario, sino en varias áreas que la sistematizan de forma diversa pero con la misma finalidad, pues “(...) el levantamiento del velo constituye un mero instrumento o mecanismo para evitar el fraude, *pudiendo aplicarse en diversos ámbitos legales como el laboral, mercantil o tributario*, teniendo competencia para solicitarlo no sólo el Juez sino también los Funcionarios Públicos..” [Cursivas añadidas] (Seijas, 2007.p.398)

3.3.1. El descorrimiento del velo societario en materia tributaria

En materia tributaria no se utiliza el descorrimiento del velo societario, por cuanto el Código Tributario posee una figura similar e incluso más amplia cuyo texto literal dispone lo siguiente:

“Art. 17.- Calificación del hecho generador.- Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, *se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica*, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados. Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen.” [Cursivas añadidas] Código Tributario.

De la lectura de la norma se aprecia que la autoridad recaudatoria de los tributos tiene una herramienta, de gran utilidad para determinar el hecho generador de determinadas operaciones económicas cobijadas por figuras jurídicas, al

amparo de las cuales se busca ocultar hechos que podría significar abuso de los beneficios, las excepciones y exoneraciones permitidos por la ley.

Previo a continuar con nuestro estudio es necesario definir que es el hecho generador, respecto del que Rodrigo Patiño manifiesta: “(...) es el elemento que configura la carga impositiva, haciendo posible la aplicación de los principios de equidad y progresividad, dado que en la legislación actual, la deuda tributaria, no se reduce a la prestación que debe realizar el contribuyente al efectuarse el hecho generador previsto en la ley o hecho imponible (...)” (Patiño, 2013, p. 97)

Por ello la disposición de la ley respecto atender la realidad económica para calificar la verdadera esencia y naturaleza jurídica de hechos que no guarden relación con lo establecido en la norma.

El juez y la autoridad tributaria ante hechos que puedan ser confusos, y presumiblemente constituyan simulaciones o abusos acuden al “principio de búsqueda de la voluntad económica de las partes” conforme manda el artículo 17 del Código Tributario, respecto de esto la doctrina manifiesta:

“(...) pero no se invoca la teoría del descorrimiento del velo sino que se aplica *el principio de la búsqueda de la voluntad económica de las partes y la prevalencia de la intentio factis sobre la intentio juris* al amparo de lo que dispone el artículo 17 del Código Tributario. La autoridad tributaria ha venido insistiendo en que debe descorrerse el velo para evitar la evasión tributaria y alegando que el artículo 17 del Código Tributario permite a los jueces ir más allá, hasta el descorrimiento del velo societario. Es a todas luces innecesario en este campo acudir a la teoría del levantamiento del velo habida cuenta lo que dispone el artículo 17 del Código Tributario y la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y sus reformas a la Ley de Compañías y a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, citadas en líneas anteriores, en cuanto permiten divulgar la información sobre los accionistas, socios o propietarios, lo cual

indudablemente facilitará establecer procesalmente la voluntad económica de las partes y que prevalezca la *intentio factis* sobre la *intentio juris* para que no se utilice la figura societaria como un simple recurso técnico para inflar gastos o licuar utilidades.” [Cursiva añadida] (Andrade, 2009.p.31)

En Ecuador no aplica el descorrimiento del velo societario para temas de determinar el hecho generador de impuestos, por cuanto el Código Tributario dota al juez de una herramienta mucho más amplia, que incluso de ser necesario permite descorrer el velo de la sociedad. Circunstancia excepcional que encuentra fundamento en la naturaleza y preponderancia que otorga el Estado a la recaudación tributaria.

A nuestro criterio de lo dispuesto por el Código Tributario, y conforme lo manifestado por la doctrina en materia de impuestos frente hechos que resulten confusos. Se debe actuar en base al principio de primacía de la realidad económica el cual conlleva la aplicación del descorrimiento del velo societario, al sujeto pasivo que realiza actos de abuso o simulación. Con tal propósito se fundamentará en principios generales del Derecho sobre los cuales podrá determinar la realidad y finalidad que persigue el acto jurídico.

3.3.2. El descorrimiento del velo societario en materia laboral

En materia laboral se introdujo el descorrimiento del velo societario a raíz de un hecho social concreto al cual debemos referirnos por cuanto es un importante antecedente que se encuentra en la legislación nacional.

Por ello el descorrimiento del velo societario se incorporó en la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, la cual tuvo como una de sus principales motivaciones el cierre de los casinos que se dio en obediencia a un mandato producto de la Consulta Popular del año 2011 la cual en la pregunta número 7 sobre la prohibición de los juegos de azar fue aceptada con un 52,33% (cincuenta y dos por ciento) de los votos (El Comercio. 2011)

Tras el importante porcentaje con el cual se tomó la decisión de poner fin a los juegos de azar que se llevaban a cabo en los casinos, presentó un problema laboral por cuanto no existía una fórmula de cómo se debía proceder a terminar con la relación laboral que existía entre el casino y los empleados del mismo, este problema lo tuvo parte importante de la población, al respecto encontramos que:

“Los establecimientos que funcionaban legalmente empleaban a unas 3.200 personas, señaló la Asociación de Casinos y Bingos (Ascabi). Otras 3.000 laboraban en los clubes ilegales, según estimativos del sector.” (El Comercio, 2012)

Por ello ante el alto costo que suponía tener que cubrir la indemnización de todos los potenciales afectados, hubo que dotar a los funcionarios responsables del Ministerio de Trabajo anteriormente Ministerio de Relaciones Laborales con una herramienta efectiva que les permita tener acceso a los fondos necesarios para cubrir tales valores. Pues los fondos para las indemnizaciones debían ser provistos por los dueños de las salas de juego que realizaban sus actividades de forma irregular, por cuanto su objeto social no contemplaba tal actividad.

El verdadero problema que tenía el gobierno fue con tales casino “ilegales”, por cuanto el estado asumió su cierre, y pago las liquidaciones a los trabajadores de tales establecimientos. Frente a esto el Estado debía recuperar los fondos que habían sido utilizados con tal propósito.

Ante tal particular la herramienta fue provista por la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 797, de 26 de septiembre de 2012. Este cuerpo normativo incluyó la figura del abuso de la personalidad jurídica, con el objetivo de precautelar el pago de las indemnizaciones que correspondían a los trabajadores de los casinos legales que debían cerrarse por mandato constituyente.

El artículo 1 de la precitada ley, respecto al abuso del derecho dispone en su texto literal 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 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*), podrán 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.”
[Cursiva añadida]

En materia laboral el país utiliza el descorrimiento del velo societario en caso de situaciones extraordinarias. Hecho que resulta entendible respecto de la materia laboral debido a la finalidad que tiene. Pues la relación laboral se encuentra especialmente regulada, en atención a las circunstancias sociales “especialísimas” que confluyen en que una de las partes es débil (trabajador) frente al empleador se torna necesario que la autoridad pertinente tenga facultades extraordinarias, con la finalidad de equilibrar la relación.

