

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Consecuencias jurídicas de la aplicación del *Veil Peeking* en  
Ecuador**

**Ricardo Napoleón Montalvo Mejía**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la obtención del  
título de Abogado

Quito, 19 de noviembre de 2021

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Ricardo Napoleón Montalvo Mejía.

Código: 00200814

Cédula de identidad: 1720205317

Lugar y fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021.

## ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al.(2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

## UNPUBLISHED DOCUMENT

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

# CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DEL VEIL PEEKING EN ECUADOR<sup>1</sup>

## LEGAL CONSEQUENCES OF VEIL PEEKING'S APPLICATION IN ECUADOR

Ricardo Montalvo<sup>2</sup>

[rnmontalvo1@gmail.com](mailto:rnmontalvo1@gmail.com)

### RESUMEN

Gracias a la responsabilidad limitada, la compañía actúa como una entidad distinta de sus socios. Así, los estudios económicos y legales, han concebido a la separación patrimonial como la piedra angular del derecho societario. Sin embargo, esta visión resulta incompleta.

A través de un análisis comparado y cualitativo, el presente trabajo estableció a la separación regulatoria como otra consecuencia fundamental de la responsabilidad limitada, destacando que esta no es absoluta. En varias áreas del derecho, se ha optado por mirar detrás del velo societario para atribuir a la compañía, derechos y obligaciones inherentes a sus socios.

Ahora bien, esta figura ha sido indebidamente confundida con el levantamiento del velo societario. Por ello, el artículo compara las dos instituciones y concluye que, la mejor manera de regular la actividad empresarial y a la vez proteger los intereses de los socios es a través de una adecuada implementación de la separación regulatoria.

### ABSTRACT

Limited liability, permits corporations to act as a separate entity from its founders. Hence, economic and legal scholarship studies have conceived asset partitioning as the cornerstone of corporate law. However, this view is incomplete.

Through a comparative and qualitative analysis, this paper establishes regulatory partitioning as another fundamental consequence of limited liability, highlighting that it may not be absolute. In fact, within various areas of law courts have chosen to peek behind the corporate veil to ascribe certain rights or duties of shareholders to the corporation.

Nevertheless, this figure has been incorrectly conflated with veil piercing. As follows, this article compares these two institutions and concludes that, the best way to regulate corporation's activities, and protect its shareholders interests, lies in a correct implementation of Veil Peeking, studying the economic benefits and costs of the doctrine under the legal system in question.

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentando como requisito para la obtención de título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Pablo Cevallos Fonseca.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

### **PALABRAS CLAVES**

Responsabilidad limitada, Veil Peeking, Limited liability, Veil Peeking, regulatory separación regulatoria, derecho partitioning, corporate law, Ecuador. corporativo, Ecuador.

### **KEYWORDS**

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021.

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

### **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. – 2. ESTADO DEL ARTE. – 3. MARCO TEÓRICO. – 4. MARCO NORMATIVO. – 5. LA RESPONSABILIDAD LIMITADA. – 6. VEIL PEEKING. – 7. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA DOCTRINA EN ECUADOR. – 8. DERECHO SOCIETARIO. – 9. CONCLUSIÓN.

## 1. Introducción.

La compañía, tal y como se encuentra reconocida en el ordenamiento jurídico, es una ficción legal, que cumple con objetivos tanto sociales como económicos. Se trata de un sujeto dotado de personalidad jurídica que posee derechos y puede contraer obligaciones por sí solo, es decir, se convierte en una entidad distinta a sus socios y administradores; por lo que, su principal atributo es la responsabilidad limitada<sup>3</sup>.

Ahora, la doctrina contemporánea reconoce a la ‘separación patrimonial’ como el principal efecto jurídico de la responsabilidad limitada. A través de este, se distancian los bienes de la compañía de aquellos de sus socios y administradores, reduciendo los costos de transacción y el riesgo que supone, por naturaleza, invertir. Pero en realidad, la separación patrimonial no es, sino una de las dos dimensiones que posee.

Las corporaciones también actúan como un nexo regulatorio<sup>4</sup>. De hecho, el ordenamiento jurídico se convierte en el instrumento que direcciona su funcionamiento, limita sus derechos e impone ciertas obligaciones; por lo que, más allá de poseer patrimonio autónomo, las compañías también poseen una esfera legal propia y distinta a la de sus fundadores. Este concepto es conocido como ‘separación regulatoria’.

Entonces, para que una compañía se desenvuelva correctamente, resulta necesario que se reconozca, tanto de separación patrimonial, como de separación regulatoria. Una vez establecidos los requisitos mínimos, las sociedades funcionan como un vínculo en el que confluyen variados intereses que llegan a contraponerse en distintas ocasiones.

Cuando se utiliza la separación patrimonial para beneficiarse de la forma societaria y evadir obligaciones o perjudicar a terceros, la doctrina ha desarrollado una figura conocida como ‘levantamiento del velo societario’ o ‘desestimación de la personalidad jurídica’<sup>5</sup>, a través de la cual se rompe el principio de partición patrimonial para permitir a los acreedores acceder a los bienes personales de los socios y satisfacer su crédito. De la misma manera, la separación regulatoria no es absoluta.

Las interrogantes que surgen, son diversas, ¿Podrían otorgarse derechos inherentes a los seres humanos, a una compañía? Por ejemplo, la libertad de expresión o religión; ¿Es posible otorgar ciertos beneficios a la compañía, basándose en la etnia de

---

<sup>3</sup> Es pertinente recalcar que la responsabilidad limitada no se encuentra presente en todos los tipos societarios, por ejemplo, dentro de las compañías en Comandita, los socios responden ilimitadamente por las acreencias de la compañía.

<sup>4</sup> Mariana Pargendler, “Veil Peeking, The Company as a Nexus For Regulation”, *University of Pennsylvania Law Review* No.169, (2021), 717-781.

<sup>5</sup> Ver. Santiago Andrade U., “El Levantamiento del Velo en la Doctrina y Jurisprudencia Ecuatoriana”, *FORO Revista de Derecho* No.11, (2009), 7-35.

sus socios?; ¿La nacionalidad de los socios importa para la aplicación de restricciones en el ámbito de contratación pública?.

Para responder a estas preguntas, los administradores de justicia y legisladores han optado por ‘mirar’ detrás de la forma societaria e imputar derechos u obligaciones propias de los socios a la compañía y viceversa; rompiendo el principio de separación regulatoria. Pero entonces, ¿Cómo ha sido aplicada esta doctrina en Ecuador y cuáles son sus consecuencias jurídicas?

El presente trabajo estudiará el *Veil Peeking* a través de un enfoque doctrinario para acercar el concepto al derecho ecuatoriano. La metodología deductiva y comparada servirán tanto para el desarrollo como para el análisis de las cuestiones planteadas, por lo que se trata de un estudio pragmático que busca determinar la compatibilidad de la doctrina con el sistema jurídico.

## 2. Estado del Arte.

La responsabilidad limitada es uno de los principios más importantes en el derecho societario y uno de los pilares de la economía moderna, sin embargo, no siempre fue así. En este sentido, Darío Laguado Giraldo menciona que la separación patrimonial es el resultado de un proceso histórico, de hecho durante el siglo 18, las sociedades fueron prohibidas en varios países; y no fue sino hasta 1807 cuando Napoleón, a través del Código de Comercio francés, reconoció dos tipos de empresas, la *société anonyme* y la *société en commandite*<sup>6</sup>.

En años más recientes, Stephen Bainbridge y Todd Henderson, reconocen a la responsabilidad limitada como la característica más importante de la compañía moderna, a través de este principio, se establece una separación patrimonial entre la sociedad y sus fundadores limitando el riesgo de pérdida al monto invertido y permitiendo la toma de decisiones más riesgosas a un menor costo. Así, los autores insisten en que no es una exageración asegurar que nuestra sociedad capitalista probablemente no podría existir sin el principio de la responsabilidad limitada<sup>7</sup>.

Por su parte, Santiago Andrade Ubidia plantea que el derecho de sociedades moderno radica su éxito en el reconocimiento de personalidad jurídica a las compañías,

---

<sup>6</sup> Darío L. Giraldo, “La Separación Patrimonial y el Levantamiento del Velo Corporativo” en *Derecho Societario Contemporáneo*, (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2021), 147-212.

