



## EL LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL CERRADAS POR INFRACAPITALIZACION EN EL DERECHO ECUATORIANO

Paola Pinoargote Vázquez

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



**UNIVERSITAT  
ROVIRA i VIRGILI**

**EL LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL  
CERRADAS POR INFRACAPITALIZACIÓN EN EL DERECHO ECUATORIANO**

**PAOLA PINOARGOTE VÁZQUEZ**

**TESIS DOCTORAL**

**2022**

***PAOLA PINOARGOTE VÁZQUEZ***

**EL LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LAS SOCIEDADES DE  
CAPITAL CERRADAS POR INFRACAPITALIZACIÓN EN EL  
DERECHO ECUATORIANO**

**TESIS DOCTORAL**

**Dirigida por: Doctor PABLO GIRGADO PERANDONES**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

**UNIVERSIDAD ROVIRA I VIRGILI**



**UNIVERSITAT  
ROVIRA i VIRGILI**

**Tarragona, 2022**

HAGO CONSTAR que el presente trabajo, titulado “**EL LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL CERRADAS POR INFRACAPITALIZACIÓN EN EL DERECHO ECUATORIANO**”, que presenta Doña **ELENA PAOLA PINOARGOTE VASQUEZ** para la obtención del título de Doctor, ha sido realizado bajo mi dirección en el Departamento de Derecho Privado de esta universidad.

En Tarragona, a 10 de febrero de 2022]

member:

2EF6953C-238B-4C4B

-8213-156ABAED6EA2

39E4B27B-9CC8-43D2

-ADE2-A941F8401727

Firmado digitalmente por

member:

2EF6953C-238B-4C4B-8213-156AB

AED6EA2 39E4B27B-9CC8-43D2-

ADE2-A941F8401727

Fecha: 2022.02.10 14:15:22 +01'00'

El Director de la tesis doctoral

**DR. PABLO GIRGADO PERANDONES**

# EL LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL CERRADAS POR INFRACAPITALIZACIÓN EN EL DERECHO ECUATORIANO

## ÍNDICE

<b>PRINCIPALES ABREVIATURAS.....</b>	<b>5</b>
<b>JUSTIFICACIÓN, SISTEMÁTICA Y METODOLOGÍA.....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO: LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y SUS LÍMITES</b>	
I. PERSONA JURÍDICA Y SOCIEDADES DE CAPITAL.....	13
1. Significado de la persona jurídica.....	16
2. La atribución de personalidad a las sociedades mercantiles.....	19
II. LÍMITES A LA PERSONIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES.....	31
1. Ventajas e inconvenientes de la limitación de la responsabilidad.....	31
2. Supuestos de desconsideración de la personalidad jurídica.....	37
2.1. Abuso del derecho.....	40
2.2. Fraude de acreedores .....	44
2.3. Simulación en las personas jurídicas.....	48
2.4. Relación de la infracapitalización con las causas de la ineficacia del negocio jurídico.....	55
III. EL PAPEL DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS COMO ÓRGANO SUPERVISOR EN LA ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA A LAS SOCIEDADES MERCANTILES .....	58
1. Evolución histórica.....	58
2. Funciones y ámbito de actuación.....	60
3. Breve apunte sobre la doctrina de la superintendencia.....	67
IV. RECAPITULACIÓN CRÍTICA .....	69
<b>CAPÍTULO SEGUNDO: LA INFRACAPITALIZACIÓN</b>	
I. CONCEPTO.....	72

II. CAPITAL SOCIAL.....	73
1. Relevancia del capital social adecuado.....	79
2. Exigencia de la obligación social de integrar el capital suscrito.....	84
2.1. Cuestiones generales.....	84
2.2. Exigencia de la normativa ecuatoriana.....	87
2.3. Responsabilidad de los socios.....	93
V. SIGNIFICADO Y CLASES DE INFRACAPITALIZACIÓN.....	96
1. Significado jurídico.....	96
2. Clases de infracapitalización.....	99
2.1. Infracapitalización material.....	99
2.2. Infracapitalización nominal.....	106
VI. SUPUESTOS DE INFRACAPITALIZACIÓN.....	112
1. En sociedades cerradas.....	112
2. En grupo de sociedades.....	114
VII. INFRACAPITALIZACIÓN COMO CUESTIÓN DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO.....	121
VIII. INFRACAPITALIZACIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS.....	128
1. En el derecho brasilero.....	128
2. En el derecho portugués.....	132
IX. INFRACAPITALIZACIÓN EN EL DERECHO ECUATORIANO.....	137
1. La crisis económica ecuatoriana en la década de 1990.....	137
2. Créditos vinculados en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero del Ecuador antes de la reforma.....	140
3. El caso banco Continental y la infracapitalización en los grupos.....	143
4. Aportes para futura capitalización y su relación con la infracapitalización nominal.....	148
X. RECAPITULACIÓN CRÍTICA .....	154

### **CAPÍTULO TERCERO: LEVANTAMIENTO DEL VELO JURÍDICO COMO RESPUESTA A LAS SITUACIONES DE INFRACAPITALIZACIÓN**

I. ORIGEN DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.....	157
--	-----

II. CONCEPTO.....	164
III. TEORÍAS DE LA DESESTIMACIÓN EN LA DOCTRINA BRASILEIRA.....	169
1. Teoría menor de la desestimación.....	170
2. Teoría mayor de la desestimación.....	173
IV. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO JURÍDICO EN EL ECUADOR.....	176
1. Conductas que producen el levantamiento del velo jurídico, dentro de la normativa societaria en el Ecuador.....	179
2. El levantamiento del velo jurídico en la Ley de Compañías del Ecuador.....	183
V. CRÍTICA A LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO.....	188
VI. RECAPITULACIÓN CRÍTICA .....	193

#### **CAPÍTULO CUARTO.- EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD A LOS SOCIOS Y ADMINISTRADORES DE LA COMPAÑÍA**

I. CONCEPTO.....	196
II. RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD FRENTE A TERCEROS.....	198
III. RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS EN LA INFRACAPITALIZACIÓN SEGÚN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....	201
1. Planteamiento.....	201
2. Relación de la infracapitalización con el concurso de acreedores en España.....	208
IV. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LA COMPAÑÍA EN LA INFRACAPITALIZACIÓN .....	209
1. Responsabilidad de los administradores en general.....	209
2. Responsabilidad en casos de infracapitalización societaria.....	213
3. Responsabilidad en casos de infracapitalización concursal.....	216
V. RECAPITULACIÓN CRÍTICA .....	218

## **CAPÍTULO QUINTO.- INFRACAPITALIZACIÓN Y CONCURSO**

I. ANTECEDENTE DEL CONCURSO PREVENTIVO EN EL ECUADOR EN MATERIA SOCIETARIA.....	222
II. CONCURSO PREVENTIVO EN EL ECUADOR EN MATERIA SOCIETARIA .....	225
III. COMPARACIÓN DE LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS EN LA NORMATIVA ECUATORIANA Y EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA.....	230
IV. REGULACIÓN DEL CONCURSO PREVENTIVO RELACIONADA CON LA INFRACAPITALIZACIÓN.....	234
V. SUGERENCIAS DE NORMAS QUE DEBEN INCLUIRSE PARA LA REGULACIÓN DEL CONCURSO PREVENTIVO Y SU RELACIÓN CON LA INFRACAPITALIZACIÓN.....	237
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>239</b>
<b>RECOMENDACIONES PARA LA REFORMA EN LA NORMATIVA SOCIETARIA ECUATORIANA.....</b>	<b>246</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>252</b>
<b>LISTADO DE SENTENCIAS ANALIZADAS.....</b>	<b>265</b>



## **PRINCIPALES ABREVIATURAS**

*ADC Anuario de Derecho Civil*

CCB Código Civil de Brasil

CCE Código Civil de España

CCEc Código Civil del Ecuador

CEc Constitución del Ecuador

CComE Código de Comercio de España

CComEc Código de Comercio del Ecuador

COGEPE Código Orgánico General de Procesos del Ecuador

COIPE Código Orgánico Integral Penal del Ecuador

CSCP Código Sociedades Comerciais de Portugal

LACE Ley de Aviación Civil del Ecuador

LCE Ley de Compañías del Ecuador

LConE Texto refundido de la Ley Concursal de España

LGISFE Ley General de Instituciones del Sistema Financiero del Ecuador

LISE Ley de Impuesto de Sociedades de España

LORTIE Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno del Ecuador

LSAB Ley de Sociedades Anónimas de Brasil

LSCE Ley de Sociedades de Capital de España

LSPSAME Ley Orgánica que Regula a las Compañías que Financien Servicios de Atención Integral de Salud Prepagada y a las de Seguros que Oferten Cobertura de Seguros de Asistencia Médica del Ecuador

*RCAEI Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales*

*RDM Revista de Derecho Mercantil*

*RDS Revista de Derecho de Sociedades (Ecuador)*

*RDP Revista de Derecho Privado (Ecuador)*

SAP Sentencia de la Audiencia Provincial (España)

SJM Sentencia del Juzgado de lo Mercantil (España)

STS Sentencia del Tribunal Supremo (España)

STSJ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (España)

## JUSTIFICACIÓN, SISTEMÁTICA Y METODOLOGÍA

La infracapitalización de las personas jurídicas es una situación que se produce con bastante frecuencia en el ámbito societario, sin embargo hay que considerar la realidad que contempla la normativa de cada país para determinar la posibilidad de su existencia, porque en algunas legislaciones se pudiere contemplar la exigencia de un capital mínimo social muy pequeño, lo cual no bastaría para poder llevar a cabo ninguna actividad económica.

Es necesario hacer esta precisión, porque el concepto de capitalización está relacionado con la suficiencia de recursos económicos para cumplir con el objeto social plasmado en los estatutos sociales de la persona jurídica.

Justificamos el análisis de la infracapitalización en la protección que siempre debiera existir al crédito y que debe otorgarse a las personas que intervienen en las infinitas relaciones jurídicas que se desprenden de la actividad económica que realiza una sociedad de las que son susceptibles de ser infracapitalizadas.

En el inicio del trabajo se recurre al análisis de términos como el de la persona jurídica por comprender éste, varias categorías de organizaciones de las cuales solo algunas son de importancia para el tema que desarrollaremos a continuación, cuyo título es el levantamiento del velo jurídico en las sociedades de capital cerradas por infracapitalización en el Derecho Ecuatoriano.

Al abordar el tema es importante, delimitar las personas jurídicas que son relevantes para nuestro estudio, esto es, las personas jurídicas de derecho societario que son las que engloban las especies anónima y limitada que gozan del privilegio de la separación patrimonial entre la persona jurídica y sus integrantes.

El asunto de la infracapitalización, aunque tiene abundante doctrina y jurisprudencia en España y Portugal, es poco conocido en otros países como Ecuador y Brasil, con los cuales se realiza una comparación a lo largo de este trabajo, con miras a la obtención de reformas legales en Ecuador, que contemplen la existencia de la infracapitalización de las sociedades y sus soluciones más eficaces.

A través de sus cinco capítulos, la presente tesis procura dilucidar la conveniencia de la aplicación de la desconsideración de la personalidad jurídica en las hipótesis de infracapitalización.

Por ello, una vez analizados los conceptos de sociedades de capital y capital social como elementos primordiales para determinar si efectivamente existió un abuso de la personalidad jurídica, se acomete la aplicación del levantamiento del velo jurídico en los casos de infracapitalización como medida tendiente a evitar que se produzca un perjuicio a los acreedores.

Cabe recalcar que también se analizará aquellas medidas de carácter preventivo de la infracapitalización de reciente elaboración, como son las correspondientes al buen gobierno corporativo en las compañías.

Se incluye en esta tesis, una referencia del organismo de control societario ecuatoriano, por considerar relevante su actuación con respecto a la promulgación de normativa de carácter explicativo en materia societaria; además de la vigilancia que ejerce por medio de la inspección orientada al establecimiento de una veraz integración de capital social y de la actividad económica señalada en los estatutos de las sociedades.

En cuanto a la Metodología empleada, el estudio sobre infracapitalización, sus consecuencias y posibles soluciones, se ha realizado desde una perspectiva doctrinaria, jurisprudencial y legal.

Se ha intentado recopilar de los diversos estudiosos del derecho societario, los cuestionamientos y soluciones que le han prodigado al problema de la falta de capital social, así como también a la solución de la desestimación de la personalidad jurídica, desde un punto de vista histórico que comprende su concepción y también el desarrollo de su temática en algunas legislaciones.

Desde el punto de vista jurisprudencial, con la ayuda de esta herramienta del Derecho se ha pretendido ilustrar los conceptos, situaciones e hipótesis de conducta que han ido surgiendo en la elaboración del contenido del asunto propuesto, citándose sentencias en las que se ordena el levantamiento del velo jurídico; además de sentencias referentes a la infracapitalización y sus especies.

Con respecto al argumento legal empleado, nos referimos y citamos normas legales contenidas en las Leyes españolas y ecuatorianas, correspondiente a los temas que se analizan, para mostrar y comparar la realidad normativa de los dos países con los temas enunciados.

Finalmente, destacamos que esta tesis; se realiza desde la realidad jurídica del Ecuador y como destino de sus conclusiones, considerando la jurisprudencia más reciente sobre el tema y los intentos de reforma societarios de interés, aunque cabe reconocer que no están referenciados plenamente al levantamiento del velo y la infracapitalización sino; a un desarrollo empresarial más contundente con normas más eficaces.

No obstante, los argumentos empleados en dicha jurisprudencia sí nos permite reflexionar sobre los cambios propuestos en el ordenamiento ecuatoriano y su repercusión sobre nuestro tema de estudio.

En lo que respecta al Derecho comparado, la normativa, estudios y jurisprudencia españolas sirven como modelo y referencia a fin de abordar con una mayor amplitud la realidad del fenómeno de la infracapitalización

En cuanto a la elección del estudio comparado con Brasil y Portugal, se explica por varios motivos. En el primer caso, el ordenamiento societario brasileño destaca de manera relevante en los asuntos de la desconsideración de la personalidad jurídica.

Como es sabido, Brasil ha sido uno de los primeros países en América Latina que enunció esta medida doctrinariamente, además de las Teorías Mayor y Menor de la desconsideración, establecidas en su normativa; además de ser bien conocidos, por la doctoranda en las investigaciones que ha venido realizando en el área de Derecho de empresas.

En segundo lugar, el estudio comparativo con Portugal se justifica en su conexión con el anterior y, además, en las novedades aportadas por los doctrinarios de este país, con respecto a la figura del capital social, así como a la infracapitalización.

## INTRODUCCIÓN.-

La presente tesis doctoral aborda el levantamiento del velo jurídico en los casos de infracapitalización desde la perspectiva del derecho ecuatoriano. Como punto de partida corresponde inicialmente delimitar cuáles son los sujetos destinatarios de nuestro estudio, esto es, las personas jurídicas de derecho societario que son las que engloban las especies anónima y limitada, caracterizadas por el hecho de gozar del privilegio de la separación patrimonial entre la persona jurídica y sus integrantes.

Revisaremos las ventajas que representa la utilización de esta forma jurídica para los empresarios que quisieren realizar sus actividades mediante una estructura mejor organizada y acogiéndose a los beneficios que acarrea la limitación de la responsabilidad que es característica de este tipo societario.

Consideramos importante también, en este primer capítulo enunciar los abusos y sus especies como son el abuso del derecho, el fraude y la simulación, que pudieren ser ocasionados por la mala utilización de la personalidad jurídica; y como se relacionan con la infracapitalización en las sociedades.

Una vez definidos los abusos que pudieren cometerse mediante el uso indebido de la personalidad jurídica societaria, analizaremos el concepto y origen de la doctrina del levantamiento del velo jurídico, que tiene su fundamento en los principios generales de prohibición del uso indebido de la personalidad jurídica y se permite excepcionalmente en un caso concreto, ignorarla.

Como si no existiese compañía, atribuyéndose conductas y responsabilidades directamente a los socios o a los administradores y no a la persona jurídica.

Veremos la relevancia de esta doctrina, como correctiva y forma de resarcimiento del perjuicio que pudieren sufrir los acreedores, en los casos en que se pretenda el uso de la sociedad para la ocultación del patrimonio de socios o accionistas con la finalidad de la obtención de alguna ventaja económica.

Se incluye además, una descripción del ente de control societario ecuatoriano, su misión y los correspondientes aportes en esta materia, con la emisión de sus doctrinas y reglamentos por parte del mismo.

Dentro del segundo capítulo, abordaremos el concepto de infracapitalización y la importancia el capital social adecuado con la finalidad de comprender como su deficiencia puede

ocasionar un supuesto de infracapitalización que le impida a la sociedad desarrollar su objeto social.

Detallaremos sus clases que son la material y la nominal, los supuestos donde pudiere presentarse la infracapitalización, con especial atención a los supuestos de las sociedades cerradas y de los grupos societarios.

Además, el tratamiento que se les da en el derecho societario brasilero y portugués, la realidad de estos países con respecto a la figura del capital social que deben tener las sociedades comerciales.

Nos referiremos al régimen de la infracapitalización en el Ecuador, revisando la situación de la crisis bancaria, que tuvo lugar en el Ecuador en la década de los años 90, desde el punto de vista de la infracapitalización nominal en los grupos económicos societarios, por causa de la concesión de créditos vinculados.

Continuando con nuestro estudio, en el Capítulo III, revisaremos el origen de la doctrina del levantamiento del velo jurídico, así como su conceptualización. A manera de legislación comparada, haremos el estudio a nivel doctrinario y jurisprudencial de las denominadas Teorías de la Desconsideración de la Personalidad Jurídica, la Teoría Mayor y la Teoría Menor.

Las mismas, que son originarias del Derecho Societario Brasilero, mediante las cuales se pretende explicar el alcance de la desconsideración de la personalidad jurídica, por lo que nos referiremos a sus definiciones e importancia.

La legislación societaria de Brasil ha acogido la Teoría Mayor y la Teoría Menor de la desconsideración de la personalidad jurídica, implícitamente, pero ha sido preocupación de los doctrinarios su identificación como tales; así como también, establecer su relación con el principio de la autonomía patrimonial.

Cabe acotar que incluimos esta referencia, a las doctrinas de la desconsideración de la personalidad, por considerarlas novedosas y relevantes en el ámbito de protección a los terceros, además del hecho de conocerlas por haber tenido la oportunidad de realizar estudios correspondientes a la especialización societaria en dicho país.

Dentro de este capítulo, también nos referiremos a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo jurídico en el Ecuador, desde el punto de vista legal y el jurisprudencial.

Para concluir con el análisis de la doctrina del levantamiento del velo jurídico, realizaremos una breve crítica desde el punto de vista doctrinal, a esta medida utilizada como medio de solucionar las situaciones de infracapitalización.

En el Capítulo IV, examinaremos la responsabilidad de los socios de la compañía conforme a las diferentes circunstancias que acontecen dentro de una compañía, como son: el tipo societario que se elija, las situaciones relacionadas con la integración del capital social; y, las intenciones no societarias por las que se constituye y funciona una sociedad.

Así como también la responsabilidad societaria que se origina de la sociedad con respecto a los terceros y de los socios por infracapitalización; desde la óptica de análisis de la legislación española.

Además, examinaremos, cuando es pertinente determinar la existencia de la responsabilidad para los administradores de la sociedad, de modo general y con respecto a la existencia de la infracapitalización.

Con el Capítulo V, que se refiere a la infracapitalización y el Concurso Preventivo ecuatoriano de las sociedades, culminamos con el análisis de la exposición de la normativa que podría considerarse como referente a la infracapitalización, y la prevención de la liquidación de las sociedades.



## CAPÍTULO I.- LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y SUS LÍMITES

### I. PERSONA JURÍDICA Y SOCIEDADES DE CAPITAL

La personalidad jurídica es una ficción creada por ley para la facilitación de actividades empresariales, dando lugar a un ente jurídico capaz de adquirir obligaciones y ejercer sus derechos, para lo cual necesita de un administrador.

Este administrador<sup>1</sup> es quien deberá ejercer la representación judicial y extrajudicial de la persona jurídica debiendo encargarse de ejecutar las resoluciones adoptadas por la junta general o asamblea de los integrantes de la persona jurídica.

El Código Civil ecuatoriano clasifica a las personas jurídicas en dos grupos<sup>2</sup>: en el primer grupo están las corporaciones<sup>3</sup>, que son organismos colegiados regidos por sus estatutos que serán aprobados por el Presidente de la República si no contuvieren disposiciones contrarias al orden público, las costumbres o las leyes.

El segundo grupo, corresponde a las fundaciones de beneficencia pública, que son las instituciones creadas sin fines de lucro, que tienen como finalidad la de ofrecer un servicio a la comunidad, debiendo tener los estatutos<sup>4</sup> que la rigen emitidos por el fundador de la misma.

---

<sup>1</sup> LCE. Art.13.- “Designado el administrador que tenga la representación legal y presentada la garantía, si se la exigiere, inscribirá su nombramiento, con la razón de su aceptación, en el Registro Mercantil, dentro de los treinta días posteriores a su designación, sin necesidad de la publicación exigida para los poderes ni de la fijación del extracto. La fecha de la inscripción del nombramiento será la del comienzo de sus funciones. Sin embargo, la falta de inscripción no podrá oponerse a terceros, por quien hubiere obrado en calidad de administrador.

*En el contrato social se estipulará el plazo para la duración del cargo de administrador que, con excepción de lo que se refiere a las compañías en nombre colectivo y en comandita simple, no podrá exceder de cinco años, sin perjuicio de que el administrador pueda ser indefinidamente reelegido o removido por las causas legales. En caso de que el administrador fuere reelegido, estará obligado a inscribir el nuevo nombramiento y la razón de su aceptación.”.*

<sup>2</sup> CCEc. Art. 564.- “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

*Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter”.*

<sup>3</sup> CCEc. Art. 567.- “Las ordenanzas o estatutos de las corporaciones, que fueren formados por ellas mismas, serán sometidos a la aprobación del Presidente de la República, que se la concederá si no tuvieren nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres.

*Todos aquellos a quienes los estatutos de la corporación irrogaren perjuicio, podrán recurrir al Presidente de la República para que se corrijan, en lo que perjudicaren a terceros; y aún después de aprobados les quedará expedito su recurso a la justicia, contra toda lesión o perjuicio que de la aplicación de dichos estatutos les haya resultado o pueda resultarles”.*

<sup>4</sup> CCEc. Art. 580.- “Las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una agrupación de individuos, se regirán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a este respecto, o sólo la hubiere manifestado incompletamente, se suplirá esta falta

Observamos que en la legislación civil ecuatoriana, la diferencia entre las personas jurídicas radica en la finalidad de una y de otra, siendo que las personas se agrupan en una corporación para la consecución de un fin que tendrá un retorno económico, sin tener necesariamente el carácter de mercantil estas entidades.

En cuanto a las fundaciones, en la normativa ecuatoriana, éstas también obedecen a la iniciativa de creación por parte de un grupo de personas, cuyo aporte económico será voluntario y no pretende una ganancia de este tipo.

Nos inclinamos a la idea que esta división de la persona jurídica y sus disposiciones pertinentes, enunciadas en el Código Civil ecuatoriano, han caído en desuso, ante la falta de creación de esta especie de entidades por no existir normas especiales que faciliten su fundación y funcionamiento.

En el Código Civil español, encontramos que se divide a las personas jurídicas<sup>5</sup> en dos grupos: las de interés público como son las corporaciones, asociaciones y fundaciones; y, las asociaciones denominadas de “interés particular”.

Notamos que en el texto legal citado, consta señalado en su artículo pertinente, a las asociaciones en dos categorías diferentes, por lo que entendemos que el ánimo del legislador en el numeral segundo, al referirse a las asociaciones que tienen “interés particular”, es el de establecer una distinción con las asociaciones señaladas en el numeral primero. Para lo cual, enumera taxativamente a personas jurídicas que tienen otras características y objetivos.

Dentro de estas asociaciones o sociedades<sup>6</sup> que tienen un interés particular, se incluyen a las de carácter mercantil, que aunque igualmente se trata de una unión voluntaria de personas para conseguir un fin social común, contienen elementos autónomos que las identifican y distinguen de los otros tipos de asociaciones, como por ejemplo su finalidad que debe ser comercial<sup>7</sup>. También se las conoce con la denominación de sociedades mercantiles.

---

*por el Presidente de la República”.*

<sup>5</sup> CCE. Art. 35.- “*Son personas jurídicas: 1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.*

*2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”.*

<sup>6</sup> CCE. Art. 1665.- “*La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”.*

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ RUIZ J.L., MARTÍN REYEZ Ma. de los A. Las Sociedades Mercantiles: Teoría General. RES de Derecho VLEX, España. Disponible en: <http://vlex.com/vid/sociedades-mercantiles-teoria-general-228431>

Las sociedades mercantiles, comprenden a las sociedades de capital, las cuales se consideran<sup>8</sup> mercantiles, independientemente de la actividad económica a la que se dediquen y cuyos miembros deben necesariamente realizar las correspondientes aportaciones<sup>9</sup>, que pueden ser patrimoniales o dinerarias, para conformar el patrimonio de la sociedad, que será diferente del de los socios.

A diferencia de los otros tipos de sociedades que conforman el Derecho Societario, en las sociedades de capital no se destaca la figura del socio, más bien se resalta la importancia de la participación patrimonial

Esta división que realiza el Código Civil español en la que se identifica a las asociaciones como dos entes diferentes en cuanto al interés que persiguen, dotados de personalidad jurídica, anteriormente, prestaba especial atención a la intención de generar un lucro como elemento distintivo entre asociación considerada generalmente como una reunión de personas en torno a una finalidad común<sup>10</sup> y sociedad.

Actualmente, aunque la disposición está en vigencia, esta distinción es objeto de discrepancia entre los doctrinarios y los órganos de justicia.

Resultando hasta cierto punto, prejuicioso considerar el factor de la consecución del lucro como discriminatorio entre una y otra; además de no corresponder a la realidad, por las variedades de agrupaciones de personas que actualmente existen y que se denominan indistintamente como asociaciones o como sociedades, sin contemplar en ocasiones, las particularidades de alguna de éstas.

Después de estas primeras apreciaciones sobre la delimitación del alcance del concepto de sociedad, la preocupación de los doctrinarios<sup>11</sup> se centra en la consideración sobre si el concepto de sociedad debe construirse sobre bases estructurales y no causales.

---

<sup>8</sup> LSCE.- Art. 2.

<sup>9</sup> LSCE.- Art. 1.

<sup>10</sup> FERRARA, FRANCISCO, *Teoría de las Personas Jurídicas*, ed. Reus, Madrid, 1929, p. 337: “El concepto de asociación, en efecto, denota una pluralidad anónima, una colectividad indeterminada, una masa gris de hombres que se mueve en la dirección de un fin”.

<sup>11</sup> GIRÓN TENA, JOSÉ, “Sobre los Conceptos de Sociedad en nuestro Derecho”, *RDP*, nº 446, 1954, p. 395: “...Indudablemente podrá suceder que descubramos en el ordenamiento positivo la personalidad jurídica atribuida a supuestos de hechos que no coinciden con ese sustrato indicado, pero eso no indica más sino una equivocación técnica del legislador, que dará lugar al mal funcionamiento de la persona jurídica creada, que no presentará la estructura asociacional porque si la presenta resultaría inadecuada a las necesidades jurídicas reales que se trata de atender...”.

Debido a lo cual, es conveniente analizar los factores que intervienen en la constitución de una compañía, y los requisitos que éstas deban cumplir para adquirir la personalidad jurídica, para poder determinar su clasificación y las consecuencias jurídicas que de ésta van a derivarse.

En sentido similar, recalcando el hecho que la responsabilidad no debe considerarse ajena a las personas jurídicas, pudiendo decir que además, es uno de sus atributos que le concede real y prácticamente sentido a su existencia.

Por lo que citamos, la definición que trae el profesor Halperin, que señala respecto de la personalidad jurídica: *“es conceptualmente única, como expresión de que los entes no físicos, a los que la ley –en sentido amplio- reconoce capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, son personas jurídicas, cualquiera que sea el límite de la responsabilidad o los requisitos establecidos para adquirirla o reconocerla”*<sup>12</sup>.

## 1. SIGNIFICADO DE LA PERSONA JURÍDICA

El concepto de persona jurídica abarca una variedad de entes de características, finalidades y ámbitos de actuación distintivos, por lo que para determinar las personas jurídicas que deberán ser objeto de este estudio sobre infracapitalización de las sociedades, es necesaria la consideración de las conductas relacionadas con esta situación que pueden presentar las sociedades.

Estas circunstancias conciernen principalmente a dos particularidades, la primera es la responsabilidad limitada de los socios; y, la segunda es la conformación del capital social de la persona jurídica.

Para analizar la primera particularidad mencionada, es menester recordar que el privilegio de tener este atributo de la responsabilidad limitada, permite a los socios de las sociedades limitadas, anónimas y comanditaria por acciones -exceptuando a su denominado socio colectivo-, blindar y resguardar la parte de su patrimonio que no consideraron invertir en dicho negocio.

---

<sup>12</sup> HALPERIN, ISAAC, *Curso de Derecho Comercial, t. I. Parte General. Sociedades en General*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 272.

Reiterando que en este tipo de sociedades debido a su naturaleza mercantilista, también existe una intención obligatoria y justificada de obtener rendimiento en la actividad social emprendida.

La doctrina<sup>13</sup> ha establecido algunos elementos sobre los cuales se apoya la responsabilidad limitada de las compañías mercantiles, a continuación los enunciamos:

- 1.- Posibilita que los inversionistas diversifiquen sus riesgos, permitiéndoles tener varios negocios de tal manera que si en uno no tiene la ganancia esperada lo pueda suplir con otro, sin tener que poner su patrimonio en peligro.
- 2.- Proporciona la despreocupación por la identidad del restante de los socios que conforman la sociedad, puesto que en ausencia de la limitación de la responsabilidad, sería importante conocer la situación económica de los otros socios ante la eventualidad de tener que responder con el propio patrimonio.
- 3.- Favorece el funcionamiento y dinamismo del mercado de capitales, al promover la libre transferencia de las acciones, independientemente de quien hubiere sido su titular anteriormente.
- 4.- Promueve que el valor de las acciones sea realmente coherente debiendo ser concordante con el valor que representa la sociedad, con lo que se estimula la transparencia y gestión de los órganos administrativos de la sociedad para aumentar su valor.
- 5.- Expone las ventajas y desventajas de invertir en un determinado negocio, aunque represente un mayor aporte económico, si no existiere la responsabilidad limitada, no se tomaría el riesgo aunque pudiese resultar positivo.

En cuanto a la segunda particularidad que presentan las sociedades objeto de este estudio, y es referente a la conformación del capital social de la persona jurídica, las sociedades mercantiles que son objeto de infracapitalización tienen su capital conformado por personas naturales o jurídicas que realizan un aporte financiero para obtener un capital común que será el de la sociedad para su funcionamiento.

Esta participación deberá estar establecida previamente en el contrato de fundación de la sociedad mercantil. Las otras personas jurídicas tienen una conformación de capital diferente

---

<sup>13</sup> SALVADOR CODERCH, P., CERDÁ ALBERO, F., RUIZ GARCÍA J.A., “Derecho de Daños y Responsabilidad Ilimitada en las Sociedades de Capital”, InDRET, RES para el Análisis del Derecho, n°3, 2003, pp. 6-7. Disponible en: [http://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/145\\_es.pdf](http://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/145_es.pdf)

en cuanto a la manera como pueden realizar sus aportes, y no están sujetas a las rigurosidades legales de las personas jurídicas de comercio en este sentido.

Entre los objetivos de los socios de emprender bajo esta forma de personalidad jurídica, cabe destacar el de obtener un retorno económico, lo cual respalda la voluntad de asociarse bajo estas formas reconocidas legalmente, de no ser así, generaría la duda sobre la verdadera intención de los integrantes al asociarse para la conformación de una persona jurídica de esta especie.

En la legislación civil ecuatoriana, se considera a la persona jurídica como una “persona ficticia”<sup>14</sup> capaz de responder por las obligaciones contraídas y de accionar sus derechos, sobre este concepto plantea la doctrina<sup>15</sup> que las personas jurídicas no pueden ser consideradas como una entidad “fantástica o ficticia” y sí como una realidad jurídica y técnica necesaria para una buena organización productiva.

Adicionalmente, el Código Civil ecuatoriano amplía también criterios de las personas jurídicas, al legislar sobre el contrato de sociedad<sup>16</sup>, diciendo que da origen a una persona jurídica, que está dotada de capital propio aportado por sus integrantes, siendo un ente diferente de las personas que la conforman; y, que es creada con la finalidad de repartir los beneficios que se generen.

En relación con las compañías de comercio, la Ley de Compañías<sup>17</sup> del Ecuador manifiesta que éstas son personas jurídicas que nacen de la voluntad de los intervinientes en un contrato de sociedad teniendo como objetivo, ejecutar actividades de intercambio, fijándose como fecha real de su existencia o inicio de sus actividades, la inscripción en el correspondiente Registro Mercantil<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Art. 564. CCEc.

<sup>15</sup> LARREA HOLGUÍN, JUAN, *Compendio de Derecho Civil del Ecuador*, ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1980, p.234.

<sup>16</sup> CCEc. Art. 1957.- “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”.*

<sup>17</sup> LCE. 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”.

<sup>18</sup> LCE. Art.96.- “El principio de existencia de esta especie de compañía es la fecha de inscripción del contrato social en el Registro Mercantil”. (Refiriéndose a las Compañías de Responsabilidad Limitada).

Por su parte el Código de Comercio<sup>19</sup> ecuatoriano, en la enumeración que realiza de los sujetos acogidos bajo el concepto de “comerciantes o empresarios”, incluye entre otras, a las sociedades que están sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

En una conceptualización amplia, que alude únicamente a la aspiración general que persiguió el legislador al crear este mecanismo técnico, tenemos que la persona jurídica es el ente ideal creado con una finalidad que puede ser social, económica, cultural u otra, a la que la ley reconoce personalidad independiente y diferenciada de la de cada uno de sus miembros o integrantes<sup>20</sup>.

El surgimiento de la persona jurídica en la forma de sociedad, obedece a la intención de varias personas que pretenden alcanzar juntas un fin común, siendo ésta la forma más primitiva y sencilla<sup>21</sup>.

## 2. LA ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD A LAS SOCIEDADES MERCANTILES

La voluntad de emprender una determinada actividad económica o la idea de conformar un negocio cuando se concibe una estructura organizada con el adecuado andamiaje administrativo y jurídico, encuentra su forma instrumental en la societaria, siendo la sociedad el sujeto que el sistema normativo ofrece para la simplificación de las relaciones jurídicas empresariales<sup>22</sup>.

Las sociedades mercantiles tienen reconocida su existencia legal desde el momento de su válida constitución<sup>23</sup>, independientemente de los miembros que la conforman, debiendo cumplir también con la inscripción en el registro correspondiente.

---

<sup>19</sup> CComEc. Art. 10.- “Se considerarán comerciantes o empresarios, y estarán sometidos por tanto a las disposiciones de este Código:...

b) Las sociedades que se encuentran controladas por las entidades rectoras en materia de vigilancia de sociedades, valores, seguros y bancos, según corresponda, en función de sus actividades de interrelación;”...

<sup>20</sup> Enciclopedia Jurídica. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/persona-jur%C3%ADdica/persona-jur%C3%ADdica.htm>. (02/02/2016).

<sup>21</sup> FERRARA, FRANCISCO. *Teoría de las...*, cit., p. 341.

<sup>22</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO, “Persona Jurídica y Empresa”, en el libro homenaje al Profesor Dr. Alberto J. Bueres, 2001, p. 2. Disponible en: [http://www.acadec.org.ar/doctrina/articulos/persona-juridica-y-empresa/at\\_download/file](http://www.acadec.org.ar/doctrina/articulos/persona-juridica-y-empresa/at_download/file). (15/06/2019)

<sup>23</sup> LCE. Art.136.- “La compañía se constituirá mediante escritura pública que será inscrita en el Registro Mercantil del cantón en el que tenga su domicilio principal la compañía. La compañía existirá y adquirirá personalidad jurídica desde el momento de dicha inscripción. La compañía solo podrá operar a partir de la obtención del Registro Unico de Contribuyentes otorgado por parte del SRI. Todo pacto social que se mantenga reservado será nulo. El Registrador Mercantil del cantón donde tuviere su domicilio principal, remitirá los

El acto de la inscripción<sup>24</sup>, está relacionado con la publicidad que es de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales o jurídicas que van a dedicarse a ejercer los denominados actos de comercio, con un carácter habitual o profesional.

La falta del requisito de la inscripción registral<sup>25</sup> pertinente, deja a la sociedad en formación con esta calidad o como una sociedad irregular, al ser la publicidad un requisito indispensable para las sociedades mercantiles, que las diferencia de otras sociedades. Por lo que haremos una breve alusión de estas dos situaciones y su injerencia con la dotación de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.

En la legislación societaria ecuatoriana, no existe disposición específica referente a la diferenciación entre las sociedades en formación<sup>26</sup> y las sociedades irregulares; determinándose que estas sociedades en las que falta el cumplimiento de las solemnidades prescritas por la ley, son inoponibles frente a terceros siempre que exista el ánimo de perjudicarlos.

En la medida en que la sociedad no realice el proceso completo para la obtención de la personalidad jurídica, y así cumpla con todos los requisitos legalmente establecidos, los “posibles socios” serán responsables<sup>27</sup> frente a terceros por las obligaciones contraídas y por los contratos celebrados a nombre de la “compañía”.

---

*documentos correspondientes con la razón de la inscripción a la Superintendencia de Compañías y Valores a fin de que el Registro de Sociedades incorpore la información en sus archivos. La constitución también podrá realizarse mediante el proceso simplificado de constitución por vía electrónica de acuerdo a la regulación que para el efecto dictará la Superintendencia de Compañías y Valores.”*

<sup>24</sup> LCE. Art. 19.- “La inscripción en el Registro Mercantil surtirá los mismos efectos que la matrícula de comercio. Por lo tanto, queda suprimida la obligación de inscribir a las compañías en el libro de matrículas de comercio...”

<sup>25</sup> LCE. Art. 30.- “Los que contrataren a nombre de compañías que no se hubieren establecido legalmente serán solidariamente responsables de todos los perjuicios que por la nulidad de los contratos se causen a los interesados y, además, serán castigados con arreglo al Código Penal. La falta de escritura pública no puede oponerse a terceros que hayan contratado de buena fe con una compañía notoriamente conocida.

*En igual responsabilidad incurrirán los que a nombre de una compañía, aún legalmente constituida, hicieren negociaciones distintas a las de su objeto y empresa, según este determinado en sus estatutos.”*

<sup>26</sup> LCE. Art. 29.- “Si en la formación de la compañía no se llenaren oportunamente las formalidades prescritas por esta Ley, y mientras no se cumplieren, cualquier socio podrá separarse de la compañía notificándolo a los demás. La compañía quedará disuelta desde el día de la notificación. Respecto de terceros la compañía se tendrá como no existente en cuanto pueda perjudicarlos; pero los socios no podrán alegar en su provecho la falta de dichas formalidades.”

<sup>27</sup> LCE. Art. 11.- “El que contratare por una compañía que no hubiere sido legalmente constituida, no puede sustraerse, por esta razón, al cumplimiento de sus obligaciones”.



Para ilustrar la importancia de la determinación del momento en que comienzan a surtir efectos la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, existen los argumentos expuestos por la jurisprudencia como el de la Sentencia emanada del Tribunal de Casación del Ecuador<sup>28</sup>.

En este pronunciamiento el Tribunal indica, que en el caso de individuos que contratan a nombre de una sociedad irregular o sociedad de hecho, considerada como tal por la falta de requisitos para su validez, mientras la sociedad no tenga personalidad jurídica, no se la puede responsabilizar por las obligaciones contraídas.

Señalándose que, aunque se produzca en un determinado contrato su nulidad por falta de personería jurídica; debe considerarse como si fueran los socios quienes contrajeron tales obligaciones. Siendo por lo tanto, que los integrantes de la sociedad, tienen el deber de responder, solidariamente.

Agregándose que los terceros que contratan con la sociedad irregular no deben soportar esta carga, por tal motivo aunque la sociedad no culminó su proceso de formación se siguen reputando como “socios” a quienes constaban en los estatutos, para efecto de establecer la correspondiente responsabilidad.

A pesar de lo enunciado, estas circunstancias, no serán favorables para las personas que hubieran contratado con la sociedad en proceso de formación, por la incerteza que genera la indeterminación del sujeto con quién se contrata.

---

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal de Casación del Ecuador, Sala de lo Civil y Mercantil No. 236/2014 del 4 de diciembre de 2014, F.J. Primero “...Del análisis del artículo mencionado, se infiere que cuando una sociedad de hecho contrae obligaciones con terceros de buena fe, la nulidad del contrato no perjudica a las acciones correspondientes, es decir, aún cuando la sociedad fuera afectada por cualquier motivo, son los socios quienes contrajeron la obligación, todos y cada uno de ellos, incluso solidariamente; por ende, son todos y cada uno de ellos quienes deben responder por la misma, mas no la sociedad que carece de personería jurídica incluso para ser representada.

Una sociedad de hecho, para su validez, no puede carecer de elementos tales como la capacidad, el consentimiento sin vicio y la forma; sin embargo, al carecer de solemnidades para su constitución, que a su vez puedan ser un filtro para evitar defectos en este último elemento de validez, el error más común es justamente, la forma, sin embargo, para que el derecho pueda proteger la buena fe de la autonomía de la voluntad privada, en su artículo 1961 del Código Civil, dispone: “Si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar sus aportes. (...)”, de todas maneras, si estas figuras jurídicas no pudieren enmarcarse ni en su misma sociedad, ni en una donación, ni en contrato, la sociedad debería terminar, liquidando las operaciones respectivas y restituyendo a cada socio su aporte. En caso de que esto llegara a suceder, sería lo más justo para sus socios, mas no para terceros que de buena fe otorgaron créditos a la extinta sociedad, por ello, nuestra legislación, obrando en favor estos acreedores, considera a los falsos socios de la ex sociedad de hecho, como obligados solidariamente frente a terceros...”.

Al respecto, de las sociedades en formación, la Ley de Sociedades de Capital española<sup>29</sup>, señala que si la sociedad no hubiese sido inscrita en el correspondiente Registro Mercantil, la responsabilidad es solidaria por los contratos y actos celebrados a nombre de la sociedad en formación.

En el caso de que se constate la ausencia de inscripción registral, la persona jurídica pasa a ser considerada como una sociedad irregular<sup>30</sup>, expresión utilizada para designar cualquier sociedad en la que a la escritura pública de fundación le falte la voluntad de los socios de inscribirla.

Es relevante acotar que la citada Ley<sup>31</sup>, contempla un plazo para que la sociedad en formación, pase a ser considerada como irregular, el cual es de un año desde que se otorgó la escritura y no se inscribió en el Registro Mercantil.

En cuyo caso para determinar la responsabilidad de los intervinientes en el proceso de fundación de la sociedad, se deberán remitir a las estipulaciones de la sociedad colectiva o de una sociedad civil, en caso que la sociedad en formación hubiera continuado con sus operaciones.

Debe tomarse en cuenta que el cumplimiento de los requisitos formales para la determinación de la existencia y tipo de sociedad mercantil que se está constituyendo, es fundamental para prevenir conflictos jurídicos de duda en la aplicación y el alcance de las normas.

En circunstancias en que no se ha cumplido con todos los requisitos necesarios para la conformación de la compañía, la jurisprudencia tiene que salir como fuente integradora y referencial, de casos acontecidos con similar disyuntiva.

Citamos una sentencia<sup>32</sup> emitida por los Tribunales de Justicia del Ecuador, donde los jueces tratan de subsanar los vacíos producidos por los fundadores de la persona jurídica, al no haber

---

<sup>29</sup> LSCE.- Art. 36.

<sup>30</sup> TAVARES BORBA, JOSÉ EDWALDO, *Direito Societário*, ed. Renovar, 9º edición, Sao Paulo, 2004, p. 65.

<sup>31</sup> LSCE.- Art. 39.

<sup>32</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de lo Civil y Mercantil, publicada en la Gaceta Judicial No. 11 del 5 de noviembre de 2002, año CIV, serie XVII, p. 3384. En la Sentencia se cita al tratadista argentino José Ignacio Romero, quien hace un análisis interesante sobre la necesidad que la persona jurídica se adecue a una de las figuras propuestas por la ley, pudiendo ser la sociedad civil o la mercantil, a continuación transcribo una parte de cita mencionada: F.J. Séptimo: <"En orden a la validez, la tipicidad es esencial, sin la adopción de un tipo social previsto no surge una sociedad comercial, no hay contrato válido, no hay sujeto de derecho. No hay sociedades comerciales atípicas porque el de tipicidad es un requisito para la existencia y validez del contrato y del sujeto de derecho de él derivado..." Y concluye dicho autor: "La atipicidad, el apartamiento de las reglas organizativas mínimas, del contenido estructural exigido ineludiblemente a las

cumplido con todos los requisitos legales para la existencia plena de una sociedad comercial de las enunciadas en la Ley correspondiente.

Al no haber adecuación a un determinado tipo social, se manifiesta una incertidumbre sobre el régimen legal aplicable a la sociedad. En dicha sentencia se hace énfasis sobre la imperiosidad de la “adopción de un tipo social”, sin lo cual no se crea una sociedad mercantil y no puede haber sujeto de derecho.

Entre uno de los requisitos que menciona el jurista Ferrara, para que pueda considerarse la existencia de las personas jurídicas, está el reconocimiento; y menciona que éste no equivale a la autorización por parte de algún organismo de control: *“El reconocimiento es atribución de personalidad jurídica, mientras que la autorización es un simple permiso para asociarse”*<sup>33</sup>.

Entendemos que al referirse al reconocimiento, la doctrina pondera a la posición que adquiere la sociedad, cuando cumple con todos los requisitos formales y puede darse a conocer como tal en el medio donde desarrollará sus actividades económicas y actuar como sujeto de derecho y obligaciones.

La situación de las sociedades irregulares o de hecho que se conforman sin cumplir con todos los requerimientos legalmente exigibles, por lo que no pueden ser consideradas personas jurídicas del derecho societario, las deja con el mismo tratamiento que a las sociedades colectivas<sup>34</sup>.

Es fundamental cuando se constituye una sociedad mercantil, cumplir con todos los requisitos intrínsecos y extrínsecos establecidos en las leyes para evitar esta posición de desventaja jurídica para las partes involucradas, que deriva del incumplimiento de las formalidades prescritas para los tipos de sociedades mercantiles existentes.