Resulta conveniente lo manifestado por la doctrina respecto a la naturaleza de la relación laboral, siendo acertado en tal propósito lo dicho por Isabel Robalino quien dice:

“En primer lugar, *el carácter protector del Derecho del Trabajo. Se trata de normas e instituciones que protegen a los trabajadores. Es, en una expresión más fuerte aún, a pesar de su sobriedad y de su aparente positivismo “el derecho especial de los trabajadores dependientes”.*

Su finalidad y objeto es la justicia social a través de la regulación de las relaciones entre empleadores y trabajadores.” [Cursivas añadidas] (Robalino, 2006.p. 33)

El carácter o naturaleza del Derecho del Trabajo, de proteger a la parte débil de la relación (trabajador), frente al hecho social del cierre de los casinos tras el mandato dado en la consulta popular del 2011, generó la necesidad de que el legislador plasme el descorrimento del velo societario, por abuso de la personalidad jurídica como lo enuncia la normativa, con el propósito de precautelar los derechos de los trabajadores, asegurando el contingente necesario de fondos para cubrir las indemnizaciones.

Sin embargo, no podemos dejar de manifestar respecto a la normativa que podría parecer desmedido el conceder tal privilegio a una autoridad que no sea un juez, por cuanto el determinar la aplicación de la figura a nuestro criterio debe suponer una ponderación de las normas en conflicto respecto de la cual debe manifestarse un juez.

Pues las autoridades administrativas como el Ministerio del Trabajo podrían utilizarla sin el debido cuidado en afán de cumplir con sus objetivos dejando de lado todo ropaje que busque disimular la realidad de la sociedad, por lo que si se realiza sin fundamento puede constituir una transgresión consentida de la privacidad de la sociedad, que podría conllevar diversas consecuencias.

Pese a la inclusión de esta figura de forma expresa en materia laboral, antes de que se promulgará la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, ya existieron fallos en el país los cuales recurrieron a la desestimación de la personalidad jurídica tal es el caso de la sentencia que nos indica el tratadista Juan Trujillo, quien hace referencia al siguiente juicio:

“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 de casación N° 235-94, en juicio de

trabajo, que sigue Segundo Paulino Chito contra Salomon Vargas Rojas, publicada en el Registro Oficial N°754 del lunes 7 de agosto de 1995...” (Trujillo, 2011. P.124)

El fallo citado data del año 1995, y tuvo su fundamento en la base legal del artículo 17 de la Ley de Compañías, cuerpo normativo que ya contempla de forma expresa el abuso del derecho o fraude de forma general.

3.4. . Definición del descorrimiento del velo societario

Éste instituto la doctrina lo define atendiendo a la finalidad que persigue, los efectos que genera su utilización.

La gran mayoría de la doctrina coincide que la necesidad de utilizar el descorrimiento del velo societario, que se dio por cuanto existieron diversos abusos del régimen legal especial que constituye la personalidad jurídica, ante tales hechos aparece el descorrimiento del velo respecto al cual dicen:

“El punto de partida de la teoría del *disregard of legal entity* consiste en que la persona jurídica es un *an artificial being, invisible, intangible and existing only in contemplation of law*, o sea, un medio instrumental o que se contempla en los objetivos del derecho. Si ese medio es usado de un modo antijurídico encubriendo una realidad distinta, hay que descorrer o levantar el velo para descubrir la situación verdadera. De modo que si la personalidad jurídica es utilizada para lograr fines ajenos a aquellos para los cuales se creó, debe prescindirse de tal persona y tomar en consideración los hombres y los intereses que detrás de ella se esconden.” [Cursiva añadida] (Narváez. 1998. P.41)

De lo dicho en la cita entendemos que el abuso de la personalidad jurídica societaria se configura cuando no se persigue el fin original que llevo a conformar

la sociedad ante lo cual se debe pasar a desvelar cuales son los intereses reales ocultos.

Respecto de que es descorrer el velo societario el profesor Santiago Andrade manifiesta que:

“Al descorrimiento del velo se lo puede describir *como el instrumento procesal que permite al juez dentro de un proceso, en situaciones excepcionales y frente a una conducta que sin lugar a dudas manifieste la voluntad de cometer un fraude a la ley o un abuso del derecho*, mediante la utilización desviada de una forma asociativa, desestimar la personalidad jurídica de la forma societaria empleada y penetrando en la interioridad para descubrir la real naturaleza de los intereses individuales que se ocultan tras la forma desestimada.
“ [Cursivas añadidas] (Andrade, 2009.p.14)

En esta primera definición la concibe como un “instrumento”, el cual se utiliza bajo la condición de ser excepcional, y permitida o dispuesta por un juez ante determinadas conductas o hechos los cuales manifiesten *voluntad* de cometer fraude, o abusar del régimen jurídico especial que ofrece la persona jurídica a los socios.

En esta línea de pensamiento se pronuncian varios autores siendo uno de los más connotados Cabanellas, quien al respecto de la desestimación de la personalidad jurídica manifiesta:

“La personalidad societaria se basa en un conjunto de reglas que determinan qué conductas se imputan a la sociedad en cuanto persona jurídica. Los efectos generales de esas reglas pueden verse modificados en función de ciertas normas que alteran tal atribución, pasando a imputar las conductas que normalmente serían atribuibles a la sociedad como persona jurídica, a otras personas físicas o de existencia ideal, como pueden ser sus socios u otras personas que

ejercen de hecho el control de la sociedad. Esta modificación de las reglas en materia de imputación propias de la personalidad societaria es denominada *desestimación de la personalidad jurídica.*” (Cabanellas, 1994.p.65)

Como estudiamos la personalidad jurídica se fundamenta en principios, los cuales se estructuran construyendo el concepto como tal y determinando sus obligaciones y derechos, pero al decir de Cabanellas el descorrimiento del velo implica una modificación de la normativa que forman la personalidad, en cuanto al patrimonio respecto a quien debe considerarse como responsable si es la sociedad o a los socios, siendo precisamente este hecho lo que se denomina como desestimación o descorrimiento del velo.

Las definiciones expuestas hasta aquí concuerdan en cuanto a la finalidad que tienen la figura, pese a que difieren en la forma como llegan a entender cuál es el propósito.

3.5. . Finalidad del descorrimiento del velo societario

La doctrina respecto de la finalidad del instituto del descorrimiento del velo societario manifiesta que los efectos típicos del descorrimiento del velo societario son diversos por ello resulta acertado estudiar algunos de estos:

“ (...) por regla general no produce la nulidad de la figura societaria sino únicamente su inoponibilidad y, en el campo patrimonial, deja de tener eficacia el principio de la limitación de la responsabilidad, la que se extiende a las personas que se encuentran atrás del velo societario, quienes serán personal y solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados a terceros.” (Andrade, 2009. p.15)

Es claro que los efectos de aplicar la teoría del descorrimiento del velo societario son específicamente los siguientes: 1) respecto del patrimonio se produce la ineficacia del principio de limitación patrimonial; 2) respecto a la figura societa-

ria (persona jurídica), produce su inoponibilidad es decir no sea posible para los socios hacer efectivo el régimen jurídico especial del que gozan las compañías.

