

UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

POSTGRADO ESPECIALIDAD EN DERECHO EMPRESARIAL

**“DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS
COMPAÑÍAS”**

DIRECTOR: Dr. Carlos Ramírez Romero

AUTORES:

María Gracia Neira Ycaza

Carola Patricia Orellana Argudo

Denise Marlene Orellana Argudo

Guayaquil, 2008

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Las ideas emitidas en el contenido del informe final de la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de los autores.

María Gracia Neira Ycaza

Carola Patricia Orellana Argudo

Denise Marlene Orellana Argudo

CESIÓN DE DERECHOS DE TESIS

Nosotras, declaramos conocer y aceptar la disposición del artículo 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

María Gracia Neira Ycaza

Carola Patricia Orellana Argudo

Denise Marlene Orellana Argudo

Dr. Carlos Ramírez Romero
DOCENTE DIRECTOR DE LA TESINA

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación, realizado por las estudiantes señoritas: MARÍA GRACIA NEIRA YCAZA, CAROLA PATRICIA ORELLANA ARGUDO y DENISE ORELLANA ARGUDO, ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Universidad Técnica Particular de Loja por lo que autorizo su presentación.

Quito,

Dr. Carlos Ramírez Romero

INDICE

Introducción	1
---------------------------	----------

CAPÍTULO I: LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES

1. PRIMEROS ANTECEDENTES	4
2. TEORIAS SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURIDICAS	
2.1. TEORÍA DE LA FICCIÓN	5
2.2. TEORIAS NEGATORIAS DE LA PERSONALIDAD	5
2.3. TEORIAS DE LA REALIDAD	6
2.4. TEORIAS NORMATIVAS	6
3. LA PERSONALIDAD JURÍDICA	
3.1. NACIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA	7
3.1.1. SISTEMA EN QUE LA PERSONALIDAD JURÍDICA NACE A PARTIR DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL	8
3.1.2. SISTEMA EN QUE LA PERSONALIDAD JURIDICA NACE POR VIA CONTRACTUAL	8
3.2. ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA	
3.2.1. EL NOMBRE	9
3.2.3. LA NACIONALIDAD	11
3.2.4. EL DOMICILIO	12
3.2.5. LA CAPACIDAD	12
3.2.6. PATRIMONIO	12

CAPITULO II: LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

1. ANTECEDENTES	14
2. DEFINICION	15
3. NATURALEZA DEL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA PERSONA JURÍDICA .	18
4. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA	
4.1.LA PERSONALIDAD JURÍDICA	20
4.2.LA RESPONSABILIDAD LIMITADA	20

5. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA	
5.1.CUESTIONES PROCESALES	21
6. EL USO ABUSIVO DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA	
6.1.EL USO ABUSIVO DE UNA SITUACIÓN DE PODER	
6.1.1. LA SITUACIÓN JURÍDICA SUBJETIVA Y LA RELACIÓN JURÍDICA SUBJETIVA	22
6.1.2. EL ABUSO DEL DERECHO	23
6.1.3. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO	23
6.2.EL USO ABUSIVO DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA	
6.2.1. LA RESPONSABILIDAD LIMITADA COMO SITUACIÓN JURÍDICA DE PODER	24
6.3.RELACIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA DEL SOCIO Y LA AUTONOMÍA SUBJETIVA DE LA SOCIEDAD	26
6.4.MODUS OPERANDI	
6.4.1. FRAUDE A LA LEY	28
6.4.2. SIMULACIÓN	29
6.4.3. EL ABUSO DEL DERECHO	29

CAPITULO III: LA DESESTIMACION DE LA PERSONALIDAD JURIDICA EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

1. Análisis del artículo 248 de la Constitución Política de la República del Ecuador	30
2. Análisis del artículo 17 de la Ley de Compañías	31
3. Fallos de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador	32
Conclusiones y Recomendaciones	64
Bibliografía	65

INTRODUCCIÓN

Los comerciantes italianos del Medioevo utilizaron formas asociativas con el objeto de afrontar empresas económicas entre sujetos privados. Las mencionadas formas sociales permitían juntar esfuerzos bajo una dirección común, obteniendo un patrimonio reunido entre todos o parte de los socios afectado a un objetivo determinado y de interés también común a todos los asociados.

Estas agrupaciones denominadas “compagnia”, “societas” y “comenda”, en sus orígenes, admitían una amplia comunicación de responsabilidad entre los acreedores del grupo y cada uno de los socios.

Las formas asociativas comerciales italianas se fueron utilizando en toda Europa adquiriendo prestigio y difusión que ocasionó que las legislaciones de los diversos países se adaptaran para recibirlas.

Al utilizar las sociedades originales antes indicadas, se dio un desarrollo y perfeccionamiento que fue dotándolas de una mayor permanencia. La transmisibilidad de las partes sociales, la continuación de la sociedad con los herederos del socio fallecido, fueron esbozando el concepto de persona jurídica como ente separado e independiente de la voluntad de las partes, y la conformación de un patrimonio social que no responde por las deudas de los socios.

Una mayor perfección del sistema se logra cuando se establece la separación, al punto que el socio ya no responde por las obligaciones de la sociedad. Aparece así la responsabilidad limitada.

La forma paradigmática de esta forma asociativa comercial es la sociedad anónima: no hay comunicación en ella entre la responsabilidad de la sociedad y la de los socios.

El crecimiento industrial de algunos países y a utilización de la sociedad anónima como instrumento de ese crecimiento, dio lugar a la utilización masiva de este tipo social logrado. La industria es una actividad de gran riesgo pero la responsabilidad limitada brinda el estímulo para asumir dichos riesgos.

El artículo 1957 del Código Civil vigente, establece lo siguiente: “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”.

Una vez perfeccionado el contrato de sociedad, sus efectos no se limitan, como en la mayoría de los contratos, a la creación de un conjunto de obligaciones entre las partes. El precitado contrato origina la formación de una persona jurídica, que es un ente ideal utilizado para imputar derechos y obligaciones que repercutirán sobre una pluralidad de personas físicas y necesariamente, sobre los socios.

El contrato de sociedad, origina también una estructura organizativa, que debe entenderse además del punto de vista empresario, desde un ángulo jurídico.

La sociedad implica un conjunto de mecanismos para la creación de obligaciones que inciden sobre las distintas personas que conforman la empresa subyacente a tal sociedad.

La personalidad jurídica es una técnica, susceptible de operar en materias ajenas a la actividad económica, para imputar derechos y obligaciones.

Los conceptos antes mencionados, servirán de apoyo para introducirnos dentro del capítulo relacionado con la desestimación de la personalidad jurídica, el mismo que tiene como propósito apartar total o parcialmente los efectos de la personalidad societaria en aquellos supuestos en que la sociedad es utilizada indebidamente. Es imposible desarrollar el tema de la desestimación de la personalidad jurídica, si no analizamos previamente los fundamentos, nacimiento y alcances o efectos de aquella.

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”.

La teoría del levantamiento del velo societario es una invención del Derecho Angloamericano que surge como solución a nivel judicial frente a los fraudes cometidos por los miembros teniendo como cobertura a las personas jurídicas.

Esta teoría tiene carácter excepcional y residual, es decir que sólo opera cuando no haya otra forma de proteger a los acreedores. Los supuestos de aplicación de esta teoría es muy amplia, abarcando Derecho Civil, Comercial, Concursal, Sucesiones, Familia, etc.

CAPÍTULO I

LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES

1. PRIMEROS ANTECEDENTES

En la época del Imperio se elaboraba en Roma la noción de persona jurídica, apoyada en la de “corporación”, que servía a la posibilidad de actuación patrimonial y en juicio de las colonias de ciudadanos establecidos fuera de sus límites.

En el derecho romano no se consideraba a la personalidad y capacidad jurídica por el hecho de ser una persona humana, sino que dependía del estado o status. Así por ejemplo, el esclavo no tenía personalidad porque no poseía el status *libertatis*; el extranjero a los efectos del *ius civiles* tampoco tenía personalidad porque carecían del status *civitatis*; y los *alienijuris*, que están sujetos a la potestad de otro, carecían de personalidad porque no tenían el *status familiae*.

Al caer el Imperio Romano, también se interrumpe su pensamiento jurídico, que recién reaparece en la alta Edad Media. Las primeras sociedades mercantiles que datan de esa época, origen de la actual colectiva y en comandita, son extrañas a la noción de personalidad.

La creciente industrialización europea y la acumulación de capital que ello significó para sus países, llevó a la necesidad de privilegiar la actividad económica en general, con el beneficio de la responsabilidad limitada. De esta manera se estimulaban la actividad comercial y la industrial de la misma manera como se estimulaban anteriormente a las empresas de colonización.

En las empresas de colonización era necesario el aporte de enormes capitales, y la participación unificada de muchas personas que seguían un mismo fin, en el que tanto los particulares como los fines político-económicos del Estado estaban interesados.

Esta situación derivó en un estricto control de la concesión de la responsabilidad limitada después del detenido estudio caso por caso del objeto propuesto por cada grupo de personas. Las empresas eran pocas, con enormes capitales y los fines políticos involucrados eran directos e inmediatos.

En la Edad Moderna este pensamiento inspira la estructura jurídica de la compañía de colonización, entidad semipública vinculada a la conquista y al comercio con los nuevos mundos y antecedente de la sociedad anónima, siendo varias de ellas motivo de defraudaciones, razón por la cual en varias ocasiones se prohíbe su constitución.

Hacia fines del siglo XVIII las rodea la desconfianza general, pero la admisión de su condición de persona (se la conoce como anónima) es principio indiscutido, sin embargo no se le reconoce tal carácter a la colectiva, a la de capital e industria ni a la comandita, tipos claramente definidos para entonces.

2. TEORIAS SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURIDICAS

2.1. TEORÍA DE LA FICCIÓN

Esta teoría fue especialmente desenvuelta y sistematizada por Savigny, en la historia del derecho, la teoría aparece identificada con el nombre del gran jurista alemán. Savigny parte en su concepción, del derecho subjetivo al que considera como un poder atributivo a una voluntad, de donde concluye que sólo los seres dotados de voluntad pueden ser personas, según el orden de la naturaleza. Pero el derecho positivo, según el jurista, puede modificar este principio, ya negando la capacidad natural a algunos hombres con la Institución de la esclavitud, ya extendiéndola a entes que no son hombres, como sucede con las personas jurídicas. Para llegar a este último, se recurre a una ficción consistente en admitir que tales entes piensan y quieren, aunque en verdad sean ineptos para ello.

Es que por una razón de conveniencia social o de interés económico el derecho los considera como si fueran personas. A esas personas del derecho los llama Savigni "personas jurídicas", porque sólo son admitidos para un objeto de derecho que queda ubicado en el sector patrimonial.

2.2. TEORIAS NEGATORIAS DE LA PERSONALIDAD

A mediados del siglo XIX el historicismo cedió paso a concepciones tendientes a una observación realista de los fenómenos sociales. De allí que la doctrina de la ficción motivara

críticas por parte de las teorías negatorias de la personalidad y las de la realidad. Al efecto, se puede mencionar al expositor más destacado de esta teoría, Rudolph Von Ihering, que consideraba que sólo los hombres de carne y hueso, son los destinatarios y beneficiarios de los intereses que motivan y resultan de la actuación de la persona en la vida jurídica. Por ello, la persona jurídica es un sujeto aparente que oculta al verdadero, carente de propios intereses jurídicos y por lo tanto inhibidos de ser considerado como persona al igual que el hombre, que sí los tiene.

2.3. TEORIAS DE LA REALIDAD

Diversos autores trataron de captar en la realidad social el fundamento de la personalidad jurídica. Los caracteres comunes de estas teorías son los siguientes:

a) se reputa falso que sólo el hombre individual pueda ser titular de derechos;

b) se considera que la persona jurídica como tal responde a la realidad de los fenómenos sociales, que indica una vida de la entidad diversa de sus miembros;

c) se rechaza por inaceptable toda explicación basada en el artificio o la ficción.

2.4. TEORIAS NORMATIVAS

Desde principios del siglo XX surgen las doctrinas normativas desarrolladas, entre otros, por Kelsen y Ascarelli, quienes hallan en la Ley la fuente de origen de la persona, en cualquiera de sus manifestaciones.

Ascarelli sostiene que “El concepto de sujeto jurídico es un concepto meramente formal y meramente jurídico”. Para el citado autor, las personas jurídicas deben su vida al ordenamiento jurídico, el cual en determinados casos refiere las normas a entes diversos de las personas físicas, los que pueden no tener existencia alguna en la realidad no jurídica.

Por su parte, Colombres, siguiendo las enseñanzas de Kelsen, sostiene que “persona” es un concepto jurídico, una categoría del mundo del derecho. Por ello, tanto la denominación

“persona física” como la “persona jurídica”, importan una construcción jurídica. La idea de persona jurídica será entonces “la personificación de un orden que regula la conducta de varios individuos”.

3. LA PERSONALIDAD JURÍDICA

La personalidad jurídica es la aptitud que poseen a las personas, sociedades o empresas para contraer obligaciones y realizar actividades que generan plena responsabilidad jurídica, frente a sí mismos y frente a terceros.

En el derecho vigente se considera que todos los individuos de la especie humana tienen personalidad jurídica, es decir, que la personalidad del individuo está vinculada con la existencia de éste, y no a su conciencia o a su voluntad, como lo afirman Ripert (Ripert, 1949) y Boulanger.

El artículo primero de la Ley de Compañías dice lo siguiente:

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

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

3.1. NACIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Es casi universal la aceptación del sistema de bases normativas, es decir, aquel en virtud del cual la personalidad jurídica societaria no depende de acto voluntario alguno del poder público (sistema de concesión y autorización) sino del cumplimiento de determinados requisitos que el ordenamiento jurídico establece. No se requiere autorización especial del Estado, sino que cumplidos los requisitos establecidos en la Ley, la sociedad accede a la personalidad jurídica.

Existe otro criterio de clasificación de los sistemas que toma en cuenta el momento en el cual nace la personalidad jurídica societaria. Así, tenemos un primer sistema que establece que la personalidad surge a partir de la inscripción en un registro, mientras que otro determina que ella nace por vía contractual.

3.1.1 SISTEMA EN QUE LA PERSONALIDAD JURÍDICA NACE A PARTIR DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Existen en el Derecho Comparado, legislaciones que vinculan el nacimiento de la personalidad societaria con la inscripción registral.

En España el Derecho Positivo vigente establece que las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada adquieren su personalidad jurídica con la inscripción en el Registro Mercantil.

Por su parte, el Código Civil suizo, en el capítulo relativo de las personas jurídicas, establece que las corporaciones y fundaciones adquieren personalidad a partir de su registración. En cambio, las asociaciones con fines políticos, religiosos, científicos, artísticos, de beneficencia o de fines no económicos adquieren personalidad desde que la voluntad de constituir tales asociaciones resulte de sus estatutos.

En cambio, el Código Civil paraguayo en la parte general de sociedades establece que estas adquieren sociedad jurídica desde su inscripción en el registro correspondiente.

3.1.2. SISTEMA EN QUE LA PERSONALIDAD JURIDICA NACE POR VIA CONTRACTUAL

Existen otros ordenamientos jurídicos en los cuales la personalidad no nace con la inscripción registral, sino que esta hace a la regularidad de la sociedad. La Ley uruguaya establece que “ la sociedad comercial será sujeto de derecho desde la celebración del contrato social y con el alcance fijado en esta ley”. Es decir, que la personalidad del ente nace con independencia de la inscripción, la que incidirá en el alcance y régimen de la persona, pero no en su existencia.

3.2. ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

La personalidad implica una serie de cualidades o atributos que permiten distinguir a cada persona de sus semejantes. Estos atributos son comunes tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas, con las excepciones y limitaciones propias derivadas de la naturaleza de cada una de estas clases de personas, como es obvio.

Los atributos de la personalidad, generalmente aceptados, son:

- El nombre
- La nacionalidad
- El domicilio
- La residencia
- Estado civil
- La capacidad
- Patrimonio

3.2.1. EL NOMBRE

Es la propiedad que se da a una persona para distinguirla de los demás. La Ley de Compañías en su artículo 16 establece que:

“La razón social o la denominación de cada compañía, que deberá ser claramente distinguida de la de cualquiera otra, constituye una propiedad suya y no puede ser adoptada por ninguna otra compañía”.

Nos permitimos citar algunas normas de nuestra legislación concernientes a la denominación de las sociedades:

Ley de Compañías:

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

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

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

... “Art. 59.- 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.

La razón social será, necesariamente, el nombre de uno o varios de los socios solidariamente responsables, al que se agregará siempre las palabras "compañía en comandita", escritas con todas sus letras o la abreviatura que comúnmente suele usarse.”

... “Art. 92.- 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 hacen el comercio bajo una razón social o denominación objetiva, a la que se añadirá, en todo caso, las palabras "Compañía Limitada" o su correspondiente abreviatura. Si se utilizare una denominación objetiva

será una que no pueda confundirse con la de una compañía preexistente. Los términos comunes y los que sirven para determinar una clase de empresa, como "comercial", "industrial", "agrícola", "constructora", etc., no serán de uso exclusivo e irán acompañadas de una expresión peculiar.

Si no se hubiere cumplido con las disposiciones de esta Ley para la constitución de la compañía, las personas naturales o jurídicas, no podrán usar en anuncios, membretes de cartas, circulantes, prospectos u otros documentos, un nombre, expresión o sigla que indiquen o sugieran que se trata de una compañía de responsabilidad limitada.

