



**UNIVERSIDAD DEL PACIFICO
ESCUELA DE NEGOCIOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS RAMIRO
BORJA Y BORJA**

**TESIS PREVIA A LA OBTENCION DEL
TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPUBLICA DEL ECUADOR
CON ESPECIALIZACIÓN MAYOR EN DERECHO EMPRESARIAL Y CON
UNA ESPECIALIZACIÓN MENOR EN DERECHO INTERNACIONAL**

**TEMA: “DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO
SOCIETARIO Y SU APLICABILIDAD EN EL ECUADOR”**

**AUTORA:
VIVIANA PAOLA FERNANDEZ CALLE**

**DIRECTOR:
DR. SANTIAGO JARA REYES**

CUENCA - ECUADOR

2011

DOCUMENTO DE CONFIDENCIALIDAD.

La Universidad del Pacífico, se compromete a no difundir públicamente la información establecida en la presente Tesis de Grado, “La Doctrina del Levantamiento del Velo Societario y su Aplicabilidad en el Ecuador”, de autoría de la Srta. Viviana Paola Fernández Calle, en razón que ésta ha sido elaborada con información confidencial.

Tres copias digitales, de esta Tesis de Grado, quedan en custodia en la Universidad del Pacífico, las mismas que podrán ser utilizadas para fines académicos y de investigación.

Para constancia de este compromiso suscribe,

Cuenca, 7 de noviembre de 2011

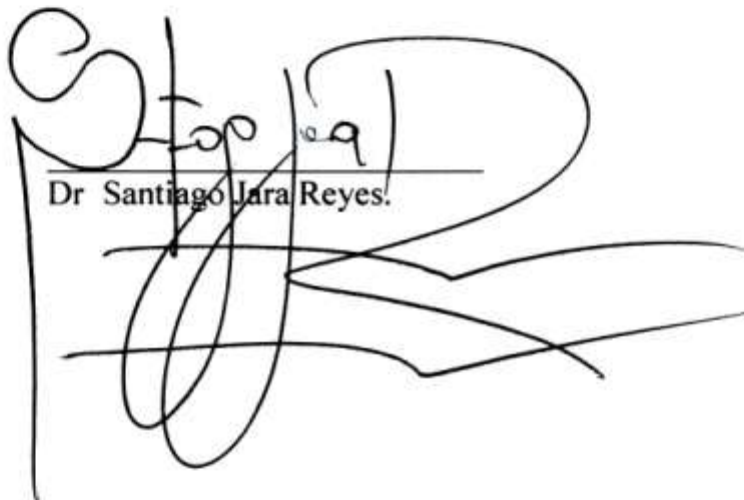
A handwritten signature in black ink, appearing to read 'R. Darquea', written in a cursive style.

Dr Ricardo Darquea Córdova.
Pro Rector
Universidad del Pacífico
Sede-Cuenca

CERTIFICACIÓN

Yo, Dr Santiago Jara Reyes, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, como Director de la presente Tesis de Grado, certifico que la Srta. Viviana Paola Fernández Calle, egresada de esta Institución, es autora exclusiva del presente trabajo, el mismo que es auténtico, original e inédito.

Cuenca, 20 de noviembre de 2011


Dr Santiago Jara Reyes.

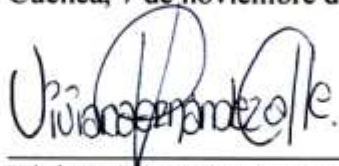
DECLARACIÓN DE AUDITORIA

Yo, Viviana Paola Fernández Calle, declaro ser la autora exclusiva de la presente Tesis.

Todos los efectos académicos y legales que se desprendieren de la misma son de mi responsabilidad.

Por medio del presente documento cedo mis derechos de autor a la Universidad del Pacífico –Escuela de Negocios- para que pueda hacer uso del texto completo de la Tesis de Grado “La Doctrina del Levantamiento del Velo Societario y su Aplicabilidad en el Ecuador”, con fines académicos y/o de investigación.

Cuenca, 7 de noviembre de 2011



Viviana Paola Fernández Calle

DEDICATORIA

De manera especial a mis padres y hermanos quienes con su apoyo incondicional me han permitido cumplir con una de las metas principales de mi vida, siendo este trabajo fruto del esfuerzo empeñado en los años de estudio.

AGRADECIMIENTO

A todos mis maestros de la Universidad del Pacífico, quienes fueron el factor principal para mi formación profesional, de manera especial al Dr. Santiago Jara Reyes, por su colaboración en la dirección de la presente tesis.

Al Estudio Jurídico Quevedo & Ponce, quienes sin reserva supieron brindarme su conocimiento y la oportunidad de día a día seguir aprendiendo junto a ellos.

“DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO Y SU APLICABILIDAD EN EL ECUADOR”

Introducción.

La doctrina del levantamiento del velo societario es una invención del Derecho Angloamericano, que surge como una solución de tipo judicial para hacer frente a los diferentes abusos, que se cometen, por accionistas mayoritarios o administradores de una sociedad mercantil, tutelando el debido uso de la personalidad jurídica de una compañía.

Esta doctrina, tiene un carácter particular y residual, es decir que sólo opera cuando no haya otra forma de proteger a los terceros perjudicados por el uso indebido de la personalidad jurídica de una sociedad. Los supuestos de aplicación de esta doctrina son muy amplios, abarcando tanto el Derecho Civil, Comercial, Concursal, así como también la actual Ley de Compañías.

Esta doctrina, se aplica cuando una persona jurídica y las prerrogativas que de ella surgen, se utilizan indebidamente, o con fines distintos para los cuales la ley permite que su creación, procediéndose en tal caso a descubrir el velo de su personalidad jurídica para conocer, a quienes se han beneficiado su verdadera estructura en cuanto a sus miembros y su patrimonio. De esta manera, se busca lograr que los “socios” o no, respondan por los daños causados a terceros, a la misma sociedad o incluso a otros socios.

Por lo que con el estudio de la doctrina del levantamiento del velo societario lo que se pretende es descubrir, cuando una personalidad jurídica puede ser usada indebidamente para defraudar a terceros, evadir obligaciones con el Estado, ocultar patrimonios y en general para contravenir los fines establecidos en la ley, y de esta

manera perjudicar a los acreedores de la misma o a terceros; es decir, mediante este trabajo lo que pretendo es analizar las diferentes variables mediante las cuales una “persona jurídica”, es usada indebidamente para cometer abusos que van en contra de los fines para los cuales se permite su existencia como ente jurídico.

Para el estudio de esta doctrina, es necesario entre otras cosas, el determinar las diferencias que existen entre el abuso de la personalidad jurídica, que resulta un tema distinto, pero vinculado al abuso de la limitación de la responsabilidad, y de esta manera lograr un desarrollo óptimo y sin confusiones sobre el presente tema.

Como antecedente histórico, los autores que han escrito sobre el tema coinciden que fue, con el memorable caso conocido como “Salomon v. Salomon & Company Limited”, suscitado el año 1897 en Londres¹, que por primera vez se plantea la posibilidad de aplicar la teoría del levantamiento del velo societario.

Debido a esto nace mi inquietud, sobre la aplicabilidad de esta teoría al Derecho ecuatoriano, en vista de los estudios de autores nacionales y extranjeros.

Así, lo que se pretende investigar, demostrar o probar con la presente tesis, es el determinar si la doctrina del levantamiento del velo societario es aplicable o no, a nuestra legislación ecuatoriana, y de esta manera analizar tanto su alcance como sus limitaciones en el ámbito nacional, a través de los diferentes casos prácticos dados en el Ecuador, y conocer además las limitaciones que tiene la legislación ecuatoriana, para de esta manera dar una efectiva solución y así poder sancionar estos fraudes cometidos, al poder brindar las posibilidades reales de reparación a los mismos. Y, de igual forma; en la que conocemos las limitaciones que tiene nuestra legislación, poder determinar de manera similar, el alcance y naturaleza que puede lograr la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario, comparando su aplicabilidad con la de otras legislaciones.

¹ DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. La doctrina del “Levantamiento del Velo” de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia. Cuarta Edición, Civitas, Madrid, 1997, p. 62-63

En la práctica se han conocido, incluso públicamente, varios casos en los que se ha abusado de la Personalidad Jurídica, de las compañías, y en muchos de ellos se ha optado por otros caminos, como la nulidad de contratos, inclusive la simulación, que son las vías más utilizadas para el abuso, y que justifican el estudio del levantamiento del velo societario, considerando que este actuar abusivo siempre es contrario a la buena fe, principio que es pilar fundamental del ordenamiento jurídico.

**“DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO
SOCIETARIO Y SU APLICABILIDAD EN EL
ECUADOR”**

Introducción.

CAPITULO I.

Las sociedades en el Ecuador.

1.1 El contrato de Sociedad.	
1.1.1 Antecedentes históricos	1
1.1.2 Concepto del contrato de sociedad y su objeto.	13
1.1.3 Elementos del Contrato de Sociedad y requisitos para su validez.	15
1.1.4 Regulación del Contrato de Sociedad en la legislación ecuatoriana.	29
1.1.4.1 Doble Regulación Civil y Mercantil en la Legislación Ecuatoriana	31
1.2 Breve referencia a los tipos de compañías mercantiles reguladas por la Ley de Compañías.	32
1.1.5 Compañía en Nombre Colectivo	34
1.1.6 Compañía en Comandita Simple y por acciones	34
1.1.7 Compañía en Comandita por acciones	35
1.1.8 Compañía de Economía Mixta	35
1.1.9 Compañía Anónima	36
1.1.10 Compañía de Responsabilidad Limitada	39
1.3 Análisis de los derechos y obligaciones de los socios en las compañías Mercantiles.	44

1.4 Análisis de las obligaciones y responsabilidades de los Administrados de las compañías.	
1.4.1 Naturaleza y fin de la administración.	50
1.4.2 Obligaciones de los Administradores establecidas en la Ley de Compañías.	53
1.4.3 Responsabilidades a las que se encuentran sujetos los administradores.	58

CAPITULO II.

La personalidad jurídica en la sociedad

2.1 Concepto de personalidad jurídica	62
2.2 Teorías de la personalidad Jurídica	67
2.3 Reconocimiento de la personalidad jurídica	71
2.4 Atributos de la persona jurídica	74
2.5 Capacidad de la persona jurídica	78
2.6 La persona jurídica en otras legislaciones	81

CAPITULO III.

La responsabilidad limitada en el contrato de sociedad

3.1. Concepto de la responsabilidad limitada en el contrato de sociedad.	84
3.2. Efectos de la responsabilidad limitada.	87
3.3. Uso y abuso de la responsabilidad limitada.	89

CAPITULO IV.

Doctrina del Levantamiento del Velo Societario

4.1 Antecedentes	93
4.2 Concepto	96

4.3	Características generales de la doctrina del levantamiento del velo societario	98
4.4	Análisis general de las causas en las que se aplica la doctrina del levantamiento del velo societario desde la postura de Serick.	99
4.4.1	Abusos de la personalidad jurídica y de la limitación de la responsabilidad como causas que dan lugar a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.	102
4.4.2	El levantamiento del velo societario en legislaciones extranjeras.	107
4.4.2.1	La Teoría del Disregard Of Legal Entity en el Derecho Angloamericano.	107
4.4.2.2	Doctrina del Levantamiento del Velo Societario en el Derecho Español.	109
4.4.2.3	Doctrina del Levantamiento Del Velo Societario en el Derecho Argentino.	111
4.4.2.4	Doctrina del Levantamiento Del Velo Societario en el Derecho Chileno.	114
4.5	Análisis de la aplicabilidad de la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario en el Ecuador.	
4.5.1	Análisis del marco legal ecuatoriano en relación a la aplicación de la Doctrina del Velo Societario.	119
4.5.2	Aplicación de la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario en el Ecuador.	130
	Análisis del caso práctico	131
	Conclusiones	167
	Bibliografía	171
	Anexos.	

CAPITULO I.

Las Sociedades en el Ecuador.

1.1 El Contrato de Sociedad.

1.1.1 Antecedentes Históricos del Contrato de Sociedad.

En el desarrollo del presente capítulo, determinaremos los antecedentes históricos que dieron inicio a lo que hoy conocemos como “Sociedades” o “compañías”, analizando así su perfeccionamiento en la época antigua, y en particular lo que al respecto nos dice el Derecho Romano.

Las asociaciones o corporaciones eran designadas por los romanos con los más variados términos; estos a su vez, tampoco eran específicos, ya que se empleaban también para referirse a situaciones en que no existía ni remotamente una persona jurídica. Hablaban de “sociedad” de “orden” de “cofradía²” (sodalitas), de “colegio” y de “cuerpo”. Bonfante³ considera a estos dos últimos términos los más frecuentes, mientras que “orden” sería el más significativo, en las fuentes de la personalidad jurídica de la asociación. A los miembros de una corporación se los llamaba “socios”, “cofrades”, “camaradas” (sodales).

Las cofradías religiosas, de origen romano generadas, a partir de la introducción del culto de divinidades extranjeras (llamadas “colegios”), como los dioses egipcios, exitosos al comienzo de la época del principado, De estas uniones se desprendieron en un momento los “colegios funerarios”, éstos estaban orientados también a aspectos del

² Cofradía: Asociación de fieles católicos que se reúnen en torno a una advocación de Cristo

³ Bonfante, Pietro. Histórico del Derecho Romano. Eminentemente jurista de su tiempo. Autor del libro Instituciones de Derecho Romano, Madrid.

culto, pero en particular funcionaron como cooperativas destinadas a asegurar para sus miembros una sepultura y un ritual de entierro digno. Además de por su aspecto solidario, que los torna antecedentes de instituciones semejantes a las que se ven aún en nuestro días, estos colegios funerarios son de gran interés, porque su estructura fue una de las preferidas por los primitivos cristianos para asociarse en el mundo romano.

En la Edad Media⁴, se prefirió la denominación de “corporaciones”, para este tipo de asociaciones, término derivado de la palabra “cuerpo”, característica que esas personas haciendo referencia a las sociedades, a diferencia de las naturales, no poseen, dando el origen a este vocablo, al darnos cuenta de que se trata de “cuerpos creados”.

Por otra parte, en Grecia, se produjeron los primeros antecedentes de expansión de la actividad económica, acompañada de una incipiente libertad política, logró surgir una burguesía mercantil. Sin embargo, las agrupaciones asociativas no se manifestaron sino hasta el siglo IV a.C.

Los griegos constituían sociedades comerciales para formar empresas navieras, las cuales al ser “arriesgadas”, (llamadas así por el peligro constante al que estaban sometidas), solían requerir una inversión inicial fuerte y una importante paciencia financiera hasta poder ver su retorno, lo cual produjo que tiempo después en la época de Pericles⁵, estas corporaciones se vuelvan incontables y muy prósperas, empezando así a brillar las sociedades de derecho comercial y empresarial. Así por ejemplo la Koikonía helénica era una figura que abarcaba tanto la corporación comercial como la unión política, utilizando los griegos, esta palabra tanto para referirse a sus ciudades como empresas, asociación de la cual, hablaremos más adelante.

“Sociedad” era el sustantivo correspondiente al verbo socio, que daba la idea de “juntar, poner en común”. Los latinos, según parece, practicaron desde la República⁶,

⁴ Edad Media, período histórico de la civilización occidental comprendido entre el siglo V y el XV.

⁵ Término empleado para identificar al período de la historia de Atenas, dentro del siglo V a.C. en el que alcanzaron su apogeo diversas manifestaciones culturales.

⁶ República de Roma: Fue un período de la historia de Roma caracterizado por el régimen republicano como forma de gobierno, que se extiende desde el año 509 a.C. cuando se puso fin a la monarquía con la expulsión del último rey

por lo menos, la suma de cosas y esfuerzos para de manera organizada llevar a cabo tareas o empresas concretas.

En Roma, todo hace pensar que las primeras motivaciones para las llamadas “sociedades” de esa época, fueron agrícolas. Los propios romanos consideraban una de las más antiguas formas de sociedad la que constituía el dueño de un campo con su agrónomo, que brindaba los conocimientos para hacer producir mejor la explotación y a cambio se cobraba una parte de los frutos.

Sin embargo con las primeras expansiones fue creciendo el comercio, nueva razón para unir capitales, y luego ya en la etapa posterior a las guerras fenicias, las actividades aumentaron notablemente desde la explotación de tierras incorporadas al Imperio, hasta la instalación de industrias (curtiembres, armerías, etc.) y el cobro y financiación de los impuestos.

Como un término general y con precisa referencia a la personalidad jurídica, se utilizaba el vocablo “universalidad”, que en el período clásico sólo significaba la comunidad de los ciudadanos o municipales. Posteriormente, los romanistas crearon la expresión técnica “universidad de personas”, para distinguir a las corporaciones de las otras “universidades” creadas por Justiniano⁷: la “universidad de cosas” de los derechos reales y la “universidad de derechos” del campo hereditario. En todos estos casos, “universidad” se emplea en plena conformidad con el sentido clásico del vocablo, para indicar la unidad, no la multitud.

El Estado, o si se prefiere el pueblo romano, había sido siempre reconocido como sujeto de derechos, por su carácter de ente político. Por la misma razón tuvieron capacidad jurídica, si bien en forma más limitada, los diferentes municipios y concejos municipales, las colinas, las ciudades libres y también las poblaciones y aldeas (foros, conciliábulos, castillos, villas, etc), y, en el dominado, las provincias. Eran corporaciones también los colegios sacerdotales, los primeros de los cuales, según las

⁷ Justiniano. Emperador del Imperio Bizantino, Macedonia 482, Constantinopla 565. Impulso la Codificación del Derecho Romano.

tradiciones habían sido fundados por Numa Pompilio, segundo rey de Roma. (*Tito Livio, Historia romana, I 20*).

Bajo el concepto de persona jurídica, además se solían entender en Roma dos tipos de instituciones distintas, muy parecidas desde el punto de vista de los principios antes mencionados, en especial en lo relativo a su nacimiento, a su extinción, a la índole de los derechos que son capaces de tener, y al modo de adquisición o pérdida de ellos, es por ello que el Derecho Romano hace una diferencia entre estas dos clases: las corporaciones privadas y, los organismos político-administrativos (estatales), puesto que desde épocas muy remotas (por ejemplo una, referencia encontrada en el Evangelio según San Lucas 19,1-10); existieron corporaciones puramente privadas, de ingreso voluntario, como las que unían a personas que ejercían un mismo arte u oficio. Eran antiguas asimismo, las sociedades comerciales, si bien había algunas constituidas de un modo transitorio, sin intención corporativa. Estas entidades las formaban generalmente los integrantes del rico orden social de los “caballeros” (llamados así originalmente por luchar montados en sus caballos). Los objetos más comunes eran la explotación de minas metalúrgicas (especialmente oro y plata), o de las salinas (importantes para la conservación de alimentos, además de su sazonado). Una de las finalidades más halladas y lucrativas de las sociedades era la contratación de los impuestos públicos. Estos empresarios llamados “publicanos⁸”, daban al gobierno los ingresos esperados por tributos y luego se ocupaban de su recolección, cobrando una diferencia financiera.

La levedad de controles, que existió en los últimos tiempos de la República, sobre estas sociedades, permitió abusar de las corporaciones, creándose algunas cuyo fin era la corrupción electoral, lo que determinó que varias veces fueran disueltas. La vinculación de la creación de una nueva “persona⁹” y su poco control, ocasionó el descrédito de las instituciones republicanas tardías, lo cual marcó negativamente a las personas jurídicas. De modo que al triunfar con Julio César y Augusto la postura autoritaria, el régimen inherente a las corporaciones sufrió un fuerte golpe.

⁸ Publicano: En la antigua Roma, persona encargada de recaudar las rentas públicas.

⁹ Al hablar de “persona”, estamos haciendo referencia a una persona jurídica o una sociedad.

Una de las razones por las cuales la República había sido tan permisiva en materia de corporaciones, era que en ese período estas no funcionaban propiamente como un ente jurídico frente a los terceros extraños a sus integrantes, ya que todavía no se podía hablar técnicamente de una “persona jurídica”, porque faltaba la capacidad que podríamos llamar “externa”, de allí que la “teoría de la ficción¹⁰” de Savigny¹¹, solamente pueda verse dibujada desde el Principado y no antes.

Las corporaciones sometidas, a la política restrictiva y controladora del Principado, cuya implementación estaba a cargo de burócratas administrativos especialistas en derecho público, fueron vaciadas en el molde de las instituciones estatales.

La consecuencia más importante del reconocimiento de la personalidad jurídica a las corporaciones, era que se creaba un sujeto de derechos nuevo y diferente de los hombres que lo habían fundado e integraban sus instituciones o aportaban sus capitales. Es decir, que la corporación tenía sus propios derechos y obligaciones. Ella podía ser rica y sus integrantes insolventes y viceversa, es más la sociedad podía ser acreedora o deudora de los propios individuos que la integraban.

En el Principado,¹² algunas corporaciones fueron sometidas caso por caso, a un estudio preventivo de sus estatutos, los cuales no eran más que la carta constitucional, por así decirlo de la persona jurídica, era lo que más tarde los comentaristas medievales denominaron su “estatuto”, más allá del nombre que recibiera el instrumento lo importante era su contenido, que determinara el o los objetivos sociales, para verificar su licitud y conveniencia pública: que regulara la forma de admisión y expulsión de los socios, que estableciera los tributos a ingresar por éstos, y que delimitara la competencia de los administradores, y de la asamblea, sus estructuras y normas propias, verificando quiénes eran sus integrantes cuales sus objetivos, cuanto su patrimonio. El resultado

¹⁰ Teoría de “la ficción”.- Creador de esta teoría es Savigny, quien nos dice que en el caso de la personalidad jurídica se les hace un reconocimiento ficticio. Savigny cree que el Estado puede disponer de estas entidades a su antojo, debido a que las personas jurídicas no pueden cometer delitos, pues esto implicaría un mínimo de voluntad que dichas personas no tienen.

¹¹ Savigny, Jurista alemán nacido en 1779, fundador de la escuela histórica de derecho alemana

¹² Principado: Período de la Historia de Alto Imperio Romano, que va desde el ascenso de Octavio Augusto (27 a.C.) a la llegada de Diocleciano (284 d.C).

podía ser la autorización, que implicaba el otorgamiento de la personalidad jurídica y de la consecuente capacidad en los límites estatutarios, o bien una expresa declaración de ilicitud y prohibición. La organización, pasó a ser eminentemente administrativa y fue principalmente reglamentada por senadoconsultos y órdenes del príncipe, siempre tomando una postura restrictiva, durante el Principado, la organización del Estado como modelo a seguir (en lo referente a la forma de verificar sus estatutos, licitud, cumplimiento del objeto social etc.)

El estatuto finalmente debía contemplar la existencia e integración de un “arca común”, que era como se denominaba al patrimonio dinerario del ente, con que éste haría frente a sus obligaciones.¹³

En el Dominado de Roma¹⁴, período que sucede al principado, las cosas cambiaron. La adopción excluyente del cristianismo y la persecución de los demás cultos pusieron fin a las cofradías y colegios sacerdotales y religiosos. El férreo y omnímodo estatismo mal se compatibilizaba con la libertad de asociación y de creatividad que toda sociedad comercial requiere. Las viejas corporaciones profesionales hasta entonces de participación voluntaria fueron intervenidas por el gobierno y transformadas en entidades de afiliación obligatoria, cuyos sitios eran a veces en número cerrado y se pasaban forzosamente de padres a hijos. En cambio, aparecieron las nuevas uniones eclesiásticas, las órdenes monásticas, titulares de iglesias, monasterios y conventos.

Para formar una verdadera persona jurídica con capacidad propia de ser titular de derechos y obligaciones, se requería la concurrencia de varios hombres, reunidos para un fin u objetivo lícito y conveniente para la comunidad. Pero esos dos elementos, uno totalmente material y el otro parcialmente, no bastaban si no se presentaba un tercer factor, absolutamente psicológico: la intención de constituir un ente diferente de la suma de los creadores con su propio nombre, domicilio y patrimonio.

¹³ RABINOVICH-BERKMAN Ricardo D. Derecho Romano. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001. Páginas 306 y ss. Impreso

¹⁴ El Dominado (235d.C -565 d.C). Fue la última de dos fases de gobierno en el Antiguo Imperio Romano.

Bonfante explica que el régimen de las corporaciones era bastante más liberal en el antiquísimo derecho romano, debido a que muchas organizaciones políticas anteriores al Estado se sometieron por espacio de mucho tiempo a vivir bajo el poder de la ciudad en forma de asociaciones. El gran romanista plantea una relación inversamente proporcional entre una cada vez más amplia aceptación de las entidades como personas con capacidad y posibilidad de relacionarse con terceros, y un creciente control y una postura que se va restringiendo en materia de reconocimiento y autonomía de estas “personas” o sociedades.

Dado que la persona jurídica se caracteriza por tener una voluntad ficticia, que en realidad es el resultado de la coordinación de varias voluntades, de varios proyectos sustentados por los seres humanos que la crean o la integran, uno de los mayores desafíos consistía en saber obtener los medios idóneos para lograr poner en orden todas estas voluntades y formar una sola, es decir la cuestión en la organización interna del ente, de su estructuración en “órganos” que tengan las facultades de deliberar, de decidir, de actuar concretamente por la persona jurídica (firmar, contratar, cobrar), de resolver eventuales controversias entre los integrantes, de controlar a los otros órganos, etcétera.

Ahora bien, en Roma todas las relaciones jurídicas estaban reguladas por el derecho común, sin que exista un derecho que regule de manera especial éste tipo de relaciones; existiendo dos tipos de sociedades:

- **La *societas omnium bonorum***, que básicamente era una sociedad familiar, donde no estaba permitida en principio, la entrada de terceros a la familia a la cual pertenecía la sociedad, a la cual los socios aportaban en común la totalidad de sus patrimonios; dicen que su antecedente radica en la comunidad hereditaria, generada con la muerte del pater familia de la época arcaica; y,
- **La *societas unius (alcujus) negotiationis***, en cambio constituía en agrupaciones que se unían para juntar recursos con la intención de llevar adelante transacciones de carácter internacional a realizarse, en una sola operación o para un negocio específico; especies de éste tipo de sociedad

fueron las denominadas *societas vectigalium* (para el cobro de impuestos y la *societas unius rei* (aporte de una sola cosa o bien)¹⁵.

La *societas omnium bonorum* y las *societas unius negotiationis* no fueron contemporáneas, respondieron en distintas épocas a la satisfacción de diferentes intereses.

Existió otra forma asociativa denominada “*argentarii*” que se utilizaba para el préstamo de dinero. Durante el siglo II el desarrollo de la actividad mercantil impulsó la organización de asociaciones bajo la forma del contrato de “*commendas*”, siendo característica esencial de éste tipo de sociedad la existencia de un socio capitalista, a quien se lo mantenía en el anonimato.

Los contratos de *commendas*, consistían en que un socio llamado *commendator* o *socius stantus* realizaba un aporte por el cual proveía de capital, o mercaderías, o de un buque a un socio llamado *tractator* o *commendatario* para que los utilice para efectuar una expedición marítima, asumiendo el primero -*socius stantus*- todo el riesgo de la empresa sin que se de a conocer frente a los terceros, quienes conocían sólo el nombre y patrimonio del *tractator*; el reparto de las ganancias era pactado. No fue sino en Florencia en el siglo XV y en Bolonia en el siglo XVI, en donde se obligó a registrar el contrato de *commendas* y que dicha sociedad adoptara una razón social.

El contrato de *commendas* impulsó el nacimiento de las sociedades colectivas y en comanditas.

Durante el Imperio (siglo II), se produjo un auge en el desarrollo de la actividad mercantil, que propició la organización de asociaciones bajo la forma del contrato de *commendas*, teniendo como elemento característico que el socio capitalista fuera un individuo que no se daba a conocer y las participaciones en la sociedad estaban divididas en partes negociables. La sociedad quedaba disuelta por voluntad de los socios, o bien por la decisión de uno de ellos, extinción del negocio, o muerte de algún socio. Producida la causal de disolución, cada socio tenía la *actio pro socio*, la cual

¹⁵ SALGADO, Valdez Roberto. “Manual de Derecho Societario”, Volumen I, Editorial Universitaria, Quito- Ecuador, pag. 23, 24, 25.

consistía en una *bonae fidei*, consistente en una rendición de cuentas, liquidación y reparto del saldo resultante de la compensación realizada entre ganancias y pérdidas.¹⁶

Para ampliar la idea de lo que se entendía como sociedad es importante, transcribir algunos puntos del autor Rabinovich-Berkman, en su obra de Derecho Romano, quien explica como Justiniano caracterizaba al contrato de sociedad, señalando lo siguiente:

“Solemos formar sociedades de todos los bienes... o para una negociación determinada, como por ejemplo, comprar y vender esclavos, o aceite, vino o trigo.

- 1. Si nada se conviniere entre los socios sobre su participación en los lucros y los daños se entenderá que las partes son iguales. Pero si estuvieran expresadas las partes, ellas deben ser obedecidas. Pues nunca hubo duda de que vale la convención si dos pactan entre sí que a uno le pertenezcan dos tercios de lucros y daños y al otro un tercio.*
- 2. Sobre la validez de esta convención se ha discutido: si Ticio y Seio han pactado entre sí que a Ticio le pertenezcan dos tercios del lucro, y un tercio de los daños, y a Seio dos partes de los daños, y un tercio del lucro, ¿tal proporción puede convenirse? Quinto Mucio estimaba que tal pacto era contra la naturaleza de la sociedad y en consecuencia que debía tenérselo por no escrito. Servio Sulpicio, cuya opinión prevaleció, opinó en contra: porque a menudo están preciada una obra en la sociedad, que justamente se admite una mejor condición en ella a quien la brinda. Pues no se duda que pueda constituirse sociedad en que uno entregue dinero y el otro no, y aun así el lucro sea común entre ellos, pues a menudo la obra de alguno vale como el dinero. Así es que venció la opinión contraria a Quinto Mucio, de modo que puede convenirse que quien tiene participación en el lucro, no la tenga en el daño, como lo estimaba convenientemente Servio. Lo que cabe entender que si en un asunto hubo daño y en otro lucro, sean compensados, y sólo lo que resta sea considerado lucro.*

¹⁶ Di Pietro, A.; Lapieza Elli, A. E., Op. Cit.

3. *Es claro que si sólo en un sentido fuere expresa la participación, es decir, sólo en el lucro o sólo en el daño, y en el otro realmente omitida, en ese sentido en que hubo omisión ha de emplearse la misma proporción.*
4. *Permanece la sociedad en tanto perseveraren en el consenso, y cuando alguno renunciare a la sociedad, ésta se disuelve. Pero si es obvio que alguno renunció de mala fe, solo para tener lucro (como si, asociado en todos los bienes, renuncia para aprovechar solo una herencia que se le ha dejado), se entiende que debe hacer común ese beneficio. Pero si por su renuncia le surgiera algún lucro que no esperaba captar, le pertenece a él solo. Al que renunció todo lo que adquiriera tras la renuncia le pertenece a él solo...”(Instituciones de Justiniano 3 25)*

Como se observa de los puntos anteriores dados por Justiniano, encontramos la clara idea que respecto a un contrato de sociedad se tenía, en razón de que se habla de un “reparto de ganancias”, en proporción ya sea, al aporte dado a esta sociedad, o a lo acordado en el contrato, y no siempre de una manera igual, puesto que inclusive los daños o pérdidas no eran repartidos en igual proporción.

Las sociedades romanas parecen haber sido muy concretas y parciales, en los bienes dedicados a ellas y en los fines perseguidos. No parecen haber reconocido plazos. Como en general estaban destinadas a uno o varios negocios determinados, simplemente se extinguían al concretarlos.

Los griegos por otro lado, eran más proclives a formar *koinonías* (“comunidades”) o *hétaireias* (“compañías), que implicaban una unión patrimonial total, una verdadera comunión de bienes (sociedad universal). Es muy posible que este tipo de sociedades, receptadas en las fuentes latinas, se hicieran más comunes en Roma en virtud del influjo helénico, y muy especialmente en el Imperio de Oriente. Ferrini, sin embargo, consideraba estas sociedades integrales genuinamente romanas, porque las vinculaba con los consorcios que se formaban entre los *filiifamilias* al morir el jefe de la *gens*, y quedar la herencia indivisa.

En consecuencia una sociedad podía ser de “cosas”, de “obras”, o mixta, podía no tener fines de lucro en sentido estricto; al nacer con el acuerdo y no con la entrega de las prestaciones, los socios estaban obligados a concretar esa entrega, y al presentarse la sociedad como la más antigua e importante de las instituciones, en su forma básica, hemos visto y analizado que desde la época de la República hasta la época del Dominado, guardaron una característica en común y es que cuando hablamos de persona jurídica o del nacimiento de una sociedad, es únicamente cuando tal alianza es reconocida como un sujeto de derechos y de obligaciones, independientemente de los hombre que le dieron lugar y cuyas voluntades componen la del ente.

Se extinguía la sociedad si se agotaba su patrimonio, o el objeto se hacía ilícito, e igualmente por voluntad común de los socios o, en los raros casos de plazo por expirar éste.¹⁷

A finales del siglo XIV, la gran trascendencia que habían adquirido las compañías en la actividad económica, llevó a que su organización tuviera que aceptar el ingreso de terceros que procuraran mayores capitales de acuerdo con la envergadura de los negocios que se llevaban adelante. En las compañías que tenían una actividad bancaria, el fondo social estaba compuesto por dos recursos de diferente origen; por un lado el capital que cada uno de los socios había aportado, y por el otro, los depósitos obtenidos de los terceros. En esta época, la estructuración administrativa de estas sociedades se encontraba fuertemente centralizada, la dirección de las mismas estaba en cabeza de uno o varios dirigentes, quienes se encontraban en la sede central, mientras que las sucursales de las diferentes ciudades estaban a cargo de gestores o socios.

En el siglo XV, se produjo en la ciudad de Génova un acontecimiento de importancia, como antecedente directo de la sociedad comercial moderna. La gran mayoría de las diferentes sociedades financieras que prestaban dinero a la República, se fusionaron en el año 1407 en una sola sociedad llamada Banca de San Giorgio. Esta gran sociedad, fue absorbiendo la totalidad de las sociedades financieras que le prestaban al Estado, con lo que se fueron consolidando los créditos contra la República;

¹⁷ RABINOVICH-BERKMAN Ricardo D. Derecho Romano. Buenos Aires Argentina. Páginas 598 y ss

al mismo tiempo, el Banco recibió los depósitos de ahorristas y dio créditos a particulares. La aparición del Banco de San Giorgio constituye un antecedente relevante para la conformación de la estructura actual de la Sociedad Anónima.

Contemporáneamente en la zona geográfica de Alemania de Sur surgieron formas asociativas que contenían un carácter netamente familiar. Entre ellas la más destacada fue la Magna Societas Alemanorum. Esta sociedad tenía como actividad el comercio al por mayor, excediendo los límites de sus fronteras y llegando hasta otras naciones. Si bien en un principio el aporte de esta sociedad estaba determinada exclusivamente por los socios que a su vez la manejaban, luego fueron receptando capitales de terceros. Estos, aportaban un capital de riesgo con el fin de obtener un beneficio o bien, una tasa fija. Esta forma podría considerarse la más antigua organización jurídica y empresarial que, con estrecha semejanza a las grandes empresas modernas, se encuentra en la historia económica mundial.¹⁸

Sin embargo fueron los descubrimientos geográficos (siglo XV) quienes al impulsar la economía, generaron la necesidad de perfeccionar las sociedades y las impulsaron, se crearon una serie de compañías para poder explotar los lugares descubiertos (ejemplo: la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, la Compañía de las Indias Occidentales y la de Indias Orientales- creada en Francia-, la Compañía General de Seguros y Préstamos a la Gruesa, etc.).

Con esta breve reseña de los antecedentes históricos del contrato de sociedad, se evidencia claramente, la evolución de las figuras jurídicas, que fueron utilizadas en lo que hoy conocemos como “derecho societario”, para regular los diferentes tipos de “asociaciones”, que desde épocas remotas existían, y que hoy las conocemos como sociedades. Así como se puede evidenciar, desde la antigüedad, la necesidad del hombre, de unir sus capacidades o recursos con terceras personas, que tengan objetivos similares, para emprender una actividad comercial con mayores ganancias. Siendo un pilar fundamental la aplicación del derecho para la organización y constitución de estas

¹⁸ Zaldivar, Enrique y otros, Op. Cit.

sociedades, manteniendo así un “orden”, y “seguridad” en las compañías creadas, y poder servir de este modo, como un impulso para el perfeccionamiento en los diferentes tipos de sociedad, a lo largo de la historia, obteniendo como resultado los grandes avances, y seguridades que actualmente tenemos cuando hablamos de una sociedad.

1.1.2 Concepto del Contrato de Sociedad y su objeto.

Contrato de sociedad es aquel en el cual las partes expresan la voluntad de constituir una persona jurídica a cuyo favor, afectando parcialmente sus patrimonios individuales, realizan aportes que integran el capital social. Por lo que la inversión o aporte de acciones o participaciones tienen por fin el conseguir a través de la actividad de la compañía repartir las utilidades entre los aportantes.

La Ley de Compañías del Ecuador en su artículo 1, dice que:

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

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

Esta definición legal de contrato de compañía, contiene los elementos indispensables aceptados por la doctrina, pues exige que se lo efectúe entre dos o más personas por lo menos, y que estos asociados unan sus capitales o industrias, con el fin de obtener beneficios y participar en ellos.

El Código Civil, en el artículo 1957 señala:

“Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan.

La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.”

Como observamos ambas definiciones tanto de la Ley de Compañías como del Código Civil, tienen en común el hecho de que una sociedad debe estar formada por dos o más personas que decidan aportar “algo”, a una persona jurídica (diferente de ellos), y así dividir luego las utilidades o beneficios que se obtengan al finalizar su ejercicio económico.

Según Laureano Gutiérrez, la sociedad nace de un contrato que, como tal se rige por las reglas generales de dicho negocio jurídico, pero un contrato que tiene características propias, específicamente reguladas en la legislación vigente, de ahí que sea fundamental tener en cuenta que el contrato societario reúne la doble característica de ser plurilateral y de organización. Plurilateral porque en el intervienen dos o más personas cuyas voluntades van encaminadas hacia el logro de un fin común, siendo por su propia naturaleza, sobre todo en los casos de sociedades anónimas, un contrato abierto; de organización, porque a través del contrato societario se coordinan los elementos que integran la persona jurídica, en sí el empresario jurídico.¹⁹

De acuerdo con Ferri Giuseppem debe tenerse presente que la personalidad jurídica presupone el contrato social y de ahí realiza su fin; así en el desenvolvimiento de su actividad encuentra un límite fundamental e insuperable en aquellos elementos del contrato que constituyen su base esencial.²⁰

El objeto del contrato de sociedad, es la materia del mismo, los intereses regulados por él, por obra de los propios interesados. Esta posición es rectificada por algunos autores para quienes aun admitiendo que el objeto es la materia del negocio sostienen que, ella está constituida no por intereses sino por bienes o utilidades o relaciones que caen bajo la voluntad de las partes. El objeto del contrato es la cosa o, de

¹⁹ GUTIERREZ Falla, Laureano F. Derecho Mercantil. Contrato societario y derechos individuales de los accionistas. Buenos Aires-Argentina. Impreso

²⁰ FERRI, Giuseppe, Rivalutazione della attività sociale e distribuzione di azioni, RDC 1939-II-191 y ss. Impreso,

modo más general el derecho que el contrato transfiera de una parte a la otra, o bien la prestación que un parte se obliga a ejecutar a favor de otra.²¹

Como objeto del contrato de sociedades debe entenderse que las partes persiguen un mismo objeto al momento de constituir la sociedad, es un hecho innegable, tanto en el campo económico como en el jurídico; los socios de una sociedad anónima la constituyen o se adhieren a ella con el objeto de lucrar, o si se prefiere, aumentar su patrimonio con las utilidades de la gestión de la empresa societaria. Todo el que entra en sociedad, quisiera aportar lo menos para obtener lo más, entra en sociedad porque, por si solo no reúne los elementos materiales o conocimientos necesarios para poder explotar en su exclusivo beneficio la empresa proyectada.²²

1.1.3 Elementos del Contrato de Sociedad, y requisitos para su validez.

La sociedad como organización, se constituye a través de un contrato de sociedad, celebrado entre dos o más “socios o accionistas”, o bien mediante un negocio jurídico unilateral, (sociedad unipersonal).

Pues bien, en este punto conviene analizar los elementos generales necesarios para que exista un contrato de sociedad, así como los elementos necesarios para que ese contrato de sociedad sea válido, además de elementos específicos en un contrato de sociedad. Ante ello tenemos:

- a) **Capacidad legal.**- Es decir contar con la aptitud que asigna la ley a las personas para hacerlas titulares de la facultad de adquirir derechos y obligaciones; no debemos confundir con la capacidad adquisitiva o de goce, que es connatural a toda persona. En general toda persona es capaz, excepto las que la misma ley declara incapaces.

²¹Conf. Fontanarrosa. Derecho comercial argentino

²²GUTIERREZ Falla, Laureano F. Derecho Mercantil. Contrato societario y derechos individuales de los accionistas. Buenos Aires-Argentina. Impreso

Así pueden acceder al contrato de sociedad las personas con plena capacidad civil, tanto por su propios derechos como en representación de otros, sean estos capaces, o sean incapaces absolutos o relativos, con las excepciones establecidas en la misma ley, como por ejemplo para ser socio de una compañía en nombre colectivo o en una comandita, es necesario ejercer el comercio, o para el caso de la compañía limitada no se debe estar inmerso en una de las causales de prohibición señaladas en el artículo 7 del Código de Comercio u otras incapacidades particulares establecidas en la ley, como por ejemplo celebrar el contrato de sociedad entre padres e hijos no emancipados ni entre cónyuges²³.

El Código Civil, en su artículo 1461, en su inciso final dice que:

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

Entendiéndose en este inciso que es necesario ser capaz para que una persona pueda obligarse para con otra por sí misma.

Toda persona es capaz, excepto las que la ley declara incapaces, en el Código Civil, en el artículo 1463, cuyos actos no surten obligaciones.

La doctrina nos explica que la capacidad no consiste únicamente en asumir obligaciones sino también en ejercer los derechos subjetivos. Resultando así que la capacidad es un atributo de la personalidad, existiendo el riesgo de que una persona sea “abusada”, por terceros, y se enriquezcan gracias a ello, en razón de que al tomar sus decisiones, y al no contar con toda su capacidad de sensatez, lo haga de una manera equivocada y poniendo en riesgo su patrimonio, por lo que la Ley precautelando estos intereses señala a que se nombre un representante de modo que subsane este abuso.

²³ Dávila Torres, César. “Derecho Societario”, Volumen I. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1999. pag.22.

Pero también en casos como en una sociedad de responsabilidad limitada, se admite que un menor emancipado autorizado para comerciar pueda formar partes de esta sociedad. Adjuntando siempre los documentos hábiles donde conste esta autorización general. (L. C. Art. 98).

Pero a pesar de todas estas facultades, tenemos algunas prohibiciones que la ley de Compañías en su artículo 99, señala como el constituir una compañía de Responsabilidad Limitada o una compañía anónima, entre padres e hijos no emancipados y entre cónyuges. Obteniendo una doble prohibición de contratar de aquella manera según lo que prescribe el Código Civil, en su artículo 218, sancionando así con nulidad absoluta este tipo de contratos, y las personas señaladas en el art. 7 del C. de Comercio, estos son: las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos, los quebrados no rehabilitados; y, los funcionarios públicos a los está prohibido ejercer el comercio por el artículo 266 del Código Penal.

Por lo tanto en nuestro derecho positivo, la sociedad es incapaz relativa, como cualquier otra persona jurídica.

Cesar Dávila Torres²⁴ al respecto dice que: Una sociedad interviene en la vida económica mediante representantes legales, personas naturales que les prestan su cuerpo para obrar. Lo que ejecutan esos representantes facultados por los estatutos o por el órgano de gobierno, surte los mismos efectos que si los actos fueran realizados por la misma compañía.

En la vida practica y como la Ley manda, para que se pueda celebrar un contrato en el cual tenga parte una sociedad, ésta deberá obligatoriamente autorizar a su “representante legal”, para que la represente en su nombre, adquiriendo así tanto sus obligaciones como también sus derechos.

Es necesario mencionar al hablar de la capacidad de un contrato de sociedad que el Código de Comercio, excluye del ejercicio del comercio a las corporaciones

²⁴ DAVILA, Torres Cesar, Derecho Societario, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. pág. 23 Impreso

eclesiásticas y esta incapacidad particular, les impide celebrar contratos de sociedad o compañía.²⁵

- b) **Consentimiento**: Consentimiento es la capacidad de obrar necesaria para prestar el consentimiento no presenta ninguna especialidad. Para estipular un contrato o un negocio unilateral de constitución de sociedad mercantil, en nombre propio o por si mismo, basta tener la capacidad de obrar general: ser mayor de edad o menor emancipado o habilitado de edad y no estar incapacitado.

El consentimiento puede darse en cualquier forma, incluso verbalmente (con la especialidad, a efectos de prueba, por ser un contrato o negocio jurídico mercantil). Será necesaria escritura pública si se aportan bienes inmuebles u otros bienes cuya transmisión exija publicidad registral frente a terceros, por ejemplo: Derechos de propiedad industrial.²⁶

Joaquín Rodríguez Rodríguez, dice para el contrato social, que el consentimiento supone la conformidad de cada socio respecto a los aportes convenidos para integrar el capital, *“así como con las bases generales establecidas para la constitución y funcionamiento de la sociedad”*.

La perfección del contrato se alcanza con el consentimiento o acuerdo entre las partes. Es fundamental tener presente el distintivo entre la sociedad (instituto personalizado), y el negocio constitutivo de la sociedad, que puede ser un negocio jurídico, disposición testamentaria, declaración unilateral, acuerdo concursal o un contrato.