Entre las consecuencias principales que se originan de la obtención de la personalidad jurídica de las sociedades de capital, se derivan también sus atribuciones, que pueden ser asimiladas a las de las personas naturales y pueden variar de acuerdo a los puntos de vista e

---

*sociedades, está sancionado dentro de nuestro sistema con una nulidad total...”* (Notas sobre la tipicidad en derecho societario, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 15, Buenos Aires, Ediciones Depalma, páginas 377 - 390).>.

<sup>33</sup> FERRARA, FRANCISCO. *Teoría de las...*, cit., p. 387.

<sup>34</sup> LSCE.- Art. 39.

importancia que los diferentes estudiosos del derecho conceden a la caracterización de estas sociedades.

Por considerarla más didáctica y por lo mismo más sencilla, además de estar adecuada a los criterios de la personificación de los entes ideales, citaremos al autor Sergio Campinho<sup>35</sup>, que señala los siguientes principales efectos que emanan de la adquisición de la personalidad jurídica:

1.- Patrimonio Propio.- este atributo hace referencia al acervo que constituye el fondo económico social que debe tener la sociedad para poder ejecutar su actividad económica y ponerse en marcha.

El patrimonio social que al momento de la constitución de la compañía es llamado también de capital social, debe poder ser susceptible de verificación, y como lo indica la sentencia citada<sup>36</sup>, debe haber una proporcionalidad razonable entre el capital social que consta en los estatutos y el patrimonio de la sociedad.

El patrimonio de la sociedad, no debe confundirse con el patrimonio de ninguno de los socios<sup>37</sup>, solamente la sociedad puede disponer sobre los activos y pasivos que se encuentran a su nombre; con lo cual también se limita la responsabilidad de los socios al monto de sus aportaciones.

La persona jurídica de derecho societario, debe tener su patrimonio diligentemente administrado, debiendo responder con sus propios recursos por las obligaciones contraídas por ella en el ejercicio de su actividad económica.

---

<sup>35</sup> CAMPINHO, SERGIO. *O Direito da Empresa á Luz do Novo Código Civil*, ed. Renovar, 5º edición, Sao Paulo, 2005, pp. 64 ss.

<sup>36</sup> STS, de 1 de junio de 2016, sección 1. Id Cendoj: 28079110012016100351. F.J. Quinto: “...*Si de las deudas sociales sólo responde el patrimonio social, hay que garantizar su afección a la empresa, su realidad, su integridad, su permanencia y que exista una correspondencia razonable entre la cifra de capital social que aparece publicitada en el Registro Mercantil y el patrimonio realmente existente, esto es, que el capital social sea un dato real y no ficticio. De ahí la disciplina legal antes indicada.*”

<sup>37</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil, publicada en la Gaceta Judicial No. 1 del 23 de julio de 2004, año CV, serie XVIII, p. 79. En la Sentencia se hace una diferencia entre sociedad y comunidad, a las diferencias que existen en cuanto al patrimonio de una y de otra consta, F.J. Quinto: “...*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 este injerencia 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.*”.

2.- Nombre Propio.- la sociedad tendrá su denominación objetiva o razón social, según sea su especie, debiendo añadirse al nombre la indicación del tipo social sea esta sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima o sociedad comanditaria por acciones; que permita su identificación como tal<sup>38</sup>.

Este nombre gozará de protección legal<sup>39</sup> e individualizará a cada persona jurídica, no pudiendo utilizar otra sociedad, el nombre de una sociedad de capital preexistente, existiendo una “prohibición de identidad”<sup>40</sup>; salvo en los casos en que hubiere acontecido una disolución, liquidación y cancelación de la sociedad que hubiera tenido el nombre en cuestión, inicialmente.

Sobre este atributo de la personalidad, la Doctrina Societaria No. 117<sup>41</sup> de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, organismo de control de las compañías del Ecuador, induce a la reflexión que la protección a la individualidad del nombre de la compañía, tiene su razón de ser en el respeto al derecho de propiedad de la persona jurídica sobre su nombre.

Constituyendo la denominación social, un elemento inmaterial con el cual se identifica a la sociedad, y que forma parte del establecimiento empresarial como tal, que tendrá su correspondiente valor agregado en la medida del suceso que pueda tener el negocio que se emprenda con esa persona jurídica.

Resaltándose que corresponde a una disposición legal con carácter de imperativa, al contemplarse en la Ley de Compañías que “*La razón social o la denominación de cada*

---

<sup>38</sup> LSCE.- Art. 6.

<sup>39</sup> STS, de 4 de junio de 2008, sección 1. Id Cendoj: 28079110012008100515. F.J. Tercero: “...De esta argumentación se infiere como consecuencia lógica que, cualquiera que sea el acierto de la argumentación utilizada, la Sentencia considera que, al no resultar afectada la hipotética protección que correspondería al nombre comercial de la actora, no concurre en el cambio de denominación social de la demandada la causa de nulidad derivada de la infracción de la prohibición de <<adoptar una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente>>...”

<sup>40</sup> LSCE.- Art. 7.

<sup>41</sup> DOCTRINA No. 117: NINGUNA COMPAÑÍA PUEDE ADOPTAR UN NOMBRE IGUAL O SEMEJANTE AL DE OTRA PREEXISTENTE AUNQUE ESTA MANIFIESTARE SU CONSENTIMIENTO.- “...CONCLUSIONES 1. Una compañía no puede adoptar un nombre igual o semejante al de otra preexistente aún cuando ésta otorgue su consentimiento; 2. El derecho de propiedad de que una compañía adquiere sobre su nombre no se limita a su particular interés sino que en nombre social tutela el interés general de los terceros al advertir a éstos de errores o confusiones que la sinonimia, semejanza o analogía pudieran promover o facilitar; y, 3. La prohibición se extiende aún a los casos en que las sociedades sean de distinta especie o tengan objetos diferentes.”

*compañía, que deberá ser claramente distinguida de la de cualquiera otra, constituye una propiedad suya... ”<sup>42</sup>.*

En cuanto a las especies de compañías anónimas y las limitadas, la Ley de Compañías agrega un requisito adicional, por el cual todas las compañías anónimas<sup>43</sup> y limitadas<sup>44</sup> deben contener como parte de su denominación, una expresión peculiar, que facilite su individualización frente a otras compañías que incluyan en su denominación, la actividad a desempeñar.

Además, esta tutela del nombre, también está orientada al resguardo del principio de defensa al interés público o al “interés general de los terceros”, puesto que sería pernicioso la inseguridad que se generaría con relación al cumplimiento de las obligaciones, ante la coexistencia de dos sociedades que ostenten el mismo nombre, aún si ejercieran diferentes actividades económicas.

3.- Nacionalidad Propia.- esta característica similar a la que poseen las personas naturales, también es independiente de la nacionalidad de sus integrantes, y corresponderá al país donde sus integrantes hubieren decidido radicar a la sociedad.

Este efecto tiene varias connotaciones que merecen un estudio particular, sin embargo, cuando hablamos de continentes como Europa, que han conformado una comunidad de la que forman parte algunos de los países de dicho continente, tiene una especial importancia, particularmente nos referimos a los países que conforman el bloque económico y político de la Unión Europea.

---

<sup>42</sup> LCE. Art.16.

<sup>43</sup> LCE. Art. 144.-... “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 determina la clase de empresa, como “comercial”, “industrial”, “agrícola”, “constructora”, etc., no serán de uso exclusivo e irán acompañadas de una expresión peculiar...”

<sup>44</sup> LCE. Art. 92.- ...La compañía de responsabilidad limitada es la que se contrae entre dos 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, tales como: “comercial”, “industrial”, “agrícola”, “constructora”, no serán de uso exclusivo e irán acompañadas de una expresión peculiar.

Señalándose en sentencias<sup>45</sup>, como la que se cita, la facultad de los estados miembros de hacer prevalecer las leyes del país donde fue constituida la sociedad, cuando decidiere “reorganizarse en otro Estado miembro”.

Debe tomarse en cuenta, que en la Unión Europea en virtud de los acuerdos que se plasman en los Tratados, pueden existir leyes que corresponden a la Comunidad y son de observancia y aplicación obligatoria para los países que la conforman; y, también, las normas propias de cada país que son de obligatorio cumplimiento para las personas que tengan su domicilio legal en ellos.

En la situación propuesta en la sentencia, debemos entender que se refiere, a la cuestión en que la persona jurídica decidiere trasladar su domicilio legal a otro estado miembro de la comunidad, queriendo hacerlo en los mismos términos del estado donde se constituyó; o, pensando que no necesita cumplir ningún requisito adicional.

Siendo que la potestad para definir si debe cumplir o no con otros requerimientos adicionales, debe constar en la Ley y en la ausencia de disposiciones, le corresponderá decidir a los magistrados de justicia como en el caso enunciado.

Estas circunstancias, generan ciertos conflictos de aplicación de la ley de acuerdo a su territorialidad, que intentan ser resueltos por los tratados internacionales y que son materia del Derecho Internacional privado.

Justificándose plenamente la preocupación del legislador para proponer soluciones equitativas, debido a la frecuencia con la que se producen el intercambio de relaciones mercantiles y laborales entre estos países, ocasionando la necesidad de la determinación de

---

<sup>45</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) ECLI:EU:C:2008:723. 16 de diciembre de 2008 (asunto *Cartesio*). F.J. 110, señala que: “... un Estado miembro ostenta la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida según su Derecho nacional y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento, como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición. La referida facultad engloba la posibilidad de que ese Estado miembro no permita a una sociedad que se rige por su Derecho nacional conservar dicha condición cuando pretende reorganizarse en otro Estado miembro mediante el traslado de su domicilio al territorio de éste, rompiendo así el vínculo de conexión que establece el Derecho nacional del Estado miembro de constitución”. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76078&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=663480>.

la nacionalidad de la sociedad<sup>46</sup>, inclusive o especialmente cuando ésta tuviere actuación en dos estados diferentes.

La nacionalidad es un elemento indispensable, para efectos de establecer la vinculación con la normativa existente y el régimen jurídico aplicable, dependiendo de cada caso en particular.

Debe considerarse como española a la sociedad que se hubiere constituido observando la legislación española y tuviere su domicilio principal en el territorio español.

En la legislación societaria ecuatoriana, se determina que toda compañía que se constituya en el territorio nacional, tendrá nacionalidad ecuatoriana<sup>47</sup>, con respecto a las compañías extranjeras que quisieran efectuar algún tipo de transacción mercantil en el Ecuador o tener acciones o participaciones en compañías ecuatorianas, deberán tener un apoderado o representante legal en el Ecuador, que responda por ellas.

No obstante, las compañías extranjeras que quieran dedicarse en el Ecuador a actividades económicas específicas como, ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos o explotación de recursos naturales; necesariamente deberán domiciliarse<sup>48</sup>, antes de realizar las contrataciones derivadas de su negocio.

4.- Domicilio Propio<sup>49</sup>.- esta atribución de la personalidad jurídica, es también conocida como sede social, debiendo estar definido al momento de la constitución de la sociedad, pero podrá ser modificado posteriormente.

Existe la distinción entre el domicilio postal, que es la dirección de las oficinas donde funciona la persona jurídica y el domicilio legal que está relacionado con la ubicación geográfica de la misma, donde deberá estar la administración principal, así como los libros contables de la sociedad; además es el que determina la competencia judicial, en caso de existir conflictos de esta índole.

---

<sup>46</sup> LSCE.- Art. 8.- *“Nacionalidad.-Serán españolas y se regirán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido”.*

<sup>47</sup> LCE. Art. 5.

<sup>48</sup> LCE. Art. 6.

<sup>49</sup> LSCE.- Art. 9.- *“Domicilio.- 1. Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación.*

*2. Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España”.*



Si no hubiere coincidencia en ambos domicilios; y para evitar que genere desconfianza o inseguridad entre los contratantes con la sociedad, la ley española establece que podría considerarse tanto al domicilio postal como al domicilio legal, igualmente, domicilios de la sociedad<sup>50</sup>.

Además de lo mencionado en líneas anteriores, la determinación adecuada del domicilio fiscal de las sociedades, es importante para efectos tributarios<sup>51</sup> por la definición que este aporta para la aplicación e imposición del impuesto de sociedades<sup>52</sup>, relacionado con el domicilio legal de la sociedad.

---

<sup>50</sup> LSCE.- Art. 10.- “Discordancia entre domicilio registral y domicilio real.- En caso de discordancia entre el domicilio registral y el que correspondería según el Art. anterior, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos”.

<sup>51</sup> STS, de 23 de enero de 2013, sección 2. Id Cendoj: 28079130022013100022. F.J. Tercero: “Conviene recordar, ante todo, que el art. 43.4 de la Ley 12/2002, de 23 de Mayo, que aprobó el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco establece que. “A los efectos del presente Concierto Económico se entenderán domiciliados fiscalmente en el País Vasco: (...) b) las personas jurídicas y demás entidades sometidas al Impuesto sobre Sociedades que tengan en el País Vasco su domicilio social, siempre que en el mismo esté efectivamente centralizada su gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, cuando se realice en el País Vasco dicha gestión o dirección. En los supuestos en que no pueda establecerse el lugar del domicilio de acuerdo con estos criterios, se entenderá el lugar donde radique el mayor valor de su inmovilizado”. De esta forma, la regla principal es la que el domicilio fiscal, concepto autónomo respecto del domicilio social, coincide con este último cuando en él esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de los negocios; en cambio, si no ocurre dicha circunstancia se debe estar al lugar de gestión o dirección. En última instancia se ordena estar a la regla subsidiaria el lugar donde radique el mayor valor del inmovilizado. Sin embargo, en el Convenio no se especifican normas para identificar el lugar donde se halla efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de los negocios, guardando silencio también tanto la ley 57/2003, de 17 de Diciembre, General Tributaria, como el Real Decreto Legislativo 4/2005, de 5 de Marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Impuesto sobre Sociedades, cuyos Arts. 48.2 y 8.2 recogen los mismos criterios de determinación del domicilio social”.

<sup>52</sup> LISE 27/2014, de 27 de noviembre.- Art. 8.- “Residencia y domicilio fiscal.- 1. Se considerarán residentes en territorio español las entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos: a) Que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas. b) Que tengan su domicilio social en territorio español. c) Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español. A estos efectos, se entenderá que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades. La Administración tributaria podrá presumir que una entidad radicada en algún país o territorio de nula tributación, según lo previsto en el apartado 2 de la Disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, o calificado como paraíso fiscal, según lo previsto en el apartado 1 de la referida disposición, tiene su residencia en territorio español cuando sus activos principales, directa o indirectamente, consistan en bienes situados o derechos que se cumplan o ejerciten en territorio español, o cuando su actividad principal se desarrolle en éste, salvo que dicha entidad acredite que su dirección y efectiva gestión tienen lugar en aquel país o territorio, así como que la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas distintas de la gestión de valores u otros activos. 2. El domicilio fiscal de los contribuyentes residentes en territorio español será el de su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección. En los supuestos en que no pueda establecerse el lugar del domicilio fiscal, de acuerdo con los criterios anteriores, prevalecerá aquél donde radique el mayor valor del inmovilizado”.

Hemos enunciado lo que consideramos más relevante para la determinación de la existencia de la persona jurídica, o atributos de ésta, sin embargo creemos necesario hacer una referencia más precisa a lo que mencionamos al inicio de este capítulo, que corresponde a la característica que hace posible que la persona jurídica pueda ejercer sus derechos y contraer obligaciones que es la representación legal<sup>53</sup>.

Como ya dijimos anteriormente, la representación legal, puede tener varias denominaciones y es quien administrará la sociedad dentro de los límites impuestos por las leyes y el contrato social; en la mayoría de los casos también tendrá la representación judicial y extrajudicial de la compañía.

No obstante, la administración no siempre implica la representación legal, en estos casos los administradores que no ostentan la representación se dedican solamente a la “gestión interna”<sup>54</sup>.

El representante legal de la sociedad será el encargado de dirigir la actividad empresarial de la sociedad, no debiendo responder legalmente, por su gestión cuando ésta se apegare a las facultades que les hubieren sido otorgadas.

Sin embargo, cuando excediere el uso de las facultades concedidas, se constatare situaciones de cometimiento de actos ilícitos contrarios al fin social, o cuando no administrare con el “cuidado de un diligente y ordenado empresario” a la sociedad, también podrá responder personalmente.

Así lo corrobora la sentencia<sup>55</sup> en la que consta que no puede el representante legal de la compañía pretender que no sea citado en un juicio, por hechos acontecidos durante la vigencia de su nombramiento como representante legal de la sociedad.

---

<sup>53</sup> DOCTRINA No. 103: REPRESENTACION LEGAL: LA ESCRITURA PUBLICA QUE CONTENGA ALGUNO DE LOS ACTOS DETERMINADOS EN EL ARTICULO 33 DE LA LEY DE COMPAÑIAS DEBE SER OTORGADO POR EL O LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LA COMPAÑIA.- “...Conferida la representación legal al o a los funcionarios por disposición de los estatutos sociales legalmente aprobados, a él o a ellos toca comparecer, a nombre de la compañía, al otorgamiento de una escritura pública de cualquiera de los actos mencionados en el Art. 33 de la Ley de Compañías, ya que se trata de actos de la sociedad y no de los socios o accionistas individualmente considerados...”.

<sup>54</sup> BALBÍN, SEBASTIÁN, *Curso de Derecho de las Sociedades Comerciales*, ed. AD HOC, Buenos Aires, 2010, pp. 210 ss.: “...los que deberán prestar con la lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios (...), fórmula que les otorga un margen de discrecionalidad o espacio autónomo de decisión que les permite elegir entre cualquiera de las opciones razonables que se les presenten, dadas las circunstancias del caso particular, por tratarse de la suya de una obligación de medios y no de resultados...”.

<sup>55</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de lo Laboral y Social, publicada en la Gaceta Judicial No. 1 del 22 de marzo de 1999, año XCIX, serie XVIII, p. 220. En la Sentencia se cita el Art. del Código de Trabajo referente a la solidaridad, que sirve de fundamento para establecer que el administrador

Luego del análisis del concepto y de los elementos constitutivos que configuran a las sociedades de capital, así como de las atribuciones que configuran su personalidad, en cuanto personas jurídicas de gran utilidad para el derecho mercantil y el comercio en general, concluimos que el objetivo de nuestro estudio serán las sociedades de capital.

Esto se debe a su naturaleza y características, que se encuadran en la hipótesis de infracapitalización como situación no deseada en la que pudiere incurrir una sociedad; y, pudiendo tener como consecuencia el levantamiento del velo jurídico, para impedir que se produzca el perjuicio de terceros.

Atendiendo especialmente, a la característica de las sociedades de capital de tener la responsabilidad limitada de sus integrantes, sin dejar de reconocer que además es importante en el caso de las sociedades anónimas, que se traten de sociedades de capital cerrado o que formen parte de un grupo empresarial.

Por lo que podríamos decir que es en mérito de éstas y no de cualquier otra característica o clasificación que pudiéramos hacer de las sociedades, las que cuentan al momento de determinar qué sociedades pueden ser sujetos de infracapitalización.

## II. LÍMITES A LA PERSONIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES

### 1. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Entre las ventajas que conlleva la constitución de una persona jurídica societaria en sociedades anónimas o limitadas, para ejercer actividades empresariales, es la limitación de la responsabilidad<sup>56</sup> la que representa un mayor atractivo y relevancia, para quien desea emprender un negocio.

---

también tiene responsabilidad por el incumplimiento de la ley por parte de la compañía de la cual es representante legal. F.J. Quinto: <... "El empleador y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador." y no puede ser representante de una persona jurídica sino una persona natural, legalmente capaz. En consecuencia, aceptando que Fernando Ferro Torre ejerció funciones de administración o dirección en las compañías demandadas, cabe la solidaridad de este demandado, en tanto y en cuanto actuó como representante de las sociedades accionadas;...>.

<sup>56</sup> SALVADOR CODERCH, P., CERDÁ ALBERO, F., RUIZ GARCÍA J.A., "Derecho de Daños y Responsabilidad Ilimitada en las Sociedades de Capital", InDRET, RES para el Análisis del Derecho, n°3, 2003, p.22. "El dogma de la responsabilidad limitada del accionista implica que su responsabilidad sólo alcanza a

Entendiéndose esta limitación, como que quien figurará como sujeto de crédito u obligado a ejecutar las obligaciones contractuales deberá ser la sociedad de capital legalmente conformada, no teniendo compromiso directo ninguno de los socios que la integran, ni su patrimonio propio.

Las operaciones comerciales, industriales o de prestación de servicios que realiza la sociedad se atribuyen directamente a ésta, por lo que será la persona jurídica la que afrontará las pérdidas o ganancias que hubieren, sin tener que individualizarse cada gestión realizada para atribuírselas a los socios<sup>57</sup>.

La limitación de la responsabilidad de los integrantes de la sociedad, a decir de Dobson<sup>58</sup>, debe considerarse un privilegio del que gozan una agrupación de individuos, los cuales no responderán por las deudas contraídas en el ejercicio de una actividad económica, sino con la parte invertida de su propio patrimonio, permitiéndoles tener a salvo los bienes que no hubieran sido utilizados en el negocio emprendido.

La sociedad comercial es quien responderá por los actos que ejecute, y no sus miembros, porque son sujetos de derecho diferentes<sup>59</sup>. Sin embargo, para que surta efecto esa limitación de la responsabilidad debe haberse cumplido con los deberes sociales.

El primero deber de los socios, corresponde al de regularizar la sociedad, para que se configure su personalidad jurídica y pueda ser sujeto de derechos y obligaciones; y el otro deber que se deriva de éste, es el que tienen los socios de cumplir con la integración completa, veraz y apropiada del capital social de acuerdo a lo estipulado en la escritura de constitución que hubieren suscrito<sup>60</sup>.

En cuanto al patrimonio social de la sociedad, éste representa la medida de ejecución de la actividad empresarial proyectada. Al ser el único que responderá frente a los acreedores,

---

*las aportaciones comprometidas: esto es, al importe de las acciones suscritas (cuyo valor nominal tendrá que desembolsar en una cuarta parte, al menos, en el momento de la suscripción...".* Disponible en: [http://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/145\\_es.pdf](http://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/145_es.pdf)

<sup>57</sup> CABANELLAS, GUILLERMO, "La Personalidad Jurídica Societaria" en *Derecho Societario, parte general*, ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1994, p.31.

<sup>58</sup> DOBSON, JUAN M. *El Abuso de la Personalidad Jurídica*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 64.

<sup>59</sup> LÓPEZ RAFFO, FRANCISCO M., *El Corrimiento del Velo Societario*, ed. AD HOC, Buenos Aires, 2005, p. 60.

<sup>60</sup> LSCE.- Art. 30.- "*Responsabilidad de los fundadores. - 1. Los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los socios y los terceros de la constancia en la escritura de constitución de las menciones exigidas por la ley, de la exactitud de cuantas declaraciones hagan en aquella y de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución.*

*2. La responsabilidad de los fundadores alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado estos".*

está sometido a exigencias legales más estrictas, en el sentido que deberá ser suficiente y permanente, existiendo el compromiso de no disminuir el fondo social, en virtud del principio de la estabilidad del capital social<sup>61</sup>.

Debemos acotar, que la responsabilidad limitada de sus miembros, es una característica, que no es común a todas las personas jurídicas.

Solamente, algunas clases de sociedades, entre ellas, la anónima, la de responsabilidad limitada, y la sociedad comanditaria por acciones excepto su denominado socio colectivo, que son las sociedades de capital, conceden el beneficio de la limitación de la responsabilidad de los socios; otorgando esta ventaja para quienes decidan agruparse bajo estas formas legales.

El Estado confiere esta posibilidad de salvaguardar los patrimonios personales de quien emprende bajo estas formas societarias e incentiva y fomenta a la actividad empresarial y comercial, mediante la generación de empleos, impulsando la economía, produciendo riqueza, favoreciendo el intercambio; es decir, a las entidades que realizan actividades industriales, mercantiles y de prestación de servicios.

Cabe mencionar que de las sociedades mencionadas en el párrafo anterior, las compañías anónimas y las de responsabilidad limitada, son los dos tipos de compañías más utilizados para ejercer las actividades mercantiles, por tener una estructura más simplificada en lo que respecta a la conformación y transferencia de su paquete accionario, normas de vigilancia interna y administración social.

Además de la limitación de la responsabilidad de los socios que conforman una sociedad mercantil, que es uno de los motivos que son principalmente considerados cuando se concibe la creación de una persona jurídica, para emprender un negocio, existen otros beneficios que se derivan de la adquisición de la personalidad jurídica.

Los sectores doctrinarios<sup>62</sup>, resaltan la conveniencia de efectuar los intercambios mercantiles con una sociedad por la simplificación en el manejo de las relaciones jurídicas que

---

<sup>61</sup> GARRIGUES, JOAQUÍN, *Tratado de Derecho Mercantil, t. I, vol. I.*, ed. Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1947, p. 403.

<sup>62</sup> CABANELLAS, GUILLERMO, “La Personalidad Jurídica...”, cit., p. 34.

proporciona a los intervinientes en un negocio, tanto a los propios socios como a los terceros involucrados con la actividad empresarial.

Esto se debe al andamiaje jurídico del que gozan las sociedades capitalistas, que están dotadas de una organización ordenada y adecuada conformada por el conjunto jurídico de objeto social e interés societario<sup>63</sup>.

Debiendo entenderse esta sincronía como la coordinación que debe existir entre el propósito y esfuerzo colectivo para la consecución de un resultado satisfactorio, mediante la ejecución de la actividad económica que realiza la sociedad; para desarrollar y llevar a cabo los proyectos concebidos.

En efecto tener un solo patrimonio consolidado por las aportaciones de los integrantes de la sociedad, proporciona los recursos y fuerzas necesarios para el negocio, que individualmente sería más difícil de alcanzar, prestando el soporte apropiado para la ejecución de la actividad económica planeada.

Es importante hacer esta referencia porque muchas veces podemos pensar que para emprender un negocio mediante la conformación de una sociedad de capital, se necesita tener grandes sumas de dinero, sin tomarse en cuenta que, resulta muchas veces más conveniente emprender de esta manera asociada, que con una empresa unipersonal o como un empresario individual.

Otra de las razones económicas que merece ser comentada dentro de la importancia de la conformación de una sociedad de capital, es la percepción de permanencia, estabilidad y fortaleza económica dentro de su medio de actuación que generan las compañías en el público en general.

Lo que proporcionará una mayor credibilidad y seguridad al inversionista, que es imprescindible para todos los emprendimientos que dependen de la posición e imagen que proyectan en el mercado para obtener una mayor acogida y respuestas más favorables por parte de los consumidores.

Esto es especialmente relevante en los tiempos actuales en que la competencia en el ámbito empresarial exige una actitud que refleje transparencia, legalidad, responsabilidad y eficiencia; para poder obtener la confianza de los clientes.

---

<sup>63</sup> CABANELLAS, GUILLERMO, "Los Socios, Derechos, Obligaciones y Responsabilidades" *en Derecho Societario, parte general*, cit., p. 721.

El incremento de las exigencias que se presentan cada día en el ámbito de las relaciones comerciales, ha motivado que las sociedades se preocupen y pongan su especial empeño entre otras cosas, que ya eran motivo de su atención, por implementar dentro de sus políticas internas, las prácticas del buen gobierno corporativo para asegurar su éxito y continuidad en el medio en el que se desenvuelven.

Es importante mencionar que la concesión de créditos, por regla general, son más simplificadas y de mejor acceso para las entidades que están dotadas de personalidad jurídica, por el respaldo patrimonial que éstas tienen; y, en cuanto a los proyectos empresariales, comerciales y contratos, existe una preferencia para realizarlos con las organizaciones societarias.

En el ámbito tributario, también representa una ventaja constituir una compañía, por ciertos beneficios de carácter impositivo que el Estado otorga a las sociedades para incentivar y estimular la inversión empresarial<sup>64</sup>, entre ellos, las diversas deducciones en la aplicación del impuesto de sociedades que pueden ser otorgadas en razón de la realización de actividades específicamente determinadas en la ley<sup>65</sup>.

Estas actividades son, las que están relacionadas con la investigación, desarrollo e innovación tecnológica<sup>66</sup>, así como el estímulo a las artes escénicas y espectáculos en general; o, también, por ubicarse en ciertas hipótesis señaladas por la ley como de promoción y generación de oportunidades laborales<sup>67</sup> para personas con capacidades especiales.

---

<sup>64</sup> Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (Vigente hasta el 01 de Enero de 2017) (España). Art. 68.2. Deducciones en actividades económicas.

<sup>65</sup> Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (España).- En el Art. 35 consta la Deducción por Actividades de Investigación y Desarrollo e Innovación Tecnológica. En el Art. 36 consta la Deducción por Inversiones en Producciones Cinematográficas, Series Audiovisuales y Espectáculos en Vivo de Artes Escénicas y Musicales.

<sup>66</sup> STS, de 12 de enero de 2014, sección 2. Id Cendoj: 28079130022014100008. F.J. Quinto: *“Por otra parte, para aplicar la deducción del Art. 35 del Texto Referido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades los sujetos pasivos que hayan formulado una consulta pueden aportar informe motivado emitido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología o por un organismo adscrito al mismo, relativo al cumplimiento de los requisitos científicos y tecnológicos exigidos en el párrafo a) del apartado 1 de dicho art. 35 para calificar las actividades del sujeto pasivo como investigación y desarrollo, o en el párrafo a) de su segundo apartado, para calificarlas como innovación tecnológica, teniendo dicho informe carácter vinculante para la Administración Tributaria; ocurriendo lo mismo cuando los sujetos pasivos hayan solicitado la adopción de un acuerdo previo de valoración.”*

<sup>67</sup> Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (España).- Las deducciones del Impuesto de Sociedades por creación de empleo constan en los Arts. 37 y 38.

De esta manera se procura además de fomentar y fortalecer las actividades empresariales, el cumplimiento de la inclusión social tan ensalzada en las Constituciones de los Estados a nivel mundial.

Estas prebendas también se aplican al verificarse un apoyo de la sociedad a los emprendedores, permitiéndole al contribuyente evidenciar un ahorro en su patrimonio propio, al realizar sus actividades mercantiles con la utilización de la persona jurídica societaria.

Con lo que el contribuyente, se ubica en una situación económica más favorable, que no la hubiera tenido, si no ejerciera su actividad mercantil por intermedio de una persona jurídica, de esta manera su patrimonio personal, no resultará afectado con la imposición de una mayor carga tributaria.

Dentro de las variadas razones económicas que existen para conformar una sociedad mercantil, no podíamos dejar de hacer una referencia particular a las inversiones realizadas por medio de empresas familiares.

Debiendo recalcar, la trascendencia que tienen actualmente las compañías identificadas como familiares, calificadas por la doctrina, como un motor de la economía en los siguientes términos: *“las empresas familiares constituyen hoy día la base del sistema económico de libre mercado, son la fuente generadora de la mayor parte de empleo en nuestras sociedades y constituyen un elemento de cohesión social”*<sup>68</sup>.

Las empresas familiares, pueden adoptar diversas formas, entre ellas las de sociedades de capital, su configuración no constituye un elemento de su caracterización. Son denominadas de esta manera, por tener sus decisiones y composición accionaria vinculadas a los miembros de un común tronco familiar que son relacionados entre sí por los lazos de consanguinidad o afinidad.

Esta situación que en la actualidad no es poco usual, conlleva una serie de situaciones que podrían representar una ventaja adicional, si fueren bien encaminadas, como por ejemplo la presencia de una carga emocional, que podría ser muy positiva si fuere utilizada

---

<sup>68</sup> GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO, “La Empresa Familiar. Su Concepto y Delimitación Jurídica”, *Cuadernos de Reflexión de la Cátedra PRASA de Empresa Familiar*, n°. 14, 2012., p. 4. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10396/7021>



adecuadamente en el desempeño de las actividades pretendidas y la consecución de los objetivos planteados, para lo cual se conforma la compañía.

Cada día ocurre con mayor frecuencia que una agrupación de personas parientes entre sí se reúnen en torno a un ideal, proyecto y contribuciones económicas en común para conformar una sociedad cerrada en la que no habrá circulación de las acciones entre el público en general.

Entre los inconvenientes que debemos mencionar y que pueden derivarse de la creación de una persona jurídica, tenemos los intereses diversos que se agrupan en una sociedad al tratarse de un organismo conformado por una pluralidad de sujetos, que si no son encaminados a la consecución del fin social podría inclusive, conllevar la disolución de la persona jurídica.

Igualmente, opinamos que el inconveniente más relevante que podría suscitarse por los resultados adversos que podrían producirse, es que también existe la posibilidad que se constituya una sociedad mercantil, con el objetivo de la obtención de una ventaja que no sea lícita.

Es decir, al margen del negocio; con el ánimo de enriquecimiento desmedido, imprudente y dañino, utilizando medios fraudulentos para burlar los derechos de terceros o incumplir preceptos legales.

Frente a estos intentos de utilización indebida de la sociedad, se deberán tomar las medidas oportunas para impedir que se vulnere la doctrina de la personalidad jurídica y todo lo que ella representa.

Esta posibilidad enunciada de utilizar a la sociedad con otros fines, también es una consecuencia que surge de la limitación de la responsabilidad de la que gozan los socios en las compañías anónimas, limitadas y el socio comanditario de la compañía en comandita por acciones.

## 2. SUPUESTOS DE DESCONSIDERACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Analizamos en líneas anteriores las ventajas de crear un ente con personalidad jurídica propia, para ejercer una actividad económica empresarial y consideramos que es la forma mejor organizada e idónea para hacerlo.

Sin embargo, esta persona jurídica también puede convertirse en un instrumento para la práctica de ciertos actos abusivos, simulados o fraudulentos que deben ser objeto de análisis minucioso por parte de los tribunales de justicia por presentarse bajo una apariencia de legalidad que no corresponde con la realidad pretendida por parte de los integrantes de la sociedad.

Debido a lo cual, en sentencias<sup>69</sup> como la que citamos, en la que se describen los actos efectuados por parte de los integrantes de una sociedad, los jueces llegan a la conclusión de estar frente a una confusión patrimonial.

Producida, con la intención de causar perjuicio a los acreedores; oponiéndose totalmente a la intención que motivó al Estado para la concesión de esta personalidad que le otorga a una entidad, vida propia distinta de los integrantes que la conforman.

Las ventajas derivadas de la obtención de la personalidad jurídica, especialmente, la de ser sujeto titular de derechos y obligaciones; y otras que han ido surgiendo a medida que el instituto de la personalidad jurídica, se ha divulgado; son acogidas en el ámbito empresarial, como producto de la globalización<sup>70</sup> del comercio.

De manera que, las circunstancias que rodean la obtención y ejercicio de la personalidad jurídica, incluyendo, las malas prácticas comerciales<sup>71</sup> que pueden ir desde celebrar contratos abusivos con los clientes hasta no proveer del capital suficiente a la compañía para enfrentar sus compromisos económicos; que se cometen con la indebida utilización de la persona jurídica, también se han hecho de conocimiento público.

---

<sup>69</sup> STS, de 20 de diciembre de 2017, sección 1. Id Cendoj: 28079110012017100650. F.J. Primero: “2...Por último, en los fundamentos de derecho, alegó la existencia de un uso abusivo de la personalidad jurídica en perjuicio de acreedores, en tanto en cuanto el socio mayoritario de Ansa, el citado Sr. Edemiro, procedió al vaciamiento de actividad y bienes de esta sociedad, para continuar con la misma actividad y explotación por medio de la constitución de la nueva sociedad y eludir, de este modo, la responsabilidad de los pagos debidos por la primera entidad que estaba sujeta a liquidación.

Ansa, en la contestación a la demanda, negó tener conocimiento de dicha deuda y alegó que en la situación de liquidación en la que se encontraba le era imposible conocer el estado real de las deudas impagadas.

Por su parte, Furayt negó relación alguna con Ansa, y que se hubiera producido la sucesión de empresa y el empleo abusivo de la personalidad jurídica para perjudicar a los acreedores.”

<sup>70</sup> LIMA PINHEIRO, JULIANO, *Mercado de Capitais, Fundamentos e Técnicas*, ed. Atlas, São Paulo, 2001, p. 103. Respecto de la globalización y las mudanzas que provocó en los Mercados Financieros: “- novas oportunidades de negócios; - criação de um mercado global; - surgimento nos mercados locais da figura dos players internacionais; - aumento de liquidez nos mercados emergentes; - disseminação de novas tecnologias; e - fluxo de informações em tempo real, 24 horas por dia”.

<sup>71</sup> ORTEGA, Guillermo, *Empresas Transnacionales y Violación de los Derechos Humanos*, ed. Arandura, Asunción, 2012, p.35. La empresa CARGILL, que es una proveedora internacional de productos alimenticios agrícolas ha sido calificada como una compañía que tienen prácticas comerciales inescrupulosas, incluyendo los ámbitos laborales y ambientales.

Este tipo de información ha sido hasta cierto punto perjudicial para las compañías, al haber motivado que vayan surgiendo situaciones para tomar ventaja en sentido patrimonial o económico, mediante esta figura dotada de total legalidad y concebida con la finalidad de ser una herramienta de ayuda e intermediación entre las personas que hacen del intercambio comercial, su profesión y modo de subsistencia.

Cuando los órganos administrativos de la persona jurídica, apartan de su objetivo el interés social<sup>72</sup>, olvidándose de la intención inicial que tuvieron los miembros de la sociedad al conformarla, y comienzan a actuar en beneficio de determinadas personas que lo que quieren es aprovecharse de la calidad que ostenta la persona jurídica, estamos frente a una situación de abuso de la personalidad jurídica.

Verificándose en esta hipótesis, que está presente el interés de fraudar o estafar, mal utilizando a la sociedad para confundir a los acreedores, especialmente, sobre la identidad del titular del crédito; .

Para tener una comprensión más concreta de lo que se entiende por abuso de la personalidad jurídica y las consecuencias dañinas derivadas del aprovechamiento y mala utilización de esta figura, es necesario hacer una exposición de los supuestos sobre el origen general del abuso de la personalidad jurídica.

---

<sup>72</sup> SJM Pontevedra, de 7 de noviembre de 2017, sección 2. Id Cendoj: 36038470022017100014. F.J. Cuarto: En el fundamento de derecho cuarto se hace el análisis correspondiente a la Adopción de Acuerdos Contrarios al Interés Social, al sostener la demandante que hubo un abuso en la toma de decisiones respecto de un aumento de capital en la que se vulneran los derechos de los socios minoritarios, incisos quinto y sexto, “*La impugnabilidad de los acuerdos contrarios al interés social nos remite a una actuación del socio o socios mayoritarios que constituya un comportamiento desleal y lesivo para la sociedad o, incluso, para la minoría. Los acuerdos adoptados por la Junta General han de resultar conformes con el interés social, pero la Junta tiene un amplio margen de discrecionalidad para su concreción: el acuerdo será impugnabile en aquellos casos en que el voto de la mayoría haya servido para causar un daño al patrimonio social; y, según la jurisprudencia consolidada (y ya con el tenor del art. 204.1, párrafo segundo, LSC), cuando se haya impuesto de manera abusiva por la mayoría en detrimento de los demás socios. Más allá de estos casos, los acuerdos de la Junta no pueden ser examinados en sede judicial bajo el tamiz del interés social: cuando el socio de control adquiere una ventaja particular y puede darse un conflicto de intereses, el control judicial del acuerdo está justificado y puede conducir a la anulación del acuerdo adoptado. En cuanto a los acuerdos a través de los cuales el socio de control obtiene una ventaja particular a costa de la minoría, su construcción es más reciente que la de prohibición de obtener un beneficio particular a costa del patrimonio social (aquella es la que se consolida a través del Art. 204.1, párrafo 2º LSC). La jurisprudencia ha controlado estas decisiones mayoritarias en el ámbito de la impugnación de acuerdos desde la perspectiva del abuso de derecho y sobre dicha base se ha consagrado el carácter lesivo para el interés social de los acuerdos expropiatorios para la minoría, que no causa daño al patrimonio social. Así, se ha afirmado que la lesión a los intereses de la sociedad, en beneficio de uno o varios socios, puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso de derecho ( STS 10 de febrero de 1.992 )”.*

En tal virtud, describiremos las situaciones relacionadas con el abuso del derecho, el fraude a terceros y la simulación como figuras relacionadas con conductas abusivas que pudieren cometer los integrantes de las compañías, ocultándose detrás de su personalidad independiente.

## 2.1. ABUSO DEL DERECHO

Se define al abuso del Derecho, como la “*actuación dolosa o culpable que cause daño, con la particularidad únicamente de que la actuación corresponda al ejercicio de un derecho*”<sup>73</sup>, consiste en ejercitar el derecho que me asiste, causando perjuicio ajeno; en beneficio propio o no.

Puede ocurrir que se presenten abusos en la conducta de los hombres; pero no suceden cuando éstos ejercen sus derechos, sino cuando los exceden, obviando el derecho de las otras personas.

Estas definiciones de carácter subjetivo, pueden referirse a un sinnúmero de actuaciones, que no se agotan en las hipótesis de conductas previstas en las leyes, por lo que debe existir un elemento identificador y configurador del abuso del derecho que por medio de los requisitos de los que nos proporciona la doctrina, la jurisprudencia y la Ley, nos permitan trasladarlo de su subjetividad al campo objetivo; y, se pueda proceder a su punición de una manera efectiva.

El abuso del Derecho, puede presentarse como medio de perjudicar a otro sujeto<sup>74</sup>, o bien, como el ejercicio anormal de un derecho contrario a sus fines, o también, como un ejercicio antisocial que excede de los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *Las Obligaciones. Tomos I y II*, ed. Dislexia Virtual, 2004, p. 497.

<sup>74</sup> STS, de 20 de diciembre de 2017, sección 1. Id Cendoj: 28079110012017100650. F.J. Segundo: “2... *En esta línea, de acuerdo con la tipología de supuestos que justifican la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo (entre otras, STS 326/2012, de 30 de mayo), procede la aplicación de dicha doctrina con relación al abuso de la personalidad mediante una sucesión de empresa destinada a defraudar o perjudicar el legítimo cobro de los acreedores...*”

<sup>75</sup> DOBSON, JUAN M., “*El Abuso de la Personalidad...*”, cit., p. 28.

El Código Civil español<sup>76</sup> destaca que, el ejercicio normal de un derecho por parte de un individuo, no puede sobrepasar los límites de ese derecho en perjuicio de otra persona o afectar a toda la sociedad por su práctica indebida.

Agregando que la conducta ilícita debe ser expresada “manifiestamente”, es decir, no debe existir ninguna duda con respecto a su transgresión, además de producir hechos que puedan ser comprobables, y susceptibles de reparación.

Para cumplir con lo dispuesto en la citada norma, resulta imprescindible saber cómo reconocemos que nos encontramos frente a una situación de abuso del derecho, o mejor dicho, cuándo el derecho nos asiste frente a la injusta intromisión de un tercero; o cuál es el límite de mi derecho.

Existen parámetros como el que contiene la Jurisprudencia analizada por el autor que citamos<sup>77</sup> que nos ilustran sobre los elementos que pudieren conformar el abuso del derecho, y nos pueden servir de fundamento para poder identificarlo:

- a) Debe tratarse del uso de un derecho, objetivo y externamente legal; debe ultrapasarse la barrera del sujeto, no puede ocurrir un abuso del derecho que solamente lo perciba como tal, la persona que se considera afectada;
- b) Debe existir el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, debido a la generalidad de la conducta, no habrá una norma que describa una conducta exacta como abuso del derecho; y,
- c) La inmoralidad o antisocialidad de ese daño, debe ser manifestada en forma subjetiva, debe ejercerse el derecho con la voluntad de perjudicar a otro; o, sin preocuparse de las consecuencias.

O en forma objetiva, cuando se verifique que el daño proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho.

---

<sup>76</sup> CCE. Art. 7, numeral 2. “La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la actuación de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

<sup>77</sup> RUIZ GALLARDÓN, RAFAEL, “El abuso del derecho en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos (Sentencia de 14 de febrero de 1944)”. *ADC*, 1956, p. 1188.

El cometer actos que la ley y sus fuentes integradoras reconocen como abusivos del derecho<sup>78</sup>, tiene como consecuencia la ilicitud del acto generado por la conducta abusiva, en la teoría general del Derecho. La consecuencia será, que el acto se verá afectado en su validez jurídica.

Enfocándonos en el asunto de nuestro estudio, que son las personas jurídicas, estaríamos frente a esta hipótesis en los casos en que se utilizare la forma jurídica societaria para cometer un “abuso del derecho”.

Haciendo una comparación con las personas naturales, cuando existiere el cometimiento de una conducta abusiva por parte de las sociedades, la sanción análoga que debería aplicarse, sería la nulidad de la sociedad. De esta manera, se obtendría el resarcimiento de los daños ocasionados, evitándose que vuelva a utilizarse a la persona jurídica con finalidades abusivas.

Sin embargo, es importante cuestionarnos sobre el alcance que tiene esta denominada sanción, según el doctrinario Dobson<sup>79</sup>, con la declaración de nulidad se llega a la disolución de la sociedad.

Al parecer del citado autor, la punición con la nulidad de la sociedad por el abuso, se muestra excesiva, toda vez que si considerásemos que pueden ejercerse otro tipo de sanciones como la “Desconsideración de la Personalidad Jurídica”.

Con esta medida, se afectaría a la situación abusiva en particular, y el hecho de decretar la nulidad de la sociedad perjudica todos los actos y contratos de la misma, repercutiendo en la estructura empresarial y comercial, en resumen, se castiga a todo un conglomerado que no tuvo ninguna participación y muchas veces ni conocimiento del ilícito.

Tal vez, debería pensarse en una nulidad parcial de los efectos, atinente solamente a la conducta abusiva o incluso en la desestimación de la personalidad jurídica, que implicaría el resarcimiento económico del daño que se provocó con ese procedimiento abusivo en particular.

---

<sup>78</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de Lo Civil y Mercantil, publicada en el Registro Oficial No.273 del 9 de septiembre de 1999. F.J. Tercero: “*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*”.

<sup>79</sup> DOBSON, JUAN M., “*El Abuso de la Personalidad...*”, cit., p. 30.

Afectando directamente, a quien se benefició con el acto irregular, lo cual resulta más apropiado y equivalente con el daño causado, además de obtener la devolución patrimonial correspondiente.

Subsanar el perjuicio causado, con algún tipo de sanción que no sea el levantamiento del velo jurídico, podría derivar en un perjuicio excesivo para las compañías que incurrieron en el ejercicio abusivo de un derecho, lo cual resulta inapropiado para el sistema económico y el derecho societario, en este sentido se han pronunciado los Tribunales de Justicia<sup>80</sup> del Ecuador.

