

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO  
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA**

**LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO  
SOCIETARIO ECUATORIANO; EN RELACIÓN CON LAS SOCIEDADES DE  
RESPONSABILIDAD LIMITADA Y ANÓNIMAS**

**PABLO LIZARZABURU**

**Tesis de Grado presentada como requisito para la obtención del Título de Abogado**

**Quito  
Enero de 2005**

© Derechos de autor  
Pablo Lizarzaburu  
2005

*A mi Madre, por su amor, apoyo y dedicación*

## RESUMEN

La tesina intitulada “La Desestimación de la Personalidad Jurídica en el Derecho Societario Ecuatoriano; en relación con las Sociedades de Responsabilidad Limitada y Anónimas”, tiene por objeto el análisis de las implicaciones que tiene el uso abusivo de la figura societaria y de la reacción doctrinaria y jurisprudencial a éste.

El trabajo inicia haciendo un breve análisis general del desarrollo doctrinario y legislativo de las sociedades y de la figura de la personalidad jurídica, como referencia previa al ámbito en el que se desarrolla el tema central de este documento.

La desestimación de la personalidad jurídica o levantamiento del velo societario supone que cuando individuos utilizan la figura jurídica apartándose de los fines que tuvo presentes el legislador, la imputación de obligaciones y responsabilidades no se la debe hacer a la sociedad, sino directamente al socio o socios que se beneficiaron fraudulentamente; es decir que se cambian las reglas usuales de imputación prescindiendo de la personalidad jurídica atribuida cuando se ha comprobado la barrera societaria se utilizó para cometer actos antijurídicos. En esto reside la esencia de la doctrina, que por su alto contenido moral ha sido acogida en varios países, incluso ha sido considerada por nuestros jueces nacionales.

## **ABSTRACT**

The dissertation named “La Desestimación de la Personalidad Jurídica en el Derecho Societario Ecuatoriano; en relación con las Sociedades de Responsabilidad Limitada y Anónimas”, is focused on the implications that abuse by the commercial companies and stock corporations has, from the perspective of the legal construction regarding a given law. This work starts with a succinct analysis of the legislative and doctrinal historical development of associations, and the concept and application of the corporate veil, which serve as the reference for the central theme of this paper.

The disregard of the legal entity or the lifting of the corporate veil has justification when the legal entity is used by its members to commit fraud, distracting the legal and statutory rules in favor of their own interest. The imputation of responsibilities and commercial obligation should not be the burden of the company, but of the partners or stockholders that gain benefits from the fraud. This means, that the usual imputation rules should be changed, dispensing of the legal entity when it is known that the company is a mere artificial figure to commit a fraud or any unlawful act. This is the essence of the disregard doctrine, which because of its high ethical value, has been introduced in several countries.

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>INTRODUCCIÓN</b>	2
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	7
<b>PERSONALIDAD JURÍDICA Y SOCIEDADES</b>	
I. 1.-EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS SOCIEDADES.	7
I.1.1. Sociedades en el Derecho Germánico.	9
I.1.2. Sociedades en la Edad Media	10
I.1.3. Sociedades en el Derecho Anglosajón	12
I.1.4. Sociedades en las Codificaciones	12
A. <u>El Código Francés (Civil y Comercial)</u>	12
B. <u>El Código Civil Suizo</u>	14
C. <u>Código Civil Italiano (1942)</u>	14
I.2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD.	15
I.3.- DESARROLLO DOCTRINARIO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA	18
A. Teoría de la ficción jurídica	21
B. Teoría de la realidad jurídica	22
C. Teorías negatorias de la personalidad jurídica de las sociedades	22
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b>	28
<b>DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA</b>	
II. 1.-CRISIS DEL CONCEPTO DE PERSONALIDAD JURÍDICA	28
II. 2.- ÁMBITO Y GENERALIDADES DE LA TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA	34
II. 3.- ROLF SERICK Y SUS CONCLUSIONES. SU IMPORTANCIA EN EL DESARROLLO DE TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN EN LOS SISTEMAS CONTINENTALES	43
II.4. SUPUESTOS GENERALES DE APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE DESESTIMACIÓN.	48
II.4.1. Abuso de las formas jurídicas o utilización en fraude de ley.	48
II.4.2. Abuso de la persona jurídica.	48
II.4.3. Control abusivo.	50

II.4.4. Infracapitalización.	51
II.5.- FUNDAMENTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA	53
II.5.1. Fraude de Ley.	53
II.5.2. Abuso del Derecho.	55
II.5.3. Defraudación de la buena fe (mala fe)	57
II.5.4. Simulación.	58
II.6. ORIGEN DE LA DOCTRINA DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA	62
II.7. FUNDAMENTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN	63
II.7.1. Equidad.	64
II.7.2. Fraude.	65
II.7.3. Doctrina de la Agency.	69
II.7.4. Doctrina del Stopell.	70
<b>CAPÍTULO TERCERO</b>	<b>72</b>
<b>DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO ECUATORIANO</b>	
III. 1. FUNDAMENTO LEGAL.	74
III. 2. JURISPRUDENCIA DE LA DE LA CORTE SUPREMA	79
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>87</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>91</b>

## INTRODUCCIÓN.

La personalidad jurídica de las sociedades, está consagrada en el ordenamiento jurídico interno, el Art. 40 del Código Civil, dice que las personas son naturales o jurídicas, por su parte el Art. 583 del mismo cuerpo legal, establece que las personas jurídicas son sujetos de derecho, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones.

Más aún, el Art. 1984 del mencionado código, determina la separación o independencia que existe entre la persona jurídica legalmente constituida y sus miembros; es decir que la persona jurídica goza de autonomía patrimonial, ya que existe independencia entre el patrimonio personal de los socios y el de la sociedad; surge así el llamado "dogma del hermetismo de la persona jurídica" reflejado en que las propiedades, créditos y deudas de la persona jurídica no tienen nada que ver con los de los socios ni viceversa. A esto se suma, la limitación de responsabilidad que la ley otorga a los socios y administradores de la sociedad; es decir que como regla general los socios de una sociedad anónima y/o de una de responsabilidad limitada, responderán por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones (Arts. 92 y 143 de la Ley de Compañías).

La Ley de Compañías en su Art. 2, guardando relación con las normas del Código Civil citadas, reconoce como compañías de comercio, entre otras, a las sociedades anónimas y a las de responsabilidad limitada, las mismas que gozan de personalidad jurídica y de todos los beneficios que este reconocimiento otorga; es pertinente agregar que por las características propias del tipo societario que tienen las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada son las sociedades de más uso en nuestro medio actualmente,

justamente porque permiten al socio o a los socios proteger sus patrimonios personales frente a los riesgos comerciales que tiene una empresa, protección y división que no es tan rigurosa en las demás sociedades reconocidas por el ordenamiento jurídico.

Una vez que se ha cumplido con todos los requisitos legales, la sociedad adquiere vida propia; éste reconocimiento no se limita a que la sociedad pueda contraer obligaciones y ejercer derechos. Se crea una estructura organizativa, de la que depende el buen desenvolvimiento de la sociedad en el tráfico jurídico y comercial. Es decir, en palabras de Cabanellas, que se genera una estructura de organismos dinámicos, que se constituyen como mecanismos idóneos para la creación de atribuciones y obligaciones, ya sea con terceros, la propia sociedad o con sus socios. Por su parte, García Tejera, sostiene que la capacidad que poseen las personas jurídicas se deriva del principio de especialidad, que quiere decir que las personas jurídicas sólo son capaces de contraer derechos y obligaciones que guarden una adecuada relación con su objeto social<sup>1</sup>.

En relación a lo expuesto, debe diferenciarse entre la personalidad jurídica de las sociedades y la responsabilidad limitada de los socios que la conforman; esta distinción es evidente en las sociedades anónimas y en las de responsabilidad limitada, “pues las obligaciones de la sociedad no dan origen a obligaciones de los socios, salvo en la medida en que puedan incidir en la responsabilidad limitada de éstos”<sup>2</sup>. En principio en este tipo de sociedades, los acreedores no tienen derecho a iniciar acciones contra los socios respecto de

---

<sup>1</sup> García Tejera, Norberto; *Persona Jurídica*; Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, pag. 67.

<sup>2</sup> Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; *La Personalidad Jurídica Societaria*; Tomo III, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994, pag 58

las obligaciones que pudiera tener la sociedad, sino las que resultan indirectamente como consecuencia de la responsabilidad limitada que respecto de tales socios prevé la ley.

Es justamente, el extremo formalismo y abuso de este hermetismo el que ha provocado que el concepto de persona jurídica entre en crisis, es decir que la aparentemente infranqueable barrera societaria ha permitido que las personas jurídicas sean utilizadas para realizar actos contrarios a derecho, en fraude a la ley y para defraudar derechos de terceros. Frente a estos hechos la doctrina y la jurisprudencia, no pueden quedar indiferentes, para lo que se han desarrollado reglas que permiten modificar la imputación de responsabilidades propias del reconocimiento de la personalidad jurídica y de la responsabilidad limitada de sus socios; a estos efectos modificatorios es lo que la doctrina ha denominado: “desestimación de la personalidad jurídica o levantamiento del velo societario”.

Como se ha dicho en los párrafos anteriores, tras la persona societaria siempre hay intereses humanos y hombres que conforman o dirigen la voluntad de la sociedad, mientras que el instrumento en sí mismo es “neutro”, por ello, “no cabe que la sociedad y la justicia permanezcan indiferentes cuando en razón o al amparo de este concepto jurídico de persona se dan consecuencias adversas a las normas que constituyen el fundamento del reconocimiento de la personalidad”<sup>3</sup>, es así, que se hace necesario que exista un mecanismo que permita frenar los abusos que se cometen con pretexto de la barrera societaria, que a mi modo de ver, ese mecanismo es la desestimación de la personalidad jurídica societaria, sin

---

<sup>3</sup> Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; La Personalidad Jurídica Societaria; Tomo III, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994.

perjuicio de otras soluciones que el ordenamiento jurídico pueda prever, siempre y cuando se hayan cumplido ciertos presupuestos de hecho, como se verá más adelante.

Es decir, que el fundamento y legitimación de la aplicación de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica societaria o el uso de este recurso (si cabe el término), está en el uso abusivo, contrario a derecho de las figuras societarias, en violación de los derechos de terceros, de la propia sociedad y/o de algún socio o socios, además de ir en contra del orden público, la buena fe, entre otros. Es decir, a evitar que se lleven a cabo prácticas antijurídicas.

La teoría de la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades, nace o se desarrolla en el sistema anglosajón, específicamente en los Estados Unidos de América, que tiene como característica, utilizar principios de gran amplitud que se extraen de forma deductiva y lógica. A diferencia de los sistemas romanistas, como el nuestro; el sistema anglosajón se caracteriza por tener un sistema normativo predominantemente casuístico, lo que ha influido en que el desarrollo de la mencionada doctrina sea lento y muchas veces de difícil comprensión en el derecho continental, en especial en nuestro medio.

Se debe ser cuidadoso en la aplicación de este principio, ya que el uso irrestricto de este recurso procesal, debe tener en cuenta, que a través de éste no se violen derechos legítimamente constituidos con la persona jurídica que se pretende desestimar, peor aún con el riesgo de crear una severa inseguridad jurídica, que menoscabe derechos constitucionales, la libertad de asociación, el ejercicio de la libertad contractual, del

derecho de propiedad o la producción de bienes para comerciar en un mercado; o que se trate de limitar, la consagrada, autonomía de la voluntad.

Este trabajo se centrará, principalmente, en establecer las reacciones doctrinarias frente al uso indebido de la personalidad jurídica, tratando de hacer una aproximación de lo que supone la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica. Así como establecer los posibles beneficios que conllevan su aplicación para la seguridad jurídica y la justicia.

Se intentará arribar a una conclusión a través de los análisis realizados por distintos autores, sin incurrir en el cuestionamiento de la persona jurídica en sí, sino de establecer el marco doctrinario en el que se ha desarrollado el tema en cuestión, que ha servido de fundamento para su aplicación en nuestro país, a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema, específicamente de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil.

## **CAPITULO PRIMERO**

## PERSONALIDAD JURÍDICA Y SOCIEDADES

Un largo camino doctrinario, legislativo y jurisprudencial ha tenido que recorrer el concepto jurídico de personalidad en relación a las sociedades, hasta como lo entendemos hoy. En este capítulo trataré de explicar este desarrollo desde una perspectiva histórica y jurídica, que permita establecer el marco en el que se desarrolla el tema central de este trabajo.

### I.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS SOCIEDADES.-

Las necesidades creadas por el intercambio comercial de bienes y servicios entre personas, dieron como resultado el “fenómeno asociativo”<sup>4</sup>, estas asociaciones de hombres llevados por las exigencias comerciales y la necesidad de cumplir con los fines planteados, dan lugar al nacimiento de las sociedades; lo que dio como resultado la primera compañía, que según Max Weber, fue la “commenda” . En palabras de este autor, las sociedades con finalidad mercantil son la base del capitalismo moderno.<sup>5</sup>

Por otro lado, en el derecho romano ya existía el entendimiento del mencionado fenómeno asociativo, aunque no la diferencia entre las sociedades de carácter civil o comercial, sino

---

<sup>4</sup> Según Max Weber la familia fue el primer titular de las explotaciones mercantiles; fenómeno que se repetía de la misma forma a lo largo del continente europeo. Sin embargo, explica “que fue en Occidente el lugar típico en que por primera vez se constituyen compañías comerciales entre personas no unidas por vínculos de familia.”. Cit. de *Tratado de las Sociedades*; Villegas, pag 14.

<sup>5</sup> “Existe el capitalismo dondequiera que se realiza la satisfacción de necesidades de un grupo humano, con carácter lucrativo y por medio de empresas...” Cit. de *Tratado de las Sociedades*; Villegas.

que se dividían entre sociedades universales y particulares. Las primeras<sup>6</sup> o sociedades *omnium bonorum*, estaban constituídas por los hijos a la muerte del padre, ya que comprendían todos los bienes dejados por el causante.

Por su parte, las sociedades particulares tenían como función la administración de un bien determinado o la realización de un fin específico, como recolección de impuestos, actividades bancarias, compraventa de esclavos, entre otras operaciones comerciales. La característica principal de estas sociedades era la responsabilidad solidaria de sus integrantes.

Sin embargo, las sociedades o *societas* romanas carecían de efectos para terceros, ya que internamente eran concebidas como un contrato con vínculo obligatorio entre los socios, y externamente los socios actuaban colectivamente, en copropiedad, puesto que la sociedad no era vista como un ente de imputación o titular de derechos y obligaciones; es así, que cada socio era propietario de los bienes, deudor y acreedor del activo.

Para el derecho romano no existía otro sujeto de derecho más que los ciudadanos romanos, en palabras de Ferrara<sup>7</sup>, el reconocimiento que se hacía a las *societas* romanas, no era la de personalidad jurídica, sino que eran instituciones a la que les fueron incorporadas ciertas facultades propias de las personas; sostiene además, que la *societas* romanas, como dijimos en líneas precedentes, son de índole contractual, “el contrato era un vínculo obligacional,

---

<sup>6</sup> Las sociedades a título universal son prohibidas por la legislación ecuatoriana vigente, el Art. 1987 del Código Civil dice: “Se prohíbe toda sociedad a título universal...”

<sup>7</sup> Citado por García Tejera, Norberto. *Persona Jurídica*, pag. 67.

sin trascendencia exterior, por ende de imposible capacidad jurídica externa. Las obligaciones de las *societas* recaían sobre los bienes personales de los obligados convencionalmente; había comunidad de bienes...” (diferencia entre un sujeto de derecho y una relación obligacional)<sup>8</sup>. Para el citado autor, las sociedades o entes a los que se ha venido haciendo referencia, se encuentran a la mitad del camino para ser consideradas verdaderas personas jurídicas; faltaría aún un largo desarrollo legislativo y doctrinario antes de llegar a las actuales sociedades mercantiles.

### **I.1.1. Sociedades en el Derecho Germánico.-**

En el derecho germano no existió un ente social como unidad, que diferencie a los asociados de la sociedad<sup>9</sup>; los pueblos influenciados por éste conocieron dos instituciones consideradas como antecedentes de la personalidad jurídica, *gesammte hand* y *genossenschaften*. La primera tenía su origen en la familia y fue utilizada para el mantenimiento del patrimonio familiar dentro del grupo; no preveía la absorción de las individualidades por la unidad corporativa. La participación en esta comunidad de bienes venía dada por la pertenencia al grupo tribal (*sippe*) y no podía ser transferida a terceros fuera del grupo familiar. La inmovilidad patrimonial aseguraba el cumplimiento de los objetivos como comunidad, toda vez que era necesario el concurso de todos para ejecutarlo.

---

<sup>8</sup> García Tejera, Norberto *Persona Jurídica*, pag. 67.

<sup>9</sup> “El derecho primitivo germano no llegó nunca a la concepción de un ente ideal distinto de la colectividad de individuos asociados; para eso era necesaria una fuerte abstracción de la que no es capaz un pueblo primitivo” (García Tejera, Norberto; *Persona Jurídica*).