Los que contravinieren a lo dispuesto en el inciso anterior, serán sancionados con arreglo a lo prescrito en el Art. 445. La multa tendrá el destino indicado en tal precepto legal. Impuesta la sanción, el Superintendente de Compañías notificará al Ministerio de Finanzas para la recaudación correspondiente.

En esta compañía el capital estará representado por participaciones que podrán transferirse de acuerdo con lo que dispone el Art. No. 113 “..

... “Art. 144.- Se administra por mandatarios amovibles, socios o no. La denominación de esta compañía deberá contener la indicación de "compañía anónima" o "sociedad anónima", o las correspondientes siglas. No podrá adoptar una denominación que pueda confundirse con la de una compañía preexistente. Los términos comunes y aquellos con los cuales se determine la clase de empresa, como "comercial", "industrial", "agrícola", "constructora", etc., no serán de uso exclusivo e irán acompañadas de una expresión peculiar.

Las personas naturales o jurídicas que no hubieren cumplido con las disposiciones de esta Ley para la constitución de una compañía anónima, no podrán usar en anuncios, membretes de carta,

circulares, prospectos u otros documentos, un nombre, expresión o siglas que indiquen o sugieran que se trata de una compañía anónima.

Los que contravinieren a lo dispuesto en el inciso anterior, serán sancionados con arreglo a lo prescrito en el Art. 445. La multa tendrá el destino indicado en tal precepto legal. Impuesta la sanción, el Superintendente de Compañías notificará al Ministerio de Salud para la recaudación correspondiente.”...

Las sociedades como sujetos distintos de los socios tienen nombres que le sirven de signo distintivo y de identificación, que no sólo permite a los terceros distinguir como de la sociedad los actos celebrados bajo ese nombre sino que le permite informarse de la clase o forma de sociedad.

3.2.2. LA NACIONALIDAD

Es la capacidad del individuo propio de pertenecer o tener origen por nacimiento o naturalización en una nación. En el caso de las sociedades, del lugar de su constitución.

... “Art. 137.- La escritura de constitución será otorgada por todos los socios, por sí o por medio de apoderado. En la escritura se expresará:

1. Los nombres, apellidos y estado civil de los socios, si fueren personas naturales, o la denominación objetiva o razón social, si fueren personas jurídicas y, en ambos casos, la nacionalidad y el domicilio;

2. La denominación objetiva o la razón social de la compañía; ... “

Las sociedades como entes de derecho tienen una nacionalidad que los vincula con las leyes de un país determinado.

3.2.3. EL DOMICILIO

El domicilio identifica a la persona del lugar donde habitualmente vive. El artículo 45 del Código Civil ecuatoriano establece que:

“El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”.

Las sociedades tienen también un domicilio como consecuencia de ser una sociedad con autonomía, capacidad y patrimonio propio.

3.2.4. LA CAPACIDAD

Es la aptitud legal para gozar un derecho, es decir, es la capacidad de obrar. Es la capacidad natural para tener derechos y obligaciones, es decir, para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas determinadas.

De acuerdo al artículo 1984 de la actual codificación del Código Civil, la sociedad o compañía es una persona jurídica distinta de los socios y como tal tiene capacidad para contraer derechos y obligaciones de manera separada de los socios.

3.2.5. PATRIMONIO

El patrimonio es el conjunto de valores pecuniarios positivo o negativo, perteneciente a la misma persona o sociedad. Económicamente el patrimonio es la diferencia entre el pasivo y el activo. El patrimonio es un concepto principalmente monetario, por lo tanto puede ser objeto de negociaciones jurídicas.

Toda persona posee patrimonio, incluso cuando no posee bienes, de acuerdo al principio de unidad patrimonial, se tiene un solo patrimonio.

Como hemos comentado anteriormente, las sociedades tienen capacidad para contraer derechos y obligaciones separadamente de los socios, y por lo tanto pueden formar un patrimonio propio.

CAPITULO II

LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

La personalidad societaria se basa en un conjunto de reglas que determinan qué conductas se imputan a la sociedad en cuanto persona jurídica. Los efectos generales de esas reglas pueden verse modificados en función de ciertas normas que alteran tal atribución, pasando a imputar las conductas que normalmente serían atribuibles a la sociedad como persona jurídica, a otras físicas o de existencia ideal, como pueden ser sus socios u otras personas que ejercen de hecho el control de la sociedad. Esta modificación de las reglas en materia de imputación propias de la personalidad societaria es denominada *desestimación de la personalidad societaria*.

Son muchas las denominaciones existentes tales como “abuso”, “utilización fraudulenta” de la persona Jurídica; también “levantamiento”, “desestimación”, “redhibición”, “inoponibilidad”, “allanamiento”, de la personalidad Jurídica. También se lo denomina “corrimiento del velo societario” o “levantamiento del velo”, expresiones que derivan de *piercing the corporate veil* y *lifting the corporate veil* del derecho anglosajón. Asimismo, el término “desestimación de la personalidad societaria” es una traducción de *disregard of legal entity* y *disregard of corporate entity*.

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

1. ANTECEDENTES

La utilización masiva de la sociedad anónima, sobre todo en países de mayor esfuerzo industrial, aunada a un crecimiento industrial acelerado, llevó en ciertos países a la utilización abusiva de la forma asociativa comercial de responsabilidad limitada, y a la necesidad de formular los remedios jurídicos a esas situaciones de abuso.

La teoría del levantamiento del velo societario es una invención del Derecho Angloamericano que surge como solución a nivel judicial frente a los fraudes cometidos por los miembros teniendo como cobertura a las personas jurídicas. Esta teoría tiene carácter excepcional y residual, es decir que sólo opera cuando no haya otra forma de proteger a los acreedores.

Aparecieron así, principalmente en los Estados Unidos de América y en Francia, procedimientos que hicieron posible una regresión, haciendo responsables patrimonialmente por las deudas sociales a los socios o a quienes actuaron detrás de la maquinaria social en beneficio propio o en detrimento de terceros. Estados Unidos de América, dotado de un sistema jurídico de particular flexibilidad y aptitud para el cambio, elaboró rápidamente un sistema eficaz para combatir el abuso.

Francia encontró más áspero el camino, pero su derecho concursal elaboró soluciones drásticas para poner remedio a algunos de los inconvenientes más notorios frente a la insolvencia de la sociedad anónima.

La doctrina del levantamiento del velo societario, como técnica procedente del derecho anglosajón como ya hemos mencionado, en pocas décadas ha irrumpido silenciosamente en la mayoría de los ordenamientos legales de los países.

2. DEFINICIÓN

La teoría de la desestimación de la personalidad Jurídica es un conjunto de remedios jurídicos mediante la cual resulta posible prescindir de la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular.

Estos remedios en algunos supuestos permitirán prescindir de la forma jurídica misma, 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.

La terminología utilizada en la materia que nos ocupa es notablemente variable. Para examinarla deben distinguirse dos etapas jurídicas: los extremos que dan lugar a la desestimación de la personalidad societaria, y la desestimación en sí misma. Los extremos que

dan lugar a la desestimación de la personalidad societaria son descriptos colectivamente mediante términos como abuso de la personalidad societaria, desviación del negocio societario, uso fraudulento de la personalidad societaria, etc. En otros casos se evita englobar estos extremos bajo una única denominación, distinguiéndose los distintos motivos que dan origen a la desestimación de la personalidad societaria: abuso del derecho, simulación, incumplimiento de las condiciones en base a las cuales la personalidad ha sido otorgada, fraude, interés público, etc.

Más variable es la terminología utilizada para describir las consecuencias que los extremos descritos en el inmediato anterior pueden tener sobre la personalidad societaria. Además del término “desestimación de la personalidad societaria”, que nosotras utilizamos, se habla de “desestimación de la personalidad jurídica”, de “superación de la personalidad”, “corrimiento del velo societario”, entre otras.

La utilización de un único término para englobar los distintos casos que dan lugar a la desestimación de la personalidad societaria presenta el peligro de dar la idea de que exista un motivo jurídico único para tal desestimación. En realidad, tanto la figura de desestimación de la personalidad societaria, como los extremos que dan lugar a su aplicación, comprenden una pluralidad compleja de situaciones jurídicas.

Así, el fundamento de la desestimación de la personalidad societaria en casos determinados pueden ser el fraude de los acreedores, la evasión fiscal, el incumplimiento de las condiciones bajo las cuales el orden jurídico otorga limitaciones a la responsabilidad de los socios, etc. Asimismo, las reglas jurídicas que hacen que ciertos extremos den lugar a la desestimación de la personalidad societaria son marcadamente variables: reglas sobre abuso de derecho, normas fiscales, concursales, etc. Debe así evitarse la adopción de una terminología que de a entender que la desestimación de la personalidad societaria tiene un único fundamento jurídico, como sería el abuso de derecho cuando se hace referencia al “*abuso de la personalidad societaria*”.

En cuanto a la utilización de un único término para describir las consecuencias o efectos de los extremos descritos en el párrafo anterior, es decir la modificación de la aplicación de las reglas que estructuran la personalidad jurídica societaria, también crea el peligro de ocultar que esa modificación tiene muy variados aspectos, y que en cada caso, los efectos concretos de la desestimación de la personalidad societaria pueden ser de muy distinta especie. Este peligro

no es puramente teórico pues es frecuente analizar la desestimación de la personalidad societaria como si se tratara de un efecto unívoco, como ser una nulidad, una multa o un embargo. La utilización de su único término aplicable a la pluralidad de efectos jurídicos que componen la desestimación de la personalidad societaria es un recurso expositivo que no debe ocultar tal pluralidad.

La opción de utilizar la expresión “desestimación de la personalidad societaria”, entre las otras muchas de valor equivalente, es fundamentalmente subjetiva; en la práctica, las demás expresiones equivalentes antes mencionadas son también usadas con frecuencia, sin crear mayores problemas prácticos que la aquí elegida.

La desestimación de la personalidad societaria es una variante dentro de la figura más amplia de desestimación de la personalidad jurídica en general. Aquella es simplemente la aplicación de la desestimación de la personalidad jurídica, en relación con las sociedades. La desestimación de la personalidad societaria se basa en reglas que son aplicables a todo tipo de personas jurídicas.

En definitiva la doctrina del levantamiento del velo societario o desestimación de la personalidad jurídica societaria *piercing the corporate veil* es una técnica judicial que permite ignorar la creación de la personalidad jurídica y, de este forma, adentrarnos en el seno de las sociedades mercantiles de tipo capitalista para conocer sus “secretos” y desvelar su verdadera estructura y funcionamiento.

Tal como se ha indicado, la desestimación de la personalidad societaria comprende una pluralidad de efectos jurídicos que inciden sobre la personalidad de la sociedad. Dobson, por su parte, clasifica esos efectos de la siguiente forma:

a) Casos en que el resultado de la acción importa el allanamiento, esto es el desconocimiento o ignorancia de la calidad de sujeto de derecho de una sociedad o asociación. Tal es el caso de la simulación absoluta de la sociedad, o en los casos de nulidad de ella por objeto ilícito. En estos casos es lícito hablar de “desestimación propiamente dicha o absoluta”.

b) Casos en que el resultado de la acción intentada es la inoponibilidad o ineficacia de la sociedad o asociación frente a un acreedor dado. En estos supuestos, la calidad de sujeto de derecho se mantiene vigente en todos sus aspectos, pero esa calidad no es oponible a un

acreedor en razón de circunstancias previstas por la ley, como en el caso de las acciones revocatorias. En estos supuestos, el término “desestimación” adquiere valor convencional, ya que en todo caso se trataría de una “desestimación limitada” o “parcial”. Agreguemos de nuestra parte que esta “desestimación parcial” es susceptible de comprender efectos de distinta naturaleza. Por ejemplo: Puede mantenerse el reconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad, pero modificarse la calificación de los actos efectuados por tal sociedad o el contenido de los mismos, ello por motivos vinculados con el empleo que tal sociedad haya hecho su personalidad jurídica.

c) Casos en que el resultado de la acción consiste en la declaración de la quiebra de una persona. Estos supuestos no deben interpretarse como configurativos de una causal de desestimación autónoma, aunque muchos tribunales de Argentina en algunos casos lo hayan resuelto así. En estos supuestos no existe desestimación de la personalidad societaria, pues ésta sigue rigiendo para la generalidad de las relaciones jurídicas de las partes involucradas, sino la extensión de la quiebra a ciertas personas. Este efecto, se basa en consideraciones de hecho y de derecho, similares a las que subyacen a la desestimación de la personalidad societaria aplicable en otros casos, y de allí que corresponde su estudio conjuntamente con el de tal desestimación.

d) Casos en que lo que se persigue es extender la responsabilidad por una deuda social a un socio protegido por la responsabilidad limitada, o a un tercero no socio. En estos casos es excesivo hablar de desestimación de la personalidad. Podría incluirse dentro de este grupo a la responsabilidad de las sociedades vinculadas o filiales. Las obligaciones de cuyos efectos se trata siguen siendo imputadas a las personas jurídicas en cuyo nombre se han contraído, pero se altera la responsabilidad de ciertos terceros respecto de tales obligaciones. Esas alteraciones, por otra parte, pueden surgir motivos que no tienen ninguna relación con la teoría de la personalidad jurídica societaria. Esta modificación de la responsabilidad por las obligaciones societarias es estudiada en el marco de la desestimación de la personalidad societaria pues se basa, como en el caso c), *supra*, en consideraciones de hecho y de derecho similares a las que sirven de fundamento a la desestimación de la personalidad societaria propiamente dicha.

Según el doctor Guillermo Cabanellas de las Cuevas, la figura jurídica de la desestimación de la personalidad societaria no se encuentra estructurada en un cuerpo orgánico de normas, tal como el que se caracteriza a otros aspectos del Derecho Societario, como puede ser la

delimitación de tipos, la disolución y liquidación de sociedades, etc. Ello tiene una doble explicación.

Desde el punto de vista histórico, la desestimación de la personalidad societaria, en el Derecho Argentino y en la generalidad de los sistemas jurídicos contemporáneos, no es consecuencia de un esfuerzo legislativo, que esta basado en premisas concretas que tienen consecuencias normativas diseñadas para formar un conjunto de reglas coherentes. La doctrina de la desestimación de la personalidad societaria tiene un origen fundamentalmente jurisprudencial, prácticamente en la totalidad de los países donde esa doctrina tiene una aplicación efectiva. Esta formación jurisprudencial necesariamente implica el dictado de reglas aplicables a casos determinados, de las cuales es preciso extraer un conjunto orgánico de normas de origen jurisprudencial aplicables a esta materia. Ese conjunto necesariamente tendrá una estructura menos precisa que la que surge de un esfuerzo consciente de sistematización legislativa. También desde el punto de vista histórico, juega en la deficiente sistematización de la doctrina de la desestimación de la personalidad societaria el hecho de que ésta se haya originado y desarrollado en los Estados Unidos, de donde fue tomada por otros sistemas jurídicos.

El método jurídico estadounidense es reactivo a las sistematizaciones abstractas y a la adopción de un método deductivo en el que las normas aplicables a casos determinados se extraen, en forma supuestamente lógica, de principios de gran amplitud. En ésta, como en otras materias, las normas efectivamente operativas son de una generalidad menor que las que explícitamente se aplican en los sistemas jurídicos originados en el Derecho Romano. De esta forma, al ser tomada la doctrina de la desestimación de la personalidad societaria por estos últimos sistemas, lo ha sido sobre la base de un conjunto normativo predominantemente casuista, y ello evidentemente ha incidido sobre el desarrollo posterior de la mencionada doctrina.

En segundo término, bajo el término de desestimación de la personalidad societaria se engloba una pluralidad de efectos de muy diversa naturaleza, efectos que a su vez se originan en extremos de gran diversidad. Constituye un error pretender describir estos extremos bajo una sola fórmula omnicomprendiva, particularmente si se intenta que la misma sea jurídicamente operante. Así, por ejemplo, decir que la desestimación de la personalidad societaria tiene lugar cuando tal personalidad es empleada con fines ilícitos, tiene un valor meramente descriptivo e introductoria de la temática analizada, pues se trata de determinar cuándo los fines de la utilización de la personalidad societaria son de tal modo ilícitos que conduzcan a la desestimación de aquella. Adicionalmente, los motivos que dan lugar a la aplicación de la

desestimación de la personalidad societaria son de muy variado orden: fiscales, de protección, de los socios, laborales, etc. Será *a priori* improbable que un conjunto tan heterogénea de funciones, a cumplirse por los mecanismos de desestimación de la personalidad societaria, pudiera tener realización mediante una estructura normativa homogénea. Empíricamente, se comprueba que esas variadas funciones se cumplen por reglas muy diversas, que implican que los distintos casos de desestimación de la personalidad societaria tengan diferentes tratamientos y consecuencias jurídicas.

Por último, pese a que la doctrina de la desestimación de la personalidad societaria ha evolucionado, bajo el Derecho Argentino, desde una situación de recepción exclusivamente jurisprudencial a otra de creciente incorporación legislativa, esta última no ha tenido lugar mediante un cuerpo orgánico de normas, sino que, se encuentra dispersa en un conjunto de disposiciones de muy distinta naturaleza y que integran leyes pertenecientes a diversas ramas jurídicas. Pese a que el orden jurídico, tiene una lógica pretensión de coherencia, es evidente que ésta no puede manifestarse del mismo modo dentro de una única ley, en sentido formal, que en una pluralidad de normas desperdigadas a lo largo y ancho de la legislación.