La noción de negocio jurídico, y por ende la de contrato, implica como uno de los elementos de su estructura, un acto exterior resultante de la voluntad del sujeto. Pero tal voluntad no ha de aparecer desorientada y a la deriva, sino por el contrario, concretada y dirigida a un fin.

²⁵ Código de Comercio Ecuatoriano, artículo 7.

Código Civil Ecuatoriano, artículo 1463,

²⁶ CHULIA, Francisco Vicent. Introducción al Derecho Mercantil. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003. Pág. 262 y ss. Impreso.

La intención es “persecución consecuyente de un fin”, o en otros términos “representación intelectual de dicho fin y acción voluntaria para conseguirlo”. Esa acción voluntaria se traduce en la manifestación o declaración negocial. No basta el consentimiento como volición del carácter interno, sino que debe exteriorizarse o declararse, aunque tal declaración no debe necesariamente ser expresa. El consentimiento se exterioriza por quien toma la iniciativa del negocio mediante la llamada “politización”. Es decir aquí se indica la necesidad de que esas voluntades se exterioricen para tener relevancia jurídica. Pero ello no basta, se requiere, además que esas voluntades sean convergentes en orden a un mismo acto jurídico, aunque no debe confundirse coincidencia de voluntades con coincidencias de fines contractuales.

Al haber afirmado el carácter preeminentemente contractual del acto constitutivo societario se sigue de ello la necesidad del cumplimiento de las normas generales contenidas en el derecho común.²⁷

Cabe mencionar que este requisito implica que el consentimiento debe darse sin que medie el error, la fuerza o el dolo; es decir, que exprese su voluntad libre de vicios, y sin que para ello se presenten hechos que lo induzcan a error o que por medio de uso de la fuerza una persona actúe en perjuicio de sí mismo, o restringiendo su libertad.

Pero para que este consentimiento haga que el contrato de sociedad sea válido deberá ser cumplir con lo que el código civil en su artículo 1461 numeral dos señala: “2. *Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio*”

Cada parte del contrato deberá expresar su consentimiento, libre de vicios, sin que existan hechos que lo induzcan a error, o que por fuerza se coarte la libertad, es decir que una persona concurra a celebrar en este caso una sociedad usando la

²⁷ RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando Manuel. Derecho Societario. Buenos Aires, Editorial Astréa, 2004. Impreso.

fuerza, o a través de engaños o mentiras. Viciando así el consentimiento de una persona ya sea por error, fuerza o dolo²⁸. (CC, Art. 1467, 1474).

Henri Capitant, al hablar del consentimiento dice que se lo ha de entender como *“manifestación de voluntad mediante la cual una persona se pone de acuerdo con otra u otras con el fin de vincularse entre sí por un contrato”*(Capitant Henri, *Vocabulario Jurídico* pág. 20).

Expresando así el acuerdo de voluntad de las dos partes o más de un contrato social, en vincularse o trabajar en conjunto para cumplir con un objeto, sin que exista de por medio los vicios del consentimiento que ya nombramos antes.

Para el contrato social, dice Joaquín Rodríguez Rodríguez, *“el consentimiento supone la conformidad de cada socio respecto a los aportes convenidos para integrar el capital, así como con las bases generales establecidas para la constitución y funcionamiento de la sociedad.”*(Opus, Tomo I, pág. 24).

El notario público antes de redactar la escritura examinará aparte de la capacidad de las partes, la libertad con la que concurren, evitándose así el error respecto del acto que se celebra como sobre las personas que concurren.²⁹

- c) **El Objeto.**- Del objeto debe distinguirse el contenido del contrato. En ejercicio de la libertad de configuración interna, los particulares pueden establecer los fines prácticos que se proponen alcanzar mediante el contrato, así como los medios y procedimientos que habrán de seguir para lograrlo. En tanto esa regulación dictada por los propios interesados no afecte el orden público, la moral o las buenas costumbres, o no choque contra normas imperativas e inderogables, su autonomía de la voluntad es reconocida y tutelada por el ordenamiento jurídico. Éste desempeña una función negativa, limitadora y

²⁹ DAVILA, Torres Cesar, Derecho Societario, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. pág. 24 Impreso

disciplinadora, a los particulares queda reservada el dar contenido al contrato, en tanto que al ordenamiento jurídico atañe el regular sus efectos.

Los efectos jurídicos quedan fuera del contenido del contrato, en tanto que las partes, mediante el contrato construyen una preceptiva destinada a manifestar los fines prácticos que se proponen alcanzar, y a establecer los medios y procedimientos que estiman útiles o convenientes para lograrlos manifestando a veces, el propósito de fijar ciertos efectos jurídicos que estiman idóneos para satisfacer sus finalidades empíricas, el ordenamiento jurídico establece cuales son, en última instancia, los efectos jurídicos que el contrato o el negocio puede y debe realmente producir. A tal punto que esos efectos se producen aunque las partes no los hubiesen previsto ni formulado y en muchas ocasiones aun en contra de la voluntad expresamente manifestada por ellas.

Los autores han discutido suficientemente sobre el punto, pudiendo distinguirse al respecto tres direcciones principales:

- a) La que entiende que el objeto es la materia del contrato, esto es, los intereses regulados por él, por obra de los propios interesados. Esta posición es rectificada por algunos autores para quienes, aun admitiendo que el objeto es la materia del negocio sostienen que ella está constituida no por intereses sino por bienes utilidades o relaciones que caen bajo la voluntad de las partes.

El objeto del contrato es la cosa o de modo más general el derecho (real o crédito), que el contrato transfiere de una parte a la otra, o bien la prestación que una parte se obliga a ejecutar a favor de la otra.

- b) La que identifica el objeto con el contenido del negocio del contrato distinguiéndolo del objeto de la obligación (creadas por dicho contrato). En esta posición parece encontrarse Garrigues, quien afirma que, en general, objeto de un contrato, en sentido técnico, son las obligaciones

que el contrato engendra. Pero suelen confundirse el objeto del contrato y el objeto de las obligaciones nacidas del contrato aunque en rigor sean cosas distintas.

- c) La que entiende que el objeto del contrato es la prestación identificando así el objeto del contrato con el objeto de la obligación.

Aquí podemos situar a Fontarros, quien expresa: "En esta exposición entenderemos por objeto del contrato, de acuerdo con lo que parece ser la concepción del legislador, la prestación de dar, de hacer o de no hacer, que constituye a su vez, objeto de las obligaciones originadas por él. Para ser más exacto creo que debe hablarse de objeto de las obligaciones que integran el contrato y no de objeto de contrato. En todo caso, habría que hablar de varios objetos y no de uno solo, a saber: en la compraventa, el objeto de la obligación del vendedor es hacer adquirir el dominio de la cosa al comprador, y el de la de este último es el pago del precio, etc.

El objeto del contrato son las relaciones jurídicas sobre las cuales versa; en su aspecto más destacado, esto es, generar obligaciones, el objeto del contrato son las obligaciones que de él resultan.

Debe distinguirse claramente objeto social de actividad. El objeto está determinado por la categoría de actos para cuyo ejercicio se constituyó la sociedad. La actividad en cambio, es el ejercicio efectivo de actos por la sociedad en funcionamiento en ella, cuando los representantes exceden "notoriamente", el objeto social no obliga a la sociedad.

Requisitos: Como ha destacado Halperín³⁰ el objeto debe reunir ciertos requisitos a saber:

- a) El objeto debe ser físicamente posible. Si la imposibilidad es preexistente y absoluta, la sociedad es nula, en cambio si es sobreviniente, incurre en una causal disolutoria.

³⁰ HALPERIN, Curso de Derecho Comercial. Vol. I. pág 230 y ss.

b) Debe ser lícito. La ilicitud produce la nulidad del negocio.³¹

Como acabamos de mencionar el objeto de un contrato para que este sea válido debe ser **lícito**, respecto a lo cual el código civil en su artículo 1461 numeral tres dice que: “3. *Que recaiga sobre un objeto lícito*”

En nuestro Derecho Societario, el objeto en sí puede prestarse para confusiones, ya que tiene 2 significados, el primero guarda relación a los aportes que los constituyentes de una sociedad acuerdan en el contrato, y el segundo describe las actividades que desarrollarán una sociedad o compañía.

César Dávila Torres nos dice que “*Objeto lícito es aquel que no contraría norma alguna legal, ni atenta contra el orden público o las buenas costumbres; es decir lo que está socialmente permitido o tolerado.*” (pág. 25).

El Código Civil, en su artículo 1478, clara y objetivamente dice que se tendrá como objeto ilícito todo aquel que contraviene el Derecho Público ecuatoriano, dejando de esta manera como objeto lícito todo lo que está socialmente permitido o tolerado. En nuestro país existe “ilicitud”, además de lo antes mencionado cuando las cosas que se entregan para integrar el capital de la sociedad, están fuera del comercio o dichos bienes se encuentran sobre derechos intransferibles o peor aún embargados, así lo explica nuestro Código Civil en los artículos 1478 y 1480.

Señalando también que si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. (CC, Art. 1477).

d) **Causa**.- La voz “causa” posee varias acepciones:

a) Como fuente de obligaciones, esto es, el antecedente, lo que da origen a la obligación (sinónimo de fuente).

³¹ Código Civil Ecuatoriano. Artículos 1477 y 1478.

- b) Como motivo del acto, que es la razón mediata personal que determina a cada parte a obligarse. Todos los que obren por la misma causa tienen diversos motivos para hacerlo: mientras un comprador puede desear la cosa para revenderla, otro puede tener en mira usarla, alquilarla, etc.
- c) Como causa final, que es lo que las partes esperan obtener del acto: el fin esperado es la causa de haberse obligado, causa que por otra parte, coincide en todos los actos del mismo tipo. Así, todos los compradores persiguen el fin de convertirse en titulares del dominio de las cosas compradas.

Con Colombres³², se podría afirmar que la característica específica del negocio societario, que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y pérdidas. Esta nota constituye la causa de la sociedad, o sea “la función práctico-social del negocio reconocida por el derecho.”

La participación en las ganancias y pérdidas de la función objetiva que el “negocio jurídico sociedad”, tiene y que el derecho como tal estatuye y reconoce. El desvío de la causa determina la sanción de nulidad.

Ahora bien Brunetti³³, expresa que la causa en el contrato de sociedad está contenida por lo tanto, en el ejercicio en común de una actividad lícita para participar en los beneficios con el consiguiente riesgo en caso de pérdidas, en la comunión de fin calificada.

No obstante ello, el tema es cuestionable, pues el fin lucrativo aparece abandonado, en la moderna legislación, por lo que parecería que la causa indicada se refiere a una etapa histórico-legislativa superada.

La causa en el contrato de sociedad, desde el punto de vista objetivo, es la constitución, por los exteriorizantes de la voluntad negocial, de una nueva persona jurídica a través de cuya actuación se obtengan utilidades, soportando el riesgo o pérdidas, por lo que el

³² COLOMBRES, Curso. Parte General. Pág. 56

³³ BRUNETTI, Tratado t. I Pág. 142 N°39.

objeto de ese contrato son las prestaciones que, escindiéndose del patrimonio del socio, constituyen el patrimonio del nuevo sujeto de derecho, a través de una causa subjetiva exteriorizada, cual es el cumplimiento del objeto social, como dato del negocio constitutivo.

Sobre este punto el autor del libro nos explica claramente que se señala como causa el fin económico y social del contrato; en la sociedad sería causa el fin de la entidad.

Esta causa para que el contrato de sociedad sea válido debe ser lícita, respecto a lo cual el código civil en su artículo 1461 numeral 4 señala que: “4. *Que tenga una causa lícita.*”

No puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Entendiéndose por causa el motivo que induce al acto o contrato y causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.³⁴

En un contrato de sociedad, la causa el depósito que motiva a sus fundadores es el depósito su capital, para que por la actividad social que existe, participar de sus utilidades. (LC. Art.1).

César Dávila Torres en su obra “*Derecho Societario*”, nos explica que “*Causa del contrato, pues, es el designio de obtener utilidades mediante el ejercicio de los negocios sociales formando, para ello, un grupo cerrado de personas de confianza, en unos casos, y en otros, en los cuales se prescinde de esa consideración, quienes se asocian lo hacen movidos únicamente por el cálculo de salir gananciosos, o lo que es lo mismo, por las probabilidades de beneficiarse con las actividades del objeto social sin la intervención del capitalista en la gestión.*”

Entendemos pues que la causa lícita de una sociedad es el interés jurídico que induce, a contratar a las partes, es decir es el deseo de lucro o ganancia como producto de los

³⁴ Código Civil Ecuatoriano, Art. 1483

actos de comercio que realiza. Para ello la principal razón de los socios de una sociedad se encuentra en la participación de utilidades, el participar de las utilidades de una sociedad, es una de las causas del contrato, ya que no existe ninguna sociedad en donde no se realice el reparto de estos beneficios. Una vez deducidos de las utilidades todos los porcentajes que la ley exige por diferentes obligaciones, si se acuerda la distribución de las mismas se lo hará en proporción al valor pagado por cada socio en razón de sus aportes.

Ahora bien, como elementos específicos de un contrato de sociedad tendríamos:

e).- Unión de Capitales: El capital se integra con las aportaciones de los socios o accionistas, según el caso. Sin la unión de capitales obviamente no puede existir sociedad. Los aportes para una sociedad pueden ser numerarios o en especie. Al decir que cada socio integra la sociedad con una aportación significa el crear un fondo o capital el mismo que será la cifra inicial del patrimonio de una sociedad, obviamente como nos explica nuestra Ley de Compañías en su artículo 10, este patrimonio será distinto de los patrimonios propios de los socios individualmente considerados. Y el riesgo del aporte será de cargo de la compañía desde la fecha en la se haga la entrega

La existencia de este capital, es necesario para la validez del contrato ya para la posible consecución de los fines propuestos a la persona jurídica.

En este punto es necesario diferenciar los términos capital social y patrimonio, ya que el primero no puede sufrir variación sino mediante reforma estatutaria “aumento o disminución de capital”, es el valor numerario asignado a la totalidad de aportes, el segundo en cambio es variable, representa el conjunto de derechos y obligaciones de la sociedad o compañía y sigue, las vicisitudes de los negocios de la empresa.³⁵

³⁵ DAVILA, Torres Cesar, Derecho Societario, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. Impreso.

- f) **Formalidades o solemnidades:** El contrato es solemne cuando no se perfecciona sino mediante el cumplimiento de ciertas formalidades, sin las cuales no produce ningún efecto civil. El contrato es solemne por voluntad de las partes o por mandato de la ley.³⁶
- g) **Pluralidad de socios:** Compañía etimológicamente significa “*participar del mismo pan*”(Corominas-pág. 163). Su sinónimo “sociedad”, designa una reunión mayor o menor de personas. Es decir compañía o sociedad significan la concurrencia de dos o más sujetos que resultan necesarios y son un requisito para constituir una compañía.

El término sociedad designa un conjunto de personas, pero siempre haciendo referencia a ese “conjunto”, como la reunión de dos o más personas. Esta pluralidad es indispensable para constituir y mantener en funcionamiento una compañía, o persona jurídica. Nuestra ley de compañías en el artículo 361, numeral 8, nos dice que “*Art 361 (...) 8. En las compañías colectivas, en comandita simple y en comandita por acciones, por reducción del número de socios a menos del mínimo legal, siempre que no se incorporen nuevos socios o se transforme en el plazo de tres meses. Durante dicho plazo el socio que quedare continuará solidariamente responsable por las obligaciones sociales contraídas.*”

Pero en nuestro país se ha procedido a permitir que cuando participen instituciones del sector público la constitución de compañías anónimas pueda ser de un solo socio. (Art. 147 LC).

- h) **Affectio societatis:** Como elemento distintivo del contrato de sociedad es la existencia entre los partícipes de una “*affectio societatis*”, entendida como intención de trabajar todos por igual y bajo el término de igualdad en el alcance del propósito de la compañía o sociedad.

³⁶CEVALLOS, Vásquez Víctor, Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano. Quito Ecuador. Impreso

Fernández de la Gándara, destaca en la doctrina francesa “*el carácter esencial de ese elemento, y que, su ausencia en la totalidad o parte de los socios impide el nacimiento de la sociedad y si sobreviniese con posterioridad a su constitución da lugar a la nulidad de la misma.*” (*La antipicidad-* pág. 317).

Esta concepción francesa ha pesado de manera relevante sobre la dogmática en los países latinos; así la doctrina y jurisprudencia españolas constituyen un excelente ejemplo. En la noción de colaboración, característica de toda figura asociativa como género se ha introducido este requisito haciendo de él la nota específica caracterizadora del contrato de sociedad frente a fenómenos asociativos afines como las comunidades de intereses y las cuentas en participación sin que hasta la fecha se pueda determinar un abandono de esta *affectio societatis*.³⁷

La *affectio societatis*, es necesaria al momento de la constitución de la sociedad, pero no es necesaria que siga existiendo en la vida de esta sociedad.

César Dávila Torres utiliza este término para describir el ánimo de colaborar que une a los socios, bajo signo de igualdad, obrando conforme a lo dispuesto por la Ley, el contrato o las resoluciones adoptadas por el órgano de gobierno. La colaboración adquiere mayor vigencia en las compañías personalísticas. En las otras es decisivo factor para su exitoso funcionamiento y para el fluido ejercicio de los derechos de los socios o accionistas.

1.1.4. Regulación del Contrato de Sociedad en la legislación ecuatoriana

En nuestra legislación, encontramos pues que los contratos de sociedades se encuentran sometidos a una doble regulación, tanto en el ámbito civil como en el mercantil, es decir los encontramos sujetos al Código Civil, Código de Comercio y La

³⁷ RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando Manuel. Derecho Societario. Buenos Aires, Editorial Astréa, 2004. Impreso

Ley de Compañías, como lo hemos podido observar hasta ahora en los puntos anteriores desarrollados.

Dentro del Código Civil, al contrato de sociedad lo encontramos regulado a partir del artículo 1957 y siguientes, y en la Ley de Compañías a partir del artículo 1.

Pero siempre el legislador guarda relación entre las definiciones dadas por ambas leyes al contrato de sociedad.

El Código Civil, en el artículo 1957 dice que:

“Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan.

La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.”

La Ley de Compañías del Ecuador en su artículo 1, dice que:

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

Este artículo en su inciso segundo descarta cualquier confusión establecida en la regulación del contrato de sociedad, al aceptar expresamente que en este caso nos encontramos frente a una doble regulación.

Artículo 1 “... Este contrato se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios, de las partes y por las disposiciones del Código Civil.”

Ahora bien, el Código Civil además establece así en su artículo 1963, que las sociedades pueden ser civiles o mercantiles, sujetándonos nuevamente a esta doble regulación. Y en la Ley de Compañías artículo 2 se establecen las cinco especies de compañías de comercio, las mismas que las desarrollaremos más adelante.

No está por demás mencionar que la legislación ecuatoriana acepta que la sociedad es un contrato con las siguientes características.

- a) Plurilateral. Como mencionamos anteriormente en nuestra legislación no se aceptan las sociedades formadas por una sola persona,
- b) Es un contrato solemne. Debido a que debe perfeccionarse al cumplir ciertas formalidades como lo veremos más adelante.
- c) Es un contrato principal, es decir no se trata de un contrato accesorio.
- d) Es un contrato oneroso, puesto que lo que se pretende lograr es un lucro.
- e) Es un contrato de colaboración. La pérdida o ganancia es para todos los socios.
- f) Es un contrato de tracto sucesivo, es decir se va cumpliendo con el transcurso del tiempo.
- g) No es un contrato conmutativo debido a que en el contrato de sociedad, las partes no se obligan a dar o hacer algo, para recibir otra cosa calificada como equivalente.

1.1.4.1 La Doble Regulación Civil y Mercantil En La Legislación Ecuatoriana.

El artículo 1990 del Código Civil señala que las sociedades pueden ser civiles o comerciales, y por otro lado tenemos la Ley de Compañías que regula las sociedades o compañías mercantiles.

Así pues, resulta que tenemos disposiciones del Código Civil que regulan las sociedades llamadas comerciales y además disposiciones de la Ley de Compañías que también las regulan, lo cual es lógico en razón de que nuestra ley de compañías fue

creada posterior a las disposiciones del Código Civil, las cuales relacionadas con las sociedades comerciales han perdido su vigencia debido a la especialidad con la que tratan el tema de las sociedades en las normas de la Ley de Compañías, comparadas con el Código Civil.

Como hemos indicado las sociedades en nuestra legislación pueden ser en civiles y comerciales o mercantiles, las que se diferencian en razón de la actividad que realizarán, así son comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio, todas las demás son civiles.

Nuestro Código Civil, en el Art. 1992, establece que la sociedad siendo civil o comercial, puede ser de los siguientes tipos:

Colectiva.- En la que todos los socios administran por sí mismos o por un mandatario elegido de común acuerdo;

Comandita.- En la que uno o más de los socios se obligan solamente hasta el valor de sus aportes; y,

Anónima.- En la que en el fondo social es administrada por accionistas que sólo son responsables por el valor de sus acciones.

En tanto que la Ley de Compañías establece que son sociedades mercantiles, las siguientes:

Compañía en nombre colectivo;

Compañía en comandita simple y dividida en acciones;

Compañía de responsabilidad limitada;

Compañía anónima; y,

Compañía de economía mixta.

De acuerdo a ello podemos establecer las principales diferencias entre las sociedades civiles y comerciales:

SOCIEDADES CIVILES	SOCIEDADES MERCANTILES
---------------------------	-------------------------------

<ul style="list-style-type: none"> • No son solemnes, con excepción de las anónimas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Si son solemnes
<ul style="list-style-type: none"> • Las sociedades civiles realizan todo tipo de actos, excepto los actos de comercio. 	<ul style="list-style-type: none"> • Las sociedades comerciales realizan solo actos de comercio
<ul style="list-style-type: none"> • Las sociedades civiles pueden ser gobernadas por el Derecho Mercantil, si así estipulan las partes. 	<ul style="list-style-type: none"> • Las comerciales necesariamente están reguladas por el derecho mercantil.
<ul style="list-style-type: none"> • Las sociedades civiles no deben inscribirse en el Registro mercantil. 	<ul style="list-style-type: none"> • Las comerciales necesariamente deben inscribirse en el Registro Mercantil.
<ul style="list-style-type: none"> • Las sociedades civiles no llevan libros de comercio. 	<ul style="list-style-type: none"> • Las comerciales están en la obligación de hacerlo
<ul style="list-style-type: none"> • Las sociedades civiles se rigen por el concurso de acreedores. 	<ul style="list-style-type: none"> • Las comerciales se rigen por la quiebra.

1.2 Breve Referencia a la Naturaleza Jurídica de las compañías mercantiles, reguladas por la Ley de Compañías.

A las sociedades se las clasifica en dos bandos, el de las compañías de personas o personalistas y otro, el de las compañías de capital o capitalistas. Prevalciendo en este sentido el criterio de la causa o motivo que provoca la creación de la persona jurídica.

Es decir si lo que motiva a la voluntad fundacional es el interés de asociarse entre personas conocidas entre sí y que se profesan mutua confianza se dice que el contrato se

celebre “en razón de las personas” *intuitu personae*.³⁸ A este tipo de compañías Georges Ripert las describe como: “*los socios se conocen, contratan en consideración de la persona, se obligan personal y solidariamente, y no pueden ceder sus participaciones sin el consentimiento de todos.*” (*Tratado Elemental de Derecho Comercial, Tomo II, pág. 41*).

Analizando las características de las sociedades de personas, fácilmente podremos darnos cuenta que son el tipo de sociedades más común en nuestro medio, puesto que estas compañías se forman para empresas de tipo familiar o se constituye por amigos de confianza, para emprender algún negocio o actividad empresarial.

Pero, si lo que a los contratantes les motiva es sólo la finalidad de obtener ganancias, sin que importe quienes son socios, la compañía surge “en razón del negocio” *intuitu rei* o *intuitu pecuniae*.

En este tipo de sociedades se incluyen las grandes empresas. Aquí la calidad de los socios es indiferente, ya que la representación y administración de la sociedad estará en manos de funcionarios expertos sin que los mismos sean necesariamente socios de la compañía, ya que se lo puede escoger entre personas ajenas a la sociedad. Su capital estará dividido en acciones las mismas, que se incorporarán a un título, y que por lo tanto son libremente negociables, ya que los socios podrán entrar o salir de la sociedad cuando lo deseen.

Características principales de cada clase de sociedad:

SOCIEDADES PERSONALISTAS	SOCIEDADES CAPITALISTAS
<ul style="list-style-type: none"> • Tienen su capital dividido en participaciones 	<ul style="list-style-type: none"> • Tienen su capital dividido en acciones.
<ul style="list-style-type: none"> • Responsabilidad ilimitada de los socios 	<ul style="list-style-type: none"> • Responsabilidad limitada de los socios.
<ul style="list-style-type: none"> • Administración por los propios 	<ul style="list-style-type: none"> • Administración especializada.

³⁸ DAVILA, Torres Cesar, Derecho Societario, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. Impreso

socios.	
<ul style="list-style-type: none"> • Fiscalización por los propios socios. 	<ul style="list-style-type: none"> • Organización compleja. Junta General de socios o accionistas, Directorio, y fiscalización a través de comisarios.
<ul style="list-style-type: none"> • Gira bajo una razón social. 	<ul style="list-style-type: none"> • Generalmente, gira bajo una denominación.

Sociedades personalistas:

1.2.1 Compañía en Nombre Colectivo.- El artículo 36 de la Ley de Compañías nos dice que: “La compañía en Nombre colectivo se contrae entre dos o más personas que hacen del comercio bajo una razón social. La razón social es la fórmula enunciativa de los nombres de todos los socios, o de algunos de ellos, con la agregación de las palabras “y Compañía”
En esta sociedad los “socios”, quedan individualmente como responsables solidarios por el resultado de todas las operaciones sociales.³⁹

1.2.2 Compañía en Comandita Simple. El artículo 59 de la Ley de Compañías nos dice que” La compañía en Comandita Simple existe bajo una razón social y se contrae entre uno o varios socios, solidaria e ilimitadamente responsables y otro u otros, simples suministradores de fondos, llamados socios comanditarios, cuya responsabilidad se limita al monto de sus aportes.”

Sociedades capitalistas:

1.2.3 Compañía en Comandita por acciones. El artículo 301 de la Ley de Compañías nos dice que: “El capital de esta compañía se dividirá en acciones de un valor nominal igual. La decima parte del capital social, por lo menos debe ser aportada por socios solidariamente responsables (comanditados), a quienes por sus acciones se entregarán certificados nominativos intransferibles”.

³⁹ DAVILA, Torres Cesar, Derecho Societario, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. Impreso

Artículo 303 de la Ley de Compañías: “La compañía en comandita por Acciones, existirá bajo una razón social que se formará con los nombre de uno o más socios solidariamente responsables seguido de las palabras “Compañía en Comandita” o su abreviatura”. Se puede observar que este tipo de sociedad es igual a la Compañía en Comandita Simple, la única diferencia es que su capital se divide en acciones y en certificados nominativos intransferibles.

En este tipo de compañías la administración corresponde exclusivamente a los socios solidarios y gestores. Estas acciones tienen valor nominal pero el comanditado que es responsable solidario, no puede negociarlas libremente, pues su separación disuelve la compañía, los comanditarios en cambio pueden transferirlas.

1.2.4 Compañía de Economía Mixta.

Este tipo de compañías son aquellas en las cuales intervienen capitales ya sean del sector público o privado con la finalidad de impulsar empresas dedicadas al desarrollo y fomento de de la agricultura y de las industrias convenientes a la economía nacional y a la satisfacción de necesidades de orden colectivo, y/o la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los ya existentes.⁴⁰

El artículo 308 de la Ley de Compañías nos dice que: “El estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades u organismos del sector público, podrán participar, conjuntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía.” Es decir estas sociedades las forman aquellas en las que participan sujetos de derecho público para la formación de su capital, y en cuya administración intervienen por convenios, o leyes especiales.

⁴⁰ DAVILA, Torres Cesar, Derecho Societario, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. Impreso

Este tipo de compañías están caracterizados por su temporalidad o por su precariedad.

1.2.5 Compañía Anónima.

Al ser la compañía anónima y la compañía de responsabilidad limitada las más utilizadas en nuestro medio, haremos su descripción, más amplia, iniciando así con los antecedentes históricos que dieron inicio a cada tipo de sociedad.

Antecedente Histórico.- En el siglo XV, en la ciudad de Génova se produjo un acontecimiento de importancia, la mayoría de las *sociedades financieras* que prestaban dinero se fusionaron en el año de 1407 en una sociedad llamada **Banca de San Giorgio**, lo cual constituye el antecedente de la sociedad moderna y de la estructura actual de la Sociedad Anónima.

En el año de 1602 se creó la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, conformada en principio por ocho sociedades de navegación, en Francia, en el año de 1664 se crearon las llamadas Compañía de las Indias Occidentales y la de Indias Orientales, y posteriormente otras más en Canadá, Inglaterra, Dinamarca y Portugal. Estas compañías tenían una estructura semejante a la de las sociedades anónimas actuales, pues la participación en la sociedad estaba representada por acciones negociables y existía la limitación de la responsabilidad de los socios por las obligaciones que surgieran del contrato.⁴¹

Concepto.- El artículo 143 de la Ley de Compañías señala: “*Art. 143.- La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones. Las sociedades o compañías civiles anónimas están sujetas a todas las reglas de las sociedades o compañías mercantiles anónimas.*”

⁴¹ CEVALLOS VÁSQUEZ, Víctor. “Compendio de derecho Societario Ecuatoriano”. Editorial Jurídica del Ecuador, primera edición, Quito, 1992, pag. 93.

Dicho en nuestras palabras la compañía anónima es una sociedad, formada por una pluralidad de personas con el ánimo de asociarse a través de la unión de capitales con el fin de emprender ciertas operaciones que generen un lucro o utilidades, las mismas que deben ser repartidos a los accionistas.

Su capital está dividido en acciones y está formado por las aportaciones de los accionistas; quienes responden ante obligaciones generadas por la compañía, únicamente por el monto de sus acciones, es decir, tienen responsabilidad limitada.

Encontramos características propias como:

- a) Su capital, es la base de su actividad, más no es un contrato que se celebre en función o en consideración a la calidad de las personas.
- b) Capital dividido por acciones.
- c) Incorporación de las acciones a títulos, consagrándose así su libre negociabilidad.
- d) Administración especializada.
- e) Gobierno a través de Juntas Generales de Accionistas.
- f) Fiscalización por comisarios.
- g) Responsabilidad limitada de los socios.

Accionistas, capacidad para integrarla.- El artículo 145 determina que para intervenir en la formación de una compañía anónima en calidad de promotor o fundador se requiere de capacidad civil para contratar, capacidad que analizamos ya en el presente capítulo.

Esta sociedad puede subsistir con un accionista, más aún en las que participen instituciones de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública podrán constituirse con uno o más accionistas.

Constitución.- De acuerdo con lo determinado en el artículo 146 de la Ley de Compañías, la constitución de la Compañía Anónima se la realiza:

- 1) Por escritura pública, la que requiere la aprobación de la Superintendencia de Compañías, la que por mandato será inscrita en el Registro Mercantil, desde ese momento se la tendrá como existente y con personería jurídica.
- 2) Una vez otorgada la escritura de constitución, se presentará al Superintendente de Compañías (art. 151) tres copias notariales solicitándole la aprobación de la constitución, aprobación que procederá si se hubieren cumplido todos los requisitos legales y dispondrá su inscripción en el Registro Mercantil L
- 3) La publicación, por una sola vez, de un extracto de la escritura y de la razón de su aprobación. La resolución que niegue la aprobación debe ser motivada y de ella se podrá recurrir ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

Mientras dure el proceso de constitución, según lo dispuesto en el artículo 204, los actos que se realicen hasta la inscripción del contrato constitutivo en el Registro Mercantil se reputan actos de la compañía, y la obligan siempre que ésta los ratifique expresamente, caso contrario responderán por ellos los fundadores y promotores, solidaria e ilimitadamente.

Para que la compañía anónima pueda constituirse de manera definitiva debe haberse suscrito totalmente su capital, y pagado por lo menos en una cuarta parte.

En nuestra legislación para la constitución se requiere por lo menos de dos accionistas, en las compañías anónimas en que participen instituciones de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública pueden constituirse o subsistir con uno o más accionistas.

El capital suscrito y pagado mínimos son establecidos por la resolución de carácter general que expide la Superintendencia de Compañías, siendo hoy el capital suscrito mínimo ochocientos dólares de los Estados Unidos de América.

1.2.6 Compañía de Responsabilidad Limitada.

Antecedente Histórico.-

Los autores no se han puesto de acuerdo sobre el origen de éste tipo de sociedad, sin embargo, una corriente mayoritaria señala que debido a que las sociedades anónimas, además de las severas normas que la regían, tenían un alto costo de constitución y funcionamiento, lo que no permitía que los pequeños y medianos empresarios puedan acceder a este tipo de compañías, ésta razón llevo a que los legisladores alemanes entre ellos el alemán Oechselhauser, pensarán en un tipo de sociedad más simple y que tuviera costos más bajos, pero que al mismo tiempo permitiera a los socios la limitación de su responsabilidad a los aportes efectuados. Así, fue en Alemania en el año de 1.892 donde se ideó y estructuró la organización de este tipo de compañía⁴². Posteriormente, fue Portugal en el año 1.901 el primer país que acogió en su legislación éste tipo de compañía, en Austria en 1.906, en Brasil en 1.919, en España en el año de 1.920, en Chile en el año 1923, en Italia en el año 1942.

En el Ecuador, de conformidad se establece en la Doctrina 54 de la Superintendencia de Compañías, la compañía de responsabilidad limitada se creó con el advenimiento de la Ley de Compañías en el año de 1964, que en un inicio para su creación no necesitaba de la aprobación de la Superintendencia de Compañías – sino eran los jueces de Comercio y luego los jueces provinciales quienes la aprobaban- sino hasta que así lo exigió el decreto supremo 199 del 8 de febrero de 1.971.

Observando así que desde su origen, se consideró a éste tipo de compañía como conveniente para empresas con un número pequeño de socios o de corte familiar.

Así nuestra ley establece un número mínimo de socios, que responden por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales -por ello se había

⁴² CEVALLOS VÁSQUEZ, Víctor. “Compendio de derecho Societario Ecuatoriano”. Editorial Jurídica del Ecuador, primera edición, Quito, 1992, pag. 93.

propuesto que debería llamarse “*sociedad de riesgo limitado*”⁴³ - y hacen el comercio bajo una razón social o denominación objetiva.

Nuestra legislación establece que cualquiera que sea el objeto social de la compañía ésta siempre será mercantil, sin que por ello los socios adquieran la calidad de comerciantes.

Debido a la limitación de la responsabilidad de los socios, se considera a éste tipo de compañía como una manifestación del tipo de sociedad capitalista; en cambio otros señalan que es una unión entre capitalista y personalista, considerándola a esta tipo de sociedad de naturaleza mixta, de ahí nuestro interés de colocar a la sociedad de responsabilidad limitada la final de la clasificación de los tipos de sociedades.

En resumen de las sociedades personalistas toma su carácter cerrado debido a la base de confianza que debe existir entre los socios, por ello está diseñada para que no haya mucha movilidad de socios, pero de las capitalistas toma su característica de responsabilidad limitada.

Entre las principales características de éste tipo de compañía podemos señalar las siguientes:

- Los socios hacen el comercio bajo una razón social o denominación objetiva, que deben ser aprobadas por la Superintendencia de Compañías.
- De conformidad con el último inciso del artículo 102 de la Ley de Compañías, el capital está dividido en participaciones sociales que no son libremente transferibles.
- Se limita la responsabilidad de los socios hasta el monto de sus aportaciones individuales; así, en lo que respecta a las deudas de la sociedad responde por ellas la sociedad y no sus socios, así lo dispone el inciso final del el art. 115 de la L. de Compañías.

⁴³ SALGADO VALDEZ, Roberto. “Manual de Derecho Societario”, Volumen I, Editorial Universitaria, Quito, Ecuador, pag. 122.

- Esta compañía siempre tendrá el carácter de mercantil, aunque su objeto tenga finalidad la realización de actos civiles, así lo establece el art. 94 de la Ley de Compañías.
- El máximo órgano de gobierno de la compañía es la Junta General de socios.
- Ni la constitución de la compañía ni el aumento de capital, puede realizarse por la suscripción pública de participaciones.
- El capital mínimo es de \$400,00.

Denominación objetiva y razón social.- Es atributo de las personas jurídicas el tener un nombre que les permita diferenciarse de las otras, así, como se ha manifestado, éste tipo en éste tipo de compañía los socios hacen el comercio bajo una razón social o denominación objetiva que debe responder a los siguientes principios⁴⁴:

- *Principio de propiedad*: el nombre de cada compañía es de su dominio y no puede ser adoptado por ninguna otra, con prescindencia del domicilio, objeto y régimen legal que ésta tuviera.
- *Principio de peculiaridad*, que consiste en que el nombre de cada compañía debe ser claramente distinguido del de cualquier otra sociedad, sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías.
- Que la **razón social**, consiste en hacer constar en el nombre de la compañía el nombre de uno o varios socios.

Así, en la razón social puede constar uno o más nombres y apellidos, como "JOSE JULIAN FLORES" CIA. LTDA.; o, de uno o más apellidos de los socios de la compañía.

⁴⁴ Principios recogidos en la Resolución de la Superintendencia de Compañías No. 7. RO/ 364 de 9 de Julio del 2001, sobre "CRITERIOS BASICOS PARA LA APROBACION DEL NOMBRE DE COMPAÑIAS".

Actividades que puede desarrollar.- En esta parte hacemos relación al objeto social de la compañía, así debemos tener en cuenta lo establecido en el artículo 94 de la Ley de Compañías que establece que éste tipo de sociedad *“podrá tener como finalidad la realización de toda clase de actos civiles o de comercio y operaciones mercantiles permitidos por la Ley, excepción hecha de operaciones de banco, seguros, capitalización y ahorro”*.

Este tipo de compañía, a igual que las otras mercantiles, se forman para realizar aquellos actos de comercio enumerados en el art. 3 del Código de Comercio, sin embargo, la compañía limitada es una excepción por disposición de la ley, pues su objeto se amplía a la realización de actos de carácter civil⁴⁵.

El artículo 3 de la Ley de Compañías determina que se prohíbe la formación y funcionamiento de compañías contrarias al orden público, a las leyes mercantiles y a las buenas costumbres, lo cual lógicamente se refiere al objeto social de la compañía; además se prohíben las que no tengan un objeto real y de lícita negociación y de las que tienden al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de cualquier industria, mediante prácticas comerciales orientadas a esa finalidad.

Los socios.- Por socio se entiende aquel que formando parte de la sociedad aporta a la misma bienes con la intención de obtener una ganancia y responder por las pérdidas –en el caso de la compañía limitada- hasta el monto de su aporte.

Los socios por su condición asumen derechos y obligaciones para con la compañía.

Número de socios y capital mínimo para las compañías limitadas.- El número mínimo de socios para la constitución de ésta compañía es de tres y el número máximo es de quince, y en el caso de llegar a exceder el número de socios la compañía

⁴⁵CEVALLOS VÁSQUEZ, Víctor. “Compendio de derecho Societario Ecuatoriano”. Editorial Jurídica del Ecuador, primera edición, Quito, 1992, pag. 97.

tiene que disolverse o transformarse en otro tipo de compañía, o disminuir su número de socios.

Tanto la legislación comparada como la doctrina tropiezan con dificultades al determinar la naturaleza jurídica de esta compañía, de la cual incluso se cuestiona por equívoca su misma denominación, el problema se extiende, como es lógico, a la definición que depende del conocimiento de esa naturaleza jurídica. Sin embargo, Rodrigo Uría ha formulado una muy sintética que dice: *“es una sociedad mercantil que tiene el capital dividido en participaciones de igual valor y no en acciones, y gira bajo una denominación objetivo o una razón social, sin que los socios adquieran responsabilidad personal por las deudas sociales”*(Uría, pág. 121.)

Diferenciándose así de la compañía anónima en lo que se refiere a su control y fiscalización, puesto que en este caso tiene un carácter facultativo.

El artículo 92 de la Ley de Compañías al respecto nos dice: “La Compañía de Responsabilidad Limitada es la que se contrae entre tres o más personas que solamente responden por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales y hacer el comercio bajo una razón social o denominación objetiva, a la que se añadirá, en todo caso, las palabras “Compañía Limitada”, o su correspondiente abreviatura.”

La administración de la compañía limitada.- La voluntad de la sociedad nace en la junta general, pero, al ser las sociedades y al hablar de personas jurídicas⁴⁶ y por ello incapaces relativos, estas sociedades necesitan de terceros que puedan representarlas, es decir necesitan de alguna otra persona que pueda ejecutar esa voluntad: estas personas son los administradores, para una mejor explicación el siguiente recuadro:

FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD —————> ORGANOS DE GOBIERNO

⁴⁶ Recordemos, en relación a las personas jurídicas, la teoría de la ficción, elaborada en gran parte por Savigny.

EJECUCIÓN DE ESA VOLUNTAD —————> ADMINISTRADORES

Los administradores o gerentes de una sociedad, son designados y removidos por la Junta General, así lo dispone el literal a) del artículo 118, pudiendo ésta designación recaer en cualquier persona, socio o no, de la compañía, de conformidad con el artículo 123, en su ejercicio deben sujetarse a las facultades que les otorgue el contrato social y, en caso de que no se les otorgue en el contrato social, a las resoluciones tomadas por la Junta General, que es el órgano supremo de gobierno.

En cuanto a **la representación legal**, podemos decir que generalmente, la representación legal aparece ligada a la administración, esto por ser su expresión externa; este representante debe tener facultades para actuar judicial y extrajudicialmente en nombre y representación de la compañía, debe ser designado por el organismo competente de la compañía y el ejercicio de sus funciones debe inscribir su nombramiento en el Registro Mercantil. La representación legal que recae sobre una persona es incompatible con una subordinación laboral, pues el administrador está al cargo de la dirección de la compañía y realiza funciones de representación. Es inadmisibles una sociedad sin administrador o gerente.

1.3 Análisis de los derechos y obligaciones de los socios y accionistas.

Al momento de suscribir acciones o participaciones una persona adquiere la calidad de socio. Siendo así esta suscripción actuará como un modo originario al constituirse la compañía, y luego, cuando se acuerden aumentos de capital procediendo así con la reforma estatutaria.

Los socios podrán hacer uso de todos los derechos que les concede la Ley de Compañías en su artículo 114, y además que se contemplaren en el contrato social, siempre y cuando éstos no se opusieren a las disposiciones legales. Los derechos que les confiere la Ley son:

- a) *A intervenir a través de las Asambleas, en todas las decisiones y deliberaciones de la Compañía, personalmente, o por medio de representantes o mandatario constituido en la forma que se determine en el contrato. Para efectos de votación por cada participación el socio tendrá derecho a un voto.*

Los socios de una compañía, tienen libertad para apoyar las decisiones que tomen los representantes de la sociedad, aprobándolo o no con su votación. Ya sea personalmente o a través sus representantes.

- b) *A percibir los beneficios que les correspondan, a prorrata de la participación social pagada, siempre que en el contrato social no se hubiere dispuesto otra cosa en cuanto a la distribución de ganancias.*

En el caso de que el contrato no se expresare este derecho se entenderá que el primer supuesto es el exigible.

- c) *A que se limite su responsabilidad al monto de sus aportaciones sociales, salvo las excepciones que la Ley expresa.*

Una de las principales causas para formar una sociedad, es su responsabilidad limitada, por ello uno de sus derechos como socios es tener a salvo su patrimonio personal, excepto cuando hablamos de casos de fraude a la ley.

- d) *A no devolver los importes que en concepto de ganancia hubieren percibido la buena fe; pero si las cantidades percibidas por este concepto no correspondieren a beneficios realmente obtenidos, estarán obligados a reintegrarlas a la Compañía.*

El obtener un lucro o ganancia de la sociedad, es la motivación principal para constituir una sociedad.

- e) *A no ser obligados al aumento de su participación social.*

Es necesario tener en cuenta que para que un socio tenga derecho de preferencia en el aumento del capital social, este derecho debe constar en el contrato social o la Junta General debe afirmativamente resolverlo, en caso contrario el socio no tendrá este derecho.

- f) *A ser preferido para la adquisición de las participaciones correspondientes a otros socios, cuando el contrato social o la junta general prescriban este derecho, el cual se ejercerá a prorrata de las participaciones que tuviere cada socio.*

El socio no puede ser obligado al aumento de su participación social, si tiene derecho de preferencia en ese aumento, éste derecho es fundamental y consiste en poder participar en los aumentos de capital y adquirir las participaciones correspondientes a otros socios, cuando éstos no la han querido ejercer.

- g) *A solicitar a la junta general la revocación de la designación de administradores o gerentes. Este derecho se ejercerá sólo cuando causas graves lo hagan indispensable. Se considerarán como tales el faltar gravemente a su deber, realizar a sabiendas actos ilegales, no cumplir las obligaciones establecidas por el Art. 124, o la incapacidad de administrar en debida forma;*

Para que una sociedad surja de manera creciente, es indispensable una buena administración de la misma, ante lo cual los socios tienen como derecho indiscutible el aprobar o remover a sus administradores cuando éstos no cumplan su deber con la responsabilidad y cuidado que esta requiere.

- h) *A recurrir a la Corte Superior del distrito impugnando los acuerdos sociales, siempre que fueren contrarias a la Ley o a los estatutos. En este caso se estará a lo dispuesto en los Artículos 249 y 250 de la Ley.*

El o los socios, que observen que las decisiones que sean tomadas en una junta de socios vayan en contra de la Ley, pueden acudir a la Corte Provincial, llamada así actualmente, para impugnar dichos acuerdos.