La *genossenschaften* aparece como una institución evolucionada a partir de la *gesamte hand*, la que estaba conformada por asociaciones, en la que sus integrantes con intereses comunes no necesariamente eran miembros del mismo grupo familiar, sino que se conformaba un patrimonio perteneciente a una comunidad con fines colectivos, pero esto no implicaba la existencia de una unidad corporativa. Ferrara, señala que “que si bien la asociación no era sujeto de derechos, tenía la facultad de administración, aunque careciera del poder derivado del dominio que seguía siendo colectivo, es decir, ajeno; es un avance en relación a la ya explicada institución de *gesamte hand*, pero no alcanza para que se pueda considerar sujeto de derechos”<sup>10</sup>.

### **1.1.2 Sociedades en la Edad Media.-**

Los acontecimientos socio-políticos y socio-económicos que se suscitaron en este período impulsaron la creación de nuevas formas de sociedades y la evolución del derecho comercial, impulsado por las corporaciones de artesanos, jurisdicciones arbitrales, nuevas formulas contractuales y de forma contundente el aporte de la Iglesia, la que en sendos concilios papales prohibieron el préstamo con intereses; lo que obligo a los comerciantes y prestamistas a recurrir a operaciones ya conocidas como las “*commendas*” de amplia difusión entre los comerciantes marítimos, el desarrollo de actividades o el intercambio de bienes muebles y posteriormente de servicios (bancos, seguros, etc.)<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Citado por: García Tejera, Norberto; *Persona Jurídica*; pag 100.

<sup>11</sup> Villegas, Carlos G.; *Tratado de las Sociedades*; pag. 30.

En definitiva, las nuevas exigencias comerciales, con nuevos objetivos, nuevos contenidos jurídicos ayudaron tanto al enriquecimiento de la ciencia jurídica como al desarrollo y expansión del comercio, son algunos de los hechos que marcarían el camino a los eventos históricos que estarían por venir<sup>12</sup>.

En Europa el sistema monárquico de concentración de poder reemplazó al feudalismo, lo que ayudó a que las instituciones jurídicas, que se encontraban dispersas y muchas veces se contraponían, sean sistematizadas y así poder resolver los conflictos que surgían entre los comerciantes. Proceso que daba sus primeros pasos gracias a las Ordenanzas de Colbert<sup>13</sup>, dirigidas a reglar el comercio terrestre y marítimo en los años de 1673 y 1680, respectivamente; y que llegaría a su más elaborada expresión con la expedición y sanción de los códigos napoleónicos<sup>14</sup>, Civil (1804) y de Comercio (1805)<sup>15</sup>.

### **1.1.3 Sociedades en el Derecho Anglosajón.-**

La “partnership” no tiene como fundamento un contrato, como lo hacen las tendencias de corte romanista, sino que se lo mira como una relación jurídica entre dos o más personas que realizan un negocio en común y con un tercero. Este tipo de sociedades tiene como

---

<sup>12</sup> Eventos como el descubrimiento de América, conquista y colonización, apoyaron a la creación de las primeras sociedades anónimas y de otras figuras comerciales, que serían la base para la explotación comercial de las nuevas rutas comerciales y mercados.

<sup>13</sup> Colbert, ministro de gobierno durante el reinado de Luis XIV.

<sup>14</sup> García Tejera, Norberto; *Persona Jurídica*, pag. 102.

<sup>15</sup> Los códigos franceses de posrevolución tenían como misión la de derogar el régimen jurídico anterior a esta, así con la de armonizar los ideales revolucionarios *liberté et égalité*; el Código Civil dejó de lado la parte general de la persona jurídica, tratando a las sociedades como contratos de cambio y no como asociativos. El Código de Comercio reguló los tipos societarios conocidos pero sin considerarlos como personas jurídicas. García Tejera, pag. 77.

fundamento las relaciones entre los asociados o “partners”, los que pueden contratar individualmente obligando a todos los demás “partners”, los que responden ilimitadamente frente a éstas.

Sin embargo, no se debe confundir que la capacidad que tiene la “partnership” sea similar o el reconocimiento del concepto de la personalidad jurídica. Es a principios del siglo XX que en Estados Unidos de América se sanciona el “Uniform Partnership Act (1914)”, que buscaba sistematizar las normas del “Common Law” sobre el tema; que define al “partnership” como una asociación “de dos o más personas para conducir como condóminos un negocio para obtener beneficios... pueden formar parte de un “partnership” los individuos, las “corporations”, “companies” y otras asociaciones.

#### **1.1.4 Sociedades en las Codificaciones.-**

##### **A. El Código Francés (Civil y Comercial).-**

Los códigos franceses tenían como finalidad la de implantar un nuevo sistema jurídico que estuviera acorde con los planteamientos de la Revolución; era tal la obsesión por consagrar éstos principios que el artículo 7 del Código Civil se expresaba: “A partir del día en que estas leyes son ejecutoriadas, las leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres generales o locales, los estatutos, los reglamentos, cesan de tener fuerza de ley general o particular en las materias que son objeto de dichas leyes que componen el presente Código”<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Villegas, Carlos G.; *Tratado de las Sociedades*; pag 23.

El Código Civil francés, frente a la tarea de armonizar las normas jurídicas con las ideas que dieron lugar a la Revolución, apuntaba a mandar por la borda todo el régimen jurídico de las corporaciones y de los gremios, frente a un generalizado rechazo a todo lo que tenía que ver con las asociaciones. Es recién en 1902 que en este Código Civil se autorizó la libertad de asociación para los sindicatos y asociaciones.

Por su parte, el Código de Comercio francés también dio de baja a las asociaciones gremiales, pero dejó intacto el concepto de comerciante; siendo que el contrato de sociedades de comercio no representaba un peligro real para el nuevo régimen, fue mantenido y reglamentado; sin embargo no se les reconoció personalidad jurídica.

Se distinguen dos tipos de sociedades, según la responsabilidad personal de los socios o según el capital variable de la sociedad.

#### **B. El Código Civil Suizo.-**

Este código confiere personalidad jurídica a las sociedades comerciales que han sido debidamente inscritas en el Registro de Comercio, este requisito no es necesario cuando la sociedad no tiene un fin económico; la referida personalidad que se les atribuye a las sociedades supone que éstas pueden tener derechos y adquirir obligaciones, con la única limitación de las imposibilidades naturales propias de las personas físicas, lo que nos deja

claro que la capacidad a la que se refieren las normas jurídicas con relación a este tema es bastante amplia.

Este Código esta reglamentado por el Código de las Obligaciones, que se ocupa de los diversos tipos societarios con una modalidad contractual. Este cuerpo legal se divide en dos grupos, las sociedades simples y las comerciales; a las primeras no se les reconoce personalidad jurídica, mientras que las comerciales gozan de personalidad jurídica por su organización corporativa, siempre que se hayan cumplido con los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico pertinente.

### C. Código Civil Italiano (1942).-

Este código es considerado uno de los mejores por su pulida técnica legislativa, así por primera vez se establece una distinción clara entre las sociedades comerciales con y sin personalidad jurídica.

Hace un reconocimiento de las personas jurídicas públicas, privadas y las sociedades; mientras que a las asociaciones y fundaciones se les reconoce como personas jurídicas por decreto estatal, de no mediar este reconocimiento no serán reconocidas como tales, pero pueden comparecer a juicio en virtud del contrato.

El mencionado código, posee un sistema dual, es decir que norma las sociedades de personas sin personalidad y las sociedades de capital con personalidad (con actividad económica).

## **I.2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD.-**

En referencia a los antecedentes presentados, se puede concluir que las sociedades (civiles o mercantiles) son la reunión de un grupo de personas que aportan con capital y trabajo para que les permita desarrollar o cumplir con una finalidad específica.

Las sociedades en sus orígenes facilitaron la administración de los bienes familiares; pero como se explica en los párrafos anteriores, fueron las exigencias económicas las que marcaron las pautas para que se fuera desarrollando este concepto, cuyas características comunes eran: a) administración de bienes; b) un nombre, usualmente relacionado con la familia, que se llegaría a conocer como la razón social; y, c) responsabilidad ilimitada de sus integrantes<sup>17</sup>.

El descubrimiento de América marca un hito significativo en la evolución de las sociedades comerciales, ya que los grandes emprendimientos de conquista y de colonización dieron como resultado el nacimiento de la figura de la sociedad anónima<sup>18</sup>, a la que ya se la concebía como un centro de imputación distinto a la de sus integrantes, reconocimiento que es el cimiento para el actual reconocimiento jurídico de las sociedades y del desarrollo de la teoría de la personalidad jurídica de éstas.

La doctrina, muy pocas veces ha coincidido al tratar de explicar el fenómeno asociativo, por lo que ha desarrollado varias teorías para definir la naturaleza jurídica, como son la

---

<sup>17</sup> García Tejera, Norberto; *Persona Jurídica*; pag 73.

<sup>18</sup> “Se considera como comienzo de la sociedad anónima a la constituida en 1602 llamada la Compañía Holandesa de las Indias Orientales” (Brunetti).

contractualista, institucionalista, la del contrato plurilateral, por nombrar las más relevantes. La primera sugiere o reconoce a las sociedades como uno más de los contratos privados, es decir que era bilateral y conmutativo, además ésta teoría sugiere que internamente la sociedad para los socios es un contrato, pero externamente para los terceros que contratan con ella es un sujeto de derecho, distinto a sus integrantes; esta es la línea clásica francesa que siguieron muchos de los códigos civiles y comerciales de Latinoamérica, como el nuestro.

Por su parte, la teoría institucionalista se define como la “idea de obra o de empresa que constituye una realización independiente de la voluntad subjetiva de individuos determinados y que se caracteriza por su duración en el medio social”<sup>19</sup>. Renard, citado por Villegas, sostiene que la sociedad es un organismo dotado de vida y de medios de acción, que por sus características tiene una duración superior de aquellos miembros que la componen; es decir que es un ente que se encuentra en un punto intermedio entre el grupo social que lo conforma, los terceros con los que se relaciona y el Estado, al igual que lo son otros grupos, como la iglesia, los sindicatos, entre otros. Los defensores de esta teoría sustentan, que si bien el acto constitutivo es un contrato, la institución es la que goza de la personalidad jurídica, mediante ésta se debe de tutelar el bien común y el respeto a la autoridad.

La teoría del contrato plurilateral, cuyo mayor exponente es Tullio Ascarelli, sugiere que en la sociedad, al intervenir en ella varias partes, ningún socio se encuentra frente al otro, sino

---

<sup>19</sup> Villegas, Carlos G.; *Tratado de las Sociedades*; pag. 27.

que frente a todos los demás, y por ello se puede hablar de pluralidad; para este autor el sinalagma tiene un contenido propio. “Así mientras en el sinalagma clásico un contratante asume una obligación distinta para que la otra parte asuma una diferente, en el contrato plurilateral, el sinalagma no impide que estando una parte frente a las demás, puedan, a su vez estar juntas, persiguiendo un fin común”<sup>20</sup>.

Halperín, expone que la sociedad es una consecuencia del derecho, constitucional, de libre asociación, con fines útiles para ejercer de manera lícita y libre alguna actividad económica; este autor sugiere, que por las características de los derechos atribuidos a las sociedades, éstas son una realidad jurídica, no una ficción de la ley, ya que ello estaría reñido con la titularidad de un patrimonio y demás atributos de propios de la personalidad como el domicilio, el nombre y la capacidad<sup>21</sup>.

Para el autor chileno Villegas, la sociedad, persona jurídica, es un centro de imputación de derechos y obligaciones distinto al de sus socios, que está provista de una organización (capital y trabajo) que le permite cumplir una finalidad económica, es decir la puesta en marcha de una empresa; que en palabras de Champaud, citado por este autor, es “la técnica de organización jurídica de la empresa.”

### **I.3 DESARROLLO DOCTRINARIO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.-**

---

<sup>20</sup> Villegas, Carlos G.; *Tratado de las Sociedades*; pag 28.

<sup>21</sup> Villegas, Carlos G.; *Tratado de las Sociedades*; pag 29.

Con tales antecedentes respecto a la evolución de la teoría de sociedad o del fenómeno asociativo, como lo llama Richard, es recién en el siglo XIX que la idea de la personalidad jurídica se consolida de forma generalizada. La consecuencia del desarrollo y aceptación de la personalidad jurídica de las sociedades, es lo que se podría llamar la barrera societaria, que implica la separación de las personas y de los patrimonios de la sociedad respecto de la de sus socios; que en palabras de Garrigues es una de las más brillantes creaciones del derecho, especialmente el mercantil; “hace tiempo ya se ha sostenido con agudo ingenio que la sociedad no es la suma de los socios, sino algo que está más allá de ellos, rebasando su personalidad física.”<sup>22</sup>

La implementación de la teoría de la personalidad jurídica, como ya se ha planteado, responde a la adecuación que debe y tiene el Derecho en relación a las normas de realidad económica y social frente a las necesidades de los agentes que intervienen en ella. “La personalidad jurídica es una creación del derecho ante una realidad social, del mismo modo que la persona es una creación del derecho en relación a una realidad corpórea”<sup>23</sup>

A riesgo de sonar repetitivo, para el tratadista argentino, Cabanellas de las Cuevas, el reconocimiento de la personalidad jurídica responde a motivos prácticos, que permiten el mejor cumplimiento de los fines económicos impuestos por sus miembros; es decir que las relaciones jurídicas entre la persona jurídica y sus socios están determinadas por las normas jurídicas y los límites impuestos por éstas y el contrato de constitución, lo que permite

---

<sup>22</sup> Garrigues, Joaquín; Curso de Derecho Mercantil, pag. 240.

<sup>23</sup> Richard, Efraín; Derecho Societario, pag 150.

determinar los niveles de imputación de los derechos y obligaciones producto de las operaciones societarias, que tiene como consecuencia simplificar las relaciones jurídicas y comerciales de las sociedades con terceros, abaratando notablemente los costos de tales transacciones. “La personalidad jurídica de las sociedades permite la fácil distribución de las atribuciones y facultades de que gozan colectivamente los miembros de la sociedad...También se facilita la posición de los terceros que toman contacto con la sociedad, a quienes se libera de complejas investigaciones respecto de la representación que inviste a quienes han llevado a cabo tales transacciones.”<sup>24</sup>

Explica Cabanellas, que la personalidad jurídica permite desde el punto de vista de los socios, evitar las dificultades que supone determinar como se distribuyen las ganancias y pérdidas que les corresponden a éstos, caso por caso, sino que las operaciones son imputadas a la sociedad directamente y es ésta la que soporta las ganancias y pérdidas; la mencionada distribución tendrá lugar una vez liquidados los dividendos de la actividad económica que se repartirán entre los socios conforme a los derechos que éstos tengan en relación a las utilidades que hubiere generado.

Siguiendo el mismo razonamiento, este autor señala que otra de las ventajas que tiene el reconocimiento de la personalidad jurídica son las funciones que cumple en el plano procesal, en especial con la legitimación de la personería pasiva de la sociedad; que al igual que en las relaciones con terceros, la unidad con la que se maneja la sociedad externamente, evita tener que dirigir causas, producidas por las obligaciones adquiridas por la sociedad,

---

<sup>24</sup> Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; Derecho Societario, Parte General, La Personalidad Jurídica Societaria, Tomo 3.

contra una pluralidad de partes, sino que se siga el proceso judicial contra una sola parte, la sociedad, persona jurídica, debidamente representada. La misma consideración se tendrá para el caso contrario.<sup>25</sup>

En suma, se puede decir que la personificación jurídica es un instrumento que le permite a la sociedad intervenir en sus relaciones jurídicas de una manera más eficiente, económica y simple, en relación a la adquisición de obligaciones y derechos. Así las personas jurídicas son una realidad jurídica reconocida por la ley, que sirve como medio técnico y jurídico; que si bien es una organización humana, que posee intereses económicos e individuales, pero éstos son situaciones extrajurídicas que no impiden la aplicación de personalidad jurídica como medio para cumplirlos.

No ha sido pacífica la doctrina sobre el tema referente a la naturaleza jurídica de la personalidad de las sociedades, y para explicarla se han formulado varias teorías, al igual que con respecto de la sociedad como fenómeno asociativo, incluso existen corrientes de pensamiento que intentan negar su aplicabilidad. Trataré de hacer una aproximación sucinta de las que considero más relevantes, con lo que se aclara que no son las únicas, a saber:

**A. Teoría de la ficción jurídica:** Considerada la teoría clásica, su máximo expositor es Savigny, el que explica que la capacidad jurídica de las sociedades coincide con el concepto que se maneja para los hombre; es decir que el concepto se extiende a entes

---

<sup>25</sup> Ibidem...pag 31

artificiales creados por una ficción jurídica de la ley. “las personas jurídicas son ficciones jurídicas creadas por el legislador, fundado en razones de interés general y desprovistas de una realidad.”<sup>26</sup>. De Solá Cañizares, citado por Villegas, sostiene que esta teoría es tomada del derecho inglés, en el que se asegura que existe una abstracción “en razón de de la cual se considera como una entidad metafísica distinta a la de sus miembros, que no tiene una existencia física, sino una ideal resultado de una ficción jurídica que le atribuye a la entidad derechos y obligaciones.”<sup>27</sup>

Esta corriente es la que tomó en cuenta el redactor del Código Civil chileno, que posteriormente los codificadores ecuatorianos copiaron casi idénticamente, es así que el Art. 583 del Código Civil ecuatoriano (Art. 545 del Código Civil chileno, texto exacto) prescribe que: “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”<sup>28</sup>.

**B. Teoría de la realidad jurídica:** Esta teoría soporta su argumento en que las personas jurídicas son verdaderas personas, desde el punto de vista del derecho, antes de existencia no física, es decir que se les ha dotado de aptitud jurídica y capacidad para obrar en las relaciones jurídicas con terceros.