Sobre las bases precedentes, cabe examinar algunas de las teorías esbozadas para fundamentar en forma general la desestimación de la personalidad societaria. SERICK expone ciertas reglas básicas y otras de menor generalidad que se derivan de ellas. Dice así que “la del problema relativo a cuándo puede prescindirse del rasgo esencial de la persona jurídica, que es la separación radical entre la sociedad y sus socios, depende de que la persona jurídica actúe sin apartarse de los fines en atención a los cuales el Derecho la ha creado”. Esta fórmula es de dudoso valor práctico. Lo que caracteriza a la generalidad de los casos en que se procede a la desestimación de la personalidad societaria no es el apartamiento respecto de los fines que dan lugar al reconocimiento de tal personalidad, fines que se configuran en la mayoría de los casos en que tal desestimación tiene lugar.

En el común de los casos, el motivo de la desestimación de la personalidad societaria es la utilización de las figuras societarias en violación de normas y principios de distinta índole, pero sin que dejen de existir los motivos de hecho y las funciones económicas que caracterizan a las figuras societarias. En pocas palabras, no es que no exista sociedad, o que quienes la integren no deseen que exista, sino que la sociedad, efectivamente empleada como tal, es empleada con fines antijurídicos.

SERICK expone otra regla general en la materia: “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) Burlar una ley;
- b) De quebrantar obligaciones contractuales; o,
- c) De perjudicar fraudulentamente a terceros.”

También esta formulación es de escasa utilidad práctica. Efectivamente, la desestimación de la personalidad societaria se funda en que tal personalidad es utilizada para vulnerar alguna ley, en sentido material. Si no existe tal conducta antijurídica, la desestimación carecería de razón de ser.

Debe haber algo adicional, un elemento antijurídico, que permita esgrimir una regla que se sobreponga a las que reconocen la personalidad societaria y la responsabilidad limitada que de ella puede derivarse. En cuanto al perjudicar fraudulentamente a terceros, constituye una fórmula ciertamente superior a la utilizada en ciertas ocasiones para perjudicar a terceros, al agregar el elemento de fraude. Pero este elemento en sí mismo insuficiente para orientar la determinación de los casos en que corresponde la desestimación de la personalidad societaria. Si utilizar esa personalidad es lícito, como generalmente lo es, tal licitud impide que pueda imputarse carácter fraudulento, en el sentido amplio del término, a los actos y conductas que sean consecuencia de esa personalidad.

En realidad, la adopción del perjuicio fraudulento como elemento determinante de la desestimación de la personalidad societaria es consecuencia de la incorporación de los conceptos e instrumentos desarrollados por el Derecho Estadounidense en esta materia. Bajo ese Derecho, el concepto de fraude tiene una mayor amplitud y diferente de la que presenta en los sistemas de origen romano. El concepto de fraude, de gran vaguedad bajo el Derecho Anglonorteamericano, es allí utilizado como medio jurídico para compatibilizar los derechos de los acreedores de la sociedad o de los socios, con los derechos y defensas nacidos de la personalidad societaria. En gran medida es un mecanismo vacío de contenido concreto, mediante el cual la justicia puede expresar la valorización comparativa que realiza de los distintos intereses y derechos involucrados en casos en que la personalidad societaria tiene

efectos. Este mecanismo no puede ser trasladado, sin riesgo de graves errores, a los sistemas jurídicos de base romana, donde la voz 'fraude' tiene un sentido diferente al "fraud" del Derecho Anglonorteamericano, sin perjuicio de que exista una superposición parcial entre ambos conceptos.

Señala también SERICK que, adicionalmente, corresponde la desestimación de la personalidad societaria cuando se hubiesen desnaturalizado un principio fundamental del Derecho Societario. Este enfoque es de dudoso valor, pues en los casos en que tiene lugar tal desnaturalización normalmente tienen lugar efectos ajenos a la desestimación de la personalidad societaria, como puede ser la nulidad de la sociedad o su liquidación. Por otra parte, la mayor parte de los casos en que sí tiene lugar la desestimación de la personalidad societaria se originan en la vulneración de derechos protegidos por aspectos del orden jurídico ajenos al derecho societario, por ejemplo el Derecho Tributario.

Además de estas reglas generales, SERICK expone otros principios básicos aplicables a la desestimación de la personalidad societaria. Señala así que, "las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas, o que consideran valores humanos, también deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponde a la de esta clase de personas. En estos casos, es dudoso hablar de desestimación de la personalidad societaria; se trata simplemente de casos en que el antecedente de un efecto normativo es la conducta o estado de una persona física, antecedente que no se ve modificado por el hecho de que esas personas físicas formen parte de una persona jurídica.

En un caso extremo, aunque ilustrativo por lo evidente, el hecho de que un hurto sea efectuado por quienes son representantes de una persona jurídica no impedirá que esos representantes respondan penalmente a título personal; la existencia de la persona jurídica es simplemente un elemento fáctico que debe ser tenido en cuenta para aplicar las reglas sobre imputación y culpabilidad que sean pertinentes, que pueden llevar a la responsabilidad de otros integrantes de esa persona jurídica, como pueden ser los accionistas, en cuanto instigadores o cómplices. Puede en estos casos hablarse de desestimación de la personalidad jurídica, pero más correcto y claro sería decir que las reglas de imputación derivadas de la personalidad jurídica son inaplicables al tipo de conductas que se examinan. No se trata de una excepción a las reglas de imputación implícitas en tal personalidad, sino de un caso en que tales reglas son inmediatamente inaplicables, como son generalmente inaplicables en los casos en que los representantes actúen fuera de los límites de su ministerio.

También propone SERICK que “si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se debe aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos intervinientes no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva”. Se trata en general de un caso particular de aplicación de la regla, autoevidente, de que si el orden jurídico exige cierta relación efectiva entre las partes de un acto, para imputar determinadas consecuencias jurídicas, la falta de esa relación efectiva conducirá a que tales consecuencias jurídicas no deban tener lugar. Pero este no es un principio de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, sino un principio jurídico general, que para ser aplicable plantea el problema fundamental de determinar en qué casos se requieren ciertas relaciones efectivas, y en cuáles alcanza con cumplir con los requisitos de las relaciones formales.

La formulación de reglas generales en materia de desestimación de la personalidad societaria ha tomado otros enfoques además del adoptado por SERICK. Este autor forma parte del grupo de teóricos que basan la desestimación de la personalidad societaria en el abuso de derecho. Este enfoque adolece de graves defectos.

En primer término, bajo el Derecho argentino y en otros países, la desestimación de la personalidad societaria no resulta del abuso de derecho sino de la existencia de normas que expresa o implícitamente niegan la existencia del derecho a oponer o utilizar la personalidad societaria, si se dan ciertas condiciones. No se trata de un abuso del derecho sino de la falta de éste.

En segundo término, la teoría y las normas sobre abuso del derecho, adolece de una notoria indeterminación, que se manifiesta con toda su intensidad en tema tan complejo como es el de la desestimación de la personalidad societaria.

Otro grupo de teorías generales en materia de desestimación de la personalidad societaria se basa en los fines de las normas que reconocen tal personalidad; bajo ciertas circunstancias, esos fines no se encuentran satisfechos, lo que conduce, según MÜLLER-FREIENFELS a que entre en juego otra norma que limita el reconocimiento de la personalidad jurídica. Esta teoría adolece de la limitación, antes sugerida, de que gran parte de los casos de desestimación de la personalidad societaria no se basan en el haberse excedido el marco fijado expresa o

implícitamente por el Derecho Societario para el reconocimiento de tal desestimación, sino en tratarse de conductas que violan, bajo la utilización de las normas societarias, normas o principios derivados de otras áreas del Derecho.

Otra teoría general es formulada por COLOMBRES, siguiendo lineamientos trazados por ASCARELLI. Describe aquel autor ciertos elementos esenciales necesarios para que tenga lugar la imputación diferenciada característica de la personalidad societaria; cierta causa negocial, la actuación colectiva, etc. Sobre estas bases sostiene COLOMBRES que “la sociedad constituida en prescindencia de alguno de los datos normativos que la tipifican como negocio jurídico, no determinará una imputabilidad específica o de segundo grado, sino una imputabilidad simple. Es, entre otros, el caso de la sociedad irregular. La sociedad constituida dentro de los datos normativos que la configuran, pero que en la actividad posterior omitiera alguno de ellos, determinará según el caso, una inaplicabilidad de la normativa sociedad de alcances específicos o de alcances generales. En el primer caso, la inimputabilidad diferenciada tendrá carácter parcial, en la segunda determinará la caducidad total del negocio societario.

En el marco del derecho norteamericano, donde la teoría de la desestimación de la personalidad societaria ha tenido un intenso desarrollo práctico que ha servido de fuente a esa institución en otros sistemas jurídicos, existe una tendencia generalizada a aplicar dicha teoría prescindiendo de formulaciones generales respecto del fundamento de la misma; ello refleja una tendencia metodológica que se extiende a todo el sistema jurídico norteamericano. Una conocida formulación en esta materia es la siguiente: “Si una regla general puede expresarse, en el presente estado de las fuentes aplicables, es que una sociedad será considerada, por regla general, como una persona jurídica, hasta que existan razones suficientes en contrario; pero que si la noción de persona jurídica es usada en contra de la conveniencia pública, para justificar injurias, proteger el fraude o defender el crimen, la ley considerará a la sociedad anónima como una asociación de personas (físicas)”.

3. NATURALEZA DEL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Se preguntaba LAURENT: ¿"Quién tiene el derecho de crear estas ficciones?. Preguntar esto es resolverlo; también la respuesta es unánime: sólo el legislador puede crear personas civiles". En la práctica es lo que ocurre hoy en el derecho positivo, que determina que sólo la ley puede

establecer la personalidad jurídica. Pero lo que cambia, para la doctrina, es que en la actualidad se acepta la preexistencia de la personalidad, como personalidad moral. En efecto, LARREA, por ejemplo, dice:

...es más exacto reservar el término "persona moral" para designar a los grupos humanos antes de su reconocimiento por el orden jurídico, o considerados desde un punto de vista sociológico o filosófico, mientras que la expresión "persona jurídica" se usa 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 obligaciones¹.

MAZEAUD dice que la Corte de Casación de Francia se ha sumado expresamente a la llamada tesis de la realidad técnica: "La personalidad civil no es una creación de la ley' ha sostenido; ha creído poder deducir la existencia de la personalidad moral fuera de todo texto que la confiera". MAZEAUD no se encuentra de acuerdo con esta interpretación: "No parece que estas concepciones concuerden con el sentido de la legislación reciente: si se toman en cuenta las tentativas hechas para ejercer un control previo de las asociaciones en formación y se toma en cuenta también que ahora la concesión de la personalidad jurídica a las sociedades, inclusive las sociedades civiles, está subordinada a su matriculación². Sin embargo, la existencia de estos criterios es un indicio de que sobre este tema todavía se discute en la doctrina y la jurisprudencia.

Lo que nadie ha discutido ha sido el aserto sobre la preexistencia de la personalidad jurídica del Estado y de las comunidades, a las que se ve que LAURENT llamó "naturales". Algunos códigos civiles, como el argentino, han distinguido, con el mismo criterio, las personas jurídicas de existencia "necesaria" -Estado, municipios y la Iglesia Católica- y las de existencia "posible", es decir las demás, para la existencia de las cuales la doctrina y la legislación positiva contemporánea en forma unánime exigen el reconocimiento legal.

FERRARA dice que "jamás los hombres, con sus contratos y con sus organizaciones de

¹ LARREA. *Ob. cit.* Tomo I. p. 398.

² MAZEAUD, HENRI y LEON; MAZEAUD, JEAN. *Leçons de Droit Civil*. Éditions Montchrestien. Sexta edición. París, 1981. T. I, V. II. pp. 656-657.

voluntad, podrán hacer nacer una persona jurídica"³.

El reconocimiento se manifiesta por una ley (caso de las personas jurídicas de derecho público) o por un acto administrativo (cuando se trata de personas jurídicas de derecho privado). Es el legislador el que fija las condiciones para adquirir la personalidad y la forma de ejercerla de acuerdo con las diferentes categorías.

En el Ecuador, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha recordado que:

La existencia legal de una persona jurídica sólo puede producirse en virtud de una ley o por la aprobación del señor Presidente de la República, conforme a la existencia del Art. 584 del Código Civil, disposición que está corroborada por el inciso final del Art. 587.

El litigio se refería a la alegación que hacía el demandado sobre la inexistencia de la personalidad jurídica del demandante, en vista de haber sido aprobados sus estatutos por el Ministro de Bienestar Social y no por el Presidente de la República como dice la ley. La Segunda Sala del Tribunal Contencioso Administrativo manifestó que:

... en la práctica comúnmente observada en el procedimiento administrativo los estatutos que confieren personería jurídica a las asociaciones y corporaciones, son aprobados por los Ministros de Estado bajo el principio de la delegación⁴.

En esto, concuerdan con LARREA que, sobre este particular dice:

Debe observarse que en la práctica se suele aprobar los estatutos de corporaciones por medio de "Acuerdos Ministeriales", los cuales se deben entender como

³ Citado por: JOAQUÍN RODRÍGUEZ. *Tratado de las Sociedades Mercantiles*. Editorial Porrúa. México, 1965. T. I. p. 115.

⁴ TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Recurso de apelación Presidente de la República. Segunda Sala. 9 de julio de 1985.

*verdaderos actos administrativos de los Ministros de Estado, y no del Presidente de la República, como manda la Ley. Quizá la única explicación plausible sería la de que los Ministros de Estado obran por delegación del Presidente*⁵.

Esta discusión ha quedado zanjada por lo dispuesto en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), que establece como Atribuciones y Deberes del Presidente de la República (Art. 11):

j) Delegar a los Ministros, de acuerdo a la materia de que se trate, la aprobación de los estatutos de las fundaciones y corporaciones, y el otorgamiento de personalidad jurídica, según lo previsto en el Art. 584 del Código Civil.

4. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

4.1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA

La atribución de la personalidad jurídica no necesariamente importa la limitación de la responsabilidad, existen algunas personas jurídicas cuyo régimen es de responsabilidad ilimitada. Damos cuenta que en muchos de los textos no se define claramente lo que es “personalidad” y cuando lo hacen lo asimilan al concepto responsabilidad limitada, capacidad de la persona Jurídica o denota a la persona Jurídica en sí.

4.2. 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.

Como consecuencia: *el reconocimiento de la personalidad es un acto distinto del reconocimiento de la responsabilidad limitada. Por lo que el desconocer la responsabilidad*

⁵ LARREA. *Ob. cit.* T. I. p. 449.

limitada no implicará desconocer también la personalidad. Es decir la desestimación de la personalidad jurídica (entendida como el desconocimiento de la existencia de la persona jurídica) hace perder el beneficio de la limitación de la responsabilidad, mas la declaración de desestimación de la responsabilidad limitada no conlleva a desconocer la existencia de la Persona Jurídica.

5. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

En el derecho argentino, en donde se emplea esta teoría se hace referencia a algunos presupuestos; cabe precisar que en el citado ordenamiento jurídico existen normas explícitas que regulan esta teoría (el Art. 54 apartado tercero de la Ley 19.550 Ley de Sociedades), en otras palabras, existen normas que imputan responsabilidades a los que abusan de la forma societaria

5.1. CUESTIONES PROCESALES

a) LA ANTIJURICIDAD.-

La trasgresión normativa *lato sensu* que comprende cualquier obrar contra el derecho, así como el obrar abusivo del mismo. Basado en el criterio de que lo que se sanciona es la persecución de una finalidad extrasocietaria, aunque los actos realizados no sean de por sí fraudulentos. Gulminelli (comentando la norma Argentina) sostiene que el hecho de actuar en la consecución de fines extrasocietarios es antijurídico. Y es que el hecho de tener una normas explícitas conllevan a una imputación directa de la responsabilidad en la que una vez observado la conducta prescrita objetivamente (una actuación desviada que persigue fines extrasocietarios y que causa daños), se dan automáticamente las consecuencias que se prevén en la norma, en nuestro caso la desestimación de la personalidad Jurídica.

b) DOLO.-

En la ley societaria Argentina no hace diferenciación entre el dolo y la culpa. Nos atrevemos a pensar que se trata de una teoría que se identifica con una responsabilidad objetiva (tal como sucede en la responsabilidad extracontractual).

c) BENEFICIO DE EXCUSIÓN.-

Lo que persigue esta teoría es ampliar el panorama al acreedor a fin de poder hacer efectiva su acreencia y que se le indemnicen por los daños sufridos por la conducta dañosa; por lo que no es posible, por parte de los causantes del daño, invocar el beneficio de excusión. Una vez declarada la desestimación de la personalidad Jurídica ellos responden solidaria e ilimitadamente.

D) SUJETOS LEGITIMADOS.-

La sociedad, se trata de un litisconsorte necesario pasivo junto al socio.

El Socio que hizo posible la actuación torpe de la sociedad.

El sujeto damnificado, sea persona física o jurídica.

6. EL USO ABUSIVO DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA

6.1. EL USO ABUSIVO DE UNA SITUACIÓN DE PODER

6.1.1. LA SITUACIÓN JURÍDICA SUBJETIVA Y LA RELACIÓN JURÍDICA SUBJETIVA

En la relación jurídica se produce la vinculación o interferencia entre dos o más sujetos de derecho o, si se prefiere, entre dos o más situaciones jurídicas subjetivas.