Este derecho de impugnación, de conformidad con los requisitos establecidos en el Art. 249 de la L. de Compañías, que establece que una minoría que represente no menos del veinticinco por ciento del total del capital pagado podrá apelar de las decisiones de la mayoría.

i) A pedir convocatoria a junta general en los casos determinados por la presente Ley. Artículos 120 y 313 de la Ley. Este derecho lo ejercerán cuando las aportaciones de los solicitantes representen no menos de la décima parte del capital social.

Una minoría que represente el 10% del capital social, podrán ejercer este derecho ante los administradores y, en caso de negativa de éstos, acudir ante el Superintendente acreditando una minoría representativa también el 10% del capital social.

j) A ejercer en contra de gerentes o administradores la acción de reintegro del patrimonio social. Esta acción no podrá ejercitarla si la junta general aprobó las cuentas de los gerentes o administradores.

El hecho de que los socios respondan, frente a las deudas sociales, con su patrimonio, aparte de lo que han aportado a las sociedades o compañías, o que simplemente lo hagan con sus aportes sin afectar su patrimonio personal, es lo que, en derecho societario se ha denominado “Responsabilidad Limitada” o “Responsabilidad Ilimitada”, dependiendo de la especie de sociedad.

La sociedad o compañía anónima confiere a sus accionistas una responsabilidad limitada frente a los acreedores sociales de la empresa, es decir, la sociedad o compañía responde frente a sus acreedores sociales con todo su patrimonio pero los accionistas responden exclusivamente con sus aportes.

En cuanto al acceso del socio a la información sobre la gestión administrativa, es necesario traer a consideración lo ya habíamos hablado en los puntos anteriores, y es que existen dos maneras para hacerlo, la primera en las compañías de nombre colectivo, en comandita simple y de responsabilidad limitada, y la otra, para las demás especies; ya que la Ley de Compañías es clara en el punto de que los socios de una compañía podrán analizar los libros contables y todo documento relativo a su administración, pero los accionistas de compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta solo podrán pedir que se les confiera copia certificada de los balances generales, así como de los demás estados financieros, y /o informes de administradores y comisarios y de las actas de juntas.

En resumen podríamos decir que la calidad de socio atribuye los siguientes derechos fundamentales⁴⁷:

- a) Participar en las utilidades o beneficios de cada ejercicio y en la distribución de utilidades al concluir un ejercicio económico de acuerdo al aporte de cada uno.
- b) Intervenir en la formulación de la voluntad social concretada en resoluciones obligatorias; y en las compañías personalistas participar en la gestión de los negocios, a no ser que en los estatutos se haya limitado esta facultad.
- c) Vigilar a la administración mediante el acceso a libros y documentos.
- d) Derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones o participaciones, al acordar un aumento de capital.
- e) Impugnar las resoluciones de la compañía ante la justicia ordinaria.
- f) Solicitar la remoción de administradores y fiscalizadores.
- g) Negociar libremente la cesión de acciones, de acuerdo a la Ley.

En cuanto a las obligaciones de los socios, la más importante obviamente vamos a encontrar la de cancelar el valor de las acciones o participaciones suscritas. Obligación propia de cada tipo de sociedad.

⁴⁷ DAVILA, Torres Cesar, Derecho Societario, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. Impreso

En el Art. 115 de nuestra Ley de Compañías señala que: “*Son obligaciones de los socios: a) Pagar a la compañía la participación suscrita. Si no lo hicieren dentro del plazo estipulado en el contrato, o en su defecto del previsto en la Ley, la compañía podrá, según los casos y atendida la naturaleza de la aportación no efectuada, deducir las acciones establecidas en el Art. 219 de esta Ley;*

b) Cumplir los deberes que a los socios impusiere el contrato social.

c) Abstenerse de la realización de todo acto que implique injerencia en la administración.

d) Responder solidariamente de la exactitud de las declaraciones contenidas en el contrato de constitución de la compañía y, de modo especial, de las declaraciones relativas al pago de las aportaciones y al valor de los bienes aportados;

e) Cumplir las prestaciones accesorias y las aportaciones suplementarias previstas en el contrato social. Queda prohibido pactar prestaciones accesorias consistentes en trabajo o en servicio personal de los socios.

f) Responder solidaria e ilimitadamente ante terceros por la falta de publicación e inscripción del contrato social; y,

g) Responder ante la compañía y terceros, si fueren excluidos, por las pérdidas que sufrieren por la falta de capital suscrito y no pagado o por la suma de aportes reclamados con posterioridad, sobre la participación social.”

En nuestra legislación está prohibido pactar prestaciones accesorias consistentes en trabajo o en servicio personal de los socios; en definitiva, las prestaciones accesorias de “hacer”, están prohibidas.

La responsabilidad de los socios se limitará al valor de sus participaciones sociales, al de las prestaciones accesorias y aportaciones suplementarias, en la proporción que se hubiere establecido en el contrato social. Las aportaciones suplementarias no afectan a la responsabilidad de los socios ante terceros, sino desde el momento en que la compañía, por resolución inscrita y publicada, haya decidido su pago. No cumplidos estos requisitos, ella no es exigible, ni aún en el caso de liquidación o quiebra de la compañía.

Este principio rige para todas las compañías. Pero en algunas, la responsabilidad del socio se limita al valor del parte; pagado éste, no tiene otra responsabilidad y los acreedores sociales no pueden perseguir nada en los otros bienes de su patrimonio individual, únicamente pierde el socio el valor de sus acciones o de sus participaciones. En otras, queda atado a un compromiso de mayor riesgo, es decir todo su patrimonio responderá cuando lo que se encuentra aportado hacia la sociedad no cubre el monto de los acreedores, siguiendo así el cobro de lo adeudado contra los bienes personales del socio.

Existiendo de esta forma socios que por las deudas sociales responden en forma limitada y otro con responsabilidad solidaria e ilimitada.

1.4 Análisis de las obligaciones y responsabilidades de los Administrados de las compañías.

1.4.1 Naturaleza y fin de la administración.

La administración como ciencia cumple con un requisito dentro del marco de la sociedad, el de lograr un bienestar, por ello se debe tener cuidado en el manejo que se le da a la misma como ciencia, ya que algunos autores afirman que la administración no está dentro del marco de las ciencias, otros afirman que sí, por ello la necesidad de tener claro el origen natural de esta rama.

Así observamos que la naturaleza administrativa, está basada en el ser humano y su comportamiento frente a estos sistemas de razonamiento.

La administración es una actividad de suma importancia dentro de las actividades diarias de cualquier tipo de sociedad, ya que se refiere al establecimiento, búsqueda y logro de objetivos, siendo los mismos tareas retadoras y productivas para cualquier tipo de compañía; es decir la administración de una sociedad es el conjunto de

actividades por medio de las cuales se logra y se asegura la máxima prosperidad tanto para los socios o accionistas como para cada uno de los trabajadores de manera estable.

El fin de una administración es el fijar objetivos, y al mismo tiempo administrar los recursos humanos materiales, monetarios, y de mercado, para lograr los resultados deseados dentro de las limitantes de tiempo, esfuerzo y costos predeterminados.

La administración supone un propósito y el conciente ordenamiento y el racional uso de recursos para realizarlo. Se manifiesta en una suma de actos idóneos que ocurren durante toda la vigencia del contrato social. Y ha de ser un proceso sometido a supervisión y evaluación permanentes. Un proceso complejo, además, porque discurre por el cauce de la producción (selección de personal, división del trabajo, unidad de dirección y mando, responsabilidades, remuneraciones, etc.); y, desemboca en el mercado (oferta de bienes o servicios y gestión de los representantes).

La ciencia administrativa fija los principios de la llamada gerencia científica, a los que se tendrán en cuenta para que la empresa progrese y cumpla sus propósitos. De ello se desentiende la Ley. Le preocupa la estructura legal escogida para la compañía a sustituir; que los administradores encuadren su conducta en las normas legales y estatutarias; y que, tanto el objeto social como los medios a emplear para cumplirlo, sean lícitos.⁴⁸

El órgano administrativo en teoría podría adoptar fundamentalmente cinco modalidades:

- 1) Individual.
- 2) Pluripersonal.
- 3) Solidario.
- 4) Pluripersonal mancomunado o conjunto.
- 5) Dualista o germánico.

⁴⁸ DAVILA, Torres Cesar, Derecho Societario, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. Impreso

Francisco Vicent Chuliá, en su obra *Introducción al Derecho Mercantil*, hace una referencia importante respecto a la administración de una sociedad, en tres parámetros puntuales, enfatizando así que la administración no es más que las funciones de: gobierno, gestión y representación de la Sociedad. Describiendo específicamente cada una de las tres funciones anteriormente mencionadas:

- a) Gobierno.- Esta noción de gobierno incluye el cumplimiento de las normas legales y estatutarias, su interpretación, y el impulso necesario a los demás órganos sociales para ello, convocatoria de Junta General, informes y documentos presentados a ella, proyectos de fusión y escisión, solicitud de nombramiento de auditores, etc; siempre y cuando nuestra Ley lo permita.
- b) Gestión.- La gestión incluye la fijación de la política general de la sociedad, la programación o fijación de objetivos a corto, medio y largo plazo, y una actividad de gestión diaria o asidua de la empresa en sus aspectos administrativos, contables, técnico-productivos, comerciales financieros y otros. En suma todo lo que no sea modificación de la estructura jurídica corporativa y financiera de la sociedad. Los estatutos no pueden condicionar el ejercicio de estas facultades a la autorización de la Junta General. Esta gestión incluye el derecho y deber de cada administrador a título individual de acceso incondicionado a los locales, cosas, documentos y empleados de la sociedad.
- c) Poder de representación. Los administradores son el órgano de representación de la sociedad, son la sociedad frente a terceros que se relacionan con ella. En dos sentidos: 1) Los administradores aportan al régimen de la sociedad su elemento psicológico o anímico presupuesto por la legislación para que la sociedad actúe como persona. Este ejercicio del poder de representación de la sociedad exige que los administradores actúen en el ejercicio del cargo (no por interés o cuenta propia), que actúen con capacidad de obrar, y emitiendo una declaración de voluntad sin vicios, y que adopten la decisión de acuerdo con la forma legal del órgano.

Cuando hablamos de las funciones del administrador, podemos establecerlas en dos tipos: Internas, las cuales se dirigen a la administración en si de la sociedad a su

organización y dirección sin trascender a terceros, en cambio las externas, corresponden a las actividades de la sociedad frente a terceros, ya sea adquiriendo derechos u obligaciones.

1.4.2 Obligaciones de los Administradores establecidas en la Ley de Compañías.

Según nuestra Ley de Compañías, en el Art. 125, los administradores o gerentes, estarán obligados a proceder con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente.

Es necesario mencionar o establecer que la obligación más importante de un administrador o representante legal de una sociedad es el cumplir con el objeto social de la compañía.

Ahora bien las principales obligaciones de los Gerentes o Administradores según nuestra Ley de Compañías, específicamente en el artículo 124 son las siguientes:

- a) Presentar el balance anual y la cuenta de pérdidas y ganancias, así como la propuesta de distribución de beneficios, en el plazo de sesenta días a contarse de la terminación del respectiva ejercicio económico
- b) Cumplir y hacer cumplir la Ley, el contrato social y las resoluciones de la junta general.
- c) Cuidar de que se lleve debidamente la contabilidad y correspondencia de la compañía.

Además del artículo antes mencionado tenemos también el artículo 130 de la Ley de Compañías, el cual nos dice que: *“Los administradores o gerentes no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo género de comercio que constituye el objeto de la compañía, salvo autorización expresa de la junta general.”* y, el Art. 131.- *“Es obligación de los administradores o gerentes inscribir en el mes de enero de cada*

año, en el Registro Mercantil del cantón, una lista completa de los socios de la compañía, con indicación del nombre, apellido, domicilio y monto del capital aportado. Si no hubiere acaecido alteración alguna en la nómina de los socios y en la cuantía de las aportaciones desde la presentación de la última lista, bastará presentar una declaración en tal sentido.”

Los administradores de acuerdo a los artículos 262 y 263, de la Ley de Compañías se encuentran especialmente obligados a lo siguiente:

El Art. 262 señala: “El administrador desempeñará su gestión con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente.

Sin embargo cuando se habla de administración mercantil ordinaria y prudente, el legislador se refiere a que el administrador será responsable en cuanto no ponga diligencia y cuidado que los hombres en general ponen en sus propios negocios. Al administrador, la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente.

La diligencia exigida a uno y a otro es diferente, no se puede juzgar bajo la misma óptica.

Art. 263.- Los administradores están especialmente obligados a:

1. “Cuidar, bajo su responsabilidad, que se lleven los libros exigidos por el Código de Comercio y llevar los libros a que se refiere el Art. 440 de esta Ley”

Los libros que se mencionan en este artículo y que son exigidos por la ley son los libros de actas de juntas generales y directorios, el libro talonario y el de acciones y accionistas o participaciones y socios. Y son los administradores las personas que deben cuidar que estos libros sean llevados correctamente dentro de la Compañía

1. *“Llevar el libro de actas de la junta general”*

En las diferentes sociedades, al momento de tomar decisiones, se necesita contar con la aprobación de sus socios, quienes deberán hacerlo a través de su votación en las juntas generales convocadas, después de las cuales se deberá redactar un acta, las mismas que deberán ser archivadas.

2. *“Llevar el libro de actas de las juntas de administradores o directorios, consejos de administración o de vigilancia, si los hubiere”;*

Ahora bien, dichas juntas pueden no ser de socios sino como indica el numeral precedente, únicamente de directorios o del consejo de vigilancia, ante lo cual se deberá seguir el mismo procedimiento.

4. *“Entregar a los comisarios y presentar por lo menos cada año a la junta general una memoria razonada acerca de la situación de la compañía, acompañada del balance y del inventario detallado y preciso de las existencias, así como de la cuenta de pérdidas y ganancias. La falta de entrega y presentación oportuna del balance por parte del administrador será motivo para que la junta general acuerde su remoción, sin perjuicio de las responsabilidades en que hubiere incurrido”;*

Los socios de una compañía tienen el derecho de estar al tanto de la real situación de su compañía, ante lo cual el administrador deberá presentar puntualmente los estados financieros de la compañía a la Junta General.

5. *“Convocar a las juntas generales de accionistas conforme a la Ley y los estatutos; y, de manera particular, cuando conozcan que el capital de la compañía ha disminuido, a fin de que resuelva si se la pone a liquidación conforme a lo dispuesto en el Art. 198”*

Los administradores de la compañía, al estar obligados en informar a la Junta General sobre la situación de la compañía al momento de encontrarse ante algún problema que ponga en riesgo la existencia de la sociedad, puede convocar a una Junta General extraordinaria, a fin de resolver sobre la situación de la compañía.

El artículo 198 que hace mención se refiere al hecho de cuando las pérdidas alcancen o superen al cincuenta por ciento del capital suscrito y el total de las reservas, la compañía necesariamente se pondrá en liquidación, si los accionistas o proceden a reintegrar el capital o a limitar el fondo social al capital existente, siempre que éste baste para cumplir con el objeto de la compañía.

6. “Intervenir en calidad de secretarios en las juntas generales, si en el estatuto no se hubiere contemplado la designación de secretario.”

Siempre se deberá firmar las actas de juntas generales y dar copias de ellas.

De manera general, y de acuerdo al artículo 201 de la Ley de Compañías, los primeros administradores son responsables, conjuntamente de manera solidaria e ilimitada con los fundadores y promotores, con relación a la compañía y a terceros, por velar por la integridad del capital social de la Compañía, por la verdad en la suscripción y entrega de la parte de capital social recibido; por la existencia real de las especies aportadas y entregadas; así como de las publicaciones de toda clase realizadas para la constitución de la compañía; por la inversión de los fondos destinados a gastos de constitución..

El artículo 202 de la Ley de Compañías, señala que, los administradores exigirán a los fundadores y promotores el cumplimiento de las obligaciones contraídas por éstos últimos en la constitución de la compañía. Y, el artículo 289, señala que los administradores están obligados a elaborar, en un plazo máximos de tres meses contados desde el cierre del ejercicio económico anual, el balance general, el estado de cuenta de pérdidas y ganancias y la propuesta de distribución de beneficios, con la memoria explicativa de la gestión y situación económica y financiera de la compañía y

presentarlos a consideración de la junta general. Responsabilidad que la encontramos también detallada en el artículo 263, numeral 4.

El artículo 415 de la Ley de Compañías, señala además que toda compañía extranjera que negociare o contrajere obligaciones en el Ecuador deberá tener en la República un apoderado o representante que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas y si no tuvieren quien las represente, serán consideradas como el deudor que se oculta y podrán ser representadas por un curador. Así como las compañías nacionales y las sucursales de compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas, y las asociaciones que éstas formen cuyos activos excedan del monto determinado por Resolución emitida por la Superintendencia de Compañías que no podrá ser inferior a cien millones de sucres, deben contar con informe anual de auditoría externa sobre sus estados financieros.

En la compañía anónima, es necesario contar con una fiscalización, para ello el artículo 274 establece la figura de los comisarios, quienes pueden ser socios o no, temporales y amovibles, tienen derecho ilimitado de inspección y vigilancia sobre todas las operaciones sociales, sin dependencia de la administración y en interés de la compañía.

La junta general designará dos comisarios, excepto si el estatuto menciona otra cosa, que durarán un año en el ejercicio de sus funciones, pudiendo ser reelegidos indefinidamente. El comisario debe continuar en sus funciones aún cuando hubiere concluido el período para el que fue designado, hasta que sea legalmente reemplazado.

Además, el Art. 289 y siguientes de la Ley de Compañías, señala que los administradores de la compañía también están obligados a elaborar, en el plazo máximo de tres meses contados desde el cierre del ejercicio económico anual, el balance general, el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias y la propuesta de distribución de beneficios, y presentarlos a consideración de la junta general para su aprobación, con la memoria explicativa de la gestión y situación económica y financiera de la compañía.

1.4.3 Responsabilidades a las que se encuentran sujetos los administradores.

Los representantes legales son responsables, en forma personal y solidariamente, según sea la gerencia unipersonal o plural, y según la reglamentación de las funciones determinadas en el contrato social. Si varios gerentes participaron de un mismo acto generador de responsabilidad, para la determinación de ésta se podrá tener en cuenta la actuación personal que a cada uno le corresponde en ese acto.

Cuando los representantes legales fueren colegiados serán de aplicación las normas relativas a la responsabilidad de los directores.⁴⁹

La figura de administrador corresponde a muy distintas realidades sociológicas (administrador socio, en su caso, socio único; administrador, “profesional”, etc.) y jurídicas (sociedades de capital, etc.). El régimen de responsabilidad unifica en la noción abstracta de “cargo de administrador”, todas estas situaciones de manera algo forzada, lo que deben tener en cuenta los Tribunales a la hora de su aplicación.

En el ejercicio del cargo los administradores pueden incurrir en actos u omisiones que les hagan contraer responsabilidad civil, administrativa y penal. La responsabilidad civil puede ser contractual, frente a la sociedad, o extracontractual, frente a terceros. El régimen de responsabilidad civil de los administradores se ha agravado notablemente, protegiendo más a la sociedad administrada, a los socios y a los acreedores, al responder ahora por culpa leve.

Las responsabilidades de los administradores se hallan reguladas en el artículo 255 de la Ley de Compañías, artículo que hace referencia a que estas obligaciones se derivarán de las obligaciones que la ley el contrato social les impongan como tales, siendo necesario traer a consideración que cuando mencionamos la palabra “ley”, la hacemos englobando todas las leyes vigentes en el país, además nos dice que la tendrán

⁴⁹VILLEGAS, Carlos Gilberto. Manual de Derecho Societario. Pág. 259.

por las contravenciones que puedan existir contra los acuerdos legítimos de las juntas generales.

El segundo párrafo de la Ley de Compañías, en su artículo 255, señala que es nula toda estipulación que tienda a absolver a los administradores de sus responsabilidades o a limitarlas (disposición necesaria para el desempeño óptimo de la compañía). Señala también que los administradores no contraen por razón de su administración ninguna obligación personal por los negocios de la compañía.

Lo señalado en el párrafo anterior tiene su razón de ser en el hecho de que los administradores, en razón de su trato con terceros, tienen una relación de mandato y de ser gestores de muchas actuaciones dentro de la compañía, además son los dirigentes de los negocios sociales y tienen la representación del ente jurídico, que es necesario por tratarse de una persona de existencia irreal; en otras palabras, diremos que es quien maneja internamente la compañía y dirige los negocios para con terceros. Por tanto los administradores no contraen como se dijo antes, ninguna obligación personal por los negocios de la compañía.

Debemos dentro de este tema abordar también el de la responsabilidad solidaria que tienen los administradores para con la compañía y para con terceros, esto lo encontramos en el artículo 256 de la Ley de Compañías en sus cinco numerales.

La responsabilidad establecida en los cuatro primeros numerales que preceden se limita a los administradores en sus respectivos períodos.

Los administradores en la Sociedad Anónima ostentan atribuciones, poderes y facultades que les permite actuar de manera autónoma e independiente. La ley prevé un sistema de responsabilidad especial y concreta que garantice una protección a: la sociedad, a terceros y a los accionistas. La institución de la responsabilidad es un freno en la conducta de los administradores.

Esta responsabilidad sirve para mantener el orden jurídico dentro del cual se desempeña la Sociedad Anónima.

Existen otras disposiciones que establecen la responsabilidad, entre éstos podemos citar los artículos 17, 30, 201, 379 de la Ley de Compañías.

Los administradores de una sociedad podrían incurrir en tres tipos de responsabilidades:

- 1. Responsabilidad Civil.- Tiene un carácter reparador y comúnmente se la define como la obligación de reparar un perjuicio causado a un sujeto de derecho.*

Art. 255.- “Los administradores tendrán la responsabilidad derivada de las obligaciones que la ley y el contrato social les impongan como tales y las contempladas en la ley para los mandatarios; igualmente, la tendrán por la contravención a los acuerdos legítimos de las juntas generales.

Es nula toda estipulación que tienda a absolver a los administradores de sus responsabilidades o a limitarlas. Los administradores no contraen por razón de su administración ninguna obligación personal por los negocios de la compañía”

- 2) Responsabilidad Penal: La L. de Compañías no contempla normas de carácter penal, los posibles actos delictivos de los administradores en la gestión de los intereses sociales están remitidos al Derecho Penal General.*

Art. 30 de la L. de Compañías.

Existen normas en el C. Penal que condenan ciertos actos de los administradores, como el artículo 364 y 560.

3) *Responsabilidad Administrativa: Tiene lugar cuando los administradores han incumplido con ciertas obligaciones que tienen que ver, principalmente, frente a la Administración Pública.*

Exención de responsabilidad: Art. 264, No se extiende la responsabilidad a aquellos administradores que, estando exentos de culpa, hubieren hecho constar su inconformidad, en el plazo de diez días a contarse de la fecha en que conocieron de la resolución y dieron noticia inmediata a los comisarios.

Extinción de responsabilidad: La responsabilidad de los administradores frente a la compañía quedará extinguida:

1. Por aprobación del balance y sus anexos, excepto cuando:

a) Se lo hubiere aprobado en virtud de datos no verídicos; y,

b) Si hubiere acuerdo expreso de reservar o ejercer la acción de responsabilidad;

2. Cuando hubieren procedo en cumplimiento de acuerdos de la junta general, a menos que tales acuerdos fueren notoriamente ilegales;

3. Por aprobación de la gestión, o por renuncia expresa a la acción, o por transacción acordada por la junta general; y,

4. Cuando hubieren dejado constancia de su oposición conforme a lo indicado en el artículo anterior.”

La responsabilidad sólo recaerá sobre los administradores causantes, por acto u omisión, del daño o perjuicio causado.

Acción de Responsabilidad.- La acción de responsabilidad en contra de los administradores se tomará de conformidad con lo que establece el artículo 272 de la Ley de Compañías, debiendo ser iniciada por la compañía, previo acuerdo de la junta general, el mismo que puede ser adoptado aunque no figure en el orden del día que conocerá la Junta, la cual designará a la persona que a de ejercer la acción correspondiente.

CAPITULO II.

La Personalidad Jurídica

La doctrina del levantamiento del velo societario presupone prescindir de la personalidad jurídica que entraña el contrato de sociedad para juzgar una situación de acuerdo con la realidad, con el objeto de impedir los abusos de derecho o el fraude a la ley, por ello es necesario que analicemos lo que se entiende por “personalidad jurídica”.

2.1 Concepto de Personalidad Jurídica:

Partamos indicando que por persona en general se entiende -desde el punto de vista jurídico- a todo sujeto que es un centro de imputación de derechos y que puede además adquirir, por sí o por medio de representante, obligaciones.

Rabinovich-Berkman señala en su libro Derecho Romano que la palabra persona tiene una etimología interesante por cuanto ayuda a entender su concepto; mas allá de su escasísimo uso jurídico en Roma, nos recuerda que los teatros griegos y romanos

eran al aire libre, y aunque tenían excelente acústica, todo lo que pudiera mejorar el sonido era bienvenido, por ello, desde antiguo, se desarrolló el arte de las máscaras para los actores, que en su interior poseían unas cajas de resonancia, las cuales eran denominadas en latín *per sonat*, de donde provendría luego el término “persona”, y por extensión quienes actuaban o asumían un papel “personajes”.

Continúa señalando Rabinovich-Berkman, que en el teatro latino los personajes eran muy estructurados y se manifestaban en modelos que se reiteraban rigurosamente, por lo que parecía que se trataban de los mismos caracteres con diferentes nombres, lo que generó la idea de personalidad partiendo de la siguiente metáfora: *“tal como el personaje teatral tiene varios atributos por ser ese personaje y no otro, (el soldado fanfarrón es siempre vano, fuerte y tonto; el parásito invariablemente come todo lo que está a su alcance, se agencia invitaciones a cenar, manipula sus amistades y carece de escrúpulos), todos los humanos en ese gran escenario que es la vida real, también tienen ciertas características jurídicas derivadas del papel que les ha tocado representar (menores, mayores, libres, esclavos)”*. Así, la doctrina romanista medieval, basándose en ese paralelismo, atribuyó al hombre que reuniese los estados de libre, ciudadano, y no sometido a potestad ajena, el calificativo de persona; y, de este modo la capacidad jurídica tomaba también el nombre de personalidad⁵⁰.

La personalidad jurídica es una invención jurídica, que en ciertos casos se refiere a entes distintos de una persona física o natural, y que fuera del ámbito del derecho no tendrían existencia real, es gracias a una ficción que toman “vida”. Pero, estos entes, como conjunto de personas naturales (hablamos en ese caso de corporaciones), no pueden elevarse a la categoría de “sujeto de derecho” sino hasta que sean reconocidas jurídicamente, y cuando alcanzan dicho reconocimiento constituyen un todo orgánicamente diferente de las personas que lo componen, por ello algunos autores como Hugo Richard y Manuel Muiño, señalan que el sujeto jurídico es por esta razón, una entidad formal en cuanto es una creación del derecho positivo, de tal manera que suprimida la calidad de personalidad jurídica, trae como consecuencia la inexistencia del sujeto.

⁵⁰ RABINOVICH-BERKMAN Ricardo D. Derecho Romano. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001. Páginas 242 y 243.

Así, el concepto de personalidad jurídica, tiene gran trascendencia, tanto en el Derecho Privado como en el Público Nacional e Internacional, al referirnos a los poderes del Estado y su relación con otros.

Francisco Vicent Chuliá, en su obra “Introducción al Derecho Mercantil” publicada en Valencia en el año 2003, como otro concepto pero muy relacionado con lo anterior, nos dice que: *“la personalidad jurídica es la técnica de organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas mediante el reconocimiento por el ordenamiento positivo de la titularidad de derechos subjetivos así como de obligaciones. Significa el reconocimiento del “principio de separación”, entre el patrimonio social y el patrimonio de los socios, reconocido por la “House of Lords”, en el caso Salomón en 1897. Hoy es un principio legal, que los Códigos españoles reconocen a todas las sociedades, civiles, mercantiles asociaciones y fundaciones”*.

Cabe destacar que en el concepto de Vicent Chuliá la personalidad jurídica es una técnica de organización unitaria tanto de un grupo de personas, como también del patrimonio, esto demuestra –a nuestro parecer- una influencia claramente mercantilista; además podemos decir que este concepto trae inmerso las principales características que encontramos en el contrato de sociedad, como son el affectio societatis o el ánimo de asociarse elemento indispensable como hemos observado en el desarrollo de la presente tesis, puesto que a través de ese ánimo de asociarse y otros elementos se creará una persona ficticia diferente a sus miembros con un patrimonio propio, y separado de cada patrimonio personal de los mismos, así como un ente titular de derechos y obligaciones.

A manera de síntesis, bien se puede decir que la noción de personalidad de jurídica expresa la capacidad de ser sujeto de derechos, esa realidad se concreta en la unidad creada por un fin perseguido conjuntamente por muchos: la voluntad de una colectividad.

Por otra parte, Planiol y Ripert, tienen una definición negativa, pues señalan que la personalidad moral es la atribución de derechos y de obligaciones a otros sujetos, que no son los seres humanos. Esos sujetos de derecho son llamados personas morales, personas civiles, personas jurídicas, o también personas ficticias.

Al respecto, Juan Larrea Holguín, diferencia por así decirlo los términos persona moral y persona jurídica, la primera se utilizará para designar a los grupos humanos antes de su reconocimiento por el ordenamiento jurídico, o considerados desde un punto de vista sociológico o filosófico, y la segunda se usará con mayor propiedad para designar a la persona moral ya encuadrada en el ámbito específico del derecho, es decir, en cuanto sujeto positivo de derechos y obligaciones.

Pues bien, conceptualizada lo que hemos de entender como “personalidad jurídica”, es preciso diferenciarla de lo que es una “persona jurídica”. Así, Hans Kelsen, al referirse a la personalidad la concibe como una categoría jurídica, “porque designa un az de obligaciones, de responsabilidades y de derchos subjetivos; un conjunto pues de normas”, en cambio el sustantivo persona, en su conceptualización puramente jurídica, y por ende distinta a la filosófica, comprende a todo sujeto de derecho, esto es a todo individuo u organismo que sea capaz de ejercer derechos, contraer obligaciones, y la posibilidad de disponer un patrimonio⁵¹.

Por lo tanto, concebimos a la personalidad jurídica como el conjunto de atributos y caracteres propios de una persona, y en estricto sentido legal aquellas prerrogativas que confiere el ordenamiento jurídico a las personas en general.

Aclarado lo anterior, corresponde señalar que nuestro Código Civil, en su artículo 40, distingue a las personas naturales de las jurídicas, y, a continuación en el artículo 41 se definen las personas naturales, indicando que son todos los individuos de las especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición; sin embargo, para efectos de esta investigación, corresponde concentrarnos en las personas jurídicas, que de conformidad con el Art. 564 del mismo cuerpo legal, son aquellos entes ficticios

⁵¹ DAVILA TORRES César, Derecho Societario. Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999, 2^{da} Edición. Pag 6.

capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Rabinovich-Berkman señala que si bien por causa del hombre, se constituye todo el ius (Derecho), *“no significa que no se reconozca la posibilidad de que por causas diversas, existan entes que posean derechos subjetivo y obligaciones, y que no sean seres humanos. Es decir, que se trate de aquellas agrupaciones resultantes, de la convención de varios sujetos que contribuyen con sus voluntades, esfuerzos y patrimonios para crear y sustentar algo distinto más poderoso que cada uno de ellos por separado, y en consecuencia más idóneo para planear, afrontar y llevar al término empresas y proyectos que requieren de mayores dimensiones patrimoniales y de una permanencia y estabilidad temporal de que los hombres individualmente carecemos.”*⁵²

De lo expuesto por Rabinovich-Berkman, se evidencia que el reconocimiento de entes como sujetos de derecho (personas) surge como una necesidad de lograr un mecanismo para facilitar la concepción de ciertos fines, que como individuos disgregados, los seres humanos no podrían alcanzar. Por ello, el derecho concibe a la persona jurídica como un ente ficticio para facilitar las relaciones jurídicas, y al no tener cuerpo material necesitará de personas físicamente existentes, para poder a través de ellas desarrollar las actividades con ella relacionadas, o para decirlo de otro modo, de personas que le ayuden a cumplir con el objeto para el cual fue creada, como las sociedades, éstas actúan a través de los administradores que ejercen su representación legal.

El estudio sobre las personas jurídicas siempre ha sido materia muy controvertida, y fue ampliamente desarrollada tanto en el campo del Derecho Canónico⁵³, como en el Civil, de allí que haya muchas y muy variadas definiciones que responden a los diferentes enfoques ideológicos.

⁵² RABINOVICH-BERKMAN Ricardo D. Derecho Romano. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001. Páginas 297.

⁵³ Derecho Canónico: Ciencia jurídica, que conforma una rama dentro del Derecho cuya finalidad es estudiar y desarrollar la regulación jurídica de la Iglesia Católica.

Francesco Ferrara, al respecto señala que *“Toda materia de las personas jurídicas es un círculo de controversias. En este terreno se disputa todo: el concepto, los requisitos, los principios; muchos niegan aún la existencia de las personas jurídicas, que dicen ser un producto de la fantasía de los juristas”*⁵⁴.

Juan Larrea Holguín⁵⁵, trae a consideración, con una orientación mas sociológica el concepto de Jean Dabin⁵⁶, quien afirma que la persona jurídica *“Es un grupo organizado de individuos humanos, en vista de un fin específico que representa el principio animador de este grupo”*.⁵⁷ Considerando, al principio animador de ese “grupo”, en el caso del ámbito societario, la causa de celebrar un contrato de sociedad es el obtener un beneficio, ganancia o lucro.

Tosso, señala que persona jurídica consiste en cualquier ente capaz legalmente de adquirir y ejercer derechos, y que es jurídica porque no consiste sino en el artificio o ficción del derecho. La persona jurídica es algo ficticio.⁵⁸

En resumen la persona jurídica será definida como una organización de sujetos, con un fin que el derecho debe proteger y por lo cual, actúan como titulares de Derecho reconocidos por el orden jurídico.

Ahora bien, enunciados algunos conceptos de “persona jurídica”, y constatando las características en que concuerdan varios autores cuando la definen, no podemos dejar de lado la definición señalada en nuestro Código Civil, que concibe a la persona jurídica como una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. El hecho de que nuestra legislación conciba a la persona jurídica como un ente “ficticio”, la ubica, como nos recuerda Juan Larrea Holguín, dentro de la doctrina de la ficción,

⁵⁴ FERRARA, Francesco. Teoría delle Persone giuridiche. 2a. ed. Turín, 1923, pág.3.

⁵⁵ Monseñor Juan Larrea Holguín, Buenos Aires 1927-2006. Primer miembro de la prelatura del Opus Dei en el Ecuador. Destacado abogado, frecuentemente consultado sobre temas de Derecho Civil, ecuatoriano y autor de mas de 60 libros de Jurisprudencia.

⁵⁶ DABIN, Jean. Doctrina General del Estado. México 1946, pág. 116.

⁵⁷ HOLGUÍN LARREA, Juan. Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, Fundación Latinoamericana Andrés Bello: Tomo VI. Ecuador, pág. 452.

⁵⁸ TOSSO, Albertus: Ad Codicem Conocini commentaria minora. Roma 1921, pág 39.

teoría que estuvo en pleno auge en el siglo XIX, y hoy en día prácticamente abandonada, y en todo caso de muy escaso valor científico.

Es por ello que a continuación analizaremos la teoría de la ficción y otras que se han vertido sobre la personalidad jurídica.

2.2 Teorías de la Personalidad.

En la Edad Media, existió una gran expansión de los gremios, corporaciones y hermandades, que contribuyeron en gran parte para humanizar las relaciones sociales y que posteriormente la Revolución Francesa reaccionara en su contra, señalándolas como enemigas de la libertad bajo el dictado de un individualismo exagerado, eliminándolas tiránicamente, sin reemplazarlas y dejando por consiguiente a los individuos más débiles a la merced de los más fuertes⁵⁹.

De allí nace la corriente individualista que penetró profundamente en el Código de Napoleón, y través de él, en los derechos hispanoamericanos. De igual manera en nuestras Repúblicas, que tenían una vieja tradición de corporativismo, que incluso nacieron a la vida independiente a la sombra de los cabildos que no eran más que corporaciones municipales, quienes observaban por influencia del derecho francés, con desconfianza a las personas jurídicas y pusieron una serie de inconvenientes. Para justificar ese individualismo destructor se echó mano de la teoría de la ficción (la persona jurídica no existe realmente).⁶⁰

Al respecto, Juan Larrea Holguín, expresa que las corrientes sociales que toman cuerpo desde mediados del siglo XIX, vuelven a dar su verdadera importancia a las corporaciones y por ende a las personas jurídicas, aportando a ello el nuevo auge del Derecho Canónico, así como el industrialismo y en general el desarrollo contemporáneo de las teorías de las personas jurídicas.

⁵⁹HOLGUÍN LARREA, Juan. Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, Fundación Latinoamericana Andrés Bello: Tomo VI. Ecuador, pág. 454.

⁶⁰LARREA HOLGUÍN, Juan. Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Tomo VI. Ecuador. 2002. Pág. 454.

En este contexto, dada su importancia e influencia en el desarrollo del estudio de la persona jurídica, mencionaremos a manera de síntesis las teorías más significativas dadas en torno al tema central de este capítulo.

- a) **Teoría de la ficción:** Savigny⁶¹, creador de ésta teoría, sostiene que no puede existir otro tipo de personas que no sean las naturales, pues decía que la capacidad jurídica coincide con el concepto del hombre; esta doctrina tiene su origen en el individualismo exasperado que triunfó en la Revolución Francesa⁶² y entraña la negación de que exista otro sujeto de derechos distinto al individuo. No obstante, ve la posibilidad de que en el ordenamiento jurídico se reconozca la existencia de entidades que no sean hombres, extendiendo la capacidad jurídica a sujetos creados por simple ficción.

Dicho de otro modo, -en esta teoría- este reconocimiento se basa en una ficción, ya que que los hombres son los únicos que pueden constituir derechos.

Así, estos entes o sujetos ficticios son los que llamamos personas jurídicas, es decir, personas que “existen” solamente para un cumplir con un objeto jurídico; encontrando en ella, un sujeto nuevo de derecho y diferente de las personas que lo componen, y obviamente distinta del hombre. Por esto, persona jurídica difiere del concepto de persona natural, y significa que tiene existencia de persona solo en virtud de este objeto; sin embargo, hay quienes han determinado que no existe “ficción” porque el Derecho no establece una identidad entre estas personas jurídicas y las personas naturales, sino que se limita a incluir a los dos tipos de “personas” dentro de la categoría de los sujetos de derecho, a reconocer a unas y a otros su subjetividad jurídica⁶³.

Juan Larrea Holguín, expresa que dentro de esta teoría, existen varias posturas, puesto que para algunos se tratará de ficciones legales, y para otros únicamente de ficciones doctrinarias que el legislador no debe considerarlas, al

⁶¹ Savigny. Jurista alemán nacido en 1779, fundador de la escuela histórica de derecho alemana.

⁶² En ella no hubo más realidad que el individuo con sus derechos, así lo sostuvieron Duguit, Van del Houvel, entre otros.

⁶³ RICHARD, Efraín Hugo, y, MUIÑO, Manuel Orlando. “Derecho Societario”. Buenos Aires.

concebir las como ilegítimas. Pero además las explicaciones del fenómeno social resultan muy variadas, ya que algunos hablarán de un “patrimonio o propiedad colectiva”, y otros de “patrimonio afectado o destinado a un fin”.⁶⁴

Esta teoría ha sido criticada y algunos doctrinarios nos invitan a superarla, pues creen que desde ella no se explican la existencia, ni la unidad y la perpetuidad de las personas jurídicas, y dejan de lado que los intereses colectivos son distintos a los individuales.

- b) **Teoría de la realidad jurídica:** Esta teoría, contraria a la anterior, explica la problemática de la personalidad afirmando que el sujeto de derecho es una realidad; todas las doctrinas que se enmarcan dentro de esta teoría, parten del considerar a las personas jurídicas como algo existente o real, y no son fruto de la imaginación o de la voluntad del gobernante, pero señalan que estos sujetos de derecho no son totalmente independientes de los individuos, pues su finalidad última es servir a los intereses humanos⁶⁵.

Michoud señala como denominador común de las doctrinas realistas lo siguiente: *“Hay que buscar una teoría que mantenga la unidad de la persona moral, pero sin perder de vista que es una unidad compleja, y que las personas físicas que la componen no son para ella “terceros”. Ella tiene una unidad, pero es también una colectividad; y se tendría una idea insuficiente si se limitara a mirarla bajo el primer punto de vista solamente.”*⁶⁶

Juan Larrea Holguín, afirma pues que la persona moral es una realidad, de tipo abstracto, mas no una ficción, nadie puede negar el esquema elemental de una persona jurídica, en el que existen grupos humanos organizados y que cuentan con una unidad que persigue un fin, formada por una estructura, creada para satisfacer intereses colectivos, y, que necesitan la protección del derecho. Considera pues, Larrea Holguín, que las personas jurídicas llegan a ser una

⁶⁴ LARREA HOLGUÍN, Juan. Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Tomo VI. Ecuador. 2002. Pág. 456.

⁶⁵ LARREA HOLGUÍN, Juan. Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Tomo VI. Ecuador. 2002. Pág. 456.

⁶⁶ MICHOU, León. Theorie de la personalite morale. 3a.ed. París, 1932. Pág 24.

realidad jurídica, no fantástica, ni arbitraria ni de ficción, sino técnica y necesaria, cuando el derecho las “tome en cuenta”, asumiéndolas como una realidad a la que hay que regular.⁶⁷

Así, recordemos que la existencia de la sociedad comercial como sujeto de derecho presupone la existencia de un punto de imputación normativa que reconoce como sustrato un grupo de individuos que, movidos por una motivación común, mediante la formalización de un contrato, de conformidad con las normas vigentes actúan colectivamente constituyendo una unidad. Mediante el nacimiento del sujeto de derecho-sociedad, los individuos que la generan, constituyendo el sustrato personal del ente y aportando bienes que conforman el sustrato patrimonial de él, crean para sus relaciones con terceros y entre sí un único centro de imputación jurídica. En definitiva el ente, como centro de imputación, es el intermediario en la actividad colectiva de los miembros con los terceros y en las relaciones entre sí.⁶⁸

c) Teoría de la institución: Se ha dado lugar a la teoría de la institución debido a las dificultades para tipificar la índole del acto constitutivo de la sociedad dentro de la figura del contrato: la dependencia del nacimiento de la persona jurídica de un acto del poder público (situación particular de la sociedad por acciones), y la permanencia del ente por encima de la decisión de los socios individualmente considerados. La teoría de la institución es imprecisa y se funda en las dificultades de las demás teorías para explicar acabadamente el fenómeno asociativo. Ahora bien al respecto Hauriou sostiene que los elementos de una institución son los siguientes:

- La idea de una obra realizable en un grupo social;
- El poder organizado puesto al servicio de la mencionada idea y su realización.

⁶⁷ LARREA HOLGUÍN, Juan. Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Tomo VI. Ecuador. 2002. Pág. 457.

⁶⁸ RICHARD. Efraín. Manual de Derecho societario. Pág. 18.

- Las manifestaciones de comunión que se producen en el grupo social respecto de la idea y su realización.⁶⁹

Planiol y Ripert, consideran que la esencia de la personalidad consiste en intereses propios, y a una voluntad propia, y señalan: *“Algunos han pretendido ver en la persona moral un organismo tan completo y tan único como el de la persona humana, puesto que la vida de la agrupación a la que se le reconoce personalidad es tan independiente de la vida de sus miembros, como la vida del hombre es independiente de cada una de sus células.”*⁷⁰

2.3 Reconocimiento de las personas jurídicas.

La característica natural social del hombre, lo lleva a formar grupos o sociedades morales, por lo que estas asociaciones, se encuentran dentro del derecho positivo, desde el momento en que son reconocidas por un orden jurídico.

Partamos señalando, por ejemplo, que al hablar del Estado, el orden jurídico positivo se regula dentro del mismo, sin hablar de un auto reconocimiento sino de una organización, o estructuración del Derecho Positivo, subordinado al derecho natural que asume como su primer sujeto al mismo Estado. Por lo que, sin duda existe algo antes de ese Estado y al derecho positivo, y es la realidad sociológica, con unos derechos naturales, que el derecho positivo debe acoger, dar forma y organizar.⁷¹

Para que el Estado actúe como persona de Derecho Internacional, el mismo debe ser reconocido por el orden internacional, sin hablar de una doble personalidad al referirnos al Derecho Nacional e Internacional, sino de un doble reconocimiento.

Y, al hablar de la Iglesia, se puede hacer algo similar, el orden jurídico eclesiástico da forma jurídica a la realidad pre jurídico o supra jurídica que es la Iglesia. Y en el orden internacional, la Iglesia es reconocida al tratarse de una persona jurídica

⁶⁹ RICHARD. Efraín. Manual de Derecho societario. Pág. 20.

⁷⁰ LARREA HOLGUÍN, Juan. Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Tomo VI. Ecuador. 2002. Pág. 456.

⁷¹ LARREA HOLGUÍN, Juan. Ob. cit. Pág. 457.

perfecta, y además soberana, dotada de poder de decidir en última instancia en los asuntos de su competencia.⁷²

Así, la existencia legal consiste en el reconocimiento que hace la ley de los hechos que son personas jurídicas.

Larrea Holguín continúa señalando que esta existencia natural, la ley la convierte en algo mucho más importante y la convierte en una existencia legal, a través de su reconocimiento, resultando de este hecho el que las personas jurídicas dejen de ser simples hechos y se conviertan en hechos regulados por el Derecho.

El Dr. Tobar Ribadeneira⁷³, señala que el reconocimiento en el ámbito estatal, puede realizarse de varias maneras:

1. **Concesión Gubernativa**: La personalidad jurídica es una concesión graciosa que se hace a los entes morales.
2. **Declaración**: El Estado sólo declara su existencia.
3. **Concesión legal**: Depende de la reunión de determinadas condiciones fijadas por la ley. (Requisitos necesarios tanto para la existencia como validez de una persona jurídica, estudiados en el capítulo uno).