Se produce entonces la suspensión de las ventajas que ofrece la personalidad jurídica para las compañías, respecto de los pilares fundamentales de la conceptualización actual que se fundamenta en el principio de división patrimonial y la responsabilidad.

Es por ello que los efectos y la finalidad de aplicar la teoría del descorrimiento del velo societario, están orientados a que la responsabilidad de la persona jurídica, se extienda al patrimonio personal de los socios, tal como manifiesta Jaramillo quien dice:

“Es necesario resaltar que dicha separación e independencia de responsabilidades y patrimonios puede ser excepcionada en los casos en que la sociedad sea utilizada por los socios para defraudar a la ley o a terceros, caso en el cual tiene aplicación la doctrina de la “desestimación de la personalidad jurídica” o también llamada “levantamiento del velo corporativo” o “allanamiento de la personalidad jurídica”, entre otras calificaciones que se le han otorgado, la cual permite que sean los socios, quienes respondan por las obligaciones de la sociedad con su propio patrimonio.”(Jaramillo. 2011. P.126)

El enfoque del autor resulta interesante por cuanto señala que el efecto es el allanamiento al principio de separación patrimonial, el cual puede ser excepcionado solo ante casos específicos donde se determine la utilización de la sociedad en abusos del derecho o fraudes a la ley, y contra terceros.

Algunos autores consideran que por los abusos y fraudes, que cometan las compañías o sus administradores se propende a que el descorrimiento deje sin efecto la irresponsabilidad de los socios frente a los actos que lleva cabo la

compañía en sus relaciones con terceros, al decir de Caputo quien se fundamenta en Otaegui manifiesta:

“(…) como afirma Otaegui, debe recordarse que el principio de irresponsabilidad personal de los miembros de las sociedades se asienta en la personalidad de éstas. Por ello, este autor ha dicho que el meollo de la cuestión consiste en dejar de lado el principio de irresponsabilidad personal de los miembros de las corporaciones establecido (…)” (Caputo. 2006. p. 204)

La finalidad del descorrimiento del velo societario es la eliminación o supresión de algunos privilegios de los que están dotadas las sociedades constituidas al amparo de la Ley de Compañías.

En la legislación nacional mediante el Suplemento del Registro Oficial No. 249 de martes 20 de mayo del 2014, se publicó la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, en el artículo 144 disposiciones generales a la ley de compañías, la tercera en su texto literal dispone que:

“TERCERA: La compañía de comercio goza de personalidad jurídica propia, y en consecuencia, constituye un sujeto de derecho distinto a sus socios.

Sin embargo, esa distinción no tendrá lugar ni será oponible en caso de comprobarse judicialmente que el contrato social fue celebrado para violar la ley, el orden público o la buena fe; para encubrir la consecución de fines ajenos a la compañía; o como mero recurso para evadir alguna exigencia o prohibición legal, mediante simulación o fraude a la ley, o por cualquier otro medio semejante, siempre que de ello se derivaren perjuicios a terceros. Lo antedicho se extenderá a todas las modificaciones al contrato social referidas

en el Art. 33 y a cualquier actividad de la compañía que, con iguales propósitos y medios, perjudicaren derechos de terceros.

Los perjuicios sufridos por cualquier abuso de la personalidad jurídica de la compañía, en los términos previstos en el inciso anterior, se imputarán directa y personalmente a la persona o personas que se hubieren aprovechado o se estuvieren aprovechando de la simulación o del fraude a la ley, o de cualquier otro medio semejante, para ocultar o encubrir su interés o participación en la compañía o en su patrimonio, o en los actos o contratos que hubieren ocasionado o estuvieren ocasionando los perjuicios supradichos.

En la sentencia en que se declare la inexistencia de la distinción a que se refiere el primer inciso, es decir, en que se declare la inoponibilidad *de la personalidad jurídica se dispondrá que, de ser posible, las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la simulación, del fraude a la ley o de cualquier otra vía de hecho semejante, y que los responsables de los perjuicios respondan personal y solidariamente por éstos, mediante la correspondiente indemnización; pero en todo caso se respetarán y no podrán afectarse los derechos adquiridos por terceros de buena fe.*"
(Cursiva fuera de texto)

La normativa nacional determina cual es el fin que persigue la aplicación del descorrimiento del velo societario, de la lectura de la misma se colige que la finalidad es sancionar a los socios de la compañía, ante abusos de la personalidad jurídica societaria y fraudes a la ley, los cuales sean comprobados mediante sentencia emitida por juez.

La inoponibilidad del principio de división patrimonial, y la extensión de la responsabilidad de la compañía a los socios, es el resultado de la aplicación del descorrimiento del velo societario. Este efecto la doctrina lo define en los siguientes términos; "La inoponibilidad es sanción o, en todo caso, contraria a

los principios generales, por lo cual, no obstante su amplia aplicación, es de interpretación restrictiva. Es la ley que priva de eficacia a un acto.” (Abeliuk, 2005. P 155)

Respecto de la inoponibilidad, es menester tener presente la doctrina la divide subdivide en dos categorías que son de forma y fondo, y presentan diferentes grados de alcances de los cuales manifiesta:

“Las múltiples casos de estas inoponibilidades diseminados en la legislación pueden agruparse en varias categorías; las dos más amplias son las inoponibilidades de forma y las fondo.

Hay formalidades que no se exigen para la constitución de un acto o contrato, sino para que los efectos de éstos puedan hacerse valer, oponerse contra terceros. La omisión de dichas formalidades es causal de las *inoponibilidades de forma*, que se reducen a dos: inoponibilidades por omisión de formalidades de publicidad e inoponibilidad por falta de fecha cierta.

La otra categoría está formada por las *inoponibilidades de fondo*. Son aquellas que se basan en los efectos de un acto que hieren injustamente los derechos de terceros. Tales inoponibilidades son las siguientes: por falta de concurrencia, por clandestinidad, por fraude, por lesión de los derechos adquiridos y por lesión de las asignaciones forzosas.” (Alessandri, Somarriva, Vodanovic, 2005, p. 354)

Ante la clasificación de la inoponibilidad es claro que la que establece la Disposición General Tercera incorporada a la Ley de Compañías mediante la Ley Orgánica para el fortalecimiento y Optimización del sector Societario y Bursátil, es la inoponibilidad de fondo, la cual a su vez se divide en las siguientes categorías:

“1. *Inoponibilidad por falta de concurrencia.* (...) 2. *Inoponibilidad por clandestinidad.* (...) 3. *Inoponibilidad por fraude.* Son inoponibles por fraude los actos ejecutados en fraude de los derechos de terceros; la ley da a éstos ciertos medios para que aquellos actos no los afecten. Está fundada en la causal de fraude, por ejemplo, la llamada acción Pauliana, acción que permite a los acreedores perjudicados por actos realizados por el deudor solicitar la rescisión de éstos, cumpliéndose además otros requisitos señalados por la ley (...) 4. *Inoponibilidad por lesión de derechos adquiridos* (...) 5. *Inoponibilidad por lesión de las asignaciones forzosas.*” (Alessandri, Somarriva, Vodanovic, 2005, p. 356)

Frente tal orden de ideas resulta evidente que el efecto de aplicar el descorrimiento del velo societario es la inoponibilidad de la personalidad jurídica, concretamente por actos de fraude, o abusos en el ejercicio de la personalidad jurídica. Permitiendo que se afecte el patrimonio personal de los socios afectándose directamente al principio de división patrimonial, y la responsabilidad limitada en el cual se fundamentan las compañías modernas.