<sup>7</sup> Stephen M. Bainbridge, M. Todd Henderson, “Why Does Law Limit Corporate Shareholders Liability?” en *Limited Liability a Legal And Economic Analysis*, (2017): 70-117.

lo que permite establecer un ente autónomo con capacidad de gestión y patrimonio propio, de esta manera simplificando sustancialmente las relaciones comerciales. En términos prácticos, posee dos implicaciones muy importantes, en primer lugar la persona jurídica deviene en un centro de imputación diferenciado de los socios; y segundo, que existe una separación del patrimonio de sus socios<sup>8</sup>.

Contrario a estos conceptos, Henry Hansmann y Reinier Kraakman argumentan que la separación de patrimonios genera incentivos para la toma de decisiones excesivamente peligrosas y permite a las compañías no hacerse responsables por el costo de sus actividades. Los autores sostienen que si bien es cierto la responsabilidad limitada ha abierto las puertas para un mercado de capitales y que a través de esta se ha hecho más fácil la cooperación, los acreedores involuntarios de una compañía no deberían cargar con las externalidades negativas que se generen<sup>9</sup>.

Desde una visión más contemporánea, Mariana Pargendler señala que la separación patrimonial es tan solo una de las características de la responsabilidad limitada. Más allá de su función como vehículo para relaciones contractuales, las compañías también actúan como un vínculo legal<sup>10</sup>.

### **3. Marco Teórico.**

La doctrina, mantiene un constante debate acerca de la responsabilidad limitada. Es evidente que a través de este principio se externalizan ciertos costos, sin embargo, es deseable económicamente en todas las circunstancias como regla general<sup>11</sup>. A su vez, la responsabilidad limitada otorga a la compañía, principalmente, dos atributos; la separación patrimonial y la separación regulatoria.

Cuando la compañía es utilizada de manera ilícita, se rompe el principio de separación patrimonial a través del ‘levantamiento del velo societario’ permitiendo que los acreedores de la compañía acudan a los bienes personales de los socios y satisfagan su crédito. El desarrollo de esta figura radica en que el estudio de la actividad societaria se ha centrado en la noción de la empresa como un vínculo de relaciones contractuales, sin embargo, se ha dejado de lado el importante papel que juega la regulación.

---

<sup>8</sup> Santiago Andrade U., “El Levantamiento del Velo en la Doctrina y Jurisprudencia Ecuatoriana”, 9.

<sup>9</sup> Hansmann Henry, Kraakman Reinier, “Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts,” *The Yale Law Journal* No.100, (1991), 1879-1934.

<sup>10</sup> Mariana Pargendler, “Veil Peeking, The Company as a Nexus For Regulation”, 720.

<sup>11</sup> Stephen M. Bainbridge, M. Todd Henderson, *Limited Liability a Legal And Economic Analysis*, 20.

A través del *Veil Peeking*, se desestima la separación regulatoria, permitiendo a los administradores de justicia o la legislación ‘mirar’ detrás de la compañía para analizar las características personales de los socios. A diferencia del levantamiento del velo societario, esta figura no posee una connotación evidente; puede ser aplicada para “aumentar o frustrar los privilegios de los socios así como de las instituciones legales”<sup>12</sup>.

El presente trabajo estudia ambos conceptos de la compañía – como un vehículo para las relaciones contractuales y como un vínculo regulatorio – de manera complementaria, acotando la importancia que posee esta dualidad. Además, se centrará en analizar el rol que tiene la regulación en las relaciones que la compañía mantiene con el Estado y su injerencia en el desarrollo de la actividad empresarial.

#### **4. Marco Normativo.**

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se reconocen principios generales que establecen una guía, así como normas que regulan de una manera más específica, el desarrollo de la actividad empresarial. Sin embargo, muchos de los temas que se tratan en el presente trabajo, no poseen una regulación objetiva, y se tratan más bien de discusiones doctrinarias que se han desarrollado a través de decisiones jurisprudenciales a nivel mundial.

##### **4.1. Normativa Nacional.**

En la legislación ecuatoriana, los principios por los que debe direccionarse la actividad empresarial se encuentran contenidos en la Constitución vigente, en su artículo 66 numeral 15 que contempla como derecho de libertad el realizar cualquier actividad económica. De igual manera, resulta importante referirse al Código Civil, este cuerpo normativo en su Libro Primero, Título Trigésimo plantea un concepto general de persona jurídica y reconoce los efectos prácticos de su existencia

Por otro lado, las disposiciones concretas concernientes a los distintos tipos societarios están reguladas en la Ley de Compañías. Además, se analizan normas de distintos cuerpos legales, como por ejemplo el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, el Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y, también las Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo que se trata de una resolución emitida por la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros; para otorgar una visión más clara acerca de la implicación práctica que posee la doctrina.

---

<sup>12</sup> Mariana Pargendler, “Veil Peeking, The Company as a Nexus For Regulation”, 724.

## 4.2. Jurisprudencia.

Debido al escaso desarrollo jurisprudencial a nivel nacional, es imprescindible referirse a la discusión que tiene lugar alrededor del mundo, entre las decisiones más importantes, se encuentran, *Copperweld Corporation v. Independent Tube Corporation* y, *Citizens United v. Federal Election Commission*, ambas decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos; o, en el caso del Reino Unido, la decisión de la Cámara de los Lores, *Daimler Co. v. Continental Tyre and Rubber Co.* A través de estas, se acercará el debate doctrinario a la aplicación práctica de los principios del derecho societario analizados.

## 5. La Responsabilidad Limitada.

Las sociedades de capital se han convertido en el núcleo del desarrollo económico actual. Estas, son extremadamente eficientes en lograr una cooperación eficaz de los individuos y, disminuir el riesgo que supone invertir. De esta manera, resulta posible la producción de bienes y servicios a bajo costo, incrementando el bienestar general.

A partir de la creación de las distintas formas de organización empresarial, el siguiente gran avance fue el reconocimiento de su personalidad jurídica. Esta característica ha sido de vital importancia para el desarrollo del sistema económico moderno pues se instaura la percepción de compañía como una “[...] organización autónoma, con patrimonio propio y capacidad de gestión que se distingue de sus instituyentes estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial”<sup>13</sup>.

Con este antecedente, es necesario acotar que en Ecuador se reconocen, principalmente, tres tipos de vehículos a través de los cuales los individuos pueden gozar de responsabilidad limitada<sup>14</sup>; la Sociedad Anónima<sup>15</sup>, la Compañía de Responsabilidad Limitada<sup>16</sup>, y la Sociedad por Acciones Simplificada<sup>17</sup> que puede ser constituida también,

---

<sup>13</sup> Francisco Junyent Bas, “Reflexiones sobre el abuso de la personalidad societaria”, en *Revista de Derecho Comercial y de las obligaciones*, año 38, (2005), 255-274.

<sup>14</sup> En este punto cabe precisar que, la legislación ecuatoriana reconoce a los fundadores de la Sociedad Anónima y de la Sociedad por Acciones Simplificada como ‘accionistas’, mientras que a los de la Compañía de Responsabilidad Limitada como ‘socios’; sin embargo, para fines investigativos, a lo largo del presente trabajo se utilizará el término ‘socio’ para hacer referencia a los instituyentes de los distintos tipos societarios.

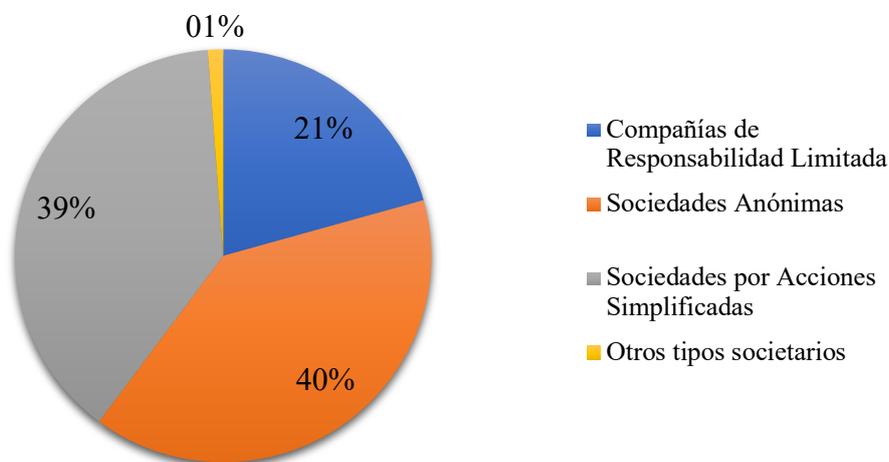
<sup>15</sup> Artículos 143-300, Ley de Compañías [LC], R.O. Suplemento 312 de 5 de noviembre de 1999.