Richard sostiene que la realidad a la que hace mención esta teoría, no es una realidad social, sino una realidad jurídica, es una creación normativa que permite a las personas jurídicas actuar como si se tratara de una persona de existencia física dentro del tráfico jurídico de sus relaciones. En este sentido, Halperín, redactor de la exposición de motivos de la Ley de

---

<sup>26</sup> Richard, Efraín; Derecho Societario, pag 37.

<sup>27</sup> Villegas...pag. 41

<sup>28</sup> Código Civil, R.O.-S 104 de 20 de Noviembre de 1982.

Sociedades Comerciales de Argentina, citado por López Mesa, dice que la “sociedad como sujeto de derechos constituye una realidad jurídica, esto es, ni una ficción jurídica, reñida con la titularidad de un patrimonio y demás atributos de la personalidad como el domicilio, nombre, capacidad, entre otras; ni es una realidad física, en pugna con una ciencia de valores. Realidad jurídica que el derecho reconoce como un medio técnico para que un grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone.”<sup>29</sup>

**C. Teorías negatorias de la personalidad jurídica de las sociedades:** Estas líneas de pensamiento sostienen que las únicas personas, sujetos de derechos, son los seres humanos; argumentan que los bienes no le pertenecen a nadie, pero que tienen un propósito establecido, es decir que son bienes afectados para un fin determinado, que son reconocidos en el orden jurídico como un patrimonio especial paralelo al patrimonio personal de los integrantes de una asociación. Sin embargo, esta teoría ha sido objeto de fuertes críticas, que han logrado demostrar la falencia de sus postulados, ya que la doctrina concuerda que es absurdo que exista un patrimonio sin sujeto, indeterminado, fundamento que se basa sobre una idea falsa, ya que en último término el titular del patrimonio serían sus integrantes.

Por otro lado, Cabanellas de las Cuevas, acertadamente, dice que son innecesarias las distinciones que se quiere hacer la doctrina sobre la naturaleza jurídica del concepto de personalidad jurídica, ya que más allá de que las diferentes normas del ordenamiento jurídico hagan mención a las diferentes formas de adquirir la personalidad jurídica de las sociedades, sean estas civiles o mercantiles, no implica que existan varias personalidades jurídicas, sino que existen varios tipos de sociedades que gozan de la personalidad jurídica;

---

<sup>29</sup> López Mesa, Marcelo; Abuso de la Personalidad Jurídica de las Sociedades Comerciales, pag. 34.

es decir, que el concepto de personalidad jurídica es único y son estériles las voces que hablan de personas ideales o de sujetos de derechos, ya que en la práctica jurídica no existe una diferenciación que pueda explicar la diferencia de estos conceptos.

Este autor hace la aclaración de que los diferentes tipos societarios, civiles o mercantiles, tienen personalidad jurídica y a lo que se tienen que atener sus miembros son las reglas específicas que la ley establece para cada tipo societario según su naturaleza.

Así, “la extensión del concepto de personalidad jurídica que toma como base entes que no constituyen individuos de existencia física, cumple una función práctica, tanto en materia económica como en los otros aspectos de las relaciones jurídicas de la sociedad...desde el punto de vista jurídico básico, ya sean las personas de existencia física o las de existencia ideal, tienen en común el ser personas, o sea entes a los que se les atribuye derechos, obligaciones y responsabilidades.”<sup>30</sup>

La coincidencia que plantea el autor citado entre personas físicas y personas jurídicas, tiene que ver, guardando las distancias en relación al desarrollo doctrinario de cada uno, con las afirmaciones que da Kelsen al respecto; para el autor de la teoría pura del derecho, la personalidad jurídica es el conjunto de normas que regulan la conducta de una pluralidad de individuos, esto quiere decir que sus miembros se encuentran vinculados por el contrato asociativo que regula la existencia del ente jurídico llamado persona jurídica, que en palabras de Kelsen es el “estatuto regulatorio”. Bajo este razonamiento Kelsen desplaza la subjetividad jurídica propia de los hombres al convenio asociativo para posibilitar que el derecho positivo creé y acepte la personalidad jurídica de las sociedades. “Las personas

---

<sup>30</sup> Cabanellas de las Cuevas;..., Tomo 3; pag. 36.

físicas y las jurídicas (para este autor) son ambas la personificación del orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica...es decir que ambas son centro de imputación.”<sup>31</sup>

Como se ha señalado, las diferentes posturas sobre la naturaleza jurídica y como debe ser aplicado el concepto de la personalidad jurídica de las sociedades, desde mi punto de vista, son bastante fútiles para la práctica jurídica, ya que como bien señala Cabanellas entre otros autores, el resultado del reconocimiento de las personas jurídicas como actores en el tráfico jurídico, es justamente éste, que pueda actuar con capacidad frente a terceros, ser un centro diferenciado de imputación de derechos, obligaciones y responsabilidades; es decir que es un verdadero recurso de la técnica jurídica que permite a sus miembros actuar como una unidad en el cumplimiento de una empresa. Si bien es cierto, cada legislación establece las normas para que una sociedad adquiera personalidad jurídica, pero eso no quiere decir que existan diferentes tipos de personalidad, sino que los contrastes que existen son el resultado de los diferentes tipos societarios que se encuentran revestidos de personalidad jurídica; en suma, se trata de situaciones de política legislativa.

El reconocimiento de la atribución de la personalidad jurídica a las sociedades, tiene efectos específicos generales, a saber, a) reconocimiento como sujeto de derechos; b) el reconocimiento de un patrimonio propio, distinto del de sus socios; b) derecho a un nombre que lo identifique; c) tiene domicilio propio; d) le otorga capacidad de comparecer a juicio.

---

<sup>31</sup> García Tejera, N;..., pag. 53.

De lo señalado hasta ahora, se desprende que existen dos momentos claves en lo que es el reconocimiento y aplicación del régimen de la personalidad jurídica como la conocemos hoy; el primero, es el que nos habla del fenómeno asociativo, que como ya se explicó, fue el caldo de cultivo para la formación de las asociaciones; efecto directo del entendimiento de este fenómeno asociativo global, tanto de los beneficios como de su aplicación, es que da paso a que estas relaciones jurídicas de un grupo de personas se les reconozca como unidad, “como una estructura que responde a la necesidad de satisfacer intereses colectivos que merecen la protección del Derecho”<sup>32</sup>, es decir que se reconozcan como sujetos de derecho, capaces de actuar en el tráfico jurídico; en pocas palabras el reconocimiento de la personalidad jurídica de estas sociedades.

El segundo momento es el reconocimiento de la personalidad jurídica, que los entes o sociedades sean considerados distintos a sus miembros, es decir que exista una división patrimonial y de responsabilidad. Sin embargo, no se deben confundir la limitación de responsabilidad con personalidad jurídica; si bien es cierto que modernamente, en especial en relación con las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, la responsabilidad limitada es una característica que nace paralelamente con el reconocimiento de la sociedad como una persona jurídica (inscripción del contrato social en el Registro Mercantil), la responsabilidad limitada de la que gozan sus miembros es el resultado de una evolución jurídica-doctrinaria distinta.

---

<sup>32</sup> Larrea Holguín; Derecho Civil del Ecuador; Tomo I.

El principio de limitación de la responsabilidad es un beneficio que la ley otorga a quien o quienes inician una empresa, que de una u otra forma genera beneficios no solo a los directamente interesados, sino también a la comunidad; bajo este razonamiento, Dobson, destaca que el reconocimiento de la personalidad jurídica y el privilegio de la responsabilidad limitada son actos distintos, pero conexos, que responden a las necesidades de la actividad comercial e industrial, ya que en la actualidad es poco usual la intervención, bajo formas sociales o individuales, en estas actividades bajo el régimen de responsabilidad total.<sup>33</sup>

Señala, también, este autor, que, en un principio, el perfeccionamiento y aplicación de la doctrina de la personalidad jurídica y de responsabilidad limitada tiene una estrecha relación con el desarrollo de la industria y de sus necesidades; característica que comparte con la aparición de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica. Dobson asegura, que la incidencia de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica es directamente proporcional al grado de industrialización de los países; es así, que son los países donde el grado de tecnificación y desarrollo es mayor, los que más requieren del uso de las formas jurídicas en las que se reconoce la responsabilidad limitada. Frente a este uso, se da también su abuso, y por ello la necesidad de poner remedio a éstos.

El extendido uso de las sociedades que limitan la responsabilidad de sus miembros, en nuestro medio las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, a través de la personalidad jurídica, ha llevado a que se den, más abusos de los que comúnmente se

---

<sup>33</sup> Dobson, Juan; El Abuso de la Personalidad Jurídica.

quiere. En efecto “se han utilizado las formas previstas por la ley para admitir la responsabilidad limitada, con el objeto de consumir fraudes y perjuicios diversos a terceros...fenómeno que lo hemos denominado (Dobson) abuso de la persona jurídica...”<sup>34</sup>. Para tratar de corregir estos abusos, en aplicación con otras herramientas del derecho, la doctrina ha desarrollado la desestimación de la personalidad jurídica societaria, la que permite que los juzgadores investiguen la realidad subyacente disfrazada y protegida por la barrera societaria y responsabilidad limitada, señalando quien o quienes son los destinatarios de los provechos obtenidos por las prácticas antijurídicas.

## **CAPITULO II**

### **DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA**

---

<sup>34</sup> Ibidem...pag 70.

Explicado lo que es y como funciona el concepto jurídico de personalidad de las sociedades; en este capítulo pretendemos explicar como funciona la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades.

Siendo que la figura de la persona jurídica es muchas veces utilizada como mero recurso técnico, como una pantalla para obtener beneficios, para violar la ley, cometer fraudes a terceros o sus socios, la justicia y la sociedad en general no puede quedar indiferente, respuesta a tales atropellos se ha desarrollado la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica, la que le permite penetrar en el verdadero sustrato de la persona jurídica y determinar de forma clara los reales responsables de abusos, para de esta forma poder tutelar los derechos e intereses en general de las personas o sociedades afectadas por el accionar contrario a Derecho.

## **II.1 CRISIS DEL CONCEPTO DE PERSONALIDAD JURÍDICA**

Es pacífica la posición de la doctrina y la mayoría de ordenamientos jurídicos al señalar que la sociedad anónima y las sociedades de responsabilidad limitada son sujetos de derecho distintos a sus socios, a pesar de que son ellos los que toman las decisiones de aquélla, bien sea en forma directa o indirecta, mediante el control que ejercen de sus órganos sociales.

Guillermo Borda sostiene que el concepto de personalidad jurídica se encuentra en crisis, ya que la concepción formalista y casi absoluta que se le tiene a la barrera societaria, según la cual la sociedad es un ente autónomo distinto de quienes lo integran; la crisis del concepto, se ha producido, al ser utilizada la sociedad como un mero recurso técnico que se presta para la realización de objetivos distintos para los que fue concebida. “Si la

complejidad del mundo jurídico ha hecho necesario reconocer ese otro sujeto que son las personas jurídicas, es a condición de que sirvan ellas también a los fines propiamente humanos que las justifican. Cuando se desvían esos fines, cuando se ponen al servicio de la mala fe, del propósito de burlar la ley o de perjudicar a terceros, los jueces deben intervenir para impedir que ello ocurra.”<sup>35</sup>

Coincide con este razonamiento el tratadista español Federico de Castro y Bravo, expone que “la sociedad anónima que fue institución predilecta del dogmatismo positivista, que se pensara manifestación directa de la libertad de asociación y que se creyera que podía servir de modelo o de explicación del mismo Estado, está en un momento de crisis, en los distintos países se dictan nuevas leyes o se preparan reformas y la doctrina se muestra inquieta y dividida. Situación que por su generalidad hace pensar que quizá se trata de algo más grave que una transitoria situación patológica y que sea la figura misma de la Sociedad Anónima la que está en cuestión.”<sup>36</sup>

Como se ha señalado, las personas jurídicas, en especial las sociedades anónimas (y las de responsabilidad limitada posteriormente), fueron concebidas con el afán de facilitar la consecución de objetivos económicos y empresariales de cierta envergadura, que a las personas individualmente se les hubiese sido difícil conseguir; pero es evidente, que su creación no estaba dirigida a facilitar o legitimar la irresponsabilidad e impunidad de quienes la componen; sin embargo, no tuvo que pasar mucho tiempo para que,

---

<sup>35</sup> Borda Guillermo; La Persona Jurídica y el Corrimiento del Velo Societario.

<sup>36</sup> Boldo Roda, Carmen; Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español.

aprovechando de los beneficios y ventajas que producen el reconocimiento de la separación patrimonial y de responsabilidad, se abuse y realice toda clase de actos antijurídicos, protegidos, justamente, detrás del escudo societario que da el uso de las siglas S.A. y/o Cia. Ltda. (entre otras). Borda señala que la personalidad jurídica y todo lo que ésta implica, no es un ente sagrado ni una persona sobrehumana, por lo que ya sea que se entienda al concepto de persona jurídica como medio o como método, creado por la ley como centro de imputación diferenciado, éste necesariamente deberá ser dejado de lado, si con él se pretendió perjudicar a terceros, violar la ley o bien cometer otro tipo de abuso.<sup>37</sup>

Si bien es cierto que las sociedades comerciales han sido un valioso aporte para el desarrollo mercantil, ayudando a tener logros difíciles de conseguir si se hubieran perseguido por esfuerzos individuales. Las facilidades que brinda el régimen societario, produjo el reemplazo paulatino del comerciante individual por la sociedad anónima y de responsabilidad limitada, llegando a ser casi el paradigma de las relaciones mercantiles; sin embargo, contrario al concepto jurídico y doctrinario de lo que es la sociedad anónima (especialmente), y en general de las sociedades comerciales, que es desarrollar actividades económicas o iniciar empresas que suponen un flujo de capitales considerable, se han convertido en compañías cuya realidad es ser sociedades de personas disfrazadas de sociedades de capital, integradas por lo general por familiares o amistades, más que por capitales. Es así que la excesivamente formalista concepción de la separación entre persona jurídica y socios, da las facilidades para que se cometan toda clase de abusos de las bondades y beneficios que otorga la personalidad jurídica.

---

<sup>37</sup> Borda Guillermo; La Persona Jurídica y el Corrimiento del Velo Societario, pag. 21.

Las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada, son por lo general las que vienen a la mente cuando se habla de personas jurídicas comerciales, que como se ya se dijo son casi el paradigma de la personalidad jurídica. Sin embargo, su popularidad es al mismo tiempo su desgracia , ya que lamentablemente, son por antonomasia las preferidas para realizar todo tipo de abusos; Gowland, citado por Borda, dice que “esa facilidad comercial, impulsora de la gran evolución capitalista, tentó cual seductora manzana primero, a dividir el patrimonio no sólo para laudables razones, sino para limitar, disminuir o aún eludir su responsabilidad, dando pie a innumerables maniobras con objetivos contrarios al ordenamiento jurídico.”<sup>38</sup>

Por su parte, varios autores coinciden en resaltar que la crisis de las instituciones, en general, se produce cuando éstas y los valores que las componen no son utilizadas apropiadamente, donde la división entre lo lícito e ilícito, lo moral e inmoral se ha tornado difusa, “no es admisible que se pretenda crear un “bill” de indemnidad a favor de delincuentes económicos a través del uso indebido de la personalidad jurídica y que, tras el cartón, se nos espete que esa personería jurídica se halla en estado crítico”<sup>39</sup>. La doctrina tradicional parece pensar que la muralla levantada entre la persona jurídica y los individuos que la componen, entre los bienes de la sociedad y los propios de los socios que la integran, es una barrera infranqueable, una verdad absoluta. Sin embargo, la multiplicación de las conductas antijurídicas, hicieron que apremiara la necesidad de encontrar una herramienta efectiva contra el tema del abuso cometido por medio de las sociedades.

---

<sup>38</sup> Borda Guillermo; La Persona Jurídica y el Corrimiento del Velo Societario; ABELEDO-PERROT; Buenos Aires, 2000, pag. 25.

<sup>39</sup> López Mesa...pag 103.

Para muchos autores, la crisis que sufren las sociedades comerciales radica en la reducción de la personalidad jurídica a un mero recurso técnico; y, utilizar éste con fines distintos de los efectos para los que creó la sociedad. Siguiendo este razonamiento, Tullio Ascarelli, citado por López Mesa, sostiene que “la persona jurídica constituye en sustancia un instrumento que debemos dominar, y no ya una hipótesis por la cual debemos ser dominados...que la prescindencia de un concepto hipostático de la persona jurídica se impone cuando tras ella pretenda esconderse una conducta ilegal... pero es el caso que cuando ese medio técnico es utilizado abusivamente, apartándose de los fines lícitos, en perjuicio de terceros que se relacionan jurídicamente con la sociedad, sean tales relaciones contractuales o de cualquier otra clase, la ley y el juez debe prescindir de tal personalidad, porque no puede admitirse fines ilícitos, de engaño o fraude.”<sup>40</sup>

Frente a lo señalado, cabe decir que la personalidad jurídica y sus efectos, en especial en las sociedades comerciales, ha sido creada para incentivar el desarrollo de actividades económicas y empresariales, pero es ilógico pensar que las ventajas establecidas en la doctrina y plasmadas en el ordenamiento jurídico hayan sido concebidas con el afán de proteger intenciones oscuras, pensar de esta manera sólo fomenta la desigualdad entre personas jurídicas y personas físicas, ahonda la crisis en la que se encuentran el concepto y genera inseguridad jurídica, por lo que no es extraño que existan multitud de voces que sugieren el replanteo total de la teoría de la personalidad jurídica. Se debe entender, que el uso antijurídico de las sociedades, repugna al sentido de justicia, ya que, es ofensivo que

---

<sup>40</sup> López Mesa...pag 104.

delincuentes económicos pretendan permanecer impunes frente a sus actos, atrincherándose detrás de la barrera societaria. En fin, las sociedades comerciales, en especial las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada, no son, ni fueron concebidas para fines ilegítimos o ilícitos, menos aún para quebrantar principios universales del derecho; sino que son sujetos de derecho creados en función de una necesidad social y económica, que faciliten la intervención de sus miembros en las relaciones jurídicas y empresarias con terceros.