Existen varios pronunciamientos jurisprudenciales<sup>81</sup> en el ámbito societario, que se desarrollan en torno a la creación de la persona jurídica con el ánimo de defraudar; y, también otros, en los que se indica, que aunque inicialmente no existió este propósito; con posterioridad sí fue la persona jurídica, un instrumento para producir algún tipo de engaño a terceros.

Manifestando que se debe recurrir al levantamiento del velo jurídico para responsabilizar directamente al socio o socios que hubieren obtenido provecho mediante la utilización de la personalidad jurídica.

---

<sup>80</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil, publicada en la Gaceta Judicial No. 1 del 23 de julio de 2004, año CV, serie XVIII, p.79. Sobre la pertinencia de aplicar la doctrina del levantamiento jurídico en los casos de fraude a la ley y abuso del derecho. F.J. Décimo Primero: *“...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 esta 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"..."*

<sup>81</sup> De Ángel Yagüez, Ricardo, *La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 128 ss. El autor refiere algunos pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con el uso abusivo de la personalidad jurídica, y las frases más representativas para referirse a esa situación. Ejm: “utilización de mala fe”, “confusionismo”, “dualidad formal”, entre otras.

Nos quedaremos con esta percepción de la necesidad de reparación que genera el exceso en el ejercicio de un derecho y la utilización de la personalidad jurídica con diferentes fines de los de su creación<sup>82</sup> generándose el abuso de la personalidad jurídica, como causa que pudiere afectar el negocio jurídico.

Tomándola como elemento indicador para el presente trabajo sobre la desestimación de la personalidad jurídica, cuando se hiciera mal uso de esta calidad que le concede el Estado, y se produjere un supuesto de infracapitalización.

Resaltando la relación que puede llevar a una confusión conceptual entre las conductas que contienen tanto al abuso del derecho, como al fraude y a la simulación, como productos del indebido uso de la persona jurídica para extralimitarse en sus actuaciones, infringiendo la normativa pertinente.

## 2.2. FRAUDE DE ACREEDORES

En un sentido amplio, puede ser conceptuado como el artificio malicioso empleado para perjudicar a terceros<sup>83</sup>. El fraude se maquina dentro de la mente de quien lo concibe, quien utilizará la astucia, el engaño y artificio para confundir al afectado<sup>84</sup> y concretar sus propósitos.

En Derecho Civil<sup>85</sup>, se considera que hay fraude contra los acreedores cuando el deudor insolvente, o en la inminencia de tornarse tal, practica actos que conducen a la disminución de su patrimonio, reduciendo de ese modo la garantía que éste representa, para rescate de sus deudas.

La doctrina advierte algunas coincidencias del fraude con el dolo y la mala fe, y manifiesta que *“es una especie de dolo o mala fe, pero de carácter especial, ya que según dijimos no es el que vicia el consentimiento, y más se asemeja al que concurre en los actos ilícitos, en el delito civil.”*<sup>86</sup>

Para la configuración de la figura del fraude debe existir primeramente, la voluntad del deudor de producir un resultado engañoso, con el que se producirá un perjuicio a los acreedores

---

<sup>82</sup> De Ángel Yagüez, Ricardo, *La Doctrina del Levantamiento del Velo...*, cit., p. 100.

<sup>83</sup> DE BARROS MONTEIRO, WASHINGTON, *Curso de Direito Civil, vol. I. Parte General*, ed. Saraiva, Sao Paulo, 2003, p. 226..

<sup>84</sup> DOBSON, JUAN M., *“El Abuso de la Personalidad...”*, cit., p. 152.

<sup>85</sup> RODRIGUES, SILVIO, *Direito Civil, vol. I. Parte General*, ed. Saraiva, Sao Paulo, 2007, p. 228.

<sup>86</sup> ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *“Las Obligaciones...”*, cit., p. 497.



En este sentido, la doctrina concuerda con que el deudor actúa de forma maliciosa al disponer de un patrimonio que aunque fuere de su propiedad, ya no le pertenece por constituir una garantía de pago.

Señalando al respecto que: “*El fraude contra los acreedores es vicio social, traducible por la práctica de un acto de disposición patrimonial por el deudor, con el propósito de perjudicar el (los) su (s) acreedor (es), en razón de la disminución o ausencia del patrimonio de aquél*”.<sup>87</sup>

Cuando tratamos de las sociedades de capital como entes dotados de personalidad jurídica capaces de cometer actos fraudulentos por la mala utilización del instituto, debemos distinguir dos circunstancias, la primera es relacionada con la constitución fraudulenta<sup>88</sup> de una sociedad con la única finalidad de causar perjuicio a terceros.

Entre las situaciones que enumera la doctrina<sup>89</sup>, de la utilización de la persona jurídica para producir un perjuicio a terceros, consta también, la de la constitución de una compañía para sustraerse de la obligación del cumplimiento de un contrato, modificando la titularidad de una relación jurídica preexistente.

Frente a estas conductas, se pronuncian los Tribunales de Justicia<sup>90</sup>, impidiendo que, con la creación de la sociedad mercantil, se pretenda burlar el derecho de terceros, mediante el traspaso de los bienes del deudor a la sociedad de la cual es socio con su cónyuge; propiciando la dispersión de los mismos.

Cuando se constituya la sociedad con el ánimo de causar fraude, opina un sector de la doctrina<sup>91</sup>, no cabría la desestimación de la personalidad societaria, sino una devolución de los bienes “fraudulentamente aportados” y obviamente la nulidad de la sociedad constituida con estos fines.

Cabe anotar que esta primera circunstancia, tiene aplicación únicamente, cuando sucede al inicio de las actividades de la compañía, porque en este primer momento bastaría solamente con hacer la devolución de las aportaciones de la sociedad que iba a ser utilizada en desmedro

---

<sup>87</sup> CHAVES DE FARIAS, CRISTIANO, *Direito Civil. Teoria General*, ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 450.

<sup>88</sup> OTAEGUI, JULIO CÉSAR, *Invalidez de Actos Societarios*, ed. Abaco, Buenos Aires, 1978, p. 297.

<sup>89</sup> De Ángel Yagüez, Ricardo, *La Doctrina del Levantamiento del Velo...*, cit., p. 96.

<sup>90</sup> STS, de 24 de Abril de 1992. Id. VLex: VLEX-202780015

<sup>91</sup> OTAEGUI, JULIO CÉSAR, *Invalidez de Actos Societarios*, cit., p. 297

de cualquier acreedor que interviniese en algún tipo de relación contractual con dicha sociedad.

Con esto se impediría que se concrete el ilícito; y, si se hubiere realizado algún tipo de contrato se responsabilizará a quienes figuren como accionistas de la sociedad, quienes deberán responder con su patrimonio propio.

La segunda circunstancia se origina, cuando la compañía ya hubiese iniciado las actividades económicas para las que fue creada y se comete el fraude, en este caso, debe responsabilizarse por el perjuicio ocasionado a quién realizare el fraude o al beneficiario del provecho ilícitamente obtenido.

Esto ocurriría, cuando el fraude se hubiere producido para menoscabar los derechos de algún acreedor de la compañía, debiendo resarcirse el perjuicio causado.

Con relación a esta segunda circunstancia, acota la doctrina<sup>92</sup>, corresponde a los Tribunales de Justicia concluir con base a la forma en que la persona jurídica mercantil, realiza sus actividades, si existe la intención de fraudar.

El fraude es una de las principales hipótesis que debería ser contemplada para la aplicación de la doctrina de la desconsideración de la personalidad jurídica, puesto que se ampara en esta estructura jurídica que es la sociedad, para “*eludir responsabilidades futuras y en previsión de ellas*”<sup>93</sup>.

El levantamiento del velo jurídico debe producirse en los casos en los que hubiere abuso de la personalidad jurídica, intención de eludir una ley, vulnerar obligaciones contractuales, simular actos reales o perjudicar fraudulentamente a terceros.

Rolf Serick señala el ejemplo de la capitalización insuficiente, en la que un único socio no provee del capital suficiente a la sociedad para afrontar grandes negocios, luego en vez de aumentar el capital, le realiza un préstamo de dinero de su patrimonio personal, con lo cual, si la sociedad llegase a quebrar, él aparecerá como un acreedor en primera instancia, perjudicando el derecho de los otros acreedores<sup>94</sup>, este ejemplo representa la infracapitalización nominal.

---

<sup>92</sup> De Ángel Yagüez, Ricardo, *La Doctrina del Levantamiento del Velo...*, cit., p. 126.

<sup>93</sup> DOBSON, JUAN M., “*El Abuso de la Personalidad...*”, cit., p. 176..

<sup>94</sup> SERICK, ROLF, *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles*. Traducción de Puig Brutau, José, *El Abuso del Derecho por Medio de la Persona Jurídica*, ed. Ariel, Barcelona, 1958, p. 212.

De los conceptos enunciados se puede deducir que el fraude se realiza con la intención de dispersar los bienes del sujeto deudor, teniendo por finalidad la de no cumplir con las obligaciones por él contraídas, en los casos relevantes de este estudio, el sujeto deudor es la sociedad de capital.

El deudor actúa de forma malintencionada, porque sabiendo de su estado de insolvencia total o parcial procede a realizar actos de ocultación o enajenación de sus bienes, y en la hipótesis citada, las personas encargadas de la representación legal de la compañía, proceden de esta manera.

Una de las prácticas comunes consiste en utilizar a la persona jurídica societaria para defraudar al fisco, a los trabajadores en el reparto de utilidades o encubrir una situación de pérdida o de ganancia, mediante la falsificación de datos contables constantes en los estados financieros y libros contables, lo que representa la intención de elusión de la responsabilidad tributaria y laboral<sup>95</sup>, evidenciándose que el verdadero propósito de la creación de la sociedad no era el de realizar una actividad mercantil.

En estos supuestos, debe producirse el levantamiento del velo jurídico, porque aunque el contribuyente sea la sociedad de capital, los que tienen la intención de cometer fraude presentando una contabilidad adulterada, son los que no cumplen con sus obligaciones debidamente, es decir los socios, directores o contadores, que se esconden detrás del velo jurídico y deberían ser sancionados.

Existen fallos jurisprudenciales en los que los Magistrados, previa constatación de la existencia de una conducta fraudulenta, emiten sus pronunciamientos en defensa de la utilización de la persona jurídica, para el cumplimiento de la consecución de los objetivos económicos para los que fue creada.

Señalando como inadmisibles toda actuación que se realice, que sea contraria al objetivo para el cual se creó la sociedad: *“se trata, en todo caso, de evitar que se utilice la personalidad jurídica de una sociedad como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento”*<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> SAP Barcelona, de 21 de junio de 2011, sección 15. Id Cendoj: 08019370152011100195. F.J. Doce: “...en cierto casos, y circunstancias es permisible penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal -de respeto obligado, por supuesto,- se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como vehículo de fraude...”.

<sup>96</sup> STS, de 29 de octubre de 2017, STS, sección 1. Id Cendoj: 28079110012007101140. F.J. Quinto.

La jurisprudencia<sup>97</sup> destaca la vinculación que existe entre la doctrina del levantamiento del velo jurídico con el fraude, ante el surgimiento de conductas que extralimitan el derecho que asiste a los integrantes de una sociedad.

Procurándose con la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo jurídico que se vulnera el “derecho de crédito”, sustentándose en el pronunciamiento emitido, que las conductas como confusión material de dos compañías, relaciones de familia y actuación del administrador, aunque no demuestran innegablemente una intención de perjudicar, configuran actos que conducen a este fin.

Por lo que proporcionan, a los juzgadores, la presunción del conocimiento que tuvieron las sociedades implicadas sobre el incumplimiento de sus responsabilidades y el perjuicio a terceros que se ocasionaría por éstas.

La perpetración del fraude está orientada a producir la disminución del patrimonio del deudor mediante la utilización de los beneficios de la limitación de la personalidad jurídica, con la finalidad de frustrar la garantía de sus acreedores.

La infracapitalización material, podría compararse con una hipótesis de conducta adecuada al fraude. Esto se debe a la caracterización de ésta, por no proveer a la sociedad con los medios económicos suficientes para cumplir con la actividad económica para la cual fue concebida.

---

<sup>97</sup> STS, de 18 de febrero de 2016, sección 1. Id Cendoj: 28079110012016100062. F.J. Tercero: “2... *Con relación al motivo indicado, y de acuerdo a lo alegado por la parte recurrente, debe señalarse que esta Sala no comparte la interpretación, por exceso restrictiva y excepcional, que la sentencia de la Audiencia realiza acerca de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, particularmente de la caracterización del propósito o finalidad fraudulenta como presupuesto de la aplicación de esta figura. En este sentido, y con carácter general, conforme a la STS de 22 de febrero de 2007 (núm. 159/2007), debe señalarse que la doctrina del levantamiento del velo obtiene su fundamento primario en el plano normativo de la buena fe como expresión o contenido material de su configuración como principio inspirador de nuestro sistema de Derecho patrimonial ( artículo 7.1 del Código Civil ). En este contexto, la estrecha conexión que guarda la doctrina del levantamiento del velo con la figura del abuso del derecho y con la noción del fraude de ley ( artículos 7.2 y 6.4 del Código Civil ) viene a resaltar el fundamento primario expuesto en la medida en que ambas figuras constituyen formas típicas de un ejercicio extralimitado del derecho contrario al principio de buena fe; esto es, bien a los propios valores ínsitos en el derecho subjetivo ejercitado, o bien, a los que configuren el fin de la institución social en el que se ejercita, funcionalmente, el derecho subjetivo en cuestión. En nuestro caso, la defensa del principio de buena fe que debe presidir las relaciones mercantiles en orden a evitar que el abuso de la personalidad jurídica, como instrumento defraudatorio, sirva para burlar los derechos de los demás. En esta línea, y de acuerdo con los antecedentes descritos, resulta claro que la regla o concreción normativa que nos revela la doctrina del levantamiento del velo queda referenciada en la protección del derecho de crédito y su necesario entronque con el plano de la responsabilidad patrimonial del deudor, pues se trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar el legítimo pago de la deuda existente... ”.*

Este hecho, conduciría a pensar que, se trata de una sociedad de mera fachada, que nunca tuvo la intención de emprender algún negocio, sino beneficiarse de la personalidad jurídica para encubrir los bienes aportados y frustrar la garantía de los acreedores, perpetrándose el fraude.

### 2.3. SIMULACIÓN EN LAS PERSONAS JURÍDICAS

La definición etimológica<sup>98</sup> de la palabra “simular”, proviene del latín *simulare*, forma verbal de *similis* que quiere decir semejante; en sentido amplio significa “representar o hacer aparecer alguna cosa fingiendo o imitando lo que no es”.

En relación y como complemento con este concepto, tenemos el otro de “disimular”, que se refiere a “ocultar lo que es”, teniendo en ambos casos el agente, idéntico fin: el de engañar. Ambas definiciones similares se manifiestan como diversos aspectos de un mismo fenómeno: la “simulación”.

La simulación es una declaración falsa, que manifiesta un contenido irreal de la voluntad, en el sentido de discrepar el resultado, de lo ambicionado; esta forma de proceder se origina con la intención de generar confusión sobre el negocio o acto jurídico que en realidad no existe o es diferente de lo que aparenta.

La característica de la simulación es la creación de una situación jurídica falsa en relación con lo que realmente se pretende; existiendo dos acuerdos de voluntad totalmente antagónicos, un acuerdo que es conocido por todos; y, el verdadero que solamente conocen las partes<sup>99</sup>.

Cuando el tema es relativo a las personas jurídicas, debemos enfocarnos principalmente en aquellas que se encuadrarían en esta situación conforme a sus características, por lo que resaltaremos a las sociedades de capital que pudieren ser sujetos de la hipótesis de la simulación de actos jurídicos, especialmente, a las compañías anónimas o limitadas que merecen ser estimadas por ser las compañías más utilizadas en el ámbito societario y mercantil.

Lo enunciado en el párrafo anterior, se debe a la conveniencia y practicidad para ejecutar las actividades de comercio, que representa la separación patrimonial que existe entre los

---

<sup>98</sup> OMEBA. Enciclopedia Jurídica, t. XXV, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1979, pp. 504 ss.

<sup>99</sup> ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, “*Las Obligaciones...*”, cit., p. 90.

socios de la compañía con ésta; y, que constituye el principio fundamental de la personalidad jurídica, esto es, el de ser un ente diferente de las personas que las componen, o como algunos autores dicen “*tener vida propia*”<sup>100</sup>, o mejor atributos propios derivados de su personalidad.

Otro asunto que merece atención es que al considerarse la simulación de las personas jurídicas, no es apropiado decir que existe un consenso entre las partes contratantes para concebir una situación aparente e irreal que está oculta.

Lo que sucede en estos casos es, que un conjunto de voluntades que conforman una misma parte, concuerdan en provocar una simulación. Generalmente, causando desmedro a un tercero, esto es, debido a la característica de multilateralidad, que tiene el contrato de sociedad.

La sociedad actúa por medio de sus representantes legales, quienes a su vez ejecutan o deben ejecutar la voluntad de sus mandantes, existiendo la posibilidad de realizar actos de simulación con la utilización de las figuras societarias conocidas como son las compañías anónimas o limitadas, para provocar un perjuicio a terceros obteniendo un provecho de carácter patrimonial.

Existen un sinnúmero de situaciones que pudieren configurar la simulación de actos jurídicos societarios, siendo que unas tienen relevancia para el derecho y otras no; por ser alusivas a realidades cotidianas que no procuran un fin dañoso.

Un caso que ocurre con frecuencia y es muy sensible por vulnerar derechos fundamentales reconocidos en las cartas fundamentales de los países en general, como son los derechos de los trabajadores; es el que se produce en la simulación de liquidación de una sociedad, especialmente, cuando ésta forma parte de un grupo empresarial.

Decimos que se trata de una simulación porque de la conjunción de actos que deben realizarse para que ocurra la denominada liquidación, no se concluye que sea ésta, la verdadera intención de la sociedad.

Podemos señalar, que con una mala intención, proceden los órganos administrativos a infracapitalizar la sociedad con la indicación de los accionistas, para provocar una liquidación forzosa, ofreciendo a los trabajadores traspasarlos a otra sociedad del mismo grupo, sin

---

<sup>100</sup> DOBSON, JUAN M., “*El Abuso de la Personalidad...*”, cit., p. 174.

realizar las correspondientes liquidaciones, a lo que el trabajador accede para conservar su trabajo.

Luego despiden al trabajador durante el período de prueba, perdiendo el derecho a percibir sus indemnizaciones. Se comprueba el ánimo de perjudicar a los trabajadores porque la nueva sociedad empleadora, se encuentra vinculada a su antecesora por su paquete accionario.

El acto aparente de la liquidación, configura la simulación por diferir de la voluntad de lo que realmente se quiere o pretende que no es el cierre del negocio, puesto que la compañía sigue funcionando normalmente. Solamente que, luego lo hace bajo una denominación o razón social diferente.

Es clara la voluntad del empleador de generar un perjuicio a los trabajadores en relación de dependencia; mediante la utilización de la personalidad jurídica, liquidando la sociedad que tiene un número considerable de trabajadores enrolados y creando otra.

Con lo que evitará, el pago de indemnizaciones laborales por cierre del negocio; o, en otros casos, la afiliación correspondiente a la Seguridad Social.

Para ilustrar este ilícito, se cita un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador<sup>101</sup>, en el cual mediante las figuras legales de sucesión de empresas y responsabilidad solidaria patronal se evita que se consolide el perjuicio.

En dicho pronunciamiento consta que se tenía un empleado que estaba afiliado bajo una entidad con una denominación correspondiente a una microempresa, en la que el empleador constaba como representante legal. Luego formó una sociedad limitada, pasando a realizar

---

<sup>101</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de Lo Social y Laboral, publicada en el Registro Oficial No.754 del 7 de agosto de 1995. “4. La presencia del supuesto nuevo empleador bajo la figura jurídica en los términos de la Ley de Compañías, se detecta fácilmente que fue creada, entre otros motivos, quizá para burlar los derechos de los trabajadores y especialmente del actor, sin conseguirlo definitivamente ya que si bien como argumenta el recurrente el empleador es una nueva, una tercera persona, ajena y distinta de sus integrantes como lo recalca el Código Civil, en el Art. ya enunciado, no sirve para eludir las obligaciones laborales, ya que la Ley en protección de los trabajadores, en armonía con la filosofía social que le alienta, ha instituido no sólo la responsabilidad personal del Art.35 sino la responsabilidad solidaria patronal concretada en el Art.40 del Código del Trabajo, en virtud de la cual se establece la sucesión de las obligaciones, sin posibilidad de reserva alguna, por lo cual el empleador posterior, aún en el caso de haberlo, absorbe las del anterior y peor aún, cuando se mantiene el nexo, cuando no se lo suspende.- No sin razón la Constitución Política del Estado para evitar las elusiones, habilidades y acciones con cariz legal que el trabajador no está obligado a conocerlas y más aún si se ha procurado hacerlas que ignore, en perjuicio de sus derechos, estatuye en el literal i) del Art. 31 lo que sigue:(...)...Pero en el caso hay más: el demandado es socio mayoritario, dueño casi total de la Empresa y aunque aparezca en forma indirecta no puede aprovecharse del esfuerzo del trabajador, burlando los derechos de éste”.

las mismas operaciones comerciales bajo esta persona jurídica en la cual el anterior empleador era el mayor accionista.

El empleador procura desvincularse de sus obligaciones laborales adquiridas bajo una razón social que no gozaba de la autonomía patrimonial, al constituir una sociedad limitada, simulando una situación que no es la real.

Vemos que detrás de la nueva sociedad, sigue figurando él mismo como empleador, por lo que debe asumir las responsabilidades correspondientes, en ese sentido se pronunció la Sala de lo Social y Laboral, impidiéndose que se vulneren los derechos del tercero trabajador, con la mala utilización de esta figura societaria.

La doctrina manifiesta sobre la continuidad tácita del negocio: *“que si la desaparición fáctica de una persona jurídica sin recurrir a los trámites disolutorios y liquidatorios previstos en las leyes comerciales, ocupando su lugar una nueva sociedad y desarrollando la actividad de la anterior en el mismo espacio físico, constituye lo que se ha denominado trasvasamiento de la empresa”*<sup>102</sup>.

Ante esta circunstancia, habiendo omitido el cumplimiento de los requisitos que establece la ley respectiva, ambas sociedades resultan responsables y están obligadas solidariamente por el reclamo de los trabajadores<sup>103</sup>.

La Simulación puede clasificarse atendiendo a dos criterios, uno que la clasifica en lícita e ilícita<sup>104</sup>; y, el otro que hace la clasificación en absoluta y relativa.

Atendiendo a la primera clasificación, que está relacionada con la finalidad que persigue la simulación, tenemos que ésta puede ser:

---

<sup>102</sup> LÓPEZ MESA, MARCELO, *El Abuso de la Personalidad Jurídica de las Sociedades Comerciales*, ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 176. Tribunal de Trabajo Matanza No.1, 24/10/95, “Peixoto, Hugo, y otro c. Carrocerías Líder S.A. y otro”, “L.L.B.A.”, 1996-494, y “D.T.”, 1996-B-1809.

<sup>103</sup> STSJ Bilbao, de 8 de junio de 2010, sección 1. Id Cendoj: 48020340012010100923. F.J. Tercero: Sobre los indicios que permiten al Tribunal, concluir que se trata de eludir responsabilidades legales mediante la simulación del cierre de una compañía y la creación de otra *“1.- Las tres demandadas son sociedades de responsabilidad limitada. 2.- Las tres demandadas tienen el mismo socio como único administrador en los tres casos. 3.- Las tres demandadas operan en el mismo ámbito o sector industrial: la construcción. 4.- No consta extinguida y menos disuelta ninguna de las tres. No nos consta, tampoco, que cada una esté especializada en algún subsector u otro dato que justifique la existencia simultánea de las tres distinta de la indicada finalidad, pues de hecho, las tres se refieren al ámbito del andamiaje. 5.- La parecida denominación social en los tres casos. 6.- Existen datos colaterales que corroboran lo anterior, como son los relativos a domicilios sociales, comunes en dos de los casos”*.

<sup>104</sup> ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *“Las Obligaciones...”*, cit., pp. 90 ss.



a) La simulación lícita<sup>105</sup> es aquella que no tiene por objeto el ocasionar algún daño a terceros; su finalidad no es contraria al derecho, sino que, por determinada razón, la verdadera intención de las partes, no es revelada, sea porque se pretende favorecer a alguien sin revelar su identidad, o porque se quiere evitar alguna situación, sin incurrir en un desmedro para otra persona.

Esta clase de simulación no es significativa para el derecho, por no producir efectos jurídicos, por lo que los sujetos involucrados no necesitarán de la protección del sistema judicial y legal.

b) La simulación ilícita<sup>106</sup>, tiene como finalidad, todo lo contrario a la simulación lícita, es decir, ésta se realiza con la voluntad de generar confusión en los terceros o de perpetuar un fraude a la ley o a los acreedores; también puede tener como objetivo, la elusión de las prescripciones legales. Para su configuración se debe observar la concurrencia de cuatro elementos:

- 1.- Debe existir disconformidad entre la voluntad interna (voluntad de las partes) y la declarada al mundo exterior, que se realiza con la intención de inducir al error a quién sea el objetivo de esta artimaña.
- 2.- Esta disconformidad debe ser efectuada, con la plena conciencia de los efectos de su actuación.
- 3.- Se trata de un acuerdo entre las partes, que quieren algo diferente a lo declarado. El acuerdo permanece oculto entre los interesados, mientras que para el público en general aparece algo distinto.
- 4.- Debe concurrir la voluntad de perjudicar a terceros, la agrupación de estas actuaciones está encaminada a suscitar un daño.

La finalidad principal de la simulación ilícita, es producir una disminución ficticia del patrimonio o un aumento aparente de las deudas, mediante la realización de actos que tienen el aspecto de formales, para frustrar de este modo la garantía de los acreedores e impedirles su satisfacción.

Estas maniobras tienen como objetivo, evadir una prohibición legal o eludir los impuestos que gravan ciertos actos o contratos.

---

<sup>105</sup> ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, “*Las Obligaciones...*”, cit., pp. 90 ss.

<sup>106</sup> ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, “*Las Obligaciones...*”, cit., pp. 90 ss.

La segunda clasificación que hace la doctrina<sup>107</sup> desde otro punto de vista es, en simulación absoluta y simulación relativa<sup>108</sup>, que es referente a los efectos que produce el acto simulado, en virtud de esta clasificación, la simulación puede ser:

a) Simulación absoluta<sup>109</sup>.- Ocurre cuando las partes celebran un acto totalmente ficticio, el cual tiene la calidad de inexistente, no hay más acto que el simulado, y el producto de este acto aparente, es un contrato simulado con la intención de burlar a la ley o perjudicar a terceros.

Al no existir el elemento de la voluntad que es ínsito a todas las obligaciones contractuales, los actos o contratos que adolezcan de simulación absoluta<sup>110</sup>, son nulos o inexistentes, al carecer de este requisito.

Tal como podemos apreciar en la sentencia<sup>111</sup> de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en el que se pretende simular mediante el convencimiento al Notario, de otorgar una escritura pública de compraventa de terreno sin contar con la presencia de los “vendedores”.

Utilizando argucias como la imposibilidad de asistir a suscribir la respectiva escritura por distancia excesiva del domicilio de los “vendedores”, persuadiendo al fedatario de la existencia de consentimiento sobre este acto.

---

<sup>107</sup> ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, “*Las Obligaciones...*”, cit., pp. 91 ss

<sup>108</sup> STS, de 23 de febrero de 2012, sección 2. Id Cendoj: 28079130022012100220. F.J. cuarto: “(...) *La simulación supone la creación de una realidad jurídica aparente (simulada) que oculta una realidad jurídica distinta (subyacente) o que oculta la inexistencia del acto o del negocio jurídico. La simulación conlleva la ocultación de la realidad, un engaño que por su propia naturaleza ha de ser intencionado y que merece el consecuente reproche, administrativo o penal, cuando se ha realizado con la finalidad de evitar o disminuir el pago del impuesto. Se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico norma otro propósito negocial, ya sea éste contrario a la existencia misma del negocio (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa)...*”.

<sup>109</sup> ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, “*Las Obligaciones...*”, cit., p. 91 ss.

<sup>110</sup> HALPERIN, ISAAC, *Curso de Derecho Comercial...*, cit., p. 344. “*La simulación puede ser absoluta, como es la creación del ente ficticio para fines fraudulentos*”.

<sup>111</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, publicada en la Gaceta Judicial No. 12 del 19 de mayo de 2003, año CIV, serie XVII, p. 3814. F.J. Quinto: “*El fundamento de la acción de simulación absoluta debe encontrarse en la existencia de un contrato que sólo tiene las apariencias de validez, porque le faltaría el verdadero consentimiento de las partes. Por eso es que en la práctica se confunden las acciones de simulación absoluta y de nulidad absoluta de un contrato ya que aquella, cuando ha sido comprobada, da origen a ésta última...*”. (*Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Vol. III, Tomos V y VI, p. 137 - 141*). *La jurisprudencia nacional, por su parte sostiene: “El fundamento jurídico de la acción de nulidad que se ha intentado es que el contrato de compraventa contenido en la escritura pública celebrada entre actor y demandado fue ficticio o simulado...”*.”.

b) Simulación Relativa<sup>112</sup>.— En esta clase de simulación, se configura un negocio jurídico, pero lo realmente anhelado es algo diferente. El acto que aparece al exterior existe, pero es una mentira, porque hay un acuerdo entre las partes que lo transforma y que permanece oculto a los terceros en general.

En la simulación relativa el acto oculto prevalece y altera al aparente. Podríamos decir que existen dos actos, uno de ellos es simulado, aparente y tiene como finalidad engañar a otros; y, el otro es disimulado, oculto pero es el que contiene la verdadera voluntad de los contratantes.

El negocio aparentemente simulado que es conocido por las personas en general, sirve solamente para ocultar efectivamente la intención de los contratantes, o sea el negocio real que es el que esconde su verdadero carácter.

c) Simulación por interposición de personas<sup>113</sup>.— Es la típica contratación que se realiza con una persona que sirve de intermediario, es una práctica regular que tiene como objetivo el incumplimiento de requisitos u observancias legales.

La tercera persona que no tiene nada que ver con el contrato, se presenta como el titular del acto, pero en la verdad es solamente un representante del verdadero dueño de esa calidad, es lo que se conoce con el nombre de testaferro.

La simulación en las personas jurídicas, puede presentarse en varios momentos de la vida de la sociedad, desde el primer momento que comprende la formación de la sociedad con ánimo de disfrazar el verdadero interés de sus miembros.

Pero también, puede ocurrir simulación, en lo posterior, mediante la utilización de operaciones societarias, como son la fusión o escisión para aparentar una situación distinta de la realidad, con miras a generar un engaño a la parte envuelta en la relación contractual con la compañía.

#### 2.4. RELACIÓN DE LA INFRACAPITALIZACIÓN CON LAS CAUSAS DE LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

Después del breve análisis que hicimos sobre las causas que pueden afectar la validez del negocio jurídico, como son el abuso del derecho, el fraude a terceros y la simulación,

---

<sup>112</sup> ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, “*Las Obligaciones...*”, cit., p. 91.

<sup>113</sup> ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, “*Las Obligaciones...*”, cit., p. 91.

conectándolas especialmente con la injerencia y forma de manifestarse en las personas jurídicas.

Corresponde hacer una relación de estas situaciones con el objeto de nuestro estudio, que es la infracapitalización y sus clases.

Al respecto, la doctrina, suele identificar a la infracapitalización como una conducta abusiva en términos generales, junto a otras causas de levantamiento del velo jurídico de las sociedades.

Sosteniendo que: *“la infracapitalización es solo uno de los varios factores en los que se fundamenta la desestimación de la personalidad de la sociedad. Junto con la misma aparecen el fraude, la confusión de patrimonios, el incumplimiento de formalidades exigidas por el derecho societario, etcétera.”*<sup>114</sup>.

La falta de capital propio<sup>115</sup> para asumir los riesgos de la actividad económica a desarrollarse, configura a la infracapitalización como una conducta abusiva, en la que los integrantes de la sociedad cometiendo un exceso en la interpretación del derecho que les asiste, realizan más allá de lo permitido por la ley, en las cuestiones que hacen referencia a la integración del capital.

Aunque, no existiese el interés definitivo de ocasionar un menoscabo a los acreedores, el simple hecho de no dotar con el capital suficiente a la sociedad, apunta a un abuso de la personalidad jurídica<sup>116</sup>, al desplazar a los terceros, la posibilidad de no poder continuar con el emprendimiento; debido a la falta de medios económicos para desarrollar la actividad económica.

La infracapitalización material; podría asimilarse a una conducta característica de fraude, si concluyésemos por el comportamiento de los socios, que nunca hubo la intención de emprender un negocio; por lo que no se realizó una capitalización adecuada de la sociedad en relación con la actividad económica a desarrollarse.

Asociándose varios sujetos para realizar un emprendimiento que implicaría una cantidad apropiada para poder ejecutarse, la cual no se aporta, corriendo el riesgo de fracasar; ante lo

---

<sup>114</sup> OTXOA- ERRARTE GOIKOETXEA, R., *La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 241.

<sup>115</sup> OTXOA- ERRARTE GOIKOETXEA, R., *La responsabilidad...*, cit., p. 244.

<sup>116</sup> GARNICA MARTÍN, JUAN F., *El levantamiento del velo de la persona jurídica, (Ponencia, serie:Civil)*

cual inminentemente es transferida esta contingencia a los acreedores, configurándose una conducta fraudulenta.

Más bien, mediante la creación de una persona jurídica; se procuró mantener resguardados los bienes aportados; lo cual se relacionaría con el fraude, que es considerado como la práctica de actos tendentes a la disminución del patrimonio. En esta hipótesis tenemos un menoscabo a los terceros.

En lo concerniente a la simulación, que utiliza a la persona jurídica para crear una apariencia de la realidad que es conocida en el mundo exterior, ocultando la verdadera naturaleza e intención de los actos realizados con el propósito de perjudicar a terceros, concluimos que los supuestos de infracapitalización, también podrían encasillarse dentro de la conducta atribuible a la simulación.

En la clasificación que se hace de la simulación en lícita e ilícita, de acuerdo con la finalidad que persigue, encontramos que la simulación ilícita guarda relación con la infracapitalización nominal.

Esto se colige porque la simulación ilícita en las personas jurídicas, como vimos en líneas anteriores, consiste en que *“tal estructura es usada como un medio aparente para conseguir, en realidad, otros fines”*<sup>117</sup>, esta finalidad es ajena a la ley.

Con referencia a la infracapitalización nominal, para la obtención del resultado deseado, que sería la suficiencia de capital de la compañía para realizar lo estipulado en su objeto social, se pasa por alto los requisitos enunciados en las normas aplicables para proveer de capital propio a la sociedad.

Si nos enfocamos en la clasificación que releva la simulación por los efectos que produce, la infracapitalización nominal, se asemejaría a una conducta de simulación relativa, al contener ésta, dos actos: el aparente que puede ser conocido por todos y el verdadero que contiene la verdadera voluntad de los involucrados.

Al respecto, citamos un parecer jurisprudencial de España<sup>118</sup>, en el que los jueces concuerdan en que hubo la mala utilización de una persona jurídica, simulando su existencia con la

---

<sup>117</sup> LÓPEZ RAFFO, FRANCISCO M, *“El Corrimiento del Velo...”*, cit., p. 118.

<sup>118</sup> SAP Coruña, de 11 de junio de 2002, sección 3. Id Cendoj: 15030370032002100082. F.J. Segundo: *“...Pese a ello, con posterioridad, concretamente el 27 de abril de 1.993, se formaliza escritura pública de compraventa en virtud de la cual la Sra. Milagros, como administradora de la sociedad “Servigo, SL”, transmite a “Inmobiliaria Ventín, SL”, en cuya representación actúa su esposo D. Oscar , el, único bien inmueble que constituía el patrimonio de la sociedad y sobre el que el actor ostentaba derechos, provocando con ello la*

intención de forjar otro “dueño”, para luego disipar el patrimonio de ésta, provocando un daño patrimonial a un tercero.

Esto se constata por existir en la infracapitalización nominal, una dotación de capital a la compañía de una manera inadecuada, que implica la concesión de un préstamo o una aportación de capital que pudiese ser reversible sin cumplir con todas las formalidades necesarias a la sociedad, por parte de sus socios. Pretendiendo suplir la provisión de capital social de esta manera.

Sin embargo, lo que en realidad está aconteciendo es una aportación de capital que debería realizarse mediante una reforma de estatutos por aumento de capital, que luego se deberá reflejar en un aumento real del capital de la compañía, con sus correspondientes efectos como por ejemplo, el aumento de los tributos.

Es inapropiado este proceder de los accionistas de las compañías, porque propicia la confusión de la calidad del socio con la del acreedor, produciéndose una situación de “maximización del beneficio y minimización del riesgo”.

Lo que genera que estén en desventaja los otros acreedores<sup>119</sup>, menoscabando la particularidad de la actividad mercantil, que es la aleatoriedad del éxito o fracaso del negocio, pretendiendo reducirlo a un mero cálculo numérico, mediante la utilización de maniobras engañosas.

### III. EL PAPEL DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS COMO ÓRGANO SUPERVISOR EN LA ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA A LAS SOCIEDADES MERCANTILES

#### 1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

---

*descapitalización de la sociedad y causando evidentes perjuicios a terceros, entre ellos el demandante, pues los actos ejecutados desvelan una confabulación de los esposos demandados, administradores de las respectivas entidades, de las que en ambos casos era socio el Sr. Oscar, con el fin de simular la existencia de una persona jurídica que reuniera la condición de tercer adquirente y que no pudiera ser objeto de reclamaciones efectuadas por el ahora actor en cuanto a la titularidad del inmueble transmitido...”*

<sup>119</sup> PAZ-ARES, J. C., “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, *ADC*, vol. 36, n° 4, 1983, pp. 1619 ss.

La Superintendencia de Compañías Valores y Seguros es el organismo de control societario que tiene jurisdicción en el Ecuador, fue creada<sup>120</sup> en el año 1964, mediante la promulgación de la Ley de Compañías, con el nombre de Intendencia de Compañías Anónimas, y funcionaba como un departamento adjunto que formaba parte de la Superintendencia de Bancos<sup>121</sup>.

En el año 1967, el organismo societario adquirió el carácter de estatal, así como también su autonomía y su nueva denominación que sería “Superintendencia de Compañías”<sup>122</sup>, se le dotó de personalidad jurídica propia y se le concedió las facultades de vigilancia y fiscalización de las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, que tuvieran domicilio en el Ecuador.

La creación de esta entidad de control, obedeció a la necesidad de que exista un órgano de fiscalización estatal que se encargue de ejercer la vigilancia de las organizaciones societarias de utilización más frecuente en el país.

Entre los propósitos de la Superintendencia de Compañías, estaban el ser un instrumento para prestar un soporte efectivo a la iniciativa de la empresa privada; así como también inmiscuirse en la integración regional y mundial atinente al intercambio económico y comercial, derivados de las actividades realizadas entre particulares tanto en el ámbito interno como también en el externo como producto de las exportaciones.

Antes de expedirse la Ley de Compañías que proporcionó el marco legal a la normativa societaria como en la mayoría de los países que se rigen por un sistema de derecho legalista, ésta formaba parte del Código de Comercio<sup>123</sup>, que regulaba a las compañías que tenían un régimen mercantil.

---

<sup>120</sup> Memoria 1964-1979 de la Superintendencia de Compañías del Ecuador. Consta en el Registro Oficial No. 181 de 15 de febrero de 1964, la publicación del Decreto Supremo No. 142 del 27 de enero de 1964, mediante el cual se emitió la primera Ley de Compañías del Ecuador.

<sup>121</sup> ICAZA PONCE, MARCELO, Sinopsis Histórica de la Ley de Compañías y de Normas Conexas. RES de Derecho Societario n.º.1, p. 13, ed. Edino, Guayaquil, 1992. En las disposiciones transitorias de la Ley de Compañías, constaba: “*hasta que se cree la Superintendencia de Compañías Anónimas, el control y vigilancia de las Compañías Anónimas y en Comandita por Acciones, nacionales y extranjeras*” estará a cargo de la Superintendencia de Bancos, por medio de un departamento que se llamó “Intendencia de Compañías Anónimas”.

<sup>122</sup> ICAZA PONCE, MARCELO, cit., p. 15.

<sup>123</sup> Histórico. Ley de Compañías del Ecuador de 1977, publicada en el Registro Oficial 389 del 28 de julio de 1977. Considerando: ... “*En Título VI del Libro II del Código de Comercio incluía las normas fundamentales del régimen de las compañías mercantiles, hasta el 27 de enero de 1964, fecha en que se expide la primera Ley de Compañías, mediante Decreto Supremo No. 164 publicado en el Registro Oficial No. 181 de 15 de febrero*”

Al promulgarse la Ley de Compañías, la normativa referente a las Compañías de Comercio y Cuentas en Participación, que integraba al Código de Comercio, fue suprimida del Título IV de este cuerpo legal, y pasó a formar parte de los preceptos que regulan a las personas jurídicas de comercio.

Las atribuciones de la Superintendencia de Compañías, se originan y amparan en la norma suprema constitucional<sup>124</sup>, la cual le otorga la misión de ser una entidad de verificación del cumplimiento de la normativa legal imperante para los organismos que se encuentran sujetos a su régimen.

En cuanto a su función de Superintendencia, por otro lado, en la Ley de Compañías, encontramos la reglamentación determinada, respecto de los tipos de sociedades sobre los cuales ejercerá su vigilancia<sup>125</sup>.

Mediante la reforma que se produjo a la Ley de Compañías, con la expedición del Código Orgánico Monetario y Financiero<sup>126</sup>, se cambió la denominación de la Superintendencia de Compañías y Valores, agregándose el término: "...y Seguros".

Con lo cual, también se incluye el control que asumió la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, así como la competencia que se le delegó para regular las actividades, la

---

*del indicado año. Se dió, de esta manera, un paso firme en el progreso de la legislación, independizado el derecho societario del derecho mercantil"...*

<sup>124</sup> CEc.- Art.213.- *"Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.*

*Las superintendencias serán dirigidas y representadas por las superintendentas o superintendentes. La ley determinará los requisitos que deban cumplir quienes aspiren a dirigir estas entidades.*

*Las superintendentas o los superintendentes serán nombrados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de una terna que enviará la Presidenta o Presidente de la República, conformada con criterios de especialidad y méritos y sujeta a escrutinio público y derecho de impugnación ciudadana".*

<sup>125</sup> LCE. Art. 431.- *" La Superintendencia de Compañías y Valores tiene personalidad jurídica y su primera autoridad y representante legal es el Superintendente de Compañías y Valores.*

*La Superintendencia de Compañías y Valores ejercerá la vigilancia y control:*

- a) De las compañías nacionales anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, en general;*
- b) De las empresas extranjeras que ejerzan sus actividades en el Ecuador, cualquiera que fuere su especie;*
- c) De las compañías de responsabilidad limitada; y,*
- d) De las bolsas de valores y demás entes, en los términos de la Ley de Mercado de Valores".*

<sup>126</sup> Código Orgánico Monetario y Financiero del Ecuador, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.332 del 12 de septiembre de 2014, Libro III, Ley General de Seguros. NOTA GENERAL: *"...En todo el texto de la ley sustituir "Superintendencia de Bancos y Seguros" por "Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros" y "Superintendente de Bancos y Seguros" por "Superintendente de Compañías, Valores y Seguros"...*



organización y el funcionamiento de las compañías y de las personas naturales que intervienen y forman parte del sistema de seguro privado, que antes la tenía la Superintendencia de Bancos.

## 2. FUNCIONES Y ÁMBITO DE ACTUACIÓN

La función de control que ejerce el Estado para vigilar el normal desenvolvimiento de las compañías y precautelar la inversión tanto nacional como extranjera, en nuestro país, la ejerce la Superintendencia de Compañías, por mandato constitucional; y, se circunscribe<sup>127</sup> a la fiscalización del cumplimiento de las normas societarias, tributarias y contables que rigen a las compañías mercantiles desde el momento de su constitución.

En virtud de sus atribuciones, este organismo puede realizar las constataciones, que considere pertinentes para impedir que se produzca una violación a la ley o se genere un perjuicio para los terceros.

---

<sup>127</sup> LCE. Art. 432.- “La vigilancia y control a que se refiere el artículo 431 será ex post al proceso de constitución y del registro en el Registro de Sociedades.  
La vigilancia y control comprende los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables. Para estos efectos, la Superintendencia podrá ordenar las verificaciones e inspecciones que considere pertinentes.  
La Superintendencia de Compañías y Valores, adicionalmente aprobará, de forma previa, todos los actos societarios y ejercerá la vigilancia y control de las compañías emisoras de valores que se inscriban en el registro del mercado de valores; las compañías Holding que voluntariamente hubieren conformado grupos empresariales; las sociedades de economía mixta y las que bajo la forma jurídica de sociedades, constituya el Estado; las sucursales de compañías u otras empresas extranjeras, organizadas como personas jurídicas; las asociaciones y consorcios que formen entre sí las compañías o empresas extranjeras, las que formen con sociedades nacionales vigiladas por la entidad, y las que éstas últimas formen entre sí, y que ejerzan sus actividades en el Ecuador; las bolsas de valores; y las demás sociedades reguladas por la Ley de Mercado de Valores.  
Cuando en virtud de una denuncia o mediante inspección se comprobare que se han violado los derechos de los socios, que se ha contravenido el contrato social o la ley, o que se ha abusado de la personalidad jurídica de la sociedad según lo dispuesto en el Art. 17; en perjuicio de la propia compañía, de sus socios o terceros, se dispondrá inmediatamente la intervención de la compañía. Adicionalmente, de ser el caso, se cumplirá con la obligación de reportar a la entidad encargada de reprimir el lavado de activos, de haberse detectado indicios de las operaciones previstas en las letras c) y e) del Art. 3 de la Ley para Reprimir y Prevenir el Lavado de Activos, sin perjuicio de las acciones de los socios o terceros, a que hubiere lugar para el cobro de las indemnizaciones correspondientes.  
Quedan exceptuadas de la vigilancia y control a que se refiere este artículo, las compañías que en virtud de leyes especiales se encuentran sujetas al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros”.

Es importante establecer que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros ejerce respecto de las compañías controladas, un control que es posterior al del acto de constitución<sup>128</sup>.

Este control comprende varios aspectos como por ejemplo, el registro y verificación de los datos contenidos dentro del contrato de la constitución de la sociedad, así como la comprobación del cumplimiento de la obligación de presentación de documentación contable, societaria y financiera anual, al término de cada ejercicio económico.