<sup>16</sup> Artículos 92-142, LC.

<sup>17</sup> Artículos innumerados (...), LC. reformado por la sección reformativa Ley No.0, R.O. Suplemento 151 de 28 de febrero de 2020.

mediante acto unilateral<sup>18</sup>. De acuerdo con la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en el año 2020 se crearon 10.767 empresas en el territorio ecuatoriano, de las cuales;

**Figura 1. Tipos societarios en Ecuador.**



Fuente: Elaboración propia a partir de información de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.<sup>19</sup>

Entre los tipos societarios mencionadas en el gráfico, suman el 99% de empresas constituidas y si bien es cierto que poseen características fundamentalmente distintas, comparten un rasgo en particular, todas reconocen la Responsabilidad Limitada de sus socios, tanto en la esfera jurídica como en la esfera patrimonial. La injerencia que poseen en el sistema económico del país es indudable y esto se debe a varios motivos.

En primer lugar, disminuye los costos de monitoreo en los que deben incurrir los accionistas para controlar las decisiones de los administradores. En segundo lugar, se controla de cierta manera el conflicto que conlleva la situación económica personal de cada uno de los socios. Si la responsabilidad fuese ilimitada, el empobrecimiento de uno de los socios, necesariamente conllevaría a que los demás afronten una mayor carga en caso de que la compañía falle; así, los socios solventes terminarían ‘subsidiando’ a los que no posean la capacidad económica para cubrir las acreencias<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> En este punto es importante acotar que dentro del régimen jurídico aplicable a las Societades por Acciones Simplificadas, se reconoce el acto unilateral de creación de una empresa, es decir, se instaura la Sociedad Unipersonal en el derecho ecuatoriano.

<sup>19</sup> Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, “Ranking Empresarial 2020”, diciembre 2020, <https://appscvs.supercias.gob.ec/rankingCias/> (consultado el 20 de septiembre de 2021).

<sup>20</sup> Darío L. Giraldo, “La Separación Patrimonial y el Levantamiento del Velo Corporativo”, 147-212.

Por otro lado, la separación permite que las acciones sean consideradas como un instrumento de valor homogéneo y fungible. El valor de una acción se encuentra determinado por un análisis riesgo-retorno<sup>21</sup>, en base del cual se puede inferir que precio de una acción varía dependiendo del riesgo que esta conlleva y las utilidades que se espera recibir por la misma.

En definitiva, la principal ventaja ofrecida por las corporaciones de capital es la responsabilidad limitada que durante siglos ha probado ser deseable, desde una perspectiva económica. Y esta, posee a su vez, dos consecuencias muy importantes, la primera, el reconocimiento de la separación patrimonial entre la compañía y sus fundadores; y la segunda, que la compañía deviene en un centro de imputación legal autónomo. Por ello, a continuación se estudiará a la empresa a través de estos dos atributos imprescindibles.

### **5.1 Noción de la Compañía como Nexo de Relaciones Contractuales.**

La compañía es definida por el ordenamiento como un contrato a través del que dos o más personas acuerdan unir sus capitales para emprender y participar de las utilidades que se generen<sup>22</sup>. Como consecuencia de este contrato, se crea una ficción que goza de personalidad jurídica y funciona como un vehículo que permite a los fundadores colaborar alineando sus incentivos.

El fundamento de la teoría contractualista radica en la importancia que se le otorga al acuerdo de voluntades, “[...] las relaciones contractuales son la esencia de la compañía, no solo con empleados, pero también con proveedores, clientes, acreedores y demás partes relacionadas”<sup>23</sup>. A través de este enfoque, se objetiviza la función de la compañía dentro de la sociedad y se limita su existencia a la creciente necesidad de simplificar las relaciones comerciales, convirtiéndose así en el centro de una compleja red de acuerdos.

En relación a lo mencionado, se pronuncian Michael Jensen y William Meckling, “[...] rara vez caemos en la trampa de caracterizar el mercado bursátil o de trigo como un individuo, pero es común que cometamos este error pensando en las organizaciones, como si fuesen personas con motivaciones e intenciones”<sup>24</sup>. Si la compañía cumple un rol

---

<sup>21</sup> Halpern, Paul, Trebilcock, Michael, Turnbull, Stuart. “An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law” en *The university of Toronto Law Journal*, No.30 (1980).

<sup>22</sup> Artículo 1, LC.

<sup>23</sup> Michael C. Jensen, William H. Meckling, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure” en *Journal of Financial Economics*, V.III (1976), 305-370, (traducción no oficial).

<sup>24</sup> *Ibid.*

meramente contractual, la ‘separación patrimonial’ se convierte en el eje central de su función como vehículo económico.

De hecho, el Código Civil en el artículo 568, establece que;

Lo que pertenece a una corporación, no pertenece, ni en todo ni en parte, a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo o en parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación [...] <sup>25</sup>.

En el artículo mencionado, se contemplan las principales consecuencias de la separación patrimonial. A través de esta, se disocian los bienes de la compañía y los activos personales de sus socios. Ahora, si bien este principio permite una toma de decisiones más objetivas, y por tanto más rentables; también posee costos sociales importantes, por lo que existen ocasiones en las que resulta indeseable mantener la separación patrimonial. En estos escenarios, la jurisprudencia ha desarrollado la institución del ‘levantamiento del velo societario’.

#### **5.1.1 Levantamiento del Velo Societario.**

Como se estudió, la separación patrimonial es deseable como regla predeterminada en todas las circunstancias, sin embargo, el objetivo del levantamiento del velo societario es crear un balance entre alentar la toma de decisiones arriesgadas y evitar que el riesgo sea externalizado hacia terceros relacionados con la actividad empresarial <sup>26</sup>.

Entonces, se trata “[...] un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular” <sup>27</sup>. Pero entonces, ¿Qué factores deberían tomar en cuenta los administradores de justicia para su aplicación?, en realidad no existe una respuesta concreta.

Santiago Andrade considera que se trata de un instrumento procesal que debería ser aplicado por el juez “[...] en situaciones excepcionales y frente a una conducta que

---

<sup>25</sup> Artículo 568, Código Civil, (CC), Registro Oficial Suplemento 46, de 24 de junio de 2005.

<sup>26</sup> Stephen M. Bainbridge, M. Todd Henderson, *Limited Liability a Legal and Economic Analysis*, 43.

<sup>27</sup> Juan Dobson, *El Abuso de la Personalidad Jurídica en el Derecho Privado*, (Buenos Aires: Depalma, 1985), 11.

sin lugar a dudas manifieste la voluntad de cometer un fraude a la ley o un abuso del derecho, mediante la utilización desviada de una forma asociativa”<sup>28</sup>.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano recoge al levantamiento del velo dentro de lo dispuesto en los artículos 17, 17A, y 17B de la Ley de Compañías. En su parte pertinente el artículo 17 establece que se podrá desestimar la responsabilidad limitada “[...] por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas [...]”<sup>29</sup>. A diferencia de lo desarrollado por la doctrina, el artículo no sugiere que esta medida se deba aplicar frente a personas jurídicas, más bien, habla genéricamente de ‘personas’, concepto que podría incluir a las naturales – a quienes no resulta posible desestimar de personalidad –.

La ambigüedad del concepto es el principal problema de la ‘inoponibilidad de la personalidad jurídica’. A pesar de que su objetivo es claro, lo que no resulta evidente, son los requisitos que deberían verificarse para ser aplicada, permitiendo a los juzgadores un alto nivel de discreción que resulta en incertidumbre y una falta de seguridad jurídica.

Como señala Stephen Bainbridge “[...] la incertidumbre sobre el contenido de una norma legal impone costos sustanciales”<sup>30</sup>. De hecho, un estudio realizado por Belenzon, Lee y Pataconi, determinó que los grupos económicos crecen más rápido, y por lo tanto invierten más en países que se encuentren menos dispuestos a utilizar la figura de la desestimación de la personalidad jurídica, o en general cualquier medida que no respete el principio de separación patrimonial<sup>31</sup>.

En Ecuador, por ejemplo, esta figura ha sido utilizada principalmente en cuestiones de índole contractual y extracontractual, con terceros involucrados en la actividad empresarial, que bien podrían haberse solucionado a través de las reglas que establece el Código Civil respecto de esta área<sup>32</sup>.

En el caso de *Diners Club v. Chupamar*<sup>33</sup>, por ejemplo, la Corte basó su análisis en artículos como el 97, 107 y 358 del Código de Procedimiento Civil que se refieren únicamente a solemnidades procesales como la citación y tipo de procedimiento, mientras

---

<sup>28</sup> Santiago Andrade U., “El Levantamiento del Velo en la Doctrina y Jurisprudencia Ecuatoriana,” 13-14.

