

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

Discrecionalidad e inseguridad jurídica como consecuencias de la ambigüedad de la doctrina del levantamiento del velo societario en el Ecuador. Consecuencias Económicas del Levantamiento del Velo Societario.

Camila Alejandra Arias Trujillo

Directora: Bárbara Terán Ab.

Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado.

Quito, 11 de diciembre de 2019

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“Discrecionalidad e inseguridad jurídica como consecuencias de la ambigüedad de la doctrina del levantamiento del velo societario en el Ecuador. Consecuencias Económicas del Levantamiento del Velo Societario.”

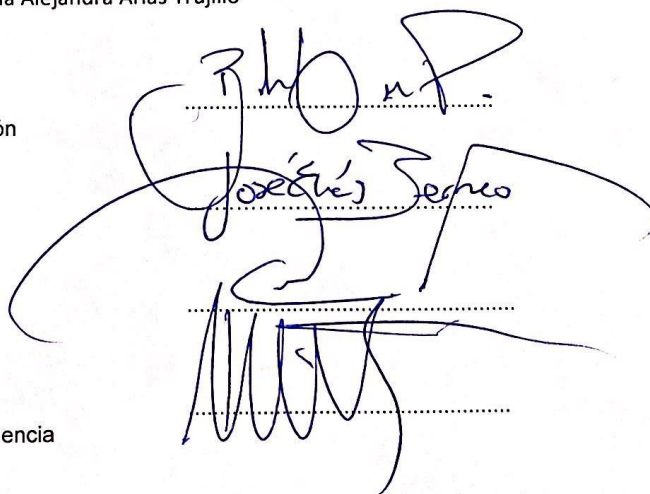
Camila Alejandra Arias Trujillo

Bárbara Terán
Directora del Trabajo de Titulación

José Bermeo
Lector del Trabajo de Titulación

Oswaldo Santos
Lector del Trabajo de Titulación

Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, diciembre del 2019

Informe

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACION DE DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN
TÍTULO DEL TRABAJO **Discrecionalidad e inseguridad jurídica como
consecuencias de la ambigüedad de la doctrina del levantamiento del
velo societario en el Ecuador.**

Consecuencias Económicas del Levantamiento del Velo Societario.

ESTUDIANTE **Camila Alejandra Arias Trujillo**

EVALUACIÓN

a) Importancia del problema presentado.

El problema planteado es importante primero porque la alumna plantea la amenaza de la responsabilidad limitada en las personas jurídicas a través del uso del levantamiento del velo societario, así como las consecuencias económicas de preferir la aplicación de esta práctica procesal versus respetar la separación entre socio-persona jurídica.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada por la estudiante es que el levantamiento del velo societario atenta contra la seguridad jurídica y contra la inversión. Esta hipótesis es absolutamente trascendente porque permite debatir sobre la priorización de principios a veces opuestos que convienen en los ordenamientos jurídicos; en el presente caso la seguridad jurídica versus la buena fe. También permite evaluar desde un punto de vista económico las consecuencias de aplicar el velo societario a las compañías.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

La alumna ha revisado doctrina, jurisprudencia, absoluciones de consultas de las entidades públicas, así como derecho comparado. Considero suficientes las fuentes y los documentos empleados.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

El desarrollo argumental del presente trabajo abarca cuatro capítulos más conclusiones. Lo primero que hace es explicar la naturaleza y origen de la doctrina

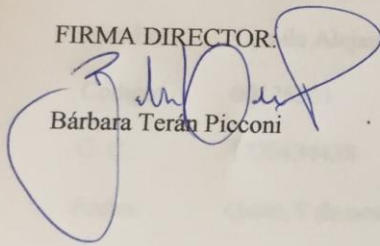
que permite levantar el velo societario, los presupuestos necesarios para su aplicación, así como plantear el problema de aplicarla. En el segundo capítulo, explica cómo opera el levantamiento del velo societario en la legislación ecuatoriana, así como presenta

una alternativa: la responsabilidad civil. En el tercer capítulo hace un análisis jurisprudencial de los casos que han resuelto en Ecuador el levantamiento del velo societario. En su capítulo cuarto hace el análisis económico de la aplicación de esta medida. Por último, concluye que uno de los pilares del comercio es el principio de la responsabilidad limitada, y que si su levantamiento reposa sobre reglas discrecionales o poco consistentes, se arriesga el sistema en su conjunto.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.

Camila ha sido una alumna brillante al momento de escribir su tesis. Ha estado siempre preocupada de la consistencia de sus fuentes, de plantear el problema y buscar argumentos y textos que lo respalden o lo discutan. Ha llevado a cabo las correcciones que le ha sugerido la Directora, así como ha restringido el tema pues al inicio tenía más caminos para seguir y supo a tiempo escoger los que le servían para cohesionar su trabajo.

FIRMA DIRECTOR:



Bárbara Terán Picconi

© 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.

Firma: _____

Nombre: Camila Alejandra Arias Trujillo

Código: 00126501

C. C.: 1720434438

Fecha: Quito, 11 de diciembre de 2019

Agradecimientos

*A &Trujillo Cia. Ltda y Arias Grupo Impresor S.A.
gracias a las cuales estoy aquí el día de hoy.*

Resumen

El presente trabajo analiza la doctrina nacional e internacional que ha estudiado el levantamiento del velo societario y la evidente problemática que lo rodea. El análisis, posteriormente, se enfoca en la realidad ecuatoriana para llegar a las distintas conclusiones. En segundo lugar, se realiza un análisis exhaustivo sobre la normativa en el ordenamiento jurídico nacional con el objeto de determinar su claridad y completitud. Como tercer punto, se procede con un examen jurisprudencial para determinar cómo resuelven las distintas autoridades nacionales casos que envuelven el desprecio de la personalidad jurídica para analizar la ineludible necesidad de la vinculación de temas de derecho corporativo con temas económicos como requisito de eficacia de la práctica jurídica.

Palabras clave: Levantamiento del velo societario; responsabilidad limitada; riesgo; inversión; diversificación; análisis económico; Ecuador.

Abstract

This paper analyzes national and international doctrine on piercing the corporate veil and the problematic that surrounds it. The analysis focuses on the Ecuadorian reality so secondly, an exhaustive analysis of the regulations in the national legal system is carried out in order to determine its clarity and completeness. As a third point, a jurisprudential examination will be issued to determine how the different national authorities have resolved cases that involve the disregard of legal personality doctrine in order to analyze the inescapable need to link corporate law issues with economic analysis of law as a requirement of effectiveness in the legal practice.

Key words: Piercing the corporate veil; limited liability; risk; investment; diversification; economic analysis; Ecuador.

ÍNDICE

INFORME	III
AGRADECIMIENTOS	VI
RESUMEN	VII
ABSTRACT	VIII
INTRODUCCIÓN	1
I. LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO	3
1.1. NATURALEZA Y ORIGEN DE LA DOCTRINA	3
1.2. PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN	8
1.3. PROBLEMÁTICA	14
II. ANÁLISIS NORMATIVO ECUADOR	17
2.1. LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LA NORMATIVA ECUATORIANA	17
2.2. TEORÍA DE RESPONSABILIDAD CIVIL COMO ALTERNATIVA AL LEVANTAMIENTO. DERECHOS DE LOS ACCIONANTES (PÚBLICOS Y PRIVADOS)	23
III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL ECUADOR	27
3.1. SINDICATO GENERAL DE CHOFERES DEL GUAYAS (1999)	27
3.2. DINERS CLUB DEL ECUADOR S.A. v. MARISCOS DE CHUPADORES CHUPAMAR S.A. (2001)	30
3.3. ÁNGEL MESÍAS PUMA SHAGÜI v. IMPORTADORA TERREROS SERRANO CÍA. LTDA (2003)	33
3.4. FLOR MARÍA MÉNDEZ v. FÁBRICA DE MUNICIONES SANTA BÁRBARA S.A. (2016)	35
IV. BREVES CONSIDERACIONES ECONÓMICAS. CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA, NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA	37
CONCLUSIONES	41
BIBLIOGRAFÍA	49

Introducción

El mundo actual de los negocios se encuentra en constante dinamismo por lo que cada vez más existe una mayor exigencia de mejores herramientas que faciliten la inversión a los distintos actores económicos de la sociedad sin imponer barreras innecesarias que impidan generar riqueza. La responsabilidad limitada como atributo de la personalidad jurídica de las compañías es un ejemplo legal de las herramientas antes mencionadas. Imagínese que una persona *X* consigue ahorrar una cantidad importante de dinero y con ello decide aportar \$1000 en una compañía *Y* que limita la responsabilidad de sus socios y en la que no debe participar como administrador. El atractivo comercial en este caso es que *X*, en la supuesta ocurrencia de una eventualidad o acreencia de la compañía con terceros, deberá responder solamente hasta con el monto de su aporte, \$1000; y no deberá incurrir en costos de monitoreo ya que, se entiende, confía en la administración existente de la misma. Si *X*, además, tuviera un portafolio diversificado, no tendría riesgo de perder el resto de su patrimonio e incluso podría seguir generando ganancias a pesar de perder los \$1000 de aporte a *Y*.

Ahora, supongamos que la Compañía *Y*, dentro de un proceso judicial es declarada culpable de cometer fraude en contra de terceros. Supongamos también, que las autoridades han decidido, como consecuencia, levantar el velo que cubre a sus socios permitiéndose atacar a la totalidad del patrimonio de cada uno de ellos con el objetivo de restaurar la situación al estado anterior al fraude. Como consecuencia, *X* pierde todos sus bienes para pagar una acreencia de la que, en principio, no tenía conocimiento alguno. La supuesta externalización del riesgo generada por las compañías de responsabilidad limitada¹ es un asunto que, a primera vista, llama la atención a cualquiera y es esta precisamente la razón por la que nace la doctrina del levantamiento del velo societario o *disregard of legal entity* en un intento de balancear los beneficios de dicha responsabilidad en contra de sus costos reflejados en terceros².

¹ En tanto estas compañías restringen la responsabilidad de sus socios lo que permitiría que posibles acreencias con terceros sean incumplidas.

² Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel. "Limited Liability and the Corporation". *The University of Chicago Law Review* 52/1 (1985), p. 109. Traducción libre.

Sin embargo, existe un problema de fondo mucho mayor que concierne no solo a la doctrina en sí, sino a los aspectos económicos que rodean a las compañías de este tipo; sin el cual es imposible comprender en su totalidad los efectos reales de la primera y los riesgos auténticos de la segunda. Existen, por una parte, derechos fundamentales asociados a las firmas tales como el derecho a desarrollar actividades económicas, la libre contratación, libertad de trabajo, derecho a la propiedad en todas sus formas, derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria³, que convierten a la compañía en sujeto de protección constitucional ya que el es reflejo del ejercicio de estos derechos⁴.

Pero también, la responsabilidad limitada tiene implicaciones de eficiencia económica que no pueden ser ignoradas. Entre ellas, reduce asimetrías de información y fomenta precios justos en el mercado; permite una diversificación eficiente y maximiza el bienestar de los inversores a través de proyectos de mayor riesgo y convierte al mercado de capital en un mercado más eficiente⁵. Los beneficios de la figura son varios, y son, en su mayoría, entendidos desde la perspectiva económica, por lo que un análisis legal correcto de la materia no puede dejar de lado este plano.

El levantamiento del velo societario, en la medida en que permite desestimar la estructura fundamental sobre la cual se forman las compañías, debe entenderse como una medida *ultima ratio*, que debería usarse “según lo establezca la ley, se denuncie, se compruebe, y el juez constate que se comete un fraude al Derecho”⁶. Ahora, la realidad es que la ley es vaga e incompleta en lo que respecta al levantamiento; los requisitos para aplicarlo no se han señalado más que doctrinariamente, y su creación jurisprudencial ha sido escasa. Se evidencia, por lo tanto, un problema de pendiente resbaladiza. Las decisiones judiciales obligan a los jueces a basar sus decisiones en principios generales del derecho en vista de que las normas son insuficientes en lo concerniente a la materia. Las decisiones, se argumentará en este trabajo, deberían basarse en términos objetivos y

³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numerales 2, 13, 15, 16 y 26. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

⁴ Teodoro Ribera Neumann. “La protección constitucional de la empresa: La individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo”. *Sentencias destacadas* (2006), p. 295.

⁵ Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel. “Limited Liability and the Corporation”. *Óp. cit.*, pp. 96-101. Traducción libre.

⁶ *Id.*, p. 294.

más que nada, económicos, ateniéndose al tipo de compañía, externalización de riesgo, capital social, naturaleza del daño, entre otros.

I. Levantamiento del Velo Societario

1.1. Naturaleza y Origen de la Doctrina

La discusión detrás del levantamiento del velo societario es, en realidad, una discusión acerca de la persona jurídica, y más específicamente, de la persona jurídica constituida bajo un régimen de responsabilidad limitada. El ordenamiento jurídico ecuatoriano ha recogido a la persona jurídica bajo la legislación civil, en el artículo 40 y bajo su propio Título en el artículo 564, donde determina que la persona jurídica es una “persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”⁷. La definición ecuatoriana se acerca a la teoría de la ficción de Savigny del siglo XIX y XX, cuya validez no será cuestionada en esta disertación, aunque bien es cierto que existen aproximaciones más técnicas para referirse a ella.

La relevancia de la persona jurídica en este caso es a propósito de la corporación, ya sea en forma de sociedades anónimas o compañías de responsabilidad limitada cuya finalidad es el comercio o el lucro. Estas se encuentran reconocidas en el artículo segundo de la Ley de Compañías y su procedimiento de constitución en los artículos 146 y 136 respectivamente. De esta forma, la sociedad mercantil adquirirá su personalidad jurídica una vez verificados los requisitos legales antes establecidos, y tendrá como consecuencia principal el goce “de una personalidad distinta a la de los socios que la componen[,] y que ella misma podrá ser titular de derechos y obligaciones”⁸. Con esto, “la persona moral [será] titular de un patrimonio enteramente distinto del de las personas⁹ [...] que como socios han formado esta nueva persona”¹⁰. El objetivo de las personas jurídicas, entonces, es recoger en ellas a aquellos en búsqueda de un fin común, y de esta forma, convertirse

⁷ Código Civil. Artículo 564. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

⁸ Alejandro Pérez Ibáñez. *La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en las sociedades mercantiles*. Trabajo de fin de grado. Universidad de Almería, Almería, 2014, p. 3.

⁹ Dichas personas pueden ser tanto físicas como jurídicas.

¹⁰ Francisco Lozano Noriega. *Cuarto curso de derecho civil contratos*, 6ª. ed., Ciudad de México: Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C., pp. 333-334.

en una “unidad económica de producción encargada de combinar los factores o recursos productivos, trabajo [y] capital”¹¹.

Tanto la Sociedad Anónima como la Compañía de Responsabilidad Limitada comparten una característica en común; la limitación de la responsabilidad de sus socios o accionistas a su aporte respectivo. Esta es considerada hoy en día como uno de los principios más importantes del derecho corporativo, por lo que doctrinarios alrededor del mundo han analizado su relevancia tanto en el mundo jurídico como en el económico dada la doble dimensión de las compañías. En el siglo XIX, como lo señala Presser, “los legisladores norteamericanos decidieron adoptar la responsabilidad limitada como eje central del derecho corporativo con la finalidad de incentivar a pequeños emprendedores a empezar sus propios negocios”¹², tarea que antes estaba reservada solamente para aquellos con más riqueza.

Tal es la relevancia de este tipo de responsabilidad, que el presidente de la Universidad de Columbia en el año 1911 llegó a considerarla el descubrimiento más grande de los tiempos modernos, poniéndola incluso por sobre la electricidad. La razón de esta gran estima se debe a dos de sus principales características; en primer lugar, la responsabilidad limitada permite que sus socios administren “por sí o por mandatarios elegidos de común acuerdo” (reduciendo costos de agencia), y, además “la responsabilidad de los socios está limitada al monto de sus aportes o a la suma que a más de estos se determine en los estatutos”¹³, que fue mencionada ya anteriormente.