El Sujeto de derecho (individual o colectivamente), a quien el ordenamiento jurídico le otorga derechos y deberes, en su dimensión coexistencial (en su relación con los otros), se sitúa como punto de referencia de tales (derechos y deberes) en función de los demás sujetos (los que, a

vez, tienen sus propias situaciones jurídicas subjetivas) con los cuales entrará en relación jurídica una vez que dichas potencialidades se conviertan en conductas Intersubjetivas.

En el terreno práctico tanto la situación jurídica como la relación jurídica se presentan juntas, dado que la primera pertenece al plano existencial del ser humano, mientras que la segunda pertenece al plano coexistencial del ser humano.

6.1.2. EL ABUSO DEL DERECHO

El Daño es un dato que no es parte estructural del abuso del derecho, pero en caso configurarse se tendrá como un dato de fines indemnizatorios.

La situación jurídica, aun siendo de poder, tiene inherente a sí deberes jurídicos que el titular debe observar; en ese sentido, la trasgresión de los deberes que concurren conjuntamente con el derecho subjetivo a él reconocido, se conoce como abuso de derecho. Podemos decir, entonces, que se produce cuando el titular de un derecho actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho.

6.1.3. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO

A. 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 probanza, 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 traería como consecuencia el asimilarlo a la noción de un ilícito civil, cuestión que no compartimos ya que lo consideramos como un ilícito *sui generis* (por su origen) atípico (referido a trasgresor de principios que informan nuestro ordenamiento jurídico).

B. 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.

C. CRITERIO MIXTO.

Este criterio surgió de la combinación de los elementos de los dos criterios arriba mencionados, entendiendo que se complementan. 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.
- 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.

6.2. EL USO ABUSIVO DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA

6.2.1. LA RESPONSABILIDAD LIMITADA COMO SITUACIÓN JURÍDICA DE PODER

La noción de “acción” tiene tres acepciones, tanto como parte alícuota del capital social, como título representativo de los derechos del accionista (título valor) y como concesoria del status de socio y del conjunto de derechos y obligaciones del accionista.

Los socios obtienen ese *status* una vez constituida la sociedad (ya inscrita), es decir tiene como presupuesto a la persona jurídica sociedad anónima.

La responsabilidad limitada como una de las características propias de la sociedad anónima 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.

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.
- La limitación de la responsabilidad a favor del socio, en el que el socio no responde por las obligaciones sociales con su patrimonio personal.

Como derecho del socio, el derecho a la limitación de la responsabilidad tiene:

A. ATRIBUCIONES.

-Actuación libre dentro de un marco lícito.-

La responsabilidad limitada o mejor aún “el derecho a la limitación de la responsabilidad del socio de una sociedad anónima”, se actúa en su curso normal, en el desarrollo de la sociedad, cuando los acreedores de ésta imputan las deudas a la persona jurídica sociedad anónima y no a los socios. El derecho de excusión es una de sus manifestaciones.

-Defensa del derecho para lograr su conservación o pacífico disfrute.-

El socio dispone de los medios procesales correspondientes para hacerlo efectivo. Así, aun al no existir en nuestro ordenamiento jurídico positivo una acción prevista taxativamente, eso no es obstáculo para poder demandar una protección al derecho de la limitación de la responsabilidad en vía judicial.

-Renuncia.-

Dentro del límite del orden público y las buenas costumbres. El socio puede renunciar a este “beneficio” dado por la norma, y hacer efectivo con su patrimonio el pago de una acreencia social.

-Transmisión.-

Inter vivos o mortis causa. La responsabilidad limitada, sólo se configura dentro de la situación jurídica genérica “el status del socio”, por lo que si se transmite la acción que da origen a tal status, se transmite la responsabilidad limitada contenida en ella.

B. LIMITACIONES**ABUSO DE DERECHO. -****-Buena fe.-**

Todo derecho en su ejercicio debe observar este principio que contiene tanto a la Buena fe-lealtad, como a la Buena fe-creencia, es decir tanto en su aspecto objetivo dinámico, como en el subjetivo.

Se trata pues de una Situación Jurídica de Poder pues predomina el derecho subjetivo, frente a los deberes. Que puede en su ejercicio ser utilizada en forma abusiva. Mispireta apunta que “Estamos convencidos de que son los socios – y no la propia sociedad – los que en muchas

ocasiones abusan del derecho subjetivo con el que cuentan, pues desvían los fines para los que le fue dada la posibilidad de formar una organización colectiva, con el objeto de obtener resultados antijurídicos”. Como se observa, el autor considera que la mayoría de casos se presentan por abuso de sus derecho subjetivo del socio.

Queremos dejar constancia de que el estudio de la limitación de la responsabilidad del socio no es privativo de la sociedad anónima ya que puede darse en otros tipos de sociedades u otras personas jurídicas a los que el legislador dote de tal situación jurídica de poder, es decir que la teoría del uso abusivo de la limitación de la responsabilidad del socio abarca a las personas jurídicas con responsabilidad limitada y el abuso de la responsabilidad limitada es por lo señalado líneas arriba como una especie del género “abuso del derecho”.

6.3. RELACIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA DEL SOCIO Y LA AUTONOMÍA SUBJETIVA DE LA SOCIEDAD

Para hallar la relación entre ambos supuestos es necesario partir de dos supuestos:

Primero, El derecho de la limitación de la responsabilidad es uno conferido por el ordenamiento jurídico y se ejerce frente a los acreedores de la sociedad.

Segundo, la sociedad anónima es una Persona Jurídica, una organización de personas que persigue fines valiosos y que el derecho imputa como distinta de sus miembros considerándolo como una unidad.

En efecto, el sujeto de derecho Sociedad anónima, tiene como característica la responsabilidad limitada de sus socios, que no necesariamente se da en otras Personas Jurídicas, tales como en la sociedad civil ordinaria (responsabilidad personal y subsidiaria), o el caso de las sociedades en comanditas respecto de sus socios colectivos (que responden ilimitadamente por las obligaciones sociales).

Esta distinción es importante a fin de precisar que el abuso de la responsabilidad limitada es cuestión totalmente distinta del llamado abuso de la personalidad jurídica. Este último además de tener el uso una terminología inadecuada, se refiere a un uso abusivo del sujeto del

derecho. Cabe preguntarnos ¿podría alguien abusar de su condición de sujeto de derecho?. Creemos que no.

El sujeto de derecho de derecho es el ser humano (individual o colectivamente considerado), mientras que la situación jurídica surge cuando dicho sujeto, al relacionarse con otros sujetos y al vivenciar valores comunitarios, asume un determinado *status*, según lo determina el ordenamiento.

Es decir, lo que se puede abusar es de una determinada situación jurídica y no de la condición de sujeto de derecho.

Los sujetos que hacen uso abusivo de la responsabilidad limitada son exclusivamente los socios, mientras que en el uso abusivo de la personalidad jurídica sería realizada solamente por los órganos de la sociedad.

En el caso de abuso de la forma societaria; que tiene como efecto declarar extinción del sujeto de derecho "sociedad", por entender que ésta solo ha servido de instrumento para que amparados en ella se puedan perpetrar actos ilícitos, esto acarrea como consecuencia el desconocimiento de la responsabilidad limitada. No ocurre a la inversa: en caso de declararse el abuso de la responsabilidad limitada del socio, no se extingue de la sociedad.

Ha dicho De Angel Yagüez "La aplicación de la doctrina Jurisprudencial sobre el 'levantamiento del velo' de la persona jurídica en modo alguno produce como efecto la desaparición de la misma, sino que el acreedor o el tercero que se estimase perjudicado por su existencia, ocultando a través de la forma la realidad subyacente, podrá actuar contra ella para hacer efectivos sus derechos".

Explicamos que lo dicho por el profesor Español se refiere al abuso de la responsabilidad limitada, pues si bien el tratamiento que hace en su trabajo es de la "doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica" en forma general; nosotros, lo trasladamos a los supuestos de responsabilidad del socio, que también recoge en su libro pero que nosotros los distinguimos por ser de naturaleza distinta a la denominada responsabilidad por abuso de las formas jurídicas y de la responsabilidad de los administradores.

6.4. MODUS OPERANDI

6.4.1. FRAUDE A LA LEY

El fraude a la Ley se ha desarrollado en sus dos tendencias: la subjetiva en la que negocios en fraude de Ley son negocios celebrados con la **intención** de que mediante sus efectos jurídicos y económicos o sociales típicos, se obtenga una finalidad o un resultado que aparece como legalmente prohibido bajo otra modalidad de negocios”. Charrasquer Clari por su parte sostiene “la idea de fraude a la ley se relaciona con aquellas situaciones en que para eludir una prohibición o una disposición imperativa se busca artificiosamente el amparo de otra ley”. La tendencia objetiva del fraude está referida a la oposición de la conducta con el contenido real de la norma (de la norma defraudada). En la doctrina española, PÉREZ ROYO, señala que “el fraude de ley presupone la existencia de una norma, cuya aplicación se trata de eludir (*norma defraudada*) mediante la modulación (calificación) artificiosa (*norma de cobertura*). El mecanismo a través del cual se lleva a cabo el fraude a la ley es el que se conoce en la teoría del negocio jurídico como el negocio jurídico indirecto: se utiliza un determinado negocio, típico o atípico, para obtener una finalidad distinta de la que constituye su propia causa.

Cabe diferenciar los actos contra la ley de los negocios en fraude a la ley. Los primeros atentan contra la norma objetiva y suponen un ilícito típico; mientras los negocios en fraude a la ley se caracterizan por el uso de rodeos, evitando el choque directo del negocio con la ley.

Para hablar de fraude a la ley deben darse los siguientes presupuestos:

1. La existencia de una norma que impide la eficacia del acto negocial.
2. Conducta de las partes calificada de fraudulenta. Como ya lo hemos adelantado puede darse la intención, aunque la tendencia es a objetivar la conducta como no concordante con los fines que la norma (defraudada) persigue.
3. Norma de cobertura, que se manifiesta impotente ante los principios superiores que informan a la norma defraudada.

Para determinar si un acto es fraudulento, es necesario que la ley defraudada debe entenderse del modo como debía aplicarse al negocio, y las normas de cobertura no entran en consideración.

En consecuencia la calificación de un acto en fraude de ley requiere de una interpretación extensiva y finalista de la norma defraudada; interpretar el negocio jurídico y su causa; y una interpretación estricta de las otras normas utilizadas como cobertura.

6.4.2. SIMULACIÓN

Mediante esta figura jurídica los sujetos pueden pactar: que el negocio realizado constituye una mera apariencia, que no los vincula y que, por lo mismo, carece de toda función (simulación absoluta); o que el negocio aparentemente realizado sirve para ocultar un empeño negocial distinto y efectivo de los sujetos, que tiene una función autónoma (simulación relativa).

Se caracteriza por la existencia de un acuerdo simulatorio, y en virtud de ello existen dos manifestaciones de voluntad: la del acto simulado y la del acto disimulado. En este fenómeno, estas manifestaciones se coordinan. La ausencia de este requisito, conllevaría a tratar ese caso como una de reserva mental, desprovisto de efectos jurídicos. Debe señalarse que no necesariamente es ilícita la materia del acuerdo simulatorio.

En uno y otro caso, la acción judicial contra la simulación, es la “nulidad del acto simulado”.

6.4.3. EL ABUSO DEL DERECHO

El abuso del derecho hace derivar en la ilicitud: abusar de un derecho es cometer un ilícito. Al ser un acto ilícito produce las consecuencias propias de dichos actos.

Es por ello que quien alega haber resultado objeto de un acto abusivo, debe denunciar el ilícito que tiene apariencia de derecho y mencionar específicamente el abuso, indicando expresamente, además, su perjuicio.

7. CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA DESESTIMACION DE LA PERSONALIDAD JURIDICA

Los doctrinarios concuerdan en que la doctrina del *disregard of legal entity* formulada por la jurisprudencia norteamericana es excepcional. Del análisis de la jurisprudencia de los Estados Unidos se aprecia claramente que los jueces americanos, siempre que han adoptado medidas que alcancen a las personas que se hallan detrás de la sociedad, lo han hecho porque han estado totalmente convencidos de que es una situación excepcional.

Tomando este antecedente, se debe de tener presente que la penetración de la personalidad jurídica societaria siempre tiene carácter excepcional.

En nuestro país también ha sido receptada esta idea como lo podemos comprobar por la poca jurisprudencia que existe al respecto.

El término excepcional significa aquello que constituye excepción de la regla común, que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez. Un sector de la doctrina sostiene que la inoponibilidad de la personalidad jurídica no es un recurso excepcional, sino un remedio que se utiliza, en nuestro caso, cuando se presentan los supuestos del artículo 17 de la Ley de Compañías. La desestimación de la personalidad jurídica se puede aplicar cuando se presente cualquiera de los supuestos del artículo mencionado, lo excepcional no es la aplicación del artículo sino que las sociedades sean medios para cometer hechos fraudulentos o abusivos.

Los presupuestos del artículo 17 deben de estar plenamente comprobados y debe de ser clara la fraudulencia o abuso para que se levante el velo. En caso de duda acerca de si procediere o no el corrimiento del velo societario, deberá optarse por la negativa de éste.

CAPITULO III

LA DESESTIMACION DE LA PERSONALIDAD JURIDICA EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

La legislación ecuatoriana no incorpora con claridad la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, peor aún establece un procedimiento determinado ni directrices al respecto. No obstante podemos analizar en algunos cuerpos legales, y con mayor claridad el artículo 17 de la Ley de Compañías, la posibilidad de su aplicación en virtud de la justicia por encima del principio de la autonomía de las sociedades.

1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 248 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.-

La actual carta magna en su artículo 248 enuncia los objetivos de la política económica de nuestro país. Me permito citar el mencionado artículo:

... “Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos:

- 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional.*
- 2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.*
- 3. Asegurar la soberanía alimentaria y energética.*
- 4. Promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las culturas.*

5. Lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, la integración entre regiones, en el campo, entre el campo y la ciudad, en lo económico, social y cultural.

6. Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales.

7. Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo.

8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.

9. Impulsar un consumo social y ambientalmente responsable.” ...

La Constitución establece que se asegurará una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. La propiedad es protegida y garantizada siempre y cuando cumpla con su función social, es decir, que *la propiedad está caracterizada como un derecho excluyente, individual, total, soberano y perpetuo, que permite a su titular sacar el máximo de utilidad de la cosa sobre la cual recae* (Resolución No. 172-2004).

La Constitución además, propiciará un intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficaces. Los ecuatorianos tenemos derecho a comercializar, negociar y desenvolvemos en mercado libre en el que prime la buena fe entre los actores. El abuso de la personalidad jurídica hacia fines para los que no fueron concebidos, y así obtener beneficios y ventajas que devienen de la separación de patrimonios.

2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY DE COMPAÑÍAS.-

La Ley de Compañías en su artículo 17 incorpora la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica de una manera muy sucinta:

... *“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.” ...*

El artículo busca evitar que existan manipulaciones de la figura de la sociedad, y por lo tanto, se podría levantar el velo de la persona jurídica para determinar cuál es la verdadera situación jurídica y el verdadero responsable u obligado.

De ser así, y de elevar a la personalidad jurídica de las sociedades a un nivel intocable sería amparar los fraudes, los abusos del derecho, contra la justicia, la moral y la buena fe. Se debe de levantar el velo para conocer los verdaderos actores de los actos antijurídicos.

El artículo 261 de la Ley de Compañías, expresa: ‘Los administradores no podrán hacer por cuenta de la compañía operaciones ajenas a su objeto. Hacerlo significa violación de las obligaciones de administración y del mandato que tuvieron.- Les es prohibido también negociar o contratar por cuenta propia, directa o indirectamente, con la compañía que administre’

2.1. LA IMPUTACIÓN DE LA ACTUACIÓN SOCIETARIA.-

La norma en estudio de la desestimación de la personalidad jurídica para imputar la actuación de la sociedad a las personas que hicieron posible ese proceder. Lo que se busca es hacer responsable a quien ordenare o ejecutare, los que obtuvieren provecho hasta lo que valga éste y los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución.

El artículo 17 no prescribe la pérdida o invalidación total de la personalidad jurídico, sino más bien una imputación directa a los socios o quienes ejecutaron los hechos abusivos o fraudulentos, esto es, la aplicación concreta para ellos de las normas que quisieran evitar tras la

máscara de la sociedad mercantil o compañía. Se deja de lado determinados efectos de la personalidad jurídica societaria.

En los casos de desestimación activa directa con motivo de un conflicto con terceros, la imputación de la actuación al socio o ejecutante no socio no implica desobligar a la compañía. En esos supuestos, lo que se pretende es responsabilizar a determinados socios o controladores de la compañía por las obligaciones de la sociedad sin que ésta quede desobligada. En efecto, el artículo 17 claramente que *serán personal y solidariamente responsables*, es decir, que no se pretende un levantamiento permanente y definitivo.

... “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:

- 4. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar;*
- 5. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y,*
- 6. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución.” ...*

3. FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL ECUADOR.-

A continuación nos permitimos comentar unos pocos fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, relacionados con el tema de nuestra tesina de los cuales podemos colegir que el levantamiento del velo societario desformaliza la personalidad jurídica de una sociedad para así poder llegar a los verdaderos actores de los actos antijurídicos de fraudes o abusos del derecho, en busca de una sociedad de buena fe, justa y con valores morales altos.

3.1. Juicio ordinario que por cumplimiento de contrato siguió Angel Mesías Puma Shagui contra Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda.