<sup>29</sup> Artículo 17, LC.

<sup>30</sup> Stephen M. Bainbridge, “Abolishing Veil Piercing,” en *Journal of Corporation Law* 26, no. 3 (2001), 479-536, (traducción no oficial).

<sup>31</sup> Ver. Saron Belenzon, Honggi Lee, Andrea Pataconi, “Towards a Legal Theory of the Firm: The effects of enterprise liability on asset partitioning, decentralization and group growth,” en *National Beaureau of Economic Research Working Paper* 24720, (2018).

<sup>32</sup> Ver. Causa No. 67-2002, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, de 9 de abril de 2003; Causa No. 75-2013, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 06 de mayo de 2016.

<sup>33</sup> Sentencia No. 120-2001, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 21 de marzo de 2001, 5.

que relega el fundamento para la aplicación del levantamiento del velo societario al artículo 18 del Código Civil que establece; “[...] los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley [...]”<sup>34</sup>.

Su aplicación, basada en principios generales del derecho sugiere un alto nivel de discrecionalidad y resulta aún más relevante pues este criterio ha sido utilizado en procesos posteriores como el caso Flor María Méndez v. Fábrica de Municiones Santa Bárbara S.A. del año 2016 a pesar de que para entonces la Ley Compañías, ya recogía esta doctrina en su artículo 17.

Entonces, los costos que surgen de aplicar una medida tan gravosa en una economía como la ecuatoriana, en la que los niveles de inversión son bajos debido a la falta de certeza jurídica, podría agravar incluso más esta situación. El levantamiento del velo societario, aunque persigue un objetivo legítimo, no es deseable económicamente.

Por esta razón, resulta necesario que no se limite la discusión a un análisis de la compañía como un vínculo de relaciones contractuales, ya que al hacerlo, se restringe la posibilidad de establecer medidas alternativas que traten los problemas que surgen necesariamente de la forma de organización societaria. Al contrario, reconociendo la importancia que posee la legislación en el desarrollo de las empresas, es posible mantener un ordenamiento jurídico acorde y prudente que a la vez solucione los conflictos que puedan surgir.

## **5.2. Noción de la Compañía como Nexo Regulatorio.**

A lo largo de la historia del derecho societario se ha mantenido una visión económica de la compañía. Sin embargo, esta noción minimiza la relevancia de las relaciones no contractuales. De hecho, es la ley, la que confiere a la corporación de fuertes nociones de separación patrimonial, característica que resulta fundamental para su correcto funcionamiento dentro de los mercados<sup>35</sup>.

Ronald Coase, fue probablemente el primer autor que consideró el alcance que tiene la ley en el desarrollo de la actividad empresarial, dentro de su artículo ‘*The nature of the Firm*’ plantea que el “[...] sistema legal tiene un profundo efecto en el funcionamiento del sistema económico”<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Artículo 18, CC.

<sup>35</sup> Mariana Pargendler, “Veil Peeking, The Company as a Nexus For Regulation”, 720.

<sup>36</sup> Ronald Coase, “The Nature of the Firm” en *Economica* No.4, (1937), 386-405 (traducción no oficial).

Ahora bien, es necesario recalcar que los conceptos de la compañía como un vínculo de relaciones contractuales y como nexo regulatorio, son complementarios<sup>37</sup>. El desarrollo comercial de una empresa es posible gracias a que esta es reconocida por el ordenamiento jurídico, igualmente, es la ley la que determina el alcance de su capacidad para obligarse y ser sujeto de derechos.

La principal consecuencia de establecer la importancia que posee la legislación en el derecho societario, es el reconocimiento de la ‘separación regulatoria’, que es, en esencia, la disociación de las esferas legales de la compañía y sus fundadores. El ordenamiento jurídico ecuatoriano recoge dicho principio en el artículo 1957 del Código Civil que, en su parte pertinente, establece que la compañía o sociedad, “[...] forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”<sup>38</sup>.

Este reconocimiento, se complementa con la ‘separación patrimonial’ e involucra una transferencia de derechos y obligaciones de los socios hacia la entidad, concernientes principalmente a la propiedad de los bienes involucrados en el desarrollo de la actividad económica y la capacidad para obligarse<sup>39</sup>. Sin embargo, la separación regulatoria, al igual que la separación patrimonial, no es absoluta.

## 6. Veil Peeking.

El *Veil Peeking*<sup>40</sup>, “[...] mitiga la separación regulatoria permitiendo la imputación de los derechos y obligaciones propias de los socios, a la corporación”<sup>41</sup>. Este concepto doctrinario, traslada su aplicación a uno de los debates actuales del derecho societario, en razón de la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos dentro del caso *Citizens United v. Federal Election Commission*<sup>42</sup> en el que se reconoció el derecho de libertad de expresión para una persona jurídica.

La discusión no se limita al ámbito social de las compañías y tienen importantes implicaciones en su desarrollo como vehículo económico. Es por esto que los legisladores y cortes han decidido ‘mirar’ detrás del velo, rompiendo con el principio de separación regulatoria.

---

<sup>37</sup> Oliver Hart, "Thinking about the Firm: A Review of Daniel Spulber's The Theory of the Firm", en *Journal of Economic Literature*, No.49 (2011), 101-113.

<sup>38</sup> Artículo 1957, CC.

<sup>39</sup> Lon Fuller, "Legal Fictions", en *Illinois Law Review* No.4 (1967), 363.

<sup>40</sup> Término acuñado por Mariana Pargendler, su traducción al español podría plantearse como ‘mirar detrás del velo societario’.

<sup>41</sup> Mariana Pargendler, "Veil Peeking, The Company as a Nexus For Regulation", 720.

<sup>42</sup> *Citizens United v. Federal Election Commission*, Corte Suprema de Estados Unidos, 21 de enero 2010.

A pesar de que el *Veil Peeking* ha sido utilizado de manera recurrente, este “[...] ha sido indebidamente subsumido bajo la doctrina del levantamiento del velo societario,”<sup>43</sup> que supone consideraciones fundamentalmente distintas. A continuación se complementará el concepto planteado, a través de un análisis de ambas instituciones y sus principales diferencias.

### **6.1. Diferencia entre Veil Peeking y el Levantamiento del Velo Societario.**

Para comprender de una manera más profunda cómo actúan en la práctica las instituciones estudiadas, es necesario analizar brevemente su origen en los sistemas jurídicos anglosajones, ya que tanto en Estados Unidos como en Inglaterra, el *Veil Peeking* fue utilizado incluso mucho antes que el levantamiento del velo societario.

En este sentido, la Corte Suprema estadounidense, dentro del caso *Bank of the United States v. Deveaux*<sup>44</sup> en el año de 1809, resolvió analizar las características de los sujetos que se encontraban tras la persona jurídica – los accionistas – permitiendo a la compañía acceder a la llamada ‘jurisdicción federal’<sup>45</sup>.

Hasta ese momento, el artículo III sección 2 de la Constitución, había sido alegado y aplicado exclusivamente a personas naturales, sin embargo, en palabras del Juez Marshall “[...] esta mera entidad legal, ciertamente no es un ciudadano; y, en consecuencia no puede demandar ni ser demandada en las cortes de los Estados Unidos de América, salvo que los derechos de sus miembros puedan ser ejercidos a nombre de la corporación”<sup>46</sup>. Por lo tanto, la Corte consideró que más allá de ser una entidad separada por completo de sus accionistas, la compañía se convertía en un vehículo para el ejercicio de sus derechos.

Similar criterio tuvo la Cámara de los Lores en Inglaterra, en el año 1916 en *Daimler Co. v. Continental Tyre and Rubber Co*<sup>47</sup>. Este caso fue de gran relevancia

---

<sup>43</sup> Mariana Pargendler, “Veil Peeking, The Company as a Nexus For Regulation”, 720.

<sup>44</sup> Los hechos son, en esencia, los siguientes; *Bank of The United States* fue uno de los primeros bancos fundados y manejados por el gobierno estadounidense, éste tenía su sede en la ciudad de Georgia que posteriormente intentó imponer fuertes impuestos a la institución. Por esta razón, y en busca de escapar la perjudicial jurisdicción de este estado, el Banco presentó una demanda en la Corte Federal basado en el Artículo III, Sección 2 de la Constitución, que otorga a las Cortes Federales la autoridad para decidir disputas que conciernen ciudadanos de diferentes estados ya que todos sus accionistas eran de Pennsylvania. Ver. *Bank of the United States v. Deveaux*, Corte Suprema de Estados Unidos, 15 de marzo de 1809.