Es de destacar lo planteado por el autor venezolano Roberto Goldschmidt, citado por López Meza, al tratar el problema del abuso con la personalidad jurídica societaria, dice que "todas las sociedades mercantiles constituyen personas jurídicas distintas de los socios, concepción de la cual se ha abusado a veces, obligando a la jurisprudencia a contemplar la realidad detrás de la forma jurídica ...Las ideas expuestas nos conducen a la necesidad de desmitificar la concepción que se ha tenido de la persona jurídica societaria."<sup>41</sup>

En definitiva, el socio, los socios, administradores y controlantes, causantes del acto antijurídico de una sociedad, resultarán personalmente responsables de las obligaciones de ésta, cuando hayan sido utilizadas para beneficio personal, esta responsabilidad se extiende no sólo a las transacciones comerciales sino también a sus actos negligentes.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> López Mesa...pag. 105.

<sup>42</sup> Así lo entendió la justicia Estadounidense en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Nueva York, en el caso Walkovsky vs. Carlton, 1966.

## **II.2 ÁMBITO Y GENERALIDADES DE LA TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA**

La personalidad jurídica de las sociedades, como ya se ha explicado, se basa en el conjunto de reglas que determinan las conductas que deben ser imputadas a la sociedad. Frente a hechos que vulneren o que traten de violentar ese conjunto de normas, es posible modificar las reglas de imputación, que permitan llevar las responsabilidades, producto de estos manejos ilegítimos, a otras personas físicas o jurídicas, como son los socios o los que de hecho ejercen el control de las sociedades. Esta capacidad modificadora de los centro de imputación es la denominada “desestimación de la personalidad jurídica societaria o levantamiento del velo societario o desestimación de la personalidad jurídica”.

La terminología que se utiliza para describir o explicar esta teoría es variada, como son: “levantamiento del velo societario, allanamiento de la barrera societaria, superación de la personalidad jurídica, redhibición de personalidad, penetración de la personalidad jurídica, desestimación de la personalidad jurídica”; existen varios autores que tratan de subdividir y de interpretar como si existieran varias teorías, con efectos variados según la terminología que se emplee; a mi entender esto responde, por un lado a la variedad de los instrumentos de los que se vale esta teoría para su aplicación, y por otro por los diferentes significados a los que pueden remitir los términos como allanamiento, inoponibilidad, desestimación, entre otras. Con relación a esto, coincido con lo que señala Cabanellas, que dice que la confusión radica en los esfuerzos de los tratadistas por explicar las dos etapas, identificadas por este autor, y efectos jurídicos que presenta la aplicación de la doctrina en estudio; estas etapas y efectos son: en un primer momento el sobrepasar o dejar de lado la barrera

societaria, para identificar a quien o quienes han utilizado la figura societaria de una forma contraria a la deseada por el ordenamiento jurídico y el orden público, es decir por medio de prácticas antijurídicas; por otro lado habrá que determinar, de ser el caso, los grados de responsabilidad que se le debe imputar al responsable o responsables de tales abusos.

Es justamente esta variedad instrumental con la que se trata de dar solución al problema, la que demuestra que no es posible hablar de un único recurso para afrontarlo, en razón de su complejidad y diversidad. Bajo esta consideración, Cabanellas señala, que los aspectos que permiten modificar las reglas que rigen a la personalidad jurídica se fundamentan en casos determinados, aunque no únicos, que pueden ser el fraude de los acreedores, la evasión fiscal, el incumplimiento de las condiciones bajo las cuales el orden jurídico limita la responsabilidad de los socios; por otro lado están las reglas jurídicas que permiten la desestimación de la personalidad propiamente dicha.

Cualquiera que sea el nombre que se le dé y el fundamento jurídico que se invoque para la aplicación de la institución de la desestimación, en palabras de Cabanellas de las Cuevas, la utilización de una u otra expresión, es fundamentalmente subjetiva, ya que en la práctica no existe problema. En criterio de este autor es inútil agotar esfuerzos tratando de establecer cual es la expresión correcta para identificar a esta doctrina, en vista de que frente a la realidad de los hechos, la lógica y justicia exigen que se debe enfocar las energías a evitar que se sigan produciendo actos ilegítimos, lesionando derechos de terceros o defraudando la ley, parapetados detrás de la máscara de una persona jurídica; es decir poner al descubierto los fines y motivaciones reales de los individuos que son miembros de la

sociedad y que la han utilizado como un mero recurso técnico para la obtención de fines censurados por el ordenamiento jurídico.

En suma, las disquisiciones en la que muchas veces se detiene la doctrina, como en este caso, con la expresión más idónea para identificar esta teoría, no es más que eso, diferentes opiniones de juristas, que para el caso concreto no tiene mayor relevancia; en mi opinión, de lo que se trata es que si las sociedades comerciales, anónimas y de responsabilidad limitada, son utilizadas para obtener un beneficio, en perjuicio de derechos de terceros o lesionando el ordenamiento jurídico en general, corresponde, por justicia y lógica, desestimar la personalidad jurídica para así penetrar en ella y responsabilizar a quienes utilizan la figura societaria de forma ilegítima e ilícita, pretendiendo beneficiarse de los privilegios que la ley reconoce a las personas jurídicas para obtener un resultado antijurídico.

La desestimación de la personalidad jurídica societaria, es una figura específica dentro de la teoría general de la desestimación de la personalidad jurídica; en el ámbito societario la aplicación de esta doctrina comprende una pluralidad de efectos jurídicos que inciden directamente sobre la personalidad jurídica. Dobson clasifica estos efectos, de la siguiente forma: “a) casos en los que el resultado de la acción importa allanamiento de la personalidad jurídica, esto es el desconocimiento o ignorancia de la calidad de sujeto de derecho de una sociedad o asociación. Tal es el caso de la simulación absoluta de la sociedad, o en los casos de nulidad de ella por objeto ilícito. En estos casos es lícito hablar de desestimación propiamente dicha o absoluta; b) casos en que el resultado de la acción intentada es la inoponibilidad o ineficacia de la sociedad o asociación frente al acreedor

dado. En estos supuestos, la calidad de sujeto de derecho se mantiene vigente en todos sus aspectos, pero esa calidad no es oponible a un acreedor en razón de circunstancias previstas por la ley, como en el caso de acciones revocatorias. En estos supuestos el término de desestimación adquiere valor convencional, ya que en todo caso se trataría de una desestimación, limitada o parcial. Es decir que se mantiene el reconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad, pero debe modificarse la calificación de los actos efectuados por tal sociedad; c) casos en que el resultado de la acción consiste en la declaración de quiebra de una persona, que se extiende a otra. Estrictamente en estos casos no existe desestimación de la personalidad societaria, pues se ésta rigiendo para la generalidad de la relaciones de las partes involucradas, sino que la extensión se refiere a ciertas personas; y, d) casos en que lo que se persigue es extender la responsabilidad por una deuda social a un socio protegido por la responsabilidad limitada, o a un tercero no socio.”<sup>43</sup>

Desde el punto de vista histórico, la desestimación de la personalidad jurídica, en la generalidad de los sistemas jurídicos contemporáneos, no es consecuencia de un esfuerzo legislativo, sino que tiene un origen jurisprudencial; este antecedente genera que tenga una estructura menos precisa, otro punto débil de esta doctrina es que tenga su génesis en el sistema anglosajón, norteamericano específicamente. El sistema norteamericano es reacto a las sistematizaciones abstractas y a la adopción de un método deductivo en el que las normas aplicables se extraen de principios extremadamente amplios, como se verá posteriormente.

---

<sup>43</sup> Dobson, Juan; El Abuso de la Personalidad Jurídica.

En palabras de Cabanellas de las Cuevas, la desestimación de la personalidad jurídica societaria se basa en una serie de efectos de muy variada naturaleza, agrega, que es un error tratar de describir todos esos factores bajo una fórmula que comprenda a todos, en razón de la practicidad jurídica de la misma. Así, afirmar que la desestimación de la personalidad jurídica societaria tiene lugar cuando la personalidad es empleada con fines ilícitos, tiene un valor meramente descriptivo, ya que lo que se pretende es identificar o determinar cuando los fines de utilización de la personalidad societaria son ilícitos que conduzcan a la desestimación de ésta<sup>44</sup>.

En la generalidad de los casos la desestimación de la personalidad societaria, es la utilización de la figura societaria con fines contrarios a derecho de distinta índole, en la que sus miembros, justamente valiéndose de ésta, llegan a desenlaces antijurídicos. Por su parte, en los casos en que las obligaciones contractuales de la sociedad no puedan ser cumplidas por ésta y que en virtud del reconocimiento de la responsabilidad limitada de la gozan los socios tampoco pueden hacerse efectivas accionando contra ellos, este único incumplimiento no es causa suficiente para desestimar la personalidad jurídica de la sociedad, pues caso contrario el reconocimiento de la responsabilidad limitada de los socios y de la personalidad jurídica carecerían de lógica en el ordenamiento jurídico; debe haber un extra, un “plus”, es decir que se debe identificar un elemento antijurídico, que permita esgrimir una regla que se sobreponga a las que reconocen la personalidad societaria y a la responsabilidad limitada que de ella puede derivarse.

---

<sup>44</sup> Ibidem...pag. 73

Para el autor argentino Cabanellas de las Cuevas, la desestimación de la personalidad societaria es un problema de orden público, es decir que es necesario conciliar las normas de distinta naturaleza que pueden entrar en conflicto; resulta que existen normas que consagran la personalidad jurídica de las sociedades y establecen los efectos, y otras reglas que resultan violadas por abuso de ese reconocimiento. La estructura básica del régimen de la desestimación de la personalidad societaria se ve oscura en vista de que las reglas que entran en conflicto con la personalidad jurídica societaria carecen de cierta precisión y estructura legislativa, que son regla general en las normas que regulan las sociedades.

En definitiva, la personería de la sociedad, usada con fines que exceden los límites impuestos por las normas específicas, por la moral y el regular ejercicio de los derechos, no pueden servir de escudo para encubrir conductas que perjudiquen a sus socios o defraude a terceros, contrarias a derecho, a la buena fe y a la lealtad, corresponde desestimar la personalidad jurídica de la sociedad para así penetrar en el sustrato de ésta y responsabilizar a quienes la han utilizado ilegítimamente, negando la existencia de la autonomía patrimonial y de responsabilidad. Es decir que la teoría de la desestimación jurídica es un instrumento útil que facilita la actuación judicial de los jueces, para resolver situaciones que pretenden abusar de las ventajas que le otorga la personalidad jurídica societaria. Se puede decir que la doctrina de la desestimación es una técnica procesal.

Sobre este tema, Carmen Boldo Roda, sostiene que en relación a la desestimación de la personalidad jurídica, “hablamos de abuso de derecho, pero con este abuso nos referimos no al abuso de un derecho subjetivo, sino al abuso de la institución, persona jurídica. Y al hablar de abuso institucional, es decir, de abuso del derecho objetivo, es referimos a otra

institución con un régimen jurídico propio, el fraude a la ley. Por lo tanto los casos de levantamiento del velo, en los que se abusa de la persona jurídica, de una institución, no son sino supuestos de fraude a la ley”<sup>45</sup>

De lo que se ha señalado, se puede decir que los diferentes autores citados coinciden que cuando se abusa de la persona jurídica pretendiendo utilizarla para fines no queridos por la ley, violando el orden público, la buena fe, frustrar derechos de terceros, es lícito desestimar la personalidad jurídica de las sociedades para penetrar en el fondo de lo que se esconde detrás de la barrera societaria y hacer prevalecer la justicia y las normas de orden público que se han pretendido violar, cuando se desvían esos fines, cuando se ponen al servicio de la mala fe, del propósito de burlar la ley o de perjudicar a terceros, los jueces deben intervenir enérgicamente para impedir que siga ocurriendo y para que no se consagre la impunidad a pretexto del respeto irrestricto del concepto de personalidad jurídica.

Por otro lado, la aplicación e inclusión en el ordenamiento jurídico de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica societaria de ninguna manera supone el desconocimiento de la doctrina de la personalidad jurídica o de las responsabilidad limitada de la que gozan los socios de éstas, ya que como se ha dicho en párrafos anteriores, los beneficios jurídicos y mercantiles que tiene el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades a lo largo de la historia, es más que suficiente para reconocer su valía. El objetivo de esta doctrina es el de que el acreedor societario o el tercero que se estimase perjudicado por la existencia de una conducta antijurídica, ocultada ésta detrás de una

---

<sup>45</sup> Boldo Roda, Carmen, La Desestimación de la Personalidad Jurídica en el Derecho Español”.

figura societaria, pueda llegar a la realidad subyacente y de esta forma accionar contra los verdaderos responsables, para hacer efectivos sus derechos, dicho en otros términos, responderá como deudor quien o quienes hubieran producido tales situaciones.

La doctrina, especialmente la desarrollada en Argentina, identifica que existen tres momentos para la aplicación de la desestimación de la personalidad jurídica societaria, a saber:

1. **Desestimación activa:** Cuando se realiza en beneficio de terceros.
2. **Desestimación pasiva:** Cuando se efectúa teniendo en cuenta el beneficio de la propia sociedad o de sus socios.
3. **Desestimación en beneficio de un interés público:** Cuando tiene la finalidad de:
  - a) Evitar la utilización simulada o abusiva de la sociedad en detrimento de normas de interés público.
  - b) Regular a la sociedad por razones de Estado.
  - c) Regular a la sociedad por razones de políticas.

Finalmente, la aplicación de la desestimación de la personalidad jurídica es un recurso procesal que debe ser utilizado de manera excepcional; ya que si esta práctica se vuelve habitual y se aplica de manera irrestricta e indiscriminada, se produce lo que se llama "éxito perverso", por un lado, al desalentar las formaciones económicas consistentes; y por otro, al poner en peligro libertades y derechos consagrados en la Constitución. Es decir, que se produciría un efecto contrario a derecho, con graves consecuencias a la seguridad jurídica, por no decir que el remedio sería peor que la enfermedad; así como el peligro de consagrar la excepción como regla.

En virtud de lo anterior, varios tratadistas, especialmente españoles, sugieren que la aplicación de la doctrina de la desestimación, además de ser excepcional, debe reducirse a aquellas situaciones en las que se constate que se han producido uno o más de los siguientes supuestos:

- Fraude a la Ley.
- Abuso de la Forma Jurídica.
- Control Abusivo
- Infracapitalización

Hay que precisar que la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad no se limita a determinar quien es el responsables o responsables de utilizar la sociedad de una forma contraria a derecho, sino que tiene además de ésta la característica de impedir que se trate de oponer la figura societaria para pretender impunidad ante un acto antijurídico

### **II.3 ROLF SERICK Y SUS CONCLUSIONES. SU IMPORTANCIA EN EL DESARROLLO DE TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN EN LOS SISTEMAS CONTINENTALES**

Por decir lo menos, la obra del tratadista alemán Rolf Serick, *“Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El Abuso del Derecho por medio de la Persona Jurídica”*, es una de las que más influencia ha tenido en el desarrollo del tema que nos ocupa; sin duda ha sentado las bases para su aplicación en los sistemas de influencia continental, a propósito

de su génesis en el sistema anglosajón.<sup>46</sup> La sistemática del estudio, el desarrollo argumental y las soluciones propuestas por él siguen teniendo gran vigencia en la actualidad.

En la obra de Serick, se plantean dos supuestos, principalmente, por los que el juzgador puede desestimar la personalidad jurídica; a) cuando se ha utilizado la persona jurídica abusivamente para fines ilícitos; y, b) para enlazar determinadas normas con la personalidad jurídica. En ambos casos es justo y necesario “penetrar hasta alcanzar el sustrato personal o real que la constituye, ya sea para evitar el abuso, ya se procure la realización del sentido contenido en la norma de cuya aplicación se trata.”<sup>47</sup>

Las respuestas que ha logrado la jurisprudencia comparada, especialmente, a la pregunta de cuándo puede ser negada la forma de la persona jurídica, no son homogéneas y muchas veces han sido contradictorias, de allí las críticas que muchas veces sufre. Por ello, “no es saludable para la técnica jurídica limitarse a las decisiones judiciales únicamente; está en conformidad con el sentido procurar la elaboración de reglas fundamentales que determinen la posibilidad de penetrar hasta el sustrato de la persona jurídica, para lo cual han de tenerse en cuenta los resultados que nos brinda el derecho comparado. Que es preciso contar urgentemente con tales principios en interés de la seguridad jurídica, lo ha demostrado la

---

<sup>46</sup> Para mayor entendimiento del desarrollo de la doctrina del “disregard of legal entity”, ver la obra de Dobson, “El abuso de la personalidad jurídica”.