Lo cual deberá ser realizado, dentro del primer cuatrimestre del año siguiente; además de la actualización de los datos relacionados con la composición accionaria de las sociedades, tanto de socios nacionales como extranjeros, entre otros.

Adicionalmente, a lo enunciado, cualquier reforma que se produjere al contrato social de la compañía, también deberá ser objeto de registro y análisis por parte de la entidad controladora.

Además del control *ex post* que efectúa el órgano de vigilancia, existe también la opción de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros de efectuar la denominada Inspección<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> Instructivo para la Vigilancia y Control Posterior. Publicado en el Registro Oficial 560 del 6 de agosto de 2015. Art. 2.- “*Del alcance.- La vigilancia y control posterior comprenden los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables*”.

<sup>129</sup> LCE. Art. 440.- “*La inspección de las compañías tiene por objeto establecer la correcta integración del capital social, y verificar lo declarado al tiempo de la constitución y de los aumentos de capital; verificar si la sociedad cumple su objeto social; examinar la situación activa y pasiva de la compañía, si lleva los libros sociales, tales como los de actas de juntas generales y directorios, el libro talonario y el de acciones y accionistas o de participaciones y socios; y los documentos que exige la ley para registrar válidamente las transferencias de acciones; si su contabilidad se ajusta a las normas legales; si sus activos son reales y están debidamente protegidos; si su constitución, actos mercantiles y societarios, y su funcionamiento se ajustan a lo previsto en las normas jurídicas relevantes vigentes y en las cláusulas del contrato social, y no constituyen abuso de la personalidad jurídica de la compañía, en los términos del Art. 17 de esta Ley; si las utilidades repartidas o por repartir corresponden realmente a las liquidadas de cada ejercicio; si las juntas generales se han llevado a cabo con sujeción a las normas legales relevantes; si la compañía está o no en causal de intervención o disolución; y, la revisión y constatación de la información que sea necesaria para la investigación de oficio o a petición de parte, de hechos o actos que violen o amenacen violar derechos o normas jurídicas vigentes. Si de los informes de inspección y control referidos a actos societarios se detectaren los hechos que dan lugar a la cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil, se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 442 de esta Ley. En este caso, así como cuando se constatare la existencia de infracciones a normas jurídicas vigentes o la violación o amenaza de inminente violación de derechos de socios o de terceros, el Superintendente podrá disponer que los socios o accionistas reunidos en junta general, los órganos de administración y los representantes legales de la sociedad procedan a subsanar la situación irregular advertida, ordenando la ejecución de acciones o adopción de medidas concretas encaminadas a tal fin. De persistir el incumplimiento a las leyes o normativa vigente, la Superintendencia de Compañías y Valores, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 438 letra f) de esta Ley, dispondrá mediante*

Esta acción de la entidad de control, podrá ser dispuesta de oficio por el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros o por petición de parte<sup>130</sup>, siendo que cuando fuere solicitada por un particular, deberá justificarse la pertinencia de dicha solicitud.

La Inspección tiene como objetivo principal, la verificación de la correcta integración del capital social de las compañías, tanto en su constitución como en actos societarios reformativos del contrato social posteriores, examen de los libros contables y los libros sociales que comprenden los de constancia y manejo de las juntas generales, los de acciones y los talonarios con sus respectivas anotaciones.

De igual forma también, la comprobación del cumplimiento de la actividad económica para la que fueron creadas las sociedades, tratando de evitarse la inobservancia de la finalidad social.

Esta disposición referente al objeto social, en concordancia con la relacionada a la prohibición de disminución de capital<sup>131</sup>, cuando la compañía, no pueda cumplir con su objeto social, podrían considerarse como una contribución de la entidad de control para prevenir la infracapitalización.

Debiendo reponerse mediante “aporte patrimonial efectivo”<sup>132</sup>, el capital social que fuere suficiente para que la compañía, pueda conseguir la ejecución de sus actividades económicas estatutarias.

Este tipo de control, va dirigido especialmente a la verificación del acatamiento de la Ley y de los estatutos de la compañía, así como también del correcto manejo de la documentación

---

*resolución motivada la cancelación de la inscripción del acto societario en el correspondiente Registro Mercantil, cuando corresponda, e impondrá las sanciones que prevé esta Ley, las cuales podrán aplicarse coercitiva y reiteradamente, hasta que la sociedad, los accionistas o administradores superen la situación de la sociedad de acuerdo con las disposiciones que al efecto determine el Superintendente de Compañías y Valores. El Superintendente y el personal a sus órdenes no podrán en sus inspecciones a las compañías, revisar en lo referente a secretos empresariales y, en general, en nada de lo que constituya o afecte la reserva en relación con la competencia, a menos que así se lo disponga motivadamente mediante resolución, cuando sea imprescindible acceder a tal información a fin de conducir una investigación específica. En estos casos de excepción, la información que se reciba mantendrá el régimen de confidencialidad conferido por la Ley, por lo cual responderán administrativa, civil y penalmente los funcionarios de las Superintendencias que hubieren violado dicha reserva legal.”.*

<sup>130</sup> LCE. Art. 441.

<sup>131</sup> LCE. Art. 199

<sup>132</sup> Doctrina n°. 106: Reposición del capital perdido y otros medios legales para evitar la disolución de la compañía por pérdidas excesivas

de las compañías y sus respectivos libros tanto sociales como contables, en concordancia con lo establecido en el Código de Comercio.

Procurándose, que las informaciones proporcionadas al organismo de vigilancia y control<sup>133</sup>, sean fidedignas y no pretendan de alguna manera enmascarar situaciones que pudieren ser dañosas.

Debiendo enmarcarse dentro de los presupuestos establecidos en las leyes, reglamentos<sup>134</sup> e instructivos expedidos para el mejor desenvolvimiento de las sociedades dentro de su campo de actuación, facilitándose y dotándose de transparencia y eficiencia las relaciones empresariales y laborales.

Entre las acciones que tiene la entidad de vigilancia para cumplir con su misión, existe también la Intervención<sup>135</sup>, que es uno de los medios que asiste a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para ejercer su control.

---

<sup>133</sup> LCE. Art. 460.- *“La compañía que proporcione deliberada y dolosamente información falsa, maliciosa o contraria a la presente ley, será sancionada por el Superintendente de Compañías y Valores con una multa de 50 salarios básicos unificados para los trabajadores del sector privado, cada vez, sin perjuicio de las correspondientes responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar.*

*La compañía que proporcione por error o culpa información falsa o contraria a la presente ley, será sancionada por el Superintendente de Compañías y Valores con una multa de hasta 20 Remuneraciones Básicas Unificadas cada vez, sin perjuicio de las correspondientes responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar.*

*La compañía que proporcione, venda o intercambie información de la base de datos de registros crediticios que se encuentra bajo su administración a otras instituciones nacionales o extranjeras o a personas naturales o jurídicas sin la debida autorización del titular de la información crediticia o por disposición de la Ley, será sancionada por el Superintendente de Compañías y Valores con una multa de 100 salarios básicos unificados para los trabajadores del sector privado, cada vez, sin perjuicio de las correspondientes responsabilidades administrativas, civiles o penales a las que hubiere lugar.*

*Si en un informe presentado por un Auditor Interno, Externo o funcionario de la Superintendencia de Compañías y Valores, se hubiese alterado u ocultado información, el Superintendente tendrá la obligación, en forma inmediata, de denunciar este hecho a la Fiscalía General del Estado.*

*El Superintendente de Compañías y Valores tiene la obligación de pronunciarse en un término de 30 días sobre cualquier infracción puesta en su conocimiento, caso contrario, se iniciarán en su contra las acciones administrativas, civiles o penales a las que hubiere lugar”.*

<sup>134</sup> LCE. Art. 433.- *“ El Superintendente de Compañías y Valores expedirá las regulaciones, reglamentos y resoluciones que considere necesarios para el buen gobierno, vigilancia y control de las compañías mencionadas en el Art. 431 de esta Ley y resolverá los casos de duda que se suscitaren en la práctica”.*

<sup>135</sup> LCE. Art. 354.- *“Tratándose de una compañía sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías y Valores ésta podrá declarar a la misma en estado de intervención y designará uno o más interventores para aquella, solamente en los siguientes casos:*

*1. Si lo solicitare uno o más accionistas o socios que representen cuando menos el diez por ciento del capital pagado de la compañía, manifestando que han sufrido o se hallan en riesgo de sufrir grave perjuicio por incumplimiento o violación de la Ley, sus reglamentos o el estatuto de la compañía, en que hubieren incurrido ésta o sus administradores.*

*El o los peticionarios deberán comprobar su calidad de titulares del porcentaje de capital señalado en el inciso anterior; indicar, con precisión, las violaciones o incumplimiento de la Ley, sus reglamentos o el estatuto de la compañía que motiven el pedido y expresar las razones por las que tales hechos les*

Para aplicar la intervención, se procede a designar interventores, cuya actuación está encaminada a la corrección de las irregularidades que se hubieran producido dentro de la compañía; evitando así que se ocasionen situaciones de menoscabo a socios o accionistas y a terceros.

La Superintendencia de Compañías, en ejercicio de su potestad reglamentaria expidió el “Reglamento de Intervención de las Compañías nacionales anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita por acciones y de economía mixta, así como de las sucursales de compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas que se hubieren establecido en el país”<sup>136</sup>, que complementa las normas que contiene la Ley, para el ejercicio y aplicación del procedimiento y parámetros necesarios para la intervención de las compañías.

Este Reglamento de Intervención, en su artículo primero define a la Intervención, como “*una medida administrativa de carácter temporal*”, impuesta por el órgano de control con la finalidad de subsanar las anomalías que se hubieren constatado.

---

*ocasionan o pueden ocasionarles perjuicio;*

*2. Si se comprobare, ante denuncia de parte interesada o de oficio, que en la contabilidad de la compañía se han ocultado activos o pasivos o se ha incurrido en falsedades u otras irregularidades graves, y que estos hechos pudieren generar perjuicios para los socios, accionistas o terceros.*

*En la denuncia deberá determinarse con precisión las falsedades o irregularidades de la contabilidad, así como los perjuicios que se hubieren causado o pudieren causarse;*

*3. Si requerida la compañía por la Superintendencia para presentar el balance general anual y el estado de pérdidas y ganancias o documentos y comprobantes necesarios para determinar la situación financiera de la compañía, no lo hiciere, y hubiere motivos para temer que con su renuencia trate de encubrir una situación económica o financiera que implique graves riesgos para sus accionistas, socios o terceros;*

*4. Si una compañía recurriere a cualquier forma de invitación pública para obtener dinero de terceros a base de planes, sorteos, promesas u ofertas generales de venta, entrega o construcción de bienes muebles o inmuebles, o suministro de préstamos, cuando no hubiere garantías suficientes para respaldar los dineros recibidos y tal situación implicare graves riesgos para terceros, o cuando efectuaren una oferta pública de valores, sin cumplir con los requisitos señalados en la Ley de Mercado de Valores; y,*

*5. Cuando la compañía se encontrare en cualquiera de los casos referidos en los artículos 325 o 432 inciso cuarto, de esta Ley.*

*6. Cuando se hubieren incumplido por dos o más años seguidos las obligaciones constantes en el artículo 131 y en los dos últimos incisos del artículo 263 de esta Ley.*

<sup>136</sup> Reglamento de Intervención de las Compañías nacionales anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita por acciones y de economía mixta, así como de las sucursales de compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas que se hubieren establecido en el país. Emitido por la Superintendencia de Compañías mediante Resolución No. 12 publicada en el Registro Oficial 425 de 3 de octubre de 2001 que deroga la Resolución No. 96.1.4.3.009 publicada en el Registro Oficial 110 el 16 de enero de 1997.

Para lo cual se valdrá de la utilización de mecanismos previos accionados por interesados, quiénes tienen el procedimiento denominado “de denuncia”<sup>137</sup> para acceder a la intervención; o también puede ser solicitado, por funcionarios del órgano de control, quienes realizan el control posterior mediante el cual pudieren encontrar alguna situación irregular de la compañía .

Esta medida, también está concebida con el afán de resguardar y preservar el patrimonio social que se encuentre potencialmente en riesgo de sufrir alguna vulnerabilidad, para impedir que se generen perjuicios a los integrantes de la sociedad y a los terceros que se relacionan con ésta.

Además, como parte de la labor de control de la Superintendencia, se establece en la normativa institucional, los parámetros referentes a la nominación de los interventores, las remuneraciones que deben percibir, las funciones y atribuciones de su cargo.

Así como también, sanciones a los interventores de existir alguna actuación errada en el desempeño de las labores enunciadas en la ley; y, en general normas destinadas al buen desempeño de las actividades de los interventores<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> Reglamento para la Recepción, Sustanciación y Trámite de Denuncias de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 205 de 17 de marzo de 2014.

<sup>138</sup> Reglamento de Intervención de las Compañías. Art. 10 .- “*Los interventores tendrán las siguientes funciones y atribuciones:*

- a) *Propiciar la corrección de las irregularidades que determinaron la intervención;*
- b) *Tomar las medidas conducentes al mantenimiento del patrimonio de la compañía;*
- c) *Evitar que se ocasionen perjuicios a los socios, accionistas o terceros;*
- d) *Registrar su firma en las instituciones bancarias en las que la compañía intervenida tenga cuentas corrientes, de ahorro o depósito a plazo fijo en dólares de los Estados Unidos de América o en cualquier otra divisa. La resolución de intervención servirá al interventor de credencial para el efecto. Si cualquier institución financiera se negare a registrar la firma o firmas del o de los interventores, o si registradas esa firma o firmas, dicha institución permitiere que con la sola firma del representante legal de la compañía intervenida se efectúe el flujo de recursos de la cuenta o cuentas que tuviere abiertas en ella esa compañía, comunicará el hecho a la Superintendencia de Bancos para que imponga las sanciones que correspondan a la institución financiera infractora. En caso de que se hubiere abierto cuentas corrientes en instituciones bancarias del exterior, el interventor o interventores y los administradores determinarán un mecanismo adecuado para que los cheques y otros documentos relativos al manejo de esos fondos, también lleven la firma y visto bueno del interventor o interventores;*
- e) *Poner su firma y visto bueno en las operaciones y documentos que el Superintendente de Compañías o su delegado determinen en la resolución de intervención y en el oficio mediante el cual se le comunique la designación;*
- f) *Suscribir los cheques que se giren con cargo a las cuentas corrientes de la compañía o ente intervenido, así como las papeletas de retiro de fondos de las cuentas de ahorro o de los depósitos a plazo fijo. Tal suscripción será conjunta con el representante legal de la compañía intervenida o con la persona que estuviere autorizada para ello;*
- g) *Autorizar, con su visto bueno, la ejecución de actos o celebración de contratos, observando que tengan directa relación con el objeto social;*

Cabe recalcar que la misión de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, como organismo técnico de control de las compañías pertenecientes a los sectores societario, de mercado de valores y aseguradoras está encaminada a la fiscalización del funcionamiento y la organización de las compañías sujetas a su control.

Teniendo como finalidad, la de promover las prácticas responsables que otorguen confiabilidad y transparencia a las actividades de intercambio comercial y de prestación de servicios que constituye el objetivo de las empresas privadas; así como a los intervinientes en el Mercado de Valores.

Sin embargo, hay que enfatizar que so pretexto de las atribuciones que le concede la Constitución y la Ley de Compañías, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, no puede, ni debe inmiscuirse en las actuaciones del día a día de las compañías, correspondientes al giro del negocio.

En primer lugar porque sobrepasaría el límite de sus facultades concedidas por la Ley; en segundo lugar porque las entidades controladas, pertenecen al sector privado de la economía, las cuales entran en la esfera del Derecho Privado, donde su campo de actuación es amplio en cuanto no contraría el derecho ajeno y las normas legales.

Además, es menester recordar que el Derecho Comercial, es por esencia dinámico y las compañías de comercio, reguladas por la Ley de Compañías, deben obedecer a los principios que le dieron su origen.

- 
- h) Requerir de los administradores la realización de un inventario físico de los bienes de la compañía;*
  - i) Controlar los ingresos, egresos, inversiones, cartera, obligaciones y, cuando fuere del caso, la compra y venta de mercaderías, así como la venta de muebles o inmuebles de la compañía;*
  - j) Orientar, de acuerdo con la ley, la elaboración de los libros sociales y la formación de los registros de contabilidad, de conformidad con las Normas Ecuatorianas de Contabilidad -NEC-;*
  - k) Efectuar análisis de tipo contable, económico, financiero y administrativo que posibiliten la determinación de la real situación de la compañía intervenida, y recomendar las resoluciones a tomarse por parte de la Superintendencia de Compañías;*
  - l) Presentar informes mensuales a la Superintendencia de Compañías acerca de las actividades cumplidas y de las acciones realizadas por los administradores, a fin de superar las causales que originaron la intervención;*
  - m) Asistir, con voz informativa, a juntas generales y a sesiones de directorio o del órgano administrativo equivalente, siempre que fuere requerido por la junta general, por el directorio o por uno o más socios o accionistas o por el representante legal de la compañía intervenida; y,*
  - n) Recomendar el levantamiento de la intervención, una vez que hayan cesado las causas que la motivaron y la compañía intervenida esté en condiciones de desarrollar sus actividades sin un control permanente”.*

Los motivos enunciados, nos conducen a la conclusión que la normativa societaria, tiene por finalidad de oficio, el cumplimiento de las obligaciones de las entidades sujetas a su control con relación al Estado.

No obstante, cuando mediando una denuncia de parte interesada que presumiere que pudieren acarrearle perjuicios de naturaleza económica, en sede administrativa, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros puede pronunciarse sobre el conflicto sometido a su consideración.

### 3. BREVE APUNTE SOBRE LA DOCTRINA DE LA SUPERINTENDENCIA

Con relación al aspecto normativo que ha aportado la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, dentro del marco de su competencia reglamentaria, señalamos que, además de ser un órgano de consulta societaria<sup>139</sup>, y como vimos en el acápite anterior, encargarse de expedir la reglamentación<sup>140</sup> que considere necesaria para la correcta adecuación a la normativa imperante.

También emitió las denominadas Doctrinas societarias<sup>141</sup> que comprenden un compendio de criterios institucionales que contribuyen a la seguridad y fortalecimiento jurídico, que se basan en consultas realizadas al órgano societario competente por parte de los usuarios del sistema societario.

---

<sup>139</sup> LCE. Art. 439.- *“La Superintendencia de Compañías y Valores tendrá como órgano de difusión la Gaceta Societaria en la que se publicarán todas las resoluciones de carácter general, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.*

*En la Gaceta Societaria se publicarán además, las absoluciones de consultas de carácter general, los pronunciamientos sobre aspectos jurídicos, contables, financieros, las decisiones o resoluciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en los casos de su competencia de conformidad con la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y cualquier información que se estime de interés”.*

<sup>140</sup> LCE. Art. 438.- *“Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: ... k) Ejercer las demás atribuciones y cumplir los deberes que les señalen las leyes y reglamentos que se expidieren.”...*

<sup>141</sup> Mediante Resolución 97.1.7.3.0011 del 19 de agosto de 1997 publicada en el Registro Oficial No. 141 de 29 de agosto de 1997, la Superintendencia de Compañías, declara con pleno vigor las Doctrinas Jurídicas, emitidas por el Superintendente de Compañías que no hubieren sido expresamente suprimidas.

Mediante Resolución No.SCVS-INC-DNCDN-2016-014 del 29 de diciembre de 2016 publicada en el Registro Oficial No. 917 del 6 de enero de 2017, se deroga la resolución citada en el inciso anterior y se suprimen las Doctrinas Jurídicas.

Mediante Resolución No.SCVS-INC-DNCDN-2018-0036 de 3 de octubre del 2018, se deroga la resolución del año 2016, y se dispone la vigencia de las doctrinas jurídicas que habían sido derogadas.



En ocasiones, la Ley de Compañías, pudiere contener disposiciones oscuras<sup>142</sup> o de dudosa aplicación para las personas involucradas en el ámbito societario y empresarial, lo cual no es beneficioso para quienes hacen de estas actividades su profesión.

Otro de los propósitos de las Doctrinas Societarias, consiste en ser un marco referencial para los servidores de la entidad de control, que de otra manera pudieran tener pronunciamientos arbitrarios o no concordantes con circunstancias similares anteriores en las que ya hubiere habido un criterio de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Por lo que, en atención a la relevancia de ilustrar la normativa citada y en aras de fortalecer el sistema económico en general se han promulgado las doctrinas jurídicas societarias de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Las Doctrinas Jurídicas, han sido modificadas con el pasar de los años, debido a las reformas que se han dado en la Ley de Compañías de la cual las doctrinas constituyen un medio auxiliar para la determinación y comprensión de las normas jurídicas.

Su cambio y actualización constante, también ha obedecido a la rápida evolución de las situaciones que se presentan en las relaciones internas de las sociedades y externas con los terceros relacionados con las personas jurídicas sujetas a la fiscalización y control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Esto ha motivado que los usuarios acudan al ente de Control requiriendo pronunciamientos institucionales<sup>143</sup> para poder solucionar de una mejor manera los conflictos que pudieren generarse de una errónea o maliciosa interpretación legal.

---

<sup>142</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de Lo Civil y Mercantil, publicada en el Registro Oficial No.128 del 18 de julio de 2003. Como ejemplo de la ayuda que representan las Doctrinas Jurídicas de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en las resoluciones judiciales, citamos el siguiente parecer, donde se recurre a las antedichas Doctrinas, con la finalidad de aclarar las funciones del órgano administrador de la compañía anónima.

<sup>143</sup> DOCTRINA No. 71: CONSULTAS A LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS.- *"La Superintendencia de Compañías puede absolver las consultas que elevan las compañías anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita por acciones y de economía mixta que contribuyen al funcionamiento de este organismo, por intermedio de sus administradores y con el patrocinio de un abogado.*

*Pese a que en la Ley de Compañías no existe disposición alguna que obligue a la Superintendencia de Compañías a absolver consultas, con la finalidad de colaborar con las compañías que contribuyen al funcionamiento de este organismo, solamente se absolverán las que tales compañías plantearon concretamente sobre algún hecho o problema determinado por intermedio de sus administradores, las cuales deberán presentarse con firma de abogado y con indicación precisa y fundamentada de la opinión que ella tenga respecto del tratamiento o solución que habría de darse al hecho o problema consultado"*

Esta Doctrina fue suprimida mediante Resolución No. SC-INPA-G-12-0004, publicada en el Registro Oficial 678 de 9 de abril de 2012.

Pensamos que es oportuna la participación estatal para garantizar el cumplimiento de las normas relacionadas con las compañías, especialmente, después que la experiencia demostró que la total desregularización y la excesiva libertad comercial, no fueron el camino más idóneo para el desarrollo de las compañías.

Pretendiéndose resguardar el intercambio mercantil en general de prácticas que vulneren su confiabilidad; siempre y cuando no conlleve a inmiscuirse al Estado en el ámbito propio del negocio.

Hasta aquí enunciamos el aspecto normativo e instructivo de la misión del organismo de control en el ámbito empresarial, para facilitar el cumplimiento de las disposiciones legales y las relaciones de los intervinientes en las relaciones comerciales.

#### IV. RECAPITULACIÓN CRÍTICA

El surgimiento de la persona jurídica como auxiliar en la ejecución de las actividades mercantiles, ocasionó también que personas desafectas, la utilizaran para otros fines distintos de los manifestados y permitidos por la Ley.

Por lo que la doctrina<sup>144</sup> enunció conceptos como el abuso del derecho, el fraude de acreedores y la simulación de las personas jurídicas, para que por medio de su identificación, se frene la mala utilización de la personalidad jurídica.

Esgrimiendo a la par, como solución jurisprudencial, la aplicación de la doctrina del levantamiento jurídico, en cada caso particular, si los Tribunales de Justicia, estimaren conveniente.

Observamos que la infracapitalización de las compañías, contiene presupuestos y situaciones que podrían asemejarla las conductas enunciadas en el párrafo anterior, sin embargo su tratamiento y corrección dependerá de la aplicación normativa del país donde se ocasione esta conducta.

De esta manera, en el Ecuador, por medio de su entidad de control que es la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, tiene la potestad normativa<sup>145</sup>, por medio de la cual se le conceden las facultades para la expedición de las regulaciones, reglamentos, resoluciones y

---

<sup>144</sup> Referido en la página 39.

<sup>145</sup> LCE. Art. 433.-

normativa en general, que considere pertinentes para facilitar el cumplimiento de su labor de control.

Pero, en sus diversas regulaciones, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, no se ha pronunciado expresamente sobre el tratamiento de la infracapitalización de las sociedades.

Esto podría ser producto de la falta de normativa que existe en la Ley de Compañías ecuatoriana, con respecto a la subcapitalización de sociedades, o la responsabilidad por haberla provocado.

Sin embargo, pensamos que existe una aproximación con el tema de la infracapitalización, que se produce por medio de la prohibición de reducción del capital social<sup>146</sup>, en los casos en que no se garantice que la sociedad pueda cumplir con el objeto social establecido en sus estatutos, por no poder contar con los recursos suficientes; o, cuando pudiere producirse un perjuicio a terceros.

Las mencionadas disposiciones, constan en la Ley de Compañías, así como también, en las Doctrinas Societarias, con lo que pensamos, se pretende hacer una referencia a la infracapitalización.

Dicha referencia es solamente con respecto a la relación que debe existir entre la necesidad de la suficiencia del capital social y la posibilidad de poder realizar las actividades económicas comprendidas dentro de su objeto social.

No obstante, resulta evidente que en cuanto no se modifique la cifra mínima del capital social para constituir una sociedad mercantil, no se puede hablar de una infracapitalización de la sociedad.

---

<sup>146</sup> LCE. Art. 199.-

## CAPÍTULO II.- LA INFRACAPITALIZACIÓN

### I. CONCEPTO

Las sociedades, en tanto sujetos del derecho, atraviesan por una multitud de situaciones derivadas de su campo de actuación y origen que son, por esencia, dinámicos y están reguladas por el Derecho Societario.

Una de estas circunstancias, que pretendemos analizar en este trabajo es la denominada infracapitalización de la sociedad, también conocida como subcapitalización o insuficiencia del capital, que corresponde a la condición en la que podría encontrarse la persona jurídica societaria de no tener el capital social suficiente para poder afrontar lo establecido en el objeto social, constante en los estatutos de la compañía.

Las sociedades que por su naturaleza son mercantiles, especialmente las sociedades limitadas y las sociedades anónimas que tienen capital cerrado, son aquellas que pueden ser subcapitalizadas.

También puede haber infracapitalización en los grupos económicos, como consecuencia de una inadecuada dotación de capital, realizada con la intención de favorecer a una de las sociedades integrantes del grupo.

Procediéndose a ocultar el patrimonio de las integrantes del grupo económico dentro de la sociedad que se quiere preservar, en desmedro de las otras integrantes del mismo y sobretodo de sus acreedores.

En estos grupos, puede suceder la infracapitalización, independientemente de su composición por sociedades anónimas o limitadas, lo que debe destacarse es que su conformación resulta propicia para este tipo de operaciones, particularmente, por carecer de una regulación específica<sup>147</sup>.

Lo cual resulta propicio, y al suscitarse una crisis de déficit económico dentro el grupo, por mantener capitalizada adecuadamente a la sociedad controladora se recurre a subcapitalizar a los otras sociedades integrantes del grupo.

---

<sup>147</sup> GIRGADO PERANDONES, PABLO, “En torno a la noción de Grupo de Sociedades y su delimitación en el ámbito español y europeo”, RES Bolivariana de Derecho, n.º. 18, 2014, p. 78.

Las características de los grupos económicos, sugieren la existencia de una identidad patrimonial<sup>148</sup> entre las sociedades integrantes, lo cual puede o no ser utilizada para la defraudación de terceros.

Igualmente, la infracapitalización puede producirse o ser provocada por los socios encuadrándose en las hipótesis legales de abuso de la personalidad jurídica, fraude o simulación, que podrían motivar la desconsideración de la personalidad jurídica.

Consideramos, que también existe la posibilidad que este estado de infracapitalización de la sociedad, se produzca sin mediar intención de ocasionar un perjuicio a los acreedores, como sería la ocurrencia de un hecho externo y sus consecuencias desconocidas por parte de los integrantes de la sociedad.

En este caso, no existiría relevancia jurídica, sino un caso de negligencia que tendrá como consecuencia la responsabilidad por la falta de diligencia en la administración de la sociedad que llegare a estar infracapitalizada.

## II. CAPITAL SOCIAL

Entendemos el capital social de una compañía de la siguiente forma: *“es una cifra correspondiente al valor de los bienes que los socios transfirieron o se obligaron a transferir a la sociedad”*<sup>149</sup>, no debiendo confundirse el capital social con el patrimonio social<sup>150</sup> de la compañía.

---

<sup>148</sup> De Ángel Yagüez, Ricardo, *La Doctrina del Levantamiento del Velo...*, cit., p. 131.

<sup>149</sup> TAVARES BORBA, JOSÉ EDWALDO, *Direito...*, cit., p. 63.

<sup>150</sup> Enciclopedia Jurídica. Patrimonio Social.- *“El patrimonio social es el conjunto de relaciones jurídicas de las que es titular el ente societario. Esas relaciones sobre cosas corporales o incorpóreas, o con personas, pueden ser de propiedad, de goce, de garantía, de créditos, etcétera. La naturaleza de esas relaciones atribuye al patrimonio su carácter esencialmente mutable, por oposición, como veremos, al capital social. No obstante, siempre conserva su carácter jurídico de universalidad de derecho perteneciente a la sociedad.*

*Su unidad se comprueba en el único inventario, en el único balance social y en la unidad de garantía que todos sus bienes ofrecen a los acreedores sociales. En cambio, con un punto de vista estrictamente económico, podríamos considerarlo como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones pertenecientes a una persona física o jurídica. De lo dicho, se pueden señalar los siguientes caracteres específicos del patrimonio: a) está formado por el conjunto de bienes del activo con el cual la Sociedad actúa y afronta el pasivo que lo integra; b) es variable; c) es uno de los atributos de la personalidad y, por tanto, no se concibe sociedad (persona jurídica) sin patrimonio. Capital y patrimonio pueden coincidir solo inicialmente. Apenas la Sociedad comienza a operar, la igualdad desaparece”.* Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/patrimonio-social/patrimonio-social.htm>

Independientemente de que en el momento de su constitución los dos pudieren llegar a coincidir, al estar compuesto el capital de la compañía en este primer momento, solamente por las aportaciones de los socios.

El capital social se corresponde, al iniciarse la actividad de la sociedad, con la cantidad de bienes que los socios suscriptores, aportan a la sociedad para integrar las acciones<sup>151</sup> y es un elemento esencial para el desenvolvimiento de las sociedades mercantiles, resultando indispensable su efectiva aportación.

En la persona jurídica de derecho privado es uno de sus elementos principales e imprescindibles, éste junto con el objeto social de la sociedad, representan el alcance y la motivación, respectivamente, de su esencia; debiendo asimilarse al patrimonio que poseen y acumulan las personas naturales a lo largo de su existencia.

Por las razones enunciadas, el capital social, representa uno de los atributos de la personalidad jurídica que merece una especial atención, particularmente cuando nos referimos a sociedades donde el capital tiene un papel preponderante como son las sociedades de capital.

Sin embargo, otra particularidad de las sociedades de capital, es que también gozan del privilegio de la responsabilidad limitada de sus socios, la cual está definida por la participación dineraria de éstos en el capital de las mismas.

Relacionado con el capital, pero no exactamente igual, tenemos al patrimonio social, que es real y dinámico por estar siempre en movimiento, a diferencia del capital que es “estático e invariable”<sup>152</sup>.

Cuando la sociedad comienza sus actividades, el patrimonio se sujetará a las eventualidades de la actuación de ésta.

Dependiendo de la gestión que realice la administración en el desempeño y cumplimiento del objeto social, el patrimonio podrá incrementarse debido a los ingresos dinerarios en la cuenta caja, la adquisición de bienes o configuración de las reservas sociales.

---

<sup>151</sup> TAVARES BORBA, JOSÉ EDWALDO, *Direito...*, cit., p. 205.

<sup>152</sup> LEONHART, CAROLINA P., *Capital Social e Infracapitalización: la Responsabilidad Limitada y un Capital de Riesgo Suficiente: la Infracapitalización Societaria*, ed. AD-HOC, Buenos Aires, 2009, p. 30

O bien, si se presentare un escenario adverso, se verificarán las pérdidas correspondientes, no se obtendrán los resultados esperados, pudiendo llegar a una situación de un patrimonio líquido negativo.

En cuanto al capital social, éste figurará en el contrato o estatuto social<sup>153</sup> como un valor fijo, y es lo que la doctrina<sup>154</sup> reconoce como “principio de invariabilidad del capital”, debido al cual el capital social deberá permanecer inalterable.

Siendo susceptible de alteración, solamente, cuando se realice una modificación a los estatutos, cuando hubiere una decisión del máximo órgano social de la compañía en este sentido.

El capital social de una compañía tiene tal importancia que configura un requisito fundamental para la fundación de la sociedad mercantil representando los recursos propios con que cuenta la empresa para su inicio y crecimiento.

Este elemento puede consistir en aportaciones no dinerarias (especies) o dinerarias, debiendo ser fijado por la voluntad de los socios<sup>155</sup>, pero obedeciendo las disposiciones legales que existan al respecto.

Se considera al capital social, como uno de los elementos relevantes que debe ser considerado cuando se requiera iniciar una actividad económica, valiéndose de las formas societarias legales.

Debido a la importancia de este componente de la sociedad, debemos recurrir al concepto de “capital de riesgo”<sup>156</sup> que está compuesto por el aporte de los socios y las reservas y utilidades no distribuidas, constituyendo el capital propio de la compañía; destinado a cumplir con la finalidad social de la misma, de lo que deviene que su ausencia provoca la infracapitalización material.

---

<sup>153</sup> LSCE. Art. 22. “Contenido de la escritura de constitución.

1. En la escritura de constitución de cualquier sociedad de capital se incluirán, al menos, las siguientes menciones: c) Las aportaciones que cada socio realice o, en el caso de las anónimas, se haya obligado a realizar, y la numeración de las participaciones o de las acciones atribuidas a cambio...”.

<sup>154</sup> PALLADINO, JUAN LEONEL, “Sobre la Importancia del Capital Social en las Sociedades en las que los socios poseen el beneficio de limitación de la responsabilidad y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, RES Electrónica del Departamento de Ciencias Sociales UNLu, Vol, 2, n° 3, 2015, p.151

<sup>155</sup> LSCE. Art. 63.

<sup>156</sup> LEONHART, CAROLINA P., *Capital Social e Infracapitalización: la Responsabilidad Limitada...*, cit., p. 51

Al respecto, en la doctrina<sup>157</sup> se ha resumido algunos aspectos relacionados con la importancia del capital social:

1) Conformación del fondo común patrimonial o reserva de capital, con el propósito de cumplir con el objeto social, representando un indicador de los recursos de la sociedad para cumplir con su actividad económica, contemplando la posibilidad de ampliación de las operaciones comerciales.

De ahí la importancia que el capital tampoco se conciba de manera desmedida en los estatutos sociales, porque también podría ser perjudicial para la sociedad, llevándola a incurrir en incumplimientos.

Lo ideal es que el capital sea proporcional a la actividad económica que se pretende desarrollar, evitándose una carga de impuestos y requisitos adicionales, que no serían necesarios, resultando oneroso.

2) Determinación de la contribución económica que le corresponde a cada socio, que será valorada y reflejada en su acción o participación de acuerdo al tipo de sociedad que hubieren conformado.

Dependerá del número de acciones o participaciones suscritas, su posición, participación en los beneficios sociales<sup>158</sup>, el ejercicio del derecho al voto dentro de la compañía, entre otras facultades<sup>159</sup> que éstas le conceden.

3) Protección o garantía de los terceros, especialmente cuando la responsabilidad de los socios es proporcional al capital suscrito como es el caso de las sociedades de responsabilidad limitada.

Desde el punto de vista de la seguridad de contratar con una persona jurídica, esta sería la función más importante que tiene el capital social, la de constituir una garantía para los terceros.

---

<sup>157</sup> STORDEUR, EDUARDO, *Manual de Derecho Societario*, ed. AD-HOC, Buenos Aires, 2002, p. 206.

<sup>158</sup> STS, de 1 de Noviembre de 2014. Id. VLex: VLEX-549269462. F.J. Primero. “... (iii) Entre los días 6 y 14 de mayo de 2008 se hicieron efectivas las siguientes cantidades: a Blacader S.L., cuyas acciones representan el 51,07% del capital social, 311.399,68 euros; a Impulso Desarrollo Empresarial, S.A. 178.047,20 euros por el 29,20% del capital social; a Liker Boston S.L., 59.328,75 euros por el 9,73% del capital social; y a Alusian S.A. 60.975,07 euros por el 10% del capital social. (iv) El acuerdo de distribución de dividendos quedó contabilizado en concepto “pago de dividendos” mediante el correspondiente apunte contable en el estado de ingresos y gastos de 2008, reflejándose en el informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2008”.

<sup>159</sup> BAYONA GIMENEZ, RICARDO, “Una Aproximación al problema de la Infracapitalización a la Luz de la necesaria revisión de las funciones del capital en la Sociedad Anónima”, Cuadernos de Derecho y Comercio n°.62, Diciembre 2014, p. 155 : “Que el capital social tiene como función, entre otras, la de ser instrumento de medición de los derechos de los socios...”.



La infracción de este deber de garantía para con los terceros, cuando no se proporciona el correcto aporte de capital, está relacionada con los supuestos de infracapitalización que pudieren surgir en la sociedad.

4) Fijación de las mayorías a considerarse en las deliberaciones de las juntas generales, sirviendo para determinar quién tiene mayor poder de decisión dentro de la sociedad, ayudando a definir el control que detentan los accionistas, y los lineamientos y prioridades de la compañía.

La importancia del capital social que hemos enunciado en cuatro numerales, comprende la función de organización<sup>160</sup> que este tiene, al determinar los derechos y los deberes que le corresponden a los socios.

En virtud de lo cual, también permite, el capital social, establecer las normas relativas al quorum, cuyas funciones se pueden resumir de la siguiente manera: determinar si es procedente la instauración de la asamblea de socios, establecer quién hará uso del ejercicio del derecho de preferencia a la suscripción del capital; y, la adopción de acuerdos de las juntas generales de los socios.

El capital social de una compañía, puede estar suscrito en su totalidad al momento de la constitución de la misma o puede integrarse posteriormente, dentro del plazo que estipula la Ley.

Al estar relacionado el concepto de la infracapitalización íntimamente con la realidad económica de la compañía que es el capital social, es menester que incluyamos una referencia de éste y sus variedades.

En lo referente al capital suscrito<sup>161</sup>, esta cantidad corresponde a la que los accionistas se comprometen y están obligados a pagar debiendo constar la suscripción completa del capital con los respectivos datos de suscripción de los socios en la escritura de constitución de la sociedad.

El monto del capital suscrito, no podrá ser inferior al legalmente establecido para cada tipo de compañía, en las legislaciones que establezcan montos mínimos de suscripción de capital,

---

<sup>160</sup> PITA, MANUEL ANTONIO, *Curso Elementar de Direito Comercial*, ed. Áreas, Lisboa, 2011, p. 186.

<sup>161</sup> LCE. Art. 161.- “Para la constitución del capital suscrito las aportaciones pueden ser en dinero o no, y en este último caso, consistir en bienes muebles o inmuebles. No se puede aportar cosa mueble o inmueble que no corresponda al género de comercio de la compañía”.

así como también debe especificarse en los estatutos, la manera como se realizarán las aportaciones.

Las contribuciones de los socios, consistirán necesariamente en dinero o especies, actualmente para el tipo de compañías que estudiamos en este trabajo, no se permite el aporte de industria de los socios que antes sí era posible de hacer, esto se debe a que el capital que se aporta a la compañía debe ser susceptible de avalúo<sup>162</sup>.

En la legislación ecuatoriana, a semejanza del régimen español en lo referente a las Sociedades Limitadas, el avalúo puede ser practicado por los propios socios fundadores, sin necesidad de contar con la intervención de un perito evaluador<sup>163</sup>.

Este avalúo genera la responsabilidad solidaria de los evaluadores, bastando la declaración de conformidad que consta en los propios estatutos, a semejanza del régimen español en la valoración de las aportaciones no dinerarias de las SL.

En cambio, encontramos que hay diferencia con el régimen legal contemplado para las sociedades anónimas, en las cuales se requiere necesariamente la evaluación de una persona especializada<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> LCE. Compañías limitadas. Art. 104.- *“Si la aportación fuere en especie, en la escritura respectiva se hará constar el bien en que consista, su valor, la transferencia de dominio en favor de la compañía y las participaciones que correspondan a los socios a cambio de las especies aportadas. Estas serán evaluadas por los socios o por peritos por ellos designados, y los avalúos incorporados al contrato. Los socios responderán solidariamente frente a la compañía y con respecto a terceros por el valor asignado a las especies aportadas.*

*Compañías anónimas. Art. 162.- “En los casos en que la aportación no fuere en numerario, en la escritura se hará constar el bien en que consista tal aportación, su valor y la transferencia de dominio que del mismo se haga a la compañía, así como las acciones a cambio de las especies aportadas. Los bienes aportados serán evaluados y los informes, debidamente fundamentados, se incorporarán al contrato.*

*En la constitución sucesiva los avalúos serán hechos por peritos designados por los promotores. Cuando se decida aceptar aportes en especie será indispensable contar con la mayoría de accionistas.*

*En la constitución simultánea las especies aportadas serán evaluadas por los fundadores o por peritos por ellos designados. Los fundadores responderán solidariamente frente a la compañía y con relación a terceros por el valor asignado a las especies aportadas.*

*En la designación de los peritos y en la aprobación de los avalúos no podrán tomar parte los aportantes. Las disposiciones de este Art., relativas a la verificación del aporte que no consista en numerario, no son aplicables cuando la compañía está formada sólo por los propietarios de ese aporte”.*

<sup>163</sup> LSCE. Art. 63 *“Aportaciones no dinerarias. En la escritura de constitución o en la de ejecución del aumento del capital social deberán describirse las aportaciones no dinerarias con sus datos registrales si existieran, la valoración en euros que se les atribuya, así como la numeración de las acciones o participaciones atribuidas”.*

<sup>164</sup> LSCE. Art. 67. *“Informe del experto.1. En la constitución o en los aumentos de capital de las sociedades anónimas, las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes con competencia profesional, designados por el registrador mercantil del domicilio social conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine. 2. El informe contendrá la descripción de la aportación, con sus datos registrales, si existieran, y la valoración de la aportación, expresando los criterios utilizados y si se corresponde con el valor nominal y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida.*

Es importante recalcar que cuando se trate de aportaciones que no correspondan a dinero, los bienes que se aporten deberán cumplir con los requisitos<sup>165</sup> estipulados en las leyes correspondientes para su transferencia, como cuando se aporta un bien inmueble y se deba cumplir con la inscripción registral.

El capital suscrito de la compañía, es el que los socios se han obligado a aportar, el denominado capital propio; y, el capital pagado, corresponde a aquel que efectivamente los socios han ingresado dentro del patrimonio social<sup>166</sup>.

El capital pagado, puede comprender la totalidad del valor señalado en los estatutos, o también, un porcentaje del mismo, de acuerdo con lo estipulado en la normativa correspondiente<sup>167</sup>.

Según la legislación ecuatoriana, este capital pagado será verificado mediante la labor de control posterior que ejerce el organismo encargado que es la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, cuando realiza la verificación de los aspectos societarios de las compañías.

## 1. RELEVANCIA DEL CAPITAL SOCIAL ADECUADO

Además de lo visto en el acápite anterior sobre la función del capital social en la determinación de los deberes y los derechos de los socios en la compañía, también cumple con ser el referencial sobre el cual se estructurará la sociedad; y como garantía para los que quisieren contratar con ésta.

Las cuestiones que valen la pena ser planteadas ahora, son dos, la primera es la referente a la interrogante sobre a quién le corresponde determinar cuál es el capital adecuado para

---

3. *El valor que se dé a la aportación en la escritura social no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos.*”

<sup>165</sup> STORDEUR, EDUARDO, *Manual de Derecho...*, cit., p. 216.

<sup>166</sup> PUELMA ACCORSI, ALVARO. *Sociedades*, t. I, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 334.

<sup>167</sup> LCE. Art. 147 (incisos primero y segundo).- *“Ninguna compañía anónima podrá constituirse sin que se halle suscrito totalmente su capital, el cual deberá ser pagado en una cuarta parte, por lo menos, una vez inscrita la compañía en el Registro Mercantil.*

*Para que pueda celebrarse la escritura pública de fundación o de constitución definitiva, según el caso, será requisito que los accionistas declaren bajo juramento que depositarán el capital pagado de la compañía en una institución bancaria, en el caso de que las aportaciones sean en numerario. Una vez que la compañía tenga personalidad jurídica será objeto de verificación por parte de la Superintendencia de Compañías y Valores a través de la presentación del balance inicial u otros documentos, conforme disponga el reglamento que se dicte para el efecto”.*

conformar una compañía de acuerdo a la actividad económica que se desee desarrollar; y, la segunda está relacionada con la manera cómo debe integrarse debidamente el capital social de la compañía.

Después del análisis realizado en las líneas que anteceden sobre el capital social y su utilidad como elemento configurativo de la personalidad jurídica, con sus variedades suscrito y pagado; y, para efectos prácticos de nuestro estudio sobre la infracapitalización de sociedades, podríamos colegir que la función del capital social es, principalmente, asegurar la consecución de los objetivos de la empresa para la cual fue constituida la compañía.

Así como también, permanecer como fianza o como lo manifiesta la jurisprudencia “*tutela de los acreedores y del tráfico jurídico*”<sup>168</sup> garantizando que la sociedad pueda cumplir sus compromisos adquiridos.

Sobre la cuestión levantada acerca de quién tiene el deber de saber cuál es el capital adecuado para constituir una compañía, debemos manifestar que las legislaciones societarias de algunos países como la ecuatoriana<sup>169</sup>, estipulan un monto mínimo de capital social según el tipo de compañía.

Con lo que ahorran, por decirlo de alguna manera, a los socios fundadores el trabajo de desentrañar cuál sería el capital social acorde con la actividad económica que desenvolverá la compañía.

Aunque, utilizar este capital mínimo simplemente para dar cumplimiento a las formalidades legales, no es la fórmula más adecuada para emprender cualquier actividad económica, generando además, la duda sobre las verdaderas intenciones de los socios al conformar la sociedad de capital.