La posibilidad de que un tercero sea quien administra la sociedad disminuye los costos de “monitoreo de la corporación” para los socios o accionistas, quienes podrán involucrarse menos en la misma lo que hará posible la diversificación de sus patrimonios en otras sociedades o negocios, y, con esto, la dirección de la corporación podrá invertir en “proyectos más riesgosos”¹⁴ con mayor retorno. Es decir, la responsabilidad limitada a los aportes hechos a la sociedad permite que los socios asuman un riesgo menor en caso

¹¹ Teodoro Ribera Neumann. “La protección constitucional de la empresa: La individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo”. *Sentencias Destacadas* (2006), p. 279.

¹² Stephen M. Bainbridge. “Abolishing Veil Piercing”. *Social Science Research Network* (2000), pp. 35-6. Traducción libre.

¹³ Roberto Guerrero Valenzuela y Matías Zegers Ruiz-Tagle. *Manual sobre derecho de sociedades*. Santiago: Ediciones UC, 2014, p. 137.

¹⁴ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano. Aspectos Comparados con el Derecho Estadounidense*. 1era. ed. Santiago: Editorial El Jurista, 2011, p. 47.

de que la misma quiebre, lo que no sucedería bajo una regla de responsabilidad personal¹⁵. En palabras de Dante Figueroa, permite a los inversionistas “dormir más fácilmente durante la noche, y que su descanso sea menos frecuentemente perturbado por sueños de quiebra y miseria”¹⁶.

Richard Posner ha afirmado que esta figura “facilita una forma de transacción ventajosa [no solo] para los inversores [sino también] para los acreedores”, y que “en ausencia de tal regla, la oferta de inversión y la demanda de crédito podrían ser mucho más pequeñas de lo que son”¹⁷. Estas cualidades se reflejan también en la realidad macroeconómica, ya que la responsabilidad limitada ha demostrado ser una herramienta para “promover el crecimiento del comercio y la industria”, como un dispositivo que ha fomentado la agregación de capital y el crecimiento de los negocios¹⁸, así como la entrada de nuevos en mercados competitivos¹⁹.

Se cree además que esta regla, como la consideran algunos doctrinarios estadounidenses, *default rule*, o regla por defecto, es aquella a la que las partes llegarían de todas formas si pudieran negociar, obteniendo un resultado eficiente en términos de Coase, según el cual las partes llegarán a un acuerdo espontáneo y eficiente siempre y cuando los costos de transacción sean mínimos y los derechos de propiedad estén bien definidos²⁰. Desde un punto de vista utilitario costo-beneficio, la responsabilidad limitada reduce estos costos “y mejora la operación eficiente de los mercados de valores por lo que se considera un costo social aceptable para asegurar un financiamiento eficiente de capital”²¹.

¹⁵ Stephen M. Bainbridge. “Abolishing Veil Piercing”. *Óp. cit.*, p.16. Traducción libre.

¹⁶ William J. Reader, *Versatility Unlimited: Reflections on the History and Nature of the Limited Liability Company*, in LIMITED LIABILITY AND THE CORPORATION. Tony Orhnia ed., 1982, p. 191. Citado en Dante Figueroa *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano...* *Óp. cit.*, p. 45. Traducción libre.

¹⁷ Richard A. Posner. “The Rights of Creditors of Affiliated Corporations”. *University of Chicago Law Review* 43 (1976), p. 503. Traducción libre.

¹⁸ Roger E. Meiners, James S. Mofsky y Robert D. Tollison. “Piercing the veil of Limited Liability”. *Delaware Journal of Corporate Law* (1979), p. 358. Traducción libre.

¹⁹ J. William Callison. “Rationalizing Limited Liability and Veil Piercing”. *The Business Lawyer* 58/3 (2003), p. 1066. Traducción libre.

²⁰ La responsabilidad limitada satisfaría el primero de estos requisitos.

²¹ J. William Callison. “Rationalizing Limited Liability and Veil Piercing”. *Óp. cit.*, p. 1064. Traducción libre.

La absoluta separación de patrimonios entre la persona jurídica y las personas naturales que la conforman ha suscitado más de una inquietud, y es que se considera que esta podría “justifica[r] la irresponsabilidad del socio por las deudas sociales” ya que “estas son deudas de una persona jurídica con su patrimonio personal”²². Esta es la razón principal que hace surgir a la doctrina del levantamiento del velo societario “como una excepción extrema a esta política” que radica “exclusivamente sobre los poderes de equidad de los tribunales”²³.

El levantamiento del velo societario o *disregard of legal entity doctrine* es una figura anglosajona cuyo origen jurisprudencial se da en el año 1809 con el caso *Bank of the United States v. Deveaux* conocido por el Juez Marshall²⁴. Fue estudiado de manera formal por primera vez en 1912 por Maurice Wormser²⁵ en su artículo “*Piercing the veil of Corporate Entity*” publicado por la *Columbia Law Review*²⁶. En España tuvo su origen en los años ochenta²⁷, y en Ecuador, la primera vez que se aplicó esta figura sobre una sociedad mercantil, fue en el caso *Diners Club S.A. vs. Chupamar S.A.* conocido por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en el año 2001. Como puede notarse, es una figura que no ha sido aplicada o desarrollada sino recientemente.

Se dice que “el mal uso de la personalidad jurídica que se le atribuye a una sociedad o empresa individual [que] redundan en la comisión de ilícitos, fraudes al Derecho o actos reñidos con la buena fe”²⁸ se configura como el fundamento axiológico del levantamiento del velo societario, ya que “el aparato formal de la persona jurídica”, que hemos mencionado anteriormente, podría encubrir “a los verdaderos artífices del

²² José Girón Tena. *Derecho de Sociedades Anónimas*. Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de Valladolid, 1952, p. 10.

²³ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano.. Óp. cit.*, p. 46.

²⁴ I. Maurice Wormser. “Piercing the Veil of Corporate Entity” *Columbia Law Review* 12/6 (1912), p. 497. Traducción libre.

²⁵ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano... Óp. cit.*, p. 41.

²⁶ Gerardo Gonzalez-Meza Hoffman. “El levantamiento del velo corporativo” *Revistas Colaborativas UNAM* (2016), p. 79.

²⁷ Alejandro Pérez Ibáñez. *La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en las sociedades mercantiles. Óp. cit.*, p. 9.

²⁸ Teodoro Ribera Neumann. “La protección constitucional de la empresa: La individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo”. *Óp. cit.*, p. 290.

fraude”, lo que significa un problema para el “juez para perseguir adecuadamente actos ilícitos”²⁹. El levantamiento del velo societario es, entonces, una:

“Técnica judicial, en virtud de la cual es lícito a los tribunales, en ciertas ocasiones, ignorar o prescindir de la forma externa de la persona jurídica, para con posterioridad penetrar en su interior a fin de “develar” los intereses subyacentes que se esconden tras ella y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el velo de la personalidad, con el objeto de poner fin a fraudes y abusos, mediante la inoponibilidad de la persona jurídica respecto de los terceros que resulten perjudicados”³⁰,

la responsabilidad limitada, deja de verse como una característica específica de ciertas corporaciones, y bajo esta perspectiva, pasa a ser considerada un “privilegio”, que, de ser abusado, permite a los jueces despojar este escudo que protege a los accionistas y a la corporación en sí³¹.

Esta técnica, “exclusivamente procesal”³² se configura como un “instrumento judicial interpretativo [para] prevenir el dolo”³³ y tiene como principal consecuencia “la comunicación de responsabilidad personal a las personas físicas o socios que la integran”³⁴. Es decir, deja sin efecto la responsabilidad limitada de los socios/accionistas, y obliga a los tenedores de capital, en ciertas circunstancias, a “hacerse cargo de los costos de terceros no pagados de la corporación”³⁵ siempre que se evidencie “una conducta abiertamente ilegítima”³⁶; tarea que deberá asumir el juez a cargo del caso, basándose en criterios de “equidad, conveniencia y excepcionalidad”³⁷.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Patricia López. *La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica*. LexisNexis (2003), p. 64.

³¹ Mark J. Loewenstein. “Rationalizing Entity Law: Corporate and Alternative Entities (Part I)”. *Business Law Today* (2013), p. 3. Traducción libre.

³² Santiago Andrade Ubidia. “El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana”. *Foro 11* (2009), p. 14.

³³ Teodoro Ribera Neumann. “La protección constitucional de la empresa: La individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo”. *Óp. cit.*, p. 290.

³⁴ Alejandro Pérez Ibáñez. *La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en las sociedades mercantiles*. *Óp. cit.*, p. 32.

³⁵ William Carney. “Investor Liability: Financial Innovations in the Regulatory State and the Coming Revolution in Corporate Law”. *Harvard Law Review* 107/8 (1994), p. 1942. Traducción libre.

³⁶ Santiago Andrade Ubidia. “El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana”. *Óp. cit.*, p. 14.

³⁷ Esteban Francisco Bueno. “Acercamiento a la doctrina del disregard o levantamiento del velo societario”. *Revista Ruptura* 49 (2005), p. 200.

Levantar el velo de una sociedad mercantil representa derrotar el pilar fundamental sobre el cual esta se ha erigido, “negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica”³⁸determinada. Esta consecuencia, para nada insignificante, denota que es una figura que deberá utilizarse con cautela, debido a que su “práctica rutinaria presenta la desventaja de vérsela como un riesgo que desalienta las formaciones económicas consistentes”³⁹. Sus consecuencias atañen ya no a la persona jurídica legalmente reconocida por el Estado en el que se encuentre, sino que “desemboca[n] en los únicos y verdaderos sujetos de Derecho que pueden existir, los seres humanos, siendo la sociedad un mero mecanismo”⁴⁰.

1.2. Presupuestos para su aplicación

La figura del levantamiento del velo societario ha sido desarrollada principalmente por la doctrina, lo que ha traído algunos problemas en su aplicación práctica. Así, los presupuestos para su aplicación se encuentran también desarrollados doctrinariamente en vista de que esta labor ha demostrado ser ineficiente en el campo legislativo como veremos más adelante. Analizaremos algunos de estos presupuestos, en especial aquellos que demuestran relevancia tanto en la esfera jurídica como económica.

Es común encontrar que el fraude “ocupa un rol central en las definiciones de la teoría del velo”⁴¹ societario. Se ha dicho que el estatus de corporación se pierde cuando estas, a pesar de haberse organizado “de una manera técnicamente correcta, han sido utilizadas por individuos para cometer ilícitos que los tribunales consideran de magnitud suficiente para garantizar la imposición de responsabilidad personal”⁴². Sin embargo, el mismo no implica el cometimiento de un ilícito cualquiera, sino que se configura de una forma específica. El fraude, en palabras de Meza Hoffman, implica “realizar conductas que son aparentemente legales, aprovechándose de normas jurídicas que sirven para los

³⁸ Juan M. Dobson. *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)* Buenos Aires: Depalma, 1985. Citado en *Ibid.*

³⁹ *Id.*, p. 16.

⁴⁰ Aurelio Menéndez y Ángel Rojo. *Lecciones de Derecho Mercantil*. Vol. 1. Madrid: Editorial Civitas, pp. 382-326.

⁴¹ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano...* *Óp. cit.*, p. 92.

⁴² Roger E. Meiners, James S. Mofsky y Robert D. Tollison. “Piercing the veil of Limited Liability”. *Óp. cit.*, p. 354. Traducción libre.

finés [antijurídicos] deseados”⁴³. Esto quiere decir que “la violación de la norma no se produce directamente”⁴⁴, sino que el acto que se ajusta a la norma “pretende obtener el resultado prohibido por otra o por el conjunto del ordenamiento jurídico”⁴⁵.

Para que se configure el fraude deben reunirse los siguientes tres elementos: “antijuridicidad, imputabilidad y daño”⁴⁶. Hemos analizado ya el primer presupuesto. En segundo lugar, en lo referido a la imputabilidad, el Tribunal Supremo español ha considerado que es necesario que el acto realizado cumpla con el elemento subjetivo del dolo⁴⁷, el mismo que debe ser probado⁴⁸ ya que “un mero descuido no es fundamento para establecer la responsabilidad civil”⁴⁹. El último elemento se refiere a la existencia de un daño, el mismo que, según Boldó Roda, puede ser actual o futuro⁵⁰. Sin embargo, en el supuesto de un daño futuro parecería una mejor alternativa darle a la empresa una oportunidad de pagar oportunamente la acreencia en lugar de levantar el velo societario *ex ante*.

Otro presupuesto para aplicar la figura del levantamiento del velo radica en casos de grupos empresariales en los que la matriz ejerce una específica relación de control sobre su o sus filiales. Este asunto ha sido discutido de manera entusiasta por la doctrina estadounidense debido a su impacto en el mercado, y es que el problema se da cuando la filial actúa como “una mera agencia o instrumentalidad”⁵¹ de la matriz a fin de evadir una obligación legal existente o cometer un acto en contra de la ley. La sociedad dominante, en estos casos, “responderá solo cuando se trata de instrucciones dadas por [esta] para que la controlada lleve a cabo un negocio jurídico que la perjudique, o para abstenerse de

⁴³ Gerardo Gonzalez-Meza Hoffman. “El levantamiento del velo corporativo”. *Óp. cit.*, p. 82

⁴⁴ *Id.*, p. 19.

⁴⁵ Teodoro Ribera Neumann. “La protección constitucional de la empresa: La individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo”. *Óp. cit.*, p. 292.

⁴⁶ Alejandro Pérez Ibáñez. *La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en las sociedades mercantiles*. *Óp. cit.*, p. 7.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ Lo señalado ha sido recogido por la normativa legal en el artículo 1475, el mismo que señala: “Art. 1475.- El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse.” Véase, Código Civil. *Óp. cit.* Artículo 1475.

⁴⁹ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano...* *Óp. cit.*, p. 114.

⁵⁰ Carmen Boldó Roda. “Levantamiento del velo de la persona jurídica en un caso de responsabilidad extracontractual”. *Revista de Derecho de Sociedades* 6 (1996), p. 503.

⁵¹ I. Maurice Wormser. “Piercing the Veil of Corporate Entity” *Óp. cit.*, p. 497. Traducción libre.

uno que la favorezca”⁵² y estará a su cargo, “producir la prueba de si tales decisiones negociales han sido tomadas autónomamente por la dependiente”⁵³.

El análisis para decidir levantar o no el velo societario de la matriz debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso presentado. Los grupos empresariales son una realidad creciente en el mercado debido a que existen varias razones de fundamento económico por las que estos se forman. A este propósito, Richard Posner, en su artículo sobre los derechos de los acreedores de corporaciones afiliadas, señala que:

“En primer lugar, pueden existir economías gerenciales o financieras (en las que el negocio no está completamente relacionado. En segundo lugar, los propietarios pueden estar tratando de reducir el riesgo mediante la diversificación. [Y] en tercer lugar, una empresa puede decidir dividirse internamente en una línea de negocios no relacionada porque percibe oportunidades de mayores ganancias de las que sus accionistas podrían obtener si los fondos que emplea para ingresar a una línea se distribuyen a los accionistas como dividendos”⁵⁴

Bien es cierto que el poder que tiene una matriz sobre sus filiales podría dar paso a prácticas ilegítimas, y esta es precisamente la postura de Jonathan Landers⁵⁵, ante la cual Posner exhibe los fundamentos económicos por los que la práctica corriente u ordinaria de estas es simplemente insostenible. Bien es cierto que la matriz está en capacidad de tomar “medidas que distorsionen u oculten la rentabilidad relativa de las distintas matrices”⁵⁶, sin embargo, esto significaría una conducta aún más dañosa para el mismo propietario. En palabras de Posner, estas decisiones, “son costosas porque reducen la información disponible para el propietario común sobre la eficiencia con la que se administran sus diversas corporaciones”, lo que significa que “los costos aumenta[rán] rápidamente con el tamaño de la empresa global”⁵⁷. Es “por esto que las grandes corporaciones suelen tratar a sus principales divisiones y filiales como “centros de

⁵² Eduardo Jequier Lehuedé. “Responsabilidad por Insolvencia en los Grupos Empresariales. Una Aproximación a la Teoría del Administrador de Hecho en el Derecho Chileno”. *Revista Chilena de Derecho* 42/2 (2015), p. 574.