<sup>47</sup> López Mesa... pag.196

jurisprudencia dictada hasta ahora. Con ellos también ha de hacerse frente al peligro que amenaza con la disolución y desvalorización de la institución de la persona jurídica.<sup>48</sup>

Serick presenta las respuestas y conclusiones a su trabajo investigativo, dividido en una regla general y cuatro proposiciones, que le permitan al juzgador dar respuesta a la pregunta planteada por esta obra; a saber:

**“Regla general:** Cuando por intermedio de una persona jurídica se posibilita la burla de una disposición legal, una obligación contractual o se causa un perjuicio a terceros existe abuso de personalidad jurídica. Sólo en estos tres casos puede alegarse que ha sido violada la buena fe, ya que de lo contrario la invocación de la buena fe transforma todo el sistema de la personalidad jurídica”.

**“Primera Proposición.** 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.

---

<sup>48</sup> Polo Diez; Prólogo de la obra de Rolf Serick, Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El Abuso del Derecho por medio de la Persona Jurídica, traducción de José Puig Brutau.

Por tanto, sólo procederá 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 Proposición.** 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 Proposición.** Las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas o que 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 penetrarse hasta los hombres situados detrás de la persona jurídica para comprobar si concurre la hipótesis de que depende la eficacia de la norma."

**"Cuarta Proposición.** 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."

Este autor concluye diciendo, "Resulta de cuanto hemos dicho que en la vida del derecho la persona jurídica no es un fenómeno natural previamente dado, sino una figura ideal para la persecución de determinados fines jurídicos. De este principio de su existencia espiritual

cabe inferir su elasticidad antes señalada, que permite descartar su personalidad jurídica en un caso concreto para penetrar hasta los hombres o los objetos que se hallan detrás de la persona colectiva. La figura conceptual está siempre enlazada con una determinada realidad sociológica. ... La pregunta por la esencia de la persona jurídica no debería ser un problema de conciencia para el hombre de Derecho, sino que debe mantener su carácter puramente jurídico."<sup>49</sup>

Carmen Boldó Roda, hace un análisis de las conclusiones de Serick, citadas arriba, y señala que ha encontrado tres situaciones en las que el autor alemán cree que es correcto y lícito la aplicación de la desestimación de la persona jurídica; a) siendo en los que se incurre en abuso de la personalidad jurídica persiguiendo fines ilícitos o para lograr la aplicación de determinadas normas a través de la utilización de la persona jurídica (regla general). La utilización abusiva de la persona jurídica, puede manifestarse en situaciones de fraude de ley, fraude o violación de contrato y daño fraudulento causado a terceros; b) en un segundo grupo, reúne los casos especiales relacionados con el derecho de sociedades, situando aquí los problemas relativos a los grupos de sociedades, como ser la identificación de personas jurídicas vinculadas, control abusivo y los casos de personas jurídicas utilizadas como testaferros de la sociedad dominante; y, c) presenta otro grupo en el que ubica los problemas relativos a la aplicación de normas y problemas de interpretación<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Serick, Rolf; Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El Abuso del Derecho por medio de la Persona Jurídica, traducción de José Puig Brutau, prólogo Polo Diez; Ediciones Ariel.

<sup>50</sup> Boldo Roda, Carmen; Levantamiento del velo y Persona jurídica en el Derecho Privado Español; tercera edición.

Así, esta autora añade que para Serick es esencial que se cumplan estos supuestos, y es sólo en ese momento en que el juez o juzgador está autorizado para descartar la personalidad jurídica; sin embargo, advierte del carácter excepcional que tiene esta institución, limitándola a los casos expuestos, ya que la aplicación indiscriminada y ampliada de la desestimación presenta el peligro de estar en contraposición con libertades consagradas en la Constitución. “El autor da a la persona jurídica un sentido instrumental, creada para fines determinados por un ordenamiento, lo que le infiere cierta elasticidad.”<sup>51</sup>

## **II.4. SUPUESTOS GENERALES DE APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE DESESTIMACIÓN.**

### **II.4.1 Abuso de las formas jurídicas o utilización en fraude de ley.**

En concordancia con el análisis a la obra de Serick, sostiene que se incurre en fraude de ley al realizar un acto al amparo de una norma, persiguiendo un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. Es decir que en los casos de fraude de ley “se supone la existencia de dos normas, una de cobertura y otra defraudada...El fraude de ley implica una infracción encubierta de la ley, realizada de forma aparentemente lícita, pero buscando burlar una norma mediante la aplicación de otras que le den al acto legalidad aparente.”<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Boldo Roda...pag.49.

<sup>52</sup> Boldo Roda...pag. 70

#### **II.4.2 Abuso de la persona jurídica:**

Como se ha destacado anteriormente, coincide Boldo Roda al señalar que el hermetismo y la concepción formalista con la que se trata a las personas jurídicas, ha provocado la crisis de las mismas en lo que se refiere a su concepto, lo que ha derivado en el abuso del mismo.

La persona jurídica puede ser utilizada por sus socios para eludir el cumplimiento de leyes o desligarse de responsabilidades contraídas. Es decir que el abuso de la personalidad jurídica consiste en la utilización de la sociedad para aprovechar de manera ilegítima los beneficios y ventajas derivados de la separación de patrimonios entre la sociedad y sus integrantes.

En este caso se debe verificar la existencia de determinados elementos:

1. Antijuridicidad: se constata cuando existe una trasgresión al principio de transparencia, ésta nos lleva a dos aspectos distintos en la técnica de desestimación de la personalidad jurídica. “Por un lado se trasluce el abuso en la falta de autenticidad en la apariencia de la persona y por otro en la falta de transparencia en cuanto al patrimonio de la misma”<sup>53</sup>.

2. Imputabilidad: “el uso abusivo de la persona jurídica, da la posibilidad que el éste se cometa a título de dolo, nunca a título de culpa o mera negligencia, ya que siempre se incurre en tal ilícito con la intencionalidad de aprovecharse de la autonomía patrimonial de la sociedad.”

---

<sup>53</sup> Ibidem...pag 72.

3. Creación de una falsa apariencia: esto se corporiza en la creación de una máscara o cortina, la apariencia de la existencia de una persona jurídica, tras la que puede observarse una realidad distinta, con un propósito de engaño.

4. Daño: se observa en la creación de una "lesión para el tráfico jurídico" y para terceros, pudiendo incluso llegar a constituir responsabilidades penales.

La citada autora, añade, que el contrato de sociedad o el acto de voluntad por el que se le da vida a ésta, debe reunir ciertos requisitos generales y formales, establecidos en la ley, requisitos que dependen del tipo societario que se quiera alcanzar. Puede ocurrir que el contrato o negocio jurídico cumpla con todos esos requisitos, es decir, no estaríamos frente a una situación de negocio viciado; sin embargo, puede suceder que no se cumpla con el objeto del contrato, convirtiéndose así en un "negocio anómalo". El contrato de sociedad anómalo, al que hace referencia, puede ser clasificado como: negocio simulado, negocio indirecto o negocio fraudulento. Todas estas clasificaciones constituyen, a criterio de esta autora, situaciones de abuso de la personalidad jurídica. "Por utilización de contratos anómalos se pueden crear sociedades ficticias, cuando por medio de un negocio jurídico se aparenta un negocio que en realidad no existe o sociedades aparentes, cuando el negocio es distinto del verdaderamente realizado...En un negocio simulado podemos constatar la existencia de un negocio jurídico aparente que encubre u oculta una realidad jurídica distinta, ya se trate de simulación absoluta o relativa."<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Ibidem... pag. 72 y ss.

Identidad de personas o esferas de actuación o confusión de patrimonios, que se muestra en una comunidad de gestión, intereses y beneficios

En estos casos no existe una distinción clara entre los socios y la sociedad o entre sus patrimonios. Pero para que se pueda aplicar desestimación de la personalidad jurídica, es necesario además que la sociedad se haya utilizado para cometer fraude. Es el caso de la utilización fraudulenta de sociedades comerciales de capital utilizadas como familiares, en las que existe comunidad de gestión, intereses y beneficios, sociedades administradas por un socio mayoritario, sociedad fantasma etc.

#### **II.4.3 Control abusivo.-**

Se da en el caso de grupos de sociedades, donde el control o dirección de una sociedad está a cargo de otra sociedad dominante o controlarte. En este caso la jurisprudencia (española) se ha inclinado a afirmar que si el grupo actúa como una unidad, entonces debe responder de la misma forma, es decir que se desconoce la personalidad de la controla, extendiéndose la responsabilidad a la dominante.

#### **II.4.4 Infracapitalización.-**

En este caso existe una insuficiencia patrimonial para hacer frente a las deudas sociales, e incluso para poder desarrollar el giro del negocio, es decir que se encuentra dotada en forma insuficiente de recursos patrimoniales, para el cumplimiento de su objeto social.

La infracapitalización, en palabras de López Mesa, es un grave problema que presentan las relaciones jurídicas de las sociedades, ya que en relación con el objeto social la falta de

capacidad económica de la sociedad le imposibilita a ésta a encarar una gestión económica seria; en palabras de este autor, esta diferencia objeto-capital, “implica que la barrera societaria sirva para ocultar detrás de ésta las intenciones aventureras y despreocupadas de llevar a adelante una actividad a riesgo ajeno.”<sup>55</sup>.

La doctrina diferencia la infracapitalización en dos clases, material o nominal. La primera supone que la sociedad no dispone de un capital ni de créditos que permitan a la misma afrontar su responsabilidad; cuando la infracapitalización es material, la tendencia doctrinal es extender la responsabilidad a los socios, a través del levantamiento del velo societario.

Por su parte, cuando se trata de la nominal, se está ante la situación de que la dotación de fondos es suficiente pero se realiza a través de créditos de los socios. La aplicación de la desestimación de la personalidad en estos casos, se aplica considerando los créditos de los socios como aportes de capital.<sup>56</sup>

En general, como lo señalan los autores consultados, el problema de la infracapitalización debe ser afrontado y es especialmente aconsejable la aplicación de la desestimación de la personería, en vista que quien “ha tratado de socializar el riesgo empresario, haciéndolo cargar sobre toda la comunidad en la cual actúa el ente, en relación con sus relaciones

---

<sup>55</sup> López Mesa...pag. 80

<sup>56</sup> Boldo Roda...pag 75; y, López Mesa...pag. 83.

comerciales, no puede cubrirse artificialmente tras la barrera societaria para alegar que actuó de buena fe.”<sup>57</sup>

Definidos los casos en los que se acepta la aplicación, de manera explicativa, ya que como se ha dicho es casi imposible tratar de establecer todas las situaciones en las que es aplicable esta doctrina del levantamiento del velo societario, debe determinarse o por lo menos trazar los linamientos bajo que fundamentos puede y debe aplicarse. La cuestión sería definir, al presentarse las situaciones analizadas más arriba, cuando puede desestimarse la estructura de la persona jurídica y que la decisión afecte a sus miembros.

## **II.5.- FUNDAMENTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.-**

Como se deja ver de lo planteado en líneas anteriores, la aplicación o la desestimación de la personalidad jurídica se basa en el fraude a la ley, abuso del derecho, mala fe, frustración de derechos de terceros y simulación. Una vez que se han planteado los casos en los que se acepta la aplicación de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, nos centraremos en explicar los fundamentos de su aplicación y como estos se relacionan entre si.

### **II.5.1 Fraude de Ley.-**

---

<sup>57</sup> López Mesa...83.

Como se analizó previamente, el fraude existe cuando se utiliza una disposición para realizar un acto que es contrario a la ley si se realiza bajo la aplicación de otra norma. Es decir que consiste en ampararse en un tipo de negocio distinto, a fin de evitar la norma que realmente corresponde aplicar según la actividad que se está realizando.

En el fraude de ley no se da en contra a una ley, sino que se realizan actos o negocios jurídicos que sustituyen esa ley para aplicar otras normas que conlleve a obtener los resultados buscados. “En el caso de los actos en contra de la ley, éstos se vuelven nulos de pleno derecho, cuando estamos frente a un acto en fraude de ley, en cambio, en vez de declarar su nulidad, se aplica la norma que hubiera correspondido originalmente.”<sup>58</sup>

La doctrina ha llegado a concluir que la línea que separa un acto en contra de la ley de uno realizado en fraude a ésta, es casi invisible. “Esta separación puede aclararse si diferenciamos entre normas imperativas o prohibitivas y normas de disposición. Las normas imperativas no admiten acuerdos de partes que vayan en contra de ellas, a diferencia de las de disposición que admiten cierta autonomía de voluntad de los que intervienen en el negocio.”<sup>59</sup>

Desde este punto de vista, el fraude de ley se reconoce debido a que el negocio jurídico se utiliza como medio para eludir una norma imperativa, los negocios jurídicos se realizan conforme a derecho, Guillermo Borda citando a Sonia Ivonne Chapelet, al respecto dice,

---

<sup>58</sup> Borda...pag.75.

<sup>59</sup> Borda...pag. 76.

que la antijuridicidad se “manifiesta de forma mediata y oblicua...Es decir que de una correcta interpretación del acto debe surgir que la norma imperativa defraudada es la que debiera haber sido aplicada y que el fraude existirá siempre que mediante el negocio jurídico se haya llegado a un resultado prohibido por esa norma. A su vez se debe tener en cuenta también que la antijuridicidad tiene lugar si la ley de cobertura utilizada no protege la consecución de ese resultado buscado por los autores del hecho.”

Este autor sugiere, que si no se dan estos supuestos entonces no existiría el mencionado fraude a la ley, sino que se trataría de concurrencia o choque de normas, y que la solución se debe buscar a través de la jerarquía de éstas o por aplicación de los principios generales del derecho.

Con respecto a la forma de solucionar los casos de fraude de ley y, como ya se dijo, que no se declara la nulidad del acto, puede decirse que la sanción está en la antijuridicidad misma del acto; para que el acto se pueda calificar como fraude, “no es necesario que exista voluntad de las partes o mala fe. La intención se presume por la simple obtención del resultado y lo que se busca es revertir éste, no sancionar la mala fe o la intención maliciosa.”<sup>60</sup>

Este autor concluye, haciendo referencia a Chapelet, en los supuestos de “creación ficticia de personas jurídicas, es necesario que el levantamiento del velo se realice como solución a la determinación de existencia de fraude, refiriéndose tal fraude no sólo a la constitución de

---

<sup>60</sup> Borda...pag.78.

la sociedad sino también a su actuación en la vida civil y comercial, habiendo sido utilizada la misma con fines fraudulentos, para eludir responsabilidades, aparentar insolvencia, etc.”

### **II.5.2.- Abuso del Derecho.-**

Como se ha repetido a lo largo de este trabajo, la persona jurídica goza de independencia en cuanto a cada uno de los integrantes o socios que la componen, efecto de esta independencia se incluyen también la separación patrimonial y la limitación de la responsabilidad. El formalismo con el que se ha asumido esta diferenciación entre sociedad y sus miembros ha dado como resultado la crisis del concepto, especialmente por el uso abusivo que se le ha dado, prestándose para fines distintos de aquellos para los que se concibió.

Existen puntos de conexión entre el de abuso y fraude a la ley, ya que en ambos casos, se utiliza el derecho para concretar determinados actos y obtener utilidades o ventajas económicas, a través del uso de una norma para burlar otra. Puede decirse que el abuso de derecho es el género y el fraude la especie, la diferencia entre el abuso y el fraude radica en el daño a terceros, que se presenta en el primero como requisito indispensable.

En el caso del abuso del derecho, se utiliza una situación que se ajusta a derecho en daño de un tercero. Los requisitos para la existencia de tal abuso son a) uso de un derecho objetivo y estrictamente legal; b) daño a un interés de un tercero; y, c) inmoralidad de este daño manifestada en forma subjetiva u objetiva.

“Ambos, fraude y abuso, pueden producirse objetivamente, es decir que no exista una intención subjetiva, pero en el caso del abuso la subjetividad es un requisito, la subjetividad

tiene que ver con la motivación de la acción, es decir con la intención de perjudicar... Los efectos producidos por fraude o abuso son distintos. En el caso del abuso, se puede determinar la nulidad del acto, como sucede en los actos contrarios a la ley, además de establecer una indemnización para la parte perjudicada y medidas que prevengan sobre la persistencia del abuso. En el caso del fraude, las consecuencias económicas son totalmente independientes, lo que se busca es la aplicación de la norma defraudada y las sanciones que esta misma disponga.”<sup>61</sup>

Boldo Roda, sostiene que la aplicación de la desestimación de la personalidad jurídica, en relación con el abuso del derecho, presenta un conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia, la que, en palabras de este autor, debe ser resuelto aplicando los principios de la buena fe.

Al respecto, López Mesa dice, que la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, no trata de negar el concepto de persona jurídica, sino sólo de soslayar la barrera societaria en un caso concreto, extendiendo la responsabilidad de los actos abusivos a quien se beneficia de ellos; agrega, que “desnaturaliza a la personalidad jurídica quien se sirve indebidamente de ella, por cuanto, en tal hipótesis, la sociedad deja de ser un sujeto de derechos para convertirse en un mero objeto al servicio de sus miembros...se debe pues incorporar el principio de autonomía patrimonial del ente con el de buena fe y con la necesidad de seguridad jurídica en las relaciones de ésta.”<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Ibidem...80.