En este caso la Primera Sala de los Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, se expresó sobre la obligación que tiene todo juzgador, cuando advierte que hay una manipulación de la figura societaria, de levantar el denominado velo de la persona jurídica, para determinar cuál es la verdadera situación jurídica y quién es el verdadero responsable u obligado, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros, 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. Estas son situaciones extremas, que deben analizarse con sumo cuidado, ya que no puede afectarse a 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.

El señor Angel Puma Shagui demanda el cumplimiento de un contrato de venta de bienes muebles pero el tribunal de instancia rechaza la demanda por considerar que existe ilegitimidad de personería por cuanto 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 casa la sentencia y acepta la demanda, entre otras cosas, porque la compañía demandada se ha transformado sucesivamente de Compañía Limitada a Anónima y a Limitada. Esta transformación no es motivo para considerar que no se ha contado con su representante legal, ni que se ha demandado a una persona jurídica que no era la llamada a contestar la demanda, pues el cambio de nombre o de tipo societario no implica que surja una nueva persona jurídica diferente; ésta sigue siendo la misma, no se trata de la constitución de una nueva compañía que suceda a la anterior. Peor aún, ampararse en el cambio de denominación o del tipo social para incumplir obligaciones, se constituiría en un caso de fraude a la ley, previsto en el Art. 17 de la Ley de Compañías, que ocasiona responsabilidad personal al culpable⁶.

3.2. Juicio ordinario de indemnización de daño moral propuesto por R.M. en contra de R.O. y L.M.

En el presente juicio, el accionante denuncia que los demandados con premeditación, cálculo y mala fe, forjan y maquinan un expediente por una supuesta infracción sindical y deciden expulsarlo del Sindicato General de Ch. por el delito de TRAICIÓN A LA CLASE DEL VOLANTE, amparándose en el Comité Ejecutivo y en la Asamblea General de Socios, que según él, resultan membretes -nada más- manipulados por R.O. y L.M.. Según indica el

⁶ Ver anexo 1.

accionante, durante el expediente de expulsión se vierten en contra de él calificativos que van en detrimento de su personalidad, existiendo en todo momento un afán inequívoco de desprestigiarlo para lograr el fin enunciado en la propia denuncia.

Los demandados se defienden alegando que se los pretende obligar personalmente a una indemnización resarcitoria en beneficio del demandante, por el supuesto daño moral causado en la realización de actos imputables a otra persona, el órgano directivo de un ente con personería jurídica propia como es la Asamblea General del Sindicato General de Ch., ya que fue la Asamblea constituida la que procedió a su expulsión.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil se pronuncia señalando que es principio inconcuso que no se confunde la persona jurídica con la de sus integrantes, que los actos que ejecutan las personas jurídicas les son atribuibles a ellas y de su exclusiva responsabilidad y ni son atribuibles a sus miembros ni generan responsabilidad a su cargo, y que los actos del representante de una persona jurídica, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la persona jurídica, y en cuanto exceden de estos límites, sólo obligan personalmente al representante, aunque anota que, como consecuencia de la deformación del concepto de la persona jurídica y del uso abusivo de la misma, en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación extranjeras se ha ido abriendo paso la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica o del desentendimiento de la personalidad jurídica.

La Sala indica que el Sindicato General de Ch. de la provincia del Guayas, fue constituido con varios años de antelación a los hechos que han servido de fundamento a esta acción y que por lo tanto no puede calificarse como un ente simulado mediante el cual se busca violar la ley o defraudar los intereses de terceros, y la decisión colectiva de expulsar a uno de sus miembros pueda considerarse per se que constituya violación de la ley o defraudación de los intereses de terceros, para que se pueda directamente desentender de la personalidad jurídica y atribuir las consecuencias de los actos del sindicato a sus socios⁷.

3.3. Juicio de partición seguido por el doctor M. E. en contra de la Compañía G. S.A.

En la demanda propuesta por el doctor M. E., que da inicio al juicio referido, se pretende que se proceda judicialmente a la partición o división de la hacienda 'L. M.', ubicada en el cantón

⁷ Ver Anexo 2.

Balao, provincia del Guayas. Dicha hacienda pertenece a los activos de la Compañía Anónima G. S.A. cuyos únicos socios son los cinco hermanos: M., R., J., J. y L. E. M. Los cinco hermanos E. M. en Junta General de Accionistas de la compañía, en forma libre y voluntaria, convinieron en la partición o división, entre ellos, de la hacienda 'L. M.'. Dicho convenio celebrado el 16 de mayo de 1990, ante el abogado E. R., Notario titular Vigésimo Octavo del cantón Guayaquil, según indica el accionante, debe cumplirse de buena fe, y cuando los convenios no se cumplen voluntariamente, los órganos judiciales, a petición del interesado mediante la respectiva demanda y previo el trámite establecido por la ley, deben disponer el cumplimiento forzoso del convenio.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, señala que la Junta General de una compañía no puede disponer el reembolso de los bienes aportados por los socios, ya sea mediante el reparto por partición y adjudicación u otra forma. Ese reparto puede realizarse exclusivamente dentro del proceso de disolución y liquidación de la compañía y solamente del remanente que quedare una vez satisfechos los créditos sociales. Lo que puede sí perfectamente la Junta General o Asamblea de Accionistas, si su voluntad es repartirse los bienes sociales, es resolver la disolución y la liquidación de la sociedad, resolución que puede adoptarla en cualquier tiempo.

En el presente juicio, el actor doctor M. E., en su alegación en estrados, sostuvo que la verdad oculta tras la vestidura de la Compañía G. S.A. es la de que los hermanos E. M. son los únicos copropietarios de la hacienda 'L. M.', en una cuota equivalente al 20% de cada uno, y en base de esta verdad oculta debe aplicarse la develización, que ha sido acogida por dicha Sala en otros fallos. Acerca de esta alegación, la Sala anota que en la doctrina y la jurisprudencia extranjera va ganando terreno, cada vez más, la necesidad del levantamiento del velo de las personas jurídicas, particularmente de las sociedades anónimas. La develización consiste en prescindir de la forma externa de la persona jurídica y, a partir de ahí, penetrar en la interioridad de la misma y examinar los reales intereses que laten en su interior. Pero el levantamiento del velo no puede hacerse en todo caso y para todo, porque darle esa extensión general descoyuntaría toda la estructura jurídica de la sociedad o compañía; por este medio, prácticamente, se estaría derogando a dicha institución. Por eso, la operación del levantamiento del velo cabe utilizarse muy cuidadosamente y en casos extremos en que el juzgador no encuentra otro camino para poner coto a los abusos y perjuicios contra terceros realizados con el empleo fraudulento del principio de separación absoluta entre la persona social y cada uno de sus socios, con la correlativa separación de sus patrimonios.

La Sala termina resolviendo que en el presente juicio no ha sido materia del debate procesal que el actor doctor M. E. o sus otros hermanos estén utilizando la personalidad jurídica de la Compañía G. S.A. para ocultar intereses encaminados a perjudicar a terceros, por lo cual no viene al caso aplicarse la doctrina de la devalización⁸.

3.4. Juicio Ejecutivo contra la compañía M.Ch. S.A.

La compañía 'M. Ch. S.A.', tenía como accionistas a los señores: abogado L. B. L. (99.5 por ciento), L. B. P. (0.125 por ciento), I. L. de B. (0.125 por ciento), M. I. B. (0.125 por ciento) y G. S. (0.125 por ciento). 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. Por los apellidos, en el juicio se concluyó 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.

Dentro de la estación probatoria, 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 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 llevó a concluir que detrás de la figura societaria se encontraban los intereses del abogado L. B. L. y que los restantes accionistas no tenían ningún interés real en la misma. La persona jurídica se había 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 estaba siendo utilizada para otros fines privativos del abogado L. B. L., titular del 99.5 por ciento del capital social.

En su fallo, la Sala señala que 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

⁸ Ver Anexo 3.

justificación económica y social ya que no es más una persona ideal o moral y se convierte en una mera figura formal.

Como muy bien indica la Sala, esta situación desemboca en el llamado <abuso> de la persona jurídica. Frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico y llegar hasta éstos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros⁹.

⁹ Ver anexo 4.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Es difícil la tarea de encontrar una justificación a una institución que, sin ostentar amparo legal fuerte en nuestra legislación, consigue por sí sola ignorar e incluso anular a otra no sólo prevista legalmente sino regulada con todo detalle y que ha permitido el desarrollo de las relaciones mercantiles a lo largo del tiempo.

Institución que nace ante la falta de correspondencia entre la realidad económica y el derecho, y en aras a proteger los intereses que puedan verse afectados en aquellas situaciones en que concurra fraude de ley o abuso de derecho se ha ido creando tanto en el orden civil como en el orden social, una jurisprudencia de indicios acumulativos del levantamiento del velo societario, cuya finalidad no es otra que concluir la existencia real de una sociedad cuando se den determinados indicios o factores.

Se busca ir más allá de la simple formalidad jurídica para atender los intereses que puedan verse afectados en cada caso concreto.

Una vez analizado el tema de la presente tesina, consideramos que es necesaria la elaboración de una normativa que regule los supuestos “clásicos” de fraude de los socios. Somos conscientes que esto no resuelve por completo el problema, ya que cada día se crean nuevas formas de abusos por lo que necesariamente nos debemos remitir a los principios jurídicos que forman nuestro ordenamiento.

Hacemos nuestras las expresiones de Cabanellas de las Cuevas al señalar que *“la utilización de un único término para englobar los distintos casos que dan lugar a la desestimación de la personalidad societaria presenta el peligro de dar la idea de que exista un motivo jurídico único para tal desestimación”*. Por eso la dación de una norma no es una solución completa, pues las causas por las que se configura el fenómeno son muy variadas al igual que las soluciones.

Si bien esta teoría es de carácter restrictivo, no significa que los jueces no deban aplicarla; se trata de una herramienta más que tiene el juez para evitar y sancionar abusos.

En el esquema que nosotros defendemos la sociedad mantiene su existencia autónoma (relacionando se en el mercado: con proveedores, consumidores, usuarios, etc.), mas se le niega al socio el beneficio de la responsabilidad limitada.

Se ha dicho en la doctrina que falta establecer los criterios claros que precisen cuándo se puede aplicar esta teoría como una solución a los casos de abusos y fraudes cometidos a través de la sociedad comercial.

Las responsabilidades que resultan del uso abusivo de la responsabilidad limitada son exclusivas del socio o socios. Para responsabilizar al socio es necesaria la actuación de la sociedad, y como ya lo sabemos, ésta sólo lo hace a través de sus órganos.

ANEXOS

ANEXO 1

Resolución N° 20-2003

Juicio N° 67-2002

R. O. N° 58 de 9 de abril del 2003

Juicio ordinario que por cumplimiento de contrato siguió Angel Mesías Puma Shagui contra Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda.

PRIMERA INSTANCIA.

JUZGADO DÉCIMO CUARTO DE LO CIVIL DEL AZUAY. Cuenca a 30 de octubre del 2000. Las 09h00.

VISTOS: El señor Angel Mesías Puma Shagui 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 Importadora Terreros Serrano 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. Mario Terreros Serrano, 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 Mario Santiago Terreros Serrano, Gerente Propietario de Importadora Terreros Serrano 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 reconvención 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 Mario Terreros Serrano es el Gerente General de Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda. y no de Importadora Terreros Serrano 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 Mario Santiago Terreros Serrano en su calidad de Gerente Propietario de Importadora Terreros Serrano 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 reconvención 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 reconvención.- Notifíquese.-

f) Dr. Guillermo Yáñez Narváez.

SEGUNDA INSTANCIA.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUENCA. PRIMERA SALA. Cuenca 14 de febrero del 2002; las 10h00.

VISTOS: El demandante Angel Mesías Puma Shagui 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 Mario Santiago Terreros Serrano, Gerente Propietario de IMPORTADORA TERREROS SERRANO 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 Serrano 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 Mario Terreros Serrano, 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 sucres cada uno. Por lo expuesto, en juicio ordinario demanda al señor Mario Santiago Terreros Serrano, Gerente Propietario de Importadora Terreros Serrano 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 reconvención 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 Mario Terreros Serrano, es Gerente General de "Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda. y no importadora Terreros Serrano 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.

Firmas ilegibles.

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

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 Mario Santiago Terreros Serrano, en su calidad de gerente propietario de Importadora Terreros Serrano 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 Importadora Terreros Serrano 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 Mario Terreros Serrano, es Gerente General de «Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda.» y no de «Importadora Terreros Serrano 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 Mario Terreros Serrano tiene capacidad procesal para comparecer en este proceso a nombre de la compañía "Importadora Terreros Serrano", 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, Importadora Terreros Serrano; 2) En ningún momento, quien comparece a nombre de la persona jurídica demandada, señor Mario Terreros Serrano, 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 "Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda." a "Importadora Terreros Serrano S.A." y luego a "Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda.", haciéndose constar que Mario Terreros Serrano 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 Terreros Serrano 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 "Importadora Terreros Serrano". 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 Terreros Serrano Cía. Ltda.." es persona jurídica diferente de "Importadora Terreros Serrano 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 Terreros Serrano 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 Importadora Terreros Serrano 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. Mario Terreros Serrano, 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 Mario Terreros Serrano 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 Importadora Terreros Serrano 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 Importadora Terreros Serrano S.A. e Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda. Es más, es el mismo demandado Mario Terreros Serrano 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 Terreros Serrano 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 Terreros Serrano 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 Importadora Terreros Serrano, 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 Terreros Serrano 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 Mario Terreros Serrano (fojas 20 vta.-21 ibídem), 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 Importadora Terreros Serrano sociedad anónima y compañía limitada"), responde que "es representante legal de Importadora Terreros Serrano 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 Terreros Serrano S.A. El actor adjunta al proceso una factura comercial No. 0006415 de "Importadora Terreros Serrano 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 Importadora Terreros Serrano 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 "Importadora Terreros Serrano"; 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

Importadora Terreros Serrano. 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 règle 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 Importadora Terreros Serrano, 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.

ANEXO 2

8-VII-99 (Expediente No. 393-99, Primera Sala, R.O. 273, 9-IX-99)

"... SEGUNDO.- En tal virtud, en el caso sub júdice, la Sala se limita a analizar las causales invocadas por los recurrentes como fundamento de su recurso (primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación) y las normas consideradas como infringidas (artículos 2241 y 2243 del Código Civil; el inciso segundo del primer artículo innumerado agregado después del 2258 ibídem por la Ley No. 177, publicada en el Registro Oficial 779 de 4 de julio de 1984; artículos 117 y 120 del Código de Procedimiento Civil). Como fundamentos de su recurso, los recurrentes señalan con respecto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, que en la sentencia antes recurrida existe aplicación indebida y errónea interpretación de normas de derecho en la parte dispositiva, determinantes para consagrar una injusticia e ilegalidad en

la parte resolutive de la misma... Alegamos, señores Ministros, que vuestra sentencia violenta los Arts. 2241 y 2243 del Código Civil ecuatoriano, así como el segundo inciso del primer artículo innumerado que se agrega luego del Art. 2258 del Código Civil, por mandato de la Ley 171, publicada en el Registro Oficial 779 del 4 de julio de 1984, ya que se nos pretende obligar personalmente a una indemnización resarcitoria en beneficio del demandante, por el supuesto daño moral causado en la realización de actos imputables a otra persona, el órgano directivo de un ente con personería jurídica propia como es la Asamblea General del Sindicato General de Ch. Las disposiciones sustantivas citadas expresamente obligan a tal indemnización a <El que ha cometido un delito o cuasidelito> (Art. 2241) lo manifiesta expresamente el Art. 2243 <Están obligados a la indemnización el que hizo el daño...>; en relación con el Artículo innumerado que complementa lo antes dicho...; y como fundamentos de la causal tercera, indican que en la sentencia recurrida existe <aplicación indebida y errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba...>, en especial de los Arts. 117 y 120 del Código de Procedimiento Civil... En efecto, el accionante en el decurso del presente proceso ha agregado la documentación pertinente a través de la cual el Sindicato General de Ch., constituido en legal y general Asamblea, procedió a su expulsión, sin embargo era menester la prueba de los hechos afirmados por éste en su demanda, es decir, que los demandados hayan realizado un delito o cuasidelito y que el daño moral irrogado por éste sea su resultado próximo. De lo aportado por el actor, señores Ministros, no es posible expresar, como lo afirman general y superficialmente en la parte dispositiva de la sentencia recurrida, <Que el accionante fue sometido a un expediente de investigación que sorpresivamente se convirtió en otro de expulsión...>, ni que <durante el llamado expediente de expulsión se vierten en contra del accionante calificativos que van en detrimento de su personalidad, existiendo en todo momento por parte del Secretario General como del denunciante un afán inequívoco de desprestigiarlo para lograr el fin enunciado en la propia denuncia> o que <...las razones que se invocan para la expulsión del demandante son el producto de una interpretación subjetiva de los Estatutos del Sindicato de Ch. ..., para finalizar, señores Ministros, sosteniendo que <se ha incurrido en actuaciones arbitrarias e injustificadas.., se ha mancillado seriamente el honor del socio, privándosele de su derecho a la defensa...>. De la prueba aportada por el accionante no se prueba lo afirmado en la demanda ni lo expresado en la sentencia recurrida, no hay fundamento para afirmar que los demandados R.O. y/o L. M., por nuestros propios derechos, hayamos realizado actos que causen daño en el accionante, ni que estos, de existir, hayan sido dolosos con la intención efectiva de perjudicarlo, o negligentes. Cuando se lo denunció como traidor al gremio de choferes al demandante, se cumplía una obligación moral y se ejercía un derecho legal y estatutario por parte de un afiliado. No se ha probado que la denuncia, el

expediente administrativo o la resolución final haya violado alguna normal (Sic) estatutaria o legal, por ende, el mismo es procedente, tan es así que no ha sido impugnado con los recursos que la ley otorga, ni Ustedes, señores Ministros, citan disposición alguna violentada en tal procedimiento.