3.6. Naturaleza del descorrimiento del velo societario

Cabe señalar que esta figura es de naturaleza jurídica extraordinaria por cuanto constituye una herramienta procesal, un recurso para que el juzgador pueda equilibrar un abuso de las ventajas que otorga la personalidad jurídica. Respecto de la naturaleza el profesor Andrade dice:

“Siendo un remedio procesal extraordinario, el juez deberá estar seguro de la necesidad de aplicarlo, es decir, la prueba del dolo o la mala fe con que ha procedido quien pretende beneficiarse indebidamente de la figura societaria debe ser concluyente. Posiblemente no exista prueba directa que le permita al juez llegar a esta conclusión, le será legítimo aplicar una presunción judicial

siempre los indicios en los que se base sean graves, precisos y concordantes, que le conduzcan unívocamente a esta conclusión.”
(Andrade, 2009. p.15)

De nuestro estudio consideramos la aplicación de esta acción a los tipos de compañías que contempla nuestra Ley de Compañías. Pues como evidencia la doctrina respecto de la personalidad jurídica cuando se fundamenta en la teoría de la ficción como dice Narváez:

“La teoría de la ficción tendrá su plena aplicación cuando la sociedad traspase el ámbito de aquellas funciones para las cuales fue creada por el ordenamiento. El problema vendrá centrado en fijar qué momentos, la sociedad ha obrado dentro de sus funciones y en qué momentos por el contrario, ha utilizado la forma jurídica para fines extraños a ella. *En cuyo caso los jueces desconocerán la personalidad jurídica de la sociedad para llegar hasta los individuos componentes de la misma.*” [Cursiva fuera de texto]
(Narváez.1998.p.42)

Es claro que nuestras compañías fundan su personalidad jurídica en la teoría de la ficción, por lo que al dejar inoponible sus principios rectores limitan tales principios para extender la responsabilidad al patrimonio personal de los socios de las compañías. Posteriormente hemos de referirnos a las causales que se han establecido en la legislación nacional con el propósito de dotar al juzgador de elementos guías para proceder con el descorrimiento del velo societario.

3.7. “La Buena Fe” Principio constitucional sobre el cual se fundamenta el descorrimiento del velo societario

Previo a referirnos en particular, ha cual consideramos es el principio fundamento del descorrimiento del velo societario, hemos de definir que son los “principios”, respecto de los cuales el profesor Trujillo manifiesta:

“La discusión sobre los principios es apasionada y apasionante; a nuestro juicio son los postulados fundamentales y racionales que imprimen carácter o identidad a todo o parte del ordenamiento jurídico, inspiran al conjunto de sus instituciones y normas, de manera que, por lo mismo que inspiran al constituyente y al legislador para estructurar las instituciones y elaborar las normas a fin de hacerlas de posible cumplimiento, guían al interprete para desentrañar el sentido y alcance de las normas cuando de aplicarlas se trata y, en fin llenan los vacíos o lagunas que pueden haber quedado en la misma constitución y, por supuesto, en las leyes y más normas del respectivo ordenamiento jurídico.” (Trujillo, 2006.p.135)

Resulta claro que los principios son el fundamento, la sustancia del ordenamiento jurídico por cuanto le dotan de carácter a las instituciones que están vigentes, son fuente de inspiración al legislador quien al utilizarlos busca que las leyes sean de posible cumplimiento. A más de ello contribuyen a la interpretación de las normas al momento de su aplicación permitiendo superar vacíos o lagunas que se presentaron en la construcción de la norma.

Entendemos que el descorrimiento del velo societario, pretende hacer inoponible la personalidad jurídica societaria para lo cual se fundamenta en el principio de buena fe, el que es definido en los siguientes términos;

“El principio general de la buena fe es una de las vías más eficaces para introducir un contenido ético- moral en el ordenamiento jurídico y, supone otro avance más en el desarrollo de la civilización, tendiente a superar una concepción excesivamente formalista y positivista de la ley, que permite a los juristas adecuar las distintas instituciones normativas a los valores sociales propios de cada momento histórico.” (Pico. 2003. pp.66-67)

Respecto de este principio vemos que contribuye a dotar al derecho de un contenido ético- moral el cual prima en las relaciones contractuales y en general en toda relación jurídica. Hecho que es claro en la doctrina pues manifiesta que:

“El principio general de la buena fe es uno de los principios generales que extiende su presencia, por todo el sistema jurídico; no es posible la existencia de una relación jurídica cuya funcionalidad no tenga como base informadora la buena fe, constituyendo este principio uno de los más antiguos pilares del Derecho que se han reconocido y que se han venido fortaleciendo y consolidando a través del transcurso del tiempo.” (Ojeda. 2010)

Por cuanto la buena fe, es uno de los pilares del Derecho es claro que va estar presente en toda nuestra legislación partiendo la Constitución de la República del Ecuador, y que nuestro criterio lo podemos encontrar en el preámbulo de nuestra carta magna el cual dice:

“PREAMBULO

NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador

RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos,

CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia,

INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad,

APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad,

COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo,

Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro,

Decidimos construir

Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*;

Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;

Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana -sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y,

En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR” [Cursiva fuera de texto] (Constitución 2008)

Es claro que el espíritu de las declaraciones contenido en la carta magna se encuentra impregnado de buena fe, entendiendo a este concepto de una forma general como la que nos proponen en la cita a continuación:

“En sentido muy general la buena fe puede ser considerada como una disposición de ánimo que lleva a proceder leal y sinceramente en las relaciones con las demás personas, o sea, como la convicción personal en que se encuentra un sujeto de que obra correctamente cuando actúa como titular de un derecho formulando una pretensión jurídica o rechazando la que sea interpuesta a él.” (Ojeda. 2010)

Consideramos que es evidente donde se encuentra contenida la buena como principio de nuestro derecho, y que a su vez constituye la base para el descorrimiento del velo societario. Siendo el principio general de Derecho respecto del cual se parte para la aplicación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica como sanción ante los abusos y fraudes a la ley.