⁵³ *Id.*, p. 575.

⁵⁴ Richard A. Posner. “The Rights of Creditors of Affiliated Corporations”. *Óp. cit.*, p. 510. Traducción libre.

⁵⁵ Véase, Jonathan Landers. “A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy”. *University of Chicago Law Review* 589 (1975).

⁵⁶ Richard A. Posner. “The Rights of Creditors of Affiliated Corporations”. *Óp. cit.*, p. 513. Traducción libre.

⁵⁷ *Ibíd.*

beneficio”, que se espera que se comporten como si fueran empresas independientes”⁵⁸ y esta es una de las razones por las que “los gerentes de división son compensados sobre la base de la rentabilidad de la subsidiaria [...] y no de la empresa en su conjunto”⁵⁹.

Los negocios se conducen con un fundamento económico de fondo en todas las ocasiones, y, en realidad, el uso ilegítimo de empresas filiales nos lleva a pensar que el propietario de dicha empresa no es alguien que entienda bien cómo funciona el giro del negocio y el mercado en sí. El crecimiento empresarial (acto completamente legítimo), obliga a los empresarios a pensar en sus negocios de una manera más eficiente, por lo que, “sería perverso penalizar[los] por su eficiencia superior al retirar el privilegio de la responsabilidad limitada que gozan sus competidores no integrados”⁶⁰.

Si bien no se descarta la posibilidad de cometimiento de ilícitos en casos de grupos empresariales, dicho análisis tendrá que ser realizado con un nivel de escrutinio alto ya que las consecuencias del levantamiento del velo en grandes corporaciones pueden culminar en la vulneración de derechos de las múltiples personas que las integran. El contenido poco sistémico de esta práctica puede tener “resultados impredecibles”⁶¹, lo cual afecta la base misma del derecho corporativo y quienes en él se manifiestan.

Otro presupuesto para desestimar la personalidad jurídica es el de infracapitalización o capitalización inadecuada de la sociedad mercantil. Esto sucede cuando “el capital [social] es ilusorio o una minucia comparado con el negocio a ser realizado y con los riesgos de pérdida”⁶². Ahora bien, esto puede suceder de dos maneras; o bien,

“los fondos puestos en corporaciones al constituirse, [son] claramente insuficientes para satisfacer obligaciones contractuales existentes o posibles obligaciones extracontractuales; o, todas las utilidades son drenadas de la empresa en forma de dividendos o salarios pagados a los accionistas controladores, dejándola con reservas insuficientes para cumplir con probables obligaciones”⁶³.

La infracapitalización puede, por lo tanto, darse *ex ante* o *ex post* respectivamente. Sin embargo, el problema que surge al hablar de la capitalización de una sociedad es

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ *Id.*, p. 514.

⁶¹ Eduardo Jequier Lehuédé. “Responsabilidad por Insolvencia en los Grupos Empresariales... *Óp. cit.*, p. 576.

⁶² Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano... Óp. cit.*, p. 116.

⁶³ Stephen M. Bainbridge. “Abolishing Veil Piercing”. *Óp. cit.*, p. 53. Traducción libre.

“¿cuánto capital es considerado adecuado?”⁶⁴ ya que no existe un criterio específico tanto jurisprudencial, doctrinario o legal. En la realidad latinoamericana no existe una práctica común de requerir un “capital mínimo para comenzar una asociación de negocios”, sino que suele ser “la legislación [la que] mandata a una entidad gubernamental con la tarea de verificar la efectividad del capital de ciertas compañías”⁶⁵. En el Ecuador se ha entregado a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros la potestad de señalar el capital social mínimo para la constitución de compañías de responsabilidad limitada⁶⁶ y anónimas, el mismo que ha sido fijado en un monto de \$400 y \$800 respectivamente⁶⁷. Sin embargo, pueden existir acreencias que fácilmente superen estos montos, lo que inutilizaría la función del capital social mínimo.

Cabe diferenciar, a este respecto, a los acreedores contractuales de los extracontractuales que se verían impedidos de un pago de las obligaciones respectivas por concepto de una capitalización indebida. Con respecto a los primeros, los tribunales norteamericanos en el caso *Laya v. Erin Homes, Inc.* han señalado con una conveniente técnica judicial que,

“sería razonable que un acreedor que celebre un contrato con la corporación realice una investigación del crédito de ésta antes de celebrar el contrato. [...] Si dicha investigación revelara que la corporación está gravemente subcapitalizada en función de la naturaleza y magnitud de la empresa corporativa, se considerará que dicha parte asumió el riesgo⁶⁸ de la subcapitalización bruta y no se le permitirá perforar el velo corporativo”⁶⁹,

es por esto que Stephen Bainbridge, en su trabajo por abogar la abolición del levantamiento del velo, señala que “donde un acreedor contractual falla en negociar alrededor de la regla de responsabilidad limitada, no hay justificación para darle una segunda mordida a la manzana a través del remedio de perforar el velo”⁷⁰.

En cuanto a los acreedores extracontractuales, puede decirse que estos, “a diferencia de los acreedores contractuales, no son partes consensuadas y no se puede decir

⁶⁴ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano... Óp. cit.*, p. 118.

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ Ley de Compañías. Artículo 102. Registro Oficial 312 de 05 de noviembre de 1999.

⁶⁷ Resolución de la Superintendencia de Compañías No. 99.1.1.1.3.008 . Registro Oficial No. 278 de 16 de septiembre de 1999.

⁶⁸ El acreedor, en este caso, también tendría la opción de no contratar con dicha corporación.

⁶⁹ Stephen M. Bainbridge. “Abolishing Veil Piercing”. *Óp. cit.*, p. 34. Traducción libre.

⁷⁰ *Id.*, p. 49.

que hayan asumido contractualmente los riesgos derivados de una capitalización inadecuada”⁷¹. Si bien esta hipótesis parecería insinuar que los reclamantes extracontractuales no tendrán otra alternativa que perforar el velo en vista de que sus acreencias no podrían ser respondidas, la doctrina señala que las compañías tienden a contratar un seguro en contra de reclamos de este tipo ya que estos han demostrado hacerlas menos propensas a quebrar⁷².

A pesar de lo señalado, un estudio empírico sobre los casos de levantamiento del velo realizado por el Profesor Robert Thompson para la *Cornell Law Review*, demostró que

“los reclamos de perforación del velo por parte de los acreedores contractuales no solo son más frecuentes que los de acreedores extracontractuales, sino que también es más probable que los acreedores contractuales prevalezcan por sobre los extracontractuales”⁷³,

argumento que no solo tiene sustento empírico (bien es cierto que en una sociedad distinta a la nuestra), pero que además tiene lógica para los conocedores del derecho y los diversos procedimientos de responsabilidad civil. Lo cierto es que, como ha señalado Dante Figueroa, “una regulación muy exigente del concepto de ‘capitalización adecuada’ podría tener un efecto contraproducente” ya que sostiene que

“no todas las compañías tienen éxito y no todas las compañías fracasan. Por lo tanto, una regulación excesiva del mercado a través de una ampliación de la disponibilidad del levantamiento del velo sobre la base de infracapitalización podría llegar al “punto de dismantelar” las corporaciones completamente”⁷⁴.

Los supuestos analizados para el levantamiento del velo societario hasta el momento, son aquellos con mayor relevancia y de mayor discusión doctrinaria. Sin embargo, existen algunos otros como la descripción engañosa y confusión de patrimonios. La descripción engañosa como supuesto de desestimación de la personalidad jurídica implica, “dar al acreedor una falsa impresión de que el deudor intenta ejecutar un

⁷¹ Roger E. Meiners, James S. Mofsky y Robert D. Tollison. “Piercing the veil of Limited Liability”. *Óp. cit.*, p. 365. Traducción libre.

⁷² Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel. “Limited Liability and the Corporation”. *Óp. cit.*, p. 103. Traducción libre.

⁷³ Stephen M. Bainbridge. “Abolishing Veil Piercing”. *Óp. cit.*, p. 35. Traducción libre.

⁷⁴ Juan Bertrán. “Is Undercapitalization a Back Door to Avoid Paying Up, Under the Shield of Limited Liability, an Obligation?”. *Revista Derecho Puertorriqueño* 19 (2006), p. 34. Citado en Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano*. *Óp. cit.*, p. 120.

acuerdo usando la corporación cuando, en el hecho, no es su intención”⁷⁵. El problema con este presupuesto recae en su prueba. En estos casos, se debería “sopesar los hechos y circunstancias individuales en cada caso y descubrir de alguna manera lo que el acreedor pensó y si fue razonable al pensarlo”⁷⁶ lo que implicaría probar un elemento altamente subjetivo.

Por otro lado, el presupuesto de confusión de patrimonios, “supone que el patrimonio de los socios no puede distinguirse del de la sociedad”⁷⁷, y en base a esto, sus “miembros no pueden alegar la limitación de la responsabilidad basada en el principio de división de los patrimonios cuando ellos mismos no lo respetan”⁷⁸, algo parecido al principio según el cuál nadie puede aprovecharse de su propio dolo. Este supuesto bien podría asimilarse a

“las conductas de distracción del patrimonio social por parte de alguno de los socios o en beneficio exclusivo del socio con la finalidad de defraudar a los acreedores, así como la práctica relativamente común en algunos grupos societarios de concentrar los activos en unas sociedades y los pasivos en otras”⁷⁹.

en cuyo caso, la autoridad encargada de analizar el caso, se vería obligada a analizar la contabilidad tanto de la sociedad como del socio acusado de dicho supuesto con el objeto de verificar el interés subyacente de este de perjudicar a terceros o lograr un enriquecimiento ilícito.

1.3. Problemática

La problemática que rodea la doctrina del levantamiento del velo societario forma una parte importante del estudio del derecho privado y sus instituciones. A pesar de que el objetivo de figura es claro, “alterar la esencia de una determinada agrupación, despojándola de su adecuada individualidad natural”⁸⁰ y de uno de sus atributos

⁷⁵ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano...* Óp. cit., p. 102.

⁷⁶ Richard A. Posner. “The Rights of Creditors of Affiliated Corporations”. Óp. cit., p. 522. Traducción libre.

⁷⁷ Carmen Boldó Roda. *El “levantamiento del velo” y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 25.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ Víctor M. Castrillon y Luna. “El levantamiento del velo corporativo”. *Revista de la Facultad de derecho y Ciencias Sociales Benemérita Universidad Autónoma de Puebla* 8/15 (2014), p. 134.

⁸⁰ Teodoro Ribera Neumann. “La protección constitucional de la empresa: La individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo”. Óp. cit., p. 293.

esenciales (la responsabilidad limitada) para de esta forma satisfacer acreencias o impedir ilícitos; lo que no es manifiesto es en qué momento o bajo qué circunstancias específicas un juez puede aplicarla. Esta doctrina tiene origen norteamericano, y ni si quiera en ese ordenamiento “existe una presentación clara de sus aspectos esenciales [...] que puedan servir como un punto de referencia absoluto para efectos de derecho comparado”⁸¹. Es, sin lugar a duda, “una [de las figuras] más confusas del derecho corporativo”⁸².

Los efectos perniciosos que puede llegar a tener esta figura sobre la persona jurídica y quienes la conforman, la han transformado en una medida extrema, de *última ratio*, que solamente podrá invocarse por la autoridad judicial de manera “justificada” cuando “con fines fraudulentos se produzca una confusión de personalidades y patrimonios entre la persona física y la persona jurídica”⁸³, presupuestos que hemos analizado anteriormente, y “solo cuando el caso no pueda ser resuelto mediante otras instituciones como la simulación, la doctrina de los actos propios, etc.”⁸⁴.

El problema de no encontrar un criterio rector para la aplicación del levantamiento del velo es aquél de la imprevisibilidad. Carmen Boldo Rodá ya ha señalado que “el punto más débil de este planteamiento doctrinal” es que el juez se verá impedido de actuar bajo principios ya establecidos, “lo que dará lugar a una grave situación de inseguridad jurídica”⁸⁵. Asimismo, se ha dicho que la “jurisprudencia ha procedido en esta tarea a tientas”, aplicando la doctrina “cuando intuitivamente percibe que el resultado al que conduce mantener la separación entre socios y sociedad es injusto”⁸⁶, lo que supone “una alta dosis de incertidumbre”⁸⁷.

⁸¹ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano...* *Óp. cit.*, p. 18.

⁸² Peter B. Oh. “Veil-Piercing”. *Texas Law Review* 89/81 (2010), p. 83. Traducción libre.

⁸³ Tribunal Supremo España. Resolución 178/2005. Sentencia de 10 de marzo de 2005. Número de recurso 4180/1998.

⁸⁴ Carmen Boldó Roda. “Levantamiento del velo de la persona jurídica en un caso de responsabilidad extracontractual” *Óp. cit.*, p. 246.

⁸⁵ Santiago Andrade Ubidia. “El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana”. *Óp. cit.*, p. 22.

⁸⁶ Cándido Paz-Ares. *Curso de Derecho Mercantil*. Vol. I. 1999, pp. 548-561. Citado en Alejandro Pérez Ibáñez. *La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en las sociedades mercantiles*. Trabajo de fin de grado. Universidad de Almería, Almería, 2014, p. 32.

⁸⁷ Alejandro Pérez Ibáñez. *La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en las sociedades mercantiles*. *Óp. cit.*, p. 31.

La base del derecho corporativo es (o debería ser) la certeza y previsibilidad, ya que de otra forma la proliferación y funcionamiento de las corporaciones no sería posible. Desde un punto de vista económico, y como Stephen Bainbridge claramente ha señalado, “la incertidumbre sobre el contenido de una norma legal impone costos sustanciales”⁸⁸, y “cuando los riesgos de litigio no pueden predecirse con confianza [lo que ocurre con el levantamiento societario], las partes pueden verse disuadidas de participar en actividades socialmente deseables o, al menos, tomarán precauciones excesivas (y costosas)”⁸⁹. Por su parte, William Callison concuerda con los objetivos del derecho corporativo mencionados por Bainbridge, y, además, señala que esta doctrina no los proporciona ya que es imposible determinar “cuándo se perforará la responsabilidad limitada y cuándo no”, por lo que “es cuestionable determinar que sirva a cualquier objetivo social que pretenda servir”⁹⁰ lo que la transforma no sólo en una doctrina impredecible sino también, “disfuncional”⁹¹, lo que a su vez nos lleva a cuestionar un problema más grande concerniente a la seguridad jurídica como principio constitucional en los Estados de Derecho.

Ribera Neumann realiza un análisis interesante sobre la protección constitucional de la empresa, y señala que sin la existencia de seguridad jurídica, “el ejercicio de cualquier derecho es incierto”, y, no solo esto sino que, “[s]i la individualidad misma de una persona dependiera del arbitrio de un intérprete, entonces el ejercicio de los derechos no constituiría ya una facultad inalienable de toda persona, sino que una prerrogativa de la autoridad”⁹². El ejercicio económico de las compañías se basa en criterios objetivos de mercado así como en la seguridad otorgada por los ordenamientos legales, y es esta razón por la que aquellos Estados con poca seguridad jurídica repelen la inversión extranjera.

El levantamiento del velo societario es una figura basada principalmente en razones de equidad y buena fe⁹³. Ambos, criterios abiertos a una interpretación extensiva

⁸⁸ Stephen M. Bainbridge. “Abolishing Veil Piercing”. *Óp. cit.*, p. 46. Traducción libre.

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ J. William Callison. “Rationalizing Limited Liability and Veil Piercing”. *Óp. cit.*, p. 1069. Traducción libre.

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² Teodoro Ribera Neumann. “La protección constitucional de la empresa: La individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo”. *Óp. cit.*, p. 296.