Pues bien, cuando hablamos de las teorías de la personalidad, se evidencia que éstas guardan relación con los tres tipos de reconocimientos antes mencionados, y, si consideramos a la personalidad jurídica como una ficción, nos inclinaremos por el sistema de reconocimiento como un “consentimiento a la voluntad colectiva”, al contrario que para las doctrinas realistas el reconocimiento será simple declaración de la autoridad o de la ley.

Por lo que, el reconocimiento que mejor garantiza la libertad es el de “concesión legal”, puesto que éste solo exige el cumplimiento de ciertas condiciones, para que

⁷² LARREA HOLGUIN, Juan. Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Tomo VI. Ecuador. 2005 pág. 458

⁷³ TOBAR RIBADENEIRA, Luis. Las Personas Jurídicas en el Ecuador. Quito, 1956. Pág. 78.

automáticamente una persona jurídica esté encuadrada dentro del orden jurídico y pueda ser sujeto de derechos y obligaciones.

Juan Larrea Holguín, expresa que el sistema legal ecuatoriano de reconocimiento admite diversas formas, según las personas jurídicas de que se trate. Las corporaciones y fundaciones necesitan de la aprobación por el Presidente de la República, las personas jurídicas industriales se constituyen mediante escritura pública inscrita, previa aprobación judicial, las personas jurídicas públicas y las privadas con finalidad social o pública, existen en virtud de la Constitución de la República o de una Ley especial; las eclesiásticas sólo requieren que el Ministerio de Gobierno ordene la publicación de los estatutos de su organismo gubernativo; las especiales de derecho privado tienen varias formas a su vez, de reconocimiento, y las Comunidades campesinas solamente deben reunir los requisitos de la ley.⁷⁴

2.4 Atributos de la Personalidad Jurídica

Los atributos de la personalidad son aquellas cualidades que le son propias a cada persona, es decir son aquellas propiedades que le corresponden por el simple hecho de ser tales, no se puede concebir una persona que carezca de caracteres, como son nombre, nacionalidad, domicilio, capacidad, etc. Por lo que una persona jurídica también debe tener estos atributos, los cuales harán posible su reconocimiento legal.

Después de analizar el concepto de personalidad jurídica, y de reconocer su existencia, debemos señalar los atributos de la personalidad jurídica en las sociedades comerciales y sus consecuencias:

- a) Implica el reconocimiento de la calidad de sujeto de derechos y obligaciones, esto es “centro de imputación de normas”, pero centro de imputación “diferenciado”, distinto de los individuos que integran este ente colectivo, y diferente también de los demás sujetos colectivos que reconozca la ley.

⁷⁴ LARREA HOLGUÍN, Juan. Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Tomo VI. Ecuador. 2002. Pág. 458

- b) Reconocimiento de un “patrimonio propio de ese sujeto”, diferente del patrimonio de los individuos que lo integran y de los demás sujetos colectivos. Esta consecuencia es de mayor importancia, porque significa, a su vez como derivación, que los acreedores particulares sociales tienen preferencia sobre el patrimonio colectivo, evitando la “agresión”, a ese patrimonio por los acreedores particulares de los individuos que integran la sociedad.
- c) Tienen derecho a un nombre que las identifique y las diferencie de los demás entes colectivos.
- d) Tienen domicilio propio.
- e) Posibilidad de actuar en juicio, como parte actora y como demandada.
- f) Tienen responsabilidad civil y penal propia.
- g) Requiere una organización, es decir una reglamentación sobre los órganos que han de representar, conducir, administrar y fiscalizar su actuación.⁷⁵

La nacionalidad es un atributo de las personas naturales, que tradicionalmente se ha atribuido a las personas jurídicas, aunque hay una corriente que ahora tiende a no recurrir a esta extensión del concepto considerando que en materia de derechos civiles son iguales los nacionales y los extranjeros y que respecto a los derechos políticos en los que si hay diferencia entre unos y otros, no se ejercen generalmente por parte de ninguna persona jurídica.

Las personas jurídicas tienen en nuestro sistema una nacionalidad. De esa nacionalidad se deriva también una especial protección de la ley y las autoridades, a las personas ecuatorianas; no se rompe el principio de la igualdad entre nacionales y

⁷⁵ VILLEGAS, Carlos Gilberto. Manual de Derecho societario. Pag 15 y ss.

extranjeros, sin duda respecto de las personas jurídicas este principio sufre más excepciones.⁷⁶

Según Larrea Holguín hay varios criterios para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas.

1. **Lugar de constitución de la persona jurídica.**- Este criterio resulta muy claro pero a la vez también resulta difícil su aplicación, ya que se presta para fraudes de la ley mediante la constitución de una sociedad en un país, para luego operar de manera principal en otro.
2. **La autorización gubernamental o judicial.**- Esta situación no siempre existe, tal como lo observamos cuando hablamos de su reconocimiento.
3. **Asignar su nacionalidad conforme la de sus fundadores, administradores, gerentes.**- Este concepto rara vez se aplica.
4. **El elemento humano predominante.**- Se aplica sobre todo a compañías como de navegación.
5. **El domicilio.**- Este criterio tiene gran aceptación y sirve de paso intermedio para el desconocimiento de la nacionalidad de las personas jurídicas, reemplazando ese concepto por el del sometimiento a las leyes del lugar del domicilio.⁷⁷

El artículo 17, 18 y 19 del Código Sánchez de Bustamante, señala que la nacionalidad de origen de las asociaciones será la del país en que se constituyan, y en el que deban registrarse o inscribirse, si exigiera ese requisito la legislación local. Para las sociedades civiles, mercantiles o industriales que nos sean anónimas tendrán la nacionalidad que establezca el contrato social, y, en su caso la del lugar donde radica

⁷⁶ LARREA HOLGUIN, Juan. Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Tomo VI. Ecuador. 2005 pág. 472.

⁷⁷ LARREA HOLGUIN, Juan. Derecho Internacional Privado Ecuatoriano. Quito 1962, Edición Loja 1998, 6°. Edición Quito, 2000 pág. 58 y ss

habitualmente su gerencia o dirección principal, y para las sociedades anónimas se determinará la nacionalidad por el contrato social, y en su caso por la ley del lugar en que se reúna normalmente la junta general de accionistas, y en su defecto, por la del lugar en que radique su principal junta o consejo directivo o administrativo.

Las personas jurídicas además tienen un nombre, para una mejor identificación, ya sean sociedades nacionales o extranjeras.

Por su misma naturaleza, las personas jurídicas, no pueden tener ninguno de los derechos de familia, ni en general los considerados como personalísimos, en materia testamentaria, pueden ser asignatarias de herencias o legados, pero evidentemente no pueden disponer de sus bienes, por causa de muerte, puesto que no siendo personas vivas tampoco mueren. Excepto de las causas de disolución expresas en la ley.

Los derechos de las personas jurídicas son pues, principalmente patrimoniales, pueden tener tanto derechos personales como reales, y respecto de toda clase de bienes sean muebles o inmuebles

Podemos mencionar en este punto el llamado “Principio de Especialidad”, el cual consiste en que cada persona jurídica es apta para aquellos derechos y obligaciones que corresponden a su naturaleza y finalidades. Así por ejemplo una persona jurídica civil, no puede poseer establecimientos de comercio, porque no responderían a su naturaleza, tampoco una corporación de beneficencia puede dedicarse a actividades lucrativas, excepto para un fin benéfico, y sin reparto de utilidades.⁷⁸

Las personas jurídicas además tienen facultades especiales relacionadas con las obligaciones de sus propios miembros, quienes deberán respetar los estatutos y demás ordenamientos dictados, pudiendo establecerse penas de carácter civil o correccional, tal como lo indica el artículo 572, del Código Civil.

⁷⁸ LARREA, Ob Cit. Pág. 474.

Las personas jurídicas constituidas en un Estado normalmente se reconocen también en los demás Estados, aunque generalmente se les exige el cumplimiento de ciertas formalidades tendientes a dar publicidad a su existencia y características, y también para controlar sus actividades; aquel efecto es lo que se llama la extraterritorialidad de las personas jurídicas.⁷⁹ Cómo síntesis podemos clasificar algunos atributos de los dos tipos de personas:

PERSONAS FISICAS	PERSONAS JURIDICAS
• Capacidad	• Capacidad
• Nombre	• Denominación o razón social
• Nacionalidad	• Nacionalidad
• Domicilio	• Domicilio
• Patrimonio	• Patrimonio
• Estado Civil	• No tiene estado civil.

De esta manera, en consecuencia podemos señalar que el otorgar personalidad jurídica a una sociedad tiene los siguientes efectos:

1. Implica otorgar capacidad jurídica a la sociedad para sus relaciones internas (con los socios que la constituyeron) y externas (con otros sujetos de derecho). Gracias a esta capacidad, puede actuar en el tráfico jurídico con individualidad, identificándose con su nombre y en base de su patrimonio; puede ejercer el comercio y distinguirse de sus socios.
2. Goza de autonomía patrimonial y separación de responsabilidad, pues cuenta con un patrimonio afecto a un fin, y dependiendo del tipo de sociedad⁸⁰ –gracias a la autonomía del patrimonio social- puede limitar la responsabilidad del socio que participa en ella.

2.5 Capacidad de la Persona Jurídica.

⁷⁹ RUFFINI, Francesco. La classificazione delle persone giuridiche. Turín.

⁸⁰ El grado de responsabilidad del socio o accionista que participa en una compañía, depende de la forma de sociedad adoptada, pues conocemos que existen compañías de responsabilidad limitada y otras de responsabilidad ilimitada.

Como nos explica Efraín Richard en su obra *“Manual de Derecho Societario”*: La persona jurídica o sujeto de derecho no constituye un fin en sí misma sino que, por el contrario, es un instrumento de los socios que la crean con el fin determinado para ellas en la Ley. El sujeto de derecho emerge de una colectividad humana que se vale de él como de instrumento o herramienta jurídica para lograr los fines específicos perseguidos por los individuos, pero dentro del fin general permitido por el ordenamiento jurídico.

Así, al hablar de capacidad de la persona jurídica, es importante comprender que se crea un sujeto de derecho nuevo y diferente de los socios que lo fundaron e integran al aportar sus capitales en el caso de una sociedad. La sociedad tiene sus propios derechos y obligaciones, pudiendo esta ser solvente y sus integrantes no; o, la sociedad puede ser acreedora o deudora de los propios socios. Por lo que, dado el nacimiento de la personalidad jurídica se establece que la sociedad, responde frente a los acreedores sociales, con el patrimonio formado con las aportaciones de los socios, ya desembolsadas o prometidas.

Recordemos que la capacidad es, pues, la aptitud que asigna la ley a las personas para hacerlas titulares de la facultad de adquirir derechos y poder ejercitarlos. La capacidad es adquisitiva o de goce y de ejercicio, la primera es connatural a la calidad de persona y se atribuye a todos los individuos de la especie humana desde su nacimiento; mientras que la capacidad de ejercicio consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra.

La capacidad adquisitiva o de goce es condición de existencia de la capacidad de ejercicio.

La capacidad constituye la regla; mientras que la capacidad ejercicio no es regla general y a ella la ley impone ciertas excepciones. De esta forma el Art. 1462 de nuestro Código Civil señala que toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara como incapaces.

Por lo tanto, la incapacidad no es sino una excepción, y esta sólo puede admitirse en virtud de que la ley lo establezca en su texto⁸¹.

El Art. 1463 del Código Civil, señala entre los incapaces relativos a las personas jurídicas; esto es, se encuentran dentro del grupo cuyos actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertas condiciones determinadas por las leyes. En general sabemos que los incapaces no están autorizados para actuar por cuenta propia, que actúan representados por quienes la ley a otorgado la atribución de representarlos⁸²; los actos y contratos celebrados por los relativamente incapaces son también relativamente nulos.

Nos resulta claramente presumibles las razones por las cuales el legislador clasificó a las personas jurídicas como incapaces relativos; basta partir considerando su naturaleza como ente ficticio y su necesidad de actuar a través de su representante legal, para entender que no se les puede considerar como sujetos dotados de una capacidad absoluta o plena.

La doctrina y los Tribunales afirman que la sociedad, en tanto que es una persona jurídica de Derecho Privado, tiene capacidad jurídica y capacidad de obrar general. Tanto las asociaciones y las sociedades como las fundaciones (personas jurídicas privadas), se rigen por la ley y sus estatutos y pueden contraer obligaciones conforme a ellos⁸³.

Chuliá, sostiene en lo referente a la incapacidad de las personas jurídicas, que se le puede clasificar en incapacidad de derecho o de hecho:

- La incapacidad de derecho es una excepción que establece el ordenamiento jurídico frente a determinados derechos, esta incapacidad es siempre relativa, nunca absoluta.

⁸¹ Nuestra legislación establece la incapacidad absoluta (impúberes, dementes, sordo mudos que no pueden darse a entender por escrito), la incapacidad relativa (menores púberes, interdictos, personas jurídicas) y ciertas prohibiciones especiales a determinadas personas (ejemplo, los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí, excepto el mandato, capitulaciones matrimoniales y donaciones).

⁸² El Art. 28 del Código Civil en relación con el Art. 570 del mismo cuerpo legal, establecen que son representantes legales de las personas jurídicas, las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de unas u otras el acuerdo de la corporación, han conferido este carácter.

⁸³ CHULIÁ, Francisco Vicent, *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, Tirant Le Blanch, 2003.

- La incapacidad de hecho, es la incapacidad de poder ejercer este derecho, se puede decir que esta incapacidad va acorde al desarrollo de la “maduración”, por lo tanto, esta incapacidad es relativa, pero también se dan casos en que puede ser absoluta.

Doctrinariamente, se dice también, que la persona jurídica tiene capacidad relativa, en razón de que esta capacidad estará limitada con los fines que para los cuales fuera creada la “sociedad”, esto es que el ejercicio de la capacidad de una sociedad se encuentra limitada por la realización de los actos jurídicos que su objeto social⁸⁴ lo permita, o siempre y cuando dichos actos vayan acorde a él. Al respecto, el inciso final del Art. 30 de nuestra Ley de Compañías establece que los que a nombre de una compañía, aún cuando esta se encuentre legalmente constituida, hicieren negociaciones distintas a las de su objeto y empresa, según esté determinado en su estatuto, serán solidariamente responsables de todos los perjuicios que por la nulidad de los contratos se causen a los interesados, a más de poder ser castigados con arreglo al Código Penal; por otra parte, debemos recordar que de acuerdo al Art. 12 de la Ley de Compañías es ineficaz contra terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores o gerentes que se estipule en el contrato social.

En consecuencia, si el representante de una sociedad realizare un acto que sale del objeto social de su representada y este, por alguna razón proveniente de tal hecho, es declarado nulo, el representante es solidariamente responsable de los perjuicios que se causen; sin embargo, por la naturaleza de la nulidad que puede acarrear el acto y en relación con el citado Art. 12, ni la compañía ni sus administradores pueden beneficiarse de su propia culpa y alegar en su provecho una causa de nulidad (relativa), por lo que será –sólo- la contraparte la que a su conveniencia pueda alegar dicha nulidad.

Por último, cabe señalar nuestro criterio en cuanto que la capacidad de una sociedad es igual si esta es una de responsabilidad limitada o de responsabilidad ilimitada, no varía, lo que difiere es la responsabilidad de sus socios frente a las obligaciones asumidas por ella, por ejemplo: cuando estemos frente a una sociedad de

⁸⁴ El objeto social debe estar claramente determinado en el contrato y delimita el campo de acción de los administradores.

responsabilidad ilimitada, sus socios son con ella solidaria y subsidiariamente responsables, esto lo señalamos por cuanto hay quienes sostienen que en este caso la sociedad tiene una capacidad plena, mientras que esta capacidad será limitada o relativa, cuando se refiere a una sociedad de responsabilidad limitada.

2.6 La Persona Jurídica en otras legislaciones.

El tema de la personalidad jurídica es un tópico polémico, habiéndose señalado que la trascendencia de todo lo atinente a la teoría de la personalidad ha llegado a tener tan incidencia que excede el campo del derecho privado para considerarla también propia del derecho público. Tanto es así que se ha recurrido a la noción de personalidad o de persona jurídica por la corte de Justicia Internacional de La Haya para calificar, a los efectos de un reclamo por daños causados a funcionarios de las Naciones Unidas, la naturaleza jurídica de este organismo internacional, afirmándose que es al menos a tales efectos una persona jurídica.

Se ha sostenido que la sociedad no es solo el conjunto de sus socios, sino algo que engloba más que su personalidad física.

Las leyes mercantiles modernas han adoptado en este punto diversos sistemas:

- a) Para el Derecho francés, las sociedades comerciales gozan de personalidad moral desde la fecha de su inscripción en el Registro de Comercio, reconociéndose personalidad jurídica a todas las sociedades mercantiles.
- b) Para el Derecho italiano, personas jurídicas son solamente sociedades por acciones. A las sociedades de personas se les reconoce solamente autonomía patrimonial.
- c) El legislador español ha establecido un sistema unitario, reconociendo la personalidad jurídica a todas las sociedades, siempre que cumplan determinados requisitos de publicidad. Sin escritura e inscripción no hay personalidad jurídica;

habrá una sociedad irregular, que es tanto como decir una pura relación contractual de sociedad.⁸⁵

- d) En la legislación argentina, se destaca que ellos acogen la teoría de la realidad jurídica, antes explicada, en forma específica. Ya que la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en la ley, y que no incurre en una repetición inútil de los preceptos civiles. Su regla general es que la sociedad comercial es un sujeto distinto de los socios que la componen y que tiene su patrimonio propio también, distinto del de los socios, sin embargo como su ley lo destaca ello posibilita la aplicación de las teorías que con distintos nombres permiten abusos de la personalidad a través de las sociedades comerciales.⁸⁶
- e) Para el derecho ecuatoriano, en este caso el nuestro, para el beneficio de la personalidad, la ley establece el cumplimiento de una serie de requisitos formales: contrato social elevado a escritura pública; su aprobación por la Superintendencia de Compañías o por la de Bancos y Seguros, o por el juez de lo civil según el caso, y; por fin su inscripción en el Registro Mercantil

⁸⁵RICHARD, Efraín Hugo, ORLANDO, Manuel Muiño. "Derecho Societario". Buenos Aires.

⁸⁶RICHARD, Efraín Hugo, ORLANDO, Manuel Muiño. "Derecho Societario". Buenos Aires.

CAPITULO III

La Responsabilidad Limitada en el Contrato de Sociedad.

3.1 Concepto de la responsabilidad limitada en el contrato de sociedad.

Se ha denominado como responsabilidad limitada, al hecho de que los socios respondan frente a las deudas sociales, o a terceros, con sus aportes dados en el contrato de sociedad, sin haber afectado su patrimonio personal, o en caso de hablar de una responsabilidad ilimitada respondan frente a estas obligaciones con su patrimonio, a más de de lo que han aportado a las sociedades o compañías. Es decir, el tipo de responsabilidad o en mejor forma el grado de responsabilidad que adquieren los socios, depende de la especie de sociedad o compañía.

La responsabilidad limitada existe en las sociedades clasificadas como de capital o capitalistas, y la responsabilidad ilimitada en las sociedades de personas o personalistas, sin embargo en las compañías de responsabilidad limitada, a las que un sector de la doctrina las considera mixtas, por cumplir con una característica del tipo de sociedades capitalistas, esto es, conferir a sus socios una responsabilidad limitada.

Las sociedades clasificadas como de personas son la colectiva y la comadita simple, en ellas los socios responden entre sí de manera solidaria, subsidiaria e ilimitadamente⁸⁷; mientras que son clasificadas como de capital la compañía anónima, la de economía mixta y la comadita por acciones, en ellas los accionistas responden solamente hasta por el monto de sus aportes.

Es necesario aclarar que cuando hablamos de responsabilidad limitada no pensamos en la sociedad misma, sino en sus socios. La sociedad como persona jurídica capaz de obligarse, responderá siempre ilimitadamente, es decir, con todos sus bienes presentes y futuros, sin límite en la totalidad de la obligación adquirida; en cambio, como lo hemos

⁸⁷ Por ejemplo podemos observar lo dispuesto en el Art. 74 de la Ley de Compañías.

dicho, los socios responden frente a las obligaciones de la sociedad en distintos grados dependiendo del tipo social del cual se forme parte; en las compañías que gozan de responsabilidad limitada los socios responden hasta el monto de sus aportes.

Joaquín Garrigues, en su obra *Tratado de Sociedades Mercantiles* nos dice: “*La denominación Sociedad de Responsabilidad Limitada, no es muy exacta, y más bien deberían denominarlas “Sociedad de Riesgo Limitado”, pues, en efecto, lo que quieren limitar los socios es el riesgo de su participación en los negocios sociales, dejando a salvo del resultado de estos negocios el resto de sus bienes no aportados a la sociedad.*”

Evidenciando claramente, que lo que se intenta lograr a través de una “responsabilidad limitada”, es el hecho de poner en riesgo lo menos posible al patrimonio que se tiene de manera personal, y únicamente aportar y/o responder en la sociedad, con el capital que como socio se aporta a la misma.

Sin embargo, hay autores que ponen en duda el principio de limitación, por ejemplo el mexicano Joaquín Rodríguez quien dice “*En el Derecho Mexicano, el principio de la aportación limitada tiene un alcance absoluto, a diferencia de lo que ocurre en el derecho alemán, en que los socios responden entre sí por el efectivo desembolso de las aportaciones de cada uno, y del derecho francés, en el que los socios tienen una responsabilidad limitada en los casos de excesiva valoración de bienes aportados*”⁸⁸.

Al hablar de la responsabilidad limitada que tienen los socios con la compañía, el mismo autor Joaquín Rodríguez Rodríguez, señala que debe entenderse el tema de la responsabilidad limitada en un doble sentido: El primero en cuanto se hace referencia al deber de aportación limitada; y el segundo, en cuanto concierne a la responsabilidad limitada del accionista frente a terceros por las deudas sociales.⁸⁹

⁸⁸RODRÍGUEZ, Joaquín y Joaquín Garrigues. *Tratado de Sociedades mercantiles*. Tomo II, Pág 439.

⁸⁹RODRÍGUEZ, Joaquín y Joaquín Garrigues. *Ob Cit*. Pág 106

Así, cada socio responderá por su aportación de manera ilimitada, tal como se responde en general de las propias obligaciones; ante lo cual el socio responderá por ello, con todo su patrimonio, resultando la sociedad como acreedora de dicha obligación o aportación.

Y, en cuanto a la responsabilidad de los socios pero frente a terceros, por la compañía es limitada, hasta el monto de sus aportes, y ello ha dado nombre a las sociedades denominadas de “Responsabilidad Limitada o en nuestro medio las siglas Cía. Ltda.” Sin embargo, el principio general tiene excepciones destinadas a proteger los intereses de los derechos; la responsabilidad solidaria de los socios mientras el contrato de sociedad no esté inscrito en el Registro, así mismo por el monto de los aportes en dinero y el valor atribuido a los que hagan en especie. La Ley de Compañías, en su Art. 11 señala que el que contratare por una compañía que no hubiere sido legalmente constituida, no puede sustraerse, por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones; por lo que una Compañía, que no hubiere cumplido con todas sus formalidades de constitución, no genera ningún tipo de obligaciones, sin poder hablar de la existencia de una responsabilidad limitada de los socios.

Para corroborar lo dicho, la Ley de Compañías, respecto a la compañía anónima, en su Art. 201, también señala que los fundadores y promotores son responsables solidaria e ilimitadamente, frente a terceros, por las obligaciones que contrajeran para constituir la compañía, salvo el derecho de repetir contra éste una vez aprobada su constitución.

Siguiendo en la línea de las sociedades anónimas, en ellas es posible limitar su responsabilidad a la aportación prometida por sus fundadores o futuros socios, esta aportación constituye el concepto de una autonomía patrimonial, que goza este tipo de sociedades, diferenciando así el patrimonio autónomo perteneciente a la persona jurídica creada, y el patrimonio personal de sus socios.

Estas características propias de la Sociedad Anónima como persona Jurídica es la que ha generado su éxito y arrolladora presencia en el mundo de los negocios, siendo

pues una regla indiscutible, al tiempo que la sociedad en comandita va desapareciendo.⁹⁰

El tema de la responsabilidad limitada con la que cuentan las sociedades más utilizadas en nuestro país, puede resultar controversial para terceras personas que quieran contratar con estas sociedades, por lo que es importante tener en cuenta que los socios no responderán personalmente por las deudas de la sociedad, y a modo de recomendación aconsejar a los acreedores o terceros asegurarse que el crédito que otorguen se encuentre suficientemente garantizado por el capital social de dicha sociedad.

3.2 Efectos de la Responsabilidad Limitada.

Siguiendo al autor Laureano Gutiérrez⁹¹, al hablar de la responsabilidad limitada y concretamente en las compañías que otorgan tal beneficio a sus socios –en nuestra legislación las más utilizadas la Sociedad Anónima y la Compañía de Responsabilidad Limitada-, podemos decir que trae consigo algunos aspectos importantes como son sus consecuencias o efectos entre los más importantes tenemos:

- En general las sociedades forman una personalidad jurídica independiente de los socios que la componen, y en particular, gracias a ello, existe la autonomía de su patrimonio, principio básico por el cual se puede lograr la responsabilidad limitada de los socios o accionistas frente a las obligaciones sociales.
- Las sociedades reguladas en la Ley de Compañías, cualquiera sea el objeto a que se dediquen, son siempre comerciales, pero no necesariamente demandan o revisten los caracteres de comerciantes a los miembros que la componen.

⁹⁰ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades. Gaceta Jurídica Editores, 1era Edición, Lima, 1998, p. 158

⁹¹ GUTIERREZ Falla, Laureano F. Derecho Mercantil. Contrato societario y derechos individuales de los accionistas. Buenos Aires-Argentina. Impreso

- La quiebra de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada no importa la de los socios, ni la quiebra de algunos de los socios, incluso la de los gerentes, la cual no implica la quiebra de la sociedad, así lo indica nuestra Ley de Compañías en su Art. 366. En las compañías de corte personalista la quiebra de uno de los socios trae como consecuencia la posibilidad de excluirlos de la misma, como lo podemos observar por ejemplo del numeral 4 del Art. 82 de nuestra Ley de Compañías.
- Responsabilidad frente a sus consocios por las pérdidas sociales, ya que estas se reparten proporcionalmente entre ellos, dentro del límite de sus aportes. Laureano Gutiérrez, en su obra “Contrato Societario y Derechos Individuales De Los Accionistas”, nos explica que si bien es cierto que los socios son acreedores de la sociedad por su cuota de liquidación, como los terceros acreedores, en caso de insolvencia o liquidación de la sociedad, satisfacen sus créditos a expensas de los accionistas, éstos no son simplemente acreedores de la sociedad por su crédito de restitución, sino, además, garantes de los terceros acreedores sociales dentro del límite de sus aportes. Más aún el accionista no es solo “postergado”, como acreedor de restitución frente a los terceros acreedores sociales, sino que puede verse obligado a cumplir con su aporte para pagar a dichos terceros, aun en aquellos casos en que la insolvencia o disolución de la sociedad no permitan que sea restituido.
- Otro ejemplo del efecto de la responsabilidad limitada, lo podemos tomar de la legislación hondureña la misma que nos dice que si demandada la sociedad en pago de deudas no tuviese bienes suficientes para cubrir su importe, la sentencia que condene a la sociedad al pago tendrá fuerza de cosa juzgada y podrá ser ejecutada contra el patrimonio de los accionistas, en aquella cuantía que corresponda al valor no pagado de sus acciones.
- Las responsabilidades que resultan del uso abusivo de la responsabilidad limitada son exclusivas del socio o socios que ejecutaron el acto o consintieron

en el mismo; recordemos que la actuación de la sociedad, sólo se la hace a través de sus órganos de administración.

3.2. Uso y abuso de la responsabilidad limitada.

Hemos dicho ya que el patrimonio de la sociedad es distinto del patrimonio de los socios, y que el patrimonio de los socios es distinto del patrimonio de la sociedad, de lo que se desprende lógicamente que por las obligaciones de la sociedad responde, ante todo, el patrimonio social, y los socios están obligados respecto de la sociedad a cumplir con el pago de las aportaciones prometidas.

Este beneficio de poder limitar la responsabilidad de los socios o accionistas frente a las obligaciones sociales –gracias a la autonomía patrimonial de la sociedad-, hace que la sociedad o compañía, como persona jurídica, pueda ser usada en fines distintos a los que la ley persigue y por los cuales las permite; en el transcurso del tiempo existen muchos casos que confirman que socios o administradores, sólo o en conjunto, motivados por intereses que contravienen el derecho y perjudican a terceros, han utilizado a las sociedades para lograr su consecución.

En consecuencia, es preciso establecer que cuando hablamos de un abuso de esta responsabilidad limitada, nos referimos al hecho de que las personas vinculadas a una sociedad haciendo prevalecer su calidad de socio, se extralimiten en sus derechos que como tales tienen (en virtud de su estatus de socio) o que la sociedad les otorgue, para realizar actos que no le han sido facultados o no estén permitidos por la ley; también podemos hablar de un uso abusivo de la responsabilidad cuando sus administradores o representantes legales, ostentando dichas calidades que les han sido asignadas, la mal utilizaren para aprovecharse de ella para cometer algún tipo de fraude, usando como escudo la figura de la persona jurídica, como una herramienta para poder alcanzar fines contrarios a la ley. Generalmente, todos estos supuestos se cometen desde lo que se clasifica como abusos del derecho.

En este contexto, siguiendo a Carlos Enrique Quiroga Periche⁹², podemos establecer ciertos criterios que se plantean para la determinación del abuso del derecho, los mismos que son:

1. Criterio subjetivo.

Por este criterio los titulares de una situación jurídica de poder ejercen sus atribuciones con la intención de dañar a otro sujeto, sin tener un interés serio o legítimo. Este ejercicio no origina ningún beneficio para el titular. Su acogida, históricamente, fue vasta pero luego sufrió críticas motivadas por su dificultad de poder probarlo, pues la culpa o negligencia del agente se ubican en el plano psicológico del agente; y de considerarse a la culpa un elemento indispensable en la configuración del uso abusivo de la situación jurídica que traería como consecuencia el asimilarlo a la noción de un ilícito civil.

2. Criterio objetivo.

Considera que el abuso del derecho se da en cuanto un derecho subjetivo se ejercita de manera anormal, es decir contraria su función económica–social.

3. Criterio mixto.

Este criterio surgió de la combinación de los dos criterios arriba mencionados, entendiéndose que se complementan entre sí. En síntesis, el juez para determinar el abuso de derecho debe tener en cuenta lo siguiente:

- a) La intención de dañar.
- b) Ausencia de interés.
- c) Si se ha elegido la manera menos dañosa de ejercer el derecho.

⁹² QUIROGA, Carlos Enrique. Tomado de un extracto de la Tesis para optar por el título de Abogado presentado por el autor titulada: “El Uso abusivo de la Responsabilidad Limitada. Protección de los acreedores de una Sociedad Anónima frente al uso abusivo de la Responsabilidad Limitada de los socios, sin afectar la subjetividad jurídica de la sociedad”, Universidad Nacional de Trujillo, Facultad de Derecho, Trujillo, 2004, 187 pp.

- d) Perjuicio anormal o excesivo.
- e) Si el ejercicio es contrario a las buenas costumbres.
- f) Si se ha tenido en cuenta los principios de razonabilidad, lealtad, confianza.
- g) La finalidad económica social del derecho subjetivo contenido en la norma.

Quiroga Periche, continúa señalando, tres características del uso abusivo de la responsabilidad limitada, las cuales son:

- a) Requiere de la existencia de un derecho subjetivo, por lo tanto debidamente reconocido en una norma positiva a favor del sujeto que realiza el acto en perjuicio de un tercero. La norma positiva se justifica generalmente en un principio general de derecho.
- b) El abuso se da cuando a partir del ejercicio del derecho subjetivo se lesiona un interés no tutelado en una norma jurídica positiva. Este interés se encuentra amparado por un principio jurídico prevaleciente que actúa directamente frente al otro principio.
- c) El daño sólo es un indicador de carácter indemnizatorio. No es un elemento que sea necesario en la configuración del uso abusivo del derecho.

Sintetizando, la responsabilidad limitada en el contrato de sociedad podemos señalar los siguientes puntos centrales:

- La responsabilidad limitada, como una situación jurídica de poder, tiene los alcances, tanto como parte alícuota del capital social, como valor -representativo- de los derechos del socio y de dicho status⁹³, y, en general del conjunto de derechos y obligaciones del socio o accionista.

- La Ley de Compañías limita la responsabilidad de los socios y accionistas de una sociedad de corte capitalista, respecto únicamente al valor de su aportación a la misma frente a las deudas sociales.
- La responsabilidad limitada se manifiesta de dos maneras:
 - ✓ **La limitación de la responsabilidad a favor de la sociedad**, por la que ella no responde por las obligaciones personales de sus socios; y,
 - ✓ **La limitación de la responsabilidad a favor del socio**, en el que el socio no responde por las obligaciones sociales con su patrimonio personal.
- La responsabilidad limitada como una de las características propias de la sociedad anónima y de la compañía de responsabilidad limitada, supone la garantía a los socios de no ver comprometido su patrimonio personal a los riesgos que trae consigo los negocios que realice la sociedad. La responsabilidad limitada es una situación jurídica de poder solamente respecto de los socios; pues el ordenamiento lo configura en ese sentido, de allí que su uso abusivo sea un problema específico del general “abuso del derecho”, distinto del supuesto de la responsabilidad de los administradores y directores.

CAPITULO IV

La Doctrina del Levantamiento del Velo Societario

4.1. Antecedentes.

La Doctrina del Levantamiento del Velo Societario, es una creación del Derecho Anglosajón, surgió como un mecanismo “creado” para poder superar la estructura formal de las personas jurídicas y de esta manera investigar su esencia, alcanzando así, a las personas -naturales- que se han encubierto o escondido detrás del denominado “velo societario”, con el objeto de realizar actos que son prohibidos, por el hecho de ser contrarios al ordenamiento jurídico; esto es, la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario, llega como una solución de tipo judicial para descubrir los fraudes cometidos por determinados socios u accionistas en contra de terceros, utilizando para ello la figura de la persona jurídica.

Esta teoría, fue aplicada inicialmente por los tribunales de Estados Unidos, y del Reino Unido, cuyos fallos fueron de sustancial importancia para su posterior aplicación en varios países más, así como para el desarrollo del estudio de esta doctrina.

En Estados Unidos tenemos el conocido caso de “Bank of United States vs. Deveaux”, cuya resolución dictada por los jueces del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el año 1809, ha sido señalado por varios autores, entre ellos Carmen Boldó Roda, como el antecedente más remoto para la aplicación de la doctrina del “Levantamiento del Velo”, en este caso los miembros de la sociedad litigante eran ciudadanos extranjeros, los cuales impugnaban la competencia de la Corte Federal pues ésta solo podía resolver causas referidas a “ciudadanos” de un Estado. Los socios acotaban que siendo la sociedad un conjunto de varias personas, es invisible, inmortal, y su existencia solo descansa en su reconocimiento por la ley, por lo cual la persona jurídica no podía ser considerada como un “ciudadano”. Ante tal situación, el juez Marshall – quien conoció este caso- entendió que, correspondía penetrar el velo social, sacando a la luz a sus integrantes, para así extender la jurisdicción de los tribunales federales a las

controversias suscitadas entre éstos por ser ciudadanos de distintos Estados, por cuanto la corporación es una entidad artificial, invisible, intangible que sólo existe en la mente del legislador. Es por ello que esta decisión fue la primera que contrarió el criterio de que una sociedad era indivisible e inextinguible conforme lo había sostenido el Tribunal Supremo de Estados Unidos, y el medio por el cual se puso de manifiesto que las partes que intervenían en la disputa eran esencialmente los socios y cómo éstos poseían la ciudadanía de distintos Estados, correspondía que su juzgamiento fuera en el fuero federal. Con esta sentencia los casos de “*Disregard of Legal Entity*” –teoría será analizada en el desarrollo de este capítulo- fueron surgiendo en mayor cantidad.⁹⁴

En el Reino Unido, el primer fallo relacionado con la doctrina del levantamiento del velo societario, fue el caso de “*Salomon vs. Salomon & Company Limited*”, suscitado en el año de 1897 en la ciudad de Londres. En el cual Aron Salomón transfirió su negocio de venta de pieles a una sociedad formada por él mismo y seis integrantes de su familia, ostentando estos últimos una acción cada uno. Él se reservó las restantes 20,000 acciones. Salomón -administrador de la sociedad- constituyó unas obligaciones privilegiadas a favor de sí mismo por la venta del negocio; es decir, en caso de que se liquidara la empresa él tenía preferencia en el cobro sobre los demás acreedores. Ello ocurrió. El negocio no prosperó y Salomón hizo valer su condición de acreedor privilegiado para cobrar, absorbiendo todos los bienes de la sociedad en perjuicio de los restantes acreedores.⁹⁵

Si bien en este caso no se levantó el velo societario, sí destaca el fallo emitido por el magistrado Vaughman Williams, quien se mostró conforme con el planteamiento del Liquidador de la empresa *Salomon & Co. Ltda.*, señalando que los suscriptores del negocio fundacional eran meros testaferros y que el solo propósito del señor Salomon al formar la sociedad fue usarla como un “agente” que hiciera negocios por él. El Tribunal de Apelación llegó a una conclusión similar pero en este caso la realidad fue que el único propietario del negocio únicamente se dedicó a encontrar seis testaferros juntos

⁹⁴ BOLDO RODA, Carmen. Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español, Arandazi, Valencia.2000 pág. 115-116.

⁹⁵ ANGEL YAGUEZ, Ricardo. “La Doctrina del Levantamiento del Velo” de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia, 2da Edición, Civitas, Madrid- España, p. 62

con los que pudiese cumplir las formalidades de constitución de la sociedad. Pese a ello, la Cámara de los Lores revocó por unanimidad los fallos del juez Williams y del Tribunal de Apelación sosteniendo que el señor Salomón no era responsable ni ante la sociedad ni ante los acreedores, que las obligaciones fueron válidamente emitidas y que el derecho de garantía que pesaba sobre los activos de la sociedad era efectivo contra ésta y sobre los acreedores.⁹⁶

El fallo del caso Salomón dio la pauta inicial para que el concepto de personalidad jurídica se lo concibiera de una manera separada e independiente de las sociedades con una responsabilidad limitada de los socios que la componen. A partir de este fallo se aplicó como principio general, el de la personalidad jurídica separada y distinta de las sociedades, excepto cuando apareciera una razón en contrario que justificara la separación de los mismos. Esto es, cuando el concepto de personalidad jurídica propia de la sociedad es utilizado con propósitos deshonestos, tales como burlar el interés público, justificar actos ilícitos, proteger el fraude o defender delitos, el ordenamiento jurídico tiende entonces a desechar el principio de personalidad jurídica separada y considerar a la sociedad como una asociación de personas físicas.⁹⁷

En el sistema anglosajón el planteamiento de esta doctrina dispone su utilización sólo en circunstancias excepcionales, y para el caso de que el tribunal de derecho no conceda ningún tipo de protección ante una actuación abusiva de una persona jurídica. En estos casos el tribunal de equidad puede prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica, para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas y a los bienes que se escudan bajo su figura.

4.2 Concepto.

Francisco Vicent Chuliá en su obra “Introducción al Derecho Mercantil”, al hablar de la Doctrina del Velo Societario nos dice que: “*La personalidad jurídica es*

⁹⁶ BOLDO RODA, Carmen. Ob Cit. pág. 115-116.

⁹⁷ Farrar, J.H.; Furey, N.E.; Hanningan, B.H. : “Farrar’s Company Law.” 3er ed. Butterworths. London. 1991. p.70. Gower, L.C.B.: “Principles of Modern Company Law”. 5th. Edition. Sweet & Maxwell. London, 1992. p.144.

*una mera técnica, que no debe confundirse con la noción filosófica de persona, que deriva de la condición del ser humano. Como tal técnica ha facilitado la expansión económica, por la posibilidad de multiplicar y descentralizar las empresas, separar los patrimonios empresariales de los familiares o personales, y permitir la concentración financiera, mediante las sociedades por acciones y los grupos de sociedades, nacionales y multinacionales.”*⁹⁸

De esta manera se recalca la facilidad que se dio a las empresas o compañías para poder acrecentar su nivel económico sin preocupación de que su inversión realizada en un negocio pueda afectar de modo alguno a su patrimonio familiar o personal. El supuesto para el levantamiento del velo societario es el abuso o el fraude cometido a través de la utilización de la figura de persona jurídica.

Wormser, quien fue pionero en el tratamiento de este tema en el derecho norteamericano, señala: *“cuando el concepto de persona jurídica se emplea para defraudar a los acreedores, para eludir una obligación existente, burlar una norma, conseguir o perturbar un monopolio o proteger la bellaquería y el crimen, los tribunales dejarán a un lado el velo de la entidad y contemplarán a la sociedad como una agrupación de socios, hombres y mujeres vivos, y hará justicia entre personas reales”*.

La teoría del levantamiento del velo societario puede señalarse como un conjunto de soluciones de tipo jurídico a través de los cuales resulta posible prescindir de la estructura de la sociedad con la cual se haya cubierto a un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. Estas “soluciones” en algunos supuestos permitirán prescindir de esta figura jurídica, negando la existencia autónoma del sujeto de derecho, mientras que en otros se mantiene la existencia autónoma del sujeto, pero se niega al socio la responsabilidad limitada (*Durand Vidarte Sandra, Levantamiento del Velo Societario. Ensayo. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo Perú 2009.*)

⁹⁸ CHULIÁ, Francisco Vicent. Introducción al Derecho Mercantil. Tirant le Blanch. Valencia 2003. Pàg 260.

Ahora bien, la personalidad jurídica es segura, pero cuando nos encontramos frente a una posible aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario, en determinadas ocasiones puede resultar contraproducente tal como lo determina Chuliá, al indicarnos que la personalidad jurídica puede y debe ser “ignorada”, tomando en consideración a sus socios. Esta circunstancia puede darse en base a tres fundamentos importantes como son:

1. Por disposición legal.- Ejm. Chuliá trae a considerar como ejemplo, las normas de fomento de las cooperativas, que “eliminan”, la persona jurídica como intermediario, considerando, por ejemplo que es consumidor la cooperativa y no sus socios, y que no se produce una doble compra o venta, socio-cooperativa-terceros, haciendo responder a la sociedad dominante por las conductas contrarias a la libre competencia de las filiales.
2. Por pacto expreso.
3. Por los tribunales.- Es decir cuando el reconocimiento de la personalidad jurídica ampararía actuaciones fraudulentas de los socios que se esconden tras el velo o la pantalla de aquello.⁹⁹

La doctrina del Levantamiento del Velo recurre al estudio de la *fictio iuris*¹⁰⁰, como el único instrumento posible para la represión de los abusos, en base a la creencia de que la persona jurídica es efectivamente un sujeto distinto de sus miembros. Pero no es difícil prever en esta doctrina, como en toda doctrina que se exprese en términos de *fictiones iuris*, el primer paso hacia el reconocimiento de una nueva realidad. Esta doctrina ocupa en la evolución que conduce a la demolición del concepto de la persona jurídica una posición equivalente a la que ocupó en el proceso contrario de formación de este concepto la doctrina ficcionista de Savigny. El paso posterior, a lo que hoy dice la doctrina del levantamiento del velo es la afirmación como principio y no por la vía de

⁹⁹ CHULIÁ, Francisco Vicent. Ob Cit. Pág 260.

¹⁰⁰ Fictio Juris: Se la define como el procedimiento técnico, por medio del cual el pretor o legislador manda al juez que tenga por existente (o inexistente) un hecho o requisito que realmente no existe (o existe).

la ficción de que los derechos y deberes de la persona jurídica son derechos y deberes de sus miembros.¹⁰¹

4.3 Características Generales de la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario.

Esta doctrina con todos los nombres que ha ella puede ser adjudicada, presenta algunas características que le son esenciales, sin importar en el sistema jurídico que nos encontremos, ya que de acuerdo a muchos autores reúne elementos y/o características comunes que le dan su forma y estructura, como pueden ser:

a) Es una técnica o práctica judicial.- Esta doctrina al no estar codificada como tal en nuestra legislación, no podemos considerarla como una norma, por lo que se convierte en una “técnica” o “práctica” que únicamente se la aplica en ciertos casos.

b) Es una institución de verdad. Como lo mencionamos en el literal anterior, si bien no se encuentra de manera expresa en algún cuerpo legal de nuestra legislación, y al no tratarse de una norma, la encontramos como una institución dentro de la variada doctrina estudiada a su alrededor; doctrina que ha sido aceptada y recogida en nuestro país.

c) Es una doctrina de carácter no unitario. Esta doctrina tiene un carácter amplio, pues abarca varios supuestos como el fraude a la ley, el abuso del derecho, la simulación, pues se basa más en el principio de tutelar un legítimo interés de terceros; por lo que se puede establecer que no se trata de una doctrina única.

d) Tiene un carácter excepcional. Constituye un recurso particular que procede cuando la extrema injusticia y el daño a terceros están debidamente comprobados.

e) Produce efectos relativos. Como la palabra mismo indica sus efectos no son siempre los mismos en todos los casos aplicados.

¹⁰¹ RODA BOLDÓ, Carmen. Ob Cit. Pág 47

f) Es una doctrina autónoma. Se vale por sí sola, no necesita de una doctrina antecedente.

g) Constituye un medio o un resultado. Esta doctrina puede servir como un instrumento para descubrir a sus socios cuando actúen utilizando a la persona jurídica como medio para cometer diferentes tipos de abusos o fraudes, y descubrir sus intenciones o puede ser también un resultado, esto es aplicar esta doctrina para encontrar a las personas naturales que utilizaron a la persona jurídica con otros fines.