3.8. Supuestos para aplicar el descorrimiento del velo societario

Como se señaló la institución en sus orígenes tuvo un origen jurisprudencial, quien la identificó plenamente fue el tratadista alemán Rolf Serick, el cual se interesó en un estudio de distintos fallos jurisprudenciales como resultado de lo

cual propuso causales para aplicar el instituto, respecto de la cuales Ignacio Narváez manifiesta:

“Como resultado de sus investigaciones puntualizó cuatro proposiciones o pautas, así:

Primera: << 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 fundamental que establece una radical *separación* entre la sociedad y los socios. Existe un abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros. Por tanto, solo precederá invocar que existe un atentado contra la buena fe, como razón justificativa de que se prescinda de la forma de la persona jurídica, cuando concurren los supuestos del abuso que han sido señalados>>.

Segunda: << No basta alegar que si no se descarta la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidad de una norma o de un negocio jurídico. Sin embargo, cuando se trate de la eficacia de una regla del derecho de sociedades de valor tan fundamental que no deba encontrar obstáculos ni de manera indirecta, la regla general formulada en el párrafo anterior debe sufrir una excepción>>.

Tercera: << Las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas o que se consideran valores humanos, también deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a la de esta clase de personas. En este caso, podrá penetrar hasta los hombres situados detrás de la persona jurídica para comprobar si concurre la hipótesis de que depende la eficacia de la norma>>.

Cuarta: << 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>>.” (Narváez, 1998, p.42-43)

Consideramos que la existencia de causales contempladas previamente en cuerpos normativos, para que se dé la aplicación del descorrimiento del velo societario resulta contradictorio a la naturaleza de la figura.

Pero es entendible por cuanto la finalidad de adaptar la figura a nuestro orden normativo, en el país se ha optado por establecer normativas con diferentes supuestos respecto de los cuales sea posible desestimar el velo. Cabe tener presente cuales son las causales establecidas en el artículo 17 de la Ley de Compañías que establece:

"Art. 17.- 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; 3. 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. La acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica seguirá el trámite especial previsto en el Código de Procedimiento Civil.”

Encontramos que la Ley de Compañías, establece como causal; el abuso o las vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, pero no define el abuso. Lo que indica es en tres numerales quienes han de ser solidariamente responsables junto con la empresa para afrontar las obligaciones derivadas el abuso cometido.

Por cuanto la ley no define lo que es el abuso, que es el supuesto principal, el cual sirve como fundamento para proceder a la suspensión de los efectos de la división patrimonial.

3.8.2. Abuso del derecho

Respecto de esta figura es pertinente comenzar por lo que establece nuestro Código Civil, el cuál en el Parágrafo 4º, de la Interpretación Judicial de la Ley, artículo innumerado subsiguiente al 36, dice:

“Art.- Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico.”

La definición que contiene nuestra normativa, deja claramente determinado que el abuso se constituye por el exceso irrazonable que trasgrede los límites, establecidos en el ordenamiento jurídico cualquiera que este sea.

Es un hecho interesante respecto de esta figura que fue incluida al Código Civil, mediante la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales No. 00, publicada en Registro Oficial Suplemento 797 de 26 de Septiembre del 2012, fuera la misma ley que incorporó el abuso de la personalidad jurídica en materia laboral. Respecto del origen de esta figura y de cómo se la define es muy interesante lo que nos dice Abeliuk:

“El *abuso del derecho*. Por regla general, cuando una persona actúa en virtud de un derecho, aunque ocasione daño a otro, no tiene responsabilidad (...) Pero el mismo ejercicio puede acarrear responsabilidad a su titular si lo hace en forma abusiva; es la teoría del abuso del derecho, con raigambres romanistas, pero que ha adquirido su máximo desarrollo del siglo XIX a esta parte.

Constituye una reacción contra el criterio exageradamente individualista de los Códigos clásicos que habían erigido en verdaderos santuarios los derechos subjetivos, de manera que su titular podía disponer de ellos a su antojo y con prescindencia total del interés ajeno. Como actualmente se ha impuesto el principio de que los derechos subjetivos no existen para la mera satisfacción egoísta, y se da una mayor preeminencia al contenido social de los mismos, la teoría que comentamos sostiene que si el titular hace uso excesivo de los derechos que le corresponden y concurren los demás requisitos legales de la responsabilidad extracontractual, puede verse obligado a indemnizar los perjuicios que ocasione.

Desarrollado por la doctrina y jurisprudencia francesas, este principio inspirado en el afán ya señalado de moralizar las relaciones jurídicas, ha sido acogido ampliamente por los Códigos modernos (...)” (2001.p.211)

Con el objetivo lograr entender esta institución, resulta un gran aporte la definición que proporciona Patricia Alvear quien dice:

“El abuso del derecho, por tanto, es la situación dañosa causada ilícitamente en el ejercicio de un derecho subjetivo contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del derecho, que causa daño infundado e innecesario a un tercero, y por lo mismo, no puede ser protegido por un sistema jurídico.” (Alvear. 2014. P.13)

Nos resulta claro que el “abuso del derecho” necesariamente es un hecho o acción que conlleva un daño en goce de un derecho, pero que tal actuación conlleva dolo (mala fe) en su cometimiento.

3.8.3. Fraude a la ley

El concepto del fraude es claro que es una figura propia del derecho penal, y que la doctrina define en los términos siguientes:

“Es unánime la doctrina al exponer que el fraude a la ley consiste en burlar la aplicación de una norma desfavorable y buscar y obtener que sea otra disposición favorable la que se aplique.

En otras palabras, el fraude a la ley consiste en la conducta totalmente voluntaria realizada con el exclusivo fin de obtener un ilícito a través de un medio lícito.” (Mansilla, 2011. 107)

La autora deja claramente indicado que la finalidad de este concepto, es obtener un beneficio contrario a ley, utilizando mecanismos jurídicos lícitos para obtenerlo. Su afirmación respecto a que la doctrina lo define de forma unánime se confirma al ver lo que al respecto del fraude a la ley manifiestan la siguiente cita:

“(...) el fraude a la ley consiste, según Ligeropoulo [...] en actos reales queridos y realizados efectivamente y combinados de tal manera que aun siendo lícitos en sí, aisladamente considerados, permiten, como resultado de la combinación, burlar la ley y hacerla producir efectos contrarios a su espíritu y a su fin. Mediante el fraude a la ley los interesados persiguen librarse de obligaciones impuestas por ella o un contrato, realizando actos ajustados aparentemente a la misma, pero que suponen una contravención o un falseamiento de su espíritu.”(Alessandri, Somarriva, Vodanovic, 2005, p. 497)

Lo que presentan los autores nos deja en claro que fraude a la ley, es una serie de actos que cumplen con todas las formalidades jurídicas para dotarles de validez, pero su finalidad es evadir el cumplimiento de una disposición legal.