⁹³ Alejandro Pérez Ibáñez. *La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en las sociedades mercantiles*. *Óp. cit.*, p. 52.

por parte de quien fuera que esté llamado a utilizarlos dependiendo de la jurisdicción específica de la que se trate. Pero parece ser que estos pilares de la figura son también la razón de su ambigüedad y difícil aplicabilidad. Los casos a los que atiende esta doctrina demandan de un nivel de prudencia excepcional por parte del juez, quien podrá basar fácilmente sus decisiones en razones de “justicia” y “buena fe”. La necesidad de “factores determinantes”⁹⁴ que hagan de esta una “regla sencilla, uniforme y predecible”⁹⁵ ha llevado a muchos doctrinarios a plantear la necesidad de su reforma, y a muchos otros, a plantear su completa abolición. Lo cierto es que es necesario un ordenamiento “prudente que no afecte la capacidad de conducir negocios”⁹⁶, ya que, como se ha mencionado, sus efectos podrían ser peores que la misma cura.

II. Análisis Normativo Ecuador

2.1. Levantamiento del velo en la normativa ecuatoriana

Una vez determinado el alcance doctrinario de la teoría del levantamiento del velo societario así como la problemática planteada alrededor del concepto, resulta necesario estudiar la normativa nacional que rige a la doctrina, que, aunque limitada, ofrece los lineamientos legales para llevarla a la práctica. En el Ecuador, la normativa aplicable en este caso se encuentra en la Ley de Compañías (en adelante LC), sin embargo, esta no recoge por completo los supuestos que envuelven al levantamiento del velo societario por lo que es necesario un análisis sistemático del ordenamiento jurídico.

La LC regula de manera explícita al levantamiento del velo societario en el artículo 17, señalando lo siguiente:

“Art. 17.- Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables:

1. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar;
2. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y,
3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución.

Salvo los casos excepcionales expresamente determinados en la ley, la inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente **podrá declararse judicialmente, de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la compañía deducida ante un juez de lo civil y mercantil del domicilio de la**

⁹⁴ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano...Óp. cit.*, p. 145-6.

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ *Id.*, p. 149.

compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor. La acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica seguirá el trámite especial previsto en el Código de Procedimiento Civil.⁹⁷ [el subrayado es propio]

Dicho artículo contempla algunas de las características señaladas por la dogmática en lo que concierne a la doctrina como consecuencia de “fraudes, abusos o vías de hecho” que tiene como consecuencia la responsabilidad personal y solidaria de quienes se encuentren involucrados en los supuestos de los numerales primero, segundo y tercero antes citados. Además, en el último inciso del artículo prescribe que la “inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente podrá declararse judicialmente”⁹⁸, dentro de juicio de colusión o siguiendo la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica⁹⁹. Además, esta es una norma de competencia que señala que la Autoridad que conocerá estos casos será el “juez de lo civil y mercantil del domicilio de la compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso”¹⁰⁰ a discreción del actor.

Ahora bien, a diferencia de lo proferido por la doctrina, esta norma no se refiere específicamente a compañías de responsabilidad anónima o limitada como sujetos de la medida, sino que habla genéricamente de personas jurídicas e incluso engloba a las personas naturales, a las cuales no se les es posible desestimar de personalidad. Sería lógico inferir que su aplicación recae en las compañías antes señaladas ya que de esta forma la norma lograría los efectos buscados al ser éstas las que restringen la responsabilidad de sus accionistas y socios. Sin embargo no es posible fiarse de dicha inferencia ya que bien podría llegar a aplicarse a los suministradores de fondos de las compañías en comandita simple que también cuentan con este privilegio de acuerdo al art. 59 de la LC. Incluso es sabido que en la práctica los jueces han aplicado la doctrina a patrimonios autónomos como a los fideicomisos mercantiles basándose en el art. 123 de Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores¹⁰¹, el

⁹⁷ Ley de Compañías. Artículo 17. Registro Oficial 312 de 05 de noviembre de 1999.

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ Dicho artículo señala lo siguiente: “Art. 123.- Acciones por contratos fraudulentos.- El contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros por el constituyente, o en acuerdo fraudulento de éste con el fiduciario, podrá ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la ley, según el caso; sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiere lugar.” Véase Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores. Artículo 123. Registro Oficial Suplemento 215 de 22 de febrero de 2006.

mismo que señala en términos generales al fraude y no hace mención explícita inoponibilidad de la personalidad jurídica como consecuencia del mismo. Esto aumenta la lista de razones por las que la doctrina del velo es problemática y ambigua ya que no existe claridad acerca de los sujetos a los que les es oponible dicha acción.

A través de la disposición reformativa novena del Código Orgánico General de Procesos, se resuelve la alusión del trámite especial contemplado en el ya derogado Código de Procedimiento Civil. De esta forma, el legislador agrega dos artículos más a continuación del art. 17 LC. El art. 17A, por su parte, señala que la acción de desvelamiento societario seguirá un procedimiento de tipo ordinario, y que además, existe la posibilidad de solicitar como providencias preventivas desde la prohibición de enajenar o gravar bienes hasta la suspensión de cualquier proceso de liquidación u orden de cancelación de inscripción en el Registro Mercantil, las mismas que serán ordenadas antes de la citación con la demanda¹⁰². El artículo 17B, a su vez, establece un tiempo de prescripción de la acción de 6 años “contados a partir del hecho correspondiente, si hubiere sido uno solo, o del último de ellos, si hubieren sido varios”¹⁰³.

Queda claro que la autoridad competente para conocer los casos de inoponibilidad será el juez de lo civil y mercantil, pero además, el artículo 17A LC, dispone que el juez podrá disponer a la Superintendencia de Compañías y Valores las inspecciones que fuesen necesarias “para determinar la correcta anotación y registro de las providencias preventivas”¹⁰⁴¹⁰⁵. Sin embargo, la ley le atribuye competencias adicionales en los artículos 432 inciso cuarto,

“Cuando en virtud de una denuncia o mediante inspección se comprobare que se han violado los derechos de los socios, que se ha contravenido el contrato social o la ley, o que se ha abusado de la personalidad jurídica de la sociedad según lo dispuesto en el Art. 17; en perjuicio de la propia compañía, de sus socios o terceros, se dispondrá inmediatamente la intervención de la compañía. Adicionalmente, de ser el caso, se cumplirá con la obligación de reportar a la entidad encargada de reprimir el lavado de activos, de haberse detectado indicios de las operaciones previstas en las letras c) y e) del Art. 3 de la Ley para Reprimir y Prevenir el Lavado de Activos, sin perjuicio

¹⁰² Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 17A.

¹⁰³ Código Orgánico General de Procesos. Disposición transitoria novena. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

¹⁰⁴ Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 17A.

¹⁰⁵ La Superintendencia de Compañías y Valores es el órgano de control competente para controlar la actuación de dichas compañías en virtud de los artículos 430 y 431 literales a) y c) de la Ley de Compañías. *Véase, Id.* Artículo 430 y 431 literales a) y c).

de las acciones de los socios o terceros, a que hubiere lugar para el cobro de las indemnizaciones correspondientes.”¹⁰⁶ [el subrayado es propio],

En el artículo 440 LC sobre las inspecciones realizadas por la Superintendencia cuando señala que tendrá facultad para verificar

“si sus activos son reales [de las compañías] y están debidamente protegidos; si su constitución, actos mercantiles y societarios, y su funcionamiento se ajustan a lo previsto en las normas jurídicas relevantes vigentes y en las cláusulas del contrato social, **y no constituyen abuso de la personalidad jurídica de la compañía, en los términos del Art. 17 de esta Ley;**”¹⁰⁷ [el subrayado es propio]

y en el tercer inciso del mismo artículo que señala:

“De persistir el incumplimiento a las leyes o normativa vigente, la Superintendencia de Compañías y Valores, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 438 letra f)¹⁰⁸ de esta Ley, dispondrá mediante resolución motivada la cancelación de la inscripción del acto societario en el correspondiente Registro Mercantil, cuando corresponda, e **impondrá las sanciones que prevé esta Ley, las cuales podrán aplicarse coercitiva y reiteradamente, hasta que la sociedad, los accionistas o administradores superen la situación de la sociedad de acuerdo con las disposiciones que al efecto determine el Superintendente de Compañías y Valores.**”¹⁰⁹ [el subrayado es propio]

Resulta curioso que la normativa amplíe gradualmente las facultades del ente administrativo cuando señala ya no que las inspecciones serán para asegurar el cumplimiento y registro de medidas cautelares; sino que también pueden tener como objeto detectar algún abuso de la personalidad jurídica en los términos del art. 17 de la LC; e incluso podrá imponer sanciones a las compañías hasta que estas superen dicha situación. El resultado tergiversa la acción del levantamiento del velo según la cuál quien

¹⁰⁶ *Id.* Artículo 432.

¹⁰⁷ *Id.* Artículo 440.

¹⁰⁸ El artículo 438 literal f) de la Ley reza lo siguiente: “Art. 438.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: f) Modificar los estatutos de las compañías cuando sus normas sean contrarias a esta Ley. En el ejercicio de su facultad de vigilancia y control ulterior podrá también disponer, mediante resolución debidamente motivada, que el Registrador Mercantil correspondiente cancele la inscripción de los actos societarios no sujetos a aprobación previa, que no cumplan con los requisitos legales pertinentes o que hayan sido inscritos en infracción de normas jurídicas. Los Registradores Mercantiles no podrán negarse o retardar la cancelación de la inscripción que hubiese sido ordenada por el Superintendente de Compañías y Valores mediante resolución, sin perjuicio de los derechos y acciones que puedan ejercerse contra tal resolución. La resolución que dispone la cancelación de la inscripción se notificará a las personas y entidades que el Superintendente estime pertinente, y un extracto de la misma se publicará en el sitio web de la Superintendencia.” *Véase Id.* Artículo 438.

¹⁰⁹ *Id.* Artículo 440.

dictaminaría las consecuencias del abuso debe ser un ente judicial y no administrativo, lo que nuevamente implica una situación de inseguridad jurídica.

En cuanto a los requisitos para aplicar la figura, el art. 17 LC señala como preámbulo a “los fraudes, abusos o vías de hecho”¹¹⁰, pero además, existe una llamativa referencia al lavado de activos en el art. 432 LC al señalar que la Superintendencia, “adicionalmente” reportará a “la entidad encargada de reprimir lavados de activos” en caso de “haberse detectado indicios” de dicho crimen durante las operaciones de vigilancia y control¹¹¹. Nacen de esto dos interrogantes, ¿Puede el lavado de activos considerarse como causal de desestimación de la personalidad jurídica en el Ecuador? y, por otro lado ¿Qué es aquello que se entiende como fraude o abuso a efectos del ordenamiento jurídico ecuatoriano?

En cuanto a la primera interrogante, la respuesta se contempla en el primer inciso del art. 443 de la LC, que dispone:

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los informes y las conclusiones de las inspecciones antedichas deberán darse a conocer a los tribunales y jueces competentes, previa la orden respectiva, especialmente en los casos de operaciones vinculadas con el **lavado de activos o de indicios de abuso de la personalidad jurídica de la sociedad de que se trate, en los términos del Art. 17 de esta Ley.**”¹¹² [el subrayado es propio],

de esta lectura podría decirse que el legislador estima que ambos supuestos legales pueden subsumirse dentro de los términos del art. 17 LC sobre la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica. Sin embargo, la norma supone una necesaria interpretación que dependerá de la autoridad competente en un determinado caso concreto. Ahora, el artículo 77 del Código Orgánico Integral Penal recoge a la reparación integral del delito de lavado de activos e impone que quien lo haya cometido “responderá con sus bienes hasta el monto de la reparación integral”¹¹³, e incluso sostiene que dicha reparación no es solamente para la persona que ha sufrido el perjuicio, sino también para el Estado. Estos efectos son equiparables con aquellos del levantamiento del velo societario. A pesar de tratarse de un tipo de responsabilidad distinto (carácter penal), la norma busca

¹¹⁰ *Id.*, Artículo 17.

¹¹¹ *Id.*, Artículo 432.

¹¹² Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 443.

¹¹³ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 77. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

nuevamente un resarcimiento que puede llevar al levantamiento del velo societario como consecuencia de la interpretación judicial.

Ahora, la respuesta de qué es lo que puede entenderse como fraude o abuso a efectos del ordenamiento jurídico no parece tan precisa. A primera vista, y bajo una interpretación literal del artículo 17 LC podría entenderse que los abusos son de cualquier tipo¹¹⁴, incluso de poder de mercado, que nada tiene que ver con el asunto. Y no es este artículo el que nos ofrece una solución al problema, sino que es necesaria una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico para determinar que los abusos a los que se refiere el artículo 17 se tratan de abusos de la personalidad jurídica, gracias al inciso octavo del artículo 31 de la misma ley en que se especifica dicha cualidad¹¹⁵. Sin embargo, esto no aclara los supuestos específicos o la definición de fraude o abuso.

No es hasta la disposición general tercera de la misma Ley de Compañías que el legislador expande dichos requisitos y los ilustra de una manera más concreta a efectos de entender la aplicación de la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica, la cual prescribe lo siguiente:

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

Sin embargo, esa distinción no tendrá lugar ni será oponible en caso de comprobarse judicialmente que el **contrato social fue celebrado para violar la ley, el orden público o la buena fe; para encubrir la consecución de fines ajenos a la compañía; o como mero recurso para evadir alguna exigencia o prohibición legal, mediante simulación o fraude a la ley, o por cualquier otro medio semejante, siempre que de ello se derivaren perjuicios a terceros**. Lo antedicho se extenderá a todas las modificaciones al contrato social referidas en el Art. 33 y a cualquier actividad de la compañía que, con iguales propósitos y medios, perjudicaren derechos de terceros.

¹¹⁴ Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 17C.

¹¹⁵ “Art. 31.- Los acreedores personales de un socio o accionistas durante la existencia de una compañía, podrán: 1. Solicitar la prohibición de transferir participaciones o acciones. 2. Embargar las acciones que le correspondan, las cuales podrán ser rematadas a valor de mercado, de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Los derechos económicos inherentes a la calidad de accionista, serán ejercidos por la persona en cuyo beneficio se dictó el embargo. No son susceptibles de embargo las cuotas o participaciones que correspondan al socio de una compañía de responsabilidad limitada en el capital social. 3. Embargar las utilidades que les correspondan previa deducción de lo que el socio o accionista adeudare por sus obligaciones sociales; Las medidas reseñadas en los numerales 1 y 2 se efectuarán con la inscripción en el libro respectivo. **Los perjudicados por el abuso de la personalidad jurídica**, en los casos previstos en el Art. 17 de esta Ley, tendrán los mismos derechos que por virtud de este artículo se les confiere a los acreedores de los accionistas, con arreglo a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil. Una vez disuelta la compañía el acreedor personal, podrá embargar la parte o cuota que corresponda al socio o accionista en la liquidación.” *Véase, Id.* Artículo 31.

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

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

En general, por los **fraudes, simulaciones, abusos o vías de hecho** que se cometen en perjuicio de terceros, a nombre de una compañía o valiéndose de ella, serán personal y solidariamente responsables, además de los señalados con anterioridad en este artículo, quienes los hubieren ordenado o ejecutado. También serán personalmente responsables los tenedores de los bienes respectivos, para efectos de su restitución, salvo los que hubieren actuado de buena fe.”¹¹⁶ [el subrayado es propio]

El inciso segundo de la disposición establece los requisitos para aplicar el desvelamiento societario e incluye a la celebración de un contrato social con el objeto de violar la ley, el orden público o la buena fe; para encubrir la consecución de fines ajenos a la compañía; o como mero recurso para evadir alguna exigencia o prohibición legal, mediante simulación o fraude a la ley, o por cualquier otro medio semejante, siempre que de ello se derivaren perjuicios a terceros. No obstante, estos requisitos no son taxativos, lo que de nuevo abre la posibilidad de que el juez que conozca el caso, interprete extensivamente la norma y acomode cualquier presupuesto de hecho a los términos descritos en dicha disposición y la ley en general ya que los lineamientos no son completos.