---

<sup>168</sup> STS, de 1 de Noviembre de 2014. Id. VLex: VLEX-549269462. F.J. Quinto. “4. ... *La disciplina del capital social en las sociedades mercantiles constituye un régimen jurídico que persigue una estricta vinculación jurídica de los fondos propios aportados a la empresa social en tutela de los acreedores y del tráfico jurídico, dada la limitación de la responsabilidad de los socios. Dicha regulación busca garantizar el conocimiento por los terceros de cuál es el patrimonio vinculado, su correcta formación inicial y su mantenimiento o conservación efectiva a lo largo de la vida social, de modo que guarde una proporción o correspondencia mínima con el capital social*”.

<sup>169</sup> Resolución de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Ecuador. Publicada en el Registro Oficial No.214 del 29 de noviembre de 2000. “*Capital Mínimo en dólares para compañías*”. *Mediante la cual se establece que el capital mínimo para la constitución de las compañías es de ochocientos dólares (US\$ 800,00) para las compañías anónimas y de economía mixta; y, de cuatrocientos dólares (US\$ 400,00) para las compañías de responsabilidad limitada*”.

Si lo hicieron realmente, para iniciar una labor productiva, o se tuvo otros propósitos como por ejemplo, resguardar ciertos bienes del régimen de la sociedad conyugal o excluirlos de la masa hereditaria, o bien, para poder acceder al privilegio de la responsabilidad limitada y seguir desempeñando la actividad negocial a título personal, pero sin comprometer todos sus bienes.

La preocupación por la definición del capital social apropiado para las compañías de comercio, particularmente, ha sido de especial atención al momento de la regulación y control societario, constando en diferentes cuerpos legales a tal punto, que por diversos medios se trata de vigilar su correcta y adecuada integración.

De esta manera, se pretende impedir efectos adversos en el ámbito empresarial y resguardar a los intervinientes en los procesos económicos que involucran a estas personas jurídicas, así lo ha entendido también la jurisprudencia.

Manifestando en sus distintos pronunciamientos<sup>170</sup>, que citan las normas referentes al capital social, que éstas deben ser respetadas por las personas jurídicas que deseen practicar el comercio, organizadas como sociedades mercantiles.

Debe considerarse que el mínimo de capital establecido, es una base y el espíritu de la ley es, indicar que con menos de esa cantidad señalada, no alcanza para cubrir los gastos operacionales que implican montar un negocio.

A pesar de ahorrarle a los fundadores, la tarea de visualizar el capital social necesario para comenzar su proyecto mercantil, el hecho de que exista un mínimo legal de capital social determinado, podría ser contraproducente y tener justamente el efecto contrario al deseado, resultando muy exiguo para poder llevar a cabo el proyecto social, o garantizar los compromisos económicos de la compañía.

---

<sup>170</sup> STS, de 1 de junio de 2016, sección 1. Id Cendoj: 28079110012016100351.F.J. Quinto: “2.-... *La normativa societaria busca tal fin por varias vías: determinando el quantum del patrimonio afecto (fijación de mínimos legales según el tipo societario), garantizando su conocimiento por parte de terceros (constancia en los estatutos y publicidad registral, arts. 9.f TRLSA, actual 23.d TRLSC, y 115 y 121 del Reglamento del Registro Mercantil), asegurando su correcta formación inicial (garantías de depósito bancario de las aportaciones dinerarias y control y responsabilidad de los aportantes respecto de las aportaciones no dinerarias), su completa integración ( arts. 42 y siguientes TRLSA, actuales 81 y siguientes TRLSC) y su mantenimiento efectivo a lo largo de la vida social (obligación de reducir el capital por pérdidas del art. 163.1.II TRLSA, actual art. 327 TRLSC, requisitos de publicidad y posibilidad de oposición de acreedores respecto de la reducción de capital, art. 165 y siguientes TRLSA, actuales 319 y 334 TRLSC, responsabilidad de los socios por la restitución de bienes integrantes del capital social por las deudas sociales, etc.)...” .*

Por el contrario podría tener como consecuencia, que el capital social, no cumpla su misión ni siquiera de cantidad referencial para la industria que se pretende emprender<sup>171</sup>, ni tampoco como aval para los contratantes con la sociedad, en caso de producirse un incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Sin perjuicio, que en algunas ocasiones, no pueda ser constituida una compañía con un capital mínimo y las disposiciones societarias respecto del capital social de las compañías así lo contemplen, debido a que se dedicarán a ciertas actividades económicas reputadas como de gran volumen.

Esto se debe, a que requieren una estructura financiera, organizacional, funcional o física mayor; o, por necesitar maquinarias, equipos e instrumentos de valor más elevado como es el caso de una compañía que se crea para dedicarse al transporte aéreo<sup>172</sup>, cuyo objeto social en sí implica la adquisición o alquiler de aviones y contratación de personal experto que además debe capacitárselo apropiadamente.

De igual manera las sociedades anónimas, que tienen por objeto la captación de recursos del cliente como son los bancos o las compañías aseguradoras o que ofertan servicios de medicina prepagada<sup>173</sup> que deben proporcionar una imagen de solvencia ante el público en general.

Contienen también, la exigencia de constitución con montos mínimos más cuantiosos en comparación con las otras compañías de la misma naturaleza, que no tienen estas características.

---

<sup>171</sup> OTXOA- ERRARTE GOIKOETXEA, R., *La responsabilidad...*, cit., p. 141. Sobre la necesidad de saber el capital necesario para el tipo de negocio: "...El tipo de negocio (sector y actividad) habrá de ser tenido en cuenta para determinar las necesidades financieras en cuanto definirá la inversión exigida en instalaciones, maquinaria, derechos de propiedad industrial, materias primas, etc. Y tomadas dos empresas con el mismo objeto social, es claro que la de mayor tamaño necesitará de más fondos propios para echar a andar en un primer momento y poder continuar con la actividad una vez iniciada ésta. Ambos criterios ayudan, en efecto, a fijar qué volumen de fondos precisa la sociedad para iniciar o continuar con su actividad, pero no precisan qué cantidad de los mismos ha de cubrirse con capital propio..."

<sup>172</sup> LACE. Art. 48.- "Las concesiones y permisos de operación para la explotación de los servicios de transporte aéreo público, interno e internacional, sólo podrán ser otorgados a empresas que se hubieren constituido específicamente para dedicarse a esta actividad, con un capital no inferior a veinte veces el monto señalado por la Ley de Compañías para las sociedades anónimas".

<sup>173</sup> LSPSAME. Art. 8.- "Capital social mínimo.- El capital suscrito y pagado mínimos de las compañías cuyo objeto social sea el señalado en el Art. anterior, será de un millón de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 1.000.000,00).

La Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, podrá, mediante resolución debidamente motivada, incrementar el monto del capital suscrito y pagado mínimos. Para dicho incremento deberá considerar, obligatoriamente, elementos de ponderación que tengan en cuenta las características financieras de las compañías, de tal forma que se asegure la sostenibilidad del sector".

Así lo recalca también, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros<sup>174</sup>, al establecer que en razón de su objeto social, las compañías tienen que cumplir con requisitos adicionales a los del común denominador de las compañías.

Estas ejemplificaciones sobre las compañías que escapan a la regla general sobre mínimos establecidos en la Ley o que obedecen a estipulaciones expresas de un capital más voluminoso para ejecutar su actividad económica, nos ayudan a entender lo que representa el capital social en una compañía de comercio.

Para examinar la segunda cuestión enunciada, que concierne a cómo debe ser integrado correctamente el capital, debemos destacar la relevancia de tener un capital social adecuado atendiendo a su calidad de ser una cantidad inalterable, contrario al concepto de patrimonio, cuya esencia es la de ser variable.

El capital social evidencia la cantidad<sup>175</sup> con que los socios acuerdan participar en la sociedad, conformando “*un fondo patrimonial indisponible*”<sup>176</sup>, lo que representa una parcela del patrimonio social que no puede ser repartida

Esta cifra, tendrá incidencia en la responsabilidad contractual frente a los terceros, y aunque sea adquirida por cada socio de la compañía, que goza de la responsabilidad limitada; en una forma proporcional, a la suscripción de las acciones o participaciones sociales que realizaron; pasa a ser parte de una cuenta contable que no debe ser alterada por regla general, siendo lo recomendable, que si hubiera la necesidad de modificarla, sea por un incremento en el negocio y no, por una amortización de pérdidas.

Adicionalmente a lo manifestado, tenemos la necesidad que el capital social sea suficiente para iniciar la actividad económica, ya que como vimos anteriormente, cuando hablamos sobre el capital social, en un primer momento de la sociedad son coincidentes el capital y el

---

<sup>174</sup> Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Instructivo para la Constitución de las Compañías Mercantiles en el Ecuador, publicado en el portal web de la Superintendencia de Compañías en la dirección: [https://www.supercias.gob.ec/bd\\_supercias/descargas/ss/instructivo\\_soc.pdf](https://www.supercias.gob.ec/bd_supercias/descargas/ss/instructivo_soc.pdf).

<sup>175</sup> LEONHART, CAROLINA P., *Capital Social e Infracapitalización: la Responsabilidad Limitada...*, cit., p. 31

<sup>176</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. 1 ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 185.

patrimonio, por lo que la deficiencia del capital social le afecta a la función de productividad<sup>177</sup> impidiendo que desenvuelva su objeto social.

La relación existente entre el capital social deficientemente integrado y la infracapitalización de las sociedades que tiene sus consecuencias indeseadas de vulneración del principio de la autonomía patrimonial en un principio.

Además del perjuicio a los acreedores de la persona jurídica societaria, nos sirven de antecedentes para revisar más adelante, la conceptualización de la infracapitalización material y nominal.

## 2. EXIGENCIA DE LA OBLIGACIÓN SOCIAL DE INTEGRAR EL CAPITAL SUSCRITO

### 2.1. CUESTIONES GENERALES

En relación a la exigencia de la obligación social que tienen los miembros de la sociedad de integrar el capital que suscribieron, la sociedad, puede exigir al fundador, el cumplimiento de su obligación.

En el caso, que hiciere caso omiso o no lo hiciere en el tiempo oportuno, las medidas para exigir este cumplimiento dependerán en primera instancia del tipo de compañía que se hubiere conformado.

Si la sociedad fuere de las denominadas sociedades de capital caracterizadas por tener la responsabilidad limitada de sus integrantes y estar sujetas a regímenes legales más dinámicos y específicos, tendrán opciones diferentes para reclamar esta obligación en comparación con aquellas sociedades cuyos miembros ostentan una responsabilidad ilimitada y se someten a regímenes más generales de cumplimiento relacionados con la observancia de las obligaciones que emanan de los contratos.

En las legislaciones de los diferentes países, se tratará con mayor o menor rigurosidad la conducta relacionada con la exigencia de la obligación social de la integración adecuada de capital.

Lo que está ligado a la realidad que haya experimentado cada circunscripción territorial al momento de verificar los aportes de los socios de las compañías, debiendo haber sido

---

<sup>177</sup> LEONHART, CAROLINA P., *Capital Social e Infracapitalización: la Responsabilidad Limitada...*, cit., p. 38.



seguramente, objeto de estudio del legislador, incidiendo en el proceso de formación de la normativa pertinente.

Esta situación, marcará la relevancia de tener normas más o menos rígidas que garanticen la integración adecuada del capital social, dependiendo del grado de compromiso que hubieren demostrado las personas que se asocian en estas modalidades de sociedades para ejercer una actividad económica.

La regla general en la mayoría de las legislaciones, será la de considerar la mora del accionista<sup>178</sup>, como causal de la suspensión de sus derechos<sup>179</sup> derivados de la calidad de accionista, lo cual debería ser motivación suficiente para que cumplan con sus obligaciones sociales.

Caso contrario tendrá la suspensión tanto de los derechos políticos, por medio de los cuales los socios pueden participar en la toma de decisiones<sup>180</sup> para que la compañía tenga un mejor desarrollo, la misma que se realizará, por medio de la convocatoria a la asamblea de los socios.

---

<sup>178</sup> LSCE. Art. 83. “Efectos de la mora.

1. El accionista que se hallare en mora en el pago de los desembolsos pendientes no podrá ejercitar el derecho de voto. El importe de sus acciones será deducido del capital social para el cómputo del quórum.

2. Tampoco tendrá derecho el socio moroso a percibir dividendos ni a la suscripción preferente de nuevas acciones ni de obligaciones convertibles.

Una vez abonado el importe de los desembolsos pendientes junto con los intereses adeudados podrá el accionista reclamar el pago de los dividendos no prescritos, pero no podrá reclamar la suscripción preferente, si el plazo para su ejercicio ya hubiere transcurrido”.

<sup>179</sup> STS, de 15 de enero de 2014, sección 1. Id Cendoj: 28079110012014100018.. F.J. Séptimo.... “Los apelantes habrían abandonado el argumento consistente en que los accionistas cuyas acciones estaban embargadas (Don. Julián Don. Alexis) no podían ejercitar sus derechos políticos, única cuestión suscitada en la junta; para introducir otro nuevo consistente en que estos accionistas estaban en mora en el momento que se celebró la junta general, al no haber realizado el desembolso de las acciones suscritas en el año 1992, con ocasión de la transformación del club en sociedad anónima.”.

<sup>180</sup> Previo al ejercicio del derecho a participar en la toma de decisiones sociales, los socios o accionistas deben ser convocados debidamente por el Administrador de la sociedad, en la forma prevista en los estatutos sociales, siendo este un derecho que no admite transacción, por ser irrenunciable, además por estar vinculado con la obligación de los administradores de realizar la convocatoria debidamente, cuyo incumplimiento implicaría negligencia en el desempeño de su cargo. Así lo entiende la doctrina societaria 32 de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. DOCTRINA No. 32: RENUNCIA DE LOS ACCIONISTAS AL DERECHO A SER CONVOCADOS A JUNTA GENERAL.- “... ¿Constituirá, por tanto, un derecho renunciable este de ser convocado?. Para pronunciarse al respecto, hay que considerar que, como contrapartida de este derecho, existe la obligación del administrador de la compañía de convocar en la forma que determina la ley, a las juntas generales. Por ello, no resulta suficientemente claro que sea posible renunciar ni a un derecho al que la ley ha revestido de cierta solemnidad, ni a una obligación legal correlativa, que acarrea responsabilidad a quien dejara de cumplirla, por más que este derecho y esta obligación, por lo menos en su faz más notoria, miren o se refieran al estricto interés de los particulares...”.

Así como también de los derechos patrimoniales o económicos, entre ellos, el derecho que tienen los socios a recibir las utilidades<sup>181</sup> generadas con la actividad económica de la compañía, correspondientes al ejercicio económico que finaliza.

Otro de los derechos que tampoco podrá ejercer el socio moroso es su derecho de preferencia<sup>182</sup> a suscribir acciones en proporción a los aportes sociales que tuviere, en caso se hubiere acordado un aumento de capital en la compañía, con lo cual su participación se disminuye.

Esta suspensión de los derechos derivados de la calidad de socios tiene el carácter de temporal, y terminará en el momento que se pongan al día en el pago de las aportaciones de capital correspondientes.

Estas medidas enunciadas, que adoptan las compañías, muchas veces no son suficientes para hacer que los socios cumplan con la completa integración del capital por ellos suscrito en el contrato social, produciéndose una descapitalización<sup>183</sup> de la compañía, en cuánto no se subsana esta situación.

Resultándose que no es solamente por la falta de cumplimiento de la suscripción acordada de capital, que se produce la descapitalización; sino que sumado a otras causas se llega este resultado. Lo cual, no es lo mismo que la infracapitalización que sí es consecuencia inmediata del incumplimiento de los socios de capitalizar a la sociedad.

---

<sup>181</sup> STS, de 24 de julio de 2014, sección I. Id Cendoj: 28079110012014100428. F.J. Décimo octavo: *“...También cabría apreciar el perjuicio en otras hipótesis en que, si bien formalmente se cumplían todas las previsiones legales, de hecho, por las significativas pérdidas sufridas por la sociedad en los primeros meses del ejercicio en curso, al tiempo de aprobarse las cuentas del anterior y de acordarse la distribución de beneficios, se ha producido un drástico deterioro de la situación patrimonial de la sociedad, de modo que su patrimonio neto ya no alcanza la cifra del capital social o no lo hará como consecuencia del reparto de beneficios, o bien ha devenido o devendría en estado de insolvencia. En estos casos podría rescindirse el acuerdo de distribución de beneficios, totalmente, si el perjuicio alcanza a la totalidad del importe reconocido a los socios, o de manera parcial, hasta el montante a que ascienda el perjuicio.”*

<sup>182</sup> DOCTRINA No. 104: EL DERECHO DE PREFERENCIA ES UNO DE LOS "DERECHOS FUNDAMENTALES" DE LOS ACCIONISTAS EN LAS COMPAÑÍAS ANONIMAS: *“...Claro que para ejercer tal derecho el accionista debe estar al día en el pago de sus acciones que para entonces tuviera, tal como se expresa en el Art. 188 (actual 177) de la Ley de Compañías. Por ello, ese derecho no puede ser desconocido ni aún por resolución unánime de la Junta General de Accionistas de la compañía, a menos que la decisión haya sido adoptada con el voto conforme de la totalidad del capital pagado de la compañía, ya que tal decisión entrañaría el consentimiento del propio accionista afectado con ella...”*

<sup>183</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, A Tutela dos Credores das Sociedades por Quotas e a Desconsideração da Personalidade Jurídica, ed. Almedina, Coimbra, 2009, p. 190.

Con respecto a la primera obligación que se deriva de la calidad de socio, también se ha pronunciado la doctrina<sup>184</sup>, señalando que no puede confundirse o equipararse la obligación que tiene el socio de realizar la aportación íntegra del capital suscrito para con la compañía, con algún otro compromiso económico originado en alguna deuda o compensación de carácter moral, vulneración o menoscabo que creyere haber sufrido el socio, por parte de los otros socios o de los administradores de la compañía. Queriendo compensar de ésta manera su deuda.

Al conformarse una sociedad, los bienes aportados por los socios, fueren éstos en dinero o en especies susceptibles de ser valuadas en dinero, pasan a integrar el patrimonio propio de la persona jurídica, siendo fundamental porque este capital al comienzo de la sociedad es la única base que servirá para poder desempeñar las operaciones mercantiles para las que fue constituida. Sin este aporte se verán comprometidos desde el inicio los resultados de la compañía.

Cabe anotar que, sobre estos bienes que son transferidos a la compañía pasan a ser propiedad de ésta, por lo que, no le corresponde a ningún socio tener alguna injerencia en lo que respecta a su disposición.

En compensación a los bienes aportados, los integrantes de la sociedad, reciben una acción o participación que representa una parte alícuota<sup>185</sup> del capital social, las cuales formarán parte del patrimonio particular de los socios.

Esta parte alícuota correspondiente al capital de la sociedad, es representativa y contentiva de los derechos y obligaciones que adquieren los socios cuando pasan a formar parte de la misma.

Por regla general, la responsabilidad y los derechos de los socios, está circunscrita a la cantidad de participaciones o acciones que hubieren suscrito éstos para conformar el capital social, dentro de aquellas sociedades cuya forma obedece a la de la responsabilidad limitada.

---

<sup>184</sup> GARRIGUES, JOAQUÍN, *Tratado de Derecho Mercantil, tomo I, volumen II*, ed. Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1947, p. 727. Cita Sentencia del 20 de octubre de 1893: “*Si el socio se creyó lesionado en su derecho por infracción de los pactos convenidos, pudo pedir la indemnización de los perjuicios que creyera se le habían inferido, pero nunca eludir el cumplimiento de la obligación que había contraído de pagar en el tiempo y forma que se expresa en la condición 6° (se refiere al contrato social) el valor de las acciones que había tomado*”.

<sup>185</sup> TAVARES BORBA, JOSÉ EDWALDO, *Direito....*, cit., p. 37.

Sin embargo, esta regla de la responsabilidad sufrirá alteraciones cuando no se obrare de la forma establecida en las leyes de la materia o se lo hiciere en forma contraria, de tal manera que genere un perjuicio a terceros.

## 2.2. EXIGENCIA EN LA NORMATIVA ECUATORIANA

En la legislación societaria ecuatoriana con relación a la infracapitalización, debemos anotar que en la Ley de Compañías del Ecuador, donde constan las normas relativas a las compañías de comercio que incluyen a las sociedades de capital, existe una disposición<sup>186</sup> relativa a la posibilidad de ejercer acciones legales contra el socio que no ha cumplido con su aportación<sup>187</sup>.

Esta norma está orientada a obtener sanciones o reparaciones de tipo económicas para la compañía. Debido a la naturaleza de las sociedades que regula la Ley de Compañías, cuyo objetivo principal es el capital y no las personas que conforman las compañías, se busca la reparación patrimonial.

---

<sup>186</sup> LCE. Art. 219.- “La compañía podrá, según los casos y atendida la naturaleza de la aportación no efectuada:

1. Reclamar por la vía verbal sumaria el cumplimiento de esta obligación y el pago del máximo del interés convencional desde la fecha de suscripción;

2. Proceder ejecutivamente contra los bienes del accionista, sobre la base del documento de suscripción, para hacer efectiva la porción de capital en numerario no entregada y sus intereses según el numeral anterior; o,

3. Enajenar los certificados provisionales por cuenta y riesgo del accionista moroso.

Cuando haya de procederse a la venta de los certificados, la enajenación se verificará por intermedio de un martillador público o de un corredor titulado. Para la entrega del título se sustituirá el original por un duplicado. La persona que adquiera los certificados se subrogará en todos los derechos y obligaciones del accionista, quedando éste subsidiariamente responsable del cumplimiento de dichas obligaciones. Si la venta no se pudiere efectuar, se rescindirá el contrato respecto al accionista moroso y la acción será anulada, con la consiguiente reducción del capital, quedando en beneficio de la compañía las cantidades ya percibidas por ella, a cuenta de la acción. La anulación se publicará expresando el número de la acción anulada.

Los estatutos pueden establecer cláusulas penales para los suscriptores morosos”.

<sup>187</sup> Gaceta Judicial. Año XCII. Serie XV. No. 15. Pág. 4456. (Quito, 15 de septiembre de 1992): CUARTO: “...En la primera, sólo puede haber motivo de exclusión en el cumplimiento de la única obligación del socio -la aportación- así está prevista la exclusión del socio moroso en el último párrafo del Art. 44 de la L. S. A; en los otros tipos de sociedades, hay tantos supuestos de exclusión como posibilidades de infracción culposa de obligaciones negativas (prohibiciones) o positivas, referentes a la actividad del socio dentro de la sociedad”. Actualmente esta norma consta en el artículo 89 de la Ley de Compañías, en cuyo numeral 3 se estipula sobre la exclusión del socio que constituido en mora no paga la cuota social; y en el numeral 5 que de una forma general dispone que se podrá excluir al socio que falte gravemente al cumplimiento de sus obligaciones sociales.

El artículo 219 de la Ley de Compañías, menciona taxativamente tres maneras de recuperar los aportes no realizados por los socios, de acuerdo a cada caso particular que pudiere presentarse y observándose la naturaleza de la aportación no realizada.

Debe tenerse en cuenta, que las aportaciones de las compañías podrán ser efectuadas en numerario o en especies, al mismo tiempo el aporte en especies puede consistir en bienes muebles e inmuebles para los cuales se exigirá la constancia del traspaso de dominio en el Registrador de la Propiedad.

Así mismo, el numeral primero, del artículo 219 de la Ley de Compañías, dispone la opción de reclamar los aportes suscritos y no pagados, por medio de la vía verbal sumaria<sup>188</sup>, conocida hoy en día como procedimiento sumario debido a las reformas legales que constan en el Código Orgánico General de Procesos.

Este procedimiento sumario, consiste como su nombre lo indica en un procedimiento judicial más sucinto o abreviado, el cual está destinado a solucionar causas puntuales que por sus características requieren una atención pronta y prioritaria.

El Código Orgánico General de Procesos, establece los requisitos y las circunstancias que determinan las causas que podrán ser objeto de ser resueltas por medio del procedimiento sumario<sup>189</sup>.

El caso de las aportaciones no efectuadas por los socios, pertenece al grupo de las causas que la Ley dispone sean atendidas de esta manera, por constar expresamente en la Ley de Compañías.

Lo ideal sería que, aunque hubiere un juicio de por medio, lo cual ya representa un inconveniente por la demora, para los intereses de la sociedad, que el socio moroso, cumpla con su obligación de realizar la integración de capital en los términos que se hubieren plasmado en el contrato social.

Si no se pudiere iniciar un juicio sumario, en el segundo numeral, establece la alternativa de recurrir a un procedimiento ejecutivo, el cual será procedente, cuando el socio hubiere

---

<sup>188</sup> COGEPE. *“DISPOSICIONES REFORMATARIAS*

*PRIMERA.- En todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, sustitúyase en lo que diga:*  
*2. "Juicio verbal sumario" por "procedimiento sumario".*

<sup>189</sup> COGEPE. Art. 332.- *“Procedencia.- Se tramitarán por el procedimiento sumario:*  
*1. Las ordenadas por la ley”.*

efectuado la suscripción de capital en el contrato con especies que pueden consistir en bienes muebles o inmuebles.

O, en la hipótesis que el socio no contare con los recursos económicos en efectivo para cumplir con el valor de la aportación debida, haciéndose necesario cubrir con los bienes del socio, la parte de capital suscrita por éste, pero no pagada.

Para iniciar un procedimiento ejecutivo, la ley prescribe que debe haber la existencia de un título ejecutivo<sup>190</sup>, que debe contener una obligación pura, líquida, determinada y de plazo vencido.

En el caso de las compañías, se contempla legalmente, que el instrumento por el cual se justificaría el inicio de este procedimiento ejecutivo, sea el contrato social, que deberá ser otorgado ante un Notario Público por todos los socios fundadores y ser elevado a escritura pública.

Dentro de este numeral se dispone la posibilidad que el socio que no ha cumplido con el pago de las aportaciones respectivas, no tenga dinero en efectivo para cubrirlas, por lo que se realiza este juicio para que con el embargo y venta de sus bienes, la sociedad pueda satisfacer sus acreencias.

Por último, consta un numeral tercero, referente a la alienación de los certificados provisionales, que son aquellos documentos que se entregan a los socios en señal del capital que debe suscribir para poder obtener su título definitivo.

Esta es la solución más concordante con la naturaleza de las sociedades de capital, en las cuales lo relevante es dotar y mantener dotada del capital suficiente a la persona jurídica para la consecución de su finalidad social; independientemente de quien ostentará la calidad de socio.

Sin embargo este artículo también es aplicable a las sociedades limitadas, las cuales para incluir un nuevo socio necesitan aprobación de la junta general<sup>191</sup> mediante acta que deberá

---

<sup>190</sup> COGEPE. Art. 347.- “Títulos ejecutivos. Son títulos ejecutivos siempre que contengan obligaciones de dar o hacer: 2. Copia y la compulsas auténticas de las escrituras públicas”.

<sup>191</sup> LCE. Art. 113.- “La participación que tiene el socio en la compañía de responsabilidad limitada es transferible por acto entre vivos, en beneficio de otro u otros socios de la compañía o de terceros, si se obtuviere el consentimiento unánime del capital social.

*La cesión se hará por escritura pública. El notario incorporará al protocolo o insertará en la escritura el certificado del representante de la sociedad que acredite el cumplimiento del requisito referido en el inciso anterior. En el libro respectivo de la compañía se inscribirá la cesión y, practicada ésta, se anulará el certificado de aportación correspondiente, extendiéndose uno nuevo a favor del cesionario.*

*De la escritura de cesión se sentará razón al margen de la inscripción referente a la constitución de la*

ser notariada, diferenciándose de la simplicidad que existe en las compañías anónimas para reemplazar a los accionistas.

Con la aplicación de este numeral, se evita tener que recurrir a un engorroso proceso judicial para recuperar la totalidad del aporte que conforma la cifra del capital social de la compañía, así mismo se evitará que se tenga que recurrir a una reducción del capital social que pudiere impedir la ejecución del objeto social.

En este tercer numeral, se pretende subsanar la circunstancia que el socio no haya cumplido con el pago del capital suscrito, por medio de la enajenación de su certificado provisional por lo que se procederá a la misma.

Sin embargo, el socio moroso que se ve abocado a este procedimiento tiene como deber, asegurarse que la persona que adquiere su calidad de socio cumpla con el pago debido de la cantidad faltante, porque él queda como obligado subsidiario.

Consta en la Ley de Compañías, que el procedimiento de enajenación de los certificados provisionales, deberá realizarse mediante un martillador público<sup>192</sup>, que en Ecuador son los servidores públicos encargados de la venta de bienes en remates públicos, por lo que consideramos que esta disposición ha caído en desuso debido a las reformas introducidas por el Código Orgánico General de Procesos.

En la actualidad, la citada norma, contiene un precepto que es más práctico y menos oneroso, al contemplar la posibilidad de realizar el remate de las acciones por medio de una plataforma que consta en la página web del Consejo de la Judicatura; sin embargo, aún contempla también la figura del martillador público.

Al respecto nos queda la duda de si al contemplar la Ley de Compañías, la obligación de realizarse por martillador público<sup>193</sup>, también se pudiere acceder a la opción que consta en el Código Orgánico General de Procesos, tal vez convendría una reforma a la Ley de Compañías

---

*sociedad, así como al margen de la matriz de la escritura de constitución en el respectivo protocolo del notario”.*

<sup>192</sup> CComEc. Art. 104 inciso primero.- “ Los martilladores son oficiales públicos encargados de vender públicamente, al mejor postor, productos naturales, muebles y mercaderías sanas o averiadas, u otros objetos de lícito comercio, por causa de quiebra, remate voluntario, u otra que designe la Ley...”.

<sup>193</sup> OSSORIO, MANUEL, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 1º Edición Electrónica. “Rematador, entre los agentes auxiliares del comercio figuran los rematadores, también llamados martilleros, cuya actividad profesional consiste en la venta de bienes en pública subasta, sea ella judicial o particular, sujetándose a determinadas normas legales y llevando los libros que la ley establece. Para ser rematador se requieren las mismas condiciones que se exigen al corredor de comercio”.

para que guarde concordancia con la normativa que regula las cuestiones relativas a los remates de bienes.

Para el caso de las acciones no pagadas que sean cotizadas en la Bolsa de Valores, la norma dispone que deberá efectuarse mediante un profesional de la materia que será el corredor de acciones.

Por último establece el artículo 219 de la Ley de Compañías, que podría incluirse una cláusula penal<sup>194</sup> en los estatutos sociales de la compañía, para el caso de los socios morosos, aunque sería una solución concordante con la naturaleza de los contratos mercantiles así como de los civiles, no es muy usual que exista una estipulación en este sentido en el contrato de constitución de una compañía.

Pensamos que los profesionales que se dedican a ejercer en el ámbito societario, no piensan en la probabilidad que suceda una falta de integración de capital por parte de los suscriptores, o tienen la idea que lo más factible es reemplazar el capital faltante si lo hubiere por otro, y otorgar la calidad de socio a otra persona.

Existe poca Jurisprudencia ecuatoriana, referente a las acciones judiciales que asisten a las sociedades para demandar el cumplimiento del contrato social en las cláusulas correspondientes a la integración y plazo para dotar del capital social en la proporción que le corresponde a cada socio.

Esta circunstancia, nos lleva a deducir, que este pudiera ser el motivo que en otras legislaciones como la española no se contemplen opciones como la de incitar al órgano judicial como alternativa para solucionar el asunto de la correcta integración de capital de la compañía.

Al parecer no es una propuesta muy práctica, la que consta en el artículo 219 de la Ley de Compañías del Ecuador, en los numerales primero y segundo, para remediar la cuestión de la completa integración de capital.

---

<sup>194</sup> CCEc. Art. 1551.- “*DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL.-Cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento*”.



Esto es, debido a la demora que por regla general presentan la atención de los procesos judiciales, a pesar de haberse procurado en la disposición citada la concurrencia a procesos considerados como los más eficientes de los enunciados en la Ley para satisfacer las obligaciones pendientes.

Sin embargo, es difícil para una compañía que está iniciando sus actividades empresariales, retrasar sus contrataciones por no tener el correspondiente soporte económico, por lo que se prefiere otros remedios que presentan resultados más rápidos y efectivos.

Es importante mencionar, que en el Ecuador, por intermedio del organismo de control societario que es la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, se regulan<sup>195</sup> ciertas situaciones derivadas del ejercicio de la actividad empresarial y societaria, particularmente, cuando se denuncien hechos que involucran a las sociedades sometidas a su vigilancia y control.

En virtud de lo cual y atendiendo a la facultad normativa de la máxima autoridad del ente de control, existen Reglamentos conexos para facilitar la aplicación de la normativa societaria, dictados por el ente de control para el efecto.

Por esta razón, se cuenta con un Reglamento de Denuncias cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a intentar reparar afectaciones a los integrantes de la sociedad y terceros, ocasionadas por sus controladas, dentro del ámbito de sus competencias.

Si bien las aportaciones fallidas de los miembros de la sociedad, configuran un perjuicio a la compañía y no de ésta a sus integrantes, habría que analizarse si este incumplimiento no produce un perjuicio a terceros que verán sus garantías disminuidas; y, a los otros socios que deberán responder por esta omisión.

De esta manera nos ubicaríamos en los supuestos del ámbito de aplicación del Reglamento para la Recepción, Sustanciación y Trámite de Denuncias de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros.

---

<sup>195</sup> Reglamento para la Recepción, Sustanciación y Trámite de Denuncias de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.- Art. 1.- “Ámbito.- *Los socios o accionistas de una compañía sujeta al control de la Superintendencia de Compañías, que se consideren afectados por actuaciones de dicha compañía o por hechos suscitados en ella, podrán presentar una denuncia ante el Superintendente de Compañías o su delegado, de conformidad con las disposiciones de los Arts. 354, 356, 432 inciso quinto y 438 letra c) de la Ley de Compañías. Los terceros que se encontraren en el caso contemplado en el inciso anterior podrán asimismo presentar una denuncia ante el Superintendente de Compañías o su delegado, de conformidad con los Arts. 354 numerales 2, 3 y 4 y 432 inciso quinto de la Ley de Compañías*”.

### 2.3. RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS

Es importante señalar que al conformar una sociedad para ejercer una determinada actividad comercial, industrial o de prestación de servicios, se originan dos relaciones jurídicas<sup>196</sup>, una interna, que es entre la sociedad y el socio; y, otra externa, referente a la sociedad con los terceros. De estas relaciones jurídicas emanan obligaciones y derechos diferentes.

Con respecto a la relación que surge entre la sociedad y los socios, éstos, deben cumplir con lo dispuesto en el contrato social; siendo su primer compromiso<sup>197</sup> el relacionado con la adecuada conformación del capital social, que debe estar suscrito en su totalidad al momento de la constitución de la compañía.

Debiendo estar aportado, según la normativa societaria ecuatoriana, por lo menos en un veinticinco por ciento en el caso de las compañías anónimas; y, en un cincuenta por ciento para el caso de las compañías limitadas<sup>198</sup>.

Lo que significa que, en cualquiera de los dos tipos de compañías, solo necesitan tener 200 dólares de los Estados Unidos de América para montar toda la estructura empresarial necesaria e iniciar una sociedad.

Siendo esta cantidad escasa, para poner en marcha una nueva empresa que pueda generar algún tipo de rentabilidad. A este respecto, la doctrina considera que: *“la sociedad comenzaría su actividad con créditos sobre los socios y sin los medios líquidos que les permitan ejercer efectivamente su actividad”*<sup>199</sup>.

Aquí se presentan dos situaciones que pueden generar un compromiso no deseado por los socios. La primera que corresponde a la realización de los aportes en numerario, el cual debe ser realizado en la forma y el plazo previsto, cuyo incumplimiento generará una responsabilidad individual del socio en relación con la sociedad, que a su vez tendrá las respectivas acciones legales para compensar esta falta, según lo estipulado en la Ley de Compañías, para punir al accionista moroso<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup> CAMPINHO, SÉRGIO, *O Direito de Empresa...*, cit., p. 131.

<sup>197</sup> LCE. Art. 218.- *“El accionista debe aportar a la compañía la porción de capital por él suscrito y no desembolsado, en la forma prevista en el estatuto o, en su defecto, de acuerdo con lo que dispongan las juntas generales. El accionista es personalmente responsable del pago íntegro de las acciones que haya suscrito, no obstante cualquier cesión o traspaso que de ellas haga.”*.

<sup>198</sup> LCE. Art. 102.

<sup>199</sup> APARICIO MEIRA, DEOLINDA, “O Contrato de Suprimento enquanto meio de Financiamento da Sociedade”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas (RCEJ)*, núm. 2, 2005, p.142.

<sup>200</sup> LCE. Art. 219.

La segunda situación ocurre, cuando el aporte se realiza en especies susceptibles de ser valuadas en dinero, en este caso contempla la Ley, que el avalúo<sup>201</sup> pueden realizarlo los socios o un perito por ellos designado, de manera consciente y calculado con referencias en los valores reales del mercado para evitar una sobrevaloración.

Observamos que, con este tipo de aportación de capital, podría generarse un riesgo para los acreedores de la compañía, en caso de una valoración inadecuada de las especies, por lo que deben aportarse la cantidad de bienes equivalentes al capital suscrito.

Esta responsabilidad de los socios que nace de las situaciones de la inadecuada aportación del capital a la sociedad, podrían resultar en una subcapitalización de la misma, impidiendo que esta pueda cumplir con su objeto social.

Referente a la responsabilidad por el avalúo de las especies aportadas, la Doctrina societaria 124<sup>202</sup>, expone que se puede aceptar la valoración que se haga de las aportaciones en especie por los socios, por un monto inferior al valor real del bien aportado, siendo permitido legalmente.

---

<sup>201</sup> Disposiciones que constan en la Ley de Compañías del Ecuador respecto del avalúo de los bienes aportados en especies en las compañías limitadas y anónimas respectivamente: LCE. Art. 104.- “*Si la aportación fuere en especie, en la escritura respectiva se hará constar el bien en que consista, su valor, la transferencia de dominio en favor de la compañía y las participaciones que correspondan a los socios a cambio de las especies aportadas.*

*Estas serán valuadas por los socios o por peritos por ellos designados, y los avalúos incorporados al contrato. Los socios responderán solidariamente frente a la compañía y con respecto a terceros por el valor asignado a las especies aportadas”.*

LCE. Art. 162.- “*En los casos en que la aportación no fuere en numerario, en la escritura se hará constar el bien en que consista tal aportación, su valor y la transferencia de dominio que del mismo se haga a la compañía, así como las acciones a cambio de las especies aportadas.*

*Los bienes aportados serán valuados y los informes, debidamente fundamentados, se incorporarán al contrato.*

*En la constitución sucesiva los avalúos serán hechos por peritos designados por los promotores. Cuando se decida aceptar aportes en especie será indispensable contar con la mayoría de accionistas.*

*En la constitución simultánea las especies aportadas serán valuadas por los fundadores o por peritos por ellos designados. Los fundadores responderán solidariamente frente a la compañía y con relación a terceros por el valor asignado a las especies aportadas.*

*En la designación de los peritos y en la aprobación de los avalúos no podrán tomar parte los aportantes. Las disposiciones de este artículo, relativas a la verificación del aporte que no consista en numerario, no son aplicables cuando la compañía está formada sólo por los propietarios de ese aporte”.*

<sup>202</sup> DOCTRINA No. 124: APORTACION DE ESPECIE: CUANDO EL VALOR ASIGNADO A ESTA ES DIFERENTE DEL REAL . - “*...La Superintendencia mantiene el criterio de que no hay ningún inconveniente legal para que se acepte la aportación de un bien, por un, valor inferior al real. Ninguna ley prohíbe que se haga el aporte en estas condiciones. Lo que debe cuidar la institución es que los bienes no estén sobrevalorados, cosa perfectamente comprensible; pero no se ve razón alguna para que un bien no pueda aportarse por un monto inferior al fijado por los avalúos...”.*

Lo que no es aceptable, es que los bienes sean sobrevalorados, para evitar el riesgo que mencionamos sobre la función de garantía que tiene que cumplir el capital social frente a los terceros.

Respecto de la incorrecta valoración de los bienes aportados, los socios adquieren una responsabilidad solidaria e ilimitada con respecto de la compañía y de terceros, porque la inapropiada valoración de las especies aportadas o su falta de pertinencia con relación a la actividad económica a desenvolver, origina una deficiente estructuración del capital social, comprometiendo el normal y buen desarrollo del objeto social.

En las disposiciones legales citadas, concernientes a la obligación que tienen los socios de integrar correctamente el capital de la compañía, incluyendo la adecuada valoración de los bienes aportados en especies, vislumbramos un intento de regulación de la infracapitalización en la normativa ecuatoriana.

Debido esto, a la estrecha relación que existe entre la deficiente aportación del capital social a la sociedad y la infracapitalización de la misma.

## V. SIGNIFICADO Y CLASES DE INFRACAPITALIZACIÓN

### 1. SIGNIFICADO JURÍDICO

La infracapitalización consiste en *“cualquier desproporción conmensurable ‘o si se prefiere inequívocamente constatable’ entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a cabo el objeto social”*<sup>203</sup>

Es el caso en que el capital propio de las sociedades que gozan de la responsabilidad limitada, refiriéndonos como tales a la compañía anónima o limitada, no resulta suficiente para que la persona jurídica pueda llevar a cabo la empresa para la cual fue creada, poniendo en riesgo la consecución del fin societario.

La infracapitalización también puede producirse al necesitar la persona jurídica societaria que se realice una reducción de capital, señalando el profesor Campinho<sup>204</sup> que lo que puede

---

<sup>203</sup> PAZ-ARES, J. C., “Sobre la infracapitalización...”, cit., p. 1588.

<sup>204</sup> CAMPINHO, SÉRGIO, *O Direito da Empresa...*, cit., pp. 162 ss.

motivar esta necesidad es que después de estar totalmente integrado el capital, se ocasionaren pérdidas irreparables.

Una vez, constatada la necesidad de disminución del capital social, por sobrepasar los límites fundamentales, para cumplir con la finalidad económica de la sociedad u objeto social, deberá procederse con la correspondiente modificación estatutaria<sup>205</sup>, para este objetivo.

Considerándose que no se puede ocasionar perjuicio o vulnerar los derechos de los terceros, especialmente a los acreedores que no tienen ninguna garantía o privilegio que les asegure el pago del crédito debido.

Como producto de esta reducción de capital social, podría producirse una infracapitalización no provocada de la sociedad, por existir un antecedente de pérdidas en el ejercicio económico del año anterior.

Estas pérdidas pueden provocar que, en cualquier momento de la vida jurídica de la compañía, no sea posible el cumplimiento del objeto social por la falta de medios económicos, provocando su disolución; por lo que debe monitorearse el comportamiento de los índices económicos de la sociedad en este sentido.

Debemos tener en cuenta que la actividad empresarial está sujeta a factores tanto internos entendiéndose como tal a los derivados de la propia sociedad, y como externos, los relacionados con situaciones ajenas a la persona jurídica.

Debido a lo cual, la falta de éxito en la actividad emprendida, que significaría que el negocio no produjo lo que se esperaba, puede derivarse de un sinnúmero de causas relacionadas con el escenario económico en general del país o por una ineficiente administración de la sociedad.

---

<sup>205</sup> LCE Art. 199.- “La reducción de capital suscrito, que deberá ser resuelta por la junta general de accionistas, requerirá de aprobación de la Superintendencia de Compañías y Valores, la que deberá negar su aprobación a dicha reducción si observare que el capital disminuido es insuficiente para el cumplimiento del objeto social u ocasionare perjuicios a terceros.

*La junta general que acordare la disminución de capital establecerá las bases de la operación.*

*La reducción de capital con devolución de aportes deberá realizarse a prorrata del capital pagado por cada accionista, salvo renuncia del derecho de reparto que tengan los accionistas, el cual deberá realizarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 199.2 de esta Ley. La disminución de capital podrá saldarse en efectivo o mediante la entrega de activos que no son necesarios para el mantenimiento de la actividad operacional, siempre y cuando dicha transferencia no afectare los índices financieros de la compañía”.*

Estas circunstancias generan una coyuntura poco propicia para el mantenimiento de la compañía, adquiriéndose un endeudamiento mayor al capaz de ser soportado con el capital de la sociedad.

El resultado será que la realidad excedió la expectativa de los inversionistas, teniendo ahora la exigencia de disminuir el capital de la sociedad para no contraer más compromisos que no se puedan respetar, pudiendo hasta ubicarse en la hipótesis de causal de liquidación de la compañía.

Es menester mencionar, que con respecto al establecimiento real del capital de la compañía, se pueden tomar las medidas correctivas apropiadas para impedir desenlaces nefastos para el buen funcionamiento de la compañía, por lo que vuelve necesario tomar en cuenta lo siguiente:

- 1) Procurar realizar una adecuación del capital para que sea equivalente con la realidad de la sociedad y no demuestre una apariencia que se preste a la confusión sobre el volumen del negocio; y,
- 2) Es indispensable, que cuando se proceda a efectuar la reducción de capital, sea respetado el mínimo legal establecido en consideración a cada especie societaria, porque como apreciamos en el pronunciamiento jurisprudencial español<sup>206</sup>, podría ubicarse a la compañía en una causal de disolución.

Con la situación referente al surgimiento de las pérdidas irreparables que pudieren sobrevenir a la compañía teniendo como consecuencia una subcapitalización, aparece una circunstancia propicia para defraudar a los acreedores, en caso de haberse constatado un desvío de la finalidad social<sup>207</sup>, que es el propósito o también la empresa que concibieron los fundadores cuando decidieron crear la sociedad.

---

<sup>206</sup> STS, de 12 de Noviembre de 2013, sección I. Id Cendoj: 28079110012013100672. F.J. Primero “...8.- En la demanda iniciadora de este litigio se solicitaba la nulidad de estos contratos de compraventa y de arrendamiento financiero, fundando la pretensión, resumidamente, en que en el momento de celebrarse la compraventa, la sociedad vendedora, CHALACO, estaba incurso en causas legales de disolución (no elevación del capital social al mínimo exigido en la nueva ley, imposibilidad manifiesta de realización de sus fines y paralización de sus órganos sociales)...”.

<sup>207</sup> LSCE.- Art. 226. “Protección de la discrecionalidad empresarial.1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado...”.

En resumen es importante que la administración de la sociedad, esté atento a los problemas de capitalización que pudieren surgir en la sociedad, para que se puedan tomar las medidas necesarias para impedir la infracapitalización.

## 2. CLASES DE INFRACAPITALIZACIÓN

La doctrina<sup>208</sup> apunta la existencia de dos clases de infracapitalización, la material y la nominal, caracterizando a la primera, la falta total de medios económicos para cumplir con el ejercicio de la actividad de la sociedad.