4.4 Análisis general de las causas en las que se aplica la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario desde la posición de Serick.

Resulta interesante conocer el pensamiento de Serick, jurista alemán, muy citado por varios autores al referirse a la doctrina del levantamiento del velo societario; para hacer un acercamiento a su enfoque doctrinario partamos señalando que muchos autores critican a la doctrina del Velo Societario, debido a que no se ha creado un razonamiento, que sirva como base para saber diferenciar cuando podemos levantar el “velo” societario y cuando debemos respetarlo, basándose ello en la idea de la conveniencia y de la equidad que justifican.¹⁰²

La Doctrina del Levantamiento del Velo Societario, vista desde la postura de Serick, en el Derecho Alemán, parte del análisis de la doctrina del disregard of the legal entity, formulada años atrás por la jurisprudencia norteamericana. El estudio de dicha jurisprudencia le lleva a deducir que los jueces americanos, siempre que han adoptado medidas que alcance a las personas que se hallan detrás de la sociedad han estado convencidos que se trata de algo excepcional.¹⁰³

Así, la persona jurídica no se presenta como un “velo o un manto” interpuesto por el derecho entre los socios de la compañía y terceros, y en el que sólo la equidad puede, particularmente, eliminar este “velo”, frente al cual, el juez deberá detenerse y

¹⁰² RODA BOLDÓ, Carmen. Ob Cit. Pág 52

¹⁰³ RODA BOLDÓ, Carmen. Ob Cit. Pág 72

juzgar según el derecho. El juzgador se servirá del concepto de persona jurídica que vaya de acuerdo con el resto del “lenguaje normativo”, pero cuando lo considere oportuno podrá recurrir y basarse en las normas jurídicas que son las condiciones de uso de la persona jurídica, apareciendo entonces como la disciplina especial que, derogando el Derecho común, han previsto las Leyes para los miembros de determinado grupo. Descubriéndose que abusar de la persona jurídica, -sacar el ilegítimo provecho de la interposición del “velo”, de la persona jurídica- significa, técnicamente disfrutar de una facultad especial en situaciones diversas de aquella que justifica su aplicación, como también significa disfrutar del privilegio de Derecho, rebasando los límites dentro de los cuales el legislador la habría enmarcado.¹⁰⁴

En el resto de ordenamientos continentales, al igual que en Alemania, como un elemento esencial en el Derecho de sociedades, es la limitación de la responsabilidad, y como tal el elemento que intenta en gran parte ser utilizado como medio para cometer delitos o fraudes a ley.

Serick plantea la interrogante ante esta doctrina, de *¿Cuándo puede prescindirse de la estructura formal de la persona jurídica para que la decisión penetre hasta su mismo sustrato y afecte especialmente a sus miembros?* La jurisprudencia, ha “violado” el principio de radical separación entre la persona jurídica y sus miembros componentes en casos especiales en los que, de no hacerlo así puedan dar resultados injustos, a pesar de ello el fundamento teórico que lo justifica no está claro, intentando fundamentarlo en la fuerza de los hechos o en la buena fe. Estos supuestos y su generalización hacen que la figura de la persona jurídica se ponga en riesgo o que pierda su valor, ante lo cual es necesario determinar los límites dentro de los cuales se pueda violentar la forma de persona jurídica.

Carmen Boldó, al estudiar la postura de Serick, señala que el autor primordialmente se refiere a los casos de abuso de la persona jurídica, cuando ésta ha sido aplicada a fines ilegales. Ante esta problemática se habla pues de la posibilidad de aplicar a la persona jurídica los preceptos de Derechos que han sido formulados pensando en el

¹⁰⁴ RODA BOLDÓ, Carmen. Ob Cit. Pág 54

hombre porque suponen la existencia de hombres detrás de ella, o el hecho de que la norma legal puede aplicarse a las personas jurídicas, por o referirse exclusivamente a las personas naturales. Boldó además señala que Serick, se limita a ordenar con un criterio comparativo los casos en que esta decisión alcanza a los miembros de la persona jurídica y a deducir de ellos algunas reglas fundamentales para la solución de estos problemas.

Los criterios con los cuales Serick, se fundamenta para el levantamiento del velo son:¹⁰⁵

1. **El abuso de la persona jurídica.-** Serick critica, el hecho de que en las sentencias en la cuales se ha aplicado la desestimación de la personalidad jurídica se la haya realizado, únicamente con fundamento en la equidad, por lo que el beneficio logrado en ellas resulte a costa de la seguridad jurídica. La aprobación o la repudiación de estas sentencias parecería que depende únicamente de que se pueda o no colocarse el valor del Derecho como un elemento de previsión por encima de la justicia del caso. Por lo que de la concepción que se tenga del mundo, dependería, el saber cuándo se pueden tomar medidas que afecten a los hombres que se hallan detrás de la persona jurídica. El criterio decisivo para prescindir de la forma de la persona jurídica se sitúa en su utilización abusiva para dejar burlado un precepto legal. Agrupando en tres categorías las manifestaciones más frecuentes que pueden revestir los supuestos de abuso de la persona jurídica:

- a. **Fraude de ley** (cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que no ha previsto).
- b. **Fraude o violación de contrato** (Por medio de la persona jurídica, puede quedar burlado o incumplido un contrato como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la de su único socio).

¹⁰⁵ RODA BOLDÓ, Carmen. Ob Cit. Pág 73

- c. **Daño fraudulento causado a terceros** (Se causa perjuicio a terceros con la utilización de la persona jurídica, y no pueden incluirse en los literales anteriores).

2. Problemas Especiales que plantean las reglas del Derecho de Sociedades.

Ante, el problema de averiguar cuándo pueden ser identificadas dos personas jurídicas, es decir la relación entre persona jurídica dominante y subordinada, o sociedad madre y filial, puede suscitarse en los siguientes supuestos: El primero, si las personas jurídicas subordinadas pueden ejercitar derechos o emprender actos que una norma de Derecho de sociedades prohíba a la persona jurídica dominante, cuya respuesta dependerá de si su finalidad prohíbe inclusive que de manera indirecta se impida su validez, como si se utilizara otra persona jurídica. Y el segundo, si una persona jurídica dependiente es utilizada con su nombre, por parte de la dominante para alcanzar finalidades ilícitas.

Para lo cual, debe afirmarse que las personas jurídicas dominantes y dependientes deben ser tratadas como una unidad, sólo podrá perpetrarse hasta el sustrato de la persona jurídica cuando se cumpla la regla general, es decir, cuando exista un abuso de la persona jurídica.¹⁰⁶

4.4.1 Abusos de la personalidad jurídica y de la limitación de la responsabilidad como causas que dan lugar a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

El inicio histórico para que se produzcan los “abusos” de la persona jurídica, según varios autores tiene su nacimiento y posterior desarrollo en la sociedad anónima. En razón de que se les otorgaba a estas compañías el privilegio de la responsabilidad limitada de sus socios de acuerdo al importe de sus participaciones con las deudas que adquiriera la compañía. Sin embargo, con la constitución de estas sociedades y al tener

¹⁰⁶ RODA BOLDÓ, Carmen. Ob Cit. Pág 82

ciertos beneficios, resulta necesario el tener una justificación para mantener este “privilegio”.

El concepto de persona jurídica interviene como ayuda para que se mantenga este “privilegio”, denominado responsabilidad limitada de los socios, y de esta manera no contradecir el principio de igualdad, proclamado por la Revolución Francesa.

Al crear una sociedad se crea un nuevo sujeto de derechos, explicado ya en los capítulos anteriores, el mismo que resulta una persona totalmente diferente de los socios de la compañía que lo integra, existiendo pues una “insensibilidad” entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios, así como una “incomunicación” entre la sociedad y sus socios, manifestada en que los intereses de la persona jurídica creada son diferentes a sus miembros; y de manera inversa, los intereses particulares de los miembros son diferentes al nuevo sujeto de derecho creado, resultando que las deudas de la persona jurídica nada tienen que ver con sus socios.

Podemos citar a Rodríguez Grez quien sostiene que *“el abuso del derecho consiste, entonces, en exceder el interés jurídicamente protegido por el derecho positivo al instituirse la norma que lo consagra”*.¹⁰⁷

La persona jurídica como creación del Derecho Objetivo, solo requiere del reconocimiento jurídico que el Estado le otorgue para su existencia.

Por lo que si el concepto de persona jurídica, es simplemente una mera figura formal, un recurso técnico, se presta para que su uso cumpla objetivos que no son los propios de la realidad social para la que nació dicha figura, sino otros muy ajenos de los individuos que la integran.

Por tanto los socios podrán a costa de la sociedad evadir el cumplimiento de las leyes, para desligarse de las obligaciones contraídas con terceros, y, en general, para

¹⁰⁷RODRIGUEZ GREZ Pablo, El abuso del derecho y el abuso circunstancial, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1997, pág. 137.

defraudar los intereses de éstos. La posibilidad de jugar con la propia personalidad del socio, y la de la sociedad abre un abanico ilimitado de toda clase de abusos.¹⁰⁸

También se plantea la cuestión de la persona jurídica de las sociedades que forman grupos, ya que en muchas ocasiones no existe un verdadero equilibrio entre forma jurídica y realidad económica. La antigua doctrina francesa y más recientemente la anglosajona, defiende la búsqueda de la verdadera conexión entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo, dejando a un lado los límites formales que separan a unas personalidades de otras.

Pero lo más relevante en este punto sin lugar a dudas es el utilizar a la persona jurídica a través de su figura de sociedad para de esta manera, y bajo esta estructura aprovechar las ventajas y beneficios que se puedan obtener a través del “privilegio de la responsabilidad limitada.”

Los jueces ecuatorianos han sostenido que *“el abuso del derecho se presenta cuando el titular de un derecho subjetivo lo ejerce conscientemente con el propósito de inferir daño al deudor, excediéndose del “interés jurídico” protegido por la norma¹⁰⁹”*, se señala además que deben concurrir tres requisitos importantes: la conciencia de causar un perjuicio al acreedor; el obrar al margen del interés jurídico protegido con el objeto de lograr un beneficio no legitimado por el derecho, y el perjuicio patrimonial que deriva de este hecho.

Por ello, cuando una persona natural decide constituir una sociedad para esconderse tras el velo o manto de una compañía, y de esa forma escapar de sus acreedores personales, estaríamos en presencia de un abuso del derecho si se dan los presupuestos antes mencionados.

¹⁰⁸ RODA, Carmen Boldó. Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español, Arandazi, Valencia.2000.

¹⁰⁹ Sentencia de 22 de abril de 1996, Corte Suprema, RDJ tomo XCIV, segunda parte, sección tercera pág. 62 y ss.

Ahora bien, la responsabilidad limitada puede darse fuera de la esfera de las personas jurídicas y es concebida como aquel privilegio que se otorga tanto a personas físicas como a personas jurídicas, según lo que nos indica Carlos Enrique Quiroga Periche, en su ensayo *“Teoría del Levantamiento del Velo Societario.”*

Juan Larrea Holguín señala que *“Dado que la ley es ordenación de la razón, para el bien común, los derechos que la ley reconoce y garantiza a favor de sus sujetos activos, no se han de considerar ilimitados, sino necesariamente encuadrados en el bien común”*¹¹⁰, de ahí que el ejercicio exorbitante y desmedido de un derecho pueda causar perjuicio a otros sujetos o a la comunidad en general.

Una vez expuestas los anteriores puntos debemos traer a consideración la posibilidad de que se utilice, tanto la personalidad jurídica, como la limitación de la responsabilidad, para fines contrarios a los establecidos en la ley, considerando que el abuso de la personalidad jurídica es un tema diferente pero relativo al abuso de la limitación de la responsabilidad, por lo que cabe el no confundir uno con otro; como es lógico, el abuso de las mismas se da toda vez que la compañía ha sido constituida ya que no podría darse antes de su nacimiento o luego de su disolución.

La personalidad jurídica puede ser usada indebidamente para defraudar a terceros, evadir obligaciones con el Estado, ocultar patrimonios y en general para contravenir los fines establecidos en la ley; Miguel Macías Hurtado considera que la personalidad jurídica no es más que un recurso técnico y que se trata de una concesión del legislador, por lo que le resulta claro que *“se puede neutralizar esa concesión e impedir el uso para fines no lícitos o distintos de los que justificaron la concesión de la personalidad jurídica. Parece, entonces, justo anular la separación entre persona jurídica y las personas físicas que la integra”*.¹¹¹

La limitación de la responsabilidad implica que si un socio se vale del derecho que su calidad le confiere en razón del tipo de sociedad, para buscar satisfacer fines

¹¹⁰ LARREA HOLGÍN, Juan. “Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana”, Derecho Civil, Tomo I, Fundación Latinoamericana Andrés Bello, Ecuador, 2005, pag. 52.

¹¹¹ Macías Hurtado, Miguel. Ob. Cit., pag. 219.

personales y distintos a los de la naturaleza de la sociedad, abusa de su situación jurídica.

Es necesario, establecer que de ser posible desestimar la personalidad jurídica de una compañía para determinar quienes están atrás de la misma e imputarles la responsabilidad de una obligación, conllevaría la eliminación de la limitación de la responsabilidad. No obstante, al contrario, al ser posible solamente eliminar la limitación de la responsabilidad del socio desleal no implicaría el desvanecimiento o desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad.

Pueden existir situaciones en las que un socio actúe abusando de su situación de poder o control, en perjuicio de los intereses naturales de la sociedad e incluso sin el conocimiento y consentimiento de otros socios, en ese caso no cabría desestimar la personalidad jurídica, sino buscar la manera de perseguir al socio que ha sido desleal con la sociedad y con los demás socios.

4.4.2 El Levantamiento del Velo Societario en legislaciones extranjeras.

La Doctrina del Levantamiento del Velo Societario, en todas las legislaciones tiene un denominador común, y es que en todas ellas se la ha desarrollado a raíz de la práctica judicial, como veremos en el desarrollo de este punto, en el derecho inglés por ejemplo esta doctrina tuvo su desarrollo gracias a que su sistema se basa en la equidad y a través de ella es posible buscar la verdad para suprimir el fraude; en el derecho norteamericano su aplicación es restrictiva; en el español existe una variada jurisprudencia; en la legislación Argentina, por ejemplo, la han incorporado en su normativa, y en la legislación peruana no se ha normado a esta doctrina como tal, pero al igual que en varios países existen figuras jurídicas, como el fraude a la ley, acción pauliana, o la simulación, que pueden ser aplicadas para contrarrestar los actos fraudulentos realizados bajo el amparo de la estructura de una sociedad.

4.4.2.1 La Teoría del Disregard Of Legal Entity en el Derecho Angloamericano.

Esta doctrina nace enmarcada bajo el término equidad o también llamada “equity”; como una aplicación jurisprudencial de los tribunales de equidad de Estados Unidos, quienes bajo el fundamento de criterios generales y en casos particulares, pudieron deducir que es lícito, y a la vez necesario poner de lado por así llamarlo a la entidad legal de una persona jurídica cuando esta ha sido utilizada con fines en contra de la ley o del derecho y buscar en su esencia personal quienes se esconden o se benefician bajo del velo de esta entidad.¹¹²

La doctrina del Disregard of the legal Entity en el Derecho norteamericano, se desarrolla basándose en la equidad, Dobson, define a la equidad como aquel cuerpo de leyes que es aplicado únicamente por los Tribunales de Equidad.

La utilización de la equidad en este sistema es un elemento característico, de aplicación supletoria para la correcta integración del common law. Por regla general, los tribunales de equidad sólo intervienen cuando el tribunal de derecho no puede amparar y proteger de forma efectiva una situación que de lo contrario produciría un daño irreparable, “y se estima que un daño es irreparable cuando el tribunal de derecho no concede amparo alguno o cuando el amparo ofrecido es inadecuado, insuficiente o injusto” (J.M. Dobson. *El Abuso de la Personalidad Jurídica*. Pág 121)¹¹³

La Doctrina del Levantamiento del Velo tiene un carácter accesorio y es de aplicación suplementaria ya que como mencionamos anteriormente, constituye un recurso excepcional que procede cuando la extrema injusticia y el daño a terceros están debidamente comprobados. Está en juego el principio de la certeza en cuanto a la realidad o la existencia de la persona jurídica como un ente reconocido por todo el derecho, con existencia independiente de sus miembros.

¹¹² AGUAD DEIK, Alejandra, en Fundación FUEYO, *Estudios sobre Reforma del Código Civil y Código de Comercio*, Edit. jurídica Santiago, Chile, 1998, Pág. 298

¹¹³ BOLDO RODA, Carmen. Ob Cit. Pág 98.z

La equidad aparece como un régimen complementario y contrapuesto al del common law, con sus propias reglas y su propia jurisprudencia.

Dobson define el common law, como concepto distinto del derecho de equidad, indicando que *“es el conjunto de reglas y principios, escritos o no, que tienen una autoridad fija e inmutable y que debe ser rigurosamente aplicado a las controversias en su plenitud, sin posibilidad de ser modificado para ajustarse a las peculiaridades de cada caso específico o teñido con la discrecionalidad del tribunal y que se funda explícitamente en la costumbre o en la ley, distinguiéndose así de cualquier pretensión de superioridad ética.”*¹¹⁴

Esta doctrina se encuentra relacionada con la teoría del “trust fund”, ya que al contratar los terceros con la sociedad lo hacen sobre la base de la confianza que les infunde el patrimonio de ella, dado que no existe responsabilidad personal de los socios.

De esto se desprende que los terceros o acreedores tienen un derecho sobre el patrimonio social más privilegiado que los propios socios, quienes sólo tendrán derecho sobre el patrimonio social en caso de liquidación o insolvencia luego que todos los créditos de los acreedores se hayan pagado. Por lo tanto, en caso de liquidación o insolvencia si los socios reciben dineros o especies del “trust fund” antes de ser pagadas todas las acreencias, los acreedores pueden accionar directamente contra el accionista sobrepasando la figura de la persona jurídica. Lo anterior se produce porque el socio adquirente jamás estaría actuando de buena fe y en este caso el patrimonio de los accionistas será considerado como el patrimonio de la persona jurídica.

En el derecho anglosajón, para revelar la presencia de algún fraude los tribunales se escudan en los llamados “test”, que son indicios de su presencia, agregando a ello el resultado de injusticia, que el derecho no permite. Estos “test” o indicios del fraude varían de un tribunal a otro, pero los más recurridos son: ¹¹⁵

¹¹⁴ DOBSON. Juan M. Abuso de la Personalidad Jurídica. Pág 32.

¹¹⁵ BOLDO RODA Carmen, Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español, Edit. Arazandi, Pamplona, España, 1996, Pág. 143.

- Existencia de la sociedad con un solo socio.
- No llevar contabilidad alguna.
- Infra capitalización; se refiere a la posibilidad que existe de postergar o subordinar unos créditos a otros en los procedimientos concursales.
- La no emisión de acciones.
- Transferencias de fondos de la sociedad y el socio mayoritario.

Así, esta doctrina se fue consolidando en la jurisprudencia norteamericana, sosteniéndose que el primer fallo en la materia es el del año 1809 denominado “Bank of the United States v. Deveaux”. Como lo demuestra la numerosa jurisprudencia de los tribunales de Estados Unidos, aquí comienza a aplicarse regularmente la doctrina del disregard of legal entity.

4.4.2.2 Doctrina del Levantamiento del Velo Societario en el Derecho Español.

La teoría del levantamiento del velo societario, en el derecho español, tuvo su comienzo en los años 80, anteriormente se la empleaba como “*doctrina de terceros*”, cuyo objetivo principal era cubrir algunas de las situaciones que, en el ordenamiento anglosajón se resolvían a través del “*disregard*”, aunque al aplicar esta “*doctrina de terceros*”, los tribunales españoles la solventaron sólo en el fraude y la buena fe, razón por la cual no tenía los mismos alcances y consecuencias que la teoría del disregard, debido a su gran amplitud.¹¹⁶

Dentro de la jurisprudencia española, en sus múltiples fallos, encontramos una sentencia dictada por el Tribunal Supremo, el 28 de mayo de 1984, la cual trazó en forma terminante los fundamentos de la aplicación de esta doctrina, los cuales han sido recogidos por la jurisprudencia española y por distintos autores, quienes están de

¹¹⁶ Leonelli Leonelli Paolo Ambrosio; Urra Escobar Rodrigo Andrés y Novoa Muñoz Gabriela Yolanda. “Abuso de la Personalidad Jurídica”. Tesis. Universidad Católica de Temuco Escuela de Derecho. Año 2004. (digital).

acuerdo en que los argumentos válidos para emplear el levantamiento del velo societario son:¹¹⁷

- a) La equidad.
- b) La buena fe, que no es más que la rectitud en el actuar como sujeto de derecho.
- c) El fraude a la ley, que en España está expresamente sancionado por el legislador, en donde el sujeto se ampara en una norma legal para realizar actos que el ordenamiento en general prohíbe o repudia.
- d) El abuso del derecho o ejercicio antisocial del derecho, el cual se entiende cuando el titular abusa de un derecho o lo utiliza más allá del objetivo para el cual fue creado perjudicando con su actuar a terceros.
- e) La teoría de unidad de empresas, que se da cuando existen sociedades que aparentemente son autónomas e independientes tanto jurídica como económicamente, pero que responden a una unidad económica y de organización que en los hechos la hace una sola sociedad.
- f) El abuso de la personificación que ha sido conceptualizado como *“aquel ilícito civil que aparece integrado por la violación consciente del imperativo de transparencia en tráfico jurídico, a través de la creación de una falsa apariencia de la persona jurídica o de alguno de los atributos de una persona jurídica, determinante de una o más mutaciones patrimoniales, que los intervinientes en el tráfico jurídico, espectadores de la apariencia creada, no tiene la obligación de soportar”*.¹¹⁸

Ante todos estos argumentos expuestos, el Tribunal Supremo español ha dejado en claro que habiendo conflicto entre los principios de *seguridad jurídica* y *justicia*, ha

¹¹⁷ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA L. Ob Cit. Pá 50.

¹¹⁸ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA L., Abuso de personificación, levantamiento del velo desenmascaramiento, Madrid, 1997, Pág. 48

preferido este último, cuando a juicio del tribunal concurren los fundamentos antes dichos.

Por lo demás, los autores españoles, han tratado de sistematizar las situaciones en las cuales se podría levantar el velo, creando para ello grupos de casos en que se tratan de incluir todas aquellas materias que ameritan una solución a través de esta técnica y la doctrina los reúne en:

- 1) Caso de identidad de personas o empresas;
- 2) Casos de control o dirección efectiva externa;
- 3) Casos de infra capitalización;
- 4) Casos de abuso de la personalidad jurídica en fraude a la ley o en incumplimiento de obligaciones.

4.4.2.3 Doctrina del Levantamiento Del Velo Societario en el Derecho Argentino.

La doctrina del Levantamiento del Velo Societario, en el Derecho Argentino, ha sido conocido con distintos nombres, entre ellos: doctrina de la desestimación, redhibición, allanamiento, penetración de la personalidad jurídica.¹¹⁹ De las cuales la que más relación se tiene con la finalidad de la doctrina del levantamiento del velo, es la desestimación de la personalidad jurídica; en razón de que los conceptos de redhibición y allanamiento pueden crear confusión de conceptos debido a que estas denominaciones el legislador argentino las ha definido para materias especiales que no tienen relación con la finalidad de esta doctrina.¹²⁰

Los fundamentos que se tuvieron presentes para la aplicación de esta doctrina de la desestimación, no cambian mucho de lo que se conoce en la doctrina y jurisprudencia

¹¹⁹ LEONELLI LEONELLI, Paolo Ambrosio; URRAS ESCOBAR Rodrigo Andrés y NOVOA MUÑOZ Gabriela Yolanda. “Abuso de la Personalidad Jurídica”. Tesis. Universidad Católica de Temuco Escuela de Derecho. Año 2004. (digital).

¹²⁰ GULMINELLI Ricardo, Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica, Buenos Aires 1997.

española, puesto que esta doctrina tiene su fundamento en el abuso del derecho, simulación, la unidad económica o conjunto económico y el más importante de todos lo encontramos en una consagración legal de esta institución en la ley N° 19.550 sobre sociedades comerciales – ley que la nombraremos en el literal e)- a continuación: ¹²¹

a) **Abuso del derecho:** Este instituto tiene consagración legal en el derecho argentino, establecido en el inciso segundo del artículo 1071 del Código Civil: “*todo acto abusivo es un acto prohibido por la ley*”, además el artículo 18 del mismo Código prescribe “*los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención*”.¹²²

Se concluye que el efecto del abuso del derecho es la nulidad del acto, tendríamos un efecto distinto al que produce el levantamiento del velo propiamente tal, que es de la inoponibilidad y no la nulidad del acto.

Esto sin perjuicio de la consagración legal que tiene hoy el abuso de la personalidad jurídica en el derecho argentino.

Este argumento fue muy recurrido en sus inicios por la jurisprudencia para aplicar la doctrina en cuestión.

b) **Simulación:** a esta institución se recurre cuando se constituyen sociedades ficticias, con la finalidad de defraudar a terceros acreedores, como una forma de sustraer bienes del derecho de prenda general. Este argumento presenta una gran jurisprudencia, por ser una creación de los tribunales, ya que respecto a ella no existe norma expresa.

c) **Razones de Estado:** este fundamento es utilizado para proteger al Estado, de actuaciones de sociedades extranjeras que operan en dicho país, cuando de ello resulte un perjuicio al Estado. Es así como amparado en leyes especiales, se autoriza a penetrar

¹²¹HALPERÍN Isaac, “Sociedades Comerciales”. Parte general, de 1964 y MASNATTA Héctor, “El abuso del derecho a través de la persona colectiva”, Teoría de la penetración”. Argentina.

¹²²Código Civil Argentino.

en el sustrato de dichas entidades, para de esta forma hacer responsable a los socios de los perjuicios causados al Estado argentino.¹²³

d) **La unidad económica o conjunto económico:** la unidad económica al igual que en el Derecho español ha sido utilizado como sustento para aplicar la desestimación de la personalidad, cuando existen sociedades que jurídicamente son diferentes, pero que verdaderamente responden a una “unidad jurídica y económica”, es decir, en la realidad forman una sola sociedad.

Este conjunto económico, ha sido utilizado por la jurisprudencia argentina, además en los casos de determinación de los tributos. En estos casos los tribunales para evitar la evasión tributaria penetran en el fondo de la sociedad; de este conjunto económico, para determinar la persona del contribuyente.¹²⁴

e) **Ley N° 19.550 de sociedades comerciales:** con la modificación introducida por la ley N° 22.093 del año 1983, se produjo una consagración legal de la doctrina del “*disregard of legal entity*”, en la ley sobre sociedades comerciales del año 1972, ya que se agregó el apartado tercero del artículo 54, el cual dispone “*la actuación de la sociedad que involucra la consecución de fines extra societarios, o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que lo hicieron posible, quienes responden solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados*”.

Esta ley sistematizó a los casos en los que la jurisprudencia aplicaba la desestimación de la personalidad jurídica, recogiendo los fundamentos que los

¹²³Ley N° 6.697 de 1963; Decreto N° 11.599 del año 1946. Argentina

¹²⁴ Leonelli Leonelli Paolo Ambrosio; Urra Escobar Rodrigo Andrés y Novoa Muñoz Gabriela Yolanda. “Abuso de la Personalidad Jurídica”. Tesis. Universidad Católica de Temuco Escuela de Derecho. Año 2004. (digital).

tribunales usaban para su aplicación, fijando límites legales en torno a la desestimación de la personalidad jurídica.¹²⁵

4.4.2.4 Doctrina del Levantamiento Del Velo Societario en el Derecho Chileno.

En Chile esta Doctrina del Levantamiento del Velo Societario, no tiene consagración legal, y la jurisprudencia de los tribunales se ha pronunciado recientemente, pero solo en forma parcial, conservándose intacto el principio de la radical separación entre la sociedad y sus socios. Sin embargo, el sistema chileno contiene ciertas instituciones que podrían ser utilizadas como una alternativa para solucionar en parte los problemas que trae consigo el abuso de la personalidad jurídica, sin llegar a obtener el resultado final que produce esta doctrina en el derecho comparado, a saber, la inoponibilidad.

En el ordenamiento chileno se encuentran las siguientes instituciones:

- a) El objeto y la causa.
- b) La simulación.
- c) La acción pauliana.
- d) El abuso del derecho.
- e) El fraude a la ley.

A) El objeto:

Este es un elemento de la esencia de todo negocio jurídico y, por lo tanto, también de todo contrato, además se requiere que este objeto sea lícito. El Código Civil Chileno en el Art. 1445 dispone que: *“para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: N° 3 que recaiga sobre un objeto lícito”*, y a su vez el Art. 1460 dice: *“toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o*

¹²⁵ Leonelli Leonelli Paolo Ambrosio; Urra Escobar Rodrigo Andrés y Novoa Muñoz Gabriela Yolanda. “Abuso de la Personalidad Jurídica”. Tesis. Universidad Católica de Temuco Escuela de Derecho. Año 2004. (digital).

más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”.¹²⁶

La sanción que trae la ausencia del objeto, es la nulidad absoluta o la inexistencia del acto o contrato, si se acepta o no, que la inexistencia está contemplada por este sistema como una sanción de ineficacia civil. Respecto al objeto ilícito, su sanción será la nulidad absoluta, tal como lo dispone dicho Código Civil en sus artículos 1681 y 1682. En materia de sociedades este objeto, es el conjunto de actividades que la sociedad realizará, es decir, el giro social. En este sentido, el objeto consiste en un hecho, por lo tanto, estos hechos deben ser física y moralmente posibles como lo dispone el inciso tercero del Art. 1461.¹²⁷

A manera de conclusión, si en el acto constitutivo de una sociedad, no existe el objeto o este es ilícito, se producirá la inexistencia o nulidad de dicha sociedad, según el caso.

La causa al igual que el objeto, es un elemento de la esencia de todo acto o contrato, por lo que debe concurrir a su formación y además debe ser lícita. El Código Civil chileno, la regula en el Art. 1445, en su numeral número 4 que dispone: *“para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: ... que tenga una causa lícita”*, mientras que el Art. 1467 que dice: *“no puede haber obligación sin una causa real y lícita;... se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público...”*¹²⁸.

Si en el contrato de sociedad, el motivo que induce a las partes a contratar fuera otro distinto a la affectio societatis, como por ejemplo evadir el cumplimiento de obligaciones o una prohibición legal, en estos casos habría causa ilícita por así

¹²⁶ Código Civil chileno.

¹²⁷ Leonelli Leonelli Paolo Ambrosio; Urra Escobar Rodrigo Andrés y Novoa Muñoz Gabriela Yolanda. Ob Cit. (digital).

¹²⁸ Código Civil Chileno.

establecerlo el Art. 1467 del Código Civil ya transcrito, y el acto constitutivo sería nulo de nulidad absoluta por así disponerlo el art. 1682 del Código Civil chileno.¹²⁹

b) Simulación:

Los autores han definido a la simulación como “*la disconformidad consciente entre la voluntad y su declaración convenida entre las partes con el fin de engañar a terceros*”¹³⁰, se produce simulación cuando las partes conscientemente dicen celebrar un acto, pero en realidad este acto es diferente.

La simulación puede ser absoluta o relativa; absoluta cuando aquella en que no se ha querido celebrar acto alguno, y es relativa cuando se aparenta celebrar un acto específico pero en la realidad es otro acto distinto.

Si una persona crea una sociedad con el objetivo de huir de sus acreedores personales, disminuyendo de esa forma su patrimonio, nos encontramos ante el caso de una simulación relativa, pero si esta persona aparenta una sociedad y en el fondo no ha formado sociedad alguna, estamos frente a una simulación absoluta. En este caso la sanción sería la nulidad absoluta o la inexistencia del acto constitutivo¹³¹.

En materia civil, la simulación ha sido utilizada para hacerle frente a la utilización abusiva de la persona jurídica, Alberto Lyon P. señala que la utilización de la figura jurídica de la persona jurídica no constituye simulación, puesto que estaríamos frente a casos de burla a la buena fe.

c) La Acción Pauliana.

¹²⁹ Leonelli Leonelli Paolo Ambrosio; Urra Escobar Rodrigo Andrés y Novoa Muñoz Gabriela Yolanda. Ob Cit. (digital).

¹³⁰ PEÑAILILLO AREVALO, Daniel, Cuestiones Teórico-Prácticas de la Simulación, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 191, año LX, Enero-Junio, 1992

¹³¹ Leonelli Leonelli Paolo Ambrosio; Urra Escobar Rodrigo Andrés y Novoa Muñoz Gabriela Yolanda. Ob Cit. (digital).

Abeliuk define a la acción pauliana como *“aquella acción que la ley concede a los acreedores para dejar sin efecto los actos del deudor ejecutados fraudulentamente y en perjuicio de sus derechos, y siempre que concurran los demás requisitos legales.”*

La acción pauliana puede ser utilizada para disolver la constitución de una sociedad, cuando ésta se ha formado con el fin de disminuir el patrimonio de una persona para de esta forma perjudicar a sus acreedores, porque se produce su disminución en su patrimonio al aportar sus bienes a una sociedad.¹³²

Esta “institución”, se convirtió en una herramienta eficaz, para hacerle frente a la utilización de la figura de la persona jurídica, por su naturaleza radical de sus efectos, que es revocar los actos que el deudor realice de mala fe en perjuicio de sus acreedores.

d) El abuso del Derecho.

En este sentido la jurisprudencia ha sostenido que *“el abuso del derecho...se presenta cuando el titular de un derecho subjetivo lo ejerce conscientemente con el propósito de inferir daño al deudor, excediéndose del “interés jurídico” protegido por la norma.”*¹³³

Se señala que se deben cumplir tres requisitos los cuales van vinculados: la conciencia de causar un perjuicio al acreedor; el obrar al margen del interés jurídico protegido con el fin de obtener un beneficio no legitimado por el derecho, y el perjuicio patrimonial que deriva de este hecho.

Cuando una persona natural constituye una sociedad para escudarse tras el manto societario, y de esa forma “protegerse” de sus acreedores personales, estamos ante un caso de un abuso del derecho si se cumple con los requisitos señalados en el párrafo anterior. Pero se produce un problema al intentar contrarrestar la conducta

¹³²Leonelli Leonelli Paolo Ambrosio; Urra Escobar Rodrigo Andrés y Novoa Muñoz Gabriela Yolanda. Ob Cit. (digital).

¹³³ Sentencia de 22 de abril de 1996, Corte Suprema, 1994, RDJ tomo XCIV, segunda parte, sección tercera pág. 62 y ss.

abusiva con esta institución, pues los requisitos que exige la doctrina y la jurisprudencia son de difícil prueba, además no hay una sanción única para el caso de abuso del derecho, ya que las materias codificadas determinan sanciones específicas para dichos casos en la legislación chilena.¹³⁴

e) Fraude a la Ley.

La doctrina al respecto señala: “*consiste en la realización de uno o varios actos que originan un resultado contrario a una norma jurídica, y al o a los que se ha amparado en otra norma dictada con distinta finalidad, logrando con ello un propósito u obteniendo un beneficio que, de haber sometido su conducta directamente a la norma eludida, no habría podido obtener, por encontrarse prohibido por el ordenamiento jurídico*”.¹³⁵

Para que se dé la figura de fraude a la ley es necesario que concurren ciertos requisitos como son:

- El acto en cuestión intente demostrar la violación efectiva de una ley a la que es contrario o en la cual está prohibido el resultado del acto, en razón de ir en contra su finalidad;
- La ley en que se ampara no lo proteja, porque su fin sea otro y; la existencia del propósito sea violar la ley.¹³⁶

Las razones por los cuales puede utilizarse esta figura es cuando se intente burlar una norma imperativa o prohibitiva, por ejemplo, eludir el cumplimiento de obligaciones y obtener un beneficio que de otra forma no se habría conseguido.

¹³⁴ Leonelli Leonelli Paolo Ambrosio; Urrea Escobar Rodrigo Andrés y Novoa Muñoz Gabriela Yolanda. Ob Cit. (digital).

¹³⁵ CEVAS FUENTES Marcelo, Elementos para una aplicación integral de la teoría del fraude a la ley en el derecho chileno, Colección de tesis Magíster en Derecho de la Empresa, Universidad del Desarrollo, Concepción, 2003.

¹³⁶ Leonelli Leonelli Paolo Ambrosio; Urrea Escobar Rodrigo Andrés y Novoa Muñoz Gabriela Yolanda. Ob Cit. (digital).

En la legislación chilena no existe una consagración legal general del fraude a la ley, puesto que sólo existen al respecto normas dispersas que establecen sanciones especiales para cada caso.¹³⁷ La doctrina ha estimado que las sanciones posibles serían: la nulidad del acto, la inoponibilidad del acto en fraude a la ley, o bien la aplicación de la ley defraudada.¹³⁸

4.5 Análisis de la aplicabilidad de la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario en el Ecuador.

4.5.1 Análisis del marco legal ecuatoriano en relación a la aplicación de la Doctrina del Velo Societario.

En base a la Doctrina del Velo Societario en nuestro país se han dictado algunas sentencias, en las cuales se ha aplicado esta doctrina, una en especial dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la extinta Corte Suprema de Justicia señala: *“la obligación que tiene todo juzgador de, cuando advierte que hay una manipulación de la figura societaria, levantar el denominado velo de la persona jurídica, y penetrar en el campo que estaba oculto por dicho velo, para determinar cuál es la verdadera situación jurídica y quien es el verdadero responsable u obligado, ya que lo contrario sería amparar un fraude a la ley o abuso del derecho, cosa que por un principio de moral pública no puede admitirse jamás”*.¹³⁹

En Ecuador es pues posible aplicar esta doctrina dentro de los principios generales del derecho, en relación con normas acordes al fraude de la ley, y con lo dispuesto en el Art. 3 y Art. 17 de la Ley de Compañías; sin embargo no podemos dejar de señalar que la aplicación de esta doctrina aún es “primitiva”, en nuestro país.

La Ley de Compañías, en su artículo 3 señala: *“Se prohíbe la formación y funcionamiento de compañías contrarias al orden público, a las leyes mercantiles y a*

¹³⁷ Código Civil chileno; Ley de Quiebras.

¹³⁸ FUENTES GUIÑEZ, Rodrigo. El Fraude a la Ley, Editorial. Jurídica Congreso, Chile, 1998.

¹³⁹ Resolución N° 20-2003, Juicio N° 67-2002; (R. O. N° 58 de 9 de abril del 2003).

las buenas costumbres; de las que no tengan un objeto real y de lícita negociación y de las que tienden al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de cualquier industria, mediante prácticas comerciales orientadas a esa finalidad”, y el Art. 17 de la misma ley permite imputar una responsabilidad solidaria a quienes, por fraudes, abusos o vías de hecho, a nombre de compañías ordenaren o ejecutaren dichos actos u obtuvieren provecho de ellos.

Esta teoría funciona pues como una herramienta para que los jueces eviten y sancionen los abusos.

El desarrollo de la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario puede ayudar a mejorar su aplicación en el Ecuador, ya que en ciertos casos se lo ha logrado hacer, pero también es necesario que el legislador tenga en cuenta la posibilidad de incluir en la normativa disposiciones específicas que regulen los casos de abuso.

Si bien en nuestra legislación ecuatoriana la figura jurídica del levantamiento del velo societario no se encuentra tipificada como tal en algún cuerpo legal; existen otras instituciones jurídicas civiles que sirven como herramientas a las cuales se puede recurrir en ciertos casos y cuya aplicación producirá los mismos efectos, por ejemplo la simulación, el fraude a la ley, la acción pauliana y el abuso del derecho, figuras que las estudiaremos a continuación:

a) La simulación en nuestra legislación, partamos señalando el concepto que nos da Planiol y Ripert, el cual señala: *“hay simulación cuando se celebra una convención aparente, cuyos efectos son modificados o suprimidos por otra contemporánea de la primera, y destinada a permanecer en secreto, hay identidad de partes y de objeto, en el acto ostensible y en el secreto. El acto secreto se llama contradocumento.”*¹⁴⁰

Nuestro Código Civil en su artículo 1724, si bien no hace expresa referencia a la simulación, acepta “inconscientemente” la existencia de “simulación” al señalar lo siguiente: *“Las escrituras privadas hechas por los contratantes, para alterar lo pactado*

¹⁴⁰ PLANIOL Marcel y RIPERT Georges. Derecho Civil Volumen 8. Editorial Mexicana. Mexico 2002. Pág 872.

en escritura pública, no surtirán efecto contra terceros. Tampoco lo surtirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y el traslado en cuya virtud se ha obrado el tercero". Este artículo sirve para proteger a terceros de los perjuicios que puedan sufrir por actos simulados de quienes comparecen a la celebración de una escritura pública, establece la inoponibilidad contra terceros de una escritura privada que contradiga lo que consta expresamente en una escritura pública; es decir que frente a terceros va a prevalecer lo declarado en la escritura y no lo verdaderamente pactado entre las partes, la simulación les es pues inoponible cuando les es contraria o perjudicial a sus intereses.

Respecto a la simulación podemos citar parte de una sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la extinta Corte Suprema de Justicia, señaló en una resolución dictada ante una demanda planteada por simulación en un contrato de compraventa, lo siguiente: *"...La acción de simulación propuesta por el actor, según señala el autor ecuatoriano César Coronel Jones en su obra 'La simulación de los actos jurídicos', tiene por objeto establecer la voluntad real de las partes y hacerla primar sobre la voluntad falsamente expresada. Conocida es la distinción entre simulación absoluta, en la cual en apariencia existe un negocio pero carece en absoluto de un contenido serio y real (Ferrara) ya que, 'las partes no quieren el acto jurídico sino la ilusión exterior que el mismo produce; es un fantasma de negocio' (Coronel Jones) y simulación relativa, en que existe dos negocios: 'Uno aparente, ostensible, que sirve de disfraz para ocultar otro real y efectivo denominado escondido enmascarado etc., que se efectúa por varios motivos' (Coronel Jones)..."* Este criterio es compartido por la Sala, conforme lo declaró en fallo de tercera instancia de 3 de diciembre de 1997, publicado en la Gaceta Judicial Serie XVI, No. 10, páginas 2538 a 2541. Estas resoluciones se encuentran adjuntas en la parte de anexos de la presente tesis.

Además, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil expresa al respecto: *"El actor asevera que se trata de una simulación absoluta, es decir, que no existió entre las partes la intención real de concluir negocio alguno que se lo haya querido disimular bajo la apariencia de otro negocio, como sería el caso de una donación que se encubre con la forma de compraventa; por lo tanto, el actor debió acreditar que en ningún*

momento existió voluntad negocial alguna, y que la escritura pública otorgada el 2 de mayo de 1983, ante el Notario Público de Quito Dr. H. N. es un cascarón vacío una fachada tras la cual no existe nada; estaba en el deber de destruir la certificación de fedatario que interviene solemnizando el acto escriturario que acredita que se expresó una voluntad negocial seria y ajustada en todo a derecho en orden a concluir un contrato de compraventa; pero examinados los recaudos procesales se advierte que en ninguna parte aparece prueba en el sentido de que no existió intención negocial y tampoco aparecen indicios graves, precisos y concordantes de que manera unívoca llevan al Juez a concluir la inexistencia de intención negocial entre las partes; más aún, en el propio libelo de demanda el actor se contradice ya que de una parte afirma que se trata de una simulación absoluta y que 'jamás se pagó el valor y el precio que allí consta'; de otra parte agrega que la simulación 'no tenía más objeto que transferir el dominio a favor de la compradora aparente', y en esta parte el actor más bien se está refiriendo a un negocio gratuito traslativo de dominio que habría sido disimulado mediante la presentación externa de un contrato oneroso, o sea que se trataría de una simulación relativa.”¹⁴¹

Los jueces de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, diferencian expresamente los términos de simulación absoluta y relativa, y en esta sentencia aclaran que si bien el actor alegaba una simulación absoluta, puesto que el mismo afirmaba que se realizó un tipo de contrato cuando en realidad se trataba de otro diferente, en varias doctrinas se ha señalado y se ha explicado que más bien se trata de una simulación relativa, aseveración compartida por los jueces.

Con esta sentencia, no queda duda respecto a la posibilidad de aplicar “la simulación”, como una herramienta alternativa frente a diferentes tipos de fraudes particulares cometidos en nuestro país y que puedan ser contrarrestados con esta figura jurídica; que si bien como ya lo expresamos no se encuentra codificada como tal, se la utiliza e inclusive forma parte de nuestra jurisprudencia.

¹⁴¹ GACETA JUDICIAL SERIE XVI, No. 10 - 3-XII-1997 (Primera Sala de lo Civil y Mercantil, páginas 2540-41).

Surge pues la interrogante a manera personal después de compartir algunos criterios de diferente autores respecto al tema y es *¿la simulación como tal es o no una causa de nulidad?* Nace esta inquietud en razón de que los autores Marcel Planiol y Georges Ripert, afirman que la simulación no es una causa de nulidad, y señalan que si bien existen varios casos en los que la simulación ha servido para cometer un fraude, e impedir a terceros descubrir la causa de nulidad, se ha empleado una persona que aparenta obrar por su cuenta cuando en realidad estaría actuando por otra, en razón de que el acto hubiera sido visiblemente nulo de haberse revelado el nombre de su verdadero beneficiario.¹⁴²

La simulación, como institución por si sola, no es una causa de nulidad del acto, sino que este acto resultará nulo puesto que existe una razón particular para anular dicho acto, por ejemplo como vimos en el párrafo anterior al momento en que celebro un contrato con una persona, que resulta no comparecer verdaderamente en su representación sino en representación de otra que, de haberse sabido la realidad de quien estaba detrás de la que compareció jamás hubiere yo, celebrado dicho contrato.

Queda claro entonces, que por fundamentos particulares un acto que se vea involucrado con la figura jurídica de la simulación no quedara anulada por dicha condición sino porque al descubrirse la identidad del acto o las personas celebrantes del mismo dicho acto no se hubiere formalizado.