2.2. Teoría de responsabilidad civil como alternativa al levantamiento. Derechos de los accionantes (públicos y privados)

La normativa analizada hasta el momento llama la atención en cuanto se refiere repetidamente a “perjuicios sufridos por terceros”, lo mismo que reconduce a la teoría general de responsabilidad civil. El art. 2214 del Código Civil (en adelante CC), se refiere

¹¹⁶ Ley de Compañías. *Óp. cit.* Disposición General Tercera.

al principio general de responsabilidad según el cual todo daño proveniente de un ilícito debe ser indemnizado¹¹⁷; pero además, el art. 2217 de la misma normativa establece lo siguiente:

“Art. 2217.- Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será **solidariamente responsable de todo perjuicio** procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los Arts. 2223 y 2228.

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.”¹¹⁸ [el subrayado es propio]

¿Acaso es posible reconducir la teoría del levantamiento del velo societario a esta norma de carácter civil? No sin razón Dante Figueroa ha establecido ya que las codificaciones civiles y comerciales en latinoamérica “no contienen normas sobre el levantamiento del velo por lo que se basa en conceptos tradicionales de derecho civil”¹¹⁹. Este último artículo revela la existencia de una norma incluso anterior a las analizadas en la Ley de Compañías que expone una especie de principio bajo el cual la responsabilidad por dos o más personas nacida de un hecho fraudulento o doloso, trae consigo como consecuencia la responsabilidad solidaria entre estos.

Ahora bien, lo que cabe preguntarse es si estas acciones son o no incompatibles en un supuesto proceso en el que se haya cometido un “fraude, abuso o vía de hecho” por parte de una compañía que ha resultado en un perjuicio a terceros. Para esto es importante analizar ambas acciones bajo sus respectivos plazos de prescripción ya que la respuesta podría otorgarle una ventaja o desventaja al accionante en el caso concreto. Si se trata de una acción de responsabilidad civil, existen dos posibilidades dependiendo de si el perjuicio tiene fuente contractual o extracontractual. En el primer supuesto, se aplica la norma del art. 2414 CC que estima la regla general de prescripción de 10 años¹²⁰; en el segundo, la acción prescribirá en el plazo 4 años en virtud del art. 2235 de la misma normativa civil¹²¹. La acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica, por su parte,

¹¹⁷ Código Civil. *Óp. cit.* Artículo 2214.

¹¹⁸ *Id.*, Artículo 2217.

¹¹⁹ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano. Aspectos Comparados con el Derecho Estadounidense. Óp. cit.*, p. 94.

¹²⁰ Código Civil. *Óp. cit.* Artículo 2214.

¹²¹ *Id.*, Artículo 2235.

prescribirá en 6 años contados desde el hecho correspondiente o desde el último si han sido varios¹²².

Existen al menos dos escenarios posibles al respecto. El primero, de responsabilidad civil contractual (si se configura también bajo los supuestos de la acción de inoponibilidad) y en el supuesto de que el accionante pierda su oportunidad de intentar la acción del art. 17 LC, dejaría aún la posibilidad de intentar la acción de responsabilidad civil ya que contaría con 4 años más para hacerlo. El segundo escenario corresponde al supuesto de responsabilidad extracontractual como resultado de un fraude, abuso o vía de hecho; en la que, si el actor no ha iniciado la acción pertinente en 4 años, aún contaría con dos años para hacer valer su derecho por la vía de una acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica. La verdad es que, si nos atenemos a la realidad legislativa, no existe una respuesta concreta respecto a la compatibilidad de las acciones, por lo que se procederá con el análisis correspondiente en el acápite correspondiente al análisis jurisprudencial.

Mientras que la responsabilidad civil como consecuencia de un daño se refiere a aquella “obligación legal de reparar el mismo con un resarcimiento que se materializa a través de la reintegración patrimonial, [es decir] restaurar el patrimonio del perjudicado”¹²³, la doctrina del levantamiento societario busca, a través de la desestimación de la responsabilidad limitada, responder a un perjuicio ocasionado a terceros, bien podría decirse, en los mismos términos de la responsabilidad civil. Ahora, ¿por qué el legislador ha decidido establecer otra regulación a propósito de este último? Algunos sostienen que “este principio general no es suficiente para construir una doctrina del levantamiento [...] que sea uniforme y coherente”¹²⁴, mas sin embargo, tampoco parece lograr estos atributos configurándose por separado.

Una vez que se han analizado las posibles acciones a ejercer, queda examinar cuáles son los derechos de un posible accionante en cuanto a un proceso de desvelamiento societario, y para esto es necesario volver al art. 31 de la LC. En este caso, la ley equipara el tratamiento de los perjudicados por un abuso de personalidad jurídica al de cualquier

¹²² Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 17A.

¹²³ J. María Elena Guerra. *Levantamiento del velo societario y los derechos, deberes y responsabilidades de la sociedad anónima*. Tesis doctoral. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 2007, p. 139.

¹²⁴ J. María Elena Guerra. *Levantamiento del velo y responsabilidad de la sociedad Anónima*. Perú: Grijley Ed., 2009, p. 429

“acreedor personal de un socio o accionista” al conferirles sus mismos derechos en los siguientes términos:

- [...] 1. Solicitar la prohibición de transferir participaciones o acciones.
2. Embargar las acciones que le correspondan, las cuales podrán ser rematadas a valor de mercado, de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Los derechos económicos inherentes a la calidad de accionista, serán ejercidos por la persona en cuyo beneficio se dictó el embargo. No son susceptibles de embargo las cuotas o participaciones que correspondan al socio de una compañía de responsabilidad limitada en el capital social.
3. Embargar las utilidades que les correspondan previa deducción de lo que el socio o accionista adeudare por sus obligaciones sociales;”¹²⁵

Cabe preguntarse si todos los derechos que tiene el perjudicado en términos del art. 17 LC pueden reducirse en términos de acreencias y derechos pecuniarios. Si el resultado de la acción es devolver las cosas al estado anterior, y es un particular quien inicia la acción, cómo es que se cuantifica el fraude en términos de reparación integral. Si bien el avalúo de daños representa por sí solo un problema en la práctica judicial, en los casos de desvelamiento del velo societario existen dos componentes considerados por el legislador. Por una parte, le otorga los derechos de un acreedor en virtud al art. 31 LC antes señalado; y por otra, rompe con la estructura fundamental de las compañías al desestima la personalidad jurídica que han establecido voluntaria y legalmente en sus respectivos estatutos.

¿Qué sucede en cambio, si el que ha sufrido los resultados del fraude ha sido un ente público? ¿Sería posible que este inicie una acción de coactiva para levantar el velo societario? Si bien es cierto, en la normativa actual ecuatoriana no existe una norma explícita que permita levantar el velo societario a una institución estatal valiéndose de la potestad coactiva. Sin embargo, la realidad nacional no siempre fue así. La Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales del 26 de septiembre de 2012, incluía en su primer artículo la posibilidad de que las instituciones estatales con jurisdicción coactiva hagan uso, por sí mismas, del desvelamiento societario en casos de “personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica)”, y establecía que “se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes en el Ecuador”¹²⁶.

¹²⁵ Ley de Compañías. *Óp. cit.* Artículo 31.

¹²⁶ Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento 797 de 26 de septiembre de 2012.

Dicho artículo constituyó una amenaza a las empresas del sector privado, no solo porque ignoraba el principio según el cual únicamente una autoridad judicial (entendida en su sentido propio) es competente para invocar una acción tan peligrosa, sino que las instituciones estatales, ejerciendo su autotutela, estaban motivadas a hacer uso de dichas acciones, ya que su posición era la de juez y parte, dejando en una posición de total desigualdad para su contraparte privada. La norma desincentivaba el comercio entre público y privado, lo que deviene en una situación perniciosa económicamente hablando.

Es factible concluir, por lo tanto, que existe una evidente falta de técnica legislativa, al menos en lo que concierne a la normativa empresarial y del levantamiento del velo societario en el Ecuador. Las normas correspondientes a los presupuestos de aplicación de la figura son ambiguas, y en ningún lugar ofrecen definiciones o especificaciones que limiten el ámbito de aplicación de la figura, que en teoría debería ser *ultima ratio* para dejar al juez la tarea de interpretar las normas dispersadas en el ordenamiento jurídico para decidir si desestimar o no la personalidad jurídica de una u otra compañía.

III. Análisis Jurisprudencial Ecuador

Como se ha mencionado anteriormente, el desarrollo de la figura del levantamiento del velo societario ha radicado mayoritariamente en la doctrina y jurisprudencia. En Latinoamérica, “los desarrollos doctrinales de la teoría del levantamiento del velo son producto de la creatividad judicial”¹²⁷, y es por esto que resulta pertinente analizar la manera en que se ha decidido sobre el tema en el Ecuador, lo mismo que se realizará a través de fallos de casación con el fin de identificar cuál es la postura de las Cortes al momento de manifestarse sobre la doctrina. Para esto, se analizarán cuatro sentencias de los años 1999, 2001, 2003 y 2016.

3.1. Sindicato General de Choferes del Guayas (1999)

La primera sentencia que se refiere al levantamiento del velo societario en el Ecuador se da en el año 1999 a propósito de un juicio ordinario por daño moral accionado por Rubén Morán Buenaño en contra de Antonio Onofre González y Leopoldo Morán

¹²⁷ *Id.*, p. 89.

Intriago. El actor pretendía se obligue personalmente al pago de una indemnización resarcitoria en su beneficio por actos imputables a la Asamblea General del Sindicato General de Choferes del Guayas, quienes habían procedido a expulsarlo de dicha agrupación por el delito de traición a la clase del volante a través de supuestas “actuaciones arbitrarias e injustificadas”¹²⁸. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, decidió casar la sentencia dictada por la Corte Superior de Justicia de Guayaquil y rechazar la demanda en virtud de que “el actor carec[ía] de derecho para intentar la acción [...] por ser un caso de Litis consorcio necesario en que debió contarse también con el Sindicato General de Choferes Profesionales del Guayas” además de “no existir sentencia que declare la nulidad de la decisión [...] ni decisión de este organismo gremial que deje sin efecto tal resolución”¹²⁹.

Ahora bien, una asociación gremial como lo es el sindicato tiene una naturaleza muy distinta a las sociedades y compañías anónimas y de responsabilidad limitada. El sindicato, a diferencia de las anteriores, es una sociedad sin fines de lucro. Los trabajadores miembros de un sindicato deben realizar un aporte inicial que más que un aporte tiene la naturaleza de una cuota mínima, la misma que se encontraba regulada en el Código de Trabajo de 1997 vigente a la época del caso analizado en el art. 454 numeral séptimo¹³⁰. Aún así, la Corte, basándose en una cita del jurista Ricardo de Ángel Yágüez acerca del uso de la figura y la facultad de los jueces como intérpretes del Derecho, concluye que

“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 (personalidad jurídica) 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”¹³¹.

¹²⁸ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 1152-95, de 09 de septiembre de 1999, p.2.

¹²⁹ *Id.*, p.4.

¹³⁰ “Art. 454.- Contenido de los estatutos.- Los estatutos deberán contener disposiciones relativas a las siguientes materias: 7a.- La cuota mínima que deberá pagar cada trabajador, que no podrá ser inferior al uno por ciento de su remuneración. En las empresas donde exista sindicato o asociación profesional formado de acuerdo a la ley, aún los trabajadores no sindicalizados estarán obligados a pagar esta cuota mínima.” Véase, Código del Trabajo. Artículo 454. Registro Oficial 162 de 29 de septiembre de 1997.

¹³¹ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 1152-95. *Óp. cit.*, p. 3.

La Corte no tiene problema en aceptar la aplicación del levantamiento del velo societario en asociaciones gremiales sin fines de lucro con el objeto de evitar un incumplimiento legal aún cuando sus miembros no hayan aportado su capital con el fin de obtener utilidades o réditos, lo que es a todas luces incorrecto desde el punto de vista de la doctrina anglosajona¹³². En base a esto la Corte estima que el sindicato “no puede calificarse como un ente simulado”¹³³ pero que de haberse configurado una violación de la ley para llegar a la “decisión colectiva de expulsar a uno de sus miembros”¹³⁴ entonces si hubiera sido posible desestimar la personalidad jurídica del mismo.

Las normas que analiza la Corte son normas de la codificación civil referidas a la responsabilidad civil extracontractual. El actor basó su demanda en los artículos 2241, 2243 y 2258 del Código Civil de 1970 (vigente en ese momento). Estos artículos se referían a la obligación de indemnizar por haber cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro; a la obligación de indemnizar por parte de quien causó el daño, así como de quien recibe provecho del dolo ajeno en el segundo; y, finalmente al daño moral por imputaciones injuriosas en contra de la honra y su derecho sobreviniente para demandar una indemnización pecuniaria¹³⁵. Es con base a la responsabilidad civil que intenta desestimar la personalidad jurídica de la asociación, alegando como abuso la manipulación de los miembros de la asociación gremial por parte de Antonio Onofre González (representante de dicha asociación).

La sentencia, finalmente, no analiza normativa alguna con respecto a la doctrina de desentendimiento de la personalidad jurídica en su *ratio decidendi*, sino que se limita a citar doctrina al respecto. Sin embargo, la sentencia resulta interesante ya que no solo se analiza un levantamiento en una sociedad no lucrativa sino que se pretende levantar el velo como consecuencia de conductas injuriosas que han desprestigiado al demandante,

¹³² Sin embargo, este no es el único caso en el que se ha querido desestimar la personalidad jurídica de un sindicato. “En En 1971, la Corte Suprema de Argentina levantó el velo de un sindicato que había sido declarado en quiebra, y con el propósito de evadir sus obligaciones de seguridad social liquidó su existencia legal, y se reconstituyó bajo otra personalidad legal”. Decisión emitida por la Sala D de la Cámara Nacional en lo Civil de Argentina, de fecha 16 de marzo de 1971. Patricia López. *La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica*. LexisNexis (2003), pp. 232-233. Citado en Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano... Óp. cit.*, p. 126.

¹³³ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 1152-95. *Óp. cit.*, p. 3.

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ Código Civil. Artículo 18. Registro Oficial Suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.

presupuesto que no se corresponde con ninguno de los contemplados doctrinariamente y que fueron analizados ya.

3.2. Diners Club del Ecuador S.A. v. Mariscos de Chupadores Chupamar S.A. (2001)

Un caso altamente mencionado por la doctrina ecuatoriana es el de Diners Club del Ecuador S.A. Sociedad Financiera, en contra de María Isabel Baquerizo Luque, representante legal de Mariscos de Chupadores Chupamar S.A. y Leonel Baquerizo Luque dentro de juicio verbal sumario por cobro de dinero que llegó a ser conocido por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en virtud de un recurso de casación interpuesto por este último. El levantamiento del velo societario es analizado por la Corte ya que se estima que el recurrente ha actuado con mala fe al obstaculizar el proceso por no contestar la demanda y no presentarse a la audiencia de conciliación. Desde la demanda hasta la citación, se tomaron 18 meses, por lo que la Corte estimó especial gravedad al asunto dado que la profesión de este último era la de abogado. Ahora bien, no es lo mismo la mala fe procesal que fraude o abuso de la personalidad jurídica y si bien los últimos son aquellos que dan lugar a la doctrina del levantamiento, en este caso se estima al primero como supuesto fraudulento que permite desestimar la personalidad de Mariscos de Chupadores Chupamar.

La sentencia, además, realiza un análisis de los porcentajes de acciones que tenía Mariscos de Chupadores Chupamar S.A. al momento de realizarse la demanda, siendo estos los que siguen: “Abogado Leonel Baquerizo Luque (99.5 por ciento), Leonel Baquerizo Puga (0.125 por ciento), Isabel Luque de Baquerizo (0.125 por ciento), María Isabel Baquerizo (0.125 por ciento) y Guillermo Sotomayor (0.125 por ciento)”¹³⁶, y lo utiliza como singular fundamento para 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 se ha reducido a “una mera figura formal, a un mero recurso técnico” [por lo que] la institución societaria está siendo utilizada para otros fines privativos del abogado Baquerizo Luque, titular del 99.5 por ciento del capital social [...] lo que legitima al juzgador para desestimar la personalidad jurídica y admiti[r] la demanda”¹³⁷.