TERCERO.- Respecto de la acusación de que en la resolución se han transgredido los artículos 2241 y 2243 del Código Civil y el segundo inciso del primer innumerado que se mandó agregar después del 2258 del mismo cuerpo legal por Ley 171 publicada en el Registro Oficial No. 77 de 4 de julio de 1984, se anota: a) examinado el libelo de demanda aparece que el actor la fundamenta en el hecho de su expulsión como socio del Sindicato General de Ch. y atribuye a los demandados ser los causantes de tal expulsión, producida por resolución de la Asamblea General de socios llevada a cabo el 29 de julio de 1993, porque, según asevera el actor, el señor R.O., con premeditación, cálculo, mala fe, forja y maquina un expediente por una supuesta infracción sindical y (él) decide EXPULSARME del Sindicato por el delito de TRAICIÓN A LA CLASE DEL VOLANTE, amparándose en el Comité Ejecutivo y en una Asamblea de socios, que resultan membretes -nada más- MANIPULADOS a su antojo, por R.O. y sus complotados en esta irrita acción. Es principio inconcuso que no se confunde la persona jurídica con la de sus integrantes, que los actos que ejecutan las personas jurídicas les son atribuibles a ellas y de su exclusiva responsabilidad y ni son atribuibles a sus miembros ni generan responsabilidad a su cargo, y que los actos del representante de una persona jurídica, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la persona jurídica, y en cuanto exceden de estos límites, sólo obligan personalmente al representante, aunque debe anotarse que, como consecuencia de la deformación del concepto de la persona jurídica y del uso abusivo de la misma, en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación extranjeras se ha ido abriendo paso la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica o del desentendimiento de la personalidad jurídica, que puede constituir instrumento adecuado o incluso necesario para la obtención de soluciones ajustadas a la justicia material, en cuanto fundadas en la exacta valoración de los intereses que realmente se encuentran en juego en cada caso; lo que significa despojar la persona jurídica de su vestidura formal para comprobar qué es lo que bajo esa vestidura se halla o, lo que es lo mismo, desarrollar los razonamientos jurídicos como si no existiese la persona jurídica (La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia, Ricardo de Ángel Yáguez, 4a. edición, Civitas, Madrid, 1997, p. 54), pero advirtiéndose que el empleo de este instrumento no es abierto ni indiscriminado, sino que lo será en aquellas hipótesis en que el intérprete del Derecho llegue a la apreciación de que la persona jurídica se ha constituido con ánimo de

defraudar o a la ley o a los intereses de terceros, o cuando -no como objetivo, sino como resultado- la utilización de la cobertura formal en que la persona jurídica consiste conduce a los mismos efectos defraudatorios (ibídem, p. 55). Aunque los casos más frecuentes de utilización indebida de la personalidad jurídica se da en el campo societario, sin embargo no debe excluirse la posibilidad de que el incorrecto empleo de la figura se dé respecto de las personas jurídicas sin finalidad de lucro, sea porque se simula su constitución para eludir el cumplimiento de un contrato, burlar los derechos de un tercero o eludir la ley, sea porque se utilice la cobertura formal de una entidad de esta clase con los mismos propósitos. En la especie, el Sindicato General de Ch. de la provincia del Guayas, constituido con varios años de antelación a los hechos que han servido de fundamento a la presente acción, no puede calificarse como un ente simulado mediante el cual se busca violar la ley o defraudar los intereses de terceros, y la decisión colectiva de expulsar a uno de sus miembros pueda considerarse per se que constituya violación de la ley o defraudación de los intereses de terceros, para que se pueda directamente desentender de la personalidad jurídica y atribuir las consecuencias de los actos del sindicato a sus socios.

CUARTO.- Siendo como es un acto del Sindicato la decisión de expulsar al actor, por el que debe responder el propio Sindicato, este acto goza de presunción de validez mientras no se impugne mediante el debido proceso y se demuestre que ha sido adoptado con violación de la ley o a los estatutos de la organización; pero, al decir debido proceso, se ha de tener en cuenta que en el mismo habrá de ser parte el ente moral cuyo acto se está impugnando, el cual habrá de tener la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, lo que no ha ocurrido en la especie, ya que no ha sido parte del proceso el Sindicato General de Ch., ni ha sido invocado como supuesto fáctico de la acción el que haya un pronunciamiento judicial en firme que declare la invalidez de la decisión o que el propio Sindicato la haya revisado y dejado sin efecto por haberse tomado incumpliendo las normas legales o reglamentarias.

QUINTO.- Aunque no lo explicita en su libelo de demanda, el accionante está fundando su pretensión en la imputación que hace a los demandados de que ellos han abusado del derecho a presentar una denuncia y a tramitarla en el seno del Sindicato. Sin embargo, por la misma naturaleza de la entidad, mal puede hablarse de abuso del derecho ni en el proponer, ni en el tramitar ni en el decidir la expulsión de uno de sus socios, salvo que en el procedimiento se haya transgredido expresamente la ley o los estatutos. Sobre el tema, el profesor chileno Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra *De la Responsabilidad Extra-Contractual en el Derecho Civil Chileno*, 2da. ed., Ediar Editores, Santiago 1983, T. I, Pág. 269 dice: 177.- Ámbito del abuso

del derecho: Todos los derechos, cualquiera que sea su fuente, reales o personales, patrimoniales o de familia, y aún las garantías constitucionales son susceptibles de un ejercicio abusivo y más adelante (Págs. 271-272) añade: '180.- Derechos absolutos: Se exceptúan de lo dicho en el No. 177 los derechos absolutos, esto es, los que su titular puede ejercer arbitrariamente, con cualquier propósito. Dada la naturaleza o el carácter de tales derechos, el legislador ha querido que se ejerza con toda libertad: su ejercicio, por lo tanto, no es susceptible de abuso ni engendra responsabilidad para su titular, y aunque ese ejercicio sea doloso o culpable. Entre estos derechos, que son pocos, puede citarse:... El de una corporación para rehusar la admisión de nuevos socios o para aplicar medidas disciplinarias a sus miembros o acordar su expulsión, siempre que tales acuerdos o medidas se adopten en los casos y con los requisitos prescritos por los estatutos. Los tribunales no pueden calificar las circunstancias que determinaron la aplicación de esas medidas o la expulsión. Ahora bien, como se ha indicado en el considerando anterior, el análisis de la legalidad de la decisión pudo hacerse en un proceso previo en que hubiera sido parte el Sindicato, o en este mismo proceso si la parte demandada también hubiera estado integrada por el tantas veces mencionado Sindicato, lo que no ocurrió. Si en este proceso se declara que la decisión de expulsar al actor adoptada por la Asamblea General del Sindicato no es válida, llegaríamos al absurdo de la decisión de expulsión seguiría siendo válida para la persona jurídica que la adoptó y el fallo judicial carecería de valor frente a ella por no haber sido parte de este proceso y en conformidad con lo que dispone el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, mientras que para los demandados sería nula la decisión de la persona jurídica. Por lo tanto, el fallo de última instancia ha aplicado indebidamente por errónea interpretación, los artículos 2241 y 2243 del Código Civil, e inciso segundo del primer artículo innumerado que se mandó agregar después del artículo 2258 del mismo Código Civil por mandato de la Ley No. 171 promulgada en el Registro Oficial 779 de 4 de julio de 1984, por lo que debe ser casada.

SEXTO.- Los demandados alegaron falta de derecho del actor para proceder en su contra, del análisis que antecede se desprende que, efectivamente, el actor carece de derecho para intentar la acción, como lo ha hecho, exclusivamente contra los dos demandados por ser un caso de litis consorcio necesario en que debió contarse también con el Sindicato General de Ch., por no existir sentencia que declare la nulidad de la decisión de declarar traidor a la clase del volante y expulsar de su seno al actor, adoptada por la Asamblea General de socios de esta organización clasista el 29 de julio de 1993, ni decisión de este organismo gremial que deje sin efecto tal resolución por haberse adoptado con violación de la ley y de los estatutos sociales, por lo que en el proceso hay falta de legitimación ad causam en la parte pasiva y la

demanda debe rechazarse. 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 la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, dentro del juicio ordinario de indemnización de daño moral propuesto por R.M. en contra de R.O. y L.M. y rechaza la demanda. ..."

ANEXO 3

23-VII-2004 ((Resolución No. 172-2004 n.d.)

"VISTOS: La Compañía G. S.A., por medio de su representante legal Ing. G. G., deduce recurso de casación contra el auto, que resuelve las cuestiones previas, dictado por la Primera Sala de la Corte Superior de Guayaquil, en el juicio de partición seguido por el doctor M. E. Aduce que en el auto se han transgredido las siguientes normas de derecho: aplicación indebida de los artículos 1067 (1014) y 650 (639) del Código de Procedimiento Civil; falta de aplicación de los artículos: 587 (568), 1360 (1338), 1588 (1561), 1595 (1568), 1984 (1957) y 2046 (2019) del Código Civil; 261, 230, 231, 238, 239, 387, 598, 399 de la Ley de Compañías, y artículos 354 (345) y 1067 (1014) del Código de Procedimiento Civil; así como también precedentes jurisprudenciales obligatorios, por ser de triple reiteración, relacionados con la necesaria legítima contradicción pasiva; y errónea interpretación de los artículos 170 (166) y 284 (280) del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta el recurso en las causales primera, segunda y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Por su parte M. E. interpone también recurso de casación, aduciendo infracción de las mismas normas de derecho y causales invocadas por la Compañía G. S.A. Por concedidos los recursos suben a la Corte Suprema de Justicia y se radica la competencia, por el sorteo de ley, en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la que en providencia de 5 de febrero del 2004, los acepta a trámite. Concluida la sustanciación, atento el estado de la causa, para resolver se considera:

PRIMERO.- En orden lógico se analiza primeramente las acusaciones formuladas por los recurrentes de que la sentencia adolece del vicio in procedendo previsto en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación; esto es, que la sentencia ha sido pronunciada sobre un proceso viciado de nulidad insanable o que ha provocado indefensión; los recurrentes en la fundamentación de esta acusación expresan: '5.11. La Sala, en su resolución, no ha aplicado los artículos 354 (345) y 1067 (1014) del Código de Procedimiento Civil, y ha sustanciado la causa siguiendo el procedimiento de partición, pese a que en el contrato que pretende ejecutar

estaba pactada la vía verbal sumaria o la ejecutiva, con lo cual se ha viciado de nulidad el proceso, sin que dicha nulidad haya sido declarada. Para proceder de esta forma, se ha interpretado erróneamente del (Sic) Art. 284 (280) del Código de Procedimiento Civil, puesto que, bajo el supuesto de haber sufrido una omisión de derecho, se ha cambiado la vía del trámite solicitado que era la del juicio verbal sumario, agregándole las normas de la partición de bienes. El demandante pidió que se tramite la causa en juicio verbal sumario, con las normas propias de la partición de bienes, no obstante que, conforme estaba previsto en la Cláusula Séptima del Convenio cuya ejecución parcial pretende el actor, la vía a seguirse era la verbal sumaria o la ejecutiva, a elección del acreedor demandante y no la del procedimiento de partición. Sin embargo, el Juez de primera instancia, al proveer la demanda, cambia la vía pedida por el actor y la somete al trámite del juicio de partición y no a la vía verbal sumaria que era la que correspondería para demandar la ejecución del convenio, si hubiera existido derecho a ello. Esto constituye un cambio de la acción procesal resuelta de oficio por el Juez de primera instancia, cuya resolución ha sido íntegramente ratificada por la Sala, lo que no era legalmente procedente, porque se excedió de la atribución que le confiere a los jueces el Art. 284 (280) del Código de Procedimiento Civil. Cambiar la vía del trámite solicitado no es lo mismo que <suplir las omisiones en que incurren las partes sobre un punto de derecho>'. Acerca de esta acusación se anota: En la demanda propuesta por el doctor M. E., que da inicio al presente juicio, se pretende que se proceda judicialmente a la partición o división de la hacienda 'L. M.', ubicada en el cantón Balao, provincia del Guayas. El Código de Procedimiento Civil establece las reglas a las que deben sujetarse los trámites de los juicios sometidos a decisión de los órganos judiciales. Los sujetos de la relación procesal, es decir, los jueces y sus auxiliares, y los litigantes, están subordinados o encadenados a esas reglas; las cuales son de orden público y no quedan al arbitrio de los litigantes o del Juez, sino que deben cumplirse necesariamente como manda la ley. Por excepción, el artículo 843 (828) del Código de Procedimiento Civil faculta a las partes para convenir que determinadas controversias que deben ventilarse en juicio ordinario se tramiten en juicio verbal sumario. Esta facultad se justifica por la circunstancia de que en el juicio ordinario, que es el de conocimiento por antonomasia, contempla una sustanciación con diligencias y términos amplios, que requieren un largo y costoso camino hasta la finalización de la causa, mediante sentencia. Esto se simplifica o abrevia en el juicio verbal sumario, que en definitiva viene a ser un juicio de conocimiento abreviado. Pero en ningún supuesto procede que la partición o división judicial de bienes se tramite en juicio verbal sumario, porque el juicio de partición tiene reglas especiales previstas en la Sección 8a. 'Del Juicio de Partición', Título II, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil (artículos 650 al 670 <639 al 659>), no susceptibles de modificación por

convenio de las partes. Tampoco pueden combinarse o mezclarse reglas del juicio de partición con reglas del juicio verbal sumario, como se pretende en la demanda propuesta por el Dr. M. E. Una de las obligaciones principales del Juez es la de dar el trámite que legalmente corresponde al juicio, de acuerdo a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando, desde el momento de la calificación de la demanda hasta la terminación de la controversia, aplicando el principio de saneamiento en todas las fases del desenvolvimiento del juicio. De no hacerlo así, el proceso adolecería de nulidad y el Juez sería sancionado con el pago de las costas procesales causadas en el trámite anulado. Entonces, más que para suplir omisiones de derecho en que incurra el actor al proponer en su demanda que se dé un trámite que no corresponde, el Juez que avoca conocimiento de la causa deberá darle el trámite del juicio de partición señalado en la ley procesal. Las reglas del juicio de partición son de naturaleza imperativa y prevalecen sobre cualquier acuerdo de las partes y, por tanto, es de responsabilidad directa y personal del Juez no apartarse de esas reglas. En esta virtud, el Juez Undécimo de lo Civil del Guayas ha actuado correctamente al darle el trámite del juicio de partición a la demanda presentada por el actor. El proceso es válido y no es admisible la acusación formulada por los recurrentes por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. Otra cosa es, por cierto, que proceda o no la partición de bienes demandada por motivos de fondo, lo cual se analiza más adelante.

SEGUNDO.- Otra de las acusaciones de los recurrentes es que en la sentencia existe aplicación indebida del artículo 650 del Código de Procedimiento Civil, falta de aplicación de los artículos 587 (568), 1360 (1338), 1588 (1561), 1595 (1568), 1984 (1957) y 2046 (2019) del Código Civil, y los artículos 261, 230, 231, 238, 239, 387, 598 y 399 de la Ley de Compañías. Se analiza esta acusación en este considerando y en los subsiguientes: la Constitución Política de la República del Ecuador, a su vez, preceptúa que la propiedad en cualesquiera de las formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía. Deberá procurar el incremento y la redistribución del ingreso y permitir el acceso El dominio (que se llama también propiedad), dice el artículo 618 (599) del Código Civil, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social. El artículo 30 de de la población a los beneficios de la riqueza y el desarrollo. Dentro de los límites señalados en los preceptos anteriores, la propiedad está caracterizada como un derecho excluyente, individual, total, soberano y perpetuo, que permite a su titular sacar el máximo de utilidad de la cosa sobre la cual recae. Pero en muchos casos el titular del derecho de propiedad no es una sola persona sino varias, y entonces nos

encontramos ante una situación jurídica diversa, que es la comunidad o indivisión. Las diferentes normas legales, al referirse a la pluralidad entre los titulares del derecho de propiedad en una cosa, utilizan los términos condominio, copropiedad, indivisión, comunidad, propiedad colectiva, lo que crea cierta confusión que amerita que se haga la debida precisión. Concordamos con Alessandri Rodríguez cuando al respecto dice: 'En nuestro sentir, indivisión y comunidad son conceptos sinónimos y de alcance genérico; la copropiedad y el condominio son conceptos sinónimos entre sí y de alcance específico. Siguiendo este punto de vista, hay comunidad o indivisión cuando varias personas tienen sobre la totalidad de una misma cosa y sobre cada una de sus partes derechos de idéntica naturaleza jurídica, o mejor, un solo derecho' (Curso de Derecho Civil. Tomo II. De los Bienes. Segunda Edición. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. 1957. Pág. 212). El origen de la comunidad es muy variado, porque su fuente puede ser un hecho, un acto jurídico o la ley. Los casos más frecuentes son: a) Cuando dos o más personas adquieren conjuntamente por cualquier título traslativo de dominio por acto entre vivos una cosa, convirtiéndose así en comuneros; b) Puede acontecer que dos personas adquieran una cosa mortis causa, por efecto de un legado o por efecto de herencia; por lo cual se establece entre ellos una relación de comunidad; c) Se puede presentar el caso de que el propietario de una cosa ceda una parte o cuota abstracta de ella a uno o varios terceros, dando origen a una relación de comunidad entre estos y los activos comuneros de quien le cedió su derecho; d) La comunidad puede tener origen en la adquisición de una parte o cuota de la cosa por cualquier modo originario de adquirir el dominio (prescripción, accesión, etc.); e) También puede tener su origen en el texto legal tal y como se presenta en la comunidad forzada; y, f) Asimismo puede haber comunidad de bienes por disolución de la sociedad conyugal o de la unión de hecho, y en la última etapa de la disolución o liquidación de una compañía.