<sup>45</sup> El sistema judicial estadounidense se compone por Cortes Estatales, Cortes Federales y la Corte Suprema. Las primeras son análogas a los juzgados de primera instancia en Ecuador, es decir, son las competentes para conocer todos los asuntos excepto aquellos que poseen ‘*federal question jurisdiction*’, que en el sistema ecuatoriano se asimila al ‘fuero’ de Corte.

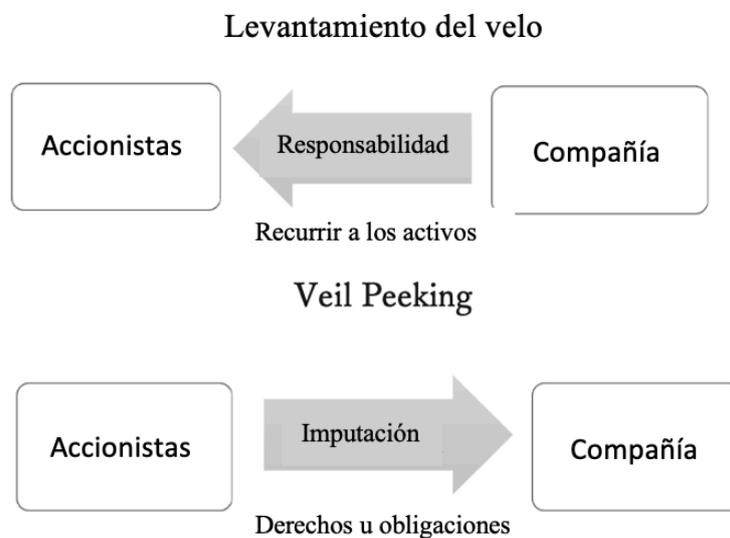
<sup>46</sup> *Bank of the United States v. Deveaux*, párr. 86 (traducción no oficial).

<sup>47</sup> *Daimler Co. v. Continental Tyre and Rubber Co.*, Cámara de los Lores, 1916.

durante la Primera Guerra Mundial, ya que su decisión se basó en el análisis de si una compañía domiciliada en Inglaterra, cuyos directivos y virtualmente todos sus accionistas eran alemanes, residentes en Alemania, calificaba como ‘enemigo’ bajo los estándares de las prohibiciones planteadas a ciertos Estados<sup>48</sup>. Y de esta manera, la Cámara estimó que era compatible con los principios del derecho “[...] mirar, al menos para ciertos propósitos, detrás de la compañía y tomar en consideración la calidad de sus miembros”<sup>49</sup>.

Dentro de estos dos casos, se estudiaron las características personales de los accionistas para atribuir derechos – o en el segundo caso imponer obligaciones – a compañías que en principio no eran sujetos. El gráfico a continuación simplificará dos de las principales divergencias que posee la doctrina con el levantamiento del velo.

**Figura 2. Veil Piercing v. Veil Peeking.**



Fuente: Mariana Pargendler<sup>50</sup>.

Del gráfico resulta claro que el levantamiento del velo societario supera la separación patrimonial para permitir a los acreedores de una compañía satisfacer sus créditos a través de los bienes personales de los accionistas. Por otro lado, la doctrina del *Veil Peeking* atribuye ciertos derechos u obligaciones propios de los acreedores, a la compañía.

Ahora, estas figuras no solo actúan en una dirección, es decir, en ciertos casos, los acreedores personales de los accionistas acuden a los bienes de la compañía para

<sup>48</sup> Mariana Pargendler, “Veil Peeking, The Company as a Nexus For Regulation”, 731-733.

<sup>49</sup> Daimler Co. v. Continental Tyre and Rubber Co. (traducción no oficial).

<sup>50</sup> Mariana Pargendler, “Veil Peeking, The Company as a Nexus For Regulation”, 739.

satisfacer sus créditos – *reverse veil piercing* – y, también es posible la imputación de ciertos derechos propios de la compañía como persona jurídica a sus accionistas – *reverse veil peeking* –<sup>51</sup>.

Por otro lado, resulta importante destacar el hecho de que el levantamiento del velo societario siempre se aplicará en perjuicio de los accionistas, ya sea haciéndolos personalmente responsables de obligaciones contraídas por la compañía o acudiendo a los activos de su empresa para cubrir las acreencias de cada uno.

El *Veil Peeking*, en cambio, puede ser aplicado en favor o en contra de los socios dependiendo de las circunstancias; por ejemplo, los accionistas se pueden ver beneficiados “[...] por la atribución a la compañía de libertad de expresión, religión o el derecho al debido proceso”, sin embargo, también “[...] puede perjudicar los intereses de los socios a través del control del uso de la forma societaria para evadir mandatos legales o un régimen regulatorio desfavorable”<sup>52</sup>. Es por esta razón, que es relevante plantear un análisis acerca de la aplicación del *Veil Peeking*, en un sistema continental como el ecuatoriano.

## **6.2. Criterios generales para la aplicación del Veil Peeking.**

Debido a la falta de estudio del *Veil Peeking*, esta doctrina ha sido subsumida indebidamente dentro de los criterios para la aplicación del levantamiento del velo, cuando ambas instituciones difieren en sus aspectos más fundamentales; por lo que no resultan claras las consideraciones que deben tener en cuenta, los administradores de justicia y legisladores al momento de considerar que la separación regulatoria no debería ser absoluta.

Así por ejemplo, el artículo 17 de la Ley de Compañías estableció al ‘abuso’<sup>53</sup>, como criterio a tomar en cuenta para desestimar de la personalidad jurídica de una compañía. De manera complementaria, la doctrina ha considerado factores como, la subcapitalización, la confusión de activos e incluso la utilización de la forma societaria como *alter ego* de los socios<sup>54</sup>. Estos elementos son de suma importancia en el análisis de un caso que amerite levantar el velo societario, pero no resultan relevantes para desestimar la separación regulatoria.

---

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Ibid.* 740 (traducción no oficial).

<sup>53</sup> Ver, Santiago Andrade U., “El Levantamiento del Velo en la Doctrina y Jurisprudencia Ecuatoriana”, 16-17 (sobre el abuso del derecho por parte de las personas jurídicas).

<sup>54</sup> Jonathan Macey & Joshua Mitts, “Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil”, en *100 Cornell Law Review*, (2014), 99 – 102.

Entonces, ¿Qué factores se deberían tomar en cuenta para aplicar el *Veil Peeking*? En principio, la jurisprudencia ha considerado que el elemento ‘dominancia’ o ‘control’ es imprescindible más allá de las formas societarias que se adopten. Así, por ejemplo, en el caso *Daimler. v. Continental Tyre* – estudiado previamente – se prescindió de la separación regulatoria para analizar las características personales de los socios que ‘controlan’ la compañía e imponer una regulación en particular.

Sin embargo, en distintas áreas del derecho el concepto de ‘control’ difiere, por lo que, previo a su aplicación, resulta trascendental que se examine axiológica y contextualmente el cuerpo normativo en el que se encuentra. De ello se desprende el segundo factor a tomar en cuenta para aplicar la doctrina.

Debido a que no se trata de una institución con un solo objetivo, los administradores de justicia y legisladores “[...] deben considerar el propósito de la ley en cuestión y determinar hasta qué punto mantener la partición regulatoria podría comprometer la efectividad de la misma”<sup>55</sup>.

En el caso *Bank of the United States v. Deveaux*, por ejemplo, la Corte, considerando el fin procesal del artículo III de la Constitución, decidió permitir el acceso de la compañía a una instancia judicial en la que sus derechos se vean mejor protegidos. El objetivo de la norma en este sentido, es efectivizar los derechos de los ciudadanos, y el negarle acceso a una justicia en su beneficio atenuaría su consecución.

En base a lo expuesto, costo o beneficio del *Veil Peeking*, debe analizarse teniendo en cuenta los objetivos de un determinado cuerpo legal, así como el área del derecho que se trate. A continuación, se estudiarán varios ejemplos de cómo esta doctrina ha sido implementada y sus consecuencias jurídicas.