<sup>62</sup> López Mesa...pag 105

### **II.5.3.- Defraudación de la buena fe (mala fe).-**

La doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica requiere específicamente la existencia de la mala fe en el actuar de los que celebraron el negocio jurídico, a lo sumo de una de las partes, en este caso específico del que actúe a nombre de la sociedad. Se debe partir de la idea que la buena fe (Art.1589 C.C.) debe estar presente en la ejecución de todos los actos jurídicos.

La buena fe, según la doctrina dominante, dice que es el cumplimiento de los actos jurídicos con lealtad, intención recta y positiva, para que de esta forma se pueda alcanzar satisfactoriamente la finalidad querida por los agentes que intervienen en la relación jurídica, es decir que debe existir la intención de cumplir con las obligaciones contraídas; el principio de la buena fe consagrada en nuestra legislación en el postulado del Art. 1589, en concordancia con los Arts. 1603, 1606 del Código Civil ecuatoriano. De suerte que las partes al momento de ejecutar un acto jurídico deben consultar la intención real de los agentes (1603 C.C.), las normas legales aplicables en razón de la naturaleza del acto y las obligaciones respectivas. Es decir que los postulados de la buena fe, son de manera objetiva, un comportamiento necesario de toda relación jurídica.<sup>63</sup>

Por lo que si una persona, intencionalmente, deja de cumplir las obligaciones o comete una falta dolosa, se hace responsable de todos los perjuicios que hubiere ocasionado; de esta manera, la mala fe o la intencionalidad de ejercer un derecho en contra de otro sujeto, de

---

<sup>63</sup> Ospina Fernández y Ospina Acosta; Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos.

forma desmesurada, arriba al abuso del derecho. La idea central es no defraudar la buena fe, la confianza en que ésta se basa. Es decir que la buena fe es un elemento que constituye el fraude a la ley ya que si ese acto del autor puede reputarse efectuado de buena fe, entonces no puede existir fraude. Además la buena fe se presume en cualquier acto donde no pueda probarse la mala fe.<sup>64</sup>

#### **II.5.4.- Simulación.-**

Es la discordancia entre la voluntad real y la declaración; “consiste en el concierto de dos o más personas para fingir una convención ante el público, con el entendido que esta no habrá de producir, en todo o en parte, los efectos aparentados; o en disfrazar, también mediante declaración pública, una convención realmente celebrada, con el ropaje de otro negocio diferente; o camuflar las partes con la interposición de un tercero”<sup>65</sup>. La simulación puede ser absoluta o relativa; la primera supone la creación de una apariencia engañosa de un negocio vacío, sin que exista un contenido real, ya que la intención de los partícipes es la de no producir entre ellos ninguno de los efectos simulados; cuando la simulación es absoluta, el negocio jurídico es inexistente, no existe para el derecho. Es el caso de los contratos ficticios que tienen por fin distraer bienes del patrimonio, para evitar la acción de acreedores, es decir se realiza fraude en contra de los acreedores, por disminución de activos o aumento de pasivos.

---

<sup>64</sup> Ibidem...pag. 334.

<sup>65</sup> Ibidem...pag. 112

Por otro lado, la simulación relativa, al existir un contenido negocial disfrazado, se presenta de varias formas, dependiendo de donde recaiga la simulación, en la naturaleza o en las condiciones del negocio. O bien en la identidad de las partes que intervienen en éste. En la simulación relativa, el negocio jurídico creado por las partes es distinto del que en realidad quieren realizar, donde existe un negocio simulado, que es el que se realiza para defraudar la ley, y un negocio disimulado, que es el que realmente están realizando las partes. Dentro de la simulación relativa se sitúa el caso de interposición ficticia de persona jurídica.

“La simulación posee tres características que la distinguen, éstas son:

1. Incongruencia intencional entre la voluntad declarada y la realmente querida.
2. Existe un acuerdo simulatorio entre las partes o entre el declarante y el destinatario de esa declaración, en el caso de negocios unilaterales.
3. Existe un objetivo de engaño hacia los terceros o extraños al acto”<sup>66</sup>.

Cuando se interpone ficticiamente una persona jurídica, simulación relativa subjetiva, lo que se hace es fingir que se contrata con una persona cuando en realidad se busca que los resultados del negocio los obtenga otra persona (natural o jurídica). En este tipo de negocios se puede identificar que existen tres partes o agentes que intervienen en el negocio jurídico simulado, estos son contratante aparente o testaferro (persona jurídica), contratante real (socio, socios o tercero beneficiado) y contraparte (tercero y/o socio, socios perjudicados).

---

<sup>66</sup> Ibidem...pag. 130.

Es así, que los efectos que tiene un contrato con estas características simulatorias, donde una de las partes se disimula con el uso de la figura de la interposición ficticia, tienen efectos, usualmente beneficiosos, para el contratante real y, perjudiciales, para la contraparte; es decir que se trata de un caso en el que se ha abusado de la forma jurídica, específicamente de la persona jurídica societaria, donde la intencionalidad fraudulenta antijurídica es concluyente.

Por otro lado, en mi opinión, también se puede dar que se interponga la persona jurídica para distraer los derechos de terceros absolutos, es decir con personas que no tienen relación jurídica alguna con los agentes que interviene en el acto simulado; es el caso, que se busque defraudar las asignaciones forzosas, a la sociedad conyugal, a los titulares de alimentos legales o a los acreedores sociales; así, por medio de la persona jurídica se busca escapar de las responsabilidades y obligaciones creando una sociedad que aparentemente sea la titular de los bienes, que en realidad le pertenecen al socio mayoritario, es decir que la sociedad anónima o de responsabilidad limitada siguen la sola voluntad de un socio, en pocas palabras se trata de una compañía de papel, que en evidente fraude a la ley busca afectar legítimos derechos de terceros. El efecto de tales actos necesariamente deberán ser vistos como inexistentes, ya que carece de lógica que los terceros sufran los resultados de la mala fe del que busca distraer sus obligaciones por medio de un negocio simulado<sup>67</sup>.

Dobson, por su parte, dice que en la práctica existe coincidencia entre la simulación, el abuso de derecho y el fraude a la ley, no así en la teoría, donde deben separarse, ya que

---

<sup>67</sup> Ospina...128 y ss.

existen diferencias objetivas entre estas figuras. Frente a la simulación, la reacción jurídica será mostrar la verdadera realidad jurídica. En cambio, frente al fraude a la ley, esta reacción buscará anular la realidad jurídica que se intenta crear. “En la simulación, al desvelar el negocio simulado, queda expuesto en su total realidad el negocio ocultado; si éste negocio se realizó contrariando una ley prohibitiva, estaríamos frente a un acto contra la ley, no en fraude a la ley, es decir un acto “contra legem” que significa escondido o velado, pero su esencia no se altera...En el fraude a la ley no hay un acto oculto, sino realizado al amparo de una ley que no le es aplicable. En otras palabras, en la simulación hay un negocio ficticio que tiene como fin ocultar la realidad, mientras que en el fraude a la ley, los actos son reales, pero realizados en orden a obtener un resultado que burle una ley imperativa o prohibitiva.”<sup>68</sup>

## **II.6.- ORIGEN DE LA DOCTRINA DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.-**

Se puede mencionar en primer término, que es la reacción norteamericana ante el uso ilegítimo de la personalidad jurídica, que dio lugar al nacimiento de la doctrina del

---

<sup>68</sup> Dobson...174.

disregard of the legal entity; es justamente en el sistema anglo-americano donde surgen las primeras manifestaciones de esta doctrina, en vista de del uso indebido de las corporaciones, se fundo el “equity”, para tratar de superar la barrera societaria, y responsabilizar directamente a los socios por estos abusos.

Los tribunales norteamericanos venían aplicando la doctrina sólo de manera excepcional, frente a la comprobación de fraude a la ley, al contrato o a los acreedores; no paso mucho tiempo para que se hiciera una extensión a esos criterios, justificando la aplicación de la desestimación en los casos concretos en los que la aplicación de las normas vigentes llevarán a resultados injustos.

La respuesta legislativa a la iniciativa jurisprudencial, dio como resultado la recepción de la desestimación de la personalidad jurídica en el derecho positivo, lo que les dio a los jueces las herramientas necesarias para disponer de la responsabilidad personal de los empresarios, cuando éstos hubieran utilizado la persona jurídica, que responde a sus interés, en beneficio propio causando perjuicio a terceros.<sup>69</sup>

Wormser, citado por López Mesa, dice que cuando “el concepto de persona jurídica (corporate entity) se utiliza para defraudar a los acreedores, para sustraerse de una obligación existente, para desviar la aplicación de la ley, para constituir o conservar un monopolio o para proteger facinerosos o delincuentes, los tribunales pueden prescindir de la personalidad jurídica y considerar que la sociedad es un conjunto de hombres que

---

<sup>69</sup> López Mesa...pag. 113.

participan activamente de los actos societarios, justificándose entonces considerar que se trata de un negocio convenido entre personas reales”<sup>70</sup>

Se puede decir, que es gracias al análisis de esta doctrina realizado por Rolf Serick, que la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica entra a ser considerada por la jurisprudencia de corte continental; que es este autor el que a pesar de las diferencias en los sistemas y en las teorías en las que se basan los conceptos de persona jurídica, adapta los preceptos de la doctrina del disregard of the legal entity, para utilizarlos de manera muy similar a través de la penetración o de la desestimación de la persona jurídica.

## **II.7 FUNDAMENTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN.-**

La doctrina que se esta analizando, como se dijo, tiene su origen en el derecho anglosajón, cuyos fundamentos para su aplicación se basan en los conceptos de equidad, fraude, doctrina de la “agency” y del “estoppel”

### **II.7.1 Equidad.-**

La teoría del “disregard of the legal entity” surge de aplicar los principios y procedimientos de equidad, siendo ésta, una de las características más sobresalientes en el Derecho anglosajón, según el estudio realizado por el autor argentino, Juan M. Dobson.

---

<sup>70</sup> Ibidem...pag.113.

La equidad, que cuenta con sus propias reglas y jurisprudencia, es un régimen complementario al del “common law”, y se contrapone a éste. En el “common law”, los jueces tienen poder para crear Derecho, pero con un doble límite, “por un lado tienen un número limitado de acciones concedidas en forma previa y por otro, la protección que ofrecen los jueces se limita a la reparación de daños, con excepción de la acción de reivindicación mobiliaria.... En los casos en que un daño no es reparable porque el Derecho no concede amparo alguno o porque existiendo éste, es injusto o insuficiente, entonces se aplica la equidad como régimen supletorio al del “common law”.”<sup>71</sup>

Las características del sistema actual de equidad son: “a) Aplicación de principios generales: éste hecho no lo convierte en un sistema cerrado, sino que se mantiene flexible ante los cambios que se presenten en las materias a resolver; b) Función accesoria, complementaria y supletoria de la equidad: es accesoria porque se aplica cuando no existe una acción adecuada en el “common law”, este último aporta un cuerpo de normas que rige en la mayoría de los casos. La equidad aporta la solución supletoria y otorga elasticidad, aplicándose sólo cuando no exista una acción dentro del sistema del common law; c) Poderes discrecionales de los tribunales de equidad: los tribunales de equidad son discrecionales en tres sentidos, primero, en cuanto a su propia competencia, ya que pueden admitirla o no en los casos que se les planteen. En segundo lugar, son discrecionales en cuanto a la apreciación de las pruebas y por último en cuanto a establecer los límites del amparo brindado; d) Finalidad transformadora de la equidad: actúa adecuando el derecho a las circunstancias que lo ameriten, ésta característica está íntimamente ligada a la de

---

<sup>71</sup> Dobson...pag. 100.

discrecionalidad de los tribunales. De esta manera se asegura el valor justicia frente a la cambiante realidad social y el valor seguridad implícito en la idea del Derecho; y, e) Lenguaje vago e impreciso: esto se debe a sus objetivos de generalidad y flexibilidad”<sup>72</sup>.

Para el estudioso del tema, Dobson, las características propias que rigen el principio de equidad en el sistema norteamericano, son aplicables a la doctrina del “disregard of the legal entity”, ya que para este autor, el abuso de la persona jurídica es el escenario adecuado para aplicar las soluciones que presenta la equidad.<sup>73</sup>

#### **II.7.2 Fraude.-**

En el derecho anglosajón, se subsumen dentro del concepto de fraude, figuras que en el derecho continental se definirían como actos fraudulentos, simulación y dolo.

El sistema norteamericano trata, en un sentido amplio, al fraude como todo hecho destinado a engañar, lo que incluye cualquier acto, omisión, ocultamiento, entre otros, que produzca el incumplimiento de la ley o violación de la equidad o que en definitiva ocasione un perjuicio gravoso a terceros. Este autor distingue tres categorías dentro de la teoría del fraude en el “common law”:

---

<sup>72</sup> Dobson...pag 98.

<sup>73</sup> Dobson...pag. 100.

1. **“False representations”**: consiste en cualquier hecho realizado por una de las partes, que produzca en la otra parte, una idea o impresión distinta de la realidad y que le haya inducido a actuar en un sentido determinado.

2. **“Misrepresentations”**: consiste en afirmar como verdadera una situación que en realidad es falsa.

3. **“False pretenses, impostura”**: la primer expresión incluye los ardides para acceder a bienes ajenos. La segunda expresión se refiere a falsas manifestaciones en cuanto a la solvencia personal<sup>74</sup>.

Es común que en el sistema anglosajón para situaciones relacionadas con el fraude, sea donde con mayor frecuencia se aplica como solución el concepto de equidad, ya que ésta permite amparar todos los supuestos que hayan surgido de afirmaciones falsas, con o sin intención fraudulenta. Por su parte, “el common law”, ofrece acciones mucho más limitadas que pueden llegar a ser inadecuadas, aunque en primer término, las disposiciones generales de ésta deben ser aplicadas como regla general, valga la redundancia, y sólo en forma supletoria se debe acudir a las soluciones dadas por la figura de la equidad.<sup>75</sup> Sin embargo, como se puede apreciar, la figura jurídica de la equidad, en el derecho norteamericano, funciona como un comodín que permite llegar a la justicia; es decir que frente a hechos a los que las reglas generales y soluciones dadas por el ordenamiento jurídico del “common

---

<sup>74</sup> Ibidem...pag. 142 y 143.

<sup>75</sup> Dobson...pag 146 y ss.

law” no les dan una resolución satisfactoria o limitada, es la aplicación de la equidad más flexible, que se fundamenta de cierto modo en argumentos subjetivos, que permiten moldear el derecho para el caso concreto y dar una solución justa.

Cuando en derecho anglosajón se recurre a la equidad para subsanar una situación de fraude, debe distinguirse entre fraude constituido y fraude actual; el primero es aquel que surge de una determinación judicial, sin que hayan existido los requisitos típicos de éste, que sirve para evitar el enriquecimiento sin causa de una persona en perjuicio de otra, sin que en el acto haya mediado la intencionalidad. Por otro lado, el fraude actual, consiste en el engaño intencional, que a decir de los estudiosos, se asemeja al dolo en el derecho continental y, al igual que en nuestro sistema, se considera un vicio de la voluntad.<sup>76</sup>

Declarado el fraude por el tribunal de equidad, los efectos jurídicos varían, pero generalmente pueden ser alguno de los siguientes: “a) rescisión, consiste en negar los efectos jurídicos del instrumento que cause un perjuicio al otorgante; b) reforma, se altera el contenido del instrumento para darle el sentido que el tribunal considera que expresa la verdadera intención de las partes y que resguarda los derechos de las mismas; c) constructive trust, se crea un fideicomiso con los bienes objeto del fraude, a favor de la parte perjudicada, así ésta, recupera la propiedad de los bienes que había transmitido definitivamente; d) estoppel in pais: consiste en establecer la imposibilidad de negar la existencia determinados hechos, cuando se creó la apariencia de éstos frente a terceros; y,

---

<sup>76</sup> Ibidem... pag. 156

e) anulabilidad: consiste en determinar nulo al hecho jurídico obtenido fraudulentamente. La nulidad puede ser parcial”<sup>77</sup>.

Como se dijo, en este sistema, el fraude abarca a los actos simulados; y es usual que los tribunales al identificar que una sociedad es utilizada de manera fraudulenta grave, entiéndase por grave, que ha sido utilizada intencionalmente para causar daño, ocultar la realidad, es fundamento suficiente para que se aplique la teoría del disregard, y suele identificarse indistintamente con las expresiones "Instrumentality", "Alter ego", "Identity" y "Sham or shell corporations". Otros fundamentos, que dan las pautas para levantar el velo societario, que no son excluyentes de los anteriores sino que muchas veces convergen, se refieren en especial a los casos en los que existe una grave confusión de intereses entre los capitales de una persona jurídica y los de sus socios, considerando los tribunales que es absurdo considerar la distinción de independencia entre la sociedad comercial y sus miembros, ya que tal situación sería proteger al fraude. Por tal motivo, es imperativo para los tribunales, en el derecho anglosajón, hacer uso del instrumento desestimatorio de la personalidad jurídica e imputar los actos realizados en abuso de las ventajas societarias a sus miembros responsables, haciendo extensible a éstos, las obligaciones contractuales y los efectos de la eventual sentencia condenatoria<sup>78</sup>.

### **II.7.3.- Doctrina de la Agency.-**

---

<sup>77</sup> Ibidem...pag 162.

<sup>78</sup> Dobson...pag 173.