En lo que respecta a la infracapitalización nominal, su rasgo diferenciador está dado, porque la sociedad posee los medios económicos necesarios para la consecución de sus fines, pero la fuente de la cual provienen, corresponde a los préstamos que han sido efectuados por los socios.

### 2.1. INFRACAPITALIZACIÓN MATERIAL.-

Para Massaguer Fuentes<sup>209</sup>, la infracapitalización material consiste en *“la insuficiencia de los medios aportados por los socios en concepto de capital de riesgo, para cubrir las exigencias financieras de la empresa social”*.

La infracapitalización material se produce cuando la compañía no tiene medios económicos suficientes en relación con el objeto social pretendido que se encuentra incorporado en los estatutos, es decir, el capital social no es proporcional a la actividad económica que desempeña.

No pudiendo superarse esta deficiencia financiera de la compañía, con financiamientos de cualquier clase, porque la compañía no es sujeto de crédito ante las instituciones financieras.

En esta línea de pensamiento, constituye una obligación de quien tiene interés en iniciar un negocio o actividad mercantil el tener conocimiento, o buscar algún tipo de asesoría en este sentido, sobre los recursos económicos suficientes y necesarios<sup>210</sup> para emprenderlo; y,

---

<sup>208</sup> PAZ-ARES, J. C., “Sobre la infracapitalización...”, cit., p. 1594.

<sup>209</sup> MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, “La Infracapitalización: La Postergación Legal de los Créditos de los Socios” en AA.VV., La Reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Madrid, 1994, p. 943.

<sup>210</sup> STS, de 5 de julio de 2017, sección I. Id Cendoj: 28079110012017201653. F.J. Segundo: *“...a) Por lo que respecta al motivo primero, la sentencia recurrida en casación desestima la acción de responsabilidad individual del administrador social, porque considera que no es un hecho negligente, que el administrador de*

poder darle continuidad con los aportes requeridos para obtener los resultados que se pretenden.

La doctrina<sup>211</sup> expone unos indicadores para saber si una sociedad está debidamente capitalizada, fundamentándose en el requerimiento de capital adicional que precise la sociedad en un determinado plazo.

Debiendo prestarse atención a los siguientes componentes: el tamaño del negocio, la actividad económica de la sociedad, la forma de financiarse y la capacidad que tenga la compañía para acceder a un crédito ordinario.

En caso de verificarse que el capital de la sociedad es exiguo, y se llegare a la conclusión que esta infracapitalización tiene el carácter de calificada, traerá responsabilidad para los socios de la compañía.

No pueden suponer los socios que cumpliendo con el pago del capital mínimo exigido legalmente han cumplido con esta obligación; aunque algunos doctrinarios<sup>212</sup> manifiesten su opinión que pareciere ser en sentido contrario.

Sin embargo, debemos entender que se refieren solo al momento de la constitución que se entenderá correctamente integrado el capital, si posteriormente el capital no resultare suficiente se deberá procurar enmendar esta situación y los perjuicios derivados de la subcapitalización producida.

Es importante recalcar, que debe existir relación entre el capital social acordado y el objeto social propuesto en los estatutos, que es la cuestión primordial que se plantea con respecto

---

*la sociedad Motor and Leisure, S.L. constituyera una sociedad con un capital de 3.000 € para suscribir unas obligaciones por importe superior a los 19.000.000 € en 6 años, y no la hubiera dotado con posterioridad del capital necesario para asumir el pago de las obligaciones. Y valora que la situación infracapitalización en el caso enjuiciado no constituye un acto negligente en el sentido que exige el art. 135 LSA, esto es, un acto contrario al ordenamiento jurídico, ya que el legislador tolera la infracapitalización material cuando no establece concretos requisitos de capitalización más que en casos concretos y determinados, entre los que no se encuentra el enjuiciado. Además añade, que dicha situación de infracapitalización no era desconocida por la sociedad recurrente, lo que considera que ahora le imposibilita imputar al administrador de Motor and Leisure, S.L. haber defraudado sus expectativas...”*

<sup>211</sup> MANÓVIL, RAFAEL MARIANO, *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 558 ss.

<sup>212</sup> MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, “El capital nominal. Un Estudio del Capital de la Sociedad Anónima como Mención Estatutaria”. RES General de Derecho n° 550-551, julio-agosto 1990, p. 5570: “...el establecimiento de una cifra estándar de capital social mínimo trae de la mano una renuncia a exigir la correcta capitalización como requisito sustantivo de constitución...”.



a la infracapitalización material, cuando se inicia la actividad económica, puesto que su inmediata consecuencia es que no se pueda “explotar”<sup>213</sup> la compañía.

Un supuesto de infracapitalización material, lo encontramos en la STS de 9 de diciembre de 2015<sup>214</sup>, en la que observamos, que se constituye una sociedad limitada para la planificación, organización y ejecución de eventos, conciertos, espectáculos públicos y artísticos relacionados con la utilización de medios audiovisuales y discográficos, con un capital que resulta muy pequeño, en comparación con la actividad que se pretendía emprender.

Resulta obvio -aún para personas carentes de experiencia y conocimiento en presentaciones de tipo artístico- que los medios empleados para desenvolver este tipo de actividad deben ser de un valor considerable por la tecnología, elemento humano calificado y equipos requeridos, debido a la naturaleza del objeto social.

Y que el capital integrado aunque cumpla con el requisito legal del capital mínimo exigido para este tipo de sociedades, no es suficiente como para ejecutar este negocio de gran magnitud y obtener los resultados que se aspiran al iniciar la compañía, comprometiendo sus efectos.

Al respecto nos señala la doctrina<sup>215</sup> que la infracapitalización material surge cuando la sociedad no cuenta con sus propios medios económicos que le permitan concretar las actividades empresariales que persigue realizar; estos medios propios, representan el capital de riesgo que permite en cierto momento ampliar el negocio.

Situaciones como la que nos proporciona la Jurisprudencia son muy frecuentes, especialmente en países donde existe un capital mínimo social<sup>216</sup> establecido legalmente, el

---

<sup>213</sup> OTXOA- ERRARTE GOIKOETXEA, R., *La responsabilidad...*, cit., p. 155: “...la infracapitalización material supone insuficiencia no sólo de capital de responsabilidad sino también de fondo de explotación.”

<sup>214</sup> STS, de 9 de diciembre de 2015, sección 1. Id Cendoj: 28079110012015100206. 1699/2015. F.J. Primero “3. Entre los antecedentes del caso, deben destacarse los siguientes aspectos: A) La entidad “Cedipe, S.L.” fue constituida en 1993, teniendo como objeto social “la organización y producción de espectáculos públicos y artísticos de toda índole relacionados con los medios audiovisuales y discográficos, así como la realización de toda clase de galas, conciertos, etc.” B) Se constituyó con un capital inicial suscrito de 3.005,06 euros, con una ampliación en el año 2000 hasta 26.990 euros y una posterior reducción en mayo de 2006 a 13.500 euros...”

<sup>215</sup> GUASCH MARTORELL, RAFAEL, “La doctrina de la Infracapitalización: Aproximación Conceptual a la Infracapitalización de las Sociedades”, nº 234, 1999, p.179.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=37502>.

<sup>216</sup> LSCE. Art. 4.- “Capital Social Mínimo.- 1. El capital de la sociedad de responsabilidad limitada no podrá ser inferior a tres mil euros y se expresará precisamente en esa moneda.  
2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, podrán constituirse sociedades de responsabilidad limitada con una cifra de capital social inferior al mínimo legal en los términos previstos en el Art. siguiente.

cual debe ser considerado como un parámetro para el comienzo de una actividad económica<sup>217</sup>.

Pero, debe tomarse en cuenta que, como dice la ley, es “mínimo”, es decir representa solamente una referencia, debiendo concordar con lo que se procure realizar con la compañía, para poder fijar el capital adecuado.

Al constituirse una sociedad con un capital escaso, ya existe una infracapitalización inicial, para promover la empresa concebida por los socios; y, ante la imposibilidad de obtener alguna forma de financiamiento para superar esta situación, existe la posibilidad que el negocio fracase “*La sociedad va a nacer prácticamente incurso en un supuesto de disolución...*”<sup>218</sup>.

También debe estimarse que habrá actividades empresariales en las que pudiera ser evidente, presumiéndose la mala fe de los fundadores de la sociedad, que el capital acordado en el contrato social, no se corresponde con el objeto social que se pretende llevar a cabo.

Peor aún, cuando se conforma, sociedades con objetos sociales múltiples de índoles diversas, que incluyen una multitud de subdivisiones que muchas veces no están siquiera relacionadas entre sí, pareciendo y resultando realmente insuficiente el capital social propuesto.

Sin embargo, no siempre será tan clara la intención de utilizar la sociedad con otros fines, distintos a los societarios, quedando un margen de duda sobre el propósito de los fundadores, en estos casos.

El criterio de algunos estudiosos del derecho<sup>219</sup>, que han venido analizando el comportamiento de las sociedades infracapitalizadas y sus miembros, es que también existe

---

3. *El capital social de la sociedad anónima no podrá ser inferior a sesenta mil euros y se expresará precisamente en esa moneda*”.

<sup>217</sup> OTXOA- ERRARTE GOIKOETXEA, R., *La responsabilidad...*, cit., p. 272: “*La infracapitalización plantea el interrogante de si la constitución de una sociedad anónima o limitada con un capital insuficiente para el desarrollo del objeto social y la consecución del fin social supone un abuso que vacía de contenido el complejo normativo que pretende garantizar la vinculación de un patrimonio a la actividad social. Vinculación patrimonial que sustituye a la responsabilidad personal de los socios propia de las sociedades personalistas*”.

<sup>218</sup> OTXOA- ERRARTE GOIKOETXEA, R., *La responsabilidad...*, cit., p. 150.

<sup>219</sup> PAZ-ARES, J. C., “Sobre la infracapitalización...”, cit., p. 1597. Cita a Rafael García Villaverde. Algunos Temas en Torno al Régimen del Capital Social en el Proyecto de Estatuto para la SA Europea, p. 131-132: “*Es cierto, desde luego que en el momento fundacional la cifra del capital fijada estatutariamente da el límite de la responsabilidad por las deudas sociales contraídas; pero la garantía debe buscarse sustancialmente en la*

responsabilidad por parte de la persona que contrató con la compañía que no tenía el capital suficiente para desarrollar la actividad.

Esta afirmación, implica trasladar el riesgo de la infracapitalización al acreedor, puesto que, existen normas de publicidad registral<sup>220</sup> por medio de las cuales el público en general, puede tener conocimiento sobre el capital social, así como de otros aspectos relevantes de la compañía.

Apuntan los doctrinarios<sup>221</sup> que uno de los problemas más sensibles de la infracapitalización de las sociedades de capital y de los grupos empresariales, es que traslada el riesgo empresarial a los acreedores.

Agregando que, en el caso de la infracapitalización material, *“puede afirmarse la consecuente transferencia excesiva del riesgo empresarial para los acreedores de la sociedad”*<sup>222</sup>.

En nuestra opinión, aunque concordamos con que la actividad empresarial siempre supone un riesgo para sus intervinientes, no consideramos justo desplazar este riesgo al acreedor, porque entorpecería el dinamismo del comercio y vulneraría los principios de buena fe que deben regir las relaciones contractuales, creándose un ambiente de desconfianza que sería pernicioso para los negocios.

Si al entablar la relación contractual es evidente que la sociedad con la que se quiere contratar no tiene el capital necesario para cumplir sus obligaciones no debería trabarse ningún tipo de negocio con ella, porque pudiere ser en caso de una controversia judicial, esto sea desfavorable para los acreedores que conocían de la situación.

---

*publicación de la misma para su conocimiento por terceras personas y en las disposiciones legales que tienden a asegurar el desembolso efectivo y la estabilidad de aquel. El conocimiento de la cifra y la <realidad> de la misma suponen garantía en cuanto que los terceros, que contratan con la sociedad, saben a qué atenerse en sus relaciones con ésta”.*

<sup>220</sup> CComE.- Art. 22.- 2. *“En la hoja abierta a las sociedades mercantiles y demás entidades a que se refiere el Art. 16 se inscribirán el acto constitutivo y sus modificaciones, la rescisión, disolución, reactivación, transformación, fusión o escisión de la entidad, la creación de sucursales, el nombramiento y cese de administradores, liquidadores y auditores, los poderes generales, la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones cuando la entidad inscrita pudiera emitirlos de conformidad con la Ley, y cualesquiera otras circunstancias que determinen las Leyes o el Reglamento”.*

<sup>221</sup> BAYONA GIMENEZ, RICARDO, *“Una Aproximación al problema de la Infracapitalización...”*, cit., pp. 180 ss.

<sup>222</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *O Capital Social das Sociedades por Quotas e o Problema da Subcapitalização Material em ABREU, Jorge Coutinho de..., Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal*, ed. Almedina, Coimbra, 2011, pp. 43 ss.

Así, podemos apreciarlo en este parecer jurisprudencial<sup>223</sup>, donde se establece que se realizó préstamos a la sociedad, a pesar de haber sido comunicados por sus propia administración, de sus problema de iliquidez; lo que trae como consecuencia, en este caso, que no se pueda transferir esta responsabilidad a los administradores de la sociedad por las deudas sociales.

Pero es posible que la subcapitalización se produzca después de haberse realizado la contratación, no existiendo desatención por parte de los acreedores, sino una situación que no podía preverse.

Incorpora la doctrina portuguesa que la publicación de ciertos aspectos a los que están obligados las sociedades, no resguarda a todos los acreedores, toda vez que existe una parcela de ellos, a los que denomina “*fracos*<sup>224</sup> o *involuntarios*”<sup>225</sup>, que serían aquellos terceros que no tienen ninguna probabilidad de imponer sus condiciones en lo referente al cumplimiento del contrato.

O también el caso de aquellos que llegaron a ser acreedores sin haber tenido referencias sobre la apropiada capitalización de la sociedad con la que se involucraron contractualmente.

Con estas publicaciones que deben realizar las sociedades, se minimiza la responsabilidad de los administradores, como sujetos que están obligados a observar ciertas conductas cuya omisión les acarrea responsabilidades<sup>226</sup> por ser los encargados de ejecutar todas las acciones de la persona jurídica; y también de los socios que tienen el deber de mantener la compañía capitalizada<sup>227</sup>.

---

<sup>223</sup> STS, de 22 de mayo de 2019, sección 1. Id Cendoj: 28079110012019202230. 5353/2019. F.J. Tercero:”*...Por su parte, en las sentencias 173/2011, de 17 de marzo , y 826/2011, de 23 de noviembre , entendimos que "la pretensión (de reclamar la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales ex art. 262.5 TRLSA ) rebasa los límites de la buena fe" cuando se trata "de supuestos en los que las circunstancias concurrentes permiten concluir que el acreedor asume libre y voluntariamente el riesgo de conceder crédito a la sociedad después de haber sido oportuna y lealmente advertidos desde la propia sociedad deudora" de las dificultades de cumplir con el pago. En estas sentencias veníamos a exigir la concurrencia de dos elementos: "conocimiento de la insolvencia y concurrencia de circunstancias determinantes de que la reclamación contra los administradores pueda calificarse de contraria a la buena fe"...*

<sup>224</sup> En español débiles o indefensos.

<sup>225</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, O Capital Social das Sociedades por Quotas..., cit., pp. 53 ss.

<sup>226</sup> STS, de 14 de julio de 2021, sección 1. Id Cendoj: 28079110012021100523.. F.J. Tercero:”*...mientras que en la acción individual se reclama la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por los acreedores litigantes como consecuencia de una determinada conducta de los administradores que se considera contraria a la ley o a los estatutos, o que supone un incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño de su cargo.*”...

<sup>227</sup> OTXOA- ERRARTE GOIKOETXEA, R., *La responsabilidad*..., cit., p. 139.

Otra posibilidad de que se produzca la infracapitalización material de una sociedad, acontece cuando se realiza la integración de capital social en especie, si los bienes aportados por los socios fueren evaluados de manera irreal, no correspondiéndose el valor declarado por los socios con el valor auténtico de los mismos.

En estos casos se genera la correspondiente acción de responsabilidad<sup>228</sup>, contra los socios que intervinieron en el avalúo de los bienes objeto de la aportación; sin embargo esta actuación de los socios, resultará en una sobrevaloración de los bienes, que se verá reflejada en la insuficiencia del capital social.

Cabe destacar también, como se anota en la presente decisión jurisprudencial de los Tribunales de Justicia ecuatorianos<sup>229</sup> sobre la aportación de capital en especies a la

---

<sup>228</sup> LSCE. Sociedades Limitadas: Art. 73. “Responsabilidad solidaria. 1. Los fundadores, las personas que ostentaran la condición de socio en el momento de acordarse el aumento de capital y quienes adquieran alguna participación desembolsada mediante aportaciones no dinerarias, responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura...”

Sociedades Anónimas: Art. 77. “Responsabilidad solidaria. Los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los accionistas y los terceros de la realidad de las aportaciones sociales y de la valoración de las no dinerarias.

*La responsabilidad de los fundadores alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado éstos”.*

<sup>229</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil, publicada en la Gaceta Judicial No. 1 del 23 de julio de 2004, año CV, serie XVIII. F.J. Sexto: “...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 esta 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 Art. 10 de la Ley de Compañías, en correlación con el Art. 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 solo 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 Art. 2391 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 solo 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”.

compañía, que aunque es preferible la aportación en dinero por tratarse de valores objetivos, no sujetos a ningún tipo de apreciación; no puede subestimarse el aporte de bienes muebles o inmuebles, los cuales pueden caracterizar, la finalidad social de la compañía, siendo muy relevante este aporte.

Y ello, porque negar o impedir su existencia sería poner un obstáculo para el crecimiento empresarial y económico de los comerciantes, debiendo recordarse siempre el carácter de traslativa de dominio que tiene tal aportación.

En cualquier caso, corresponde no olvidar que los socios aportantes no ostentan ningún derecho de propiedad sobre estos bienes aportados, una vez que hayan sido transferidos a la sociedad.

En el caso de la valoración irreal de los aportes no dinerarios, hay que considerarse que al presentarse una situación de dificultad de solvencia de la sociedad o ausencia de medios económicos en el ejercicio de la actividad social, se produciría una disociación entre el valor constante en el contrato y el valor real del capital social, provocando la infracapitalización material.

Es probable también que tenga lugar un supuesto de infracapitalización material como consecuencia de una modificación estatutaria concerniente a la disminución del capital social, con lo cual el capital social no será suficiente para la consecución de la finalidad social.

En los supuestos de reducción de capital de las sociedades, el organismo de control societario, debe realizar el correspondiente seguimiento y control, para evitar que se convierta en un mecanismo de evasión de las responsabilidades de la sociedad para con los terceros.

Resumiendo, evitar que exista una infracapitalización inicial<sup>230</sup> de la sociedad es obligación de los integrantes de la misma, conciliando esta afirmación con las disposiciones legales societarias que establecen como uno de los primeros deberes de los socios, realizar las aportaciones de capital para su apropiada integración.

## 2.2. INFRACAPITALIZACIÓN NOMINAL

---

<sup>230</sup> OTXOA- ERRARTE GOIKOETXEA, R., *La responsabilidad...*, cit., p. 150.

La infracapitalización nominal tiene lugar cuando ante la insuficiencia de capital propio de la sociedad para cumplir con su objeto social, los socios en vez de realizar un aumento de capital lo cual correspondería a una inyección de insumos para financiar la actividad económica, realizan préstamos de su propio peculio a la sociedad; asumiendo la posición de otro acreedor de la misma.

Al respecto, la jurisprudencia<sup>231</sup> se manifiesta en sentido de calificar de frecuentes este tipo de actuaciones por parte de los socios, tal como podemos apreciar en la sentencia que citamos a continuación, donde la sociedad está correctamente financiada por los socios, pero esta capitalización es el resultado del capital aportado como crédito de éstos, no corresponde al capital efectivo de la sociedad<sup>232</sup>.

Massaguer Fuentes<sup>233</sup> manifiesta que la característica de la infracapitalización nominal consiste en “*la sustitución de la aportación de capital de riesgo por préstamos efectuados por los socios a la sociedad, o mediante otras operaciones económicamente equivalentes*”.

La carencia de capital de riesgo, como resultado de los socios, haber proveído a la sociedad mediante “*técnicas de financiación*” inadecuadas hace necesaria la intervención del Derecho para subsanar esta situación y proteger a los acreedores que no son socios de la sociedad infracapitalizada<sup>234</sup>.

Este tipo de infracapitalización es la que genera más desconfianza en la actuación de los integrantes de la sociedad, puesto que si la compañía estuviere en la necesidad de obtener más capital, porque el negocio creció de un modo que no podían preverlo, lo legalmente correcto es que se realice un aumento de capital<sup>235</sup>.

---

<sup>231</sup> SAP Barcelona, de 3 de mayo de 2000, sección 15. Id VLex: VLEX-52268854. F.J. Segundo: “*...No son infrecuentes los supuestos que la doctrina identifica como de infracapitalización nominal, en méritos de la cual los socios, en lugar de aportar a la sociedad los recursos necesarios para el desarrollo de su actividad en concepto de capital riesgo, los facilitan a título de préstamo o cualquier otro concepto que, singularmente en la situación interna, permite calificarlos de acreedores. Este es el caso de autos en el que, bajo la denominación de "aportaciones" la demandante sostiene que prestó a la sociedad las cantidades cuya devolución reclama*”...

<sup>232</sup> PAZ-ARES J. C., “La Infracapitalización. Una Aproximación Contractual”, RES de Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada, n° extraordinario, 1994, p. 398.

<sup>233</sup> MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, La Infracapitalización: La Postergación Legal de los Créditos..., cit., p. 943.

<sup>234</sup> MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, La Infracapitalización: La Postergación Legal de los Créditos..., cit., p. 949.

<sup>235</sup> LSCE.- Art. 295. “*Modalidades del aumento. 1. El aumento del capital social podrá realizarse por creación de nuevas participaciones o emisión de nuevas acciones o por elevación del valor nominal de las ya existentes. 2. En ambos casos el aumento del capital podrá realizarse con cargo a nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, incluida la aportación de créditos contra la sociedad, o con cargo a beneficios o reservas que ya figurasen en el último balance aprobado.*”

Este incremento en el capital social, también incide en la adición de responsabilidad de los socios, además de generar más tributos debido al aumento que se suscita en su base imponible, lo cual debe estar en concordancia con la real situación económica de la sociedad.

Los doctrinarios<sup>236</sup> sostienen que un nuevo emprendimiento requiere de una dotación adecuada de capital, la cual no puede fundamentarse en los préstamos de los socios; la Ley es clara al manifestar que el capital social se compone en uno de sus rubros, por las aportaciones de los socios, no habla en ningún momento, de los “préstamos personales” de éstos.

Otro parámetro que tenemos para vislumbrar la existencia de la infracapitalización nominal, es cuando se genera la necesidad de acudir a los “créditos sustitutos de capital”<sup>237</sup>, en la hipótesis que la sociedad, estuviere atravesando por un momento de crisis y requiera de capital ajeno que será otorgado por los socios y será utilizado como capital propio; al no tener la sociedad un buen historial crediticio que le permita acceder a un crédito.

Encontramos ciertos indicadores a nivel doctrinario<sup>238</sup> sobre la falta de capacidad de financiamiento de la sociedad, ante la merma del capital propio, entre las que enuncia la doctrinaria citada tenemos: la concesión de un plazo muy extenso para pagar el crédito o la condición de la vinculación del socio a la sociedad, interés pactado muy por debajo de lo que se acostumbra en este tipo de financiamiento.

Además, otro indicador ocurre, cuando el socio prestamista no está preocupado, o ha renunciado a la devolución del préstamo; o si se hubiere concedido el préstamo, sin exigir ningún tipo de garantía, generando una especie de compromiso de la sociedad con el socio que le efectuara el préstamo.

Estas señales de alerta sobre la existencia de infracapitalización nominal en las sociedades, tienen semejanza con la denominada “confusión patrimonial”, en la cual, los socios utilizan el patrimonio de la sociedad como si fuera propio.

---

<sup>236</sup> PAZ-ARES, J. C., “Sobre la infracapitalización...”, cit., p. 1620: “*Cuando se tiene interés en comenzar una determinada actividad mercantil, por medio de una compañía anónima o limitada, los intervinientes deben proporcionarle el capital adecuado, que no puede fundamentarse en un préstamo de los socios o accionistas*”<sup>236</sup>.

<sup>237</sup> OTXOA- ERRARTE GOIKOETXEA, R., *La responsabilidad...*, cit., p. 150.

<sup>238</sup> OTXOA- ERRARTE GOIKOETXEA, R., *La responsabilidad...*, cit., p. 153.



Procediéndose a realizar entregas de recursos económicos, aún a sabiendas de las dificultades por las que atraviesa el negocio, y ante la incerteza de que pueda producirse la devolución del dinero entregado.

En el mismo sentido existen criterios jurisprudenciales<sup>239</sup> que indican que, cuando los socios realicen préstamos a la sociedad, éstos, deben ser considerados parte de su patrimonio, como si fueran producto de una aportación al capital de la sociedad, como la Ley dispone.

En las legislaciones en las que no se les proporciona la relevancia adecuada al correcto establecimiento de capital de la sociedad, para poder cumplir con el fin social, como la ecuatoriana, la formulación de la infracapitalización nominal, puede suscitar el perjuicio a los acreedores.

Esto se debe, a que el socio que realizó el préstamo<sup>240</sup> a la sociedad, en caso que ésta presentara problemas de insolvencia, adquiere también la calidad de otro acreedor más, de la compañía.

---

<sup>239</sup> STS, de 24 de noviembre de 2016, sección I. Id Cendoj: 28079110012016100684. F.J. Segundo: “...*En el desarrollo del motivo razona por qué, de acuerdo con la norma contable, la cantidad de 200.000 euros aportada por los socios debía considerarse una aportación a fondos propios. No podía incluirse en el pasivo exigible, sino que debería incluir el patrimonio neto. Según esta norma contable, tienen esta consideración de aportaciones a fondos propios, las realizadas por los socios que no se correspondan con alguna transacción comercial, sino con una aportación realizada con el objeto de integrar el capital social aquejado por las pérdidas...*”.

<sup>240</sup> STS, de 13 de julio de 2011, sección I. Id Cendoj: 28079110012011100543. F.J. Cuarto: “... *En el desarrollo del motivo alude al tema económico, que no jurídico, de la infracapitalización nominal y material de la sociedad demandada BANDA 26, S.A., actora recurrente, lo cual en nada impide la aplicación de los conceptos jurídicos básicos, que no se alteran por la actividad económica de una empresa. Partiendo de ello, es preciso abordar la naturaleza jurídica del préstamo participativo. Este es un préstamo y está sometido a las reglas esenciales del mismo, cuya principal obligación es la devolución del principal e intereses en el tiempo pactado. Es decir, cuando una persona, física o jurídica, precisa de un capital, lo puede obtener de muy diversas maneras, pero si lo hace en forma de préstamo, su obligación esencial es la devolución. Lo cual no viene alterado por el artículo 20 del Real Decreto -ley mencionado y transcrito en líneas anteriores. En dicha norma no se define el préstamo participativo; se dan unas reglas sobre el interés y la optativa cláusula penalizadora y se añade la previsión de que en prelación de créditos (si ésta se plantea) se sitúa después de los acreedores comunes y, además, impone la consideración de fondos propios a los efectos de la legislación mercantil (lo que no obsta a la obligación de devolución del capital prestado). De esta norma se desprende que no se altera la naturaleza jurídica de préstamo, sino que se mantiene el principio de responsabilidad patrimonial universal que proclama el artículo 1911 del Código civil por lo que deberá devolver el capital prestado y los intereses pactados, en virtud de la naturaleza de préstamo (artículos 1740 y siguientes del Código civil y 311 y siguientes del Código de Comercio) y si debe aplicarse la prelación de créditos, quedará tras los comunes; lo cual ocurrirá tan sólo en el caso de insolvencia, pues si no se da ésta, la responsabilidad del prestatario es universal y deberá cumplir la obligación de devolución. En el presente caso, la necesidad de tal prelación o la insolvencia, no sólo no se ha acreditado, sino que se ha declarado probado lo contrario, según se ha transcrito anteriormente de la sentencia de la Audiencia Provincial: cuando se celebró el contrato y se interpuso la demanda la sociedad prestataria estaba en plena "normalidad en el tráfico mercantil". 4 JURISPRUDENCIA En cuanto a que los préstamos participativos tienen la consideración de fondos propios, no altera la naturaleza*

Lo correcto sería que en un caso hubiere la necesidad de liquidar la compañía, el socio-acreedor reclamare el préstamo que hizo a la sociedad conjuntamente con la distribución del capital social, es decir, luego de haberse cumplido con el correspondiente pago a todos los acreedores<sup>241</sup>.

Como paliativo a esta situación que se presenta con la infracapitalización, se ha realizado una clasificación en la legislación española de los créditos que consta en la normativa concursal, en la cual se califica al préstamo otorgado por el socio para capitalizar a la compañía, pero sin que integren al capital social, como crédito subordinado.

La doctrina<sup>242</sup> explica que uno de los correctivos de la infracapitalización nominal, es considerar al préstamo del socio como capital de responsabilidad, lo cual nos parece una medida justa para evitar que se produzcan daños a terceros.

Sin embargo, habría que establecer la intención del proceder de los socios para determinar si existen otros elementos característicos del desvío de finalidad, para adecuar la situación, a la doctrina del abuso de la personalidad jurídica y sus consecuencias.

En el texto refundido de la Ley Concursal, se enuncia, taxativamente los que son considerados como créditos subordinados<sup>243</sup>, cuya consecuencia principal es que deberán ser satisfechos después de todos los créditos ordinarios, en caso de que hubiere la necesidad de llamamiento a concurso de acreedores.

Entre esta enumeración legal, tenemos a los denominados “préstamos o actos con análoga finalidad”<sup>244</sup> de los que sean titulares los socios, que reúnan cierto porcentaje de participación en el capital social de la compañía o los que fueren concedidos por personas que estuvieren relacionados con los socios<sup>245</sup> que fueren personas naturales .

---

*jurídica del préstamo. El capital obtenido se integra en los fondos propios, pero no excluye la obligación de devolver el capital y pagar los intereses, conforme a la naturaleza del préstamo recibido...”.*

<sup>241</sup> PORTALE, GUISEPPE, Capitale Sociale e Società per Azione. Sottocapitalizzata. In Revista delle Società, 1936, Fascículo I, genn./febr. 1991, pp. 30 ss.

<sup>242</sup> PAZ-ARES, J. C., “Sobre la infracapitalización...”, cit., p. 1623.

<sup>243</sup> LConE.- Art. 435. “Pago de los créditos subordinados.

1. El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios...”

<sup>244</sup> LConE.- Art. 281. “Créditos subordinados. Son créditos subordinados: 5.º Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado en los términos establecidos en esta ley ...”

<sup>245</sup> SJM Murcia, de 12 de enero de 2016, sección I. Id Cendoj 30030470012016100237. F.J.Cuarto: “... Y en el caso de personas especialmente relacionadas con el deudor, en el que la subordinación se basa en un elemento subjetivo; la postergación se produce por la cercanía que ostentan los acreedores con el deudor..., de forma que si el concursado es una persona física, el legislador entiende que tal cercanía conlleva un conocimiento de

Es necesario agregar que, el juzgador debe considerar todos los aspectos, especialmente, cuando se pretende modificar la prelación dentro del concurso para favorecer a alguno o a todos los socios acreedores, por lo que existe el equivalente a una sanción; que consiste en la postergación de créditos para los socios subordinados, como se enuncia en el pronunciamiento citado<sup>246</sup>.

Es decir que en caso de declaración de concurso, los socios serán los últimos en reclamar el dinero que hubieren prestado a la sociedad que necesitaba un suministro de recursos para mejorar su situación económica, esto sin hacer ninguna consideración sobre el tipo de préstamo y las causas que lo originaron; es decir independientemente del análisis sobre si existió o no ánimo defraudatorio; así lo decidieron los magistrados en la sentencia propuesta<sup>247</sup>.

Según lo analizado en este acápite, las medidas pertinentes para solucionar la cuestión de la infracapitalización nominal, deberían encaminarse a la manera como debe considerarse el préstamo que realizan los socios, sin solicitar ninguna garantía, ni acogerse a las normas

---

*esa situación de insolvencia, y si se trata de una persona jurídica, entiende que esas personas contaron con una mayor información sobre el concursado, que debían haber financiado mejor al deudor o que ejercieron cierta influencia sobre él lo que parece que lleva a considerarlos en cierta forma como responsables de la situación concursal de la sociedad y a modo de sanción establece la subordinación de sus créditos con carácter universal y automático y que opera iuris el de iure . Carácter sancionador que permite sostener una interpretación restrictiva de la norma... ”.*

<sup>246</sup> STS, de 10 de Julio de 2013, sección I. Id Cendoj: 28079110012013100456. F.J. Pimero: “...también porque la noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor, por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito, sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores, cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal para el cobro al favorecer al acreedor que en el concurso vería postergado su crédito hasta que cobraran los demás acreedores no subordinados, con lo que ha eludido, en perjuicio de éstos, el trato que le correspondería en el contexto concursal; y, por último, que ni se trataba de actos propios de la actividad profesional o empresarial del deudor, ni podían considerarse realizados en condiciones normales pues no había prueba de que al tiempo de hacerse los pagos la sociedad se hallara en una situación económica o patrimonial de normalidad que justificara el pago al socio financiador sin eludir el tratamiento subordinado en una situación concursal inminente o previsible”.

<sup>247</sup> SJM Murcia, de 12 de enero de 2016, sección I. Id Cendoj 30030470012016100237. F.J.Cuarto: “... Esta técnica de subordinación automática persigue y produce de hecho la protección de los acreedores externos en detrimento de los internos, a los que se penaliza sin indagar en más consideraciones sobre la causa y origen de su crédito (que no tiene por qué responder en todo caso a un ánimo defraudatorio o de perjuicio a los intereses de los acreedores, ni a una conducta social o jurídicamente reprochable), dando respuesta al mismo tiempo al fenómeno de la infracapitalización nominal para el caso de que la sociedad llegue al concurso Tal medida contribuye, ciertamente, a la simplificación, eliminando la litigiosidad en el seno del concurso, aunque sea a costa de intereses que no han de ser, en todos los casos, repudiables. No es éste el lugar ni el momento de entrar en consideraciones críticas o de refrendar la opción de política jurídica que ello implica, pero debemos dejar constancia de que esa automatización en la discriminación negativa, penalizadora, restrictiva de derechos, creemos que conduce a una interpretación del precepto, el art. 93.2.1.º LC , ajustada a su tenor literal, no extensiva ni susceptible de extrapolación analógica.”...

legales aplicables al otorgamiento y concesión de préstamos; configurando la denominada confusión patrimonial.

Debido a que el socio está actuando, con respecto al patrimonio de la sociedad, como si fuese un mismo patrimonio con el suyo; lo cual también vulnera uno de los elementos característicos del contrato de sociedad, que es el tener un patrimonio propio, aportado por todos sus integrantes<sup>248</sup>.

#### IV. SUPUESTOS DE INFRACAPITALIZACIÓN

##### 1. EN SOCIEDADES CERRRADAS

Según un sector de la doctrina<sup>249</sup>, las particularidades inherentes a la situación de infracapitalización implican, que dicho fenómeno sólo podría concurrir en las sociedades de capital cerrado.

Esto se debe a que este tipo de sociedades tienen una “*estructura personalista*”<sup>250</sup>, prestándose a que los socios puedan utilizar su patrimonio personal para capitalizar a la sociedad sin recurrir a las formas legalmente establecidas.

Es menester tener en cuenta, en lo referente a la concepción de sociedades de capital cerrado como si se tratara de compañías pequeñas, que no debe ser necesariamente de esta manera; así como tampoco, una sociedad de capital abierto será obligatoriamente una gran corporación.

Esta circunstancia se debe, en gran parte, a la evolución que han tenido las necesidades del comercio. Razón por la cual las compañías que antes eran concebidas como grandes conglomerados con gran poderío económico en las que muchas veces ni llegaban a conocerse todos sus directivos, aunque siguen existiendo, ahora no es una regla general que tengan una gran estructura.

---

<sup>248</sup> En el Capítulo V de esta Tesis, denominado “Infracapitalización y Concurso”, hacemos un análisis de la normativa sobre el concurso preventivo y su relación con la infracapitalización.

<sup>249</sup> BAYONA GIMENEZ, RICARDO. “Una Aproximación al problema de la Infracapitalización...”, cit., p.179.

<sup>250</sup> PAZ-ARES, J. C., “Sobre la infracapitalización...”, cit., p. 1588.

Tenemos desde hace algunas décadas que la gran mayoría de compañías que representan un motor para la economía de los países, corresponden a otros modelos como son las compañías familiares<sup>251</sup> o sociedades que se engloban en el concepto de pequeña o mediana empresa por el volumen de sus negocios.

Muchas veces estas sociedades que calificamos como de pequeño volumen, adoptan la forma de sociedades anónimas y adecuándose a la normativa imperante podrán ofrecer sus acciones a la suscripción pública y transformarse en compañías de capital abierto con gran cantidad de accionistas.

Creemos necesario realizar esta precisión para no circunscribirnos en una idea fija sobre las sociedades que pueden ser sujeto de infracapitalización, y más bien abrir la gama de posibilidades que nos permita poder identificar y corregir el problema oportuna y satisfactoriamente.

Por lo que debemos concluir que la infracapitalización, solo puede presentarse en ciertos tipos de sociedades de capital que excluyen a las sociedades abiertas de capital, que no necesitan recurrir a los préstamos de los socios para poder cumplir con su actividad económica.

Esta circunstancia se debe, a que tienen otras opciones para conseguir una dotación de capital adecuada y se financian con otros medios, como lo indica la doctrina: *“En las sociedades abiertas –con separación o especialización de funciones entre los proveedores de capital (accionistas) y los proveedores de capacidad gerencial (administradores) las propias fuerzas del mercado de capitales protegen contra el problema de la infracapitalización”*<sup>252</sup>.

Las sociedades de capital abiertas, tienen formas definidas de captación de recursos para capitalizarse, entre las cuales se contempla la suscripción pública de acciones, o la emisión de obligaciones negociables, por lo cual se vuelve innecesario el concepto de infracapitalización en este tipo de compañías.

---

<sup>251</sup>GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO, “La Empresa Familiar. Su Concepto...”. p. 4.

<sup>252</sup>PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., “La Infracapitalización. Una...”, cit., p. 405.

Además, y no menos importante es considerar que las normas de transparencia<sup>253</sup> y buen gobierno corporativo<sup>254</sup>, que deben ser cumplidas por las sociedades que cotizan sus acciones en bolsa, coadyuvarían para que no se produzca la infracapitalización en este tipo de sociedades.

Puesto que, el hecho de producirse la subcapitalización dentro de una sociedad, sería un mal precedente para el Mercado de Valores donde se negocian las acciones, además de representar un mal ejemplo de lo que conocemos como un gobierno corporativo en una sociedad.

## 2. EN GRUPO DE SOCIEDADES

La connotación de la palabra “grupo” cuando nos referimos a asociación de personas jurídicas se utiliza generalmente acompañada de las expresiones “económicos”, “societarios” o “empresariales”, que denotan una idea de organización, además de un sólido poder económico en comparación a si se considerare a las personas jurídicas que los integran, individualmente.

Esta idea se transmite al público en general, independientemente de los géneros de personas jurídicas que conformen el grupo, pudiendo ser integrados estos grupos por fundaciones, sociedades de capital, cooperativas, casas de valores, instituciones del sistema financiero u otras.

Los grupos societarios se conforman en torno a los intereses comunes que puedan tener sus integrantes, aunque no exista alguna norma legal que regule su constitución y reconocimiento como tal, por no existir un concepto legal<sup>255</sup> sobre el grupo de sociedades<sup>256</sup>.

---

<sup>253</sup> Transparencia, “entendida como el acto de revelar información sobre la compañía, cuyo contenido, formato de presentación y temporalidad reúnan determinadas características, es la piedra angular sobre la que descansa la creación del activo intangible identificado con la generación y transmisión de confianza, así como reputación de la compañía” (Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo, Resolución SCVS-INC-DNCDN-2020-0013, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial 1076, 25-IX-2020)

<sup>254</sup> Referido en el apartado V, Infracapitalización, cuestión de buen gobierno corporativo.

<sup>255</sup> GIRGADO PERANDONES, PABLO, “En torno a la noción de Grupo de Sociedades...”, cit., p. 86.

<sup>256</sup> STS, de 15 de marzo de 2017, sección I. Id Cendoj: 28079110012017100230. F.J. Primero: 5.-...*Para apreciar la existencia de grupo entre dos sociedades no es indispensable que una de ellas tenga el carácter de sociedad dominante, pues puede apreciarse la existencia de grupo entre sociedades dominadas. Lo relevante es que existe un conjunto de sociedades que actúan en el mercado bajo un control, real o potencial, directo o indirecto...*”

Debiéndose considerar que las personas jurídicas<sup>257</sup> que los conforman tienen que estar debidamente creadas, obedeciendo los preceptos legales que les fueron aplicables para su formación.

Como aspectos de fondo que destacan a la determinación del grupo, tendrá que existir la coincidencia en cuanto a la composición del cuadro accionario, así como también con la dirección unitaria o externa<sup>258</sup>, en torno a la cual se conforma una estructura que difiere de la interna de cada sociedad que forma parte del grupo.

Las particularidades enunciadas ya se encuentran implícitas al concepto de grupo, sin embargo para la configuración del grupo en los términos que la ley reconoce, existe una estructura en la que una sociedad ejerza o pueda ejercer dicho control<sup>259</sup> en relación con las otras integrantes del grupo, en aquellos grupos cuya característica es el régimen jerárquico; o, en los grupos cuyo régimen es paritario, no existirá el control de una sociedad con respecto de otras, sino que el vínculo será por coordinación<sup>260</sup>, “*bajo una poder de dirección unitario y común*”<sup>261</sup>.

Cuando tenemos una sociedad cabeza de grupo, que es la sociedad dominante<sup>262</sup> -en aquellos grupos que tienen el mecanismo de subordinación-, ésta será la encargada de mantener la organización de las sociedades integrantes que dependerán de ella con respecto de algunas situaciones, relacionadas con el derecho a voto que le permiten intervenir eficazmente en el curso del negocio.

Al respecto, señala el Profesor Pablo Girgado, que: “*Es la peculiaridad de la concurrencia de una dirección unitaria lo que explica una atención específica al grupo, a partir del reconocimiento de su legitimidad como forma de organización de una actividad empresarial*”<sup>263</sup>.

---

<sup>257</sup> SAP Oviedo, de 20 de mayo de 2013, sección 5. Id Cendoj: 33044370052013100138. F.J. Primero: “...*Existen pues múltiples vinculaciones entre todas las sociedades demandadas (coincidencia de administradores, apoderados, objeto social y/ o domicilios sociales)*...”.

<sup>258</sup> FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El Levantamiento del Velo en los Grupos de Sociedades como Instrumento Tuitivo de los Acreedores (Algunas Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2005”, RES de Derecho de Sociedades, n° 28, 2007, p. 12.

<sup>259</sup> LSCE. - Art. 18. “*Grupo de Sociedades. A los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el Art. 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras*”.

<sup>260</sup> FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El Levantamiento del Velo en los Grupos...”, cit., p. 10.

<sup>261</sup> GIRGADO PERANDONES, PABLO, “En torno a la noción de Grupo de Sociedades...”, cit., p. 91.

<sup>262</sup> CComE. Art.42

<sup>263</sup> GIRGADO PERANDONES, PABLO, “En torno a la noción de Grupo de Sociedades...”, cit., p. 92.

Entendemos que la sociedad que ejercerá esta dirección o control del grupo, será la que tenga una mayor fortaleza económica, así mismo es quien tendrá la responsabilidad de realizar una administración eficiente, eficaz y equitativa, para que el grupo cumpla con su finalidad, debiendo también cuidar que las sociedades coligadas se desarrollen en igualdad de condiciones.

Este grupo, deberá observar una actuación transparente, especialmente en la presentación de las cuentas contables y patrimoniales anuales de cada compañía que conforma el grupo societario, en forma consolidada y de los informes de gestión que deben rendir como unidad económica.

Las personas jurídicas que se aglutinan para conformar los grupos societarios, generalmente tienen la finalidad de obtener un mejor posicionamiento en el mercado que le permita captar un mayor número de clientela debido a la apariencia de solvencia económica y eficiencia profesional que proyectan.

En la situación del establecimiento de grupos, se aprovecha del nombre o la imagen adquirida para efectuar por ejemplo el otorgamiento y concesión de préstamos entre compañías pertenecientes al mismo grupo económico sin prestar las garantías necesarias<sup>264</sup> o sin las observancias legales previstas para este tipo de maniobras.

---

<sup>264</sup> SJM Sevilla, de 20 de octubre de 2017, sección I. Id Cendoj: 41091470012017100005. F.J. Segundo: “...Por otro lado, también se alega por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL la subordinación de los créditos por la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 92.5 LC, al ser los acreedores personas especialmente relacionadas con el concursado. A tal efectos señala que existen motivos de la documental existente en los autos para considerar a los acreedores como personas especialmente relacionadas con la concursada, derivándose de una compleja situación societaria: Los acreedores son socios de la entidad SERVIBUSINESS FGV S.L. .

La entidad REVALORIZACION DE ACTIVOS ENERGETICOS S.L. es titular de la mayoría de las participaciones de la entidad SERVIBUSINESS FGV S.L. y, de conformidad con el art. 42 del Código de Comercio , ostenta o puede ostentar el control sobre la anterior, poseyendo la mayoría de sus derechos de voto, pudiendo nombrara los miembros de un Consejo de Administración y ha designado con sus votos al órgano de administración (se comprueba en el propio inventario de bienes y derechos presentado con la solicitud de concurso).

La entidad REVALORIZACIÓN DE ACTIVOS ENERGETICOS S.L. es la sociedad dominante de un grupo de sociedades constituido entre otras por la entidad SERVIBUSINESS FGV S.L.

Los acreedores conceden préstamos participativos a la entidad REVALORIZACIÓN DE ACTIVOS ENERGETICOS S.L., créditos que son garantizados con las plantas fotovoltaicas de la entidad SERVIBUSINESS FGV S.L., sociedad de la que son socios.”



Las cuales son denominadas “operaciones vinculadas”<sup>265</sup>, porque son concebidas y ejecutadas, entre personas o entidades relacionadas entre sí, por situaciones establecidas en la ley.