Concluyendo con el estudio de la simulación señalemos sus características principales recogidas también por nuestra legislación, en una sentencia del máximo Tribunal de Justicia: la acción de simulación se propone dejar al descubierto el acto o contrato realmente querido y convenido por las partes, y anular el aparente; los actos o contratos de bienes hechos mediante simulación quedan sin efecto y aquéllos se reintegran al patrimonio del enajenante; el que intenta la acción de simulación no tiene necesidad de probar que el deudor no haya pagado ni dimitido bienes equivalentes, notificado con el mandamiento de ejecución, puesto que se trata de un remedio

¹⁴² PLANIOL Marcel y RIPERT Georges. Derecho Civil Volumen 8. Editorial Mexicana. México 2002. Pág 872.

conservatorio; y la acción de simulación está sujeta a los plazos de prescripción generales.¹⁴³

b) La acción pauliana llamada así por la doctrina es la acción establecida en el artículo 2370 de nuestro Código Civil, la misma que conforme al derecho ha sido aplicada y en base a la cual podemos mencionar alguna sentencia dictada al respecto, tenemos así por ejemplo la Resolución No. 52-2002, de la Primera Sala, R.O. 575, 14-V-2002; la misma que en su numeral tercero señala expresamente que para aplicar esta acción, por actos o contratos onerosos, prevista en el inciso primero del artículo 2370, deben cumplirse las siguientes condiciones: a) Que el deudor no haya pagado ni dimitido bienes equivalentes, notificado con el mandamiento de ejecución. De lo contrario, el actor no podría alegar perjuicio, pues los bienes de aquél alcanzarían para el pago de sus obligaciones; y, b) Que entre el deudor y tercero adquirente haya connivencia en el fraude, connivencia que se presume si el tercero conocía el mal estado de los negocios del primero. Esta es una exigencia derivada de la seguridad de las transacciones; si bastara la mala fe del enajenante, nadie pudiera estar seguro de los derechos que adquiera, por más que haya pagado el justo precio y haya actuado con total buena fe. En cambio, para la procedencia de la acción pauliana, por actos o contratos a título gratuito, previsto en el inciso segundo del artículo 2394 actual artículo 2370 del Código Civil, basta cumplirse la condición señalada en la letra a); la rescisión del acto o contrato a título gratuito, no supone la pérdida de derecho de propiedad a cambio de una prestación equivalente, sino simplemente la extinción de un beneficio, de allí que es lógico que la ley no sea tan severa como en el caso del traspaso oneroso de los bienes.

De acuerdo con la doctrina, recogida por nuestra legislación; la acción pauliana tiene las siguientes características: la acción pauliana se propone rescindir un acto o contrato real o verdadero; no produce el reintegro de los bienes al patrimonio del deudor, sino que se limita a remover los obstáculos para que el acreedor pueda cobrar su crédito con la venta forzosa de los bienes del deudor; y en la acción pauliana es

¹⁴³ Resolución No. 52-2002, de la Primera Sala, R.O. 575, 14-V-2002

imprescindible esta prueba; y, por último la acción pauliana prescribe en el corto tiempo de un año.¹⁴⁴

c) Respecto a la figura del abuso del derecho o fraude a la ley, es interesante descubrir que en una de las sentencias dictadas en nuestro país, avoca conocimiento de esta “estructura”, y realiza una aplicación de la desestimación de la personalidad jurídica, y se penetra en la sociedad hasta encontrar a las personas naturales que se encuentran tras de ella, utilizando a la persona jurídica como una herramienta para cometer fraudes a la Ley. Esta sentencia, sirve como base para futuras aplicaciones de la teoría del levantamiento del velo societario, contrarrestando así los numerosos casos de fraude a la ley existentes hoy en día.

A continuación señalaremos parte de la Resolución No. 120-2001, de la Primera Sala, R.O. 350, 19-VI-2001, que fue dictada respecto a esta materia, en la cual los jueces de esta sala inclusive, traen a consideración parte de la doctrina del levantamiento del velo societario, estudiada por la Dra. Carmen Boldó Roda, en su obra, cuyo texto completo será adjuntado como anexo, esta sentencia señala: “...*SEXTO.- 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 ella (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'* (Carmen Boldó Roda, 'La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español'. R.D.C.O., año 30, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 1 y ss.). Frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir,

¹⁴⁴ Resolución No. 52-2002, de la Primera Sala, R.O. 575, 14-V-2002

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 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. SÉPTIMO.- En la especie, como se ha anotado en el considerando cuarto de esta resolución, el abogado L. B. L. declaró a la compañía actora ser titular del 99.5 por ciento de las acciones de la compañía 'M. Ch. S.A.', mientras que los restantes cuatro accionistas, señores: L. B. P., I. L. de B., M. I. B. y G. S. apenas son titulares del 0.5 por ciento, es decir, cada uno de ellos del 0.125 por ciento, aparte de que, por los apellidos, se puede concluir que tres de ellos son familiares del antes mencionado abogado L. B. L., el cual fue en un momento Gerente de la compañía, habiendo sido posteriormente M. I. B. y, por último, L. B. P., igualmente aparece de los autos que tanto el abogado L. B. L. como M. I. B. fueron legalmente citados y que ninguno de ellos se presentó a la audiencia de conciliación y contestación a la demanda para proponer excepciones y más medios de defensa, a pesar de que el abogado L. B. L. señaló domicilio a los pocos días de perfeccionarse la citación, siendo de relieves que de modo alguno atacó la existencia ni la validez de las obligaciones cuyo cumplimiento se ha reclamado en este juicio; es únicamente dentro de la estación probatoria que el abogado L. B. L. pide se oficie al señor Registrador Mercantil del cantón Guayaquil para que certifique el nombre del Gerente y representante legal de la compañía demandada y de la certificación de este funcionario consta que en medio del extremadamente dilatado espacio de tiempo que medió entre el ingreso de la demanda y su citación (18 meses), se inscribió nuevo nombramiento a favor de L. B. P. Todo lo anterior lleva a concluir que detrás de la figura societaria se encuentran los intereses del abogado L. B. L.; que los restantes accionistas no tienen ningún interés real en la misma; que la persona jurídica se ha reducido a 'una mera figura formal, a un mero recurso técnico' y que al no haberse alegado ni probado excepciones de fondo, que acrediten la inexistencia o la

invalidez de las obligaciones demandadas, la institución societaria está siendo utilizada para otros fines privativos del abogado L. B. L., titular del 99.5 por ciento del capital social 'y distintos de los de la realidad jurídica para la que nació esta figura', esto es, para evadir el cumplimiento de las obligaciones demandadas, con verdadero <abuso> de la persona jurídica, lo que legitima al juzgador para desestimar la personalidad jurídica y, admitiendo la demanda, disponer que la compañía demandada, simple apariencia o simulacro de persona jurídica, y el abogado L. B. L., quien se encuentra detrás de ella y es quien en definitiva se beneficiaría de cualquier sentencia desestimatoria, cumplan con las obligaciones que, según aparece de los fallos de instancia y no ha sido contradicho en momento alguno, son legales y plenamente válidos. Si bien el fallo recurrido no ha realizado una amplia motivación, sin embargo su parte resolutive se encuentra ajustada a derecho, por los razonamientos que anteceden, y con fundamento en lo que dispone la parte final de la regla séptima del artículo 18 del Código Civil, 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. Por las consideraciones que anteceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación interpuesto por el abogado L. B. L., por carecer de fundamento. ..."

Los jueces de esta sala al dictar la resolución antes mencionada, analizaron que se pueden utilizar los recursos procesales pero siempre que estos recursos sean animados de buena fe y lealtad procesal, sin provocar un retardo injustificado del proceso o su ineficacia, sino como un medio para alcanzar que se realice la justicia subsanando oportunamente los obstáculos procesales que impedirían su desarrollo y conducirían a una resolución inhibitoria, a fin de que ésta se produzca con la mayor brevedad posible y no se dé al final de un largo y tortuoso camino, en circunstancias que inclusive ya sea imposible alcanzar el que se realice la justicia, sea porque opere la prescripción extintiva, sea porque los costos resultan exorbitantes o desalentadores.

Esta sala aplicó pues la desestimación de la personalidad jurídica, al observar una clara intención de provocar un fraude a la ley, disfrazando a una sociedad como un

mero recurso para alcanzar dichos fines; una sociedad al ser únicamente una figura jurídica que necesita de personas físicas para actuar depende del ejercicio de los derechos a través de su “representante”, el cual debe obrar conforme a sus derechos y obligaciones, atribuidas en la ley de compañías; pues bien si yo como socio de una compañía soy demandado como representante legal de forma “errónea”, al momento de comparecer debería haber propuesto su equívoca confusión, y pedir se demande al verdadero representante legal, pero en este caso a manera de “truco”, intencionalmente se dejo que el proceso avanzara y pedir se oficie sobre el verdadero representante a través de la información que otorgare el Registrador Mercantil, sino hasta la etapa de prueba, observándose una vil manera de intentar obstaculizar el proceso.

Los jueces de manera acertada, concibieron levantar el velo de aquella sociedad y responsabilizar a su socio de las obligaciones a las cuales la compañía fue demandada, debido a su notoria intención de utilizarla fraudulentamente a la compañía.

Por otro lado, encontramos además la Resolución No. 210-2003, de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 189, 14-X-2003; de la cual señalaremos algunos fragmentos acerca de lo que nuestros jueces piensan al respecto de esta figura, *”SEPTIMO el acto realizado en el ejercicio de un derecho es, en principio, un acto lícito, un comportamiento permitido por la ley. Pero, a través del llamado abuso del derecho, dicho comportamiento jurídicamente admitido, se convierte en un fenómeno que consiste en el ejercicio excesivo, irregular, desconsiderado, anormal y, en cualquier caso, antisocial de un derecho subjetivo susceptible de causar daño en relación con un interés ajeno. Es decir, sustancialmente contrario a la moral social. De este modo, no obstante sustentarse originariamente en un acto lícito, mediante una actuación socialmente inadmisibles, aquel derecho subjetivo deja de ser “un derecho” para convertirse, transpuesto cierto límite que debe ser apreciado por el Juez, en un acto que ya no es lícito y con el que se incurre, más bien, en la transgresión de un deber genérico de respeto al interés de los demás.*

En nuestro ordenamiento legal no existe una disposición general que condene el abuso del derecho, pero este principio del derecho universal -la buena fe y de las buenas costumbres, principios que se inspiran, preponderantemente, en el valor de la

solidaridad- se halla recogido en diversas normas tales como en el primer artículo innumerado que se mandó agregar a continuación del artículo 2258 del Código Civil, cuando dice que están especialmente obligados a la reparación de daño moral quienes ‘... provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados...’ y precisamente eran los denunciantes y los acusadores particulares quienes solicitaban y alcanzaban las órdenes de detención y los arrestos ilegales o arbitrarios e iniciaban los procedimientos injustificados, abusando de los mecanismos que establecía el Código de Procedimiento Penal de 1983; gracias al impulso que recibía de la denuncia o la acusación particular.....” Esta Sala en su Resolución No. 412 de 18 de octubre de 2000, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 15 de diciembre del mismo año, dijo: “El ejercicio abusivo del derecho que ocasiona daño a la persona o patrimonio de otro puede constituir delito si dicho ejercicio se lo ha hecho con malicia y cuasidelito si lo ha hecho con culpa. Dentro del abuso del derecho, el Código de Procedimiento Penal contempla los casos de denuncia y de la acusación particular maliciosa o temeraria. El Tribunal o juez de lo penal, en la sentencia absolutoria o en el auto de sobreseimiento definitivo está obligado a calificar si la denuncia o acusación particular ha sido maliciosa o temeraria, según corresponda. Así lo disponen expresamente los artículos 245, 248 y 330 del Código de Procedimiento Penal”

Así el abuso del derecho en nuestra legislación en ocasiones, puede tener consecuencias penales, tipificadas en nuestro Código Penal.

4.5.2 Aplicación de la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario en el Ecuador.

En el punto anterior, señalamos algunas de las sentencias dictadas en nuestro país, y relacionadas con la doctrina del Levantamiento del Velo Societario, sentencias que están sostenidas en figuras jurídicas tales como el abuso de derecho, fraude a la ley o simulación. Éstas instituciones llegan a suplir los vacíos de ley ocasionados en nuestra legislación al no tener a la figura del levantamiento del velo como una norma tipificada en algún cuerpo legal, sino únicamente como una doctrina, estas sentencias ponen pues en evidencia, que en el Ecuador ha sido posible ya su aplicación.

En la vía judicial como en el arbitraje, se ha aplicado ya esta doctrina tal como lo podemos comprobar con las sentencias antes señaladas, y adjuntadas en la parte de anexos de la presente tesis.

Estas sentencias, si bien fueron aplicadas de manera correcta en nuestro país, resulta bastante interesante, y satisfactorio observar que nuestros jueces de última instancia al emitir una resolución se sustentan en la doctrina existente en torno a la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario, y los criterios que en base a ella algunos autores han señalado.

Pero, estas sentencias, no fueron consideradas de igual forma por aquellos jueces de primera instancia, quienes de manera “precaria”, por decirlo de alguna manera, guardan aún aquella concepción de únicamente dictar una sentencia basándose en lo que esta tipificado en la ley en ese momento, que si bien de ninguna manera se puede tachar dicho procedimiento, es enriquecedor que al momento de establecer un criterio, no se establezcan límites o maneras repetitivas de hacerlo, y al contrario aplicar parte de la doctrina que aunque en nuestro país es escasa debido a su falta de interés de investigación al respecto, conlleva una amplia necesidad de utilizarla en casos particulares, y cuyo abuso de derecho o intención de fraude a ley es eminente.

En nuestra legislación, como se señalan en algunas sentencias, se guarda a la figura societaria como algo intocable cuyo descubrimiento resulta imposible, ante la “costumbre”, de no transgredir la seguridad jurídica que ellas poseen.

Los jueces de última instancia de nuestro país, de manera fundamentada deciden prescindir la ficción o forma legal que supone la personalidad juzgando o dictando su resolución en base a la realidad. Todas las sentencias dictadas en relación a esta doctrina mantienen un denominador común entre ellas, y es que sus resoluciones fueron dictadas para contrarrestar los casos de abuso de derecho ocasionados por una “sociedad” a terceros que nada tienen que ver, y de esta manera impedir que se dé un fraude a la ley, a través de la utilización de una persona jurídica.

ANALISIS DE SENTENCIA.

La demanda en razón de la cual se dictó la sentencia que será analizada a continuación fue conocida por un Juez de lo Civil del Azuay en el año 2000, la misma que fue apelada por el actor ante la extinta Corte Superior de Justicia del Azuay, y posterior a ella, interpuesto el recurso de casación, ante la también extinta Corte Suprema de Justicia.

Es necesario mencionar que la sentencia elegida para analizar como nuestro caso práctico fue dictada en la ciudad de Cuenca y revisada por una de las Salas de la ex Corte Suprema de Justicia a nuestro criterio más “progresistas” en su tiempo, por lo que resulta de gran interés conocer la posición de nuestros jueces acerca de los hechos que se vinculan directamente con la doctrina que estudiamos en esta Tesis. Esta sentencia trae consigo una amplia doctrina y jurisprudencia recogida en ella, diferentes criterios por parte de los jueces acerca del eje central del desarrollo de la Doctrina del Velo Societario, la ilegitimidad de personería, y la posible manipulación de la figura societaria.

Con esta premisa, revisemos el caso.

1. SÍNTESIS DEL CASO SOBRE EL CUAL SE RESOLVIÓ EN SENTENCIA.

Para efectos del estudio de esta sentencia y a pesar de que las mismas son documentos públicos e incluso –la de casación- publicada en el Registro Oficial, se

omitirán los verdaderos nombres tanto del actor y demandado para evitar herir susceptibilidades.

El Sr. A.M.P.S., propietario de un negocio de venta y cambio de lubricantes y filtros denominado “El Volante”, demandó se cumpla un contrato de venta de bienes muebles, el cual consistía en la venta de varios tipos de aceites, por el valor de sesenta y seis millones ochenta y nueve mil novecientos sesenta sucres, este contrato fue celebrado entre su persona y la I.T.S. S.A., sin embargo señala el actor que dicho contrato no se cumplió, recurriendo así a la vía judicial para exigir el cumplimiento del contrato.

Una vez presentada la demanda por el no cumplimiento de un contrato de venta de bienes muebles, el tribunal formado por los jueces de segunda instancia de la extinta Corte Superior de Justicia de Cuenca, rechazó la demanda por considerar que existe **ilegitimidad de personería** en vista de que no se ha contado con el representante legal de la compañía demandada. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia casó esta sentencia y aceptó la demanda, al amparo de que en primer lugar la compañía demandada se ha transformado sucesivamente de Compañía Limitada a Anónima y luego a Limitada. Esta transformación no es motivo pues, para considerar que se ha demandado equívocamente a una persona jurídica y su representante legal, porque el cambio de nombre o de tipo societario no implica que surja una nueva persona jurídica la cual sigue siendo la misma, no se trata de la constitución de una nueva compañía que suceda a la anterior. Ampararse en el cambio de denominación o del tipo social para incumplir obligaciones, puede constituir un caso de fraude a la ley, previsto en el Art. 17 de la Ley de Compañías, que puede ocasionar

responsabilidad personal al culpable. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia se ha expresado sobre la obligación que tiene todo juzgador, ante la advertencia de la manipulación de la figura societaria, y levantar el denominado velo de la persona jurídica, para establecer cuál es la verdadera situación jurídica y quien es el verdadero responsable u obligado, evitando el hecho de que la persona jurídica se utilice como un mecanismo para perjudicar a terceros, puesto que en otro caso sería amparar un fraude a la ley o abuso del derecho.

Todas estas situaciones deben analizarse con cuidado, para no afectar a la seguridad jurídica y no permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la figura societaria.

Como otro punto, la sentencia se refiere a que la factura constituye para el comprador un medio de prueba del contrato de compraventa así como de su pago cuando lo haya hecho; y, para el vendedor, también sirve de prueba de la entrega de la mercadería, cuando se lo haya hecho, sirviendo la factura comercial como prueba real del contrato, las obligaciones de las partes y su cumplimiento.

2. SENTENCIA EN PRIMERA INSTANCIA.

2.1 SENTENCIA.- Para efectos de nuestro estudio transcribimos la sentencia de primera instancia:

JUZGADO DÉCIMO CUARTO DE LO CIVIL DEL AZUAY. Cuenca a 30 de octubre del 2000. Las 09h00.

“VISTOS: El señor A.M.P.S. a fojas cuatro de los autos dice: Que soy propietario de un negocio de venta y cambio de lubricantes y filtros de vehículos denominado "El Volante"

ubicado en la avenida Gil Ramírez Dávalos de esta ciudad de Cuenca por lo que con fecha 31 de diciembre de 1999, contraté con I.T.S. S.A. a través de su vendedor el señor Carlos Trelles varios tipos de aceites conforme consta de la factura comercial N° 0006415 que acompaño a la presente por el monto global de sesenta y seis millones ochenta y nueve mil novecientos sesenta sucres, valores que los cancelé previo a la entrega de la mercadería al propietario de la indicada Importadora Sr. M.T.S., quien ante si y por si solo, en forma arbitraria y violatoria de toda norma legal, de trato comercial y mercantil, decide no entregarme la mercadería contratada y cancelada exigiéndome para su entrega, casi la duplicación del valor contratado, sorprendiéndome este accionar ante mi negativa a aceptar un sobre precio de los productos se me envía devuelta por intermedio de su agente vendedor, los cheques correspondientes, lo cual no fue aceptado por mi persona, votándome arbitrariamente los cheques N° 400 y 401 de Filanbanco por los valores de treinta y ocho millones novecientos veinte y siete mil, novecientos ochenta y dos sucres cada uno.- Por lo expuesto, en juicio ordinario demando al señor M.T.S., Gerente Propietario de I.T.S. S.A. lo siguiente: El cumplimiento inmediato del contrato anteriormente expuesto cuya mercadería consta de la factura comercial N° 0006415 que se adjunta a la presente, el pago de daños y perjuicios que me ha ocasionado, en los que se incluirán el daño emergente y el lucro cesante.- El pago de costas procesales y honorarios profesionales de los abogados que patrocinan esta causa, con fundamento en los artículos 1588 y siguientes del Código Civil.- Aceptada la demanda al trámite en la vía ordinaria y citado el demandado, comparece a fojas siete de los autos excepcionándose en la siguiente forma: No ejerzo ningún tipo de representación en la Compañía aludida, ni he celebrado ningún contrato, por lo que existe falta de personería activa y pasiva.- Negativa pura y simple de sus fundamentos.- Reconvengo por el daño moral que se me provoca con una afrenta para mi reputación,

provocando efectos negativos de orden síquico, fijando en la suma de cincuenta millones de sucres.- Tramitada la reconvencción y trabada la litis se convoca a las partes a junta de conciliación, diligencia en la que no se consigue acuerdo alguno.- Concedido el término de prueba y concluido el mismo, encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: En el trámite de la causa no se ha omitido solemnidad sustancial que lo vicie de nulidad, por lo que se declara su validez.- SEGUNDO: Al resolver una causa, en primer término debe considerarse las excepciones dilatorias, las que hace relación a la capacidad de las partes para comparecer en juicio. El demandado alega ilegitimidad de personería activa y pasiva. Con el documento de fojas 19 el demandado demuestra que el señor M.T.S. es el Gerente General de I.T.S. Cía. Ltda. y no de I.T.S. S.A. persona jurídica diferente, pues la primera es una compañía de Responsabilidad Limitada y la segunda y una Compañía Anónima, y como se ha demandado al señor M.T.S. en su calidad de Gerente Propietario de I.T.S. S.A. procede la dilatoria alegada.- TERCERO: El documento de fojas dos no tiene firma de persona alguna que acredite el cobro del precio de la factura de venta, a la que se refiere la demanda, advirtiendo que los cheques librados por el costo de la factura, no se encuentran efectivizados y los ha presentado el actor en el proceso (fojas 14 a 16) de manera que no es verdad que se haya cancelado el valor de la compra previo a la entrega de la mercadería.- CUARTO: El demandado no ha probado la reconvencción deducida, por lo que no se lo admite.- Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se declara sin lugar la demanda, por improcedente. Sin costas. Sin lugar la reconvencción.- Notifíquese.”

2.2 APLICACIÓN DE DERECHO EN PRIMERA INSTANCIA.

La sentencia dictada en primera instancia y que la hemos transcrito, desarrolla su fundamento en la falta de personería jurídica, que fue invocada como excepción por parte demandada, concretamente: *“No ejerzo ningún tipo de representación en la Compañía aludida, ni he celebrado ningún contrato, por lo que existe falta de personería activa y pasiva”*.

Cuando hablamos de ilegitimidad de personería en esta instancia, se observa que el demandado opone una defensa sustantiva sosteniendo la falta de cualidad – principalmente- que él posee, al no ser este la persona a quien corresponde comparecer en este juicio.

Así, el demandado alega esta ilegitimidad de personería, al ser él representante legal de I.T.CIA LTDA. (compañía limitada), y no representante legal de I.T.S.A. (sociedad anónima), logrando llevar a la convicción al juez de primera instancia de que, por tal circunstancia, no tenía ningún tipo de responsabilidad frente a esta demanda.

Es necesario pues, diferenciar los términos legitimatio ad causam como la cualidad o investidura para obrar, inmersa en el derecho subjetivo sustancial que le pertenece a una persona, y la legitimatio ad processum, que es un requisito del proceso, o su capacidad para estar en el juicio.

En el presente caso, el juez consideró que la falta de legitimidad en la causa, si bien no es presupuesto procesal, es parte del fundamento de la demanda, y al no existir ésta la demanda no puede ser admisible ni calificada, de esta manera procede desechándola.

Al tratarse de una compañía que si bien al momento de su constitución fue una compañía limitada, posteriormente a través una transformación se convierte en anónima, y luego nuevamente a compañía limitada, frente a la excepción planteada en juicio, frente a la excepción planteada a la demanda, evidencia un claro intento de escudarse en el acto societario y utilizar la figura jurídica para no cumplir una obligación, dando como resultado la utilización de la persona jurídica para evadir esta obligación a la cual estaba llamada.

Pues bien, la sentencia dictada en primera instancia no se detuvo a observar este importante punto sobre la mencionada compañía y la actuación de su representante legal, sino únicamente observó el diferente tipo de sociedad al cual se había demandado, aceptando por ello la ilegitimidad de personería alegada por el demandado.

Si bien no es tema directo relacionado con el análisis de nuestra investigación, en cuanto al considerando tercero de la sentencia, en el cual se indica que el documento (factura) no tiene firma de persona alguna que acredite el cobro del precio de la factura de venta, a la que se refiere la demanda, y advierte que los cheques librados por el costo de la factura, no se encuentran efectivizados y los ha presentado el actor en el proceso de manera que no es verdad que se haya cancelado el valor de la compra previo a la entrega de la mercadería, cabe preguntarse al respecto ¿el cheque al ser un documento de pago a la vista, al momento de ser entregado no se entiende ya cancelada una obligación?; sin embargo, en el transcurso del análisis de las sentencias de las dos instancias posteriores, observaremos como se definió este tema.

2.3. FUNDAMENTO LEGAL DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

2.3.1. Análisis Jurídico: Los artículos citados como fundamento de derecho de la parte demandada, intentan fortalecer y evidenciar que hubo una obligación contractual entre el actor y demandado, la cual debe ser cumplida al ser ley para las partes, obligación que no puede dejar de ser cumplida ya sea por acuerdo mutuo o por causas legales, al no cumplir una obligación contractual ésta debe estar fundamentada o justificada y no únicamente dejarse de cumplir sin razón alguna.

La parte demandada alega también los artículos 395 y siguientes del Código Civil, los cuales se refieren a la forma de la demanda y su cumplimiento tanto con las normas legales así como sus requisitos.

Ante la excepción de falta de personería de la parte demanda, nos parece que el Juez incurrió en un débil fundamento legal y no se preocupó de que con dicha alegación la compañía demandada, intentaba ocultarse tras su figura jurídica, para evadir responsabilidades frente a terceros, o específicamente no cumplir con una obligación contractual a la cual estuvo sujeta. En este punto hubiera resultado bastante útil que el Juez analice el artículo 17 de la Ley de Compañías y hablar acerca de la responsabilidad social.

Así, el juez debió también analizar los artículos 330, 331, y 334 de la Ley de Compañías, en los cuales se expresa claramente que la transformación de las compañías se opera de conformidad a lo dispuesto en esta Ley, no cambia la personalidad jurídica de la compañía, la cual continuará subsistiendo bajo la nueva forma.

2.3.2 Texto de normas pertinentes:

CÓDIGO CIVIL: Art. 1561 (Ex 1588).- *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”*

Art. 1562 (Ex 1589).- *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.”*

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL: Art. 395 (Ex 404).- *“El juicio ordinario se sujetará a las disposiciones de esta Sección y se tramitará ante uno de los jueces de lo civil.”*

Art. 396 (Ex 405).- *“Propuesta la demanda, el juez, de oficio, examinará si es clara y si se reúnen los requisitos determinados en el Art. 69. De no ser clara o de no reunir aquéllos requisitos, mandará que se la aclare o se la complete en la forma determinada en los artículos antes citados.”*

Una vez que el juez estime que la demanda es clara y completa, dará traslado con apercibimiento en rebeldía, simultáneamente a todos los demandados.

Art. 115 (Ex 119).- *“La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.”*

El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.

LEY DE COMPAÑÍAS. 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.”*

3. SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

3.1 SENTENCIA.- Para efectos de nuestro estudio transcribimos la sentencia de segunda instancia:

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUENCA. PRIMERA SALA. Cuenca 14 de febrero del 2002; las 10h00.

VISTOS: El demandante A.M.P.S. manifestando su desacuerdo, impugna con apelación la sentencia dictada por el Juez Décimo Cuarto de lo Civil de Cuenca, en el ordinario propuesto en contra de M.T.S., Gerente Propietario de I.T.S. S.A. por lo que declara sin lugar la demanda por improcedente, sin lugar la reconvención. Sin costas, medio por el que la causa previo sorteo radica la competencia en esta Sala en la que sustanciándose la instancia el recurrente concreta los puntos a los cuales contrae su recurso, con el traslado corrido la contraparte contesta y en el término de prueba se reciben las solicitadas por las partes, a la conclusión de éste y siendo el estado de resolver, la Sala considera: PRIMERO: Sin vicio, ni omisión que pueda influir en la decisión transcurre el trámite por lo que se reconoce su validez. SEGUNDO: Angel Mesías Puma Shagui comparece expresando, que como propietario de un negocio denominado "El Volante" de venta y cambio de lubricantes y filtros, con fecha 31 da diciembre de 1999, contrató con la empresa Importadora Terrenos S. S.A. a través de su vendedor Carlos Trelles, varios tipos de aceites como aparece de la factura comercial N° 0006415 que acompaña, por un monto global de S/. 66'089.960,00 sucres que canceló previo la entrega de la mercadería. Que el propietario de la indicada Empresa señor M.T.S., ante si y por si, en forma arbitraria y violatoria de toda norma legal se niega a entregarle la mercadería contratada y cancelado su valor, exigiendo casi el doble del valor contratado, ante, la negativa del compareciente de aceptar el sobreprecio, le devuelve arbitrariamente los cheques (sic). Que adjunta el recibo de cobro N° 02369 en el que consta los cheques de Filanbanco N° 400 y N° 401 por S/. 38'927.982,00

suces cada uno. Por lo expuesto, en juicio ordinario demanda al señor M.T.S., Gerente Propietario de I.T.S. S.A. el cumplimiento del contrato anteriormente descrito, cuya mercadería consta de la factura comercial N° 0006415; el pago de los daños y perjuicios ocasionados tanto el lucro cesante como el emergente y costas procesales. Que como fundamento de derecho se debe tener lo preceptuado por el Art. 1588 y siguientes del Código Civil y Art. 404 y siguientes del C. de P. Civil. Citado el demandado, contesta la demanda aseverando, que no ejerce ningún tipo de representación en la aludida Compañía no ha celebrado ningún contrato, por lo que opone la excepción de falta de personería pasiva y activa, subsidiariamente, la negativa pura y simple de sus fundamentos. Reconviene al actor, el daño moral que le provoca, pues este tipo de acciones son una afrenta a su reputación, causándole efectos negativos de orden psíquico. Con el traslado de la contrademanda, contesta el demandante con las excepciones que opone. Así de la demanda, excepciones y reconvencción surge el problema que tiene que ventilarse en este evento, apreciando la prueba aportada, valorando unilateralmente la decisoria para el fallo, por así facultar el Art. 119 del C. de P. Civil. TERCERO: El demandado al contestar la demanda afirma que no ejerce ninguna representación en la aludida Compañía, oponiendo la excepción de falta de personería pasiva y activa y con el certificado del Registrador Mercantil del cantón Cuenca, obrante a fs. 19 de los autos, demuestra que el señor M.T.S., es Gerente General de "I.T.S. Cía. Ltda. y no I.T.S. S.A." que es persona jurídica diferente a la que precisa y demanda el actor en la presente acción que es una compañía de Sociedad Anónima, procediendo entonces la excepción dilatoria de ilegitimidad de personería pasiva opuesta por el accionado al contestar la demanda. CUARTO: La factura comercial aparejada a la demanda fs. 2, no

contiene firma de persona alguna y los cheques números 000400 y 000401 de la cuenta corriente del actor en Filanbanco no han sido efectivizados en sus volares, conforme el informe de Filanbanco visible a fs. 24. QUINTO: En segunda instancia en nada ha variado la situación procesal probatoria de primera instancia, pues la confesión judicial rendida por el accionado a petición del demandante en nada beneficia a este y por lo tanto su pretensión jurídicamente es improcedente. SEXTO: El demandado no ha justificado por medio alguno la reconvencción que plantea en contra del actor. En consecuencia, al no proceder en derecho la demandada, ni la contrademanda, la Sala con sustento del comentario formulado "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY", desechándose la apelación confirma íntegramente la sentencia de primera instancia. Con costas, en cuarenta dólares se regula el honorario del defensor del demandado en esta instancia. Con la ejecutoria para los fines de Ley devuélvase el juicio al Juzgado de origen. Notifíquese.

3.2. APLICACIÓN DE DERECHO EN SEGUNDA INSTANCIA.

En segunda instancia, como se observa de la sentencia transcrita, no fue aceptada la apelación y fue desechada; se fundamenta la sentencia en que no ha variado en nada la situación procesal probatoria en comparación con la de la primera instancia, así como el hecho de que la confesión judicial rendida por el accionado a petición del demandante en nada lo benefició, siendo su pretensión jurídicamente improcedente.

Ante lo manifestado por este tribunal de segunda instancia que la “situación procesal probatoria” no ha cambiado en nada en relación con la primera instancia, es necesario estudiar que si bien no cambió en algo la prueba, en el proceso obraban

importantes elementos que deben ser considerados. Basándome de manera personal, en el criterio de que si bien hablamos de una compañía limitada la cual fue demandada como una compañía anónima no podemos “cegarnos”, por decirlo de alguna manera, o limitarnos a observar y aceptar una falta de personería pasiva y activa, aún más cuando esta compañía ha sido citada a través de su verdadero representante legal; algunos autores, como por ejemplo Hugo Efraín Richard, en su obra Derecho Societario, menciona “ *la desestimación o “inoponibilidad” de la personalidad no podría en forma alguna perjudicar los derechos de los terceros de buena fe, acreedores de la sociedad, para atribuir beneficios a otra persona.*”

Era importante que la Sala en segunda instancia, analice que si bien, el tipo societario (Cía. Ltda. en principio, luego S.A.) es diferente la persona jurídica sigue siendo la misma (para graficarlo de alguna manera, una misma persona con distinto ropaje), y más aún cuando en este caso el representante legal o la persona llamada a comparecer es la misma. En esto observamos, una deficiente aplicación del derecho por parte de los jueces.

Cabe resaltar que el representante legal de la compañía demandada, en ningún momento niega dicha calidad, frente la compañía I.T.CIA. LTDA., la cual es necesario estudiar su condición de transformación repetitiva, evidenciando que en algún momento esta compañía fue una sociedad anónima, sin embargo su representante legal jamás cambió a pesar de dichos cambios.

No podemos afirmar que el cambio del tipo de sociedad fue realizado específicamente para evadir las obligaciones que tenía la compañía demandada con el actor, o fue una transformación dolosa basada en el intento de cometer un fraude a la ley

o un abuso de derecho, sin embargo el alegar esta falta de legitimidad si evidencia una intención de causar daño al actor. En nuestra legislación no existe una disposición general que condene este abuso del derecho, pero el principio del derecho universal, la buena fe y de las buenas costumbres, se encuentran inmersos en varios cuerpos legales de nuestro país, para hacerle frente a este tipo de abusos.

3.3. FUNDAMENTO LEGAL DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

3.3.1. Análisis Jurídico.- El entorno jurídico en segunda instancia no varía en relación al de primera instancia, los artículos llevados a consideración son los mismos sin presentar un fundamento legal sustentable para poder establecer “la mala fe”, con la que habría actuado la compañía demandada.

3.3.2. Texto de Normas Pertinentes.- Cuando hablamos de una supuesta mala fe para obrar por parte de la compañía demandada, hacíamos eco en el hecho de una transformación sucesiva del tipo de sociedad, para evadir esta obligación, pero sin establecer que dicha transformación se haya realizado por ello sino que, a raíz del nuevo tipo de sociedad, se alegó una falta de personería y se intentó escudarse en ésta, el no cumplimiento de obligaciones generadas con el actor. El texto de los artículos son los mismos transcritos en la sentencia de primera instancia.

Es por ello, que el actor debió fundamentarse en este punto, para poder exigir el cumplimiento de dicha obligación, y sostenerse en ello al amparo de los siguientes artículos, de nuestra Ley de Compañías:

Art. 330.- *“Se transformará una compañía cuando adopta una figura jurídica distinta, sin que por ello se opere su disolución ni pierda su personería.*

Si la transformación se opera de conformidad a lo dispuesto en esta Ley no cambia la personalidad jurídica de la compañía, la que continuará subsistiendo bajo la nueva forma.”

La ley misma lo indica, no se puede alegar una falta de personería, como lo hizo el demandado en este caso, cuando una compañía ha sido transformada.

Art. 331.- *“La compañía anónima podrá transformarse en compañía de economía mixta, en colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada o viceversa. Cualquier transformación de un tipo distinto será nula.*

La transformación de una compañía en nombre colectivo, en comandita simple o de responsabilidad limitada, a otra especie de compañía, requerirá el acuerdo unánime de los socios.”

Art. 334.- *“El acuerdo de transformación no podrá modificar las participaciones de los socios en el capital de la compañía. A cambio de las acciones que desaparezcan, los antiguos accionistas tendrán derecho a que se les asigne acciones, cuotas o participaciones proporcionales al valor nominal de las acciones poseídas por cada uno de ellos.*

Tampoco podrán sufrir reducción los derechos correspondientes a títulos distintos de las acciones, a no ser que los titulares lo consientan expresamente.

Los accionistas que, en virtud de la transformación, asuman responsabilidad ilimitada por las deudas sociales responderán en la misma forma por las deudas anteriores a la transformación.

La transformación de las compañías colectivas y comanditarias no libera a los socios colectivos de responder personal y solidariamente, con todos sus bienes, de las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la compañía, a no ser que los acreedores hayan consentido expresamente en la transformación.”

4. RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1 SENTENCIA.- A continuación transcribo la sentencia de casación, dictada en el caso en cuestión, la misma que contiene interesantes elementos que luego los mencionamos:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, 28 de enero del 2003; las 11h:00.

VISTOS: *Ángel Mesías Puma Shagüi deduce recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Primera Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca, que confirma íntegramente la del inferior y rechaza la demanda, dentro del juicio ordinario que, por cumplimiento de contrato, propuso el recurrente en contra de M.T.S., en su calidad de gerente propietario de I.T.S. S.A. Dicho recurso es concedido, por lo que el proceso sube a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia. Habiéndose radicado la competencia por el sorteo de ley en la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, y una vez que ha concluido la etapa de sustanciación de este proceso de casación, para resolver se considera.- PRIMERO:* En su escrito de interposición y fundamentación del recurso de casación, la recurrente acusa al tribunal de última instancia de haber infringido las normas contenidas en los artículos 1484, 1487, 1591, 1595, 1759 y 1767 del Código Civil; artículos 197, 198, 277 y 287 del Código de Procedimiento Civil; e imputa al fallo del tribunal ad quem de incurrir en las causales primera, segunda y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Estos son los límites dentro de los cuales se desenvolverá la actividad revisora del Tribunal de Casación. **SEGUNDO:** En su

*impugnación, el recurrente acusa al tribunal de última instancia de haber confundido entre falta de legitimación procesal y falta de legitimación en la causa, pues “...en el presente caso no consta que el demandado sea incapaz, ni que haya actuado en nombre de otro, más bien se ratifica que es el representante legal de I.T.S. desde su fundación el año de 1979, hasta la fecha, y que la empresa ha actuado tanto como sociedad anónima y compañía limitada... lo que convalida plenamente su llamado a juicio...” Dice finalmente sobre este cargo: “...debo señalar que no hay ilegitimidad de personería en quien interviene como demandado en un juicio ya que en demanda se pidió que contara con el representante legal de la empresa constante en la factura de compraventa, que obra de autos, razón por la que se la cita con dicha razón social y era obligación del citado vendedor probar su representación social...” Se analizará a continuación este cargo.- **TERCERO:** El tribunal de última instancia dice en el considerando Tercero de su resolución: “El demandado al contestar la demanda afirma que no ejerce ninguna representación en la aludida Compañía, oponiendo la excepción de falta de personería pasiva y activa y con el certificado del Registrador Mercantil del cantón Cuenca, obrante a fs. 19 de los autos, demuestra que el señor M.T.S., es Gerente General de «I.T.S. Cía. Ltda.» y no de «I.T.S. S.A.» que es persona jurídica diferente a la que precisa y demanda el actor en la presente acción que es una compañía de sociedad anónima, procediendo entonces la excepción dilatoria de ilegitimidad de personería pasiva opuesta por el accionado al contestar la demanda...” La distinción entre la legitimación ad caussam y la legitimación ad processum ha sido nítidamente señalada por esta Sala en múltiples resoluciones, en las que se ha señalado insistentemente que, mientras la primera consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, la segunda es aquella capacidad procesal de una persona para comparecer como parte a juicio, por sus propios derechos o en representación de otra. El razonamiento del tribunal de última instancia confunde estos dos conceptos, ya que en ningún momento se deja de admitir que M.T.S. tiene capacidad procesal para comparecer en este proceso a nombre de la compañía “I.T.S.”, compañía que fue demandada por su intermedio, sin que la denominación de sociedad anónima (como consta en la demanda) o de compañía limitada implique necesariamente, y como erróneamente afirma el tribunal ad quem, que sean entonces dos personas jurídicas distintas, y que en este proceso se ha contado, como con quien no era el llamado a contestar*

a nombre de esa persona jurídica la demanda propuesta. En efecto: 1) La demanda (fojas 4-4 vta. del cuaderno de primer nivel) se dirigió en contra de una persona jurídica determinada, esto es, I.T.S.; 2) En ningún momento, quien comparece a nombre de la persona jurídica demandada, señor M.T.S., ha dicho que esta no es la llamada a contestar la demanda, sino que se ha limitado a decir que no ejerce representación legal de la misma; ello sin embargo no ha impedido que a nombre de la misma comparezca al proceso y deduzca excepciones (fojas 7); 3) Del certificado del Registrador Mercantil del cantón Cuenca (foja 19), consta la sucesiva transformación de la razón social de la compañía demandada: de “I.T.S. Cía. Ltda.” a “I.T.S. S.A.” y luego a “I.T.S. Cía. Ltda.”, haciéndose constar que M.T.S. ejerce la representación legal, judicial y extrajudicial de la mencionada compañía, lo cual también consta del informe de registro de sociedades con los datos actuales de I.T.S. otorgado por la Intendencia de Compañías de Cuenca (foja 22-23). 4) Esta sucesiva transformación no implica de ninguna manera que en este proceso no se haya contado con quien no era representante legal de la compañía “I.T.S.”. Ni tampoco, y como se desprende del No. 3, que un cambio en la figura societaria sea motivo para considerar que se ha demandado a una persona jurídica que no era la llamada a contestar la demanda. En efecto, el cambio de nombre o el cambio de tipo societario no implica que surja una nueva persona jurídica, diferente de la que sufre tales modificaciones en la denominación o en el tipo societario; la persona jurídica sigue siendo la misma, sin variaciones, no se trata de la constitución de una nueva compañía que suceda a la anterior, y el tribunal ad quem comete un grave error que denota ciertamente desconocimiento de los principios societarios al encontrar que “I.T.S. Cía. Ltda.” es persona jurídica diferente de “I.T.S. S.A.”, no obstante que del proceso consta tanto el certificado del Registrador Mercantil del cantón Cuenca como el informe de registro de sociedades con los datos actuales de I.T.S. otorgado por la Intendencia de Compañías de Cuenca. Aún más, ampararse en el cambio de denominación o en el cambio del tipo social para incumplir obligaciones, podría constituir un caso de fraude a la ley, respecto del cual el artículo 17 de la Ley de Compañías señala que “Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables: 1.- Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar”. Esta Sala ya ha advertido sobre la obligación que tiene todo juzgador de, cuando advierte que hay una manipulación de la figura societaria, levantar el

denominado velo de la persona jurídica, y penetrar en el campo que estaba oculto por dicho velo, para determinar cuál es la verdadera situación jurídica y quien es el verdadero responsable u obligado, ya que lo contrario sería amparar un fraude a la ley o abuso del derecho, cosa que por un principio de moral pública no puede admitirse jamás; en su fallo No. 120 de 21 de marzo del 2001, publicado en el Registro Oficial 350 de 19 de junio del mismo año así lo señaló: “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 ella (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.» (Carmen Boldó Roda, «La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español», R.D.C.O., año 30, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 1 y ss.). 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 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”. Sobre la teoría del “levantamiento del velo” o del “disregard” de la sociedad o compañía también se ha dicho: “Si consideramos a la sociedad como un instrumento técnico que el derecho provee a los seres humanos, atribuyéndole determinadas cualidades que permiten diferenciar totalmente la sociedad de los socios que la integran, resulta fácil establecer en qué casos es posible prescindir de esa personalidad. Cada vez que los individuos que recurren a la forma jurídica corporativa lo hacen apartándose de los fines que tuvo presentes el legislador, la imputación de los derechos,

obligaciones y responsabilidades no se debe hacer a la sociedad, sino directamente a los socios, prescindiendo o pasando por alto la personalidad jurídica atribuida.”, señala Carlos Alberto Villegas en su obra *Tratado de las Sociedades*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 1995, p. 48. El mismo autor continúa: “En tales supuestos el juez puede «romper el velo» de esa personalidad jurídica y «penetrar» en la realidad, atribuyendo a los individuos que están detrás del velo societario (ocultos o escondidos detrás de él), directamente, la consecuencia de los actos o conductas antijurídicos.” (ibídem, p. 48). De igual forma opina R. Serick, citado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas (*Derecho Societario, parte general, La personalidad jurídica societaria*, Buenos Aires, Heliasta, 1994, p. 73), quien expone: “Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera «abusiva», el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue. Existe «abuso» cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata: a) de burlar una ley, b) de quebrantar obligaciones contractuales, o c) de perjudicar fraudulentamente a terceros”. Aceptar entonces la tesis del tribunal de última instancia sería legitimar un abuso de la sociedad demandada, porque en esta causa no cabe aseverar que no se ha contado con quien no es su representante legal, ni que se ha demandado a una persona jurídica distinta, porque un cambio sucesivo en la denominación de sociedad anónima o de responsabilidad limitada mas no en las personas o su objeto social no trae como consecuencia la conformación de una persona jurídica distinta. Procede, por lo tanto, casar la sentencia y dictar la que corresponda en su lugar, de conformidad con el artículo 14 de la Ley de Casación.