El tercer fundamento de la doctrina del disregard, es la “agency”, de un contenido, muchas veces contraproducente, demasiado amplio dentro del derecho anglosajón. Sus principales características son, justamente “la amplitud del concepto de agencia, que incluye el mandato, representativo o no, el arrendamiento de obra y de servicios, el contrato de trabajo, la relación respecto de los órganos de las persona jurídicas, la comisión, agencia mercantil, relaciones fiduciarias y de testaferros.... También incluye los actos realizados por sociedades en beneficio de una persona. Por otro lado, posee la característica dada por la facilidad con que el “common law” admite acciones directas del tercero contra el principal, oculto o no”<sup>79</sup>.

Dobson, sostiene que en la jurisprudencia Norteamérica, existen corrientes que consideran a la las instituciones del fraude y del “agency” como iguales, al ser estas el resultado de de la aplicación de la doctrina de la equidad. Sin embargo, aclara, que desde el punto de vista técnico, tal apreciación no es acertada, ya que, en su opinión, éstas son distintas y además opuestas, ya que la agency produce la separación de las personalidades y la teoría del fraude en cambio lleva a la afirmación de la existencia de una única personalidad. Es decir, “que el resultado de aplicar una u otra (agency o fraude) llevaría a negar la personalidad en el caso de fraude y a aceptarla en el caso de aplicar agency, aún si se responsabiliza al principal por los actos del agente.”<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> Dobson...pag 181.

<sup>80</sup> Ibidem...pag 205.

Vemos que la finalidad de la jurisprudencia del disregard es buscar una solución justa, por lo que fundamenta sus decisiones utilizando instituciones en una forma plástica y flexible.

Hasta aquí, se ha analizado la teoría del disregard y sus fundamentos en el derecho norteamericano. En el derecho inglés, en cambio no se le ha prestado tanta atención, mostrándose la jurisprudencia, más inclinada a respetar la personalidad jurídica, para evitar resultados injustos y proteger el formalismo jurídico.

En general, los tribunales anglo-americanos desestiman la personalidad jurídica de una sociedad, cuando están convencidos que la sociedad es una fachada en realidad y cuando queda establecido que la sociedad es un agente autorizado de otros que la controlan. En Estados Unidos, principalmente, se relaciona con el cumplimiento de las formalidades sociales y con la forma en que el socio dominante ejerció su control. Cuando el tribunal de equidad considere que existe confusión de patrimonios entre la sociedad y sus socios, entonces tratará a ambos como una sola persona y basará la decisión en una de las tantas figuras que se han utilizado como fundamentos de la aplicación de la doctrina.

#### **II.7.4 Doctrina del Stopell.-**

La figura de “stoppel” en el derecho anglosajón está relacionada con las soluciones al abuso de la personalidad jurídica, tanto que se puede sostener que es el propio soporte procesal de la doctrina.

El “stoppel” tiene como finalidad impedir la inclusión de pruebas en un proceso que venga a sostener a la afirmación o negación de un hecho determinado, es decir que se trata de una regla procesal negativa; modernamente, “implica que un hecho que resulta relevante a la

hora de la decisión final se convierta en prueba inadmisibles en el proceso en función de un hecho precedente<sup>81</sup>, emanado de la parte que pretende su producción.”

Vemos que la doctrina del “stoppel” tiene un carácter procesal, tanto los tribunales norteamericanos como los ingleses, admiten al “stoppel” como una excepción, más allá que de que tenga efectos sustantivos.

Las características de esenciales de este remedio procesal, son: a) una conducta que importe la apariencia de un hecho o situación determinada; b) una intención destinada a crear una apariencia; c) una conducta por parte de la persona a quien se ha representado la apariencia que se traduzca en un acto o en una omisión; y, un perjuicio resultante de la apariencia creada. El perjuicio que se crea debe ser el resultado de un acto de una omisión.

El “stoppel” aparece como una defensa frente a una acción, ya que es “un escudo no una espada”, pero también puede ser utilizada por el actor en un proceso judicial, en vista que la utilización de éste puede ser el único recurso de lograr una sentencia favorable.

---

<sup>81</sup> Dobson...pag. 266.

**CAPITULO III**  
**DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO**  
**ECUATORIANO**

La aplicación de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica societaria, como ha sido explicada en el capítulo anterior, surge de la necesidad imperiosa que tenían los jueces y tribunales en general de tratar de frenar o de dar remedio a la severa crisis en la que ha entrado el concepto de persona jurídica. No porque sea malo el concepto en si, sino que a causa de que delincuentes económicos se han aprovechado de los beneficios que supone el reconocimiento de la personalidad jurídica societaria, otorgados por el ordenamiento jurídico, pensados para favorecer el desarrollo económico general, no sólo de empresarios honestos, sino de toda la sociedad; sin embargo, como ha quedado evidenciado, abusando de la división o separación patrimonial y de responsabilidad se han utilizado las sociedades para fines perversos, que no guardan relación con el fin de éstas.

Realidad que no es ajena en nuestro país, en el que es más común de lo que se piensa, que las sociedades de capital, como son las sociedades anónimas y de las responsabilidad limitada, sean utilizadas como compañías familiares, en el mejor de los casos, o como sociedades máscara, en las que un socio mayoritario por lo general controla más del 90% del paquete accionario o de las participaciones, donde es evidente que la sociedad no es más que un escudo de protección patrimonial de ese socio.

Con esto no estoy diciendo que todas las sociedades constituidas en el país de esta forma, hayan sido concebidas para defraudar derechos de terceros o a la ley; sino que estas

facilidades que otorga la propia ley, deja el camino abierto para que se de toda clase de abusos, justamente a pretexto de la seguridad que otorga la barrera societaria. Son justamente estos hechos los que la justicia y la elemental lógica jurídica repudian, por lo que se ha generalizado en casi todos los ordenamientos jurídicos la aplicación de la doctrina de la desestimación de la persona jurídica societaria, esencialmente mediante desarrollos jurisprudenciales, situación a la que nuestro país no podía hacer caso omiso, es así que la Corte Suprema de Justicia ya se ha pronunciado al respecto, como se verá más adelante.

Es justamente en base a ese desprestigio y crisis en la que se encuentra el concepto de persona jurídica, no sólo en nuestro país, causado por el uso abusivo y antijurídico de las sociedades mercantiles, en los que encuentra relevancia la aplicación de [la](#) doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica societaria; la que consiste en la posibilidad que tienen los jueces para, de ser pertinente, prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas responsables, socios o no, e incluso bienes que se hubiera pretendido distraer al amparo de la cobertura que da la barrera societaria, cuando medien el abuso del derecho, el fraude a la ley, [el](#) fraude y lesión del contrato, [o](#) cuando hay un daño causado fraudulentamente, [con](#) mala fe o con deslealtad a terceros.

Ejemplos clarísimos de cómo se abusa de las sociedades y de los beneficios del reconocimiento de la personalidad jurídica, son los casos que tienen que ver con las instituciones del sistema financiero; que como es de conocimiento público, algunos de los tristemente celebres bancos nacionales eran utilizados por sus accionistas como fuentes de recursos casi ilimitados. El otorgamiento de créditos vinculados, la apertura de oficinas en

paraísos fiscales para beneficiarse de la flexibilidad de las leyes y controles, hicieron que sospechosamente el sistema financiero se desmorone. Los accionistas del sistema financiero se acogieron justamente a la protección que le daba la separación patrimonial que establece la ley. Pero queda en el aire, ¿cuán efectivo hubiera sido la aplicación de la doctrina de la desestimación de la persona jurídica para imputar a los socios responsabilidades? Desde mi punto de vista, creo que su efectividad hubiera sido reducida, el precedente sería importante; sin embargo, me parece que por la forma en la que estaban constituidas estas sociedades anónimas financieras, en las que más de una persona jurídica era o es socia de la entidad bancaria, muchas de ellas constituidas en paraísos fiscales como las islas Vírgenes, Caimán, Man, Panamá entre otros, con capitales mínimos requeridos y domicilio en un casillero postal, crearon un ambiente adecuado para que se abusara de estas sociedades y se perjudicara a un gran número de depositantes. Estos son sólo unos pocos ejemplos, de graves consecuencias, que suceden cuando las sociedades y sus beneficios son utilizados para satisfacer intereses oscuros, personales o de grupo, sin importar sus secuelas.

### **III.1 FUNDAMENTO LEGAL.-**

Como ya se ha precisado en los enunciados anteriores, el desarrollo y aplicación de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica tiene un desarrollo jurisprudencial y no legislativo, característica que responde a sus orígenes en el derecho anglosajón, norteamericano especialmente.

Las sociedades mercantiles, específicamente las anónima y las de responsabilidad limitada, encuentran su fundamento en la Ley de Compañías, y de forma supletoria le son aplicables las normas del Código Civil, a saber, el Art. 40 de este cuerpo legal, define a las personas como naturales y jurídicas, en concordancia con el Art. 583 del mencionado código que habla de las personas jurídicas, y las define como sujetos capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones.

Por su parte el Art. 1984 ibídem, en su párrafo segundo dice: “la sociedad forma una persona jurídica distinta de la de sus socios individualmente considerados.” Que a la luz de lo que se viene diciendo, crea un ente, sujeto de derecho, capaz, que es autónomo patrimonialmente, titular de los activos y pasivos de la sociedad. Consecuencia de este reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, en el campo societario, los Arts. 92 y 143 de la Ley de Compañías, según se trate de sociedades de responsabilidad limitada o anónimas, establecen que los socios responderán por sus obligaciones hasta el monto de sus aportaciones, es decir que se consagra paralelamente al reconocimiento de la personalidad jurídica, la responsabilidad limitada de sus miembros.

Esto quiere decir, que la limitación de responsabilidad no es un concepto que sea propio del reconocimiento de la persona jurídica, sino que es un privilegio jurídico que el ordenamiento le otorga a ciertas sociedades, para impulsar el desarrollo económico y beneficio general, no es de ninguna forma una invitación al abuso; por otro lado la limitación de responsabilidad no es absoluto, sino que encuentra sus límites en los establecidos por la ley y en los estatutos, los que usualmente están relacionados con la actividad empresarial, así los socios y los administradores serán solidariamente responsables

cuando excedan esos límites. Así se entiende de lo que prescribe el Art. 30 de la Ley de Compañías, en su último párrafo [establece](#) que serán responsables todos los que realicen negociaciones a nombre de la compañía, cuando estas sean distintas a su objeto y empresa.

Otro punto que hay que tener en consideración en relación al tema que nos ocupa, es el referido al capital necesario para constituir compañías. Que de un simple análisis, se desprende que los montos mínimos exigidos para la constitución de una sociedad de capital en la legislación nacional son insuficientes para que puedan afrontar y desarrollar los fines para los que fue creada la sociedad, o por lo menos los que la doctrina pensó cuando fueron concebidas.

En mi opinión, las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada sufren una [crisis](#) de identidad ya que con capitales de mínimos de USD \$ 800, como es el requerido para las sociedades anónimas, no pueden llamarse de capital, ya que éstas no pueden hacer frente a las exigencias del mercado, es decir que se encuentra dotadas de forma insuficiente para cumplir con su objeto social. La falta de capacidad económica, si cabe el término, imposibilita desde cualquier ángulo que las sociedades puedan realizar una gestión seria; lo que implica que éstas, frente a estas desavenencias entre el objeto y el capital, sirvan muchas veces para ocultar intereses oscuros e irresponsables. “Si los socios no dotan a la sociedad del capital necesario, abusan de la institución del capital social; el privilegio de la limitación de responsabilidad de que disfrutaban queda sin fundamento, y por lo tanto responderán ilimitadamente frente a los acreedores de la sociedad de las deudas de la misma”<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Richard citado por López Mesa...pag 79.

La noción de capital adecuado encierra elementos económicos antes que jurídicos. En mi opinión, los montos de capital mínimo que se deben exigir a las sociedades han de estar relacionados con la actividad que ésta piensa realizar, más que por el tipo societario; en otras palabras, no se debe establecer un monto mínimo determinado para las compañías de ese tipo societario en general, sino que dependerá del objeto social que desarrollen. En este sentido, se exige a las instituciones del sistema financiero que tengan un capital mínimo de USD \$ 2.628.940 (Art. 37 de la Ley de Instituciones del Sistema Financiero).

Es penoso que en nuestro país las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas, se constituyen sólo para obtener los beneficios que la ley les otorga, y son utilizadas en beneficio de intereses ajenos a los de la sociedad o la empresa que supuestamente van a realizar; se puede decir que se crean sociedades artificiales, con el objeto de usarlas en beneficio propio, para distraer obligaciones tributarias, para defraudar derechos de terceros e incluso para ocultar fines ilícitos y, en más de las veces que se quisiera, solo existen en el papel. Como consecuencia de lo dicho, como ya se ha explicado, la persona jurídica societaria ha sido degradada, ha perdido su prestigio y especialmente se ha prostituido el concepto, las justificaciones doctrinarias y legislativas que le dieron razón de ser.

La Ley de Compañías mediante reforma legal [de](#) 1993 eliminó la norma legal (Art. 395 antes de la reforma) en la que se establecía como causal de disolución, [el](#) que las sociedades anónimas y de las de responsabilidad limitada, [deban liquidarse](#) cuando el número de socios se reducía a uno inferior al requerido para [esos](#) tipo societario; esta reforma de forma indirecta dio paso a que se permitiera que las sociedades [anónimas](#) sobrevivan con un solo

socio. A mi modo de ver las sociedades unipersonales, son un absurdo que no merecen de la protección legal ya que como se ha explicado en los capítulos anteriores las sociedades y el reconocimiento de la [limitación de responsabilidad de los socios en una](#) persona jurídica tienen como fundamento la necesidad socio-económica de realizar actos de comercio como una unidad que facilite la actuación de [un grupo de personas](#) dentro del tráfico mercantil y jurídico; además que los beneficios que se otorga a las personas jurídicas son justamente en razón del riesgo que supone iniciar una empresa de cierta envergadura económica. Por lo que, reconocer a las sociedades unipersonales de capitales (¿?) es de cierta forma fomentar el uso abusivo y contrario a derecho, que es el que estamos denunciando en este trabajo. A mi modo de ver, es imperiosa una reforma legal que corrija este “inconveniente” que se les paso por alto a los legisladores al momento de realizar la reforma legal.

En virtud de lo señalado en este capítulo, se podría afirmar, a priori, que la responsabilidad de los socios o accionistas, al igual que [la de](#) los administradores de las compañías, se encuentra limitada, hasta los límites que establece la ley [y](#) los estatutos. Por otro lado, quiero resaltar lo que prescribe el Art. 17 de la Ley de Compañías, “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: 1o. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar [\(los socios o accionistas a través de la Junta General, máximo órgano societario\)](#); 2o. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste [\(accionistas y/o administradores\)](#); y, 3o. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución”. A mi modo de ver este artículo es la base para la aplicación de la doctrina de la desestimación ante los abusos societarios por parte de los socios o administradores, en especial el numeral dos del mencionado artículo,

ya que le permite al afectado accionar en contra del o de los que se beneficiaron del acto antijurídico. Es así que se puede concluir diciendo que más allá de los mecanismos establecidos en el Código Civil para solucionar o resolver situaciones de simulación, abuso del derecho, mala fe, existe la posibilidad de imputar responsabilidad solidaria e ilimitada a los accionistas y a los administradores que provocaron el daño o que actuaron de forma antijurídica. Similares son los enunciados que se establecen en los Arts. 125, 126, 162, 261 de la Ley de Compañías, que trata sobre la responsabilidad de los administradores cuando actúen de forma irresponsable o más allá de sus facultades, que de forma extensiva se las puede aplicar a los socios (cuando estos son los administradores).

### **III.2.- JURISPRUDENCIA DE LA DE LA CORTE SUPREMA.-**

La Corte Suprema de Justicia a hecho un valioso aporte jurídico, específicamente la [Primera](#) Sala de lo Civil y Mercantil, en vista que en varias de sus pronunciamientos en cuestiones societarias resuelve considerando los principios de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica societaria, justamente por haber sido utilizada de forma abusiva, con el objeto de perjudicar a los acreedores o para solucionar conflictos de aplicación.

1.- La Corte Suprema de Justicia de Ecuador, a través de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, habla de la desestimación de la persona jurídica, en sentencia publicada en el juicio verbal sumario (Recurso de Casación) No. 242 - 99 que, por cobro de dinero, sigue el Ab. César Paladines en su calidad de apoderado especial de Diners Club del Ecuador S.A. Sociedad Financiera, en contra de Maña Isabel Baquerizo Luque, en su calidad de

representante legal, de Mariscos de Chupadores Chupamar SA. y del Ab. Leonel Baquerizo Luque, por sus propios derechos; publicada en el Registro Oficial 350 de 19 de junio de 2001.

En este caso, el recurrente afirma que no es el legítimo contradictor, ya que no es el representante legal de la compañía, y que no se ha citado al verdadero representante legal de ésta, la Sala, al respecto, sostuvo que la demanda fue presentada cuando la recurrente ejercía la representación legal de la misma y que esta fue citada 18 meses después, y que las excepciones presentadas, fueron utilizadas para obstaculizar el proceso. “El proceso es un medio para la realización de la justicia, pero cuando se le emplea como instrumento para privar a otros de aquello a lo que tienen derecho, estamos frente a un típico abuso del derecho. Se pueden utilizar los recursos procesales pero siempre animados de buena fe y lealtad procesal, sin provocar un retardo injustificado del proceso o su ineficacia, sino como medio para alcanzar que se realice la justicia subsanando oportunamente los obstáculos procesales que impedirían su desarrollo y conducirían a una resolución inhibitoria, a fin de que ésta se produzca con la mayor brevedad posible y no se dé al final de un largo y tortuoso camino, en circunstancias que inclusive ya sea imposible alcanzar el que se realice la justicia, sea porque opere la prescripción extintiva, sea porque los costos resultan exorbitantes o desalentadores.”