TERCERO.- La forma más frecuente de extinción o terminación de la comunidad es por la partición o división del haber común, que es la forma que nos ocupa. Nuestra ley, siguiendo la técnica jurídica de dejar a la doctrina las definiciones, no da una definición de partición o división. Según Alessandri Rodríguez: 'La palabra partición tiene dos significados distintos. En un sentido amplio, <es un conjunto complejo de actos encaminados a poner fin al estado de indivisión mediante la liquidación y distribución entre los copartícipes del caudal poseído pro indiviso en parte o lotes que guarden proporción con los derechos u optativos de cada uno de ellos>. En un sentido restringido, <es la operación por la cual el bien común se divide en tantos lotes cuantos comuneros vayan recibiendo cada uno de estos la propiedad exclusiva de uno de esos lotes>. De esta manera < las cuotas indivisas y abstractas de cada uno de los comuneros

se transforman en partes concretas y materiales; la propiedad indivisa es sustituida por una propiedad unitaria>. La ley no favorece la comunidad porque da origen a dificultades y querellas entre los comuneros para la explotación económica de los bienes, porque es perjudicial para el mejoramiento de los mismos como quiera que el hombre pone mayor interés en las cosas que son de su dominio exclusivo que en las comunes, las alia y aprovecha mejor, según el decir de las Partidas; porque dificulta la libre circulación de los bienes al exigirse la unanimidad o la mayoría de votos para enajenar el todo o una parte material de la cosa. En realidad, la pluralidad de bienes se determina en la comunidad romanista, que los derechos de unos se sientan paralizados frente a los derechos iguales de los otros. Con razón dijo Loloy Sel que quien tiene un compañero tiene un amo (Qui a compaignon a maitre). Y en atención a todo esto, la ley establece que ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión; la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario. No puede estipularse pro indivisión por más de cinco años, pero cumplido este término podrá renovarse el pacto...> Ya hemos dicho que esta regla como todas las demás que figuran en el Título <De la Partición de Bienes> son de aplicación general y no solo en materia hereditaria.' (Obra citada. Págs. 225 y 226). La partición hereditaria se puede efectuar de tres maneras: 1) Por el testador o causante. 2) Por los coasignatarios de común acuerdo. 3) Mediante la acción de partición. En las comunidades que no tengan ese carácter, es decir que no sean hereditarias, no tiene cabida la primera forma indicada. No hay que perder de vista, por otro lado, que la comunidad puede ser voluntaria o forzada. La regla general es que los bienes poseídos en comunidad sean susceptibles de división y que, en consecuencia, puedan terminar por su partición. Pero hay casos en que esta partición no es posible y entonces estamos en presencia de las comunidades forzadas o perpetuas, a las cuales no se les puede poner fin mediante la partición. De ordinario estas comunidades forzadas derivan su carácter de la naturaleza o destinación de las cosas. Los casos de comunidad forzada están expresamente señalados en la ley, y entre ellas tenemos: las tierras comunitarias de los pueblos indígenas previstas en el artículo 84 de la Constitución; los bienes afectados al uso común de un edificio sometido al sistema de propiedad horizontal, la medianería, la servidumbre, la propiedad fiduciaria. La partición o división de bienes está regulada en el Título X, Libro Segundo del Código Civil (Arts. 1360 a 1396 <1338 a 1369>), complementado con las disposiciones establecidas en la Sección 8a. Del Juicio de Partición, Título II, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil (Art. 650 al 670 <639 al 659>). Las normas contenidas en los cuerpos legales mencionados son de aplicación general, en el sentido de que ellas rigen no sólo tratándose de dividir la sucesión hereditaria o la copropiedad, como podría desprenderse de los artículos 1360 (1338) y

siguientes del Código Civil y 650 (639) del Código de Procedimiento Civil, sino que también se aplican a cualquier comunidad o indivisión, como disponen los artículos 195 (191), 2046 (2019) y 2240 (2213) del Código Civil y el artículo 398, ordinal 6o. de la Ley de Compañías. De lo anterior se desprende, en forma inequívoca, que el presupuesto esencial para que proceda la partición de bienes es que exista una situación de comunidad, que no sea forzosa o perpetua.

CUARTO.- Examinemos la situación de la sociedad o compañía civil o comercial, y más concretamente de la sociedad anónima que tiene vinculación con los asuntos debatidos en el presente juicio de partición. La sociedad o compañía, conforme dispone el artículo 1984 (1957) del Código Civil, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados. Como tal, tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, separadamente de los socios; es decir, para formar un patrimonio al servicio de la empresa asociada. La autonomía constituye la principal y más importante consecuencia de su personalidad; tiene asimismo un nombre que le sirve de signo distintivo y de identificación en el mundo de los negocios, como sujeto distinto de los socios, que no sólo permite a los terceros distinguir como de la sociedad los actos celebrados bajo ese nombre sino que le permite informarse de la clase o forma de sociedad; tiene también un domicilio y tiene, como consecuencia de ser un sujeto de derecho con un domicilio propio, una nacionalidad que lo vincula a las leyes de un país determinado. En la sociedad o compañía la principal obligación de los socios es la de contribuir a la formación del capital social destinado al desarrollo de la empresa o a la actividad social, de la cual se espera obtener la utilidad repartible. Por eso, el artículo 1986 (1959) del Código Civil dispone: 'No hay sociedad si cada uno de los socios no pone una cosa en común ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero. Tampoco hay sociedad sin participación de beneficios. No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero.'. La destinación de los aportes determina a su vez una afectación especial de los fondos ingresados al capital social, por cuanto no pueden ser utilizados en operaciones que no corresponden a la empresa asociada, para dar cumplimiento al contrato o dejar a salvo la intervención de los socios, y por cuanto constituyen la fuente común de los acreedores sociales. Esta doble función del aporte se facilita o reafirma con la autonomía patrimonial de la personalidad jurídica de la sociedad, pues así se produce una separación completa entre los bienes sociales y los individuales o personales de los socios.

QUINTO.- La sociedad y la comunidad no se pueden identificar entre sí, porque si bien ambas son formas de comunidad de bienes por pertenecer al mismo género, cada una tiene

características propias que las distinguen y las individualizan y que no pueden ser compartidas con la otra institución, por ser propias de cada una. Para mayor ilustración veamos los aspectos que les son comunes y los que las diferencian: a) En las dos instituciones existe un patrimonio que podríamos llamar 'comunidad de bienes', pero en la comunidad, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad, éste no constituye una entidad distinta de los copartícipes. Lo que ocurre es que ninguna puede existir sin un patrimonio, puesto que es inherente y esencial a ellas. Mientras que en la sociedad el patrimonio es de ésta, en la comunidad se halla en cabeza de cada partícipe, por lo cual las deudas no son de la copropiedad sino de los copropietarios individualmente considerados. El patrimonio de la sociedad, al estar en cabeza de ella, da nacimiento a un derecho único de propiedad respecto de los derechos y obligaciones que constituyen dicho patrimonio; en la comunidad existen varios patrimonios, cada uno en cabeza de los comuneros, determinado por su derecho, cuota-indivisa. Así las cosas, la sociedad es la que tiene el derecho de propiedad sobre los bienes activos y pasivos que constituyen su capital social, sin que los socios tengan sobre éste ingerencia alguna distinta de las cuotas o acciones que posean en la compañía, respecto de la cual solo tienen poder de disposición sobre lo que les corresponde a título de utilidad; el comunero, a diferencia del socio, tiene derecho real pero limitado sobre la cosa común, tanto es así, que puede hipotecarlo, gravarlo o cederlo a cualquier título. De lo anterior se desprende, respecto de los actos de administración y disposición, lo siguiente: el comunero puede disponer libremente de su derecho de cuota-parte, para lo cual no requiere consenso de los demás comuneros; por ello, como dijimos, puede venderlo, cederlo o hipotecarlo; esto, respecto de la cuota-parte; respecto del bien común, requiere unanimidad absoluta para que el acto tenga validez, porque si no estaríamos ante la venta de cosa ajena. Igual sucede con los actos de disposición ya que el comunero puede enajenar libremente la parte del predio que le corresponde. La sociedad constituye siempre una persona jurídica, que tiene a su vez un representante legal que le representa judicial y extrajudicialmente. La comunidad no constituye persona jurídica y está desprovista de representante legal. En la sociedad el derecho de cada socio es personal, en cambio, en la comunidad el derecho del comunero es real.

SEXTO.- Según el artículo 161 de la Ley de Compañías, el aporte puede ser en: 'dinero o no y en este último caso, consistir en bienes muebles e inmuebles'. Los aportes en dinero, de acuerdo con el objeto de la compañía, son mejores que los segundos, por cuanto dan la medida proporcional exacta que corresponde a la colaboración de todos los socios de la empresa asociada. Pero los aportes en especie, en determinados casos, adquieren una importancia igual al aporte del dinero y mucho más, como por ejemplo cuando se aporta una

hacienda y el objeto social principal de la compañía es la explotación de ese inmueble. Tratándose del aporte en especie es necesario que ésta sea evaluada y sometida a esa medida común de valor que es el dinero, para fijar la acción que le corresponde al socio en el aporte social. Un asunto que merece destacarse es que la aportación se hace a título de propiedad, y cuando es de un bien inmueble debe hacerse el traspaso de dominio con las formalidades señaladas por la ley para la enajenación de inmuebles y, de manera primordial, inscribirse en el Registro de la Propiedad, conforme dispone el artículo 10 de la Ley de Compañías, en correlación con el artículo 162 de la misma ley. Además operado el traspaso del dominio, la sociedad corre con los riesgos y se beneficia con los frutos y acrecimientos del bien. Los aportes no son reversibles, o sea que no pueden volver al estado o condición anterior, no sólo como un efecto del traspaso de dominio a favor de la compañía, sino porque una obligación principal del socio es la de mantener la aportación, formando el fondo o capital social, durante todo el tiempo que la compañía esté vigente. La obligación de mantener los aportes tiene dos motivos: 1) El capital o fondo social se forma con los aportes de los socios para destinarlo a una actividad económica que produzca utilidades, las que son repartibles entre los socios. 2) Porque el capital social constituye la prenda común de los acreedores sociales. En aplicación del artículo 2391 (2367) del Código Civil, toda obligación de la compañía da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos sus bienes raíces o muebles, presentes o futuros. Este doble motivo para la afectación de los aportes, es más importante en las compañías de capitales, que en las sociedades de personas, en que se refuerza la prenda de los bienes sociales con la responsabilidad personal que asumen los socios. La transmisión del dominio de los bienes, que el socio aporta a la sociedad para formar el capital o fondo social, es definitiva. El socio sólo tiene el derecho personal para exigir la parte del remanente del capital social que le corresponde una vez disuelta y liquidada la sociedad y se haya realizado el pago a los acreedores sociales.

SÉPTIMO.- El socio a cambio de sus aportes recibe acciones en la proporción correspondiente. Las acciones son por esencia transmisibles. La negociabilidad, característica de los títulos-valores, es fundamental en los títulos representativos de las acciones; la cesión de las acciones es lo que permite al accionista abandonar la sociedad, ya que no puede retirar la aportación hecha al fondo social ni terminar a voluntad el vínculo social. El derecho de negociar las acciones libremente no tiene limitaciones, según lo dispone el artículo 191 de la Ley de Compañías, en correspondencia con el ordinal 8o. del artículo 207 de la misma ley.

OCTAVO.- Pero si bien la transmisión de los bienes aportados por el socio es definitiva y el socio no tiene derechos reales sobre ellos, conserva su derecho personal para exigir la parte que le corresponde en el capital social, siempre por supuesto que la compañía haya sido disuelta y liquidada y se hayan satisfecho los créditos sociales. La sociedad o compañía, como todo ente jurídico, nace, se desarrolla y extingue o muere. La extinción de la compañía se inicia con su disolución, que se da en los casos puntualizados en el artículo 361 de la Ley de Compañías; disuelta la compañía entra de inmediato en estado de liquidación. La liquidación no es un acto, como la disolución, sino un proceso, un conjunto de actos, una serie de operaciones sucesivas dirigidas a hacer posible el reparto del patrimonio social entre los socios. La última finalidad de la liquidación es, pues, traspasar el patrimonio social de la compañía a la singularidad de los accionistas, en la parte o proporción correspondiente a cada uno de ellos. El artículo 398 de la Ley de Compañías dispone las siguientes reglas que debe observar el liquidador: '1o. Realizará el activo y extinguirá el pasivo por cualquiera de los modos previstos en el Código Civil; 2o.. Aplicará las normas legales sobre prelación de créditos para efectuar los pagos a los acreedores de una compañía en liquidación. En todo caso, el honorario del liquidador nombrado por el Superintendente de Compañías y el costo de las publicaciones efectuadas por la Superintendencia, inclusive el recargo mencionado en el artículo 373 de esta Ley, se considerarán como gastos causados en interés común de los acreedores y tendrán la misma situación que los créditos a que se refiere el numeral primero del artículo 2398 (2374) del Código Civil; 3o. Venderá los bienes muebles en forma directa o en pública subasta con la intervención de un martillador público. La venta de bienes inmuebles o la totalidad del activo y del pasivo lo efectuará: a) En remate; o, b) Directamente, siempre que el estatuto haya dado esta facultad al liquidador, o la junta general exonerare del proceso de pública subasta; 4o. Elaborará el balance final de liquidación con la distribución del haber social y convocará para su conocimiento y aprobación a junta general, en la cual intervendrá un delegado de la Superintendencia de Compañías. Dicha convocatoria se la hará en uno de los diarios de amplia circulación en el domicilio principal de la compañía, con ocho días de anticipación por lo menos, al fijado para la reunión, con la indicación del lugar en el que el balance se encuentra a disposición de los socios o accionistas; 5o. Procederá a la distribución o adjudicación del remanente en proporción a lo que a cada socio o accionista le corresponda, una vez aprobado el balance final que se protocolizará conjuntamente con el acta respectiva; y, 6. Depositará el remanente a orden de un Juez de lo civil para que tramite su partición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2046 (2019) del Código Civil en caso de que la junta general no se reúna; o si reunida, no aprobare el balance final.'. Estas reglas guardan

correspondencia con lo dispuesto en el ordinal 3o. del artículo 207, en los numerales 11 y 16 del artículo 387 y el artículo 399 de la Ley de Compañías.

NOVENO.- La providencia recurrida dictada por la Primera Sala de la Corte Superior de Guayaquil, que desestima las cuestiones previas formuladas en el juicio de partición, se sustenta, en resumen en lo siguiente: que la hacienda 'L. M.', cuya partición se pretende, pertenece a los activos de la Compañía Anónima G. S.A.; que los únicos socios de esta compañía son los cinco hermanos: M., R., J., J. y L. E. M.; que los cinco hermanos E. M. en junta general de accionistas de la compañía, en forma libre y voluntaria y teniendo la capacidad legal suficiente, han convenido en la partición o división, entre ellos, de la hacienda 'L. M.'; convenio, que por lo demás tiene objeto y causa lícitas; que los convenios, como el celebrado el 16 de mayo de 1990, ante el abogado E. R., Notario titular Vigésimo Octavo del cantón Guayaquil, deben cumplirse de buena fe, y cuando no se cumplen voluntariamente, los órganos judiciales, a petición del interesado mediante la respectiva demanda y previo el trámite establecido por la ley, deben disponer el cumplimiento forzoso del convenio; que las cláusulas de un contrato se interpretan unas con otras dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad, o por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas las partes; que fluye claramente del contrato antes referido que la intención real y verdadera de los contratantes ha sido la de efectuar particiones y adjudicaciones de bienes de varias compañías, que en esa época eran accionistas los hermanos E. M., como forma de solucionar conflictos.