¹³⁶ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Serie 17. Gaceta Judicial 5 de 21 de marzo de 2001, p. 4.

¹³⁷ *Ibid.*

En esta virtud, la Corte rechaza el recurso de casación “por carecer de fundamento”¹³⁸ en vista de que las obligaciones a las que se hacía referencia eran legales y plenamente válidas. No obstante, es pertinente señalar que existe un elemento subjetivo (el interés real en la sociedad) que intenta objetivarse a través del análisis de porcentaje de acciones con los que cuenta cada accionista, que se asemeja al presupuesto de confusión de patrimonios analizado previamente. Pero, si bien el porcentaje mayoritario develado podría significar un interés superior en la compañía, como lo menciona la Corte, no aparece claro cómo se prueba el fraude a partir de dicho enunciado ya que un interés particular en un negocio no significa necesariamente que se lleve al cometimiento de un ilícito. La Corte no utilizó esta oportunidad para pronunciarse detalladamente sobre el tema, lo que pudo significar una guía más clara para futuros dilemas jurídicos de este tipo, por ejemplo, para casos de asesorías legales a empresas con accionistas con gran control del capital social.

Esta es la primera sentencia de casación que cita a la doctrina de Carmen Boldó Roda tomada de su obra “La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español” para llegar a una conclusión que terminaría por tomarse en consideración en dos casos análogos posteriores. Esta postura señala lo siguiente:

“En la actuación de las personas jurídicas, **se ha observado en los últimos años una notoria y perjudicial desviación**, ya que se le usa como **camino oblicuo o desviado para burlar la ley o perjudicar a terceros**. Pierde por completo su razón de ser y su justificación económica y social; **ya no es más una persona ideal o moral** y se convierte en una mera figura formal, **un recurso técnico que permite alcanzar proditorios fines**. Como señala la doctrina, la reducción de la persona jurídica a una mera figura formal, a un mero recurso técnico, va a permitir su utilización para otros fines, privativos de las personas que los integran y distintos de los de la realidad jurídica para la que nació esta figura. Esta situación desemboca en el llamado **"abuso" de la persona jurídica, que se manifiesta, principalmente, en el ámbito de las sociedades de capital.**”¹³⁹

Y es con este fundamento que la Corte inmediatamente deduce que:

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 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, sean legítimos titulares de un bien o un derecho a quienes se les privaría o despojaría de ellos**. Estas son situaciones extremas, que

¹³⁸ *Id.*, p. 5.

¹³⁹ Carmen Boldó Roda. *La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español*. Buenos Aires: Depalma (1997), p. 1. Citado en *Id.*, p. 4.

deben analizarse con sumo cuidado, ya que **no puede afectarse la seguridad jurídica, pero tampoco puede a pretexto de proteger este valor, permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la institución societaria.**¹⁴⁰ [el subrayado es propio]

Así, sirve para obtener una idea un poco más clara acerca de la naturaleza de la figura en el Ecuador y permite vislumbrar una definición del término “abuso” de la personalidad jurídica (que no existe en la normativa ecuatoriana), el mismo que señala es más común “en el ámbito de las sociedades de capital”¹⁴¹, lo que podría significar la posible desestimación de la personalidad en sociedades sin fines de lucro como se pretendió en el caso anterior. En general, esta postura puede criticarse en razón de algunos aspectos. Por ejemplo, Boldó Roda sostiene que existe una “notoria y perjudicial desviación”¹⁴² en el comportamiento de las personas jurídicas, sin embargo, no existe una base fundamentada para aseverar esta realidad. Denota una concepción negativa sobre las personas jurídicas al considerarlas como un mero “camino oblicuo o desviado para burlar la ley”¹⁴³ que carecen de moral y “se convierte en un recurso técnico que permite alcanzar proditorios fines”¹⁴⁴. Ahora, las personas jurídicas representan una ficción legal a la que difícilmente puede aplicársele un concepto subjetivo de moralidad, que además, se configura como un mecanismo técnico, que sí permite alcanzar fines, no necesariamente proditorios como menciona la autora. Es importante realizar estos señalamientos ya que esta doctrina es fundamento de decisiones judiciales sobre el levantamiento del velo societario en el Ecuador.

El análisis normativo sobre el que basa la sentencia se refiere a los artículos 97, 107, 355 numerales tercero y cuarto, 358 y 843 del Código de Procedimiento Civil; que tratan específicamente de temas de solemnidades tales como la citación, contestación, término probatorio y tipo de procedimiento¹⁴⁵. Y llama la atención que la norma analizada con respecto a la inoponibilidad de la personalidad jurídica sea el art. 18 del Código Civil

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² Carmen Boldó Roda. *La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español*. Buenos Aires: Depalma (1997), p. 1. Citado en *Ibíd.*

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ Código de Procedimiento Civil. Artículos 97, 107, 355 numerales tercero y cuarto, 358 y 843. Registro Oficial Suplemento 687 de 18 de mayo de 1987.

sobre la interpretación de la ley “por constituir un principio de derecho universal la desestimación de la personalidad jurídica para evitar un abuso de la institución sea en fraude a la ley, o abusando del derecho en perjuicio de intereses de terceros”¹⁴⁶. Esta apreciación resulta en extremo peligrosa ya que, la parte pertinente del artículo señala:

“**Art. 18.**- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: 7a.- A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”¹⁴⁷.

El artículo no señala que la desestimación de la personalidad jurídica sea por sí sola un principio de derecho universal como así lo estima la Corte, sino que solamente se refiere en términos generales a estos principios como una solución a las lagunas en el derecho. Esto sugiere una amplísima discrecionalidad de los juzgadores y una clara falta de normas que guíen el proceso del levantamiento del velo. Su doctrina, si bien amplia, no ha sido considerada de ninguna forma como un principio general del derecho, al contrario, se considera una excepción extrema en casos puntuales.

3.3. Ángel Mesías Puma Shagüi v. Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda (2003)

La segunda sentencia que se refiere al pronunciamiento del caso Chupamar sobre el levantamiento del velo, es el recurso de casación de fecha 28 de enero de 2003 dentro de juicio ordinario por cumplimiento contractual iniciado por Ángel Mesías Puma Shagüi en contra de Mario Santiago Terreros Serrano como Gerente propietario de “Importadora Terreros Serrano S.A.”¹⁴⁸. La sociedad antedicha, contando con 24 años de funcionamiento en el mercado ecuatoriano al momento de la interposición del recurso (desde 1979 a 2003), fue demandada en virtud de que no se perfeccionó el contrato de compraventa mercantil de lubricantes automotrices celebrado por el actor y la compañía a través de un vendedor en calidad de factor del establecimiento. El contrato de fue fijado con un precio de S./ 66089.960,00, el mismo que fue pagado con cheques por parte del acreedor, y del cual se exponía la respectiva factura comercial.

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Serie 17. *Óp. cit.*, p. 5.

¹⁴⁷ Código Civil. Artículo 18. Registro Oficial Suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.

¹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 67-2002, de 09 de abril de 2003, p. 1.

La Corte analizó la doctrina del levantamiento del velo como pretensión del actor ya que la empresa demandada pretendía ampararse bajo un cambio de denominación social (“Importadora Terreros Serrano S.A.” a “Importadora Terreros Serrano Cia. Ltda”) para oponer una excepción dilatoria de ilegitimidad de personería pasiva, lo que “podría constituir un caso de fraude a la ley”¹⁴⁹ y para lo cual se refiere por primera vez al art. 17 de la Ley de Compañías. Sin embargo, este no parece configurarse en el sentido en que dicho artículo fue redactado, sino que mas bien se entiende como un presupuesto de mala fe procesal, además, en las mismas condiciones del caso Diners Club. Con todo, la Corte se remite posteriormente a la doctrina para determinar los casos que pueden estimarse ahora como abuso de la persona jurídica. Señala que “[e]xiste abuso cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata: a) de burlar la ley, b) de quebrantar obligaciones contractuales, o c) de perjudicar fraudulentamente a terceros”¹⁵⁰ para de esta forma subsumir el caso presentado al literal b antes citado. De los hechos del caso se desprende que el Sr. Mario Terreros decidió no entregar la mercadería al deudor exigiéndole cerca del doble del valor contratado como condición de la entrega. Al deudor, al negarse a realizar dicho pago, le fueron devueltos los cheques correspondientes por lo que decide demandar el cumplimiento contractual así como “el pago de daños y perjuicios”¹⁵¹. en los que incluye el daño emergente, lucro cesante y pago de costas y honorarios.

La decisión de la Corte realiza un análisis del caso basándose casi exclusivamente en la buena fe contractual para lo que cita los artículos 1588 y 1589 del Código Civil para después referirse a esta como la “piedra angular y regla fundamental del derecho de obligaciones”¹⁵² que “exige que se realice no sólo lo que se debe en razón de la obligación, sino que se cumpla con la moral y con las reglas sociales que suponen un proceder honesto”¹⁵³. La base axiológica en la *ratio decidendi* de la sentencia es extensa, hasta el punto de considerar que, “frente al principio de autonomía de la voluntad, se lleva la necesidad para las partes de respetar la ley moral”¹⁵⁴ del contrato, que, por ser ley para

¹⁴⁹ *Id.*, p. 2.

¹⁵⁰ *Id.*, p. 3.

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² *Id.*, p. 6.

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ *Ibíd.*

las partes, debe ser cumplido con una actitud loable. El problema económico que esto sugiere es importante, y será analizado en su momento pertinente.

En resumen, la Corte estimó; en primer lugar que se trataba de un fraude por lo que procedía aplicar el artículo 17 LC; luego estimó que se trataba en cambio de un abuso en razón de un incumplimiento contractual por parte de la sociedad; para llegar a una conclusión en base a reglas de derecho de obligaciones sobre la buena fe contractual, y, finalmente casar la sentencia a favor de Ángel Puma disponiendo el cumplimiento del contrato por el mismo precio señalado a la fecha de la celebración del contrato (transformado de sucres a dólares) con costas adicionales por \$100.00, lo que lleva a un valor total de \$2,743.59 dólares de los Estados Unidos de América. De nuevo, las implicancias económicas son trascendentales y se analizarán en el acápite siguiente.

3.4. Flor María Méndez v. Fábrica de Municiones Santa Bárbara S.A. (2016)

La tercera sentencia de casación que repite el criterio sobre el levantamiento del velo societario basado en la doctrina de Carmen Boldó Roda, es la resolución No.75-2013 emitida por la Corte Nacional de Justicia dictada dentro de juicio ordinario por indemnización de daños y perjuicios, de nuevo, de naturaleza extracontractual. El juicio fue seguido por Flor María Méndez en contra de la Junta de Defensa Nacional, Fábrica de Municiones Santa Bárbara Sociedad Anónima y el Estado ecuatoriano. Los hechos que rodean al caso se basan en una explosión en la Brigada Blindada Galápagos de la ciudad de Riobamba de la cual la actora recibió impactos de esquirlas desde el interior de dicho cuartel, y por lo cual, alegaba daños “somáticos y psicológicos”¹⁵⁵.

La Corte considera la doctrina del levantamiento del velo societario en base a que la demandada aparecía bajo cuatro nombres distintos en sus comparecencias, “SANTA BÁRBARA S.A.”, “Compañía F.M.S.B. Santa Bárbara S.A.”, “Compañía F.M.S.B. Fábrica de Municiones Santa Bárbara S.A.” y “Fábrica de Municiones Santa Bárbara S.A.”¹⁵⁶ para alegar la falta de legítimo contradictor dentro del proceso ¿Esto significaría que los jueces pueden advertir que una compañía ha cometido un fraude durante el proceso para entonces ellos mismos utilizar la figura del levantamiento del velo societario

¹⁵⁵ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 75-2013 de 06 de mayo de 2016, p. 3.

¹⁵⁶ *Ibíd.*

o inoponibilidad de la personalidad jurídica en los términos del art. 17 LC? La mala fe procesal y el fraude se confunden en el análisis jurídico de la Corte, y el primero pasa a configurarse como un presupuesto para levantar el velo a los ojos de la jurisprudencia ecuatoriana.

La demanda que origina el caso, al igual que la de la primera sentencia analizada en esta sección, pretende una indemnización por daño moral por lo que las normas analizadas en la sentencia son casi exclusivamente de carácter civil¹⁵⁷ atinentes a las obligaciones en general y al daño moral, su indemnización e incluso su plazo de prescripción¹⁵⁸, confundiendo la naturaleza nuevamente de la responsabilidad civil general y la doctrina del levantamiento del velo societario. La sentencia de casación, como tres de las cuatro antes analizadas, no se refiere a la normativa de la Ley de Compañías sobre la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

La Corte Suprema de Justicia, finalmente, decide casar la sentencia y rechazar la demanda en vista de que no se practicó prueba alguna que demuestre un verdadero daño moral como se configura en el art. 2232 de la codificación civil. Es decir, la obligación nunca existió porque no fue probada ¿Esto significa que nunca se configuró el fraude como tal? En realidad, no existe certeza al respecto, ya que, como en las sentencias anteriores, el tema atinente al levantamiento del velo societario es analizado como un punto en el camino para analizar la existencia o no de una obligación civil, contractual o extracontractual, mas no existe claridad sobre qué hechos configuran verdaderamente un fraude a la ley o abuso de la personalidad jurídica.

Los jueces se limitan a ejercer un rol pasivo, que, en palabras de Dante Figueroa, “impide idear activamente nuevas estructuras teóricas en ausencia de la legislación referida a la responsabilidad civil”¹⁵⁹, lo que se ha comprobado a través del análisis jurisprudencial específico en el caso del Ecuador. En estas ocasiones, los jueces han tenido la oportunidad de aclarar a la figura, dar guías que sirvan tanto a las empresas como a sus asesores legales, o incluso utilizar un enfoque más bien económico en vista

¹⁵⁷ Se analizan también normas de carácter constitucional en cuanto a derechos plenamente justiciables y motivación de las resoluciones judiciales contenidas en los artículos 11 numeral tercero y 76 numeral séptimo literal l). Sin embargo, estas no son relevantes para el objeto de estudio en este caso por lo que no se tomarán en cuenta para su respectivo análisis.

¹⁵⁸ La Corte analiza los artículos 1453, 2220, 2229, 2231, 2232, 2233, 2234, 2235, 2236 del Código Civil. Véase, Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁵⁹ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano... Óp. cit.*, p. 95.

de los intereses que se encuentran en juego, sin embargo, las reglas siguen siendo confusas y la aplicación del levantamiento del velo resulta más bien arbitraria en vista de la ausencia total del análisis normativo respectivo, que más bien la postula como una doctrina que puede ser accionada como mecanismo para resarcir una pretensión de responsabilidad civil.

IV. Breves consideraciones económicas. Consecuencias de la doctrina, normativa y jurisprudencia.

La trascendencia de la responsabilidad limitada al mundo económico es indiscutible, tanto así, que uno de los argumentos más persuasivos a su favor es aquel de la eficiencia¹⁶⁰, en gran parte por los costos que ayuda a disminuir. Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel han realizado un estudio pormenorizado del tema; del cual se desprenden dos tipos de costos que aminoran las compañías con esta responsabilidad. Los primeros están referidos a los costos de separación y especialización en relación a la inversión y administración (o provisión de capital y habilidades gerenciales) ya que es posible que estos “se asignen a personas que carecen de capital y a propietarios de fondos que carecen de habilidades de producción”¹⁶¹¹⁶².

El segundo está referido al costo de comprar acciones ya que, a diferencia de las compañías de responsabilidad ilimitada en que las acciones no son fungibles¹⁶³, en este

¹⁶⁰ Richard A. Booth. “Limited Liability and the Efficient Allocation of Resources” *North Western University Law Review* 18 (1995), pp. 143-145. Citado en Dante Figueroa *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano. Aspectos Comparados con el Derecho Estadounidense*. 1era. ed. Santiago: Editorial El Jurista, 2011, p. 46.