## **7. Aplicación práctica de la doctrina en Ecuador.**

### **7.1. Nacionalidad.**

La Constitución en su artículo 339<sup>56</sup> habla de la importancia de las inversiones nacionales y extranjeras para el desarrollo de la política económica, pero establece una preferencia a aquellas que provengan de fuentes nacionales. En este sentido, el Código Orgánico de Producción y Comercio en su artículo 13 define como inversionista nacional

---

<sup>55</sup> Mariana Pargendler, “Veil Peeking, The Company as a Nexus For Regulation”, 757 (traducción no oficial).

<sup>56</sup> Artículo 339, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

a toda “[...] persona natural o jurídica ecuatoriana, propietaria o que ejerce control de una inversión realizada en territorio ecuatoriano”<sup>57</sup>.

Además, establece que se considerará como inversión nacional aquella realizada por compañías nacionales o extranjeras cuyas participaciones o acciones les pertenezcan en su totalidad o en su mayoría a personas ecuatorianas. Así, las inversiones nacionales poseen ciertos privilegios por sobre las extranjeras, como por ejemplo, poseen un orden privilegiado en caso de solicitar permisos para operar en las Zonas Especiales de Desarrollo Económico<sup>58</sup>.

La política económica se encuentra apuntando a la apertura del país hacia la inversión extranjera como modelo económico sostenible a largo plazo. Así, Ecuador ratificó el convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones o CIADI. Con esto, se abre la posibilidad para que los socios de compañías extranjeras que ostenten algún tipo de inversión, presenten demandas en su propio nombre por las pérdidas ocasionadas a la compañía, a causa de la inobservancia del Estado ecuatoriano de los tratados internacionales.

Este caso se trata de una aplicación inversa de la doctrina del *Veil Peeking*, es decir, se atribuyen derechos a los socios que son propios de la compañía a manera de protección pues es de conocimiento común que las políticas económicas respecto de la inversión extranjera pueden variar constantemente<sup>59</sup>. De hecho, los beneficios derivados de los Convenios Internacionales dan lugar al *nationality shopping*, que se trata de una estrategia en la que los inversionistas, que no se encontrarían protegidos por un tratado, utilizan un vehículo societario creado en una jurisdicción a través de la que se pueda beneficiar de protecciones adicionales<sup>60</sup>.

## **7.2. Contratación Pública.**

Otra de las materias en las que se ha optado por analizar la nacionalidad de los socios de una empresa es la Contratación Pública. En el año 2009, el entonces Presidente de la República, Rafael Correa, mediante el decreto No. 1793 estableció que las

---

<sup>57</sup> Artículo 13, COPCI.

<sup>58</sup> Las Zonas de Desarrollo Especial son espacios geográficos delimitados que se crean mediante Resolución del Consejo Sectorial de la Producción, con el objetivo de atraer nuevas inversiones otorgándoles incentivos que se prevén en la misma Ley.

<sup>59</sup> De hecho, en el año 2008, con la nueva Constitución, se incluyó el artículo 422 en el que se prohíbe celebrar Tratados Internacionales en los que se ceda la soberanía del Estado a instancias de arbitraje, por lo que en los siguientes tres años, el Ecuador denunció tratados como el Convenio CIADI y los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos con varios países. Es por esta razón que, recién a partir del año 2017 se iniciaron conversaciones para incentivar nuevamente inversiones extranjeras y suscribir TBI.

<sup>60</sup> Mariana Pargendler, “Veil Peeking, The Company as a Nexus For Regulation”, 764.

compañías cuyos accionistas – personas naturales – tengan su domicilio en paraísos fiscales, se encuentran automáticamente descalificadas para los procesos de contratación pública<sup>61</sup>.

Durante el año 2008, la inversión extranjera alcanzó un máximo de 427 millones de dólares, mientras que para el cuarto trimestre del año 2009, posterior al decreto mencionado, la inversión extranjera cayó en 602 millones de dólares, reportando cifras negativas<sup>62</sup>.

De hecho, no fue sino hasta el año 2015 que, a través del decreto No.774 “en aras de incentivar el arribo de inversiones extranjeras al país”<sup>63</sup>, se derogó el decreto 1793 permitiendo que las compañías cuyos accionistas estén domiciliados en paraísos fiscales, participen del sistema de contratación pública. Entonces, el *Veil Peeking*, en ocasiones también puede llegar a ser perjudicial.

En el contexto mencionado, más allá de la posible ilegalidad que suponía el decreto debido al principio de Reserva de Ley establecido en el artículo 132 numeral segundo de la Constitución<sup>64</sup>; la figura fue utilizada de manera arbitraria convirtiéndola en una herramienta política que supuso grandes costos para la economía del país debido a la inseguridad jurídica que provocó.

Actualmente, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública requiere una divulgación completa de información de los socios de la compañía que va a contratar con el Estado. El objetivo es otorgar preferencia a las ofertas de origen nacional por sobre las extranjeras. De hecho, la única manera en la que el Estado puede contratar con compañías consideradas de origen extranjero es si no existe oferta nacional<sup>65</sup>.

De igual manera, y a pesar de que la mayor parte de Tratados Bilaterales de Inversión y acuerdos internacionales, requieren a los países que no se proponga una diferenciación entre extranjeros y nacionales; la Corte Constitucional en su dictamen de constitucionalidad planteado en razón del Tratado de Libre Comercio entre Ecuador y la

---

<sup>61</sup> Decreto Ejecutivo 1793, Presidencia de la República, Registro Oficial Suplemento 621 de 26 de junio de 2009.

<sup>62</sup> Banco Central del Ecuador, “Estadísticas Macroeconómicas: Presentación Coyuntural”, abril 2012, <https://contenido.bce.fin.ec/documentos/Estadisticas/SectorReal/Previsiones/IndCoyuntura/EstMacro042012.pdf> (consultado el 10 de noviembre de 2021)

<sup>63</sup> Decreto Ejecutivo 774, Presidencia de la República, Registro Oficial Suplemento 596 de 28 de septiembre de 2015.

<sup>64</sup> Artículo 132 numeral 2, Constitución de la República del Ecuador.

<sup>65</sup> Artículos 25.1 y 25.2, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [LOSNC], Registro Oficial Suplemento 395, 4 de agosto de 2008; artículo 73, Codifica Resoluciones del Consejo Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Especial 245 de 29 de enero de 2018.

Unión Europea, ratificó la prioridad que se otorga a las compañías o personas nacionales por sobre las extranjeras<sup>66</sup>.

### 7.3. Derecho de Competencia.

Por otro lado, en el Derecho de Competencia el *Veil Peeking* toma especial relevancia debido a que los análisis dentro de éste ámbito “tienden a ser económicos más que formalistas, por lo que se valora el control corporativo y la identidad de los socios”<sup>67</sup> y de esta manera, se desestima la separación regulatoria. La Corte Suprema de Justicia estadounidense, por ejemplo, en el caso *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, consideró que una compañía y su subsidiaria no pueden conspirar – como actores económicos distintos – para privar al mercado de ser un centro de toma de decisiones independientes bajo la sección primera del *Sherman Act*. En definitiva, se tomó en cuenta el control que efectivamente existía de la matriz sobre su subsidiaria y, a pesar de que se traten de entidades legalmente distintas, se las consideró como un mismo agente económico.

Dentro del derecho ecuatoriano, las operaciones de concentración<sup>68</sup> son analizadas de una manera similar. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en su artículo 17 establece que para determinar si una operación de concentración económica presenta riesgos para la competencia, se requiere calcular el volumen de negocios resultante; y para esto, se toman en cuenta, i) el volumen de negocios de la compañía en cuestión, y ii) el volumen de negocio de los operadores económicos sobre los que la compañía en cuestión, ostente control<sup>69</sup>.

Entonces, la Ley no se limita a observar a las dos sociedades involucradas en la operación, sino que extiende su análisis a todas aquellas compañías en las que la adquirente posee acciones o influencia determinante. En teoría, las acciones que mantenga una persona jurídica en otra no debería resultar relevante para motivos de un análisis jurídico. No obstante, el *Veil Peeking*, en este escenario, busca “nivelar el campo de juego para compañías que utilicen diferentes estructuras empresariales”<sup>70</sup>, prevaleciendo el principio de ‘realidad competitiva’.

---

<sup>66</sup> Sentencia No.2-19-TI/19, Corte Constitucional, 30 de abril de 2019, párr. 98 – 100.

<sup>67</sup> Mariana Pargendler, “Veil Peeking, The Company as a Nexus For Regulation”, 760.

<sup>68</sup> En caso de que una compañía decida fusionarse con otra, adquirir paquetes accionarios, establecer un sistema de administración común o cualquier acuerdo que le permita adquirir poder de decisión sobre otro operador económico.