DÉCIMO.- En la providencia recurrida se transgreden normas de derecho, conforme se analizan a continuación: 1.- No toma en cuenta que no se ha acreditado que, al tiempo de celebración del convenio o sea el 16 de mayo de 1990, los únicos socios de la Compañía Anónima G. S.A. eran los cinco hermanos E. M. Según el certificado conferido por la Ing. T. F., Gerente de dicha compañía, que data del 28 de junio de 1999, los accionistas eran las catorce personas naturales y jurídicas enumeradas en dicha certificación, y no los cinco hermanos E. M. Pero aún de haberse acreditado que los cinco hermanos E. M. hubieran sido los únicos accionistas de la compañía y, constituidos legalmente en junta universal, hubiesen decidido la partición o división de la hacienda 'L. M.', dicha decisión no tendría eficacia alguna por las siguientes razones: Ciertamente que la junta general o asamblea de socios de una compañía es la que produce la voluntad social, porque en el fondo no es sino la voluntad de los socios en forma colectiva, sobre las cuestiones que atañen a la empresa de colaboración en que todos están comprometidos de igual manera; si la sociedad es distinta de los socios individualmente

considerados, no es distinta de ellos colectivamente considerada, por lo cual la voluntad del ente social no es sino la voluntad de los socios producida colectivamente. La junta general o asamblea de socios legalmente convocada, de acuerdo con el artículo 230 de la Ley de Compañías, es el órgano supremo de la sociedad. Esto no quiere decir, desde luego, que la junta general de accionistas está dotada de poderes omnímodos, que le permiten decidir de toda clase de asuntos y cuestiones. La soberanía de la junta está delimitada por la Ley de Compañías y los estatutos sociales. Específicamente, la junta general no puede disponer el reembolso de los bienes aportados por los socios, ya sea mediante el reparto por partición y adjudicación u otra forma. Ese reparto puede realizarse exclusivamente dentro del proceso de disolución y liquidación de la compañía y solamente del remanente que quedare una vez satisfechos los créditos sociales, así como en los casos de la disminución del capital social de la compañía anónima, de conformidad con lo que dispone el artículo 199 de la Ley de Compañías; asunto que se desarrolla ampliamente en los considerandos precedentes. Ni siquiera dentro del proceso de liquidación, el socio o accionista puede exigir la entrega del haber que le corresponde en la división de la masa social, mientras no se hallen extinguidas todas las deudas de la compañía o no se haya depositado su importe, por la prohibición establecida en el artículo 399 de la Ley de Compañías, en correspondencia con el ordinal 3o. del artículo 207, los numerales 11 y 16 del artículo 387 y los ordinales 5 y 6 del artículo 398 de la Ley de Compañías. En la misma línea se sitúa el artículo 2046 (2019) del Código Civil que dice: 'Disuelta la sociedad se procederá a la división de los objetos que componen su haber. Las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los coherederos, se aplica a la división del caudal social y a las obligaciones entre los miembros de la sociedad disuelta, salvo en cuanto se opongan a las disposiciones de este Título.'. Ahora bien, lo que puede perfectamente la junta general o asamblea de accionistas, si su voluntad es repartirse los bienes sociales, es resolver la disolución y la liquidación de la sociedad, resolución que puede adoptarla en cualquier tiempo, conforme dispone el ordinal 8o. del artículo 230 de la Ley de Compañías, en correspondencia con el ordinal 4to. del artículo 361 de la misma ley. La sociedad o compañía tampoco puede proceder al reparto o distribución entre sus socios de los bienes aportados a la compañía, por medio de su representante legal, por la prohibición del artículo 261 de la Ley de Compañías, que expresa: 'Los administradores no podrán hacer por cuenta de la compañía operaciones ajenas a su objeto. Hacerlo significa violación de las obligaciones de administración y del mandato que tuvieren.- Les es prohibido también negociar o contratar por cuenta propia, directa o indirectamente, con la compañía que administre'. Por otro lado, no se ha acreditado en el juicio que el actor doctor M. E. sea copropietario, condómino o comunero de la hacienda 'L. M.', a cualquier título, para que ostente

legitimación activa para proponer la demanda de partición, conforme dispone el artículo 650 (639) del Código de Procedimiento Civil. Por lo contrario, según el certificado del Registrador de la Propiedad del cantón Balao incorporado al proceso (...) la titular del derecho de dominio exclusivo de la hacienda 'L. M.' es la Compañía G. S.A.

UNDÉCIMO.- El actor doctor M. E., en su alegación en estrados, sostuvo que la verdad oculta tras la vestidura de la Compañía G. S.A. es la de que los hermanos E. M. son los únicos copropietarios de la hacienda 'L. M.', en una cuota equivalente al 20% de cada uno, y en base de esta verdad oculta debe aplicarse la develización, que ha sido acogida por esta Sala en otros fallos. Acerca de esta alegación se anota: En la doctrina y la jurisprudencia extranjera va ganando terreno, cada vez más, la necesidad del levantamiento del velo de las personas jurídicas, particularmente de las sociedades anónimas. La develización consiste en prescindir de la forma externa de la persona jurídica y, a partir de ahí, penetrar en la interioridad de la misma y examinar los reales intereses que laten en su interior. Pero el levantamiento del velo no puede hacerse en todo caso y para todo, porque darle esa extensión general descoyuntaría toda la estructura jurídica de la sociedad o compañía; por este medio, prácticamente, se estaría derogando a dicha institución. Por eso, la operación del levantamiento del velo cabe utilizarse muy cuidadosamente y en casos extremos en que el juzgador no encuentra otro camino para poner coto a los abusos y perjuicios contra terceros realizados con el empleo fraudulento del principio de separación absoluta entre la persona social y cada uno de sus socios, con la correlativa separación de sus patrimonios. Esta Sala coincide con la doctrina del levantamiento del velo y lo ha hecho presente en fallos anteriores, pero siempre que se trate de descubrir la identidad de la persona natural o física que está oculta en la vestidura formal de la persona jurídica, y a ésta la utiliza fraudulentamente para perjudicar a terceros. El descorrimiento del velo únicamente procede cuando se produce abusos del derecho o un acto de fraude de la ley, eventos en los cuales pueden solicitar la develización los terceros perjudicados por tal abuso, o lo puede declarar de oficio el Juez, pero en ningún caso lo pueden acusar las partes que intervienen en el negocio abusivo o fraudulento en virtud del principio 'NEMO AUDITUR PROPIAM TURPIDINEM ALLEGANS' consagrado en el artículo 1726 (1699) del Código Civil. En el presente juicio no ha sido materia del debate procesal que el actor doctor M. E. o sus otros hermanos estén utilizando la personalidad jurídica de la Compañía G. S.A. para ocultar intereses encaminados a perjudicar a terceros, por lo cual no viene al caso aplicarse la doctrina de la develización. Por lo expuesto, el auto dictado por la Primera Sala de la Corte Superior de Guayaquil, en que desestima las cuestiones previas formuladas en el juicio de partición, quebranta las normas de derecho que se citan en los considerandos en que se desenvuelve la

parte motiva de la presente resolución. Consecuentemente, esta Sala encuentra procedente los recursos de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, interpuestos por la Compañía G. S.A. y M. E., por sus propios derechos. En mérito de los considerandos 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 el auto dictado por la Primera Sala de la Corte Superior de Guayaquil que resuelve las cuestiones previas en el juicio de partición propuesto por el doctor M. E. En aplicación del artículo 16 de la Ley de Casación, en reemplazo de la providencia casada, rechaza la demanda de partición o división judicial de la hacienda 'L. M.', entre los cinco hermanos E. M. ...”

Anexo 4

- 21-III-2001 (Resolución No. 120-2001, Primera Sala, R.O. 350, 19-VI-2001

"... PRIMERO.- Este Tribunal de Casación, reafirmandose en lo resuelto en casos anteriores, considera que el ámbito de competencia dentro del cual puede actuar está dado por el propio recurrente en la determinación concreta, completa y exacta de una o más de las causales sustentadas por el artículo 3 de la Ley de Casación. En tal virtud, la Sala se limita a analizar la acusación de que en la sentencia dictada por el Tribunal de última instancia se han infringido las normas contenidas en los artículos 97, 355 numerales 3o. y 4o., 358 y 843 del Código de Procedimiento Civil, así como la única causal en la cual se ha fundamentado el recurso presentado, es decir, la segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.

SEGUNDO.- Las acusaciones de que en el fallo impugnado se ha infringido el artículo 843 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el Tribunal ad quem indebidamente ha considerado a esta acción como ejecutiva, y porque se dice en la sentencia recurrida que los demandados no han propuesto excepciones de ninguna clase, carecen de sustento, toda vez que el mismo Tribunal, en providencia que consta fs. 11 del cuaderno de segunda instancia, aclara de oficio la sentencia y expresa que por haberse deslizado un error de transcripción mecanográfica, se ha puesto en el fallo original la palabra 'ejecutiva' y la frase 'sin deducir ninguna excepción', lo que 'no corresponde a la redacción del fallo, lo cual se deja sin efecto', y toda vez que los autos aclaratorios o ampliatorios se integran al fallo principal con el cual pasan a formar un todo unitario, se desecha esta acusación por carecer de fundamento.

TERCERO.- El recurrente también acusa a la sentencia impugnada de que no se han evacuado todas las pruebas por él solicitadas, 'violándose así el derecho constitucional a la

legítima defensa que tenemos todos los ciudadanos de la República y procediéndose a fallar sobre autos diminutos...'. Al respecto, la Sala anota: El artículo 24, numeral 10 de la Constitución Política de la República dice: 'Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento...'; a su vez, el artículo 192 dispone: 'El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades'. Estas normas constitucionales se refieren a la garantía que el recurrente pretende se ha vulnerado; sin embargo, no es suficiente alegar in genere la transgresión de una garantía constitucional, sino que se ha de determinar con claridad cuáles normas procesales han sido infringidas y de qué manera se ha violado el derecho constitucional a la legítima defensa del recurrente en indefensión o en qué forma se está sacrificando la realización de la justicia; por cierto que, con demasiada frecuencia, cuando un litigante no alcanza de los tribunales de justicia que le concedan toda su pretensión, alega la infracción de su derecho constitucional a la legítima defensa, una de las garantías del debido proceso. La Constitución ampara el derecho a la legítima defensa, y para asegurarlo, señala varias garantías básicas, las cuales a su vez están ampliamente desarrolladas en los cuerpos normativos procesales. Por lo tanto, no es suficiente alegar en forma genérica que se ha atropellado esta garantía, sino que se han de especificar las disposiciones de la ley procesal que la desarrollan. Además, en virtud del principio dispositivo, es obligación de las partes dar el impulso suficiente al proceso, a fin de que se evacuen todas las diligencias probatorias que se han solicitado, sin que sea procedente imputar a los juzgadores la negligencia en ese impulso, sobretodo si dichas diligencias tienen por objeto inspecciones judiciales o la realización de una confesión judicial en otros sitios distantes del lugar donde tiene curso la litis, como sucede en la especie (...), por lo que la acusación del recurrente de que se ha infringido su derecho constitucional a la legítima defensa carece de sustento. Por último, más adelante se volverá sobre estas disposiciones constitucionales al realizar el análisis del siguiente cargo.

CUARTO.- El recurrente acusa al fallo de última instancia de incurrir en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, porque: 1) Se transgredió el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto no se citó con la demanda a la compañía demandada en la interpuesta persona de su representante legal, sino a otra persona que no la representaba; 2) Se han inobservado los artículos 355 numerales 3o. y 4o. y 358 ibídem, porque 'En la sentencia dictada el 14 de diciembre de 1998, a las 08h20, en su considerando primero se expresa lo siguiente: <El proceso es válido, pues se ha tramitado en la vía que corresponde, sin que se

haya omitido solemnidad sustancial alguna que la vicie.> Según lo dispone el artículo 355, numerales 3o. y 4o. del Código de Procedimiento Civil, <Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: 3o.- Legitimidad de personería; y 4o.- Citación de la demandada al demandado o a quien legalmente lo represente.>. Adicionalmente el artículo 358 del mismo cuerpo de leyes adjetivas dispone: <Los jueces y tribunales declararán la nulidad aunque las partes no hubieren alegado la omisión, cuando se trate de las solemnidades 1o., 2o., 3o., 4o., 6o. y 7o., comunes a todos los juicios e instancias...> Como en el presente caso se ha citado a M. B., por los derechos que supuestamente representaba de M. Ch. S.A., y no se ha citado a L. B., verdadero representante de la compañía demandada, se debió declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la citación de la demanda.'. Respecto a estos cargos, este Tribunal anota: a) La demanda se presentó ante la oficina de sorteos de la ciudad de Guayaquil el 26 de enero de 1994, y avocó conocimiento de la misma y la calificó el señor Juez Octavo de lo Civil de Guayaquil el 1 de febrero de dicho año (...) y se citó mediante boletas entregadas los días 2, 3 y 4 de agosto de 1995, es decir, a los 18 meses (...); b) La compañía 'M. Ch. S.A.', tenía como accionistas, según autodeclaración de 21 de mayo de 1990 (...) a los señores: abogado L. B. L. (99.5 por ciento), L. B. P. (0.125 por ciento), I. L. de B. (0.125 por ciento), M. I. B. (0.125 por ciento) y G. S. (0.125 por ciento); c) La referida compañía tenía como gerentes al abogado L. B. L. (...) y M. I. B. (...); d) La demanda se dedujo contra M. Ch. S.A., representada por M. I. B. y contra el abogado L. B. L. y M. I. B. por sus propios derechos; e) El abogado L. B. L. se presentó señalando domicilio el 14 de agosto de 1995 (...); y, f) Ni el abogado L. B. L. ni la señora M. I. B. concurrieron a la audiencia de conciliación y contestación a la demanda realizada el 27 de septiembre de 1995 (...); el abogado L. B. L. solicita, dentro del término de prueba, que se pida al Registrador Mercantil del cantón Guayaquil que certifique el nombre de las personas que ejercían a la fecha del petitorio la representación legal de M. Ch. S.A., (...); el Registrador Mercantil de Guayaquil envía, con fecha 29 de diciembre de 1995, copia certificada del nombramiento de L. B. P. como Gerente de la referida compañía, en reemplazo de M. I. B., inscrito con fecha 26 de abril de 1995.

QUINTO.- La parte de un proceso, en general, y con mayor razón si es un abogado, ha de observar una conducta de buena fe y lealtad procesal, sin acudir a la sorpresa judicial ni utilizar subterfugios para obstaculizar la marcha del proceso. El derecho a la tutela judicial es una de las garantías básicas de la persona, pero este derecho no implica el utilizar al proceso como un mecanismo para evadir el cumplimiento de los deberes y las obligaciones o de perjudicar a terceros privándoles de lo suyo. El proceso es un medio para la realización de la justicia, pero cuando se le emplea como instrumento para privar a otros de aquello a lo que tienen derecho,

estamos frente a un típico abuso del derecho. Se pueden utilizar los recursos procesales pero siempre animados de buena fe y lealtad procesal, sin provocar un retardo injustificado del proceso o su ineficacia, sino como medio para alcanzar que se realice la justicia subsanando oportunamente los obstáculos procesales que impedirían su desarrollo y conducirían a una resolución inhibitoria, a fin de que ésta se produzca con la mayor brevedad posible y no se dé al final de un largo y tortuoso camino, en circunstancias que inclusive ya sea imposible alcanzar el que se realice la justicia, sea porque opere la prescripción extintiva, sea porque los costos resultan exorbitantes o desalentadores. Cada vez que como corolario de un lento y complejo proceso el actor se encuentra que todo su esfuerzo ha sido inútil y que debe recomenzar el camino, se resquebraja seriamente la confianza de la sociedad en el sistema judicial, se afecta en definitiva a un valor fundamental de la estructura social. Cada parte que utiliza indebidamente al proceso como un instrumento de inequidad está atentando directamente contra la paz social y la convivencia civilizada. Si la imagen de la administración de justicia sufre una permanente erosión y la sociedad civil confía cada vez menos en ella, no es solamente por responsabilidad directa de los jueces, sino también, y en gran medida, por el indebido comportamiento de las partes en el proceso, que no tienen conciencia de su responsabilidad social y abusan de su derecho a la defensa en juicio. Las llamadas excepciones dilatorias en nuestro proceso deben proponerse en forma expresa y oportuna, en la fase señalada para el efecto en cada clase de procesos, a fin de que la otra parte esté en capacidad de enmendar el procedimiento a su debido tiempo, esta es la razón por la que, en el juicio ordinario una vez vencido el término para contestar a la demanda, únicamente es posible reformar las excepciones dilatorias pero no proponerlas, a diferencia de las excepciones perentorias que se las puede plantear hasta cuando se reciba la causa a prueba, según lo señala el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil; por lo tanto no actuar transparentemente, deduciendo las excepciones dilatorias de manera expresa y oportuna, ha de ser considerado por el Juez como una demostración de que se quiere embarazar el proceso y retardar la marcha de la justicia, lo cual no implica, precisamente, buena fe y lealtad procesal: este deber de comportamiento, que las partes han de observar a lo largo de todo el proceso, impone hablar en su oportunidad, por lo que el silencio siempre ha de interpretarse en contra de quien lo guarda. Cuando una de las partes no concurre a la audiencia de conciliación dentro del juicio verbal sumario, se procede en rebeldía, lo cual significa que si bien se considera su contestación como negativa simple de los fundamentos de la demanda (artículo 107 del Código de Procedimiento Civil), también constituye rebeldía a la orden del Juez de comparecer ante él (artículo 847 ibídem) y demostración de su negativa al deber de colaborar con la administración de justicia; es en definitiva clara manifestación de su reticencia y tal actitud debe ser apreciada

por el Juez como indicio en su contra, y para la condena en costas como indicio de mala fe (artículos 107, 409 inciso final y 852 ibídem).

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, 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 legítima 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. ..."

BIBLIOGRAFÍA

DOBSON, Juan M.. El Abuso de la Personalidad Jurídica (en el derecho privado). Primera edición. Argentina: Ediciones Depalma, 1985.

HURTADO COBLES, José. El levantamiento del velo y los grupos de empresas. Primera Edición. España: Editorial Bosch, 2006

LÓPEZ RAFFO, Francisco M. El Corrimiento del Velo Societario. Primera edición. Argentina: Editorial Ad.Hoc, 2005.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. La Personalidad Jurídica Societaria. Parte General. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., 1994.

RIPERT, Georges. La Règle Moreale dans les Obligations Civiles. Cuarta edición. Francia: Librairie Gènèrale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

Constitución Política de la República del Ecuador.

Ley de Compañías.