Caracteriza a los grupos económicos la existencia de sociedades coligadas que tienen “personalidad jurídica propia y separada”<sup>266</sup>, alrededor de una sociedad que tiene la dirección de éstas, en cuanto a la toma de decisiones y elección de los órganos administrativos del grupo.

Esta unidad económica es creada en torno a intereses publicitarios, económicos u organizativos en común.

La sociedad controladora no debe utilizar su preponderancia para desviar a las sociedades coligadas de menor tamaño de su finalidad social, por regla general la controladora será quien tiene mayor participación en la conformación del capital de las sociedades coligadas, entre otras ventajas.

Debe tomarse en cuenta, las circunstancias en las que pudiere ocurrir la infracapitalización, para poder determinar cuándo debería responsabilizarse a la sociedad cabeza de grupo y cuándo debería imputarse a las sociedades integrantes del grupo, por esta ausencia de capital, cuando se presentare una línea de actuación, como la que nos trae la Sentencia citada<sup>267</sup>.

En dicho pronunciamiento, se demanda a todas las sociedades integrantes de un grupo societario solidariamente, por efectuar diversas operaciones de compraventa aparentes de sociedades con la finalidad de desvincularse de las compañías que tienen una insolvencia inminente.

---

<sup>265</sup> GIRGADO PERANDONES, PABLO, *La Empresa de Grupo y el Derecho de Sociedades*, ed. Comares S.L., Granada, 2001, p.50.

<sup>266</sup> STS, de 28 de febrero de 2014. Id VLex: VLEX-497961542. F.J. Cuarto.

<sup>267</sup> SAP Oviedo, de 20 de mayo de 2013, sección 5. Id Cendoj: 33044370052013100138. F.J. Primero: “...*Para justificar la compra de una sociedad que se encontraba en situación de insolvencia definitiva y sin ningún activo se señala en la memoria que se acompaña al concurso que Castellana de Proyectos se compromete a conceder a la compradora obra futura en Avilés, motivo que a juicio de la actora no es real, siendo el subyacente que lo que pretendía Castellana de Proyectos, en definitiva Don Rosendo, era desvincularse de la sociedad en situación de insolvencia por el incumplimiento de dos sociedades del grupo que la han vaciado patrimonialmente, imponiendo a los acreedores un aplazamiento en el pago de sus créditos, que ha sido incumplido según se señala. Como evidencia del carácter puramente aparente de la venta se aporta como doc. 16 un correo electrónico que remite con fecha 5 junio 2.009 Don Cosme a la demandante en calidad de director del grupo Proyecto, grupo que pertenece al Sr. Rosendo , adjuntando al correo una tasación de diversos inmuebles de su propiedad, cuya adjudicación ofrecía a Sardalla en pago de la deuda contraída por INSERCO*”.

Lo que ocasionaría un grave daño a los acreedores de una o más de las compañías, que son obligados a esperar por el pago de sus acreencias, al haberse vaciado el patrimonio de ésta o estas sociedades.

En el caso de la infracapitalización material, si se suscitare en una de las compañías que forman parte del grupo societario, no debería responsabilizarse a la sociedad controladora, ni a las otras integrantes del grupo por este hecho.

Al momento de la creación de la compañía, no se sabía que conformaría parte de un grupo, el hecho de no haber previsto cuál era el capital adecuado para cumplir su objeto social debe ser responsabilidad de los socios de la sociedad infracapitalizada y no de la sociedad controladora o de alguna otra del grupo; aunque la sociedad subcapitalizada ahora forme parte de éste.

Sin embargo, si la sociedad llegare a estar en situación de infracapitalización material, una vez que ya es parte del grupo societario y no se tomó la decisión social de hacer la correspondiente modificación estatutaria para aumentar el capital y poder subsanar esta situación, puede configurar un abuso de la personalidad jurídica<sup>268</sup>.

Existiendo, la presunción de querer provocar una descapitalización de la compañía que es integrante del grupo económico, presumiéndose de igual modo, la existencia de motivos extra-societarios.

Al respecto manifiesta la doctrina<sup>269</sup> que la existencia del grupo societario y por ende de dirección unitaria, no debe de acarrear<sup>270</sup> la presunción de ánimo de causar perjuicio a

---

<sup>268</sup> CASTILLA CUBILLAS, MANUEL, “Recapitalización de Entidades de Crédito, Infracapitalización de Promotoras Inmobiliarias y Abuso de la Personalidad Jurídica”, RDM n° 283, 2012, p. 227: “...Más allá de las consecuencias que la infracapitalización material pueda tener por sí sola, las características estructurales de los grupos de las promotoras deudoras por buena parte de los créditos a la promoción inmobiliaria refuerzan la potencial relevancia de la doctrina del abuso de la personalidad jurídica en muchos posibles casos de este tipo...”.

<sup>269</sup> FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El Levantamiento del Velo en los Grupos...”, cit., pp.5 ss.

<sup>270</sup> SJM Donostia-San Sebastián, de 8 de mayo de 2019, sección 1. Id Cendoj: 20069470012019100146. F.J. Primero.- “...hemos declarado que para extender la responsabilidad no basta la concurrencia de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo, para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria, sino que es necesaria la concurrencia de otros elementos adicionales, como la confusión de plantillas; la confusión de patrimonios sociales; la apariencia externa de unidad empresarial y la dirección unitaria de varias entidades empresariales; por consiguiente, los componentes del grupo tienen, en principio un ámbito de responsabilidad propio, como personas jurídicas independientes que son. En síntesis, la unidad real del grupo como ente empresarial único requiere: unidad de actividades; trasvase de fondos y cesiones inmobiliarias; movilidad de los trabajadores en el seno del grupo; estrategia unificadora y prestaciones laborales indiferenciadas, es decir, que los trabajadores realicen su prestación de modo simultáneo e indiferenciado en varias sociedades del grupo”...

terceros; debe haber necesariamente la configuración de una conducta fraudulenta, abusiva o simulada.

Cabe recordar, que la frecuencia con la que se han producido maniobras fraudulentas dentro de los grupos, relacionadas con préstamos realizados por una de las sociedades integrantes, que luego ceden sus créditos a otra de las integrantes del mismo, quien figurará como nuevo deudor, conduce a pensar mal.

En la sentencia<sup>271</sup> que citamos, las actuaciones de las sociedades integrantes del grupo en las que existe identidad de giro del negocio, coincidencia de administradores, dirección domiciliar y socios, acarrear conclusiones que incluyen la necesidad de recurrir al levantamiento del velo societario, para impedir que se ocasione el perjuicio a la entidad financiera acreedora.

En vista de las diversas circunstancias referentes a los grupos de sociedades, las cuales deben ser objeto de análisis individual en caso de presentarse, deben establecerse ciertos parámetros que permitan establecer indicios de responsabilidad.

En este sentido, la doctrina alerta sobre la existencia de “una alteración patrimonial”<sup>272</sup> de una de las compañías dentro del grupo societario, mediante la actuación de la administración de la sociedad controladora para beneficiar o rescatar de una situación patrimonial indeseable a cualquiera de las coligadas, en desmedro de la sociedad subcapitalizada, ocurriendo una infracapitalización nominal.

---

<sup>271</sup> STS, de 18 de junio de 2009, sección I. Id Cendoj: 28079110012009100487. F.J. Sexto: “...Es cierto que no cabe descartar la idoneidad del motivo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC de 2000 para remediar errores probatorios notorios o declaraciones fácticas arbitrarias, pero no lo es menos que en el caso examinado el tribunal sentenciador razona más que suficientemente sobre la procedencia de aplicar la técnica del levantamiento del velo desde la coincidencia de objeto social de ASIMEX, MOLTAR y MOLINCASA, la idéntica finalidad de los dos préstamos con garantía hipotecaria, es decir los obtenidos del Banco demandante y del Banco de Vitoria, la idéntica composición personal de esas tres sociedades, su representación por la misma persona física, que incluso fue la que compareció al otorgamiento de la escritura de cesión del crédito en representación de las tres, y, en fin, la coincidencia del domicilio social de MOLTAR y MOLINCASA con el real y efectivo de ASIMEX, todo lo cual permite al tribunal concluir que las tres sociedades actúan en realidad como una sola. Ante semejantes argumentos difícilmente cabe tachar de notoriamente erróneas ni de arbitrarias las conclusiones del tribunal sentenciador. Es más, algunos de los argumentos contenidos en los respectivos alegatos de los dos motivos ahora examinados corroboran más que desvirtúan tales conclusiones; así el relativo a la constitución por unos mismos promotores de una sociedad diferente para cada obra pero bajo una misma dirección (p.18 del escrito de interposición del recurso), argumento que desde luego justifica ya de por sí la aplicación de la técnica del levantamiento del velo, o el atinente a la dificultad de trasvasar a ASIMEX dinero de MOLTAR y MOLINCASA porque la primera “lo que tenía en octubre de 1991 eran inmuebles y no tesorería”.

<sup>272</sup> FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El Levantamiento del Velo en los Grupos...”, cit, p. 13.

Lo que afectaría la “autonomía patrimonial” de la sociedad perteneciente al grupo que tendrá una modificación en la estructura patrimonial, por cuanto se efectúa “*sin contraprestación o con contraprestaciones no equivalentes*”<sup>273</sup> que la deja sin el resguardo económico para cumplir con sus acreencias.

En esta situación, siempre que estuvieren presentes cualquiera de las hipótesis que configuran abuso de la forma; debe considerarse como un todo al grupo societario<sup>274</sup> para cubrir con el patrimonio de todas las vinculadas las acreencias reclamadas por los acreedores insatisfechos.

También, cuando fuere evidente que la finalidad de la agrupación de las sociedades es el beneficiarse mutuamente de su existencia, en algunas ocasiones, causando perjuicio de terceros, suscitándose una conexión al margen de los preceptos legales, se hace obligatoria la desconsideración de la personalidad jurídica, así consta en algunos pronunciamientos jurisprudenciales<sup>275</sup>.

Esta situación será presumible cuando se realicen las operaciones vinculadas, especialmente los denominados préstamos entre las sociedades coligadas encuadrándose en la hipótesis legal que conduce al levantamiento del velo jurídico para impedir que se produzca el menoscabo a terceros.

Por lo que en esas ocasiones, se verá justificada, la atribuibilidad de esta actuación a la sociedad, al respecto, dice la doctrina que “*...la imputación de responsabilidad a quien ostenta la dirección de las actividades de la sociedad deudora exigirá que el poder ejercido, que está legitimado por el ordenamiento para la consecución de ciertas finalidades, se haya*

---

<sup>273</sup> FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El Levantamiento del Velo en los Grupos...”, cit., p.13.

<sup>274</sup> STS, de 28 de febrero de 2014. Id. VLEX: VLEX-497961542. F.J. Tercero: “...“*...A continuación, la misma Sentencia hace un examen detallado del resultado de la prueba testifical practicada para justificar igualmente la relación entre las tres empresas demandadas en reconvención y concluye diciendo que «con todo esto se quiere señalar que, más allá de la legitimación activa y pasiva formal de las diferentes personas jurídicas que litigan, el conflicto debe resolverse globalmente, haciendo caso omiso de la personalidad jurídica independiente, que cada una de ellas quiere hacer valer respecto a los diferentes contratos y acuerdos comerciales objeto de litigio».*

*Pues bien, la Audiencia se apoya en tales consideraciones y viene a reiterar que «en definitiva, se trata de un grupo de empresas, bajo la dirección única de Agfa Gevaert SAU, por lo que todas están legitimadas activa y pasivamente en este pleito»”.*

<sup>275</sup> STS, de 28 de febrero de 2014. Id VLEX: VLEX-497961542. F.J. Cuarto.

*utilizado espuriamente, instrumentalizando a la filial con el ánimo de defraudar a los acreedores*<sup>276</sup>.

## V. INFRACAPITALIZACIÓN, CUESTIÓN DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

A nivel mundial, el crecimiento y el desarrollo de los mercados de valores viene motivado por el interés creciente de participación de los inversionistas institucionales y por su apremio en la realización de políticas de inversión.

Tales medidas se caracterizan por estar dotadas de informaciones diáfanas y seguras, por lo que gran parte de las compañías abiertas han procurado mejorar las prácticas de buen gobierno corporativo y transparencia en la divulgación de informaciones para proteger los intereses de los inversionistas, así lo analizan los doctrinarios<sup>277</sup>, al referirse a la necesidad de enfocarse en un Mercado Actual.

La terminología “buen gobierno corporativo”, generalmente nos induce a pensar que su significado está implícito en su enunciación, por lo que podríamos decir que el buen gobierno corporativo se refiere: al conjunto de normas introducidas en una organización de carácter colectivo, para su correcto y eficaz desarrollo. Este concepto está orientado a la finalidad que se persigue dentro de una corporación.

Al revisar el concepto erigido por el Instituto Brasileiro de Gobierno Corporativo<sup>278</sup>, que manifiesta que: “*El Gobierno Corporativo es el sistema por el cual las Compañías y demás organizaciones son dirigidas monitoreadas e incentivadas involucrando las relaciones entre socios, consejo de administración, directorios, órganos de fiscalización y control, y demás partes interesadas*”.

Encontramos en esta definición, que se combinan todos los elementos internos que intervienen en una relación societaria, comprometiéndolos en su resultado, que sería el buen gobierno corporativo.

---

<sup>276</sup> BUSTILLO TEJEDOR, LUIS, “Los Grupos de Sociedades”. Cuadernos de Derecho y Comercio n.º.62, Diciembre 2014.

<sup>277</sup> LIMA PINHEIRO, JULIANO, *Mercado de Capitais, Fundamentos...*, cit., p.197.

<sup>278</sup> IBGC. INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Este organismo fue fundado el 27 de noviembre de 1995, con la idea de fortalecer la actuación de los Consejos de Administración-órgano de orientación, supervisión y control en las compañías; actualmente es reconocido en el país como la principal referencia en la difusión de las mejores prácticas del gobierno corporativo. Disponible en: <https://www.ibgc.org.br/governanca/governanca-corporativa>.

Se refuerza este concepto con la aseveración de que las buenas prácticas de gobierno corporativo, convierten los principios básicos de gestión administrativa en recomendaciones objetivas.

Alineando sus intereses, para que sean similares, con la finalidad de preservar y optimizar el valor económico de largo plazo de la organización; con lo que se facilita el acceso a los recursos y se contribuye con la calidad de la gestión de la organización y el bien común en general.

El buen gobierno corporativo, constituye en nuestros días una de las principales preocupaciones de los organismos nacionales e internacionales<sup>279</sup> que tienen como misión, el desarrollo económico y productivo de los países.

Los cuales se han interesado en expedir principios<sup>280</sup> sobre Gobierno Corporativo con el objetivo de mejorar las diferentes relaciones que se generan de la creación y puesta en marcha de una compañía.

En un principio, el concepto de buen gobierno corporativo fue ideado para fortalecer el gobierno de las sociedades que intervienen en el mercado de valores, esto es las denominadas sociedades de capital abierto.

Debido a que, las malas prácticas mercantiles, así como también, la falta de transparencia en la administración de estas sociedades, motivaron la respuesta de los gobiernos a nivel mundial, por intermedio de sus distintas organizaciones, que tenían por tarea, el desarrollo económico y empresarial.

Por lo que las otras sociedades de capital, como son las de capital cerrado, no sentían la necesidad de acoger estos principios y se mantenían al margen de la utilización de las normas

---

<sup>279</sup> Como ejemplo de estas organizaciones tenemos la OCDE “*Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) agrupa a 36 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. La OCDE ofrece un foro donde los gobiernos puedan trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes...*”. Disponible en: <https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>

<sup>280</sup> RIBEIRO TRONCOSO, María Clara; RAWLINS, Oscar; RIVERO, Carlos; MIGUEL, Nabil, “15 años de Gobierno Corporativo en Iberoamérica. Líneas generales de su nacimiento y evolución”, RES el Gobierno Corporativo en Iberoamérica, capítulo 3, 2015, p.87. “*De forma general, los Principios se refieren a las siguientes áreas: i) El marco jurídico y la base para la aplicación de los Principios en cada jurisdicción. ii) Los derechos fundamentales de los accionistas y las condiciones para el ejercicio de esos derechos. iii) El tratamiento equitativo de los accionistas. iv) El papel de otros individuos con intereses relevantes en el Gobierno Corporativo, como los empleados y los acreedores. v) La divulgación de las informaciones y la transparencia. vi) La responsabilidad de los órganos de la administración.*”

de buen gobierno corporativo; al no tener el carácter legal de obligatorio para este tipo de sociedades.

Sin embargo, la experiencia ha demostrado que, sin importar el tamaño de la sociedad, ni la cantidad de capital que muevan en el desempeño de su actividad económica, éstas pueden ser utilizadas por sus administradores o socios para coadyuvar al fraude y la disipación de los bienes sociales, en perjuicio de terceros.

La posibilidad de disminuir las actuaciones fraudulentas por la mala utilización de la personalidad jurídica, y el hecho que los resultados obtenidos con la implementación del buen gobierno corporativo<sup>281</sup> han producido importantes progresos en este campo, así como también, mejores relaciones entre los intervinientes en una sociedad; transparentando la información que poseen, inclusive con el público, han motivado su acogida.

Debido a lo cual se ha incrementado, la preocupación de las sociedades, independientemente de tener su capital cerrado o abierto, de incorporar el buen gobierno corporativo a sus prácticas empresariales diarias.

Las sociedades de capital abierto deben poner énfasis a la necesidad de incorporar disposiciones de buen gobierno corporativo cuyo contenido obedezca a su carácter obligatorio<sup>282</sup> y cuyo cumplimiento deberá ser supervisado por el órgano regulador competente.

Estas normas, habitualmente se referirán, al funcionamiento de los órganos directivos de las sociedades, como también a la inclusión de normas que fomenten la difusión de información la cual es actualmente un *“instrumento fundamental en el Gobierno Corporativo de las sociedades”*<sup>283</sup>.

---

<sup>281</sup> RAMÍREZ ELIZONDO, CARLOS, “La Financiación y el Buen Gobierno de las Empresas Familiares”, RES el Gobierno Corporativo en Iberoamérica, capítulo 14, 2015, p.564: “...y en la medida que las empresas cumplen con sus prácticas corporativas, incluyendo las de contratos, vinculados con: (i) sus socios (vida corporativa), (ii) empleados, y (iii) clientes y proveedores; los mecanismos de control interno, riesgos operativos y corporativos, son atendidos de manera natural, quedando alineada la vida corporativa con la operativa, en un marco conceptual de reglas claras y acceso a la información para todos los inversionistas.”

<sup>282</sup> STREB, María Luisa; REICHBERG, Marissa; PAREDES, Sandra. “Estructura General de la Regulación y Supervisión del Gobierno Corporativo”, RES el Gobierno Corporativo en Iberoamérica, capítulo 4, 2015, p.134. Con respecto a las normas de Gobierno Corporativo de carácter obligatorio: “...éstas generalmente se encuentran contenidas en las leyes o reglamentos, y deben ser informadas a través de los reportes financieros anuales, información relevante al mercado y otros informes de carácter mandatario establecidos por el ente regulador, cuya fiscalización le corresponderá al mismo, conforme a los sistemas que tenga establecidos al efecto...”.

<sup>283</sup> CUADRA, Santiago; MARIÁN, Amparo. “La Protección del Inversor en Iberoamérica”, RES el Gobierno Corporativo en Iberoamérica, capítulo 8, 2015, p.293.

No obstante, como vimos en líneas anteriores, las sociedades de capital cerrado, también pueden incorporar en su administración, normas de buen gobierno corporativo, teniendo su aplicación el carácter de voluntario.

Para lo cual deberá considerarse, que en este tipo de sociedades, además de las circunstancias mencionadas, el estímulo para acoger las normas de buen gobierno corporativo, proviene del hecho, de ser los administradores, en la mayoría de las ocasiones, también, participantes en la composición accionaria de estas compañías; siendo éste, un motivo adicional para querer la optimización en el desempeño de las mismas<sup>284</sup>.

Aunque, manifiesta el doctrinario<sup>285</sup> citado, que en ocasiones esta cercanía de administración y propiedad de la sociedad propicia la conducta desleal de los administradores, por la posibilidad de encubrir ciertas operaciones en el ejercicio de sus funciones, que le representan alguna ventaja económica.

Con respecto a las normas de Buen Gobierno Corporativo que se adopten en las sociedades de capital cerrado, éstas, generalmente, comprenderán aspectos relacionados con la toma de decisiones que coadyuven para mantener un equilibrio entre la administración y los intereses de los socios.

Debiendo estar dotada de la debida y necesaria transparencia; de manera que con su enunciación se impida la presencia de conductas que resulten en la infracapitalización de la sociedad.

En la Legislación Concursal de Uruguay, en su artículo 193 donde se establecen las presunciones absolutas de culpabilidad, señalan los doctrinarios que las conductas enunciadas para establecer la culpabilidad del concurso, corresponden a una descripción de actuaciones realizadas que son referentes a lo que es el “*mal gobierno*”, no siendo otra cosa que: “*un espejo distorsionado de lo que son prácticas adecuadas de gobierno corporativo...*”<sup>286</sup>.

---

<sup>284</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., “La Responsabilidad de los Administradores como Instrumento de Gobierno Corporativo”, RES, IUS ET VERITAS, n°. 27, 2003, p. 204. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16269/16685>., p. 205: “...*En las sociedades no cotizadas, los incentivos para actuar diligentemente se hallan básicamente en el menor grado de separación que presentan entre propiedad y gestión...*”.

<sup>285</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., “La Responsabilidad de los Administradores...”, cit., p.205

<sup>286</sup> OLIVERA AMATO, Juan Martín ; CHALAR SANZ, Laura. “Las Normas de Gobierno Corporativo y su Rol en la Relación a la Insolvencia”, RES Estudios de Derecho Empresario UNC, n° 18, 2019, p. 94. Disponible en: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/24134>



En el numeral 2<sup>287</sup> del mencionado artículo 193, se detalla la conducta correspondiente a la infracapitalización material, calificando al concurso de culpable, en el supuesto que en el período de dos años que antecede a la declaración de concurso de acreedores, no hubieren mantenido a la sociedad con el capital suficiente que le permita desarrollar su actividad económica.

Ante lo cual inferimos, que esta responsabilidad de precautelar los medios necesarios para que la sociedad pueda seguir su normal funcionamiento, recae en la administración de la misma, que es la encargada de organizar y dirigir los recursos de la sociedad, para el cumplimiento de su fin social.

Encontramos relación de la infracapitalización y las normas de buen gobierno corporativo, precisamente en la necesidad de la incorporación de éstas en las sociedades de capital para evitar que se produzcan situaciones como la infracapitalización.

Aconsejándose a las compañías que: *“Estas disposiciones o reglas de buen gobierno pueden estar incluidas en el estatuto de la sociedad, en pactos entre los accionistas, en leyes emanadas de los poderes correspondientes o en normas de las entidades que autorizan la oferta pública de valores”*<sup>288</sup>.

Con relación a la intervención legislativa en la inclusión de las normas de buen gobierno corporativo, tenemos que en la legislación uruguaya citada en líneas anteriores, se señala a la infracapitalización como una práctica de mal gobierno, por lo que nos conduce a la conclusión que si las compañías tuvieran normas de buen gobierno corporativo, escasa o difícilmente serán subcapitalizadas.

Observamos que las normas de buen gobierno corporativo entre otros aspectos, están encaminadas a la orientación de las funciones de una manera diligente por parte de los

---

<sup>287</sup> Ley de Concurso de Uruguay. Art. 193. *“(Presunciones absolutas de culpabilidad).- El concurso se calificará como culpable, además, en los siguientes casos: ... 2) Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso de acreedores los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado”*....

<sup>288</sup> SELVA SIRI, Thove. Timing Problem en el Derecho Concursal y su Vinculación con el Buen Gobierno Corporativo, p.37. disponible en:  
[http://www.um.edu.uy/docs/TIMING\\_PROBLEM\\_EN\\_EL\\_DERECHO\\_CONCURSAL\\_Y\\_SU\\_VINCUALACION.pdf](http://www.um.edu.uy/docs/TIMING_PROBLEM_EN_EL_DERECHO_CONCURSAL_Y_SU_VINCUALACION.pdf).

administradores para coadyuvar con el “interés social”<sup>289</sup> que es inherente a todas las sociedades de capital.

Alineados con este aspecto, tenemos la obligación de los administradores de contemplar los deberes de cuidado y lealtad en el desempeño de su cargo, que como explica la doctrina<sup>290</sup>, el primero está relacionado con la destreza en su misión de hacer que el negocio rinda de la mejor manera; y el deber de lealtad, por el cual los administradores deberán priorizar los intereses de los socios a los propios.

Con respecto a la responsabilidad de los administradores y en virtud del deber de diligencia que tienen éstos, cabría preguntarnos, si la omisión en el pedido de declaración de concurso de manera oportuna representa una “deficiencia procedimental”<sup>291</sup>, que tiene lugar cuando se omiten formalidades o se obvian asuntos en la toma de decisiones.

Por lo que, en este sentido, es menester saber, si la adaptación e incorporación de estas normas a las compañías serviría para enervar la responsabilidad de los administradores por la falta de llamamiento a concurso en los casos de infracapitalización.

Dentro del deber de diligencia<sup>292</sup> o cuidado que consta estipulado en la Ley de Sociedades de Capital de España, que debe tener el administrador de la sociedad, en aquellas medidas que adopte para el buen funcionamiento de la sociedad; se encasilla al de vigilar que la sociedad no caiga en un estado de insolvencia o cesación de pagos.

Al respecto, manifiesta la doctrina<sup>293</sup> que normas como la referida son producto de las recomendaciones constantes en el Informe Olivencia<sup>294</sup>, que consta también revisado y actualizado<sup>295</sup>, sobre el régimen de responsabilidad de los administradores, quienes están obligados a observar ciertos parámetros de cuidado como conducta, en desempeño de sus funciones tendiendo a fomentar el interés social.

---

<sup>289</sup> Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de España. Junio 2013, p.8. Trae el concepto de Interés Social: “...Por ello aconseja que el objetivo último de la compañía y, por tanto, el criterio que presida la actuación del Consejo sea la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa...”

<sup>290</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., “La Responsabilidad de los Administradores”, cit., p. 204.

<sup>291</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., “La Responsabilidad de los Administradores”, cit., p. 225.

<sup>292</sup> LSCE.- Art.225

<sup>293</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, JESÚS, “Recomendaciones de Buen Gobierno Corporativo y Responsabilidad de los Administradores” en obra “Sociedades Comerciales. Los Administradores y los Socios. Gobierno Corporativo”, ed. Rubinzal-Culzones, Buenos Aires, 2003, p.143.

<sup>294</sup> Código de Buen Gobierno de Olivencia, expedido en 1997 con la intención de fomentar la transparencia en las empresas españolas. Disponible en: <http://www.iegd.org/spanish800/adjuntos/codigoolivencia.pdf>.

<sup>295</sup> Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas de España, Junio de 2020, p. 25.

Su gestión debe ser realizada con la correspondiente diligencia, para impedir que se ocasionen daños patrimoniales en la sociedad que administran.

Podríamos decir que en una compañía que contenga dentro de sus estatutos, normas de buen gobierno corporativo o con una legislación societaria que contenga dichas normas y cuyo cumplimiento sea de índole obligatorio, sí debería atenuarse la responsabilidad de los administradores, ante la omisión de solicitar la oportuna declaración de concurso, en primera instancia.

Sin embargo, debemos pensar en la integración de las normas de buen gobierno corporativo, con respecto a la infracapitalización, solamente en un sentido preventivo, es decir como un marco regulatorio que señala la conducta de los administradores en una dirección y que ésta debe ser, impedir que la compañía tenga que disolverse.

En caso se pretenda ignorar las normas previamente establecidas y su aplicación, debería acarrear la responsabilidad del administrador, por incurrir en los supuestos de infracapitalización.

Aunque las reglas de buen gobierno corporativo, tengan otras finalidades y aplicaciones prácticas, consideramos su adopción dentro de las compañías, como una propuesta válida para reducir el índice de compañías que llegan a ser infracapitalizadas.

Podría considerarse que su adopción tendría el carácter de prevención en la infracapitalización, con respecto al papel que tienen los administradores para impedir que ocurra este supuesto en las sociedades que representan.

En Ecuador recientemente, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en uso de sus facultades de control societario, expidió las Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo<sup>296</sup>, con la finalidad de que sean incorporadas por el sector empresarial, y de esta manera promover la transparencia de la información de las sociedades, así como una convivencia armónica y eficiente entre los socios, órganos de administración y de dirección de éstas.

Entre la normativa constante en dichas reglamentaciones, encontramos establecido el deber de diligencia que deben tener los directores en el ejercicio de sus funciones, para cuyo

---

<sup>296</sup> Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo, Resolución SCVS-INC-DNCDN-2020-0013, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial 1076, 25-IX-2020.

cumplimiento deberán ceñirse al marco legal, reglamentario y estatutario que les asiste para el mejor rendimiento de la compañía.

También en alusión al deber de lealtad, estipula que los directores, entre otras cosas, deben evitar conflictos de intereses, ante cuyo surgimiento deben hacer prevalecer el interés que signifique un provecho para la compañía, antes que el propio.

Estas normas citadas, aunque son generales para el mejor desarrollo de las sociedades, conllevan la imposición para los administradores de impedir que la compañía que representan se encuentre en una situación de riesgo.

Conduciéndonos a concluir que su inclusión en los estatutos, deberá reflejarse en una disminución o ausencia de la aparición de la infracapitalización en la compañía; y que, en casos de suscitarse, generaría una responsabilidad para los administradores al haber fallado en la detección de la situación de riesgo.

## VIII. INFRACAPITALIZACIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS

### 1. EN EL DERECHO BRASILEÑO

En Brasil, no existe obligatoriedad de cumplir con un capital mínimo para la constitución de las sociedades. Los socios, tienen la facultad de poder escoger el monto de capital y la manera como financiar la sociedad, que consideren apropiada para la consecución de su objeto social.

Sin embargo la ley señala dos excepciones en las que sí se encuentra establecido el valor del capital necesario para conformar la sociedad; primeramente, las instituciones financieras en general<sup>297</sup> y las aseguradoras<sup>298</sup>; y, segundo, la empresa individual de responsabilidad

---

<sup>297</sup> Resolución N° 2.607 de 27 de mayo de 1999 del Banco Central do Brasil, que establece en su Art. primero, los límites de capital mínimo realizado y patrimonio líquido para las instituciones financieras.

<sup>298</sup> Resolución CNSP No. 227, de 2010 del Ministerio de Hacienda, Consejo Nacional de Seguros Privados de Brasil, que contiene normas relativas al capital mínimo requerido para autorización y funcionamiento y sobre planes correctivo y de recuperación de solvencia de las sociedades aseguradoras, de las entidades abiertas de seguridad complementaria, de las sociedades de capitalización y de los reaseguradores locales.

limitada<sup>299</sup>, que tiene la figura de una sociedad unipersonal, pero que goza del atributo de la responsabilidad limitada.

Esta circunstancia hace que a modo superficial de análisis sobre la infracapitalización, nos induzca a pensar, que no es posible la existencia de la infracapitalización material en la legislación brasilera, por no existir parámetros que nos permitan establecer la suficiencia de capital social para cumplir con el objeto social estipulado.

Aunque, no es la correcta forma de abordar la problemática de la infracapitalización material, puesto que, la inexistencia de disposición legal sobre el capital mínimo para formar una sociedad, no quiere decir necesariamente que no se contempla la posibilidad de que exista infracapitalización material.

Pese a lo afirmado, no se puede obviar los presupuestos legales<sup>300</sup> de la Ley de Sociedades Anónimas y del Código Civil brasileros, tendientes a evitar un desequilibrio entre la consecución del fin social y los medios económicos para realizarlo; en los que se recomienda que se efectúe una reducción de capital en caso resulte muy superior al necesario para ejecutar el objeto social.

Esta ausencia de normatividad expresa, en el derecho brasiler, es suplida en ocasiones, por la jurisprudencia brasiler<sup>301</sup>, que aporta integrando a la doctrina societaria en general, que sí contempla la existencia tanto de la infracapitalización material como de la infracapitalización nominal.

La Jurisprudencia brasiler llena este vacío, por medio del reconocimiento tácito de la infracapitalización material, al fundamentar en la emisión de sus pronunciamientos, que el hecho de no mantener a la sociedad capitalizada de manera apropiada para la consecución de

---

<sup>299</sup> Ley N°12.441 de 11 de julio de 2011 de Brasil, en la que se introducen reformas al Código Civil para permitir la creación de la empresa individual de responsabilidad limitada, con un capital que no podrá ser inferior a cien veces el mayor salario mínimo vigente en el país.

<sup>300</sup> LSAB. Lei N° 6.404, de 15 de dezembro de 1976.- Artigo 173. “A assembléia-geral poderá deliberar a redução do capital social se houver perda, até o montante dos prejuízos acumulados, ou se julgá-lo excessivo...”.

CCB. Lei N° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.- Artigo 1.082. “Pode a sociedade reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato:...II - se excessivo em relação ao objeto da sociedade”.

<sup>301</sup> Sentencia de los Tribunales de Justicia de Brasil . Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJ -RS Embargos de Declaração: ED 70073675118 RS del 21 de agosto de 2017: “...3. Dessa forma, evidente o abuso do direito por parte das empresas sócias controladoras, ante a clara subcapitalização havida pela não manutenção do capital necessário para o pleno cumprimento do objeto social da empresa brasileira por parte de suas controladoras estrangeiras....”.

su objeto social, constituye una hipótesis de abuso del derecho, en los términos de la citada decisión.

En este parecer se acoge como base legal al Código Civil brasileiro<sup>302</sup>, que manifiesta que comete actos ilícitos, el titular de un derecho que excede los límites marcados por la finalidad social o económica, la buena fe o las buenas costumbres.

Aunque no se encuentre norma pertinente manifiesta en la legislación societaria brasilera, y sea por medio de la integración de la jurisprudencia y ciertas normas que pudieren servir de referencia, que se llega a la determinación de la deficiencia de capital de riesgo en una sociedad.

Lo que es relevante para el desarrollo normal del ejercicio de las compañías en general, es la existencia de la estimación de un capital social adecuado, basándose en la experiencia u observación de compañías similares a la que se pretende conformar, para poder proyectar un valor justo aproximado.

Lo dicho en líneas anteriores, permitirá la consecución del fin social, por medio de la realización de la actividad económica de la compañía; debiendo recordarse que esta cantidad debe ser mantenida durante todo el plazo de duración que conste en los estatutos de la compañía; porque cuando esto no ocurre, se produce la infracapitalización material de las sociedades y sus consecuencias.

Con respecto a la infracapitalización nominal, por ser considerada junto con el desvío de finalidad y la confusión patrimonial, como características del fraude perpetrado por medio de la utilización de la persona jurídica, criterio que consta transcrito en la decisión jurisprudencial<sup>303</sup> que citamos, se soluciona de manera similar a las realidades comprendidas dentro del abuso de la personalidad jurídica.

El doctrinario<sup>304</sup> citado por la jurisprudencia, agrega a la subcapitalización entre las conductas establecidas en el artículo 50 del Código Civil Brasileiro, que describe, como

---

<sup>302</sup> CCB.- Art. 187.- *“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*

<sup>303</sup> Sentencia de los Tribunales de Justicia de Brasil . Tribunal Regional Federal da 3º Região. TRF-3 - AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 200903000437373 2009.03.00.043737-3 -Decisão Monocrática del 26 de marzo de 2010: *“...Como lembra Leonardo de Gouvêa Castellões, a doutrina e jurisprudência no Brasil caminharão no sentido de caracterizar a fraude através da personalidade jurídica justamente nas hipóteses de “confusão aparente de personalidades, de confusão patrimonial e de subcapitalização”(obra antes citada, fls. 212 e seguintes)...”*.

<sup>304</sup> GOUVÊA CASTELLÕES, LEONARDO, *Grupos de Sociedade*, ed. Jurua, Curitiba, 1998, p.212

analizamos en el capítulo I, que el abuso de la personalidad jurídica se caracteriza por el “desvío de la finalidad o por la confusión patrimonial”, que son hipótesis que engloban un sinnúmero de subtipos de conducta relacionados con el fraude y la simulación, por intermedio de la sociedad.

Lo analizado, nos conduce a la conclusión que en el ámbito societario brasileiro, la manera de remediar los efectos producidos por la infracapitalización<sup>305</sup>, es mediante el levantamiento del velo jurídico, pero resaltándose que debe ser evidente, para que se justifique la aplicación de este correctivo.

Este asunto es recogido por los doctrinarios<sup>306</sup> y ratificado por la jurisprudencia<sup>307</sup> que expresa en el pronunciamiento citado que no puede estimarse que la sociedad está sub-capitalizada, sin que existan las pruebas pertinentes con las cuales se demuestre que la sociedad no cuenta con el patrimonio suficiente para desarrollar su objeto social, o para solventar el crédito reclamado.

En primera instancia, no se podrá decretar la desconsideración de la personalidad jurídica; por no considerar estos elementos como fundamentos por sí solos, que impidan a la sociedad continuar con sus actividades económicas y lo que implica.

---

<sup>305</sup> Sentencia de los Tribunales de Justicia de Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação: APL 00367605920118260196 SP 0036760-59.2011.8.26.0196 del 9 de junio de 2015: “...II - exaurido o fim social, ou verificada a sua inexequibilidade. Um dos casos de inexequibilidade especificados pela doutrina é o da *infracapitalização* ou *subcapitalização* material, explanado por Jorge Lobo: “Configura-se a *infracapitalização* real ou material quando a sociedade não possui recursos próprios e de terceiros indispensáveis ao exercício de suas atividades, podendo verificar-se quando da assinatura do ato constitutivo ou em virtude de reiterados prejuízos (...)” (Lobo, Jorge Joaquim. “Sociedades Limitadas”, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004). Observa-se das consultas ao sítio da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo juntadas às fls. 315/369, que os débitos da empresa corré com a Fazenda Estadual sobrepõem sobremaneira seu capital social de R\$60.000,00 (fl. 29), de forma que resta evidente a impossibilidade econômica desta continuar suas atividades e adimplir com as referidas dívidas...”

<sup>306</sup> COMPARATO, Fábio Konder y SALOMÃO FILHO, Calixto. O Poder do Controle da Sociedade Anônima, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2008, p. 463: “O mais correto parece ser considerar a fixação do montante do capital como componente da *business judgement rule* do sócio e admitir a desconsideração somente nos casos em que a *subcapitalização* for extremamente evidente (qualificada)”.

<sup>307</sup> Sentencia de los Tribunales de Justicia de Brasil. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Agravo Regimental. Recurso Especial. Execução. Embargos de Terceiro. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Encerramento de Atividades sem baixa na Junta Comercial. Requisitos Ausência. Violação ao art. 535, do cpc não configurada. Súmula 83/stj. del 16 de julio de 2013: “2...Lado outro, a pretensão recursal de reconhecimento da *subcapitalização* qualificada do capital social não merece ser encampada por ausência de comprovação quanto à insuficiência do mesmo para a realização do objeto social. A alegação do agravante de que o valor do capital social é inferior ao valor mencionado no contrato de renegociação da dívida não é hábil, por si só, a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, mormente se considerado que não existem provas de que a sociedade executada não possui patrimônio suficiente para atender ao crédito exequendo...”

Estos criterios, que se basan en una constatación efectiva de la existencia de la intención de dañar a los contratantes con la sociedad, se derivan de la aplicación de la Teoría Mayor de la desconsideración de la personalidad jurídica.

Según esta Teoría, no puede vulnerarse el derecho de los inversionistas agrupados en una sociedad de capital, sin el previo reconocimiento de conductas fraudulentas, con la finalidad de no ocasionar un menoscabo de la confianza en el sistema jurídico atinente a las compañías<sup>308</sup>.

En los dos supuestos de subcapitalización, el caso de la infracapitalización nominal, que se considera una conducta fraudulenta de conformidad a lo establecido en el Código Civil brasileiro; y, la infracapitalización material, cuando se ha llegado a la deducción de su existencia, por tener una sociedad con una capital exiguo para una actividad económica de gran volumen, presumiéndose un desvío de finalidad.

Constituyen las dos hipótesis en las que se recurriría a la desconsideración de la personalidad jurídica, para impedir consecuencias lesivas a los derechos de terceros por infracapitalización, según los preceptos considerados.

## 2. EN EL DERECHO PORTUGUÉS

En Portugal, existe la normativa que determina un capital mínimo para las compañías anónimas<sup>309</sup>; sin embargo, en las compañías limitadas –*Sociedades por Quotas*- no señala una cantidad determinada como capital mínimo, limitándose a estipular el monto de su capital<sup>310</sup>.

Este puede ser fijado por la libre voluntad de los intervinientes en el contrato de sociedad, restringiéndose la norma a decir que el montante del capital social, será el resultado de la suma de las aportaciones de éstos.

---

<sup>308</sup> Ese concepto es acogido en la doctrina por GUIMARÃES, MÁRCIO, Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, RES da EMRJ de Rio de Janeiro, vol. 7, nº 25, 2004, p. 232: “...*Da mesma forma, a insolvência ou falência pura e simples, não pode se afigurar como requisito para a desconsideração...*”.

<sup>309</sup> CSCP. Artigo 276. “Valor Nominal do Capital e das Acções...5- O montante mínimo do capital social é de 50 000 euros.”...

<sup>310</sup> CSCP. Artigo 201. “Capital Social Livre O montante do capital social é livremente fixado no contrato de sociedade, correspondendo à soma das quotas subscritas pelos sócios.”



Con el nuevo régimen de capital social mínimo de las sociedades limitadas, no se eliminó esta figura de las indicadas sociedades, lo que sucedió es que actualmente, el capital social, pasó a ser variable<sup>311</sup> o de libre elección de los socios.

Esta norma relacionada con el deterioro de la figura del capital social mínimo, tiene su origen en la corriente doctrinaria<sup>312</sup> que propugna la pérdida de importancia del capital social como elemento indispensable para la existencia de una sociedad de capital.

Basándose principalmente en la suposición que los costos propios del capital social resultan más onerosos que los beneficios que representa, considerando las cuatro funciones del capital social<sup>313</sup>.

Estas utilidades del capital social, son para la doctrina portuguesa: la función de financiamiento, la de organización, evaluación económica de la sociedad (principalmente para efectos de distribución de lucros) y la de garantía.

Además, también consideran estos estudiosos del derecho, que el establecimiento de un capital mínimo legal, constituye un impedimento para el surgimiento de las empresas que tienen un pequeño porte.

Estas circunstancias, han motivado algunos cambios en la legislación societaria de Portugal, como el de la omisión en señalar una cantidad específica como capital social mínimo, requerido para las compañías limitadas.

Por otra parte, encontramos también, opiniones dentro de la doctrina portuguesa<sup>314</sup>, que consideran perniciosos el contenido de la norma societaria sobre la ausencia de capital social mínimo para constituir una compañía limitada, al estimarlo como una puerta abierta a la

---

<sup>311</sup> DE TARSO DOMINGUES, PAULO, *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil: Capitalização de Sociedades*, ed. Almedina, Coimbra, 2012, p.449

<sup>312</sup> DE TARSO DOMINGUES, PAULO, “A figura do capital social: Cinderela ou gata borralheira?” en *Congresso Comemorativo dos 30 anos do Código das Sociedades Comerciais*, ed. Almedina, Coimbra, 2017, pp.166 ss.

<sup>313</sup> DE TARSO DOMINGUES, PAULO, “A figura do capital social: Cinderela...”, cit., p.166: “a função de produção ou financiamento, a função de organização, a função de avaliação econômica da sociedade (nomeadamente para efeitos de distribuição de lucros) e a função de garantia.”

<sup>314</sup> VENTURA, RAÚL, *Sociedade por Quotas. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, vol. I, ed. Almedina, Coimbra, 1989, p.113: “desistir da fixação de um capital mínimo poderá conduzir a um pior resultado prático pois poderia significar abrir a porta à inviabilidade declarada e, por outro lado, permitir ainda mais facilmente a limitação da responsabilidade dos sócios a montantes irrisórios, ou seja, aceitar claramente uma irresponsabilidade de facto dos associados”.

inviabilidad decretada, además de, fomentar la formación del capital social con montos insignificantes.

Otorgándole a los socios menos compromiso en el cumplimiento de sus deberes sociales, al permitirles aportar cantidades mínimas, por lo que favorece la subcapitalización de las sociedades.

De igual manera lo hace, el hecho de no existir un capital mínimo legal que sea concebido para la consecución del objeto social o actividad económica que la sociedad ejercerá en virtud del giro del negocio al que pretende dedicarse; o, que no le permita asumir los riesgos propios de la enunciada actividad, lo que es denominado como: “*principio de congruencia o adecuación del capital al objeto de la sociedad*”<sup>315</sup>.

Debe considerarse que, “*las sociedades tienen necesidades de capital distintas, de acuerdo con el volumen de negocios y los riesgos económicos involucrados en el tipo de actividad que ejercen*”<sup>316</sup>, como sería el caso transcrito por la doctrinaria que citamos, de las sociedades que realizan operaciones de carácter financiero que sí tienen la obligación de tener un capital mínimo social más elevado.

Por lo que, ante la ausencia de esta consideración sobre el capital adecuado para la compañía, genera una “*transferencia del riesgo empresarial de los socios para el ámbito de los terceros*”<sup>317</sup>.

Cabría preguntarnos como podría enunciarse el tema de la subcapitalización en un escenario donde el capital social tiende a ser minimizado y hasta a desaparecer, siguiendo tendencias de otros países como Estados Unidos de América.

No obstante, la indicación es que si bien se elimina la exigencia de un capital mínimo social para conformar una sociedad limitada, una vez conformada subsiste la obligación de dotar a la sociedad del capital necesario para su funcionamiento<sup>318</sup>; y, el régimen estricto de la dotación de capital social y el cumplimiento de los socios con respecto de este deber, sigue siendo el mismo.

---

<sup>315</sup> NEVES XAVIER, JOSÉ TADEU, “Considerações sobre a Necessidade de Resgatar o Conceito de Capital Social: Análise da Crise (ou Redefinição) da Noção de Capital Social”, RES Síntese de Direito Empresarial, n° 42, 2015, p.147.

<sup>316</sup> APARICIO MEIRA, DEOLINDA, O Contrato de Suprimento enquanto..., cit.

<sup>317</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, O Capital Social das Sociedades por Quotas..., cit., pp. 45 ss.

<sup>318</sup> DE TARSO DOMINGUES, PAULO, “A figura do capital social: Cinderela...”, cit., p.177.