<sup>69</sup> Artículo 17, Ley Orgánica de Control y Poder del Mercado, Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

<sup>70</sup> Mariana Pargendler, “Veil Peeking, The Company as a Nexus For Regulation”, 761.

La institución es aplicada para asegurar la consecución de los fines previstos en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que es muy específica al determinar que su objetivo es la búsqueda de “[...] la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”<sup>71</sup>.

Sin embargo, al establecer este tipo de análisis, la Ley de Competencia podría limitar los beneficios que las compañías obtienen de la separación jurídica al crear subsidiarias, como facilitar la administración, lograr eficiencias y acogerse a sistemas tributarios simplificados, todos objetivos legítimos que de hecho contribuyen a mejorar la competencia en determinados mercados.

## **8. Derecho Societario.**

### **8.1. Transacciones con partes Vinculadas**

Una de las principales aplicaciones de la doctrina del *Veil Peeking* es la solución de controversias societarias<sup>72</sup>. Las sociedades mercantiles, gracias a la separación regulatoria y patrimonial, se convierten en centros en los que convergen intereses de distintas índoles, que en muchas ocasiones llegan a contraponerse. Estos conflictos, son conocidos como problemas de agencia<sup>73</sup>.

La agencia, dentro del derecho societario, es definida como toda relación en virtud de la cual una persona, denominada agente, tiene la capacidad de influir y ejercer control sobre la propiedad de otra, llamada principal<sup>74</sup>. En el contexto de una compañía, debido a la capacidad que poseen para obligar y controlar la propiedad de terceros, los administradores se convierten en agentes de los socios, quienes les confieren, entre otros, la gestión de su inversión. Y, siguiendo la misma definición, los socios que ostentan una mayoría accionarial, se convierten en agentes de aquellos que no la tienen.

Es importante establecer que el conflicto entre los socios mayoritarios o de control y los minoritarios cobra relevancia en un mercado de capital concentrado, como el caso de Ecuador. De hecho, en el país, el 90,5 % de las empresas tienen una estructura de tipo

---

<sup>71</sup> Artículo 1, LORCPM.

<sup>72</sup> John Armour, Henry Hansmann, Reinier Kraakman, “Agency Problems and Legal Strategies”, en *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, (New York: Oxford University Press, 2004), 21 – 23.

<sup>73</sup> John Armour, Henry Hansmann and Reinier Kraakman, ‘Agency Problems and Legal Strategies’, 57.

<sup>74</sup> Paul Noboa Velasco, “Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano”, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas Series 5/2020*, (2020), 6.

familiar<sup>75</sup>, que se caracteriza justamente por una concentración de participaciones en un grupo reducido de personas.

Entonces, el socio o grupo de socios que ostentan el control debido al porcentaje de participaciones que poseen en la compañía, gozan de la capacidad para ejercer un control directo sobre la administración de la compañía. Aprovechándose de esta potestad, pueden extraer valor de la compañía buscando obtener un beneficio de manera injustificada, en desmedro de los socios minoritarios a través de operaciones con partes relacionadas<sup>76</sup>.

Esta práctica es conocida como *tunneling*, y “surge cuando existe una transferencia sustancial de los recursos sociales hacia los administradores o asociados de control, para su propio beneficio”<sup>77</sup>, convirtiendo al riesgo de expropiación de los recursos sociales en uno de los principales problemas de agencia que presenta la forma societaria.

En particular, existen dos escenarios a través de los cuales los socios controladores pueden extraer valor. En primer lugar el denominado *cash flow tunneling*, entendido como la desviación de los activos corrientes de una compañía, por ejemplo, a través de préstamos no realizados bajo los estándares de mercado. Y, por otro lado, el *asset tunneling* que es esencialmente, “[...] una transferencia del haber social en condiciones inferiores de mercado, es decir, mediante una subvaloración del bien enajenado en beneficio de una parte relacionada o, la adquisición de bienes de los asociados mediante una sobrevaloración de éstos”<sup>78</sup>.

En este punto es necesario acotar que una operación con partes relacionadas no es, necesariamente, perjudicial para la compañía ya que, cuando se lleva a cabo en condiciones de mercado, evita que se incurra en costos de transacción, negociación y eventuales gastos judiciales; por lo que, prohibir completamente este tipo de transacciones, resultaría en una gran ineficiencia del sistema corporativo<sup>79</sup>. Sin embargo,

---

<sup>75</sup> Segundo Camino, Natalia Bermúdez, “Las empresas familiares en Ecuador: Definición y aplicación metodológica”, *X-Pendientes Económicos* Vol.2, (2018), 46 – 72.

<sup>76</sup> El artículo 6.5 del Capítulo 6 de las Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo, detalla todas aquellas operaciones que se entienden realizadas con partes vinculadas.

<sup>77</sup> Paul Noboa Velasco, “Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano”, 44.

<sup>78</sup> Paul Noboa Velasco, “Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano”, 30.

<sup>79</sup> Luca Enriques, “Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (With a Critique of the European Commission Proposal)”, *European Corporate Governance Institute*, Working Paper No. 267/2014, (2014).

cuando estas son utilizadas en perjuicio de los socios minoritarios, se convierten en extremadamente peligrosas.

### **8.1.1 Remedios previstos por el Ordenamiento Jurídico.**

El artículo 6.4 de las Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo, Resolución emitida por la Superintendencia de Compañías, establece que existe conflicto de intereses cuando;

[...] un administrador o accionista está en posición de tomar acciones o decisiones que lo beneficien directamente o, en su defecto, que reporten ventajas a terceros relacionados y que tales acciones o decisiones se contrapongan con los intereses de la compañía<sup>80</sup>.

Para estas ocasiones, se instaura una obligación de informar el conflicto a la junta o directorio, incluso determina que cuando exista un problema “con respecto a un tema específico, la persona involucrada debe apartarse y abandonar, inclusive físicamente, las discusiones y deliberaciones [...]”<sup>81</sup>.

De manera complementaria, el mismo cuerpo normativo dentro del artículo 6.5 presenta una presunción acerca de las operaciones que deben entenderse hechas con o para partes relacionadas<sup>82</sup>. En todos estos casos y los demás previstos en el artículo 261 de Ley de Compañías<sup>83</sup>, la aprobación de la transacción debe tener lugar a través del voto favorable de la totalidad del capital social, a la vez impidiendo que los socios o administradores que tengan un interés directo en la operación participen de la votación.

Los expuestos, son remedios *ex ante* que buscan proteger la inversión de los accionistas minoritarios, sin embargo, en ocasiones resultan insuficientes. Por ejemplo, ¿Qué sucede si la transacción se lleva a cabo en el nivel subsidiario de un grupo corporativo? Para simplificar la cuestión;

---

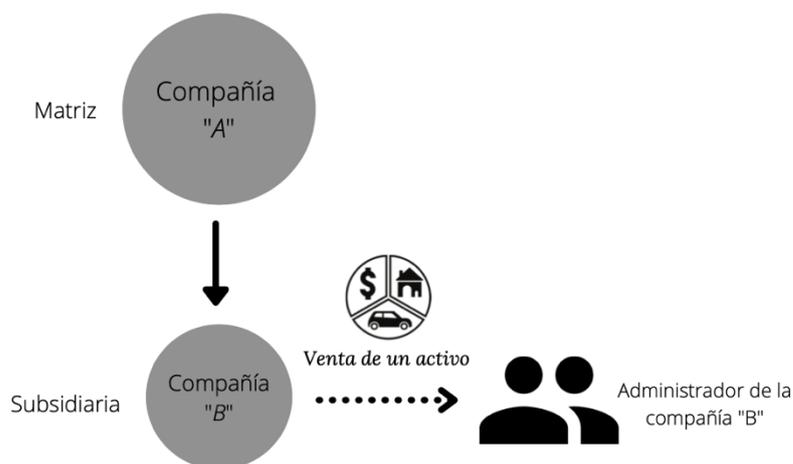
<sup>80</sup> Artículo 6.4, Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Registro Oficial 1076 de 25 de septiembre de 2020.

<sup>81</sup> Artículo 6.4, Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo.

<sup>82</sup> Artículo 6.5, Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo.

<sup>83</sup> Artículo 261, LC.

**Figura 3. Operación con una parte relacionada a nivel subsidiario.**



Fuente: Elaboración propia.