¹⁶¹ Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel. “Limited Liability and the Corporation”. *The University of Chicago Law Review* 52/1 (1985), p. 94. Traducción libre.

¹⁶² Si bien es cierto, existe un riesgo asumido por el inversionista de que sus inversiones no se desarrollen por lo que existen mecanismos para que los participantes en las compañías garanticen su propio desempeño. Los autores determinan que, si bien estos costos pueden ser sustanciales, los costos generados por las relaciones de agencia son superados por las ganancias de separación y especialización de la función. Los inversores que corran mayor riesgo de perder riqueza podrán controlar a los agentes más de cerca, pero, argumentan estos, más allá de un punto, no vale la pena pagar más monitoreo. Una asunción de riesgo especializada implica, además, que muchos inversores tendrán participaciones diversificadas y solo una pequeña porción de su riqueza estará en riesgo. Véase, *Ibid.*

¹⁶³ Las acciones de las compañías de responsabilidad ilimitada no son fungibles ya que su valor está determinado en función del valor presente de los flujos de efectivos futuros y la riqueza de los accionistas. Los costos en general de la compra de acciones en este caso son mayores ya que el posible adquirente de un bloque de control de acciones se vería obligado a negociar por separado con los accionistas individuales pagando precios distintos a cada uno. Véase, *Id.*, p. 96.

caso el valor de las acciones esta determinado en función del valor presente del flujo de ingresos generados por los activos de la empresa por lo que se comercian a un precio fijo en los mercados líquidos¹⁶⁴, permitiendo la compra de bloques grandes de acciones “sin correr el riesgo de que se cobre un recargo, facilitando las transacciones beneficiosas”¹⁶⁵. Pero esta no es su única consecuencia, sino que esto implica una reducción de asimetrías de información ya que “permite que los precios de mercado confisquen información adicional sobre el valor de las empresas”¹⁶⁶. Todo el mercado de capital se ve beneficiado por esta regla ya que “la responsabilidad limitada disminuye el costo de buscar buenas inversiones para acreedores y accionistas”¹⁶⁷.

Pero no solo se trata de costos reducidos, sino que también se trata de un mecanismo que permite una diversificación eficiente por parte de los inversionistas ya que estos podrán optar por negocios más riesgosos que les generen mayor utilidades. En este punto cabe recalcar que el riesgo en un nivel económico “no puede eliminarse mediante la diversificación”¹⁶⁸, sin embargo, la responsabilidad limitada constituye un acuerdo de riesgo compartido en el cual tanto acreedor como deudor “sostienen una parte del riesgo”¹⁶⁹ ya que “tanto los accionistas como los acreedores corren el riesgo de perder sus inversiones”¹⁷⁰. La posibilidad de diversificación es una forma asequible de reducir el riesgo¹⁷¹ y los inversionistas pueden hacerlo gracias a la limitación de la responsabilidad.

En cuanto a la legislación que regula asuntos corporativos de esta índole, es justo decir que juega un papel más importante del que a simple vista ofrece. Un estudio empírico conducido por Jens Dammann y Matthias Schündeln publicado por *The University of Chicago Press for The Booth School of Business*, demostró que:

¹⁶⁴ *Ibíd.*

¹⁶⁵ *Ibíd.*

¹⁶⁶ *Ibíd.*

¹⁶⁷ *Id.*, p. 99.

¹⁶⁸ *Id.*, p. 101.

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ *Ibíd.*

¹⁷¹ *Id.*, p. 107.

“es menos probable que las compañías de responsabilidad limitada se incorporen localmente si su estado de origen ofrece normas laxas para la protección de inversores minoritarios o reglas favorables para los acreedores para la perforación del velo”¹⁷²,

que tiene como resultado la creación de un “mercado para el derecho corporativo en el que los estados funcionan como proveedores y las corporaciones como consumidores”¹⁷³. La ley no solamente tiene consecuencias jurídicas, sino que también puede afectar el desarrollo económico de la jurisdicción sobre la que está llamada a regir, por lo que el legislador debería tener en cuenta estos aspectos al momento de ejercer sus funciones.

William Callison, a propósito de este problema (no poco común en las distintas jurisdicciones alrededor del mundo), ofrece la alternativa de proporcionar orientación estatutaria sobre cuándo se debe dejar de lado el escudo de la responsabilidad limitada, que puede o no darse por medio de acción legislativa, pero que ayudaría a desarrollar una teoría de responsabilidad coherente para guiar a los tribunales [y legisladores] en el “desarrollo de reglas de perforación del velo fundamentadas y comprensibles”¹⁷⁴. Existen autores que se refieren a la posibilidad de reformar las normas concernientes al levantamiento del velo en la región latinoamericana, y señalan que dichas reformas “deberían ser tanto sustantivas como procedimentales” con el objeto de “asegurar su aplicación a lo largo de todas las ramas del derecho”¹⁷⁵ que configure un marco legal seguro y predecible para los nuevos negocios así como para los ya constituidos.

La jurisprudencia, así como la ley y la doctrina, también debe estar ligada a los aspectos económicos que rodean al derecho empresarial y es por esto que analizaremos económicamente los resultados obtenidos en el fallo de casación No. 67-2002, Ángel Mesías Puma Shagüi v. Importadora Terreros Serrano Cía Ltda. en el que se decidió ordenar el cumplimiento del contrato con fundamento en la buena fe. Richard Posner, uno de los más importantes analistas económicos del derecho del mundo, sostiene una

¹⁷² Jens Damman y Matthias Schündeln. “Where are Limited Liability Companies Formed? An Empirical Analysis. *The Journal of Law & Economics* 55/4 (2012), p. 741. Traducción libre.

¹⁷³ *Id.*, pp. 141-142.

¹⁷⁴ J. William Callison. “Rationalizing Limited Liability and Veil Piercing”. *Óp. cit.*, p. 1066. Traducción libre.

¹⁷⁵ Magaly Perretti. *Los negocios jurídicos simulados y el Levantamiento del velo societario*. Navarra: Editorial Liber (2007), p. 127. Citado en Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano... Óp. cit.*, p. 149.

postura completamente opuesta a la tomada por la Corte en este caso. Para él, el derecho de contratos “no debe basarse en un análisis moral de la culpa al respecto del incumplimiento contractual, sino más bien en un enfoque traducido en términos económicos y prácticos”¹⁷⁶, y su argumento tiene lógica.

Desde el punto de vista económico, hubiera sido no sólo más práctico, sino que hubiera tenido más sentido para el actor, aceptar los cheques de vuelta y proceder a contratar con otra compañía. Dejar de hacer negocios con dicho Terreros Serrano, hubiera perjudicado a la larga al demandado, con más razón si el Sr. Puma Shagüi le representaba cliente importante. Posner plantea una postura de incumplimiento eficiente de los contratos para lo cual se basa en la teoría de Holmes de los contratos como opciones. Para él, “cuando se firma un contrato en el que se promete un rendimiento específico (suministro de un producto o proporción de un servicio) se compra la opción de cumplir o pagar daños, lo que tendrá más fuerza si el contrato cuenta con una cláusula de daños”¹⁷⁷ o lo que nosotros llamaríamos, una cláusula penal. Si el incumplimiento es eficiente, entonces, según Posner, no debe sancionarse.

Sin embargo, del recuento de los hechos expuestos brevemente en el caso del contrato mercantil, parecería ser que el contrato se celebró únicamente de manera verbal, y que luego se procedió con la negativa de entregar la mercadería por parte del vendedor. Lo que decide la Corte es que se de cumplimiento al contrato, esto, al año 2003, cuatro años después de haberse pactado e incumplido. Existen amplias razones para haber considerado un análisis económico del litigio por parte del accionante. ¿Le resultaría útil al demandante recibir las mercaderías cuatro años más tarde?, que además aún debía pagar a un precio inflado en dólares americanos. Para Posner, “un costo de oportunidad es un costo real, por lo que considerar un incumplimiento motivado por un deseo de evitar tal costo “deliberado” e imponer daños punitivos u ordenar un desempeño específico, [no hace otra cosa que] alentar una conducta ineficiente, entregándole un producto o servicio a una parte que lo valoró menos que otra”¹⁷⁸. Nuestro sistema judicial, podría entonces

¹⁷⁶ Richard A. Posner. “Let Us Never Blame a Contract Breaker”. *Michigan Law Review* 107/8 (2009), p. 1349. Traducción libre.

¹⁷⁷ *Id.*, p. 1350.

¹⁷⁸ *Id.*, p. 1353.

también ser el culpable de hacer cumplir medidas poco eficientes que terminen por crear una pérdida social en el sentido económico.

Conclusiones

El argumento más fuerte sobre el cual descansa la doctrina del levantamiento del velo societario es que a través de esta se “asegura que a nadie se le permit[*a*] defraudar a terceros o violar la ley a través de un abuso del escudo corporativo”¹⁷⁹. Sin embargo, los problemas que giran alrededor de la figura sobrepasan sus ventajas. Su teoría debe suponer “el pleno respeto de la realidad”, de manera que “la prevención de un fraude no puede llevar consigo la sanción de actividades lícitas y la vulneración de derechos fundamentales garantizados, ya no a los infractores o protagonistas del fraude, sino que a sujetos que actúan de manera lícita”¹⁸⁰, y es precisamente en este respecto que la doctrina falla por carecer de criterios claros en cuanto a su aplicación, lo que tiene consecuencias no sólo de tipo jurídico sino también económico.

El problema radica, en palabras de Teodoro Ribera Neumann, en que “cuando con el pretexto de limitar y restringir la comisión de un fraude, [se permite] alterar la naturaleza misma de los sujetos de derecho, [...] [se amenaza] el legítimo ejercicio de los derechos constitucionales”, y que “[a]l otorgar un estatus indeterminado a la individualidad natural de los cuerpos intermedios como a la calidad jurídica de los sujetos, se lesiona *in actum* la facultad de las personas de ejercer sus derechos, y se destruye la seguridad jurídica propia de un estado de derecho”¹⁸¹. Ésta es una actividad que recae directamente en la interpretación de los jueces al caso concreto, quienes están obligados a decidir aún sin haber ley para una situación particular¹⁸² ya que su desarrollo se ha hecho en gran parte sobre una base doctrinaria. Incluso en los Estados Unidos, región en la que está desarrollada la figura de manera más detallada, no existe una “regla sencilla, uniforme y predecible”¹⁸³ que ayude a una solución consistente de casos.

¹⁷⁹ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano... Óp. cit.*, p. 157.

¹⁸⁰ Teodoro Ribera Neumann. “La protección constitucional de la empresa: La individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo”. *Óp. cit.*, p. 296.

¹⁸¹ *Id.*, p. 297.

¹⁸² Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano... Óp. cit.*, p. 131.

¹⁸³ *Id.*, p. 146.

Es verdad que existen algunos lineamientos clave, el hecho, por ejemplo, de ser casos altamente específicos en los que el porcentaje de control de los accionistas se analiza de primera mano. Sin embargo, “es difícil discernir alguna doctrina general que ayude a determinar cuándo se traspasará el velo de responsabilidad limitada y cuando no. En cambio, los casos suelen establecer normas vagas, como que la responsabilidad limitada no debe ‘sancionar un fraude o promover la injusticia’”¹⁸⁴. Lo mismo puede decirse con respecto a la realidad ecuatoriana. Las Cortes se limitan a utilizar conceptos imprecisos como la buena fe y otros principios universales del derecho que no se ajustan a la realidad objetiva del funcionamiento empresarial, lo que culmina por “crear trampas para los poco aconsejados y desprevenidos sin proporcionar ninguna certeza de que la protección de la responsabilidad limitada sirva para los objetivos sociales que tiene la intención de servir”¹⁸⁵.

La falta de certeza y previsibilidad que esto genera presupone además costos reales que deberán ser asumidos por los inversionistas, lo que significa costos de transacción más altos. Para Stephen M. Bainbridge, existen dos tipos de costos: *ex ante* y *ex post*. Así,

“[e]x ante [...] algunos inversionistas invertirán en exceso en precauciones costosas, mientras que otros invertirán menos en educación acerca de riesgos y seguros. *Ex post*, los vagos estándares de perforación del velo conducen a litigios costosos y, con no poca frecuencia, resultados erróneos”¹⁸⁶,

y son razones como las antes expuestas por las que autores como Dante Figueroa manifiestan que “la doctrina del levantamiento del velo está muy lejos de proveer soluciones justas a los casos en que se aplica”, y otros, como Stephen M. Bainbridge llegan más allá, y señalan que el levantamiento societario, al contrario de la responsabilidad limitada, no resistirá el paso del tiempo¹⁸⁷.

La responsabilidad limitada es “probablemente el principio más importante del derecho corporativo”¹⁸⁸, y en gran parte se debe a su idoneidad “para atraer la enorme

¹⁸⁴ J. William Callison. “Rationalizing Limited Liability and Veil Piercing”. *Óp. cit.*, p. 1069. Traducción libre.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ Stephen M. Bainbridge. “Abolishing Veil Piercing”. *Óp. cit.*, p. 58. Traducción libre.

¹⁸⁷ *Id.*, p. 48.

¹⁸⁸ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano...* *Óp. cit.*, p. 45-46

cantidad de capital de inversión necesaria para que las corporaciones industriales surjan y florezcan”¹⁸⁹. La manera en que está estructurada ofrece

“una de las grandes ventajas del sistema corporativo, que es la de permitir a las personas usar pequeñas fracciones de sus ahorros para diversos fines, sin correr el riesgo de una pérdida desastrosa si alguna corporación en la que han invertido se declara insolvente”¹⁹⁰.

Sin embargo, estas nociones se ven tergiversadas bajo la teoría del levantamiento del velo que ostenta una “concepción del concepto crediticio como uno en el que los empresarios traman manipular a indefensos acreedores”¹⁹¹. En palabras de Richard Posner,

“quien solamente lee casos sobre la perforación del velo tendrá la impresión de que el propósito y el efecto habitual de la afiliación corporativa es engañar a los acreedores. Pero cualquier regla que permita la perforación del velo corporativo afectará el comportamiento comercial en toda la gama de transacciones de crédito en lugar de solo la muestra limitada y no representativa del comportamiento de los acusados en los casos denunciados de perforación del velo”¹⁹².

En realidad, el verdadero argumento para “desconfiar” de las compañías que limitan la responsabilidad de sus socios es aquel del riesgo. Las compañías de responsabilidad limitada permiten a sus socios externalizar el riesgo¹⁹³ al no comprometer todo su patrimonio en caso de que exista una acreencia de orden contractual o extracontractual como se ha analizado en un principio. Sin embargo, esta preocupación deja de tener sustento al analizar su fundamento desde la óptica económica. Así,

“lejos de externalizar los riesgos de las empresas comerciales, el principio de responsabilidad limitada del derecho corporativo facilita una forma de transacción ventajosa tanto para los inversores como para sus acreedores; ya que, en su ausencia, la oferta de inversión y la demanda de crédito podrían ser mucho más pequeñas de lo que ya son”¹⁹⁴.

Es más,

“en un mundo de responsabilidad personal, en lugar de responsabilidad limitada, los acreedores deberían confiar en la capacidad de cada accionista para pagar al menos una

¹⁸⁹ Stephen M. Bainbridge. “Abolishing Veil Piercing”. *Óp. cit.*, p. 22. Traducción libre.

¹⁹⁰ *Ibíd.*

¹⁹¹ Richard A. Posner. “The Rights of Creditors of Affiliated Corporations”. *Óp. cit.*, p. 500. Traducción libre.

¹⁹² *Id.*, p. 524.

¹⁹³ Stephen M. Bainbridge. “Abolishing Veil Piercing”. *Óp. cit.*, p. 43. Traducción libre.