Respecto del fraude a la ley es interesante el ejemplo que nos proporciona Cabanellas quien ha dicho; "Conducta de quienes, para eludir el cumplimiento de la ley aplica el acto, según los principios del Derecho Internacional Privado, varían el lugar de celebración sometiéndose a otro ordenamiento." (2004, p.446

4. CAPÍTULO IV: REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO PARA LA APLICACIÓN DEL DESCORRIMIENTO DEL VELO SOCIETARIO. BREVE REVISIÓN DEL DESCORRIMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN ARGENTINA

4.1. La acción de inoponibilidad

Esta acción está contenida en la Ley de Compañías en el párrafo final, del artículo 17, que citaremos posteriormente a esta investigación, y de la lectura del cual resulta evidente que la desestimación de la personalidad jurídica ahora tiene una connotación de acción.

Recordemos lo que la doctrina manifiesta de la acción en general ante esto cabe tener presente lo que manifiesta Couture quien dice: “La acción es, en nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión.” (1988, p.57)

La pretensión que se persigue conseguir al utilizar la acción de inoponibilidad es el descorrimiento del velo societario, ante abusos del derecho, lo cual representa sin duda alguna una prolongación de la solidaridad entre los socios y la compañía al dejar ineficaz solo para el acto jurídico calificado de abusivo o fraudulento, los principios de división patrimonial y de responsabilidad limitada.

4.2. Procedimiento específico para descorrimiento del velo

Para aplicar el descorrimiento del velo societario se consideró necesario contar con un procedimiento específico, que como indicamos previamente se lo incorporó en la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, la cual es su artículo 155, Sección IV, habla de la Reforma al Código de Procedimiento Civil, disponiendo agregar a continuación del artículo 412 la sección 1b respecto Del proceso de Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica.

El indicado procedimiento estuvo vigente por poco más de un año, por cuanto mediante el Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015 se expidió el Código Orgánico General de Procesos, donde la disposición derogatoria primera dispone; “Primera: Deróguese el Código de Procedimiento Civil, codificación publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005 y todas sus posteriores reformas.”

De tal forma el procedimiento establecido para el descorrimiento del velo societario anexado por el artículo 155 de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, fue derogado.

La solución ante este problema se encuentra en la disposición reformativa novena del Código Orgánico General de Procesos establece el procedimiento para aplicar la acción del descorrimiento del velo societario, el texto literal dice:

“NOVENA.- Agréguese a continuación del artículo 17 de la Ley de Compañías, los siguientes artículos:

"Art. 17 A.- El desvelamiento societario o inoponibilidad de la personalidad jurídica contra una o más compañías y contra los presuntos responsables, se tramitará en procedimiento ordinario.
(...)

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.

Art. 17 B.- 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.”

Se elimina el procedimiento específico que se estableció originalmente, y se eliminó el carácter de recurso extraordinario que manifiesta la doctrina, para constituir la en una acción en concreto frente a actos que se consideren abusos de la personalidad jurídica societaria conforme lo que establece el Código Civil.

Es interesante que en el nuevo texto normativo, se elimina la facultad que estaba contenida en el artículo 412-E de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, que posibilitaba que la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, realice inspecciones a solicitud de parte de los libros sociales y contables de las compañías contra las cuales se intentaría la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica. Pero tales inspecciones tendrían el carácter de diligencias preparatorias específicas que sustentarán la acción.

Actualmente el procedimiento mediante el cual se ha de perseguir la acción de descorrimiento del velo es el procedimiento ordinario, que se encuentra contenido en el Código Orgánico General de Procesos, Capítulo I Procedimiento Ordinario, Sección I Reglas Generales define este procedimiento en el artículo 289 por que establece: “Art. 289.- Procedencia. Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación.”

De la lectura del artículo precedente se colige que el denominado procedimiento ordinario es un proceso de conocimiento el cual se utiliza para todas las pretensiones que no tengan previstas un trámite especial.

El procedimiento proporciona el mecanismo jurídico mediante el cual se elimina la naturaleza de recurso extraordinario, que tiene doctrinariamente el descorrimiento del velo societario, para confirmar su carácter de acción que conlleva una pretensión jurídica en concreto.

4.3. Efectos del descorrimiento del velo societario en los principios de división patrimonial y responsabilidad limitada.

Tras lo desarrollado en acápites previos, en los que definimos los principios de división patrimonial y de responsabilidad limitada, que identificamos como pilares fundamentales sobre los cuales se fundamenta la personalidad jurídica societaria.

Estos se ven afectados de forma temporal cuando se aplica el descorrimiento del velo societario por cuanto, ante la declaración judicial de fraudes a la ley, o abusos de un derecho que son las conductas ante las cuales cabe la inoponibilidad de la persona jurídica, la Ley de Compañías en la disposición general tercera manifiesta lo siguiente: “TERCERA: La compañía de comercio goza de personalidad jurídica propia, y en consecuencia, constituye un sujeto de derecho distinto a sus socios.”

La afectación a estos principios se aprecia en la extensión de la responsabilidad de las obligaciones fraudulentas o abusivas que realice la compañía o un tercero utilizando la compañía como una herramienta para el cometimiento de tales actos.

La inoponibilidad de estos dos principios es la consecuencia la sanción que se impone a la compañía que comete actos de abuso de la personalidad societaria, respecto de la inoponibilidad cabe recordar que: “La inoponibilidad es la sanción legal que consiste en el impedimento de hacer valer, frente a ciertos

terceros, un derecho nacido de un acto jurídico válido o de uno nulo, revocado o resuelto.” (Alessandri, Somarriva, Vodanovic, 2005, p. 353)

Como consecuencia de aplicar la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria, se genera solidaridad respecto de las obligaciones que la compañía tiene derivadas de relaciones jurídicas que se han declarado judicialmente como abuso del derecho, o fraude a la ley.

Cabe recordar que conforme la definición de compañía , y la personalidad jurídica de la que gozan las compañías en el país, las obligaciones que estas adquieren con terceros son de su exclusiva responsabilidad, el descorrimiento del velo societario produce solidaridad entre la compañía y los socios, respecto de la cual cabe recordar que:

“Puede sintetizarse la definición diciendo que obligación solidaria es aquella en que debiéndose una cosa divisible y existiendo pluralidad de sujetos activos o pasivos, cada acreedor está facultado para exigir el total de la obligación, y cada deudor puede ser obligado a cumplirla íntegramente.” (Abeliuk, 2001.p. 211)

El tipo de solidaridad que se establece al descorrerse el velo societario es la solidaridad pasiva, respecto de la cual la doctrina manifiesta que: “2° Solidaridad pasiva, si hay varios deudores y un solo acreedor facultado para demandar a cualquiera de ellos el total de la deuda. (...)” (Abeliuk, 2001. P. 376)

Las obligaciones que contraiga la compañía con terceros resultado de la aplicación del descorrimiento del velo societario, produce solidaridad pasiva que permite al acreedor que solicito el descorrimiento del velo la posibilidad de cobrar la totalidad de la deuda o perjuicios causados al tercero de bueno fe.