Vistas las intenciones de distraer las obligaciones por medio del uso fraudulento de la interposición de la persona jurídica, siendo que el titular del 99.5% de las acciones de Chupamar, es el representante legal de ésta. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en su fallo sostiene: “Frente a estos abusos, hay que reaccionar

desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico y llegar hasta éstos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros, sean acreedores a quienes se les obstaculizaría o impediría el que puedan alcanzar el cumplimiento de sus créditos”.

Aún más, en la sentencia los ministros jueces también señalan lo siguiente: “Todo lo anterior lleva a concluir que detrás de la figura societaria se encuentran los intereses del abogado Leonel Baquerizo Luque, que los restantes accionistas no tienen ningún interés real en la misma; que la persona jurídica se ha reducido a “una mera figura formal, a un mero recurso técnico” y que al no haberse alegado ni probado excepciones de fondo, que acrediten la inexistencia o la invalidez de las obligaciones demandadas, la institución societaria está siendo utilizada para otros fines privativos del abogado Baquerizo Luque, titular del 99.5 por ciento del capital social “y distintos de los de la realidad jurídica para la que nació esta figura”, esto es, para evadir el cumplimiento de las obligaciones demandadas, con verdadero abuso de la persona jurídica, lo que legitima al juzgador para desestimar la personalidad jurídica y, admitiendo la demanda, disponer que la compañía demandada, simple apariencia o simulacro de persona jurídica, y el abogado Leonel Baquerizo Luque, quien se encuentra detrás de ella y es quien en definitiva se beneficiará de cualquier sentencia desestimatoria, cumplan con las obligaciones que, según aparece de los fallos de instancia y no ha sido contradicho en momento alguno, son legales y plenamente válidos”.

2.- Otro ejemplo en el que se ha desestimado la personalidad jurídica de sociedad usada de modo ilegítimo, es la sentencia dictada en el juicio ordinario (recurso de casación) No. 67-2002, que por cumplimiento de contrato, sigue Ángel Mesías Puma Shagüi en contra de Mario Santiago Terreros Serrano, en su calidad de Gerente propietario de "IMPORTADORA TERREROS SERRANO Cía. Ltda.. Publicada en el Registro Oficial 58 de abril 9 de 2003, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, nuevamente dice que el juzgador tiene la obligación “cuando advierte que hay una manipulación de la figura societaria, levantar el denominado velo de la persona jurídica, y penetrar en el campo que estaba oculto por dicho velo, para determinar cuál es la verdadera situación jurídica y quién es el verdadero responsable u obligado ... Frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico y llegar hasta estos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros”.

Específicamente, esta sentencia trata sobre la identidad que existe entre dos compañías, en vista de que en este caso en particular, se pasa de un tipo societario a otro, y es justamente esto lo que alega el demandado para burlar las obligaciones que contrajo. “Aceptar entonces la tesis del Tribunal de última instancia sería legitimar un abuso de la sociedad demandada, porque en esta causa no cabe aseverar que no se ha contado con quien no es su representante legal, ni que se ha demandado a una persona jurídica distinta, porque un cambio sucesivo en la denominación de sociedad anónima o de responsabilidad limitada mas no en las personas o su objeto social no trae como consecuencia la conformación de una persona jurídica distinta”. Por otro lado, esta Sala hace referencia al Art. 17 de la Ley

de Compañías como fundamento legal, y ratificación de lo que ya había señalado en otras sentencias con relación a la desestimación de la personalidad jurídica societaria.

**3.-** En sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la Corte en el juicio ordinario (Recurso de Casación) No. 1152-95 que por daño moral sigue Rubén Morán Buenaño en contra de Ricardo Antonio Onofre González y Leopoldo Morán Intriago, publicada Registro Oficial 273 de 9 de septiembre de 1999, ya hace referencia a la necesidad y casi obligación que tiene el juzgador de determinar con que fines ha sido utilizada la personalidad jurídica de la sociedad, para penetrar al sustrato real de ésta.

Así, en la demanda en que el actor alega que su expulsión como socio del Sindicato General de Chóferes Profesionales del Guayas y atribuye a los demandados ser los causantes de tal expulsión, producida por resolución de la asamblea general de socios llevada a cabo el 29 de julio de 1993, porque, según asevera el actor, “el señor Ricardo Onofre, con premeditación, cálculo, mala fe, forja y maquina un expediente por una supuesta infracción sindical y decide expulsarme del Sindicato por el delito de traición a la clase del volante, amparándose en el Comité Ejecutivo y en una Asamblea de socios, que resultan membretes —nada más— manipulados a su antojo, por Ricardo Onofre González y sus complotados en esta irrita acción”. Al respecto del uso de la persona jurídica al antojo de su representante, la Sala razona “Es principio inconcuso que no se confunde la persona jurídica con la de sus integrantes, que los actos que ejecutan las personas jurídicas les son atribuibles a ellas y de su exclusiva responsabilidad y ni son atribuibles a sus miembros ni generan responsabilidad a su cargo, y que los actos del representante de una persona jurídica, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos

de la persona jurídica; y en cuanto exceden de estos límites, sólo obligan personalmente al representante, aunque debe anotarse que, como consecuencia de la deformación del concepto de la persona jurídica y del uso abusivo de la misma, en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación extranjeras se ha ido abriendo paso la teoría del “levantamiento del velo de la persona jurídica” o de la “desestimación de la personalidad jurídica”, que “puede constituir instrumento adecuado o incluso necesario para la obtención de soluciones ajustadas a la justicia material, en cuanto fundadas en la exacta valoración de los intereses que realmente se encuentran en juego en cada caso, lo que significa despojar a la persona jurídica de su vestidura formal para comprobar qué es lo que bajo esa vestidura se halla, o lo que es lo mismo, desarrollar los razonamientos jurídicos como si no existiese la persona jurídica... pero advirtiéndose que el empleo de este instrumento no es abierto ni indiscriminado, sino que lo será ”en aquellas hipótesis en que el intérprete del Derecho llegue a la apreciación de que la persona jurídica se ha constituido con ánimo de defraudar o a la ley o a los intereses de terceros, o cuando —no como objetivo, sino como resultado— la utilización de la cobertura formal en que la persona jurídica consiste, conduce a los mismos efectos defraudatorios. Es importante señalar que la Sala reconoce la valía que tiene el uso de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica no sólo en el campo societario sino en todos los que la persona jurídica pueda y sea utilizada con fines contrarios a los queridos por el ordenamiento jurídico; al respecto la Sala dice: “**Aunque los casos más frecuentes de utilización indebida de la personalidad jurídica se da en el campo societario, sin embargo no debe excluirse la posibilidad de que el incorrecto empleo de la figura se dé respecto de las personas jurídicas sin finalidad de lucro, sea porque se simula su constitución para eludir el cumplimiento de un contrato, burlar**

**los derechos de un tercero o eludir la ley, sea porque se utilice la cobertura formal de una entidad de esta clase con los mismos propósitos...**

Concluye la Sala diciendo que el acto del sindicato goza de presunción de validez y que no ha sido impugnado; sin embargo, no se ha tomado en cuenta al Sindicato para que ejerza su derecho de defensa por lo que, “Si en este proceso se declara que la decisión de expulsar al actor, adoptada por la asamblea general del sindicato, no es válida, llegaríamos al absurdo de que la decisión de expulsión seguiría siendo válida para la persona jurídica que la adoptó y el fallo judicial carecería de valor frente a ella por no haber sido parte de este proceso y en conformidad con lo que dispone el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, mientras que para los demandados sería nula la decisión de la persona jurídica”

A mi entender, en este caso, existió desestimación de la personalidad jurídica pasiva, llamada así por la doctrina, en vista que la que se beneficio de la desestimación de la personalidad jurídica fue la propia persona jurídica, ya que no se permitió que ésta sufriera los efectos de la sentencia de daños y perjuicios, en especial cuando la Sala alega que se llegaría al absurdo de que la decisión judicial sería ineficaz para la persona jurídica y que tendría efectos para sus miembros.

Finalmente, en sentencia publicada en el Registro Oficial 128 de julio 18 de 2003, la misma Sala dice lo siguiente: “La característica jurídica esencial de la sociedad o compañía es la de formar una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados (inciso segundo del artículo 1984 del Código Civil). Como tal, tiene capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones separadamente de los socios, y para ser

representada judicial y extrajudicialmente en el desarrollo de las actividades que constituyen su objeto. Esta característica independiza la actividad social de la actividad individual de los socios, separa jurídicamente las situaciones creadas en el ejercicio de uno y otro, y separa el patrimonio comprometido en el desarrollo de los mismos”.

En definitiva, de las normas jurídicas citadas en comunión con la jurisprudencia sentada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema, sin temor a equivocarme, se puede asegurar que la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica societaria no riñe con ninguna de las norma del ordenamiento jurídico, por el contrario es un recurso procesal idóneo que apoya a cualquier otra acción que se planteé en defensa de los derechos de terceros, del orden público, y de la buena fe.

La acertada intervención de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil deja una ventana abierta para que se trate de frenar los abusos que se cometen con las sociedades en nuestro país. Pero más allá de los esfuerzos jurisprudenciales, está claro que a la Ley de Compañías le urge una reforma tendiente a sistematizar el uso de las sociedades y que ésta no sea tan flexible en relación a los fines con los que se crea.

## **CONCLUSIONES**

Luego de la aproximación teórica a la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad, es dable extraer algunas consideraciones finales, provisionales, ya que por las características propias de esta doctrina no se puede cerrar el debate y estudio de la misma. A saber:

1. El concepto de personalidad jurídica societaria, en especial de las sociedades de capital, sociedades anónimas y las de responsabilidad, se encuentra en crisis como consecuencia del uso abusivo del concepto, a causa de que entes económicos se han aprovechado de los beneficios que supone el reconocimiento de la personalidad jurídica societaria, otorgados por el ordenamiento jurídico, pensados para favorecer el desarrollo económico general, no sólo de empresarios honestos, sino de toda la sociedad; sin embargo, como ha quedado evidenciado, abusando de la división o separación patrimonial y de responsabilidad se han utilizado las sociedades para fines perversos, que no guardan relación con el fin de éstas
2. El abuso y manipulación de la personalidad jurídica societaria es un fenómeno creciente; son justamente las bondades y privilegios que el desarrollo doctrinario y legislativo le dieron al concepto de persona jurídica, los que han causado que se abusen de éstos para de forma maliciosa perjudicar a tercero y al orden público.
3. Queda claro que la justicia no puede quedar impávida frente al absurdo de que las sociedades mercantiles se utilicen para lograr fines que la ley rechaza, todo en base al respeto riguroso de la separación patrimonial y de responsabilidad que consagra el ordenamiento jurídico. Por lo que, a veces es necesario mirar las cosas por encima de los formalismos con los que la ley objetiva las cubre, a fin de prevenir que se generen injusticias y corregir los actos contrarios a derecho; es así que se justifica la aplicación de la doctrina de la desestimación jurídica.

4. El objetivo de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades es la de no permitir que las sociedades anónimas o las de responsabilidad limitada sean utilizadas de manera contraria a derecho, frente a estos hechos el juez podrá descartar la barrera societaria para que fracase el resultado antijurídico perseguido, para lo cual debe y puede modificar las reglas generales de imputación que operan en las personas jurídicas.

5. El simple perjuicio de terceros, el incumplimiento de obligaciones por si solos no implican o justifican la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad; sino que debe haber un elemento subjetivo adicional, un “plus”, una intencionalidad de hacer daño, que este destinado a una práctica antijurídica, como son el fraude, el abuso, la mala fe, la simulación. Así el abuso de esa misma personalidad para obtener resultados que riñen con el derecho, cuando se ha actuado con la clara intención de faltar a la buena fe que rige el cumplimiento de los actos y negocios jurídicos; sin perjuicio de éstos, los supuestos de simulación preconcebida que buscan ocultar la realidad que se oculta tras la barrera societaria y el fraude a la ley, que busca obtener un resultado no querido por la norma; éstos, aunque no abarquen todos los supuestos que se pueden dar, son fundamento suficiente para la aplicación de la doctrina de la desestimación.

6. La desestimación de la personalidad jurídica societaria, no tiene como efecto ni la nulidad ni la disolución de la sociedad, sino la ineficacia de la barrera societaria entre la sociedad, sus socios y terceros afectados. Recurso que puede ser pedido por terceros de buena fe, por los socios perjudicados, por la propia sociedad y excepcionalmente puede ser aplicada directamente por el juez.

7. La doctrina de la desestimación puede y debe ser aplicada por los jueces, aún cuando ésta no haya sido alegada por alguna de las partes afectadas, en vista del interés público de

evitar que los beneficios y ventajas de las que gozan las sociedades sean utilizadas en fraude a la ley o abusando del derecho. Si bien es cierto que los jueces y tribunales en un principio carecen de la facultad de desestimar la personalidad jurídica de las sociedades; esta facultad nace o le es atribuida cuando se identifica que la sociedad ha sido claramente utilizada para fines reprochables contrarios al ordenamiento jurídico general.

8. Las alegaciones de que la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica va en desmedro de la seguridad jurídica, no deben amilanar a los jueces y tribunales, ya que éstos no pueden hacer caso omiso de los abusos cometidos a pretexto de la autonomía societaria; caso contrario se estaría consagrando la impunidad, lo que es absurdo desde toda consideración de justicia y equidad.

9. Pese a lo dicho, la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica societaria no debe ser utilizada de manera irrestricta, sino de manera excepcional, caso contrario el concepto de personalidad jurídica y sus efectos no tendrían razón de ser. La facultad para poner en evidencia la real situación personal y patrimonial de los miembros que integra la sociedad deben ser utilizadas con cuidado, es decir que se debe aplicar la doctrina de la desestimación sólo cuando se haya desviado de los fines para los que fue creada, que se haya violado un bien jurídico superior, que produzca efectos evidentemente antijurídicos.

10. La jurisprudencia nacional ha consagrado la aplicación de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica societaria, tal como se demuestra de los valiosos fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia (Primera Sala de lo Civil y Mercantil)

## BIBLIOGRAFÍA

- Andrade Cevallos, Miguel, Dr.; **La Administración de las Sociedades Anónimas**; Quito, 1992
- Boldo Roda, Carmen; **Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español**; Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.
- Borda, Guillermo; **La Persona Jurídica y el Corrimiento del Velo Societario**; ABELEDO-PERROT; Buenos Aires, 2000.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; **La Personalidad Jurídica Societaria; Tomo III**, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994.
- Dávila Torres, César, Dr.; **Derecho Societario, Parte General y Sociedades Personalistas**; Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1999.
- Dobson, Juan Manuel; **El Abuso de la Personalidad Jurídica**; DEPALMA, Buenos Aires; 1991
- García Tejera, Norberto; **Persona Jurídica, Tratamiento en los Tipos Civil y Comercial**; Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- Larrea Holguín, Juan; **Derecho Civil del Ecuador**; Tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito, 1984.
- López Mesa, Marcelo y Cesano, José Daniel; **Abuso de la Personalidad Jurídica de las Sociedades Comerciales**; DEPALMA; Buenos Aires, 2000.
- Ospina Fernández, Ospina Acosta; **Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos**; TEMIS; Bogotá; 1994.
- Richard, Efraín Hugo y Muiño, Orlando Manuel; **Derecho Societario**, ASTREA, Buenos Aires, 1997.
- Salgado Valdez, Roberto; **Obligaciones y Responsabilidades de los Administradores de Compañías**; Casa de la Cultura “Benjamín Carrión”; Quito, 2002
- Serick, Rolf; **Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles. El Abuso del Derecho por medio de la Persona Jurídica**, traducción de José Puig Brutau, Barcelona, 1985.
- Villegas, Carlos G.; **Tratado de las Sociedades**; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1996.

## **LEYES**

- **Código Civil**, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a mayo del 2000.
- **Ley de Compañías**, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a junio del 2000

## **SENTENCIAS**

- Sentencia dictada en el juicio ordinario (recurso de casación) No. 67-2002, por cumplimiento de contrato, sigue Ángel Mesías Puma Shagüi en contra de Mario Santiago Terreros Serrano, en su calidad de Gerente propietario de "IMPORTADORA TERREROS SERRANO Cía. Ltda. Publicada en el Registro Oficial 58 de abril 9 de 2003, Primera Sala de lo Civil y Mercantil
- Sentencia dictada en el juicio verbal sumario (Recurso de Casación) No. 242 - 99, por cobro de dinero, sigue el Ab. César Paladines en su calidad de apoderado especial de Dineros Club del Ecuador S.A. Sociedad Financiera, en contra de Maña Isabel Baquerizo Luque, en su calidad de representante legal, de Mariscos de Chupadores Chupamar SA. y del Ab. Leonel Baquerizo Luque, por sus propios derechos; Publicada en el Registro Oficial 350 de 19 de junio de 2001, Primera Sala de lo Civil y Mercantil.
- Sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la Corte el juicio ordinario (Recurso de Casación) No. 1152-95, por daño moral, que sigue Rubén Morán Buenaño en contra de Ricardo Antonio Onofre González y Leopoldo Morán Intriago. Publicada Registro Oficial 273 de 9 de septiembre de 1999, Primera Sala de lo Civil y Mercantil.