### 8.1.2 Aplicación del Veil peeking.

En Ecuador, la compañía subsidiaria está definida como “[...] aquella [sociedad] que posee personalidad jurídica propia y en la cual otra sociedad, que será su matriz, tenga una participación directa o indirecta, superior al cincuenta por ciento de su capital social”<sup>84</sup>. En virtud de lo mencionado, las compañías subsidiarias son vehículos distintos de su matriz, por lo que en teoría, los socios de esta última no deberían tener la capacidad para decidir, directamente, cuestiones concernientes a la subsidiaria.

Para este escenario, y en vista de los posibles abusos que podrían darse en el nivel subsidiario, la *Delaware Chancery Court* dentro del caso *Hollinger Inc. V. Hollinger International Inc.*, estableció que cuando se trata de una transacción con partes relacionadas llevada a cabo por una subsidiaria cuyo accionista mayoritario sea la matriz, resulta necesario que los socios de esta última sean los que aprueben por votación dicha operación<sup>85</sup>.

Y la corte fue más allá, al determinar que, aunque la razón principal para crear una subsidiaria es justamente limitar la responsabilidad respecto de terceras personas, y para estos propósitos, la ley las reconoce como entidades distintas; esto no quiere decir que en todos los contextos la separación deba mantenerse<sup>86</sup>.

En este caso, el *Veil Peeking* es un remedio, que resulta extremadamente útil en el contexto ecuatoriano, en arreglo con las normas antes descritas. Además, debido a las

<sup>84</sup> Artículo 192.1, LC.

<sup>85</sup> *Hollinger Inc. v. Hollinger International Inc.*, Delaware Chancery Court, 19 de enero de 2015.

<sup>86</sup> *Ibid.*

características del sistema, una medida de prevención *ex ante*, evitaría a los litigantes incurrir en costosos gastos judiciales y tiempo.

Sin embargo, y en razón de que Ecuador adopta un sistema jurídico Continental, resultaría peligroso otorgar a los jueces de lo Civil – que son los encargados de dirimir conflictos societarios – la potestad para establecer jurisprudencialmente, los presupuestos que se deben configurar en orden para desestimar la separación regulatoria debido a que no se trata de una instancia especializada, como en el caso de *Delaware*.

Por lo tanto, dicha institución debe encontrarse expresamente instituida en el ordenamiento jurídico dentro del artículo 261 de la Ley de Compañías en el que se establecen los mecanismos de aprobación por voto mencionados previamente. Ahora, para evitar que esta se convierta en una norma que obstaculice el desarrollo de la actividad comercial, “bien podría ser aplicada solamente sobre ciertas transacciones, [...] que afecten negativamente a los índices financieros de la misma”<sup>87</sup>.

Por otro lado, a manera de control judicial *ex post*, la legislación estadounidense contempla un mecanismo conocido como *double derivative suit*, que aplica el *Veil Peeking* de una manera similar. Este es utilizado cuando la transacción ilegal ya fue llevada a cabo y legitima a los socios de la compañía matriz para demandar a nombre de la subsidiaria la resolución del contrato o a su vez, la restitución de los bienes en cuestión.

Este mecanismo otorga una vía expedita para que los socios perjudicados puedan efectivizar sus derechos. No obstante, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no contempla acciones específicas para impugnar este tipo de transacciones. Por lo tanto, la vía judicial para oponerse a una operación ya aprobada, es la nulidad, de conformidad con las reglas contempladas en el artículo 1699 del Código Civil<sup>88</sup>.

Esta acción se tramita por procedimiento ordinario que, conforme a las reglas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos, requiere de un tiempo extremadamente largo para concluirse y definitivamente no responde a las necesidades de la actividad empresarial.

A través del *Veil Peeking*, los legisladores ecuatorianos pueden establecer estándares para este tipo de operaciones como el reconocido por la Corte del Estado de Delaware o acciones judiciales específicas a través de las cuales, los socios minoritarios

---

<sup>87</sup> Paul Noboa Velasco, “Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano”, 31.

<sup>88</sup> Artículo 1669, CC.

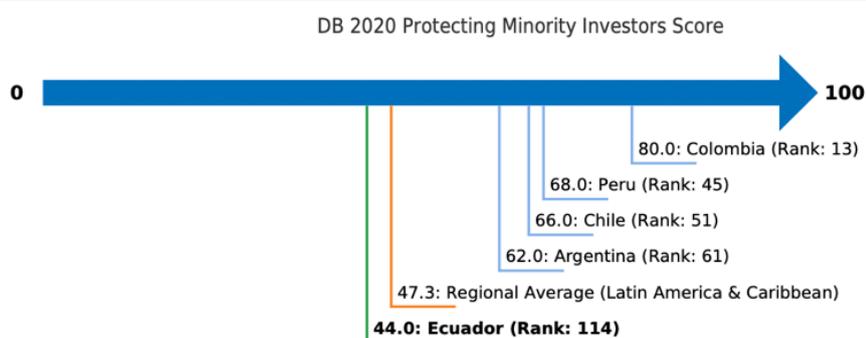
puedan efectivizar sus derechos de una manera eficiente. Pero, ¿Por qué es importante establecer mecanismos de defensa a para los accionistas minoritarios?

El reconocimiento de una adecuada y eficaz protección a socios minoritarios es una de las mejores maneras para atraer inversión y dinamizar la economía del país. La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en su Estudio Sectorial reconoce la relevancia que posee la Inversión Extranjera Directa o ‘IED’ para aumentar la rentabilidad de las compañías a través de un mejor manejo de activos<sup>89</sup>.

Lamentablemente, en el análisis realizado por el índice global *Doing Business*, Ecuador se encuentra en el puesto 114 de 190 países en el ámbito concerniente a la protección de accionistas minoritarios, incluso por debajo de la media regional para América Latina y el Caribe. Por lo que, el *Veil Peeking* podría ayudar a otorgar protecciones adicionales a las contempladas en el ordenamiento jurídico y mejorar la situación del país. El gráfico a continuación es una muestra de la importancia que posee una correcta regulación y su influencia en el desarrollo económico del país.

**Figura 4. Índice comparativo de la protección a los accionistas minoritarios.**

**Figure - Protecting Minority Investors in Ecuador and comparator economies - Ranking and Score**



Fuente. Doing Business (2020), World Bank Group<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> Ver. Mary Armijos, Segundo Camino, Patricio Avilés, Katherine Parrales, Luis Herrera, “Estudio Sectorial: La Inversión Extranjera Directa y la rentabilidad de las compañías en el Ecuador 2013-2018”, en *Superintendencia De Compañías, Valores Y Seguros, Dirección Nacional De Investigación Y Estudios* (2020).

<sup>90</sup> World Bank Group, “Economy profile Ecuador: Doing Business 2020 – Comparing Business Regulation in 190 Economies”, 2020, 37, <https://espanol.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/e/ecuador/ECU.pdf> (consultado el 18 de septiembre de 2021).

## 9. Conclusión.

A lo largo del trabajo, se esclareció una de las principales características de la forma corporativa, la separación regulatoria. Esta, es trascendental para el desarrollo de la actividad empresarial permitiendo que la compañía sea considerada, por regla general, como una entidad distinta de sus socios. Sin embargo, no es absoluta en todos los ámbitos del derecho.

Cuando se rompe la separación regulatoria, resulta posible atribuir, ciertas obligaciones que serían útiles a la hora de establecer límites y solucionar problemas que emanan de la responsabilidad limitada. Independientemente del área del derecho que se trate, una correcta implementación del *Veil Peeking* en el derecho societario, requiere de una norma expresa en la que se determinen los alcances, así como las circunstancias en las que resulta conveniente prescindir de la separación regulatoria.

Así, se reduce la discrecionalidad de los administradores de justicia, y se obliga a los legisladores a plantear un análisis costo beneficio, previo a expedir una norma en la que se contemple la doctrina. Además, debido al carácter positivista del sistema jurídico ecuatoriano, el aplicar la figura sin que medie norma específica, resultaría en una desnaturalización de la misma, convirtiéndola en una medida exorbitante y arbitraria.

Así, a pesar de que en Ecuador, existen reglas en las que se aplica el *Veil Peeking*, no se ha logrado establecer una armonía entre las políticas que rigen los aspectos formales de las sociedades, y las que regulan su tratamiento en las diversas áreas dentro de las que se desarrolla su actividad. Por lo tanto, su aplicación resulta inconsistente y esto se ve reflejado en sus consecuencias, tanto económicas como jurídicas.

En definitiva, la aplicación de la doctrina debe ir de la mano con un sistema judicial prudente y eficaz que permita volver efectivos los derechos reconocidos, reduciendo los costos regulatorios para el Estado y generando un aumento en la percepción de seguridad jurídica para la atracción de inversiones.