CUARTO: Comparece a fojas 4-4vta. del cuaderno de primer nivel Ángel Mesías Puma Shagüi, quien consigna como fundamentos de hecho lo siguiente: que el 31 de diciembre de 1999 contrató con I.T.S. S.A. a través de su vendedor Carlos Trelles, la compra de varios tipos de aceites, conforme consta de los documentos que adjunta a su demanda, por el monto global de S/. 66'089.960,00, valores que dice los canceló previo a la entrega de la mercadería. “Dándose el caso señor Juez que el propietario de la indicada Importadora Sr. M.T.S., ante sí y por sí solo, en forma arbitraria y violatoria de toda norma legal de trato comercial y mercantil, decide no entregarme la mercadería contratada y cancelada, exigiéndome para su entrega casi la duplicación del valor contratado, sorprendiéndome este accionar, ante mi negativa a aceptar un sobreprecio de los productos se me envía de vuelta por intermedio de un agente vendedor los cheques correspondientes...” Demanda a la Importadora el cumplimiento inmediato del contrato, “cuya mercadería consta de la

*factura comercial No. 0006415 que se adjunta”; el pago de daños y perjuicios, en los que se incluirá el lucro cesante y daño emergente, y el pago de costas procesales y honorarios profesionales. Fundamenta en derecho su demanda en los artículos 1588 y siguientes del Código Civil. En la contestación a la demanda (foja 7), comparece M.T.S. quien se da por legalmente citado con la demanda y la contesta proponiendo las siguientes excepciones: “No ejerzo ningún tipo de representación en la compañía aludida, ni he celebrado ningún tipo de contrato, razón por la que opongo de manera principal la excepción de falta de personería pasiva y también activa. Subsidiariamente opongo la negativa pura y simple de sus fundamentos”. Reconviene al actor por el daño moral que dice se le provoca, “pues este tipo de acciones son una afrenta para mi reputación, y me provocan efectos negativos de orden síquico”, fijando su cuantía en ochenta millones de sucres.- **QUINTO:** Trabada de esta manera la litis con los fundamentos de hecho y de derecho de cada una de las partes, corresponde a la Sala, actuando como tribunal de instancia, el decidir la controversia dentro de estos límites:- 1) Respecto a la alegada “falta de personería activa y pasiva”, se reitera el pronunciamiento expresado en el considerando tercero de esta resolución, en cuanto en la especie no existe falta de legitimación procesal, que además no debe confundirse con falta de legitimación en la causa. En efecto, del certificado otorgado por el Registrador Mercantil del cantón Cuenca (foja 19), como del informe de registro de sociedades con los datos actuales de I.T.S. otorgado por la Intendencia de Compañías de Cuenca (foja 22-23), se desprende que la compañía demandada ha sufrido varias transformaciones en su tipo societario, sin que conste que haya cambiado su personalidad ni su objeto social, siendo en consecuencia una misma persona jurídica I.T.S. S.A. e I.T.S. Cía. Ltda. Es más, es el mismo demandado M.T.S. quien mediante escrito que consta a foja 20, solicita que se tenga como prueba de su parte el contenido del certificado aludido, lo cual demuestra en definitiva que ha ejercido la representación legal de I.T.S. a lo largo de sus sucesivas transformaciones, por lo que es su representante legal, y también está llamado a contestar esta demanda a nombre de la compañía demandada, sin que tenga importancia para la decisión que el tipo social haya cambiado de sociedad anónima a compañía de responsabilidad limitada, cuando en un principio, I.T.S. se constituyó bajo esta figura. El actor no tenía porqué saber de estos cambios al momento de proponer su demanda, ya que de los documentos que adjunta a su demanda (fojas 1-2), consta que contrató con I.T.S., cuya denominación es la misma en ambos, que constituyen un recibo de cobro y una factura*

comercial, aunque en el primero conste que actuaba como compañía de responsabilidad limitada, y en la segunda, como sociedad anónima. Constan además otras probanzas fundamentales en esta causa, como son las cinco facturas comerciales de "I.T.S. S.A." (fojas 11-15 del cuaderno de segunda instancia), que demuestran que las partes venían contratando en las calidades invocadas; y la confesión judicial del señor M.T.S. (fojas 20 vta.-21 ibidem), quien señala al contestar al pliego de preguntas, en la número 2 ("diga el confesante como es verdad y cierto que ha venido manteniendo la representación legal durante muchos años hasta la fecha de I.T.S. sociedad anónima y compañía limitada"), responde que "es representante legal de I.T.S. desde su fundación, esto es desde el año setenta y nueve, la compañía fue inicialmente compañía limitada, se transformó en anónima y nuevamente se ha transformada en limitada", y en los números 6 y 8 reconoce que el agente vendedor que contrató con el actor sí pertenece a la organización comercial demandada.- 2) Analizada esta excepción, toca establecer si, como sostiene el actor, se llevó a cabo una contratación para la compraventa de lubricantes automotrices, ya que el demandado dice en la contestación a la demanda que no ha celebrado ningún contrato con el actor, a nombre de I.T.S. S.A. El actor adjunta al proceso una factura comercial No. 0006415 de "I.T.S. S.A.", donde se describe la compraventa de mercadería entre las partes por un valor total de 66'089.969 sucres, valor que como señala el actor, cancela mediante tres cheques de su cuenta en Filanbanco que constan de fojas 14 a 16, cada uno por el siguiente valor: No. CA00399, por once millones novecientos setenta y siete mil novecientos noventa y nueve sucres (11'977.999); N° CA000400, por treinta y ocho millones novecientos veintisiete mil novecientos ochenta y dos sucres (38'927.982); y N° CA000401, por treinta y ocho millones novecientos veinte y siete mil novecientos ochenta y dos sucres (38'927.982), por un valor total de sesenta y seis millones ochenta y nueve mil novecientos sesenta y nueve sucres (66.089.969), que equivale al valor facturado por I.T.S. en el documento que consta a foja 2 del cuaderno de primer nivel. Estos documentos han sido impugnados por el demandado "en los términos del art. 198 ordinal 4°." (del Código de Procedimiento Civil, "ya que no me obligan, pues hay falta de autenticidad, son de índole privada y contienen falsedad tanto material como ideológica.". Se analizará esta afirmación, pues son estas las pruebas fundamentales en las que se ha apoyado esta acción de cumplimiento de contrato.- **SEXTO:** Los documentos incorporados a fojas 1-2 del cuaderno de primer nivel consisten en un recibo de cobro y en una factura comercial de "I.T.S."; en el recibo de cobro se

*detallan los tres cheques entregados a dicha compañía por los valores ya indicados; y en la factura comercial, el detalle de la mercadería negociada, señalándose en dicha factura que los valores han sido cancelados. El primer documento, que probaría la cancelación por el comprador de su obligación de pagar el precio de la mercadería adquirida, ha sido impugnado; pero al contestar la pregunta quinta del interrogatorio (“diga el compareciente cómo es verdad y cierto que paralelamente cancelé a la citada importadora los valores de la precitada factura 02369, acorde recibo de cobro No. 02369”), el demandado rehuye dar una contestación explícita pero tampoco niega el contenido de la pregunta y únicamente afirma que existirían otras facturas impagas. Respecto al segundo, que es una factura comercial, cabe recordar que el artículo 201 del Código de Comercio dispone: “El comprador tiene derecho a exigir del vendedor que le entregue una factura de las mercaderías vendidas, y que ponga al pie de ella el recibo del precio total o de la parte que se le hubiere entregado. No reclamándose contra el contenido de la factura, dentro de los ocho días siguientes a la entrega de ella, se tendrá por irrevocablemente aceptada”. Esta disposición, que consta en el ordenamiento mercantil ecuatoriano desde el Código de Comercio de Veintemilla (artículo 200), establece que la factura constituye para el comprador medio de prueba del contrato de compraventa y del pago de la totalidad o de una parte del precio cuando lo haya hecho; y respecto del vendedor, igualmente, sirve de prueba de la entrega de la mercadería, cuando lo haya hecho. En consecuencia, la factura comercial sirve de medio de prueba del contrato que origina su emisión y, por lo tanto, de las obligaciones de las partes y de su cumplimiento cuando se produzca. Este documento constituye, pues, una prueba esencial de la celebración del negocio jurídico cuyo cumplimiento se reclama; prueba que se refuerza con la confesión judicial rendida por el demandado (fojas 20 vta. - 21 del cuaderno de primer nivel), en que ratifica que el agente vendedor que contrató con el actor sí pertenece a I.T.S.. De conformidad con lo que dispone el artículo 132 del Código de Comercio, aunque los factores y dependientes omitieran la expresión de que obran por poder, se entenderá que han contratado por cuenta de sus principales en los cuatro casos que señala dicha norma. En el presente caso se han ratificado facturas y recibos membretados de la compañía demandada, que se han suscrito por el agente vendedor de la misma, autorizado para realizar los negocios y recibir los pagos y el negocio corresponde al giro ordinario del establecimiento, por lo que aparece probada la celebración de la compraventa cuyo cumplimiento se demanda. **SÉPTIMO:***

Habiéndose determinado que existió un negocio jurídico entre las partes, cabe determinar si hubo o no el incumplimiento reclamado por el actor. El artículo 1588 del Código Civil dice: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”; a su vez dice el artículo 1589: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”. Estas normas, aunque se refieren a los negocios jurídicos bilaterales, sin embargo son aplicables a toda obligación sea cual sea la fuente de la que dimanen ya que contienen un axioma básico de todo el ordenamiento jurídico patrimonial, esto es, que las obligaciones han de cumplirse de buena fe, ya que es una proposición tan clara y evidente que ni siquiera precisa de demostración y constituye postulado fundamental que sirve de base para la justificación de la potestad de la que se halla asistido todo acreedor para acudir ante el Estado a solicitarle y alcanzar de éste que ponga todo el imperio del cual se halla dotado al servicio de su interés privado a fin de que coercitivamente se ejecute la prestación a la cual está constreñido el deudor y que sirve para satisfacer el interés privado de tal acreedor; como ya lo dijera la Sala en su sentencia No. 136 de 26 de febrero de 1999, publicada en el Registro Oficial 162 de 5 de abril del mismo año, “...ausente la buena fe en el comportamiento de las partes unidas por una relación obligatoria, cambia por completo el panorama; en efecto, si desaparece este elemento vital en la parte deudora, no solamente que el Estado le impondrá compulsivamente el cumplimiento de su deber jurídico, sino que además será responsable de todo daño y perjuicio que sufra la parte acreedora y, en ciertos casos en que este comportamiento injurídico afecta al interés de la sociedad toda, causando alarma y provocando sentimiento de inquietud que incide en el bienestar colectivo, vulnerando así un bien social, inclusive llega a tipificarlo como delito penal; pero de la misma manera, si la parte acreedora no actúa de buena fe y pretende alcanzar beneficios exorbitantes, más allá de aquellos que se hallan justificados por la causa de la relación creditoria, o trata de imponer al deudor su voluntad abusiva, pretendiendo rebasar los límites que le señalan no solamente la declaración de voluntad que ha originado la relación obligatoria (cuando ésta nace de un negocio jurídico) sino también la ley, la costumbre y la propia naturaleza de la obligación, el Estado no puede acudir en auxilio de este acreedor que no pide se le ampare en el ejercicio de su derecho sino que pretende abusar de él. El comportamiento de las dos

partes, acreedora y deudora, ha de ser, pues, equilibrado, enmarcado dentro de los límites señalados y caracterizado por la buena fe. Esta piedra angular y regla fundamental del derecho de las obligaciones es, básicamente, una norma de comportamiento, implica un deber de recto comportamiento de acuerdo a la equidad, constituye, en definitiva, «una regla objetiva de honradez del comercio jurídico» (Von Thur, citado por Camacho Evangelista en «La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones», Granada, 1962, pág. 32). Como lo viene sosteniendo la doctrina francesa contemporánea, la buena fe descansa en un deber moral que se transforma en obligación jurídica de lealtad entre las partes. Georges Ripert, en su célebre obra «La regle morale dans les obligations civiles», 4ª. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, pág. 6, No. 3) así lo entiende y por ello dice que «la regla moral puede ser estudiada, en primer lugar, en su función normativa, cuando viene a impedir el abuso de la forma jurídica que se querría utilizar para fines que la moral reprueba. Frente al principio de la autonomía de la voluntad, se eleva la necesidad para las partes de respetar la ley moral, la protección necesaria debida al contratante que se encuentra en estado de inferioridad y que es explotado por la otra parte, ella enseña que la justicia debe reinar en el contrato y que la desigualdad en las prestaciones puede ser reveladora de la explotación de los débiles; ella arroja la duda sobre los acuerdos que son la expresión de una voluntad muy poderosa doblegando una voluntad debilitada». Camacho Evangelista (op. cit., pág. 20) señala que la buena fe obligacional «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». Enneccerus (en Enneccerus-Kipp-Wolff: Tratado de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones, vol. 1, Bosch, Barcelona, 7ª. ed., 1954, págs. 19-20), en relación al qué y al cómo de la prestación, dice: «la doctrina dominante y, en particular, la jurisprudencia han deducido como principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de las obligaciones, el de que todas las relaciones de obligación, en todos los aspectos y en todo su contenido, están sujetas al imperio de la buena fe, pero teniendo presente que el contenido de la deuda, cuando se trata de obligaciones derivadas de negocio jurídico, se determina en primer término por la voluntad de los interesados, mientras que en las obligaciones legales esta voluntad es indiferente...» En la especie, el actor ha adjuntado tres cheques, girados a nombre de I.T.S., por el valor establecido en la factura comercial otorgada al actor por dicha compañía. La devolución inexplicable de los cheques, por decir

menos, constituye una prueba clara de la mala fe obligacional con la que ha actuado el representante legal de dicha compañía, al negarse a cumplir con un contrato legalmente celebrado y no exponer las razones por las cuales se niega a dicho cumplimiento. No puede uno de los contratantes unilateralmente, por sí y ante sí, dar por ineficaz un contrato sino que ha de acudir al órgano judicial respectivo demandando la respectiva declaración. De los autos no aparece que se haya convenido la venta de la mercadería bajo condición suspensiva, por lo que de ninguna manera podía proceder el demandado arbitrariamente a romper unilateralmente el contrato válidamente celebrado. El artículo 1532 del Código Civil señala que en todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, y que en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. El actor ha optado por la segunda opción, demostrándose además en el proceso que él por su parte, ha estado dispuesto a cumplir con el contrato en el tiempo y forma acordados, por lo que cabe declarar con lugar el cumplimiento solicitado, sin que el demandado, por su parte, haya aportado prueba alguna que justifiquen las razones de su incumplimiento. Como el actor no ha solicitado la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la parte demandada, no cabe pronunciamiento alguno en este sentido.- Por las consideraciones que anteceden, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, casa la sentencia dictada por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, y en su lugar, acepta la demanda propuesta por Ángel Mesías Puma Shagüi, y dispone que la parte demandada cumpla inmediatamente con el contrato celebrado que se describe en la demanda, debiendo el actor pagar el precio estipulado, esto es, la suma de 66'089.969 sucres, convertidos a dólares de los Estados Unidos de América, a razón de 25.000 sucres por cada dólar, al momento en que reciba la mercadería completa en los términos del contrato. Con costas a cargo de la parte demandada, en 100 dólares de los Estados Unidos de América se fijan los honorarios del abogado de la parte actora.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

f) Drs. Santiago Andrade Ubidia.- Galo Galarza Paz.- Ernesto Albán Gómez.

4.2. APLICABILIDAD DEL DERECHO EN EL RECURSO DE CASACIÓN.

4.2.1 Comentario. Los jueces de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, de la Corte Suprema de Justicia, señalan a la legitimación ad causam como aquella en la que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho discutido y la legitimación ad processum, es la capacidad procesal de una persona para comparecer como parte a juicio, términos diferenciados y que fueron base para la emisión de tales resolución.

Los Ministros Jueces de esta sala, critican la postura que adoptaron frente a la legitimación de la personería los jueces de primera y segunda instancia, fundamentándose en que no se puede aceptar la defensa del demandado al alegar que no es él quien deba comparecer a juicio, y que se ha contado con alguien que no es el representante legal de la sociedad demandada, por la sencilla razón de que un cambio en sucesivo en la denominación de la sociedad no trae como consecuencia la conformación de una persona jurídica distinta.

Los jueces, advierten pues la intención por parte de la demandada de actuar de mala fe y en contra de los principios del derecho, al escudarse detrás de este cambio de tipo social para evadir el cumplimiento de la obligación al que era sujeta la sociedad con el actor, obstaculizando este intento de utilizar a la “nueva sociedad”, como un medio para escapar del cumplimiento de dicha obligación, generando un abuso de derecho o fraude a la ley contra su acreedor. Aceptar esta “ilegitimidad” alegada por la sociedad demandada, sería solapar este intento de burlar la obligación, y perjudicar a su acreedor.

Los jueces están llamados, a precautelar el bien jurídico que sea afectado así éste se encuentre enmarcado en una figura jurídica, la cual al momento de utilizarla pretenda alterar el orden público, perjudicando a un tercero, que es inoponible a este perjuicio que se pretenda realizar.

Las normas aplicadas, en el Recurso de Casación, están enmarcadas dentro de las que fueron aplicadas en primera y segunda instancia, la motivación para esta resolución, la encontramos en la variada doctrina estudiada en torno al levantamiento del velo societario, y abuso del derecho, aplicada en sentencias de casos similares.

4.2.2 Normas Invocadas:

CÓDIGO CIVIL: Artículos 1484, 1487, 1591, 1595, 1759, 1767

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL: Artículos 197, 198, 277, 287

LEY DE CASACIÓN: Artículo 3

4.3 PRECEDENTE JUDICIAL REFERIDA EN SENTENCIA DE CASACIÓN.

Los Ministros Jueces de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la extinta Corte Suprema de Justicia, al dictar su resolución en este caso, llevaron a consideración y análisis, una amplia doctrina respecto al tema del abuso del derecho y de la doctrina del levantamiento del velo societario, así como algunos extractos de sentencias dictadas en casos similares, por ejemplo en su fallo No. 120 de 21 de marzo del 2001, publicado en el Registro Oficial 350 de 19 de junio del mismo año así lo señaló: *“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 ella (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.» (Carmen Boldó Roda, «La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español», R.D.C.O., año 30, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 1 y ss.). 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 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”.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil, en su sentencia No. 136 de 26 de febrero de 1999, publicada en el Registro Oficial 162 de 5 de abril del mismo año, señala que “...ausente la buena fe en el comportamiento de las partes unidas por una relación obligatoria, cambia por completo el panorama; en efecto, si desaparece este elemento vital en la parte deudora, no solamente que el Estado le impondrá compulsivamente el cumplimiento de su deber jurídico, sino que además será responsable de todo daño y perjuicio que sufra la parte acreedora y, en ciertos casos en que este comportamiento injurídico afecta al interés de la sociedad toda, causando alarma y provocando sentimiento de inquietud que incide en el bienestar colectivo,

vulnerando así un bien social, inclusive llega a tipificarlo como delito penal; pero de la misma manera, si la parte acreedora no actúa de buena fe y pretende alcanzar beneficios exorbitantes, más allá de aquellos que se hallan justificados por la causa de la relación creditoria, o trata de imponer al deudor su voluntad abusiva, pretendiendo rebasar los límites que le señalan no solamente la declaración de voluntad que ha originado la relación obligatoria (cuando ésta nace de un negocio jurídico) sino también la ley, la costumbre y la propia naturaleza de la obligación, el Estado no puede acudir en auxilio de este acreedor que no pide se le ampare en el ejercicio de su derecho sino que pretende abusar de él. El comportamiento de las dos partes, acreedora y deudora, ha de ser, pues, equilibrado, enmarcado dentro de los límites señalados y caracterizado por la buena fe. Esta piedra angular y regla fundamental del derecho de las obligaciones es, básicamente, una norma de comportamiento, implica un deber de recto comportamiento de acuerdo a la equidad, constituye, en definitiva, «una regla objetiva de honradez del comercio jurídico» (Von Thur, citado por Camacho Evangelista en «La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones», Granada, 1962, pág. 32). Como lo viene sosteniendo la doctrina francesa contemporánea, la buena fe descansa en un deber moral que se transforma en obligación jurídica de lealtad entre las partes. Georges Ripert, en su célebre obra «La regle morale dans les obligations civiles», 4^a. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, pág. 6, No. 3) así lo entiende y por ello dice que «la regla moral puede ser estudiada, en primer lugar, en su función normativa, cuando viene a impedir el abuso de la forma jurídica que se querría utilizar para fines que la moral reprueba. Frente al principio de la autonomía de la voluntad, se eleva la necesidad para las partes de respetar la ley moral, la protección necesaria debida al contratante que se encuentra en estado de

inferioridad y que es explotado por la otra parte, ella enseña que la justicia debe reinar en el contrato y que la desigualdad en las prestaciones puede ser reveladora de la explotación de los débiles; ella arroja la duda sobre los acuerdos que son la expresión de una voluntad muy poderosa doblegando una voluntad debilitada». Camacho Evangelista (op. cit., pág. 20) señala que la buena fe obligacional «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». Enneccerus (en Enneccerus-Kipp-Wolff: Tratado de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones, vol. 1, Bosch, Barcelona, 7ª. ed., 1954, págs. 19-20), en relación al qué y al cómo de la prestación, dice: «la doctrina dominante y, en particular, la jurisprudencia han deducido como principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de las obligaciones, el de que todas las relaciones de obligación, en todos los aspectos y en todo su contenido, están sujetas al imperio de la buena fe, pero teniendo presente que el contenido de la deuda, cuando se trata de obligaciones derivadas de negocio jurídico, se determina en primer término por la voluntad de los interesados, mientras que en las obligaciones legales esta voluntad es indiferente...»

4.4. DOCTRINA CITADA EN SENTENCIA.

Al momento de establecer su resolución los Ministros Jueces de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, señalaron la doctrina de la teoría del “levantamiento del velo” o del “disregard” de la sociedad o compañía también se ha dicho: “*Si consideramos a la sociedad como un instrumento técnico que el derecho provee a los seres humanos, atribuyéndole determinadas cualidades que permiten diferenciar totalmente la sociedad de los socios que la integran, resulta fácil establecer en qué casos es posible prescindir de*

esa personalidad. Cada vez que los individuos que recurren a la forma jurídica corporativa lo hacen apartándose de los fines que tuvo presentes el legislador, la imputación de los derechos, obligaciones y responsabilidades no se debe hacer a la sociedad, sino directamente a los socios, prescindiendo o pasando por alto la personalidad jurídica atribuida.”, señala Carlos Alberto Villegas en su obra *Tratado de las Sociedades*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª. edición, 1995, p. 48. El mismo autor continúa: *“En tales supuestos el juez puede «romper el velo» de esa personalidad jurídica y «penetrar» en la realidad, atribuyendo a los individuos que están detrás del velo societario (ocultos o escondidos detrás de él), directamente, la consecuencia de los actos o conductas antijurídicos.”* (ibídem, p. 48). De igual forma opina R. Serick, citado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas (*Derecho Societario*, parte general, *La personalidad jurídica societaria*, Buenos Aires, Heliasta, 1994, p. 73), quien expone: *“Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera «abusiva», el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue. Existe «abuso» cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata: a) de burlar una ley, b) de quebrantar obligaciones contractuales, o c) de perjudicar fraudulentamente a terceros”*.

4.5. COMENTARIO GENERAL DE LA SENTENCIA.

Como un comentario general de la sentencia partamos del hecho de que el actor acusa a los jueces de segunda instancia de confundir la falta de legitimación en la causa con falta de legitimación procesal, recordando que la primera se refiere a que se produce cuando el derecho que se cuestionará en el juicio es ejercitado por quien tiene aptitud para hacerlo valer, y la segunda se produce cuando la acción es ejercitada por aquel que tiene aptitud para hacer valer el derecho que se cuestionará, bien porque se ostente

como titular de ese derecho o bien porque cuente con la representación legal de dicho titular.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema, analiza el hecho de que si bien del Certificado del Registrador Mercantil se desprende que el Representante Legal de “I.T.S. Cía. Ltda.”, es el Sr. Mario Terreros S., así como el hecho de una transformación de “I.T.S. Cía. Ltda.”, a “I.T.S. S.A.”, y después a “I.T.S. Cía. Ltda.”, constando el Sr. Terreros como su representante legal en todas estas transformaciones.

Acertadamente establece que, el hecho de que una compañía siga un proceso de transformación, es decir cambio su nombre o tipo de sociedad, no indica en lo absoluto que su personalidad jurídica haya cambiado o sea diferente, pues la persona jurídica sigue siendo la misma, tal como lo indica nuestra Ley de Compañías en su artículo 330, por lo que esa sala verdaderamente advierte que la persona jurídica sigue siendo la misma sin variaciones, ya que no se trata de la constitución de una nueva sociedad, resaltando así, el grave error cometido por los tribunales anteriores al afirmar que “I.T.S. Cía. Ltda.”, es una persona jurídica totalmente diferente de “I.T.S. S.A.”.

Es en este punto, que los Ministros Jueces de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, traen a consideración la doctrina del levantamiento del velo societario, materia de esta tesis, y además la sentencia número 120 del 21 de marzo de 2001, publicado en el Registro Oficial 350 del 19 de junio del 2001, y que fue mencionada en el precedente judicial de este análisis.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre la obligación que tienen los jueces de cuando se trate o una

manipulación de la figura societaria, levantar el denominado velo de la persona jurídica, e indagar en el campo que estaba oculto por dicho velo, para de esta manera poder encontrar al responsable que la situación jurídica de la sociedad, y que de esta manera los jueces no se conviertan en “cómplices” por decirlo de alguna manera, de los fraudes que se cometan a la ley como indica el Art. 17 de la Ley de Compañías.

Carmen Boldó, en su obra *“Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español”*, hace referencia al abuso de la personalidad jurídica, específicamente en el fraude y lesión de contrato, en el cual indica que existe este tipo de fraude cuando a través de la persona jurídica puede quedar burlado o incumplido un contrato como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la de su socio.

En este caso la “transformación”, de una compañía anónima, en una compañía limitada, fue una manera abusiva de intentar huir de sus obligaciones, situación que se pretendió usar en contra del actor para no cumplir con el contrato al que estaba obligado, alegando en el juicio la falta de personería activa y pasiva. Si la defensa de la parte demandada hubiese tenido justificación, fácil sería con ella causar perjuicio por parte de un sujeto deudor de una obligación, incumplir la misma en perjuicio de su acreedor, esta situación podría hacer presumir ante los jueces la mala fe con la que pueden actuar, y resulta peligroso tanto para quien la sostiene como para el orden público que debe primar en la sociedad.

Por ello, Carmen Boldó alega que reducido el concepto de persona jurídica a una mera figura formal, un recurso técnico, se presta su utilización para unos objetivos que no son los propios de la realidad social para la que nació dicha figura, sino otros muy

distintos privativos de los socios que la integran. Resultando de esta manera que los socios se valgan de las compañías, para realizar fraudes a la ley, por ejemplo incumpliendo contratos, como se presume es nuestro caso.

Los jueces de la Primera Sala de la Corte Suprema, como se puede observar en su resolución, llevaron a consideración, una amplia doctrina en la cual se habla sobre el levantamiento del velo societario, en la que se repite constantemente el hecho de que el juez puede “levantar el velo” de la personalidad jurídica y “penetrar” en la realidad de una sociedad, es decir revelar a los socios que estén detrás de este “velo”, y que estén utilizando a la compañía para cumplir fines ajenos a los cuales fue creada, y posterior a ello atribuir todas las responsabilidades de dichos actos a los verdaderos culpables. Los jueces admiten que aceptar la tesis del tribunal primera y segunda instancia, seria cubrir el abuso de la sociedad demandada, puesto que no es posible el alegar que se demandado a la persona incorrecta, puesto que como analizamos anteriormente, el cambio en su tipo societario no significa una persona jurídica diferente.

Los jueces de la Primera Sala de lo Mercantil, casaron la sentencia dictada por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, y aceptaron la demanda propuesta por el actor, evidenciando así la aplicabilidad de la Doctrina del Velo Societario en nuestra legislación.

A pesar de ser una doctrina no tan estudiada en nuestro medio, pudimos observar que si es posible aplicarla en nuestro país. Hoy en día, hemos sido testigos de varios fraudes ocasionados por sociedades que cumplen actividades totalmente diferentes para las que fueron constituidas, perjudicando así a terceras personas, que en varias

ocasiones a sido el mismo Estado, o nuestro país el que tenga que “pagar” estos fraudes, cometidos por sus socios escondidos tras un “velo”, llamado personalidad jurídica.

El desarrollo de esta teoría, involucra reaccionar ante estas sociedades y analizar cuidadosamente los distintos supuestos jurídicos, ya que podríamos también afectar la seguridad jurídica de las mismas, sin embargo siempre hemos de trabajar y precautelar la protección de los intereses jurídicos legítimos y no permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley, por personas jurídicas legalmente constituidas en contra de terceros que no pueden resultar perjudicados por alterar este “orden” una sociedad.

CONCLUSIONES.

Luego de la investigación realizada en esta tesis, debo señalar que ha resultado provechoso recorrer el camino desde el origen y desarrollo de las compañías, conocer mejor su razón de ser, alcance y naturaleza jurídica, su concepción en nuestra legislación y las limitaciones a las cuales están sujetas; en este contexto he llegado a las siguientes conclusiones:

Conclusiones Generales:

1. La persona jurídica al igual que una persona natural tiene capacidad para contraer obligaciones y ejercer derechos, pero siempre que lo haga a través de su representante legal, quien estará debidamente autorizado por los miembros de la sociedad, para actuar a su nombre. Resultando el objeto para el cual fueron creadas (objeto social) un marco que limita la actuación de las personas jurídicas, que cualquier acto que se lo realice fuera del mismo traerá consecuencias jurídicas, ya sea para los administradores o para la misma compañía, dependiendo de las circunstancias particulares que rodeen al mismo.
2. Las personas jurídicas son un recurso técnico utilizados para facilitar las relaciones y tráfico jurídico.
3. Las sociedades en nuestra legislación, gozan de una “doble” regulación, puesto que tenemos disposiciones en el Código Civil que regulan las sociedades llamadas civiles y además disposiciones de la Ley de Compañías que regulan esas mismas sociedades pero con una mayor especialidad (todas ellas comerciales) por lo que las sociedades normadas en el Código Civil han perdido su vigencia; no obstante creemos que en algunos casos bien podría optarse por este tipo de sociedades, por ejemplo para constituir un estudio jurídico.
4. El concepto de persona jurídica puede reducirse a una mera figura formal, cuya utilización se ha manipulado para alcanzar fines que no son los propios de la

realidad social para la cual fue creada, sino otros diferentes, que responden a intereses particulares de él o los individuos que la integran. Los socios pueden pues valerse de la sociedad para evadir el cumplimiento de las leyes, o para el no cumplimiento de las obligaciones contraídas con terceros para perjudicarlos, a través de la pantalla de la persona jurídica y sus socios.

5. La sociedad legalmente constituida goza de un patrimonio autónomo, el cual es completamente separado del patrimonio personal de cada socio de la compañía, característica (autonomía patrimonial) que hace posible la limitación de la responsabilidad de los socios que la conforman; y, que lamentablemente, es apetecible para cometer varios fraudes en contra de terceros o delitos, al encontrarse “protegidos”, por esta figura.
6. El privilegio de la limitación de la responsabilidad que gozan las sociedades anónimas y las compañías limitadas ha sido uno de los factores que ha servido de “incentivo” para cometer un abuso de la persona jurídica, al intentar aprovechar sus ventajas.
7. Al tener claro que la sociedad necesita de personas físicas para actuar a nombre de ellos, resulta pues que las responsabilidades que resultaren de un uso abusivo de la responsabilidad limitada serán exclusivas del socio o socios, o de sus representantes si éstos actuaren de manera arbitraria.

Conclusiones Específicas:

1. La doctrina del levantamiento del velo societario, es precisamente una doctrina, no contemplada por lo tanto en una norma jurídica; es preciso que en el Ecuador nos planteemos la conveniencia de que si los fundamentos de esta doctrina se vean consagrados en una norma, o basta que la misma se conserve como tal.
2. La doctrina del levantamiento del velo societario se encuentran fundamentada en algunos principios generales como son: la confianza jurídica, por la seguridad de

los socios de que al momento de constituir una sociedad, la separación patrimonial que se produce entre ellos y la compañía se va a mantener; y de igual manera que los actos que realicen los representantes de la sociedad ostentando dicha calidad se van a imputar a esta persona jurídica, así como los principios de la buena fe y la equidad.

3. El resultado de levantar el velo societario a una sociedad es la inoponibilidad o nulidad de los actos realizados en fraude a sus acreedores, o la reparación de daños; la sociedad no desaparece respecto a sus demás actuaciones, si estas fueron lícitas, pues como señalamos sólo se examinan y juzgan los actos con respecto de los acreedores o terceros víctimas de un fraude o abuso.
4. En el Ecuador, nos encontramos ante una normativa deficiente que no permite frenar plenamente el uso manipulado de la personalidad jurídica, en nuestra legislación las instituciones civiles que existen no son suficientes para dar una solución a este tipo de actuaciones, que estos factores se ha hecho habitual en nuestro medio, y a través del cual se ha encontrado así una “forma” de escapar de sus obligaciones legales y contractuales. Sin embargo, el escaso desarrollo judicial o aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario, también trae como consecuencia la impunidad.
5. Es preciso que en el Ecuador se desarrolle el derecho hacia la consecución de figuras y mecanismos idóneos para impedir el abuso y fraude que se cometen desde las sociedades a terceros, entre socios, y al Estado mismo; creemos que tenemos poca práctica judicial en este sentido y falta aún mucho por recorrer para construir el Derecho en este sentido.
6. Las instituciones civiles que se encuentran en nuestro sistema legal para hacer frente a los actos cometidos con abuso de la personalidad jurídica son: la simulación, el fraude a la ley, el abuso del derecho, y la acción pauliana de los cuales este último produce la inoponibilidad a terceros como sanción, y los otros producen la nulidad o inexistencia (en nuestro Código Civil se confunden

estas dos figuras), del acto, éstas resultan ser herramientas legales subsidiarias necesarias para exigir en la vía judicial la desestimación de la personalidad jurídica y responsabilizar a los verdaderos culpables del uso abusivo de la personalidad jurídica.

7. En la sentencia que analizamos, la compañía demandada al realizar sucesivas transformaciones, todas aparentemente lícitas, es aparente que bajo esa condición se ha manipulado la figura de la personalidad jurídica, utilizándola con el objeto de defraudar a su acreedor, “escondiéndose” tras el velo societario y justificando la sociedad demandada de esta manera el no cumplimiento de las obligaciones a la que era sujeto, debido a su cambio de tipo social
8. Ante la falta de normativa para aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario, se puede hacer frente al abuso de la persona jurídica, utilizando la figura del fraude a la ley, demandando así a los representantes o socios que realizaron todas estas transformaciones societarias, solicitando la nulidad o inexistencia de ellas, para que de esta forma levantar el velo en el cual se escudan respondan por las obligaciones incumplidas.
9. A mi parecer, creo conveniente que en nuestro sistema legal se debe establecer una norma o un conjunto de normas, dentro de un cuerpo legal que regule de manera especial a las sociedades, esto es, en la Ley de Compañías, donde le faculte al juez de manera expresa en ciertas ocasiones y bajo ciertos supuestos levantar el velo societario, o crear un nuevo cuerpo legal que regule esta figura, y así enfrentar los diferentes tipos de abusos dados en nuestro país.

Bibliografía.

- Derecho Societario.- César Dávila Torres.- Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 1999.
- Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano.- Víctor Cevallos Vásquez.- Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 1992.
- Curso de Derecho Mercantil, 2 tomos.- Joaquín Garrigues.- Imprenta Aguirre, Madrid, España, 1976, 7ª edición.
- Abuso de personificación, levantamiento del velo desenmascaramiento, Álvarez De Toledo Quintana. L Madrid, 1997, Pág. 48
- La Sociedad Anónima en el Ecuador.- Roberto Salgado Valdez.- Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca, Ecuador, 1982.
- El abuso del derecho y el abuso circunstancial, Rodríguez Grez Pablo, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1997.
- Derecho Romano. Rabinovich-Berkman Ricardo D. Buenos Aires Argentina.
- La administración en las Sociedades Anónimas.- Miguel Andrade Cevallos.- Edición del autor, Quito, Ecuador, 1993.
- Derecho Societario. Buenos Aires, Richard, Efraín Hugo Y Muiño, Orlando Manuel. Editorial Astréa, 2004.
- Sociedades Comerciales. Halperín Isaac y Masnatta Héctor, Parte general Argentina.
- La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia, Angel Yaguez, Ricardo. 2da Edición, Civitas, Madrid- España
- Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, Holguín Larrea, Juan. Fundación Latinoamericana Andrés Bello: Tomo Vi. Ecuador
- El Fraude a la Ley, Fuentes Guiñez, Rodrigo. Editorial. Jurídica Congreso, Chile, 1998.
- Obligaciones y responsabilidades de los administradores de compañías.- Roberto Salgado Valdez.- Edición del autor, Quito, Ecuador, 1990.
- Curso de Derecho Civil y Normas Societarias.- Francisco J. Salgado.- Superintendencia de Compañías, Quito, Ecuador, 2000.

- Manual de Práctica Societaria.- Carlos Ramírez Romero.- Edición del autor, 2ª edición, Loja, Ecuador, 2003.
- Instituciones de Derecho Mercantil Ecuatoriano.- Miguel Macías Hurtado.- Ediciones del Banco Central Central del Ecuador, Quito, 1988.
- Lecturas de Derecho Económico.- Alfredo Hanna Musse.- Ediciones del Banco Central del Ecuador, Quito, 1990.
- Derecho Mercantil. Contrato societario y derechos individuales de los accionistas. Gutierrez Falla, Laureano F. Buenos Aires-Argentina
- Derecho de Sociedades, José Ma Eizaguirre. Editorial De Civitas 2001.
- Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español. Carmen Boldó Roda,. Editorial Aranzadi 2001.
- Introducción al Derecho Mercantil. Chulia, Francisco Vicent.Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003
- Ley de Compañías.
- Código Civil.
- Doctrinas Jurídico Societarias de la Superintendencia de la Compañías.
- Sentencias.

ANEXOS

Sentencias

GACETA JUDICIAL SERIE XVI, No. 10 - 3-XII-1997 (Primera Sala de lo Civil y Mercantil, páginas 2540-41) - SIMULACIÓN ABSOLUTA Y SIMULACIÓN RELATIVA: Efectos PROHIBICIÓN DE AUTOCONTRATACIÓN

" ... SEGUNDO.- M.P., mediante escrito de fojas 7 del cuaderno de primer nivel, afirma que, mediante escritura pública celebrada ante el Notario Dr. H. N. con fecha 2 de mayo de 1983, aparentemente la señora G.L., nuestra madre, vende y enajena perpetuamente un lote de terreno a favor de S.P, mi hermana; agrega que el referido contrato es y ha sido simulado, con simulación absoluta ya que entre otras cosas jamás se pagó el valor y el precio que allí consta. 'Simulación que no tenía más objeto que transferir el dominio a favor de la compradora aparente S.P ' por lo que 'al amparo de las disposiciones contenidas en el Art. 1742, 1766 del Código Civil y siguientes' demanda la declaratoria de que el contrato de compraventa antes referido es simulado absolutamente y por lo mismo carece de valor funda su interés en que siendo heredero de su madre señora G.L 'una de las personas que se prestó a la facción de la simulación del contrato', de mantenerse el acto o contrato simulado estaría menoscabando su legítima en la sucesión de su fallecida madre la demandada por su parte, (...) opuso las siguientes excepciones: Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; improcedencia de la acción por ser el actor uno de varios herederos y no presentar la demanda conjuntamente con los demás; Falta de derecho del actor, en subsidio prescripción. De esta forma se trabó la litis que es decidida en primero y segundo nivel con el rechazo de la demanda, interpuesto el recurso de tercera instancia, el actor al determinar los puntos a los que lo contrae reitera los de la sucesión de la señora G.L. por lo que no es admisible la excepción de improcedencia, como con acierto lo declara el juzgador de primer nivel.

CUARTO: Apareciendo del proceso (...) el testimonio certificado de la escritura pública otorgada ante el Notario de Quito Dr. H. N. el 2 de mayo de 1983, inscrito en el Registro de la Propiedad del mismo cantón el 20 de junio de 1983, contentiva del contrato de compraventa de inmueble celebrado entre G.L. y S.P., bien raíz de la ubicación, superficie y linderos reseñados en dicho acto escriturario, el cual por reunir los requisitos externos señalados por la ley, goza de presunción de validez, de manera que, de haber alguien que alega su invalidez o ineficiencia, está en el deber de probarlo. En la especie correspondía al actor demostrar la validez de sus afirmaciones.

QUINTO: La acción de simulación propuesta por el actor, según señala el autor ecuatoriano César Coronel Jones en su obra 'La simulación de los actos jurídicos', tiene por objeto establecer la voluntad real de las partes y hacerla primar sobre la voluntad falsamente expresada. Conocida es la distinción entre simulación absoluta, en la cual en apariencia existe un negocio pero carece en absoluto de un contenido serio y real (Ferrara) ya que, 'las partes no quieren el acto jurídico sino la ilusión exterior que el mismo produce; es un fantasma de negocio' (Coronel Jones) y simulación relativa, en que existe dos negocios: 'Uno aparente, ostensible, que sirve de disfraz para ocultar otro real y efectivo denominado escondido enmascarado etc., que se efectúa por varios motivos' (Coronel Jones); el actor asevera que se trata de una simulación absoluta, es decir, que no existió entre G.L. y S.P. la intención real de concluir negocio alguno que se lo haya querido disimular bajo la apariencia de otro negocio, como sería el caso de una donación que se encubre con la forma de compraventa; por lo tanto, el actor debió acreditar que en ningún momento existió voluntad negocial alguna, y que la escritura pública otorgada el 2 de mayo de 1983, ante el Notario Público de Quito Dr. H. N. es un cascarón vacío una fachada tras la cual no existe nada; estaba en el deber de destruir la certificación de fedatario que interviene solemnizando el acto escriturario que acredita que se expresó una voluntad negocial seria y ajustada en todo a derecho en orden a concluir un contrato de compraventa; pero examinados los recaudos procesales se advierte que en ninguna parte aparece prueba en el sentido de que no existió intención negocial y tampoco aparecen indicios graves, precisos y concordantes de que manera unívoca llevan al Juez a concluir la inexistencia de intención negocial entre la señora G.L. y S.P.; más aún, en el propio libelo de demanda el actor se contradice ya que de una parte afirma que se trata de una simulación absoluta y que 'jamás se pagó el valor y el precio que

allí consta'; de otra parte agrega que la simulación 'no tenía más objeto que transferir el dominio a favor de la compradora aparente', y en esta parte el actor más bien se está refiriendo a un negocio gratuito traslativo de dominio que habría sido disimulado mediante la presentación externa de un contrato oneroso, o sea que se trataría de una simulación relativa.

SEXTO: El actor no ha probado que exista causa de nulidad ni de la escritura pública impugnada ni del contrato de compraventa contenido en la misma. El argumento de que no se pagó el precio de la compraventa a más de estar contradicho por la declaración notarial de que si se lo hizo, con la indicación precisa del medio de pago, esto es, el cheque certificado No. 5910011 girado por la compradora a favor de la vendedora con cargo al Banco I., por el monto del precio acordado, cuya fotocopia del mismo en anverso y reverso, que, debidamente certificada, aparece de autos (...), así como del estado de cuenta de donde consta la fecha de cobro del mismo (...), debe anotarse no implica la nulidad del negocio, sino que, de conformidad con las disposiciones constantes en el Art. 1840 y siguientes del Código Civil, por existir un contrato válido el vendedor puede, a su arbitrio escoger entre el cumplimiento o la resolución, en ambos casos con la indemnización de daños y perjuicios resultantes de la mora; el precio de la cosa vendida es un crédito a cargo del comprador y a favor del vendedor, y este último puede disponer de tal crédito a su arbitrio, así es como lo puede ceder, novar, remitir etc., sin que ello afecte de modo alguno a la validez de la compraventa. No se ha acreditado que el dinero con que la compradora pagó el precio haya provenido de la vendedora o que haya retornado a la compradora, al contrario, con los estados de cuenta tanto del Banco I. (cuenta No. 11041-3) como del Banco L. (cuenta No. 10847.2), que obran del proceso, y con la certificación de ingresos que aparece a fs. 148, acredita que tiene ingresos y movimiento monetario suficiente que justifican el origen lícito de los recursos utilizados en el pago del precio del lote de terreno objeto del contrato impugnado.

SÉPTIMO: El actor fundamenta su acción en lo que dispone el Art. 1766 del Código Civil sin embargo debe advertirse que esta disposición, en concordancia con el Art. 2075 *ibídem.*, es un caso de autocontratación, esto quiere decir que el mandatario no puede celebrar una compraventa en la cual intervenga en las dos calidades, esto es, como vendedor y como comprador, actuando por la una parte como mandatario y por la otra a nombre propio, salvo que hubiere contado con la aprobación expresa del mandante; pero en la especie tanto la vendedora como la compradora actúan por sus propios derechos, de manera que no es posible de modo alguno la prohibición de autocontratación prevista en el Art. 1766 del Código Civil. Por las consideraciones que anteceden, esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se confirma la sentencia subida en grado. ..."