¹⁹⁴ Richard A. Posner. “The Rights of Creditors of Affiliated Corporations”. *Óp. cit.*, p. 503. Traducción libre.

parte de la deuda. En consecuencia, los acreedores estarían obligados a evaluar y monitorear continuamente la solvencia de todos los accionistas. Hacerlo sería oneroso, si no prohibitivamente costoso para el acreedor. La responsabilidad limitada elimina la necesidad de hacer esto; el acreedor solo necesita preocuparse por la solvencia de la sociedad deudora”¹⁹⁵

Razones como las antes expuestas son las que han llevado a tratadistas de todo el mundo a considerar a la responsabilidad limitada como uno de los pilares del comercio, esto, porque responde adecuadamente a necesidades económicas de los distintos actores económicos. Es una herramienta eficiente, lo que no puede decirse al respecto del levantamiento del velo societario. La afectación o reformulación del concepto responsabilidad limitada podría afectar no solo al desarrollo económico sino también al libre comercio¹⁹⁶. El riesgo, como se mencionó en un principio, tiene como consecuencia un mayor retorno en la inversión, por lo que “sin la protección de la responsabilidad limitada existiría una drástica reducción en la creación de filiales de alto riesgo [lo que] perjudicaría a la economía en general”¹⁹⁷. Entonces,

“el levantamiento del velo actuaría como un mecanismo de transferencia de riesgo en el caso de inversionistas y acreedores, probablemente perjudicando a los pequeños inversionistas quienes estarían expuestos a responsabilidad personal por actos, transacciones y riesgos sobre los cuales difícilmente tenían conciencia al momento de comprar sus acciones, y por actividades corporativas sobre las cuales no tienen ninguna clase de control”¹⁹⁸

La protección de la responsabilidad limitada dentro de un ordenamiento jurídico tiene importancias de gran trascendencia, la misma que se ve vulnerada por la posible aplicación del levantamiento del velo bajo estándares y reglas poco consistentes. Los argumentos de tipo económico abundan en este sentido. Así, una regla general de

“responsabilidad ilimitada desalentaría la inversión en empresas comerciales por parte de personas que quisieran realizar pequeñas inversiones pasivas en dichas empresas. Desalentaría incluso las inversiones empresariales sustanciales de personas con aversión al riesgo, y la mayoría de los individuos son aversos al riesgo”¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Stephen M. Bainbridge. “Abolishing Veil Piercing”. *Óp. cit.*, p. 18. Traducción libre.

¹⁹⁶ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano...* *Óp. cit.*, p. 153.

¹⁹⁷ *Id.*, p. 155.

¹⁹⁸ *Ibíd.*

¹⁹⁹ Richard A. Posner. “The Rights of Creditors of Affiliated Corporations”. *Óp. cit.*, p. 502. Traducción libre.

La necesidad de diversificar un portafolio de inversiones es de suma importancia para reducir el riesgo inmerso en ellas. Asimismo, una regla de responsabilidad personal terminaría por tener efectos adversos en los inversionistas, y, “a su vez, los emisores sentirían ese efecto adverso en forma de mayores costos de capital, lo que dañaría a la sociedad al inhibir el crecimiento económico”²⁰⁰. Este análisis de riesgo, inversión y diversificación no es considerado en absoluto por las Cortes ecuatorianas, mucho menos por su legislación. En este sentido, la realidad latinoamericana demuestra que

“la generalidad de los emprendimientos empresariales son comenzados por compañías de tamaño pequeño y mediano y, por lo tanto, el permitir un amplio levantamiento del velo amenazaría seriamente la viabilidad y vitalidad de tales actores económicos vitales”²⁰¹,

lo mismo es señalado por Stephen M. Bainbridge, para quien la amplia discrecionalidad de los jueces con respecto a casos sobre el levantamiento del velo ha resultado únicamente en una ausencia de previsibilidad que genera costos de transacción altos especialmente para los pequeños negocios²⁰².

Ahora bien, ¿cuáles podrían ser posibles soluciones? Se podría empezar por considerar alternativas dentro del mismo ordenamiento jurídico. Por ejemplo, hay quienes consideran que pueden conseguirse los mismos resultados del levantamiento societario “a través de la institución de derecho civil de la simulación relativa”²⁰³, o a través de “teorías de derecho civil tradicionales sobre responsabilidad civil extracontractual”²⁰⁴, o definiendo de forma más refinada las distintas cláusulas contractuales entre empresas de responsabilidad limitada y terceros. La verdad es que, finalmente, la solución no puede ser jugar con la estructura básica, acordada además por sus socios y accionistas, de la persona jurídica cada vez que exista una acreencia importante.

William Callison aboga por una racionalización de la responsabilidad limitada para evitar medidas extremas en su desmedro. Por ejemplo, habla de una mitigación de riesgo mediante la “imposición de requisitos de seguro o capitalización como requisitos para la protección de la responsabilidad limitada”, o el uso de “sustitutos para lograr una

²⁰⁰ Stephen M. Bainbridge. “Abolishing Veil Piercing”. *Óp. cit.*, pp. 16-17. Traducción libre.

²⁰¹ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano...* *Óp. cit.*, p. 158.

²⁰² Stephen M. Bainbridge. “Abolishing Veil Piercing”. *Óp. cit.*, párr. 1. Traducción libre.

²⁰³ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano...* *Óp. cit.*, p. 110.

²⁰⁴ *Id.*, p. 159.

mitigación privada mediante el establecimiento de franquicias u otros impuestos sobre entidades de responsabilidad limitada”²⁰⁵, siempre teniendo en mente que estas reglas deben “orientarse a las personas involucradas en negocios y tribunales que hacen cumplir dichas reglas”, sin mencionar que es necesario “hacer que esas reglas sean correctas”²⁰⁶.

Ya lo ha dicho Teodoro Ribera Neumann, muchas veces “cuando el temor y la incapacidad para buscar soluciones ajustadas a las hipótesis de hecho se hacen presentes, se termina utilizando medios que no guardan proporcionalidad con el fin perseguido”²⁰⁷, e incluso, se llega a “amenaz[ar] el legítimo ejercicio de derechos constitucionales”²⁰⁸ cuando “con el pretexto de limitar y restringir la comisión de un fraude, [se permite] alterar la naturaleza misma de los sujetos de derechos”²⁰⁹. El objetivo debería ser el de crear un derecho corporativo eficiente, normativa como jurisprudencialmente, ajustado a la realidad comercial. Richard Posner considera que

“una ley corporativa que no está a la altura de estas realidades, y que induce a las partes contratantes a redactar la exención de los términos del contrato suministrados por la ley, es ineficiente porque impone costos innecesarios. Una ley corporativa es ineficiente si no proporciona los términos del contrato implícito estándar que brindan a los acreedores el tipo de protección contra incumplimiento que normalmente insistirían en una negociación expresa”²¹⁰,

con lo que volvemos a la idea del Teorema de Coase con sus costos de transacción mínimos atados a la idea de eficiencia. Y es que para que la ley sea eficiente, no es posible

“maximizar la protección de los acreedores por un lado o la libertad corporativa por otro, sino que debe mediar entre estas dos metas de manera que minimice los costos de aumentar ganancias para la inversión”²¹¹

Si la realidad económica no se toma en cuenta para redactar las reglas sobre las cuales ésta regirá, sin duda los problemas serán mayores que las ventajas ofrecidas por el ordenamiento jurídico. Stephen M. Bainbridge anota con claridad la necesidad de regular

²⁰⁵ J. William Callison. “Rationalizing Limited Liability and Veil Piercing”. *Óp. cit.*, p. 1066. Traducción libre.

²⁰⁶ *Ibíd.*

²⁰⁷ Teodoro Ribera Neumann. “La protección constitucional de la empresa: La individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo”. *Óp. cit.*, p. 297.

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ Richard A. Posner. “The Rights of Creditors of Affiliated Corporations”. *Óp. cit.*, p. 507. Traducción libre.

²¹¹ *Id.*, p. 509.

dependiendo del problema específico encontrado, así, por ejemplo, en vez de señalar reglas generales (como en el caso del levantamiento del velo societario) que aplican a una gran variedad de casos bajo el espectro de una cierta conducta (fraude, abuso, etc.), sería mejor encontrar la conducta específica que trae problemas para recurrir a soluciones específicas. En sus palabras, “si los choferes de taxi están poniendo en peligro a los peatones, entonces regula las compañías de taxi”²¹².

Y es que establecer una determinada política legal,

“requiere que uno tenga en cuenta no solo las necesidades de las partes en la transacción regulada, sino también la totalidad de los costos sociales creados por un régimen legal dado, y estos no son meramente los costos de transacción incurridos por las partes que buscan negociar alrededor de la regla, sino también los costos de administrar la regla”²¹³,

es decir, los costos de administrar justicia en función de ella. Resulta, además, especialmente complicado legislar en este sentido con respecto al levantamiento del velo, ya que detrás de este existen “dimensiones éticas que rodean la forma corporativa en el mundo capitalista”²¹⁴, que nos devuelven a conceptos vagos como aquél de la buena fe²¹⁵, que ha probado no ser un buen concepto para basar la realidad económica.

El levantamiento del velo societario es, a fin de cuentas, una herramienta cuya aplicación cae en manos de la interpretación judicial, la misma que cuenta con normas dispersadas en el ordenamiento jurídico que no ofrecen una concreta solución lo que devela un problema más bien estructural de las legislaciones de derecho civil. Ya se ha pronunciado Dante Figueroa al respecto al sostener que debido al “rol diferente- de hecho, un rol disminuido- reconocido a la jurisprudencia [...] es muy complicado sistematizar desarrollos jurisprudenciales relacionados con instituciones legales novedosas en Latinoamérica”²¹⁶. Para algunos, la solución está en reformar la teoría del levantamiento

²¹² Stephen M. Bainbridge. “Abolishing Veil Piercing”. *Óp. cit.*, p. 59. Traducción libre.

²¹³ *Id.*, p. 19.

²¹⁴ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano... Óp. cit.*, p. 153.

²¹⁵ Para Posner, incluso, no existe *per se* un deber general de buena fe en el derecho contractual, y la razón, nuevamente, se explica en términos económicos. En palabras del autor, “si ofreces un precio bajo por algún bien a su propietario, no estás obligado a decirle que crees que el bien tiene un precio bajo, que él no se da cuenta de su valor de mercado y tú lo haces. No se requiere ser un altruista, ser sincero, ser un buen tipo. Se le permite beneficiarse de la asimetría de la información. Si no pudiera hacer eso, el incentivo para descubrir información sobre valores verdaderos se vería reducido. Es un ejemplo de la paradoja económica tradicional de que la competencia privada puede ser una virtud pública.” Véase Richard A. Posner. “Let Us Never Blame a Contract Breaker”. *Óp. cit.*, p. 1358.

²¹⁶ Dante Figueroa. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano... Óp. cit.*, p. 160.

del velo y ofrecer soluciones en normas tanto adjetivas como sustantivas, sin embargo, para otros, “la abolición del levantamiento del velo societario es un paso necesario para redirigir los incentivos judiciales hacia un esquema correcto de soluciones al problema”²¹⁷, que es, finalmente, el otorgamiento de una solución expedita a los acreedores.

²¹⁷ Stephen M. Bainbridge. “Abolishing Veil Piercing”. *Óp. cit.*, p. 57. Traducción libre.

Bibliografía

Doctrina

- Andrade Ubidia, Santiago. “El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana”. *Foro* 11 (2009), pp. 7-35.
- Boldó Roda, Carmen. *El “levantamiento del velo” y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Madrid: Tecnos, 1993.
- Boldó Roda, Carmen. “Levantamiento del velo de la persona jurídica en un caso de responsabilidad extracontractual”. *Revista de Derecho de Sociedades* 6 (1996).
- Bueno, Esteban Francisco. “Acercamiento a la doctrina del disregard o levantamiento del velo societario”. *Revista Ruptura* 49 (2005).
- Callison, J. William. “Rationalizing Limited Liability and Veil Piercing”. *The Business Lawyer* 58/3 (2003), pp. 1063-1072.
- Carney, William. “Investor Liability: Financial Innovations in the Regulatory State and the Coming Revolution in Corporate Law”. *Harvard Law Review* 107/8 (1994), pp. 1941-1958.
- Castrillon y Luna, Víctor M. “El levantamiento del velo corporativo”. *Revista de la Facultad de derecho y Ciencias Sociales Benemérita Universidad Autónoma de Puebla* 8/15 (2014), pp. 123-156.
- Damman, Jens y Schündeln, Matthias. “Where are Limited Liability Companies Formed? An Empirical Analysis. *The Journal of Law & Economics* 55/4 (2012), pp. 741-791.
- Figuroa, Dante. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano. Aspectos Comparados con el Derecho Estadounidense*. 1era. ed. Santiago: Editorial El Jurista, 2011.
- Girón Tena, José. *Derecho de Sociedades Anónimas*. Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de Valladolid, 1952.
- Gonzalez-Meza Hoffman, Gerardo. “El levantamiento del velo corporativo”. *Revistas Colaborativas UNAM* (2016), pp. 73-91.
- Guerra, J. María Elena. *Levantamiento del velo societario y los derechos, deberes y responsabilidades de la sociedad anónima*. Tesis doctoral. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 2007.
- Guerrero Valenzuela, Roberto y Zegers Ruiz-Tagle, Matías. *Manual sobre derecho de sociedades*. Santiago: Ediciones UC, 2014, p. 137.

- Jequier Lehedé, Eduardo. “Responsabilidad por Insolvencia en los Grupos Empresariales. Una Aproximación a la Teoría del Administrador de Hecho en el Derecho Chileno”. *Revista Chilena de Derecho* 42/2 (2015), pp. 567-594.
- Loewenstein, Mark J. “Rationalizing Entity Law: Corporate and Alternative Entities (Part I)”. *Business Law Today* (2013), pp. 1-4.
- López, Patricia. *La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica*. LexisNexis (2003), p. 64.
- Lozano Noriega, Francisco. *Cuarto curso de derecho civil contratos*, 6ª. ed., Ciudad de México: Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C.
- Meiners, Roger E., Mofsky, James S. y Tollison, Robert D. “Piercing the veil of Limited Liability”. *Delaware Journal of Corporate Law* (1979), p. 351-367.
- Menéndez, Aurelio y Rojo, Ángel. *Lecciones de Derecho Mercantil*. Vol. 1. Madrid: Editorial Civitas.
- Oh, Peter B. “Veil-Piercing”. *Texas Law Review* 89/81 (2010), pp. 81-145.
- Pérez Ibáñez, Alejandro. *La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en las sociedades mercantiles*. Trabajo de fin de grado. Universidad de Almería, Almería, 2014.
- Posner, Richard A. “Let Us Never Blame a Contract Breaker”. *Michigan Law Review* 107/8 (2009), pp. 1349-1364.
- Posner, Richard A. “The Rights of Creditors of Affiliated Corporations”. *University of Chicago Law Review* 43 (1976), pp. 499-526.
- Ribera Neumann, Teodoro. “La protección constitucional de la empresa: La individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo”. *Sentencias Destacadas* (2006), pp. 275-298.
- Wormser, I. Maurice. “Piercing the Veil of Corporate Entity” *Columbia Law Review* 12/6 (1912), pp. 496-518.

Normativa

- Código Civil. Registro Oficial Suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.
- Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
- Código del Trabajo. Registro Oficial 162 de 29 de septiembre de 1997.
- Código de Procedimiento Civil. Artículos 97, 107, 355 numerales tercero y cuarto, 358 y 843. Registro Oficial Suplemento 687 de 18 de mayo de 1987.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores. Registro Oficial Suplemento 215 de 22 de febrero de 2006.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley de Compañías. Registro Oficial 312 de 05 de noviembre de 1999.

Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales. Registro Oficial Suplemento 797 de 26 de septiembre de 2012.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 1152-95, de 09 de septiembre de 1999.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Serie 17. Gaceta Judicial 5 de 21 de marzo de 2001.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 67-2002, de 09 de abril de 2003.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 75-2013 de 06 de mayo de 2016.

Tribunal Supremo España. Resolución 178/2005. Sentencia de 10 de marzo de 2005. Número de recurso 4180/1998.

Resoluciones

Resolución de la Superintendencia de Compañías No. 99.1.1.1.3.008. Registro Oficial No. 278 de 16 de septiembre de 1999.