4.4. Breve revisión del descorrimiento del velo societario en Argentina

Hacer referencia al desistimiento de la personalidad jurídica en la República Argentina, responde al uso que se ha realizado de la misma en este país, así como que está contenida en diversos cuerpos normativos. Pues la inoponibilidad de la personalidad jurídica, está contemplada en dos cuerpos normativos el primero de carácter mercantil, societario, y el segundo de carácter civil.

Por cuanto comenzamos esta disertación sobre la hipótesis de una posible afectación al patrimonio de las compañías, al hacer inoponible el principio de división patrimonial, es una referencia del real alcance de la institución lo que sucede en el campo comercial con la aplicación de esta figura en la República Argentina.

4.4.1. Regulación en la rama mercantil

La institución del descorrimiento del velo societario en ésta área del derecho se contempla en la Ley de Sociedades Comerciales, No. 19.550 publicada en el Boletín Oficial de 30 de marzo de 1984; el cual en el texto bajo el artículo 54 dice:

“ARTICULO 54. — El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.

El socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.

Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la

buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.”

La norma indicada parte de supuestos tras comprobarse los cuales dispone que se haga efectiva la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria al decir de Profesor Leandro Caputo los supuestos son: “a) El encubrimiento de fines extrasocietarios. b) La actuación que constituya un mero recurso para violar la ley y el orden público y frustrar derechos de terceros.” (Caputo, 2006.p.135)

Es interesante que los supuestos ante los cuales debe operar la inoponibilidad de la persona jurídica son pre establecidos a diferencia de lo que acontece en nuestro país que contempla la existencia de una acción la cual permite solicitar al juez como pretensión que ante determinados actos que constituyan abuso conforme lo establece el Código Civil Ecuatoriano, o fraude a la ley se aplique a la compañía la sanción que supone el descorrimiento del velo societario.

Respecto de la sanción que se establece para ante los abusos del derecho o fraudes, es interesante lo que manifiesta Caputo quien dice;

“Así, la sanción prevista por el art. 54, párr.3°, de la LSC es la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad y no la eliminación de la limitación de la responsabilidad de los socios fijada por el tipo societario.” (Caputo, 2006.p. 204)

La inoponibilidad de la personalidad jurídica a criterio del citado autor, conlleva tres consecuencias las cuales son: “La imputación directa, El controlante según el artículo 54 de la ley de sociedades, y el Resarcimiento de los Daños.” (Caputo, 2006, p.211)

El conjunto de éstas es la sanción de la inoponibilidad que contempla la Ley de Sociedades Comerciales, pero claramente se denota que ninguna pone en peligro la continuidad de la sociedad, o el patrimonio de la misma.

4.4.2. Regulación en la rama civil

En la rama civil del derecho argentino, la figura de la inoponibilidad está regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación No. 26.994, el cual se publicó el 8 de octubre de 2014, y entró en vigencia a partir del 1 de agosto del 2015, este cuerpo legal establece en el artículo 144 que:

“ARTÍCULO 144.- Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.”

La norma determina la desestimación de la personalidad jurídica, ante las actuaciones que sean desatinadas o ajenas a la consecución de fines inapropiados a los que persigue conceptualmente la personalidad jurídica.

Resulta interesante que cada una de las normas, analiza el tema desde perspectivas diferentes pues la legislación societaria, se enfoca desde el punto de vista del dolo o mala fe, con el cual se realizan los actos jurídicos, mientras que la legislación civil la orienta desde el enfoque de la protección al principio de la buena fe.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones:

La desestimación de la personalidad jurídica societaria, contenida en el artículo 17 de la Ley de Compañías, reformado mediante la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario Financiero y Bursátil de mayo de 2014, no representa un riesgo o amenaza para la autonomía patrimonial de las compañías en Ecuador, por cuanto no afecta de forma permanente al principio de división patrimonial.

Considerábamos que la institución del descorrimiento del velo societario podía constituir un riesgo para el principio de división patrimonial que permite la autonomía patrimonial, que es fundamental para la concepción moderna de las compañías. Dudas que fueron aclaradas al estudiar el procedimiento específico que ofrece varias garantías a la personalidad jurídica societaria.

Se concluye que tal como está concebida la figura del descorrimiento del velo societario en la Ley de Compañías apunta a la “inoponibilidad”, figura que concebimos como la suspensión temporal de los beneficios que otorga el ropaje jurídico que proporciona la personalidad jurídica societaria, ante casos concretos y de forma excepcional.

Concluimos que la figura del descorrimiento del velo societario, que se aplica por medio de un procedimiento específico contenido en el nuevo Código Orgánico General de Procesos, elimina los potenciales riesgos que pueden existir para la autonomía patrimonial, por cuanto el juez que conozca la acción de inoponibilidad debe ponderar los principios que están en conflicto.

Respecto de la naturaleza de la figura es evidente que tiene un carácter extraordinario, y concebido solo para casos muy concretos de abuso de los beneficios que otorga la personalidad jurídica societaria.

La aplicación del descorrimiento del velo societario, ante abusos o fraudes realizados con los beneficios otorgados por la personalidad jurídica societaria constituye una conducta que contraviene el principio general de la buena fe, el cual es la piedra angular de las relaciones mercantiles contractuales.

La figura que hemos tratado en esta investigación no es nueva en Ecuador, por cuanto al haber desarrollado este tema encontramos que ésta ya se hallaba al menos contenida en materia laboral, e igualmente en materia tributaria

5.2. Recomendaciones:

Se recomienda a quien a futuro quiera desarrollar un trabajo para seguir ahondado en el tema del descorrimiento del velo societario, busque un proceso y en lo posible una sentencia en la cual se aplica la institución conforme lo contempla la normativa indicada en nuestra investigación. Por cuanto esto permitirá conocer los resultados materiales que presentó la aplicación del descorrimiento del velo societario.

En la enseñanza dentro de la academia respecto de las compañías debería ponerse énfasis en el uso apropiado que se debe realizar con éstas, puesto que, producto del uso abusivo que se hace de la personalidad jurídica que gozan las compañías se presenta la necesidad de figuras que suspendan tales beneficios.

Adicionalmente consideramos que la Universidad de las Américas debe incrementar la cantidad de libros respecto de esta materia que tiene a disposición de sus estudiantes, por cuanto aún resulta limitado.