- NULIDAD DE CONTRATO DE COMPRAVENTA

- ACCIÓN PAULIANA: Condiciones; diferencias con la acción de simulación

“VISTOS: I. G. y M. G. deducen recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Segunda (SIC) de la Corte Superior de Loja, en el juicio ordinario de acción pauliana que siguen las recurrentes en contra de los hermanos S. M. y A. M. Aducen que en la sentencia se ha dejado de aplicar, por analogía, el artículo 2393 del Código Civil, y se cita desatinadamente las normas legales de los artículos 2394 y siguientes del Código Civil, que no son aplicables al caso. Por concedido el recurso, sube a la Corte Suprema de Justicia y, por el sorteo de ley, se radica la competencia en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la que en providencia del 29 de agosto del 2001 acepta a trámite el recurso. Concluida la sustanciación, atento el estado de la causa, para resolver se considera:

PRIMERO.- Como ha resuelto esta Sala en numerosos fallos, el ámbito dentro del cual puede actuar el Tribunal de Casación está dado por el propio recurrente, quien en el recurso de casación, al determinar la causal o causales del artículo 3 de la ley de la materia y la cita exacta de las normas de derecho que, a su criterio, se han transgredido, delimita la competencia de aquél. El Tribunal de Casación no puede, pues, enmendar errores ni completar omisiones en la formulación del recurso de casación y, en general, casar la sentencia de oficio, salvo que encuentre que se han omitido solemnidades sustanciales o que se ha violado el trámite inherente a la naturaleza del asunto o de la causa que se está juzgando, que no sean susceptibles

de convalidación y hayan producido indefensión, o que falte alguno de los presupuestos para poder dictarse sentencia de mérito o fondo, como el caso de falta de legítimo contradictor. Por estas razones, en el presente recurso esta Sala se circunscribirá a examinar y resolver la acusación formulada por las recurrentes, con respaldo en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, de que en la sentencia se ha omitido aplicar, por analogía, el artículo 2393 del Código Civil y se ha citado desafortunadamente el artículo 2394.

SEGUNDO.- Según el artículo 2391 del Código Civil, toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1661; quien contrae una obligación personal está constituyendo una prenda general de todos sus bienes a favor de su acreedor. En consecuencia, cuando el deudor no paga voluntariamente la deuda al acreedor, éste tiene derecho para acudir ante los órganos judiciales a fin de que se obligue al deudor a pagarle mediante la venta forzosa de sus bienes (embargo y remate), para con el producto de esta venta cubrir su crédito; pero hay casos en los que el acreedor se topa con la novedad de que el deudor, notificado con el mandamiento de ejecución, no paga ni dimite bienes equivalentes para el embargo. También puede suceder que el deudor, de acuerdo con lo previsto en el Parágrafo 9, Título IV, Libro Cuarto del Código Civil (artículos 1657 a 1667), se acoja a la cesión de bienes cumpliendo los requisitos señalados en los artículos 527 y 528 del Código de Procedimiento Civil. En los supuestos mencionados, el acreedor puede pedir que se inicie juicio de concurso de acreedores y, consiguientemente, se declare insolvente al deudor; tratándose de comerciantes matriculados el juicio se denomina de quiebra. Ahora bien, el deudor para evadir el pago, puede recurrir al arbitrio de enajenar y traspasar sus bienes a terceros. Esta enajenación puede tener lugar en dos momentos distintos: 1) por actos o contratos ejecutados por el deudor, relativamente a sus bienes, antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso de acreedores y 2) por actos o contratos ejecutados por el deudor relativos a sus bienes, posteriores a la cesión de bienes o la apertura del concurso de acreedores. El Código Civil para proteger al acreedor ha previsto acciones peculiares para cada uno de los mencionados casos, en los artículos 2394 y 2393. El primero de los artículos nombrados regula la acción concerniente a actos o contratos de enajenación de bienes del deudor antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, y el segundo, después de producidos estos actos jurídicos.

TERCERO.- La acción establecida en el artículo 2394 del Código Civil es la llamada por la doctrina acción pauliana. Para la procedencia de esta acción, por actos o contratos onerosos, prevista en el inciso primero del artículo citado, deben cumplirse las siguientes condiciones: a) Que el deudor no haya pagado ni dimitido bienes equivalentes, notificado con el mandamiento de ejecución. De lo contrario, el actor no podría alegar perjuicio, pues los bienes de aquél alcanzarían para el pago de sus obligaciones; y, b) Que entre el deudor y tercero adquirente haya connivencia en el fraude, connivencia que se presume si el tercero conocía el mal estado de los negocios del primero. Esta es una exigencia derivada de la seguridad de las transacciones; si bastara la mala fe del enajenante, nadie pudiera estar seguro de los derechos que adquiriera, por más que haya pagado el justo precio y haya actuado con total buena fe. En cambio, para la procedencia de la acción pauliana, por actos o contratos a título gratuito, previsto en el inciso segundo del artículo 2394 del Código Civil, basta cumplirse la condición señalada en la letra a); la rescisión del acto o contrato a título gratuito, no supone la pérdida de derecho de propiedad a cambio de una prestación equivalente, sino simplemente la extinción de un beneficio, de allí que es lógico que la ley no sea tan severa como en el caso del traspaso oneroso de los bienes.

CUARTO.- El único cargo formulado por las recurrentes, es el de que la sentencia adolece del vicio in iudicando previsto en la causal primera del artículo tres de la Ley de Casación porque no se ha aplicado por analogía al caso concreto de la litis el artículo 2393 del Código Civil. En la fundamentación del recurso expresan: ‘Desafortunadamente, con criterio estacionario en la función y finalidad del derecho, desestimando que nosotros fundamentamos nuestra acción pauliana, invocando por analogía, lo dispuesto en el artículo 2393 del Código Civil, habida cuenta de que la <analogía> es <la relación de semejanzas entre cosas distintas> o también <analogía es la semejanza entre cosas o ideas distintas, cuya aplicación se admite en derecho para regular, mediante un caso previsto en la ley>, Art. 2393 del Código Civil, que

prescribe precisamente que <son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión>. c) en la sentencia materia de la casación, se ha infringido lo dispuesto en el artículo 2393 del Código Civil, que es la única norma legal aplicable a un acto fraudulento, como en el presente caso, es el contrato de la compraventa simulada, de la única propiedad que tenía el demandado y deudor señor S. M.; fraude que consistió en la realización de un acto engañoso, como era el ficticio contrato de traspaso de dominio, y con ello irrogarse perjuicios económicos. d) la causal en que apoyamos el presente recurso de casación, está señalada en el artículo 3, numeral 1 de la Ley de Casación; y, e) por otra parte, el presente recurso de casación de la sentencia, lo fundamentamos en la siguiente forma: 1ra. La falta de aplicación, por analogía, de lo dispuesto en el citado Art. 2393 del Código Civil. 2da. La falsa interpretación de lo demandado, y sin que pudiéramos saber por qué razones, se pasa por alto lo que demandamos, cuando en el libelo de demanda consta que lo que demandamos es la declaración de nulidad de contrato de compraventa, que es lo principal. 3ra. La desatinada cita de las normas legales del artículo 2394 y siguientes del Código Civil, que no son aplicables al caso; y, 4to. el criterio de que no existe fraude’ç

QUINTO.- Está claro que las actoras han promovido la acción pauliana, que es la que se ha debatido en el juicio y resuelta en la sentencia impugnada. Esta acción, como se explica en el Considerando Tercero, está establecida, de manera clara y expresa en el inciso primero del artículo 2394 del Código Civil; mal se podría aplicar, entonces, en la sentencia, el artículo 2393 que establece la acción de nulidad por actos o contratos ejecutados por el deudor después de iniciado en su contra el juicio de concurso de acreedores, exista o no connivencia de los contratantes para perjudicar al acreedor, sea a título gratuito u oneroso. Esta nulidad se funda en que al iniciarse tal juicio se presume la insolvencia del deudor, y el deudor insolvente pierde su capacidad legal para intervenir en actos o contratos de carácter patrimonial; además, sus bienes deben ingresar a la masa del concurso, que se entregarán en depósito al síndico designado y, previo avalúo, serán vendidos mediante el procedimiento de remate. La analogía procede, únicamente cuando hay vacío o laguna legal, como categóricamente preceptúa la regla 7a. del artículo 18 del Código Civil. El legislador dicta la norma de derecho con un sentido abstracto a fin de que ella pueda regular las relaciones entre los individuos y hacer posible la convivencia social. La norma de derecho sirve para resolver las diferencias en la divergente apreciación de los respectivos derechos y restablecer el derecho violado. La aplicación de la norma abstracta al caso concreto constituye la función de los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, la aplicación o subsunción del caso concreto a la norma ofrece frecuentemente serias dificultades, porque ciertos matices del hecho enjuiciado no han sido previstos por el legislador, dando lugar a la laguna de la ley. Las lagunas o vacíos de la ley son los casos jurídicos que no tienen una solución establecida en la ley. El Juez al momento de dictar sentencia, primeramente hace el examen del material fáctico para llegar a la convicción de la verdad o no de lo afirmado por el actor en la demanda, o del demandado al contradecirla, en la contestación a la demanda. Una vez que ha adquirido esa convicción y reducido los hechos a un tipo jurídico determinado, busca la norma o normas de derecho en las cuales debe encajar o subsumir esos hechos; pero hay circunstancias en que por más que busque y rebusque no hay en el derecho positivo formulado una norma que sea aplicable al caso concreto debatido, es decir, confirma la existencia de una laguna en la ley. En este supuesto, el Juez debe acudir a la analogía, y en último término a los principios del derecho universal; porque toda controversia sometida a un órgano jurisdiccional ha de ser resuelta en cumplimiento del mandato contenido en el inciso primero del artículo 18 del Código Civil, que dice: ‘Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley’. En nuestro sistema jurídico, hay casos en que no se encuentra una norma o un conjunto de normas que establezcan la solución a determinando conflicto. ‘Por muy generales que sean los términos que emplee el legislador nunca podrá regular todas las situaciones que se presenten en la vida; ésta es más ingeniosa que aquél y el mejor de los juristas’. La analogía representa una extensión de la ley a casos distintos de los expresamente previstos, en aplicación del axioma latino ubi eadem legislatio, ibi eadem est legis dispositio (donde existe la misma razón debe aplicarse la misma regla de derecho). Según la doctrina, la analogía es de dos clases: 1) analogía legis, en que la solución se busca

en otra disposición legal o en otro complejo de disposiciones legales; y, 2) analogía juris, en que la solución se busca en el conjunto de la legislación vigente, o sea, en todo el sistema legal.

SEXTO.- Tampoco es admisible la tesis de las recurrentes de que la acción promovida por ellas es la de nulidad por simulación por existir equivalencia entre ésta y la acción pauliana. Por lo contrario, la acción pauliana es distinta de la acción por simulación. De acuerdo con la doctrina, recogida por nuestra legislación, las diferencias notables son las siguientes: 1) la acción de simulación se propone dejar al descubierto el acto o contrato realmente querido y convenido por las partes, y anular el aparente; en cambio la acción pauliana se propone rescindir un acto o contrato real o verdadero; 2) los actos o contratos de bienes hechos mediante simulación quedan sin efecto y aquéllos se reintegran al patrimonio del enajenante; en cambio, la acción pauliana no produce el reintegro de los bienes al patrimonio del deudor, sino que se limita a remover los obstáculos para que el acreedor pueda cobrar su crédito con la venta forzosa de los bienes del deudor; 3) el que intenta la acción de simulación no tiene necesidad de probar que el deudor no haya pagado ni dimitido bienes equivalentes, notificado con el mandamiento de ejecución, puesto que se trata de un remedio conservatorio; en cambio, en la acción pauliana es imprescindible esa prueba; y, 4) la acción pauliana prescribe en el corto tiempo de un año, mientras que la acción de simulación está sujeta a los plazos de prescripción generales.

SÉPTIMO.- En su demanda las actoras deducen conjuntamente dos acciones: la nulidad de la escritura de compraventa celebrada entre S. M., en calidad de vendedor, y H. M., en calidad de comprador, y, al mismo tiempo la nulidad del contrato de compraventa contenido en esa escritura. Es inexacta, por tanto, la afirmación que se hace en la sentencia recurrida, que los actores han pretendido sólo la nulidad de la escritura mencionada; pero este error de apreciación no ha sido determinante para la parte dispositiva de la sentencia; es decir, su trascendencia no llega hasta tal punto que de no haberla cometido el juzgador, el fallo hubiese sido diferente al expedido. Así lo dispone la última parte de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

OCTAVO.- Otra de las alegaciones de las recurrentes en el recurso deducido es que en la sentencia se mantiene el criterio de que no ha existido fraude. Al respecto se anota: el fraude, de acuerdo con nuestro sistema legal, no se presume, el que lo alega debe probarlo. En esta virtud para saber si en realidad ha habido fraude en la compraventa mencionada, necesariamente tendría que acudir a los medios de prueba producidos en el juicio, lo que no cabe cuando se deduce el recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la ley de la materia. Como ha venido sosteniendo en numerosas resoluciones esta Sala, el vicio previsto en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, es el llamado por la doctrina violación directa, porque se da independientemente de todo yerro en la apreciación de los hechos. Quien deduce el recurso de casación por la causal primera está reconociendo tácitamente la verdad o acierto de las conclusiones sobre el material fáctico a que ha arribado el Tribunal de instancia. En esta virtud, este Tribunal de Casación no tiene atribuciones para entrar a analizar si en la sentencia existen vicios en la valoración probatoria concernientes al supuesto fraude o connivencia entre el vendedor y el comprador para perjudicar a los acreedores del vendedor. Aquello, pudiere hacerlo sólo de haberse interpuesto el recurso de casación por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, causal que no ha sido invocada por las recurrentes. Por las consideraciones expuestas, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Loja, en el juicio seguido por I. G. y M. G. en contra de S. M. y A. M. ...”

- 28-I-2003 (Resolución No. 20-2003, Primera Sala, R.O. 58, 9-IV-2003)

- LEGITIMACIÓN AD CAUSSAM Y LEGITIMACIÓN AD PROCESSUM: Distinción

- FACTURA COMERCIAL

- CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES: Buena fe

“... PRIMERO.- En su escrito de interposición y fundamentación del recurso de casación, la recurrente acusa al Tribunal de última instancia de haber infringido las normas contenidas en los artículos 1484,

1487, 1591, 1595, 1759 y 1767 del Código Civil; artículos 197, 198, 277 y 287 del Código de Procedimiento Civil; e imputa al fallo del Tribunal ad quem de incurrir en las causales primera, segunda y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Estos son los límites dentro de los cuales se desenvolverá la actividad revisora del Tribunal de Casación.

SEGUNDO.- En su impugnación, el recurrente acusa al Tribunal de última instancia de haber confundido entre falta de legitimación procesal y falta de legitimación en la causa, pues ‘... en el presente caso no consta que el demandado sea incapaz, ni que haya actuado en nombre de otro, más bien se ratifica que es el representante legal de Importadora T. S. desde su fundación el año de 1979, hasta la fecha, y que la empresa ha actuado tanto como sociedad anónima y compañía limitada... lo que convalida plenamente su llamado a juicio...’ dice finalmente sobre este cargo: ‘...debo señalar que no hay ilegitimidad de personería en quien interviene como demandado en un juicio ya que en demanda se pidió que contara con el representante legal de la empresa constante en la factura de compraventa, que obra de autos, razón por la que se la cita con dicha razón social y era obligación del citado vendedor probar su representación social...’. Se analizará a continuación este cargo.

TERCERO.- El Tribunal de última instancia dice en el considerando tercero de su resolución: ‘El demandado al contestar la demanda afirma que no ejerce ninguna representación en la aludida Compañía, oponiendo la excepción de falta de personería pasiva y activa y con el certificado del Registrador Mercantil del cantón Cuenca, obrante a fs 19 de los autos, demuestra que el señor M. T., es Gerente General de <Importadora T. S. Cía. Ltda.> y no de <Importadora T. S. S.A.> que es persona jurídica diferente a la que precisa y demanda el actor en la presente acción que es una compañía de sociedad anónima, procediendo entonces la excepción dilatoria de ilegitimidad de personería pasiva opuesta por el accionado al contestar la demanda...’. La distinción entre la legitimación ad causam y la legitimación ad processum ha sido nítidamente señalada por esta Sala en múltiples resoluciones, en las que se ha señalado insistentemente que, mientras la primera consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, la segunda es aquella capacidad procesal de una persona para comparecer como parte a juicio, por sus propios derechos o en representación de otra. El razonamiento del Tribunal de última instancia confunde estos dos conceptos, ya que en ningún momento se deja de admitir que M. T. tiene capacidad procesal para comparecer en este proceso a nombre de la Compañía ‘Importadora T. S.’, compañía que fue demandada por su intermedio, sin que la denominación de sociedad anónima (como consta en la demanda) o de compañía limitada implique necesariamente, y como erróneamente afirma el Tribunal ad quem, que sean entonces dos personas jurídicas distintas, y que en este proceso se ha contado, como con quien no era el llamado a contestar a nombre de esa persona jurídica la demanda propuesta. En efecto: 1) La demanda (...) se dirigió en contra de una persona jurídica determinada, esto es, Importadora T. S. 2) En ningún momento, quien comparece a nombre de la persona jurídica demandada, señor M. T., ha dicho que ésta no es la llamada a contestar la demanda, sino que se ha limitado a decir que no ejerce representación legal de la misma; ello sin embargo no ha impedido que a nombre de la misma comparezca al proceso y deduzca excepciones (...). 3) Del certificado del Registrador Mercantil del cantón Cuenca (...), consta la sucesiva transformación de la razón social de la compañía demandada: de ‘Importadora T. S. Cía. Ltda.’ a ‘Importadora T. S. S.A.’ y luego a ‘Importadora T. S. Cía. Ltda.’, haciéndose constar que M. T. ejerce la representación legal, judicial y extrajudicial de la mencionada compañía, lo cual también consta del informe de registro de sociedades con los datos actuales de Importadora T. S. otorgado por la Intendencia de Compañías de Cuenca (...). 4) Esta sucesiva transformación no implica de ninguna manera que en este proceso no se haya contado con quien no era representante legal de la Compañía ‘Importadora T. S.’. Ni tampoco, y como se desprende del No. 3, que un cambio en la figura societaria sea motivo para considerar que se ha demandado a una persona jurídica que no era la llamada a contestar la demanda. En efecto, el cambio de nombre o el cambio de tipo societario no implica que surja una nueva persona jurídica, diferente de la que sufre tales modificaciones en la denominación o en el tipo societario; la persona jurídica sigue siendo la misma, sin variaciones, no se trata de la constitución de una nueva compañía que suceda a la anterior, y el Tribunal ad quem comete

un grave error que denota ciertamente desconocimiento de los principios societarios al encontrar que 'Importadora T. S. Cía. Ltda.' es persona jurídica diferente de 'Importadora T. S. S.A.', no obstante que del proceso consta tanto el certificado del Registrador Mercantil del cantón Cuenca como el informe de registro de sociedades con los datos actuales de Importadora T. S. otorgado por la Intendencia de Compañías de Cuenca. Aún más, ampararse en el cambio de denominación o en el cambio del tipo social para incumplir obligaciones, podría constituir un caso de fraude a la ley, respecto del cual el artículo 17 de la Ley de Compañías señala que 'Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables: 1. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar'. Esta Sala ya ha advertido sobre la obligación que tiene todo juzgador de, cuando advierte que hay una manipulación de la figura societaria, levantar el denominado velo de la persona jurídica, y penetrar en el campo que estaba oculto por dicho velo, para determinar cuál es la verdadera situación jurídica y quién es el verdadero responsable u obligado, ya que lo contrario sería amparar un fraude a la ley o abuso del derecho, cosa que por un principio de moral pública no puede admitirse jamás; en su fallo No. 120 de 21 de marzo de 2001, publicado en el Registro Oficial 350 de 19 de junio del mismo año así lo señaló: '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 ella (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.> (Carmen Boldó Roda, <La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español>, R.D.C.O., año 30, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 1 y ss.). 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 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.'. Sobre la teoría del 'levantamiento del velo' o del 'disregard' de la sociedad o compañía también se ha dicho: 'Si consideramos a la sociedad como un instrumento técnico que el derecho provee a los seres humanos, atribuyéndole determinadas cualidades que permiten diferenciar totalmente la sociedad de los socios que la integran, resulta fácil establecer en qué casos es posible prescindir de esa personalidad. Cada vez que los individuos que recurren a la forma jurídica corporativa lo hacen apartándose de los fines que tuvo presentes el Legislador, la imputación de los derechos, obligaciones y responsabilidades no se debe hacer a la sociedad, sino directamente a los socios, prescindiendo o pasando por alto la personalidad jurídica atribuida.', señala Carlos Alberto Villegas en su obra Tratado de las Sociedades, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1a. edición, 1995, p. 48. El mismo autor continúa 'En tales supuestos el juez puede <romper el velo> de esa personalidad jurídica y <penetrar> en la realidad, atribuyendo a los individuos que están detrás del velo societario (ocultos o escondidos detrás de él), directamente, la consecuencia de los actos o conductas antijurídicos.' (ibídem, p. 48). De, igual forma opina R. Serick, citado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas (Derecho Societario, parte general, la personalidad jurídica societaria, Buenos Aires, Heliasta, 1994, p. 73), quien expone: 'Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera <abusiva>, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue. Existe <abuso> cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata: a) de burlar una ley, b) de quebrantar obligaciones contractuales, o c) de perjudicar fraudulentamente a terceros'.

Aceptar entonces la tesis del Tribunal de última instancia sería legitimar un abuso de la sociedad demandada, porque en esta causa no cabe aseverar que no se ha contado con quien no es su representante legal, ni que se ha demandado a una persona jurídica distinta, porque un cambio sucesivo en la denominación de sociedad anónima o de responsabilidad limitada mas no en las personas o su objeto social no trae como consecuencia la conformación de una persona jurídica distinta. Procede, por lo tanto, casar la sentencia y dictar la que corresponda en su lugar, de conformidad con el artículo 14 de la Ley de Casación.

CUARTO.- Comparece a fojas 4-4vta. del cuaderno de primer nivel A. P., quien consigna como fundamentos de hecho lo siguiente: que el 31 de diciembre de 1999 contrató con Importadora T. S. S.A. a través de su vendedor C. T., la compra de varios tipos de aceites, conforme consta de los documentos que adjunta a su demanda, por el monto global de S/. 66'089.960,00, valores que dice los canceló previo a la entrega de la mercadería. 'Dándose el caso señor Juez que el propietario de la indicada Importadora Sr. M. T., ante sí y por sí solo, en forma arbitraria y violatoria de toda norma legal de trato comercial y mercantil, decide no entregarme la mercadería contratada y cancelada, exigiéndome para su entrega casi la duplicación del valor contratado, sorprendiéndome este accionar, ante mi negativa a aceptar un sobreprecio de los productos se me envía de vuelta por intermedio de un agente vendedor los cheques correspondientes...'. Demanda a la Importadora el cumplimiento inmediato del contrato, 'cuya mercadería consta la factura comercial No. 0006415 que se adjunta'; el pago de daños y perjuicios, en los que se incluirá el lucro cesante y daño emergente, y el pago de costas procesales y honorarios profesionales. Fundamenta en derecho su demanda en los artículos 1588 y siguientes del Código Civil. En la contestación a la demanda (...), comparece M. T. quien se da por legalmente citado con la demanda y la contesta proponiendo las siguientes excepciones: 'No ejerzo ningún tipo de representación en la compañía aludida, ni he celebrado ningún tipo de contrato, razón por la que opongo de manera principal la excepción de falta de personería pasiva y también activa. Subsidiariamente opongo la negativa pura y simple de sus fundamentos.'. Reconviene al actor por el daño moral que dice se le provoca, 'pues este tipo de acciones son una afrenta para mi reputación, y me provocan efectos negativo de orden síquico', fijando su cuantía en ochenta millones de sucres.

QUINTO.- Trabada de esta manera la litis con los fundamentos de hecho y de derecho de cada una de las partes, corresponde a la Sala, actuando como Tribunal de instancia, el decidir la controversia dentro de estos límites: 1) Respecto a la alegada 'falta de personería activa y pasiva', se reitera el pronunciamiento expresado en el considerando tercero de esta resolución, en cuanto en la especie no existe falta de legitimación procesal, que además no debe confundirse con falta de legitimación en la causa. En efecto, del certificado otorgado por el Registrador Mercantil del cantón Cuenca (...), como del informe de registro de sociedades con los datos actuales de Importadora T. S. otorgado por la Intendencia de Compañías de Cuenca (...), se desprende que la compañía demandada ha sufrido varias transformaciones en su tipo societario, sin que conste que haya cambiado su personalidad ni su objeto social, siendo en consecuencia una misma persona jurídica Importadora T. S. S.A. e Importadora T. S. Cía. Ltda. Es más, es el mismo demandado M. T. quien mediante escrito que consta a foja 20, solicita que se tenga como prueba de su parte el contenido del certificado aludido, lo cual demuestra en definitiva que ha ejercido la representación legal de Importadora T. S. a lo largo de sus sucesivas transformaciones, por lo que es su representante legal, y también está llamado a contestar esta demanda a nombre de la compañía demandada, sin que tenga importancia para la decisión que el tipo social haya cambiado de sociedad anónima a compañía de responsabilidad limitada, cuando en un principio, Importadora T. S. se constituyó bajo esta figura. El actor no tenía porqué saber de estos cambios al momento de proponer su demanda, ya que de los documentos que adjunta a su demanda (...), consta que contrató con Importadora T. S., cuya denominación es la misma en ambos, que constituyen un recibo de cobro y una factura comercial, aunque en el primero conste que actuaba como compañía de responsabilidad limitada, y en la segunda, como sociedad anónima. Constan además otras probanzas fundamentales en esta causa, como son las cinco facturas comerciales de 'Importadora T. S. SA.' (...), que demuestran que las partes venían contratando en las calidades invocadas; y la confesión judicial del señor M. T. (...), quien señala al contestar al pliego de

preguntas, en el número 2 ('diga el confesante como es verdad y cierto que ha venido manteniendo la representación legal durante muchos años hasta la fecha de Importadora T. S. sociedad anónima y compañía limitada'), responde que 'es representante legal de Importadora T. S. desde su fundación, esto es desde el año setenta y nueve, la compañía fue inicialmente compañía limitada, se transformó en anónima y nuevamente se ha transformada en limitada', y en los números 6 y 8 reconoce que el agente vendedor que contrató con el actor sí pertenece a la organización comercial demandada. 2) Analizada esta excepción, toca establecer si, como sostiene el actor, se llevó a cabo una contratación para la compraventa de lubricantes automotrices, ya que el demandado dice en la contestación a la demanda que no ha celebrado ningún contrato con el actor, a nombre de Importadora. T. S. S.A. El actor adjunta al proceso una factura comercial No. 0006415 de 'Importadora T. S. S.A.', donde se describe la compraventa de mercadería entre las partes por un valor total de 66'089.969 sucres, valor que como señala el actor, cancela mediante tres cheques de su cuenta en el Banco F. que constan de fojas 14 a 16, cada uno por el siguiente valor: No. CA00399, por once millones novecientos setenta y siete mil novecientos noventa y nueve sucres (11'977.999); No. CA000400, por treinta y ocho millones novecientos veintisiete mil novecientos ochenta y dos sucres (38'927.982); y No. CA000401, por treinta y ocho millones novecientos veinte y siete mil novecientos ochenta y dos sucres (38'927.982), por un valor total de sesenta y seis millones ochenta y nueve mil novecientos sesenta y nueve sucres (66'089.969), que equivale al valor facturado por Importadora T. S. en el documento que consta a foja 2 del cuaderno de primer nivel. Estos documentos han sido impugnados por el demandado 'en los términos del Art. 198 ordinal 4o. del Código de Procedimiento Civil, 'ya que no me obligan, pues hay falta de autenticidad, son de índole privada y contienen falsedad tanto material como ideológica'. Se analizará esta afirmación, pues son estas las pruebas fundamentales en las que se ha apoyado esta acción de cumplimiento de contrato.

SEXTO.- Los documentos incorporados a fojas 1-2 del cuaderno de primer nivel consisten en un recibo de cobro y en una factura comercial de 'Importadora T. S.'; en el recibo de cobro se detallan los tres cheques entregados a dicha compañía por los valores ya indicados; y en la factura comercial, el detalle de la mercadería negociada, señalándose en dicha factura que los valores han sido cancelados. El primer documento, que probaría la cancelación por el comprador de su obligación de pagar el precio de la mercadería adquirida, ha sido impugnado; pero al contestar la pregunta quinta del interrogatorio ('diga el compareciente cómo es verdad y cierto que paralelamente cancelé a la citada importadora los valores de la precitada factura 02369, acorde recibo de cobro No. 02369'), el demandado rehuye dar una contestación explícita pero tampoco niega el contenido de la pregunta y únicamente afirma que existirían otras facturas impagas. Respecto al segundo, que es una factura comercial, cabe recordar que el artículo 201 del Código de Comercio dispone: 'El comprador tiene derecho a exigir del vendedor que le entregue una factura de las mercaderías vendidas, y que ponga al pié de ella el recibo del precio total o de la parte que se le hubiere entregado. No reclamándose contra el contenido de la factura, dentro de los ocho días siguientes a la entrega de ella, se tendrá por irrevocablemente aceptada.'. Esta disposición, que consta en el ordenamiento mercantil ecuatoriano desde el Código de Comercio de Veintimilla (artículo 200), establece que la factura constituye para el comprador medio de prueba del contrato de compraventa y del pago de la totalidad o de una parte del precio cuando lo haya hecho, y respecto del vendedor, igualmente, sirve de prueba de la entrega de la mercadería, cuando lo haya hecho. En consecuencia, la factura comercial sirve de medio de prueba del contrato que origina su emisión y, por lo tanto, de las obligaciones de las partes y de su cumplimiento cuando se produzca. Este documento constituye, pues, una prueba esencial de la celebración del negocio jurídico cuyo cumplimiento se reclama; prueba que se refuerza con la confesión judicial rendida por el demandado (...), en que ratifica que el agente vendedor que contrató con el actor sí pertenece a Importadora T. S. De conformidad con lo que dispone el artículo 132 del Código de Comercio, aunque los factores y dependientes omitieren la expresión de que obran por poder, se entenderá que han contratado por cuenta de sus principales en los cuatro casos que señala dicha norma. En el presente caso se han ratificado facturas y recibos membretados de la compañía demandada, que se han suscrito por el agente vendedor de la misma, autorizado para realizar los negocios y recibir los

pagos y el negocio corresponde al giro ordinario del establecimiento, por lo que aparece probada la celebración de la compraventa cuyo cumplimiento se demanda.

SÉPTIMO.- Habiéndose determinado que existió un negocio jurídico entre las partes, cabe determinar si hubo o no el incumplimiento reclamado por el actor. El artículo 1588 del Código Civil dice: 'Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales:'. a su vez dice el artículo 1589: 'Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la Ley o la costumbre, pertenecen a ella.'. Estas normas, aunque se refieren a los negocios jurídicos bilaterales, sin embargo son aplicables a toda obligación sea cual sea la fuente de la que dimanen ya que contienen un axioma básico de todo el ordenamiento jurídico patrimonial, esto es, que las obligaciones han de cumplirse de buena fe, ya que es una proposición tan clara y evidente que ni siquiera precisa de demostración y constituye postulado fundamental que sirve de base para la justificación de la potestad de la que se halla asistido todo acreedor para acudir ante el Estado a solicitarle y alcanzar de éste que ponga todo el imperio del cual se halla dotado al servicio de su interés privado a fin de que coercitivamente se ejecute la prestación a la cual está constreñido el deudor y que sirve para satisfacer el interés privado de tal acreedor; como ya lo dijera la Sala en su sentencia No. 136 de 26 de febrero de 1999, publicada en el Registro Oficial 162 de 5 de abril del mismo año, '...ausente la buena fe en el comportamiento de las partes unidas por una relación obligatoria, cambia por completo el panorama; en efecto, si desaparece este elemento vital en la parte deudora, no solamente que el Estado le impondrá compulsivamente el cumplimiento de su deber jurídico, sino que además será responsable de todo daño y perjuicio que sufra la parte acreedora y, en ciertos casos en que este comportamiento injurídico afecta al interés de la sociedad toda, causando alarma y provocando sentimiento de inquietud que incide en el bienestar colectivo, vulnerando así un bien social, inclusive llega a tipificarlo como delito penal; pero de la misma manera, si la parte acreedora no actúa de buena fe y pretende alcanzar beneficios exorbitantes, más allá de aquellos que se hallan justificados por la causa de la relación creditoria, o trata de imponer al deudor su voluntad abusiva, pretendiendo rebasar los límites que le señalan no solamente la declaración de voluntad que ha originado la relación obligatoria (cuando ésta nace de un negocio jurídico) sino también la ley, la costumbre y la propia naturaleza de la obligación, el Estado no puede acudir en auxilio de este acreedor que no pide se le ampare en el ejercicio de su derecho sino que pretende abusar de él. El comportamiento de las dos partes, acreedora y deudora, ha de ser, pues, equilibrado, enmarcado dentro de los límites señalados y caracterizado por la buena fe. Esta piedra angular y regla fundamental del derecho de las obligaciones es, básicamente, una norma de comportamiento, implica un deber de recto comportamiento de acuerdo a la equidad, constituye, en definitiva, <una regla objetiva de honradez del comercio jurídico> (Von Thur, citado por Camacho Evangelista en <La buena fe en el cumplimiento de las Obligaciones>, Granada, 1962, pág. 32). Como lo viene sosteniendo la doctrina francesa contemporánea, la buena fe descansa en un deber moral que se transforma en obligación jurídica de lealtad entre las partes. Georges Ripert, en su célebre obra <La regle morale dans les obligations civiles>, 4a. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, pág. 6, No. 3) así lo entiende y por ello dice que <la regla moral puede ser estudiada, en primer lugar, en su función normativa, cuando viene a impedir el abuso de la forma jurídica que se querría utilizar para fines que la moral reprueba. Frente al principio de la autonomía de la voluntad, se eleva la necesidad para las partes de respetar la ley moral, la protección necesaria debida al contratante que se encuentra en estado de inferioridad y que es explotado por la otra parte, ella enseña que la justicia debe reinar en el contrato y que la desigualdad en las prestaciones puede ser reveladora de la explotación de los débiles; ella arroja la duda sobre los acuerdos que son la expresión de una voluntad muy poderosa doblegando un voluntad debilitada>. Camacho Evangelista.(op. cit., pág. 20) señala que la buena fe obligacional <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>. Enneccerus (en Enneccerus Kipp-Wolff: Tratado de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones, vol. 1, Bosch, Barcelona, 7a. ed., 1954, págs. 19-20), en relación al qué y al cómo de la prestación, dice: <la doctrina dominante y, en particular, la jurisprudencia

han deducido como principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de las obligaciones, el de que todas las relaciones de obligación, en todos los aspectos y en todo su contenido, están sujetas al imperio de la buena fe, pero teniendo presente que el contenido de la deuda, cuando se trata de obligaciones derivadas de negocio jurídico, se determina en primer término por la voluntad de los interesados, mientras que en las obligaciones legales esta voluntad es indiferente...'. En la especie, el actor ha adjuntado tres cheques, girados a nombre de Importadora T. S., por el valor establecido en la factura comercial, otorgada al actor por dicha compañía. La devolución inexplicable de los cheques, por decir menos, constituye una prueba clara de la mala fe obligacional con la que ha actuado el representante legal de dicha compañía, al negarse a cumplir con un contrato legalmente celebrado y no exponer las razones por las cuales se niega a dicho cumplimiento. No puede uno de los contratantes unilateralmente, por sí y ante sí, dar por ineficaz un contrato sino que ha de acudir al órgano judicial respectivo demandando la respectiva declaración. De los autos no aparece que se haya convenido la venta de la mercadería bajo condición suspensiva, por lo que de ninguna manera podía proceder el demandado arbitrariamente a romper unilateralmente el contrato válidamente celebrado. El artículo 1532 del Código Civil señala que en todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, y que en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. El actor ha optado por la segunda opción, demostrándose además en el proceso que él por su parte, ha estado dispuesto a cumplir con el contrato en el tiempo y forma acordados, por lo que cabe declarar con lugar el cumplimiento solicitado, sin que el demandado, por su parte, haya aportado prueba alguna que justifiquen las razones de su incumplimiento. Como el actor no ha solicitado la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la parte demandada, no cabe pronunciamiento alguno en este sentido. Por las consideraciones que anteceden, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia dictada por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, y en su lugar, acepta la demanda propuesta por A. P., y dispone que la parte demandada cumpla inmediatamente con el contrato celebrado que se describe en la demanda, debiendo el actor pagar el precio estipulado, esto es, la suma de 66'089.969 sucres, convertidos a dólares de los Estados Unidos de América, a razón de 25.000 sucres por cada dólar, al momento en que reciba la mercadería completa en los términos del contrato. ...”

- 22-VII-2003 (Resolución No. 210-2003, Primera Sala, R.O. 189, 14-X-2003)

- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: Casos

- REQUISITOS DE LA DEMANDA: Revisión del Juez

- DAÑO MORAL: Monto de la indemnización

- ABUSO DEL DERECHO

SÉPTIMO.- El recurrente alega que en el fallo casado ha habido falta de aplicación del inciso tercero del artículo 17 del Código de Procedimiento Penal de 1983. Esta disposición legal decía: ‘Por lo tanto, no podrá demandarse la indemnización civil mientras no exista una sentencia penal condenatoria firme que declare a una persona responsable penalmente de la infracción.’. En la especie y aunque no lo diga expresamente, el fallo de última instancia ha concluido que el demandado ejerció abusivamente su derecho a la jurisdicción al presentar su denuncia por un delito de estafa no comprobado, utilizando el mecanismo vicioso de penalización de un conflicto civil, que atenta gravemente contra los principios fundamentales de la buena fe y la lealtad procesal y constituye un atropello inaceptable de derechos fundamentales de la persona como a la libertad, por estar prohibida expresamente la prisión por deudas (artículo 23 No. 4 de la Constitución Política de la República) y a la honra (artículo 23 No. 8 ibídem). Ahora bien, quien es víctima del ejercicio abusivo del derecho a denunciar o acusar un hecho como ilícito penal, puede dentro del mismo proceso que se ha originado en virtud de tal acusación o denuncia, reclamar y pedir que se la califique como maliciosa o temeraria, pero también puede abstenerse de hacerlo; pero en este segundo caso ello no implica que el abuso del derecho no se haya producido. ‘El acto realizado en el ejercicio de un derecho es, en principio, un acto lícito, un comportamiento permitido

por la ley. Pero, a través del llamado abuso del derecho, dicho comportamiento jurídicamente admitido, se convierte en un fenómeno que consiste en el ejercicio excesivo, irregular, desconsiderado, anormal y, en cualquier caso, antisocial de un derecho subjetivo susceptible de causar daño en relación con un interés ajeno. Es decir, sustancialmente contrario a la moral social. De este modo, no obstante sustentarse originariamente en un acto lícito, mediante una actuación socialmente inadmisibles, aquel derecho subjetivo deja de ser <un derecho> para convertirse, transpuesto cierto límite que debe ser apreciado por el Juez, en un acto que ya no es lícito y con el que se incurre, más bien, en la transgresión de un deber genérico de respeto al interés de los demás. No puede perderse de vista que la solidaridad se traduce más intensamente a través de los deberes que de los derechos. Se trataría así del incumplimiento de un genérico deber impuesto por el ordenamiento positivo al titular del derecho, dentro de una específica situación jurídica subjetiva. O, de no existir un dispositivo expreso en dicho ordenamiento, estaríamos frente a un acto que es contrario a los principios generales del derecho, como aquel de la buena fe y de las buenas costumbres, principios que se inspiran, preponderantemente, en el valor de la solidaridad' (Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1992, Pp. 143-144). En nuestro ordenamiento legal no existe una disposición general que condene el abuso del derecho, pero este principio del derecho universal -la buena fe y de las buenas costumbres, principios que se inspiran, preponderantemente, en el valor de la solidaridad- se halla recogido en diversas normas tales como en el primer artículo innumerado que se mandó agregar a continuación del artículo 2258 del Código Civil, cuando dice que están especialmente obligados a la reparación de daño moral quienes '... provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados...' y precisamente eran los denunciantes y los acusadores particulares quienes solicitaban y alcanzaban las órdenes de detención y los arrestos ilegales o arbitrarios e iniciaban los procedimientos injustificados, abusando de los mecanismos que establecía el Código de Procedimiento Penal de 1983; gracias al impulso que recibía de la denuncia o la acusación particular y, fundamentalmente al empeño que en ello ponía el acusador particular o el denunciante es que la autoridad policial, ejerciendo las atribuciones de Juez de instrucción actuaba, por lo que el acusador particular y el denunciante eran, al abusar de su derecho, la causa eficiente para que se atropellen los derechos fundamentales del acusado o denunciado y éste sea víctima de detenciones y arrestos arbitrarios o injustificados y de procesamientos injustificados. Cabe preguntar si siempre y necesariamente, la víctima de estos abusos del derecho debían reclamar por ellos dentro del proceso penal. Esta Sala en su Resolución No. 412 de 18 de octubre de 2000, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 15 de diciembre del mismo año, dijo: 'El ejercicio abusivo del derecho que ocasiona daño a la persona o patrimonio de otro puede constituir delito si dicho ejercicio se lo ha hecho con malicia y cuasidelito si lo ha hecho con culpa. Dentro del abuso del derecho, el Código de Procedimiento Penal contempla los casos de denuncia y de la acusación particular maliciosa o temeraria. El Tribunal o juez de lo penal, en la sentencia absolutoria o en el auto de sobreseimiento definitivo está obligado a calificar si la denuncia o acusación particular ha sido maliciosa o temeraria, según corresponda. Así lo disponen expresamente los artículos 245, 248 y 330 del Código de Procedimiento Penal. El condenado por temeridad pagará las costas judiciales así como las indemnizaciones por daños y perjuicios y si el juez también la hubiere calificado de maliciosa, el acusador o denunciante responderá además con la infracción prevista en el artículo 494 del Código Penal, esto es prisión de dos meses a dos años y multa de 40 a 160 sucres (artículo 445 del Código de Procedimiento Penal). Cuando la acusación particular o la denuncia fuere calificada como no temeraria ni maliciosa no podría intentarse acción alguna de reparación de daño moral como tampoco de indemnización de daños y perjuicios contra quien la presentó; en cambio si la acusación particular o la denuncia han merecido el calificativo de temeraria o maliciosa cabrá la acción ante el juez de lo penal o el Tribunal Penal en su caso, ya que esta materia no pertenece a la jurisdicción civil, así lo ha declarado esta Sala en el fallo No. 195-98, (Ligña-Zurita), resolución No. 189-2000, de 2 de mayo del 2000, publicada en el R.O. 108 de 28 de junio del 2000. Finalmente, si no hay ninguna calificación respecto de la denuncia o la acusación particular de parte del juez o tribunal penal, procede la acción de indemnización de daños y perjuicios, así como la de daño moral ante la jurisdicción civil, conforme lo ha declarado este Tribunal en fallo No. 150-2000, (Cuenca-Rosales),

resolución No. 350-2000 de 11 de septiembre del 2000'. En esta causa, la Sala ratifica su criterio: cuando no se ha reclamando dentro del proceso penal, la víctima del abuso del derecho puede iniciar las acciones que la ley le franquea para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales y la reparación del daño moral, ante la jurisdicción civil en juicio de conocimiento que se ha de tramitar por la vía ordinaria. El abuso del derecho no es un accesorio del proceso penal en que el objeto es el delito acusado o denunciado. Únicamente por economía procesal, el legislador prorrogó la competencia de los jueces penales al tema indemnizatorio que es de naturaleza civil; siendo como es un mecanismo de economía procesal y no un asunto inherente a la naturaleza del asunto, puede perfectamente el agraviado renunciar a ese mecanismo de economía procesal, no reclamar por el atropello en el proceso penal y acudir a la justicia civil con su reclamación. El tema, de difícil resolución por la oscuridad del anterior sistema, se ha racionalizado y simplificado por la actual disposición de los artículos 40 y 41 del reciente Código de Procedimiento Penal (Suplemento al Registro Oficial 360 de 13 de enero de 2000), que dicen en su orden: Artículo 40: 'Prejudicialidad.- En los casos expresamente señalados por la ley, si el ejercicio de la acción penal dependiera de cuestiones prejudiciales cuya decisión competa exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que haya auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial.'; Artículo 41.- 'Efecto de cosa juzgada.- Las sentencias ejecutoriadas en los procesos civiles no producen el efecto de cosa juzgada, en lo penal, excepto las que deciden las cuestiones prejudiciales indicadas en el artículo anterior. Las sentencias ejecutoriadas de los procesos penales proceden el efecto de cosa juzgada, en lo concerniente al ejercicio de la acción civil, sólo cuando declaran que no existe la infracción o, cuando existiendo, declaran que el procesado no es culpable de la misma. Por tanto, no podrá demandarse la indemnización civil derivada de la infracción penal mientras no exista una sentencia penal condenatoria ejecutoriada que declare a una persona responsable de la infracción.'. En la especie, no se trata de un caso de prejudicialidad en el campo penal necesario para iniciar una acción en el ámbito civil, como se explica detalladamente, por lo que no existe la infracción acusada del inciso tercero del artículo 17 del anterior Código de Procedimiento Penal, a lo cual ha de añadirse que el Tribunal de última instancia, luego de valorar las pruebas aportadas al proceso, ha encontrado procedente ordenar que el demandado repare económicamente al actor por los daños morales que éste ha sufrido como consecuencia del ejercicio abusivo del derecho a presentar acusación particular o denuncia por parte del demandado, calificación que ha sido realizada luego de valorar las pruebas incorporadas al proceso, y que no ha sido impugnada por el demandado en su recurso de casación. Por las consideraciones que anteceden, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa parcialmente la sentencia dictada por los señores conjuces de la Segunda Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Quito, por hallarse incurso en el vicio de ultra petita y se fija en la suma de quince millones de sucres el monto de la indemnización pecuniaria, a título de reparación del daño moral causado, que debe realizar G. T. a favor de G. R. más los intereses legales a partir de la fecha en que esta sentencia se ejecutorie, que se pagará en dólares de los Estados Unidos de América al tipo de cambio fijado en el artículo 12 inciso segundo de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, Ley No. 2000-4, publicada en el Suplemento al Registro Oficial No. 34 de 13 de marzo de 2000. ..."