REFERENCIAS

- Alessandri, A. (2004) De los contratos. Santiago, Chile; Editorial Jurídica de Chile.
- Alessandri, A. Somarriva, M. Vodanovic, A. (2005). Tratado de derecho civil partes preliminar y general. (Ed. Sn). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Alonso, M. (2013). Recurso de casación en el orden contencioso-administrativo y Derecho autonómico. *Revista de Administración Pública*, (190), 101-148. Recuperado el 22 de abril de 2014 de http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revis_taselectronicas?IDR=1&IDN=1302&IDA=36566 ejemplo tomado de la guía de titulación.
- Alvear. P. (2014) Abuso del derecho y protección jurídica. (Mayo – junio 2014) Quito; Ecuador; Actualidad Jurídica.
- Boldo, C. (2006) Levantamiento del Velo y Persona Jurídica. (4ª Ed) Cizur Menor (Navarra); España; Editorial Arazandi.
- Borda, G. (1999). Tratado de Derecho Civil- Parte General Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Abeledo- Perrot.
- Borda, G. (2001). La Persona Humana. (Ed. Sn). Buenos Aires, Argentina; La Ley.
- Cabanellas, G. (1994). La Personalidad Jurídica Societaria. Tomo III (1 Ed). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Caramelo. G. (2015) Código Civil de la Nación Comentado. Tomo I (1 Ed), Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina.
- Cevallos, V. (2010) Nuevo compendio de Derecho Societario. (Tomo I), Quito: Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador.
- Cevallos, V. (2010) Nuevo compendio de Derecho Societario. (Tomo II), Quito: Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador.
- Código Civil, Registro Oficial Suplemento 56 de 24 de junio de 2005. Décima codificación.*
- Código Orgánico General de Procesos, COGEP Ley 0 Registro Oficial Suplemento 506 de 22 mayo de 2015.*
- Código Tributario, Registro Oficial Suplemento 38 de 14 de junio de 2005. Última modificación 29 de diciembre de 2014.*

Dávila, C. (2011). Derecho Societario. Volumen I. (4 ed.) Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

De Cossío, A. (1977). Instituciones de Derecho Civil (1.ra ed.). Madrid, España: Alianza Universidad Textos.

Diccionario de la Lengua Española (2015). <http://lema.rae.es/drae/?val=persona> Recuperado el 25 de julio de 2015.

El Comercio. (2011) El CNE proclamó los resultados oficiales de la consulta popular Recuperado el 3 de febrero de 2016. <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/cne-proclamo-resultados-oficiales-de.html>

El Comercio. (2012) Casinos cerraron en medio de la nostalgia y quejas de incomprensión. Recuperado el 3 de febrero de 2016. <http://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/casinos-cerraron-medio-de-nostalgia.html>.

Escuti, I. (2006) Sociedades. Comerciales. Cooperativas. Civiles. Agrupaciones. (1 ed.) Buenos Aires, Argentina; Editorial Astrea.

Francisco. J. (S.F) La persona jurídica en el derecho societario. Recuperado el 25 de julio de 2015. <http://comercioyjusticia.info/factor/laboral/la-persona-juridica-en-el-codigo-civil-y-comercial/>.

Francisco. J. y Richard. E. (2009). Acerca de la persona jurídica, A propósito de los debates sobre su conceptualización y otros aspectos derivados de ello. Recuperado el 25 de julio de 2015 de www.acaderc.org.ar/doctrina/.../acerca-de-la-persona-juridica-ar

Garrigues, J. (1981) Curso de Derecho Mercantil, Tomo I. México D.F, México; Editorial Porrúa.

Giggilberger, J. (2010). Breves apuntes sobre la evolución de la sociedad comercial. El fenómeno de la separación patrimonial y la gestión social y el fundamento de la limitación de la responsabilidad desde un enfoque histórico. Revista Jurídica de la UCES.

Guerra, M. (2014) ¿Por qué aplicar la doctrina del “Levantamiento del velo” en el Perú?, en Actualidad Jurídica No. 252.

Ley de Sociedades Comerciales de la República Argentina, Ley N° 19.550 publicada en el Boletín Oficial de 30 de marzo de 1984.

Ley de Compañías, Registro Oficial 312 de 5 noviembre 1999. Última modificación 12 de septiembre de 2014.

Ley Orgánica para el fortalecimiento y optimización del sector societario y bur-

sátel. Registro Oficial Suplemento 249 de 20 de mayo de 2014.

Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, Registro Oficial No. 797 Segundo Suplemento de 26 de septiembre de 2012.

Mansilla, M. (2011) Fraude a la ley: *fraus legis facta*. Recuperado el 22 de julio de 2016 de [http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ\(Art_7\).pdf](http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ(Art_7).pdf)

Marcos, F. (2002) La responsabilidad limitada. Instituto de la empresa. Recuperado el 30 de diciembre de 2015. http://profesores.ie.edu/fmarcos/Publicaciones_archivos/La%20Responsabilidad%20limitada.pdf

Ojeda, N. (2010) El principio de la buena fe: Breves comentarios al artículo 6 del Código Civil cubano. Recuperado el 27 de octubre de 2016. [Www. Ámbito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br)

Ospina, G. Ospina, E. (2000) Teoría general del contrato y del negocio jurídico. (6 ed.). Bogotá, Colombia; Editorial Temis S.A.

Pico, J. (2003) El principio de la buena fe procesal. (S/N) Barcelona, España; J.M. Bosch Editor.

Reyes, F. (2006) Derecho Societario en Estados Unidos. Introducción Comparada. (3ª Ed). Bogotá, Colombia; LEGIS S.A.

Reyes, F. (2006) Derecho Societario, Tomo I. (2 da Ed). Bogotá, Colombia; Editorial Temis S.A.

Richard, E. Muiño, M. (2000). Derecho Societario; sociedades comerciales, civiles y cooperativas. (3 ed.) Buenos Aires, Argentina; Astrea.

Robalino, I. (2006) Manual de Derecho del Trabajo. (3ª Ed) Quito; Ecuador; Producciones digitales Abya-Yala.

Rojina, R. (2008) Compendio de Derecho Civil II. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones. (41 Ed) México D.F. México; Editorial Porrúa.

Salgado, H. (2005). Introducción al estudio del Derecho (Ed. Sn). Quito, Ecuador: Editora Nacional.

Salgado, R. (2015) Tratado de derecho empresarial y societario. Tomo I Volumen I. (S/n Ed). Quito, Ecuador; PPL impresores.

Salgado, R. (2015) Tratado de derecho empresarial y societario. Tomo I Volumen II. (S/n Ed). Quito, Ecuador; PPL impresores.

Sánchez de la Torre, A. (Anuario de filosofía del Derecho 1966) ¿Hacia una

teoría de la Persona Jurídica? Recuperado el 8 de julio de 2015 de http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=F_1966_ANUARIO_DE_FILOSOF%C3%8DA_DEL_DERECHO

Trujillo, J. (2011) El abuso de la personalidad jurídica societaria. Guayaquil, Ecuador; Edilex S.A.

Valencia, A. (1997). Derecho Civil Parte General y personas Tomo I (14 ed). Bogotá, Colombia: Temis.

Villagrán. A. (2003) El concepto de persona y el derecho en los albores del tercer milenio. Recuperado el 29 de agosto de 2015 de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/cgi-bin/library.cgi?e=d-11000-00---off-0ar%2FarZz-013--00-1----0-10-0---0---0direct-10---4-----0-0l--11-es-Zz-1---20-about---00-3-1-00-0--4----0-0-01-00-0utfZz-8-00&a=d&c=ar/ar-013&cl=CL1.6&d=D4724>