En casos de presentarse una pérdida grave del capital social, implicando una subcapitalización de la sociedad; y un riesgo para los acreedores debido a la función de garantía del capital social, podría atenuarse la responsabilidad de la sociedad frente a estos, en virtud de la obligación de publicidad de la información contable<sup>319</sup>, en los términos establecidos en el Código de Sociedades Comerciales de Portugal.

En esta información, se debe señalar el monto del capital propio de la sociedad de acuerdo al último estado financiero aprobado, siempre que fuere igual o inferior a la mitad del capital social.

Existiendo también, la posibilidad de responsabilizar civilmente<sup>320</sup> a los administradores que no cumplieren con la obligación establecida en el artículo 171, numeral segundo del Código de Sociedades Comerciales de Portugal, si los acreedores demostraren que si hubieren conocido la situación económica de la sociedad no le hubieren concedido el préstamo correspondiente.

Debe resaltarse que la doctrina societaria portuguesa, incluye a la subcapitalización material de la sociedad, dentro de las conductas societarias que pudieren acarrear una aplicación del levantamiento del velo jurídico<sup>321</sup> para responsabilizar<sup>322</sup> a los socios por sus actuaciones, haciéndoles responder por las deudas sociales.

En esto encontramos una diferencia con el ordenamiento jurídico de otros países como el Ecuador, que estudiamos en el capítulo donde abordamos el estudio de la personalidad jurídica y sus excesos, donde ni siquiera mencionan a la subcapitalización como conducta

---

<sup>319</sup> CSCP. Artigo 171. “Menções em actos externos. 1 - Sem prejuízo de outras menções exigidas por leis especiais, em todos os contratos, correspondência, publicações, anúncios, sítios na Internet e de um modo geral em toda a actividade externa, as sociedades devem indicar claramente, além da firma, o tipo, a sede, a conservatória do registo onde se encontrem matriculadas, o seu número de matrícula e de identificação de pessoa colectiva e, sendo caso disso, a menção de que a sociedade se encontra em liquidação. 2 - As sociedades por quotas, anónimas e em comandita por acções devem ainda indicar o capital social, o montante do capital realizado, se for diverso, e o montante do capital próprio segundo o último balanço aprovado, sempre que este for igual ou inferior a metade do capital social.”...

<sup>320</sup> DE TARSO DOMINGUES, PAULO, “A figura do capital social: Cinderela...”, cit., p.171.

<sup>321</sup> DE TARSO DOMINGUES, PAULO, *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil: Capitalização...*, cit., p.455: “A subcapitalização material é, efetivamente, um dos casos típicos em que tem sido defendida a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais, fazendo os sócios responder pelas dívidas sociais”.

<sup>322</sup> Sentencia de los Tribunales de Justicia de Portugal. Tribunal da Relação de Lisboa: Acórdão de 2012-03-29. Processo n.º 1751/10.7TVLSB.L1-2. Cita al autor Jorge Manuel Coutinho de Abreu, en su obra “Curso de Direito Comercial Volume II. Das Sociedades.”

propia que se encuadre dentro del abuso de la personalidad jurídica, debiendo adecuársela a comportamientos similares previamente establecidos.

Con respecto a la subcapitalización nominal, la legislación societaria portuguesa, contempla la figura del “contrato de suprimento”<sup>323</sup>, que es un medio de “suplir” la falta de capitalización de la sociedad, mediante préstamos<sup>324</sup> de dinero o cosas fungibles que otorgan los socios a la sociedad, para evitar realizar un aumento de capital; quedando obligada ésta a restituir en forma similar lo prestado.

Este contrato tiene como partes intervinientes en su celebración, por un lado a la compañía que corresponde a la parte deudora y por otro lado al socio que realiza el préstamo quién no necesita una autorización<sup>325</sup> de la junta general de socios.

La naturaleza del contrato de suprimento, es que no puede tratarse de un tercero, que no sea socio, quién efectúa el préstamo a la sociedad; así como también el préstamo debe tener un carácter de permanente, no pudiendo esperar que su restitución se realice en un corto período, de manera que permita que la sociedad pueda recuperarse y cumplir con sus obligaciones adquiridas.

El plazo de devolución del préstamo, debe ser pactado por las partes, considerando la característica de “permanencia” que le otorga la Ley; también puede contar entre las estipulaciones el establecimiento de intereses sobre lo prestado.

Sobre esta figura del contrato de suprimento que consta estipulada en la legislación portuguesa, como medio para dotar a la sociedad del capital necesario para poder cumplir con sus actividades económicas estipuladas en el contrato de sociedad, la consideramos novedosa.

---

<sup>323</sup> CSCP. Artigo 243. “*Contrato de suprimento. 1 - Considera-se contrato de suprimento o contrato pelo qual o sócio empresta à sociedade dinheiro ou outra coisa fungível, ficando aquela obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade, ou pelo qual o sócio convencionou com a sociedade o diferimento do vencimento de créditos seus sobre ela, desde que, em qualquer dos casos, o crédito fique tendo carácter de permanência.*”...

<sup>324</sup> MOTA PINTO ALEXANDRE, *Do contrato de Suprimento. O Financiamento da Sociedade entre capital próprio e capital alheio*, ed. Almedina, Coimbra, 2002, pp.14 ss.: “*No intuito de alcançar a maior soma de vantagens (o maior lucro) com o menor dispêndio patrimonial possível, e no uso da sua liberdade de financiamento da sociedade, os sócios das sociedades comerciais portuguesas efectuam suprimentos com frequência, minimizando os seus próprios riscos face à possibilidade de insucesso empresarial*”.

<sup>325</sup> CSCP. Artigo 244. “*Obrigaçao e permissao de suprimentos... 3 - A celebraçao de contratos de suprimentos não depende de prévia deliberação dos sócios, salvo disposição contratual em contrário*”.

Aunque, de la misma manera, se trate de capital ajeno para financiar a la sociedad, que deberá ser devuelto a sus prestamistas. La diferencia radica en la existencia de un instrumento, que es el contrato de suprimiento, en el que constan los términos a los que están sujetas las partes intervinientes.

Puesto que, a lo largo del análisis de la infracapitalización que hemos desarrollado en esta tesis, sustentamos la idea que si bien la sociedad debe tener el capital suficiente y adecuado para la consecución de su finalidad social.

Este capital debe provenir de un ingreso efectivo a la sociedad que conste como capital de riesgo, por lo que sostenemos que debería realizarse un aumento de capital, mediante una reforma de estatutos.

Sin embargo, observamos una solución diferente del legislador portugués frente a la posibilidad de una insuficiencia de capital, tratando de evitar “procedimientos engorrosos” que implican una reforma de estatutos para aumentar el capital por lo que favorece el contrato de suprimiento como medio más efectivo de capitalizar a la sociedad.

Hay que destacar que este préstamo que realiza el socio a la sociedad, en caso que se produzca la disolución o quiebra<sup>326</sup> de ésta, solamente podrá ser restituido al socio acreedor, luego de haberse satisfecho las acreencias de los terceros, siendo calificados como créditos subordinados<sup>327</sup>. Tampoco se podrá realizar compensación de créditos de la sociedad con el préstamo de suprimiento.

## IX. INFRACAPITALIZACIÓN EN EL DERECHO ECUATORIANO

### 1. LA CRISIS ECONÓMICA ECUATORIANA EN LA DÉCADA DE 1990

Incluiremos dentro de este capítulo una referencia histórica sobre la posición jurídica del Ecuador, en relación con la infracapitalización nominal, en los grupos económicos, por

---

<sup>326</sup> CSCP. Artigo 245. “Regime do Contrato de suprimimento... 3 - Decretada a falência ou dissolvida por qualquer causa a sociedade: a) Os suprimimentos só podem ser reembolsados aos seus credores depois de inteiramente satisfeitas as dívidas daquela para com terceiros; b) Não é admissível compensação de créditos da sociedade com créditos de suprimimentos...”

<sup>327</sup> Encontramos semejanza en el tratamiento de este préstamo de suprimiento con el tratamiento que reciben los créditos subordinados y que constan en las disposiciones respectivas en el texto refundido de la Ley Concursal española.

considerarlo lo más cercano a la tentativa del reconocimiento de la existencia de esta realidad y la intención de corregirla.

Algunos de los antecedentes que promovieron la crisis económica sufrida por el país, se caracterizaron por la existencia de préstamos entre compañías vinculadas para ocultar la infracapitalización existente entre las sociedades que integraban a los grupos económicos societarios.

Situación, que motivó la necesidad de modificar la normativa que se consideraba que propiciaba la vulneración de los derechos de los acreedores relacionados contractualmente con estas entidades.

Esta coyuntura, fue originada principalmente por la administración dolosa y fraudulenta de compañías vinculadas, acompañada de la realización de operaciones crediticias que, aunque amparadas en las leyes vigentes de la época, eran realizadas con un claro intuito de ocultar situaciones de insuficiencia de capital de las sociedades integrantes de los grupos económicos.

Se lo realizaba mediante concesiones de préstamos entre las compañías que conformaban el mismo grupo económico, burlando la fe pública y perjudicando a todo el sistema económico del país.

A mediados de la década de los 90, el Ecuador atravesó por una crisis económica severa, que tuvo diversas causas, entre las más relevantes, un conflicto bélico de carácter limítrofe con su vecino país del sur, el Perú; una crisis energética<sup>328</sup> que produjo innumerables pérdidas millonarias en los sectores público y privado.

Obligando a los ciudadanos a replantear sus rutinas y a los empresarios a buscar la forma de evitar un cierre brusco de sus negocios con el nuevo y adverso panorama que se presentaba, todo esto por la urgencia de adelantar los horarios para poder aprovechar la luz natural por más tiempo y economizar la escasa energía eléctrica.

El denominado Fenómeno de El Niño<sup>329</sup>, también contribuyó con la profundización de la crisis, ocasionando la destrucción de sembríos y cosechas, así como también un sinnúmero

---

<sup>328</sup> EL COMERCIO, diario. La “hora de Sixto” fue en 1993. Noticia publicada el 10 de noviembre de 2009. Disponible en: <http://www.elcomercio.com/actualidad/hora-sixto-1993.html>

<sup>329</sup> EL COMERCIO, diario. El Niño azotó a Ecuador. Noticia publicada el 8 de agosto de 2009. Disponible en: <http://www.elcomercio.com/actualidad/nino-azoto-ecuador.html>

de estragos en carreteras, escuelas, puentes, caseríos y vías de acceso público en todo el litoral ecuatoriano.

A la afectación de la producción en el sector agrícola, se sumó la baja en los precios del petróleo, que constituye una fuente de ingresos económicos de gran importancia para el Estado ecuatoriano.

Además de los factores naturales y estratégicos enunciados, es menester mencionar lo que es más interesante para el desarrollo de nuestro estudio, que fue la crisis bancaria acontecida en esta década.

A semejanza, de los motivos que desencadenan este tipo de crisis financiera y social a nivel mundial, atendiendo especialmente a los aspectos microeconómicos, las razones políticas que coadyuvaron con el insostenible momento económico por el cual atravesó el pueblo ecuatoriano, se pueden resumir en la falta de seriedad de los banqueros como depositarios de los ahorros de los ciudadanos.

Entre estos factores que merecen destacarse, tenemos los siguientes: “...*la debilidad en la regulación y supervisión bancarias, los inadecuados sistemas de contabilidad, la precipitación en los esquemas de liberalización financiera, la cartera vencida y margen de intermediación financiera, la participación estatal en la propiedad de los bancos y el otorgamiento de los créditos a partes relacionadas, y por último los problemas de información asimétrica*”<sup>330</sup>.

Las circunstancias que afectaron la economía, citadas anteriormente, contribuyeron con el problema de iliquidez de los bancos y compañías mercantiles y del sistema financiero en general.

Esta crisis se evidenció en la disminución de la capacidad de ahorro de los cuentahabientes y el decrecimiento del otorgamiento de créditos, por lo que se inhibieron las inversiones y los proyectos sociales.

En síntesis, se tomaron medidas de austeridad en los gastos tanto en la esfera pública como en la privada, resultando en la afectación de la economía del país, y por ende al sistema financiero y bancario.

---

<sup>330</sup> MANCERO ESPINOZA, JORGE DANIEL, “La Crisis Bancaria Ecuatoriana ¿Una Crisis Diferente?. Comentario Internacional”, RCAEI, n.º. 1, 2001, p. 126.

Cabe recalcar que este escenario fue dispuesto por la promulgación de una Ley que estaba caracterizada por su estilo liberal, al disminuir la regularización y control de las entidades que formaban parte del sistema financiero; nos referimos a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero<sup>331</sup>, que propició la quiebra de algunos bancos de pequeño y gran tamaño.

## 2. CRÉDITOS VINCULADOS EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO DEL ECUADOR ANTES DE LA REFORMA

Para comprender de mejor manera las causas que contribuyeron con la crisis económica, producida por los motivos enunciados, incluyendo la infracapitalización nominal por el otorgamiento de préstamos entre las compañías vinculadas dentro de un mismo grupo económico, es necesario comprender el marco legal que existía en ese momento, que se prestaba para estas situaciones.

Por lo que, además del conjunto de factores ajenos al derecho, que aludimos en líneas anteriores; es conveniente revisar la disposición contenida en la derogada Ley General de Instituciones del Sistema Financiero ecuatoriana, para determinar su injerencia en la citada crisis.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero que pretendía modernizar y fortalecer el sistema financiero nacional, incorporaba normas que liberalizaban en exceso<sup>332</sup> la actuación de las entidades del sistema financiero.

Esta disposición contemplaba la opción a las entidades financieras de solicitar un préstamo subordinado que sería, según lo dispuesto en la norma, considerado como patrimonio técnico de la institución por un plazo de un año, vencido el cual, se computaría como capital y deberían emitirse las correspondientes acciones que reflejen dicho valor del capital, todo esto para subsanar las deficiencias patrimoniales de los bancos.

La citada Ley, contenía disposiciones que promovían la permisibilidad del otorgamiento de créditos entre compañías vinculadas para los cuales había pocas exigencias de requisitos y de presentación de garantías.

---

<sup>331</sup> LGISFE. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 439 del 12 de mayo de 1994.

<sup>332</sup> LIMA PINHEIRO, JULIANO, *Mercado de Capitais, Fundamentos...*, cit., p.131: “...*Uma regulamentação inadequada permite que os bancos operem sem limites aumentando sua exposição ao risco...*”



Al mismo tiempo, se observaba la creación de los grupos que se denominaban “financieros”<sup>333</sup>, concepto incorporado en la norma, atendiendo a las entidades que los integraban.

Estos grupos financieros podían estar compuestos por Casas de Valores, Administradoras de Fondos, Almacenes Generales de Depósitos, Compañías de Seguros y Reaseguros, Compañías Auxiliares de Servicios Financieros y subsidiarias como Compañías de Arrendamiento Mercantil, integrando en esta categoría compañías pertenecientes al régimen societario<sup>334</sup>.

El artículo 73 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero<sup>335</sup>, fue uno de los instrumentos que coadyuvó a la crisis bancaria del Ecuador en la década de los 90 al contener una disposición que permitía los denominados créditos vinculados.

Considerados de esta manera por su característica de ser otorgados entre sujetos o compañías relacionadas por su participación en el capital accionario una de otra o por mantener vínculos

---

<sup>333</sup> LGISFE. Art. 57.- “Para efectos de esta Ley, se entenderá por grupo financiero al integrado por:  
a) Una sociedad controladora que posea un banco o una sociedad financiera privada, una compañía de seguros y reaseguros sociedades de servicios financieros o auxiliares previstas en esta Ley, las instituciones previstas en la Ley de Mercado de Valores, así como las subsidiarias del país o del exterior de cualesquiera de las mencionadas; y,

b) Un banco o sociedad financiera que posea una compañía de seguros y reaseguros, sociedades de servicios financieros o auxiliares previstas en esta Ley, las instituciones previstas en la Ley de Mercado de Valores, así como las subsidiarias del país o del exterior de cualesquiera de éstas...”

<sup>334</sup> Reforma a la Ley de Compañías, que incluyó por primera vez el concepto de compañía Holding o Tenedora de Acciones mediante Art. agregado por Ley No. 31, publicado en Registro Oficial Suplemento 199 de 28 de Mayo de 1993.

<sup>335</sup> LGISFE. (antes de la reforma) Art. 73.- “Sin perjuicio de los cupos individuales de crédito establecidos en el Art. anterior, la suma de las operaciones activas de crédito, inversiones directas, indirectas, contingentes y descuentos o redescuentos de las personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente con la propiedad o administración de una institución del sistema financiero, de sus subsidiarias o de su sociedad controladora, no podrán exceder del cincuenta por ciento (50%) del patrimonio técnico de la institución financiera. Este límite se extenderá hasta el cien por ciento (100%) del patrimonio técnico si lo que excede del cincuenta por ciento (50%) corresponde a obligaciones caucionadas con garantía de bancos nacionales o extranjeros de reconocida solvencia o por garantías adecuadas, admitidas como tales, mediante normas de carácter general expedidas por la Superintendencia. En ningún caso la garantía adecuada podrá tener un valor inferior al ciento veinte por ciento (120%) de la obligación garantizada.

En todo caso, las operaciones previstas en este Art. cualquiera que fuere su nombre o modalidad, deberán ser conocidas por el directorio de la institución, constancia de lo cual deberá enviarse a la Superintendencia.

Corresponde a la Superintendencia determinar, mediante normas generales, los criterios para calificar a las personas naturales o jurídicas que deben considerarse vinculadas a la propiedad o administración de la institución del sistema financiero.

Las instituciones del sistema financiero privado, deberán informar en sus estados financieros individuales y en los del grupo financiero o en las notas complementarias, el monto de operaciones concedidas a personas naturales o jurídicas vinculadas o relacionadas, siéndoles aplicables las excepciones constantes en el Art. Anterior”.

entre los órganos administrativos, o lo que es lo mismo, compañías que forman parte de un mismo grupo económico.

Para el caso de la hipótesis contemplada en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, son los créditos entre las compañías que forman parte de los grupos financieros catalogados de esta forma por estar ligados directa o indirectamente a la propiedad o administración de una institución del sistema financiero.

Esta norma dejaba abierta la posibilidad a los banqueros de manejar las operaciones de crédito como ellos consideraran convenientes, lo cual hacían especialmente a su favor con muy pocos limitantes, constituyendo en muchas ocasiones la cuenta crédito a favor de bancos y otras entidades del sistema financiero, la que reflejaba la mayor cantidad del patrimonio de las sociedades financieras o sus vinculadas.

Uno de los problemas radicaba en que muchas veces no se respetaban los montos máximos establecidos por la Ley para la concesión de este tipo de créditos entre entidades vinculadas, excediéndose los valores de los mismos, que debían estar relacionados con el patrimonio técnico de la institución financiera, con lo cual también se extralimitó la capacidad de endeudamiento.

El artículo establecía que las operaciones crediticias entre las sociedades vinculadas, que describía al comienzo de la norma, debían ser deliberadas por el directorio del Banco con lo que dejaba un margen de discrecionalidad bastante amplio para los ejecutivos de las instituciones financieras.

Luego debían ser remitidas al organismo de control quién era el encargado de calificar la existencia de la denominada vinculación entre las compañías o personas naturales a la propiedad o administración de la institución financiera.

El procedimiento constante en el precepto normativo, no aportaba ninguna consecuencia práctica a efectos de un efectivo control, porque la Superintendencia de Bancos solamente podría realizar esta calificación mediante el análisis y la aplicación de las “normas generales”.

No les era permitido hacer un estudio más profundo y particular para cada caso, lo que dejaba un espacio muy abierto para la interpretación de los administrados y poco campo de actuación a la entidad controladora.

Los créditos para las compañías que formaban parte del mismo grupo económico societario, eran otorgados con ninguna o poca garantía que pudiese resultar efectiva al momento de hacerse exigible, por lo que no ofrecía un real aval debido a su inadecuada instrumentalización.

Esta práctica se fundamentaba en que la institución financiera cubría sus actividades económicas mediante maniobras de traspaso de capital entre sus compañías relacionadas; lo cual era permitido por la Ley al no contemplarse un verdadero control que sea eficiente y estricto.

El marco normativo existente en ese momento, propició estos problemas, considerando los inconvenientes económicos que tenía el país debido a los grandes gastos y por ende desembolsos de dinero que tuvo que hacer, con la finalidad de mitigar y afrontar las situaciones que sobrevinieron a consecuencia de los desastres naturales y el conflicto armado suscitado.

En este panorama de la difícil situación económica del país acompañada de las altas tasas de interés vigentes en la época, así como el poco plazo que había para el cumplimiento de estos créditos; las compañías vinculadas a los grupos financieros comenzaron a tener dificultades en el cumplimiento de los compromisos económicos adquiridos, generando iliquidez en los bancos.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, actualmente derogada, fue objeto de muchas reformas que fueron publicadas en el Registro Oficial del 31 de julio de 1996, entre ellas la del artículo 73<sup>336</sup>.

Que consistió, en suprimir definitivamente los denominados créditos vinculados, mediante el establecimiento de la prohibición de los préstamos vinculados a personas naturales o jurídicas ligadas directa o indirectamente con los administradores o accionistas de las sociedades del sistema financiero, sus subsidiarias o su sociedad controladora.

### 3. EL CASO BANCO CONTINENTAL Y LA INFRACAPITALIZACIÓN EN LOS GRUPOS.

---

<sup>336</sup> LGISFE. Art. 73.- *“Se prohíbe efectuar operaciones con personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente con la administración o la propiedad de una institución del sistema financiero, de sus subsidiarias o de su sociedad controladora...”*. Reforma Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 1000 del 31 de julio de 1996.

Uno de los primeros casos con el que comenzó esta crisis económica ecuatoriana, tuvo como protagonistas al Grupo Financiero Conticorp, quien tenía como uno de sus integrantes al Banco Continental, que era muy reconocido en el medio bancario y gozaba de la credibilidad de sus clientes.

El Banco Continental comenzó sus operaciones en el año 1975<sup>337</sup>, por iniciativa de Don Leonidas Ortega Moreira y sus hijos los Ortega Trujillo, formaba parte del grupo económico denominado CONTICORP S.A., que a su vez estaba conformado por compañías intermediarias de valores, casas de valores, compañías administradoras de fondos, bancos, entre otras.

En el año de 1995, el Banco Continental gozaba de una buena reputación e imagen a nivel nacional e internacional y contaba con una gran cantidad de clientes, *“Esta institución era el 5° banco privado más grande del Ecuador, manejaba alrededor del 9% de los activos, pasivos y patrimonio del sistema bancario privado y registraba alrededor de 240.000 depositantes”*<sup>338</sup>.

El Banco Continental, era la cabeza del grupo económico del cual formaba parte, que estaba compuesto, entre otras compañías, por financieras para adquisición de vehículos (Financonti)<sup>339</sup> y compañías de arrendamiento mercantil (Contileasing); por lo que tenían un gran volumen de negocios y entregaban una cantidad considerable de créditos con esta finalidad.

Dentro de los grupos económicos, especialmente cuando se trata de grupos financieros, que tienen entre sus integrantes instituciones bancarias, en las fechas citadas, con la amplia discrecionalidad que tenían los administradores de estas sociedades, amparados en la Ley de la materia vigente, los banqueros comenzaron a abusar de los denominados créditos vinculados.

---

<sup>337</sup> EXPLORED, Archivo Digital. Continental Historia de una Crisis. Publicación del 30 de Octubre de 1997. Disponible en: <http://hoy.tawsa.com/noticias-ecuador/continental-historia-de-una-crisis-111427.html>

<sup>338</sup> Publicación de Banco Central del Ecuador. Memoria Anual 1996. “Situación del Sistema Bancario y Financiero”, p.74

<sup>339</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Segunda Sala de lo Penal, publicada en el Registro Oficial No.411 del 13 de septiembre de 2001. VISTOS: *“...Que el señor Pablo Ernesto Viteri Utreras, en su calidad de representante legal del Banco Continental SA., demanda ante el Juez Décimo Primero de lo Civil de Pichincha la aprehensión del vehículo señalado, afirmando que el señor Hernán Ramiro López Ortiz lo ha vendido con reserva de dominio a la señora Gilma Correa Ulloa, habiéndose cedido el crédito a favor de FINANCONTI S.A., la que se fusionó y fue absorbida por el Banco Continental...”*

Mediante los cuales, el banco concedía préstamos a las sociedades integrantes del grupo<sup>340</sup>, concentrando la mayoría del capital destinado a las operaciones crediticias de los clientes, en sus compañías relacionadas.

Esto se suscitó porque la ley no imponía límites a ese respecto, y los organismos de control se encontraban disminuidos en su actuación debido al marco legal excesivamente tolerante que regía la materia.

A mediados del año 1995, el Banco ya comenzaba a presentar problemas de iliquidez debido a la crisis económica por la que atravesaba el país, lo cual generó una gran contracción en la economía de los ecuatorianos y provocó la disminución de la concesión de créditos en general.

Esto se debió, en gran parte a la falta de inversión y al aumento en las tasas de interés bancario que crecieron de manera desmedida; estos factores provocaron que se produzca el crecimiento de la cartera vencida del banco, que comenzaba a sentir los efectos del rápido aumento de los créditos que confería a las compañías que formaban parte de su grupo económico.

Esta situación de déficit patrimonial que comenzaba a presentar el Banco Continental, obligó al Banco Central como ente rector de la economía ecuatoriana, a realizar constantes préstamos a la entidad para fortalecerla de acuerdo a la política monetaria del gobierno de turno, pero lejos de utilizar el dinero para resguardar los depósitos de los cuentahabientes, estos fondos tuvieron otro destino.

Lo que hacían los órganos administrativos del Banco con dificultades, era respaldar y aumentar el capital de las compañías vinculadas que formaban parte del grupo económico, contribuyendo a colocar en situación de insolvencia al Banco, al percibir que el Estado lo ayudaba a seguir funcionando.

Los inconvenientes duraron un corto tiempo y no había forma visible de evitar la caída de uno de los mayores bancos del país, lo que indudablemente ocasionaría un ambiente de

---

<sup>340</sup> SALGADO, WILMA, Desencadenantes y Beneficiarios de la Crisis Económica en el Ecuador, RES Ecuador Debate, n° 48, 1999, p. 11 *“En esas condiciones, los accionistas de los bancos, tendieron a fortalecer la situación financiera de sus empresas vinculadas, a costa de deteriorar la situación financiera de los bancos, en la confianza de que estos últimos podían acceder a los créditos del Banco Central, en el marco de las disposiciones financieras vigentes”*.

escepticismo y recelos entre los depositantes, arrastrando a otras entidades financieras similares en su debacle.

En vista de estas circunstancias, el Banco Central del Ecuador<sup>341</sup>, decidió otorgar un préstamo subordinado<sup>342</sup> con la finalidad de acrecentar el patrimonio del Banco Continental, al amparo de las estipulaciones que constaban en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

Las autoridades monetarias estimaron que si no se concedía este préstamo, el Banco podía estar en grave riesgo de insolvencia y acarrearía un pánico financiero, menoscabando la confianza del público que ya estaba debilitada en el sistema financiero, en un momento considerado crucial para el país, debido a los hechos recientes que lo aquejaban, lo cual no era conveniente<sup>343</sup>.

Esta solución visualizada por las autoridades económicas para recuperar esta entidad financiera, no tuvo los efectos positivos deseados, sino más bien todo lo contrario, porque se estableció posteriormente, en las acciones judiciales<sup>344</sup> planteadas contra el Banco

---

<sup>341</sup> Persona Jurídica de Derecho Público, que en la época, conforme a la Constitución vigente, tenía a su cargo la ejecución de la política monetaria del Ecuador.

<sup>342</sup> LGISFE. (antes de la reforma) Art. 147.- *“Las instituciones del sistema financiero privado del país o las sucursales de instituciones financieras del extranjero que funcionen en el país, así como las instituciones financieras del exterior de primer orden debidamente calificados y autorizados por la Superintendencia de Bancos podrán, previa autorización de la Superintendencia y acuerdo de su directorio, suscribir acciones representativas de un aumento de capital de otra institución que se encuentre en la situación prevista en los Arts. 145 y 146. Asimismo, podrán otorgarle un préstamo denominado subordinado, computable como patrimonio técnico en la entidad receptora, siempre que el plazo del mismo no exceda de un año. Cumplido este plazo, el préstamo se convertirá por compensación, de pleno derecho, en capital y se emitirán las acciones que correspondan. Sin embargo, antes del vencimiento de dicho plazo, el préstamo solo podrá ser pagado con el producto de un aumento de capital.*

*En ningún caso el valor pagado por las acciones suscritas o del préstamo subordinado, podrá representar más del cuarenta por ciento (40%) del patrimonio técnico de la institución aportante o prestamista.*

*Las instituciones que suscriban las acciones o que hayan otorgado el préstamo subordinado, deberán vender las acciones correspondientes, dentro del plazo máximo de doce meses, a inversionistas no relacionados con su propiedad o administración. Vencido este plazo, si no se han transferido las acciones, deberán reducirse completamente la inversión de su activo o resolver fusionarse con la entidad receptora dentro de los noventa días siguientes.*

*Si hubiese transcurrido los noventa días siguientes a la conclusión del plazo original y no se hubiese resuelto la fusión, la Superintendencia dispondrá el remate de las acciones en pública subasta. Si las acciones perteneciesen a más de una institución financiera, la fusión se hará con la que haya tomado la mayor participación, pudiendo adquirir el resto de las acciones a las demás instituciones financieras. En caso que hayan participado dos o más instituciones a prorrata la Superintendencia dictaminará cual institución practicará la fusión”.*

<sup>343</sup> Publicación del Banco Central del Ecuador. Memoria Anual 1996. “Situación del Sistema Bancario...”, cit., p.74.

<sup>344</sup> EXPLORED, Archivo Digital. Continental: Maraña Judicial. Publicación del 10 de Junio de 1997. Disponible en: <http://hoy.tawsa.com/noticias-ecuador/continental-marana-judicial-108229.html>

Continental que existía una conducta desleal y antijurídica por parte de los directivos de esta Institución.

Compuesta por muchas falsedades y artimañas como la piramidación de capitales, aumentos ficticios de capital, falsedad en la información contable presentada a la Superintendencia de Bancos, que es la entidad técnica de control competente que vigila las entidades que conforman el sistema financiero ecuatoriano.

En fin, como decían en los informes técnicos de las entidades competentes, existían *“errores en la administración y gestión del Banco Continental, conjuntamente con los choques externos y en asociación a un proceso de liberalización financiera y una débil supervisión bancaria, fueron los factores que en conjunto determinaron que en el mes de marzo 1996 esta entidad presente una aguda crisis financiera que la condujeron a un estado de insolvencia”*<sup>345</sup>.

Estos eventos, apuntaron para otra de las falencias de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que es la de no contemplar entre las sanciones, a los directivos de las entidades financieras en problemas.

No estipulaba la posibilidad de responder con sus patrimonios personales<sup>346</sup>, con lo cual solo quedaba comprometido el capital que habían aportado para conformar el banco, lo que debe haber sido suficiente motivación para conceder préstamos a las compañías vinculadas a la Institución bancaria, donde tendrían asegurado su capital en caso de presentarse algún problema.

Esta manera de manejar las operaciones de crédito, que constituía una forma convencional de actuar de los banqueros de lo cual tenemos como ejemplo, lo sucedido en el caso estudiado del Banco Continental, otorgando créditos en favor de las compañías vinculadas, configura una conducta de infracapitalización nominal en los grupos económicos.

Esto se produce al ubicarse la entidad bancaria en la posición de acreedora de la compañía perteneciente al grupo económico del cual también forma parte, y de la misma manera es cabeza del mismo.

---

<sup>345</sup> Publicación del Banco Central del Ecuador. Memoria Anual 1996. “Situación del Sistema Bancario...”, cit., p.77.

<sup>346</sup> BRITO, VANESSA, “La Crisis Bancaria puede Profundizarse”, RES Gestión, 1999. Comentario que consta en este Art.: *“...en el Ecuador se reparten las ganancias únicamente a los accionistas, pero se nacionalizan las pérdidas, porque el costo de cualquier banco que quiebra siempre es pagado, aunque sea parcialmente, por la sociedad.”*

Con lo que se produce la interposición de identidades, constatándose en el mismo sujeto la calidad de beneficiario del crédito y a su vez acreedor del mismo; vulnerándose los derechos de otros acreedores.

Al existir la figura de la responsabilidad limitada de la que gozan las sociedades anónimas como los bancos, la única forma de impedir que se vulneren los derechos de los clientes y se recupere la fe pública.

Considerando que esta confianza es un presupuesto esencial que deben poseer las instituciones que se dedican a la intermediación de dinero, por lo que se hace necesario recurrir al levantamiento del velo jurídico de las personas jurídicas que forman parte del grupo empresarial.

De esta manera, se responsabilizaría a los beneficiarios de estas maniobras fraudulentas consistentes en disipar los depósitos de los clientes del banco y poder recuperar el dinero de éstos.

A la luz de la denominada Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, antes de su reforma, observamos como operaba la infracapitalización en los grupos económicos financieros ecuatorianos, promovida por los órganos de administración de las compañías integrantes y amparados en la normativa vigente.

Lo cual nos lleva a concluir que, además de todos los factores que pueden coadyuvar a que se presente la infracapitalización en las sociedades, también es muy importante la promulgación apropiada de normativa, con la finalidad de evitar que se produzca esta situación.

#### 4. APORTES PARA FUTURA CAPITALIZACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA INFRACAPITALIZACIÓN NOMINAL

Analizando la normativa societaria ecuatoriana referente a la infracapitalización, debemos enfocarnos a dónde se la contempla o a las formas de prevenirla; y, dentro de los supuestos de infracapitalización nominal, qué ocurre cuando la sociedad ha compensado su falta de capital de riesgo, con los préstamos recibidos de los propios socios



Estos préstamos con los cuales, no se procede a integrar el capital social de la compañía, porque no se hace el correspondiente aumento de capital como lo dispone la ley de la materia<sup>347</sup>.

Entre las formas reconocidas de dotación de capital cuando la compañía necesita de mayor capital de riesgo, no consta una que se denomina “aportes para futura capitalización”<sup>348</sup>, que consiste en que: *‘hecho el aporte, de forma voluntaria, por el accionista, socio o tercero y una vez dada la aceptación respectiva por el representante legal de la compañía receptora, ésta lo registra en la cuenta patrimonial del mismo nombre, esto es "aportes para futura capitalización"’*<sup>349</sup>.

Esta forma de aportación de capital, no figura, como una manera de integrar el capital de la sociedad<sup>350</sup> en la Ley de Compañías, porque definitivamente no corresponde a un ingreso nuevo para la compañía.

---

<sup>347</sup> LCE. Art. 183.- “El pago de las aportaciones que deban hacerse por la suscripción de las nuevas acciones podrá realizarse:

1. En numerario, o en especie, si la junta general hubiere aprobado aceptarla y hubieren sido legalmente aprobados los avalúos conforme a lo dispuesto en los Arts. 156, 157 y 205;

2. Por compensación de créditos;

3. Por capitalización de reservas o de utilidades; y,

4. Por la reserva o superávit proveniente de la revalorización de activos, con arreglo al reglamento que expedirá la Superintendencia de Compañías y Valores.

Para que se proceda al aumento de capital deberá pagarse, al realizar dicho aumento, por lo menos el veinticinco por ciento del valor del mismo.

La junta general que acordare el aumento de capital establecerá las bases de las operaciones que quedan enumeradas.”

<sup>348</sup> Superintendencia de Compañías del Ecuador. Comisión del Proyecto para el aporte de las IFRS. 25 de noviembre de 2011.- APORTES DE SOCIOS O ACCIONISTAS PARA FUTURAS CAPITALIZACIONES.- “Comprende los aportes efectuados por socios o accionistas para futuras capitalizaciones, que tienen un acuerdo formal de capitalización a corto plazo (resolución de junta general de socios o accionistas), y que por lo tanto califican como patrimonio. Cuenta 302 del Patrimonio Neto”.

<sup>349</sup> Doctrina de la Superintendencia de Compañías 147. APORTES PARA FUTURA CAPITALIZACIÓN.

<sup>350</sup> Doctrina de la Superintendencia de Compañías 55. INTEGRACION O PAGO DEL CAPITAL SOCIAL CON CREDITOS.- “...De todo lo cual se sigue también que al recibir la compañía documentos a cargo de los propios socios en nada se incrementaría su patrimonio, puesto que tales documentos no representarían otra cosa que las mismas obligaciones ya contraídas por los socios en razón de la suscripción de las participaciones o las acciones. Y si tales documentos son suministrados por el suscriptor a la compañía bajo el entendimiento de que pueden ser “descontados”, al efectuarse esta operación, así como ingresan a las cuentas de disponibilidades de la compañía los valores provenientes del descuento, así también queda ésta, como contrapartida, obligada hacia el banco que ha otorgado el “descuento” en razón de la responsabilidad inmediata y solidaria que recae sobre el descontante. Por lo mismo, ni siquiera en estos casos podría admitirse que la compañía ha recibido un verdadero incremento patrimonial como debe acontecer cuando hay una real integración de capital.”.

Sin embargo, debido a la costumbre<sup>351</sup> de las compañías de aumentar su capital mediante los “aportes para futura capitalización”, el órgano de Control que es la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros ha visto la forma de hacerlo viable.

En virtud de lo cual, ha emitido una especie de regulación, por medio de sus doctrinas, dónde le proporciona el tratamiento de una compensación de créditos, que sí consta en la Ley<sup>352</sup> y permita que se utilice esta forma de aportación de capital.

Lo que caracteriza a los “aportes para futuras capitalizaciones” es que, luego de la reunión y resolución de la Junta General de socios, se podrá saber qué tipo de cuenta del estado financiero integrará este capital.

Si estas cantidades son capitalizadas, el socio aportante recibirá el equivalente en participación accionaria en el capital de la compañía; y, estos aportes pasarán a formar parte de la cuenta “capital”. Pero, si la decisión fuere contraria, lo que implica que estos valores deberán ser devueltos al socio, deberán ser registrados en el pasivo social de la compañía.

Esta operación contable, que comienza con un “un aporte voluntario” de los socios a la sociedad genera un crédito a favor del socio que lo realizó, y debe ser registrado en una cuenta patrimonial.

Esto es debido a que todavía falta la decisión correspondiente de la Junta General, sobre la forma en que deben de considerarse esos rubros provenientes de los “aportes para futura capitalización”.

Por lo que, en caso que la Junta de socios tome la decisión de devolver estos valores, considerándolos como préstamos realizados por los socios, éstos pasarían a formar parte del

---

<sup>351</sup> Doctrina de la Superintendencia de Compañías 147. APORTES PARA FUTURA CAPITALIZACIÓN: *“...La posibilidad de incrementar el capital suscrito con la reserva o superávit proveniente de la revalorización de activos, prevista en los ordinales 4 del artículo 183 y 5 del artículo 140 de la Ley de Compañías, no es contraria a la normativa societaria vigente; tampoco lo es a aquella por la que se introdujo en el país el sistema de la dolarización, pues permite la capitalización de reservas semejantes a las del superávit proveniente de la revalorización de activos. Tales son las reservas de capital (reexpresión monetaria y revalorización del patrimonio en virtud de la NEC 17), de valuación y de donaciones, cuyas formación y capitalización constan en los reglamentos sobre la materia. La arraigada costumbre de que las compañías anónimas, de economía mixta y de responsabilidad limitada eleven su capital por medio de los denominados “aportes para futura capitalización” ha llevado al organismo de control a encontrar una vía que jurídicamente posibilite la realización de esos aportes. Tal es el modo de extinguir las obligaciones llamado compensación de créditos; modo que, por lo demás, está considerado en los preinsertos artículos de la Ley de Compañías...”*

<sup>352</sup> LCE. Art. 183.- Numeral 2.

pasivo de la compañía, promoviéndose de esta manera, la infracapitalización nominal de la sociedad.

Con lo cual pueden estipularse intereses con respecto de estos préstamos; y en caso de una disolución y cancelación de la sociedad, los socios serían acreedores de la sociedad, ejerciendo los privilegios de ser parte de la sociedad que tiene problemas de liquidez y va a cerrar sus operaciones.

Esta forma de “capitalizar a la sociedad”, es acogida por ser una práctica común en las compañías del medio; sin embargo, como lo señala la Doctrina 147 que citamos, no constituye un título traslativo de dominio, y su naturaleza está sujeta a la decisión de los socios que integran la compañía.

Sin embargo, se realiza el “incremento” de capital de esta forma por varias razones, entre las que podemos citar, además de salvaguardar el patrimonio propio de los accionistas, también se lo realiza para evitar recurrir a los préstamos de las instituciones financieras u otros similares.

Debido a que los préstamos que no provienen de los mismos socios, están sujetos a pagar una alta tasa de interés, además de otros recargos dinerarios, debiendo someterse a un demorado estudio y tediosa calificación del crédito para su concesión.

Otra de las ventajas de integrar el capital por medio de la cuenta de aportes para futuras capitalizaciones, es que se le agrega a la compañía más importes económicos que generan una mayor cantidad de deducciones para el cálculo de la base imponible de impuesto a la renta<sup>353</sup>.

---

<sup>353</sup> LORTIE. Art. 10.- “Deducciones.- En general, con el propósito de determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos.

*En particular se aplicarán las siguientes deducciones: ...*

*2.- Los intereses de deudas contraídas con motivo del giro del negocio, así como los gastos efectuados en la constitución, renovación o cancelación de las mismas, que se encuentren debidamente sustentados en comprobantes de venta que cumplan los requisitos establecidos en el reglamento correspondiente. No serán deducibles los intereses en la parte que exceda de las tasas autorizadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, así como tampoco los intereses y costos financieros de los créditos externos no registrados en el Banco Central del Ecuador.*

*No serán deducibles las cuotas o cánones por contratos de arrendamiento mercantil o Leasing cuando la transacción tenga lugar sobre bienes que hayan sido de propiedad del mismo sujeto pasivo, de partes relacionadas con él o de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; ni tampoco cuando el plazo del contrato sea inferior al plazo de vida útil estimada del bien, conforme su naturaleza salvo en el caso de que siendo inferior, el precio de la opción de compra no sea igual al saldo del precio equivalente al de la vida útil restante; ni cuando las cuotas de arrendamiento no sean iguales entre sí.*

Conforme consta en las estipulaciones contenidas en la Ley de Régimen Tributario Interno, ocasionando un beneficio adicional para los inversionistas reunidos bajo una razón social común.

La administración tributaria<sup>354</sup> se ha preocupado de no dejar que se aprovechen de la personalidad jurídica para eludir el pago de las obligaciones tributarias como deberían hacerse.

Aunque, hay que anotar que la comprobación de la existencia de un acto fraudulento con la intención de perjudicar al fisco utilizando mecanismos disponibles, presenta cierto grado de dificultad.

En decisiones vinculadas a la normativa societaria, podemos observar un ejemplo, dónde además, existe una interpretación forzada de las Doctrinas Societarias como observamos, al decir que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, impide por medio de su pronunciamiento en la Doctrina Societaria No. 147, que la sociedad se realice préstamos a sí misma.

Pero esta situación, no es la que ocurre con los “aportes para futura capitalización”, porque éstos son valores que los socios aportan a la sociedad; que es diferente a préstamos provenientes de la propia sociedad.

Se indica también en el análisis del caso<sup>355</sup> que citamos, que debió haberse considerado el préstamo de la sociedad a su vinculada como un acto de subcapitalización y simulación de

---

*Para que sean deducibles los intereses pagados por créditos externos otorgados directa o indirectamente por partes relacionadas, el monto total de éstos no podrá ser mayor al 300% con respecto al patrimonio, tratándose de sociedades. Tratándose de personas naturales, el monto total de créditos externos no deberá ser mayor al 60% con respecto a sus activos totales.*

*Los intereses pagados respecto del exceso de las relaciones indicadas, no serán deducibles*

*Para los efectos de esta deducción el registro en el Banco Central del Ecuador constituye el del crédito mismo y el de los correspondientes pagos al exterior, hasta su total cancelación...”.*

<sup>354</sup> Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Contencioso Tributario. Sentencia del 27 de marzo de 2014, recurso 6-2012. En este caso, el actor que es la compañía POLIGRÁFICA C.A. señala que la administración tributaria ha incurrido en un error al observar su forma de llevar la contabilidad, y decir que “no aportó la documentación que sustente el pago realizado por uno de sus accionistas y contabilizado por la compañía como una futura capitalización”, lo cual les compete analizar por tener la facultad determinatoria. En el fallo se acepta la pretensión de POLIGRÁFICA C.A. de manera parcial.

<sup>355</sup> Expediente de Casación 226. Tributos. Registro Oficial Edición Especial 368 de 23-nov.-2012. Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Contencioso Tributario. F.J. Segundo.- “*La Administración Tributaria en el escrito que contiene su recurso (fs. 4447 a 4455) dice que las causales en las que se fundamenta, son las contempladas en los numerales primero y cuarto del art. 3 de la Ley de Casación, pues la Sentencia recurrida ha infringido por errónea interpretación el art. 17 del Código Tributario, e indebida aplicación del inciso final del art. 28 del mismo Código Tributario Codificado y falta de aplicación del art. 18 del Código Civil. En resumen, manifiesta que en el caso, la compañía multinacional SCHLUMBERGER HOLDING BERMUDAS, constituyó una provisión de fondos o aporte de capital*

préstamo, no debiendo otorgarse las deducciones por pago de intereses a la sociedad que realizó el préstamo.

En esta decisión, se concede la razón parcial a las compañías dentro de la impugnación de resoluciones expedidas por la entidad recaudadora de tributos relacionadas con operaciones entre compañías vinculadas.

Por considerar, que no se realizaron de la forma que el ente de control piensa que debieron efectuarlo, con la finalidad de acogerse a una exoneración establecida en la ley para ciertos tipos de contrataciones que hacen las sociedades, con lo que se crea un “beneficio fiscal ilegítimo”.

Percibimos que, esta práctica denominada “aportes para futuras capitalizaciones”, podría encuadrarse dentro de los presupuestos de la infracapitalización nominal, por el hecho de no estar considerada legalmente como una forma de suscripción del aumento de capital, pero de efectuarse con frecuencia.

Al no estar regulada en la Ley de la materia, esta forma de infracapitalización nominal por tratarse de préstamos otorgados a la compañía, tampoco existe la correspondiente “sanción” en caso de pretender sacar un provecho de esta calidad de socio prestamista y por ende acreedor de la sociedad.

Más aún, si consideramos que tiene el agravante de otorgar la facultad a los socios de decidir la manera de cómo deben ser tratados esos aportes que realizan; o bien, como capitalización o, también, como préstamo a la sociedad.

---

*(aumento al patrimonio) y no un préstamo (cuenta del pasivo) que genera gastos de intereses, cuando invirtió en su empresa vinculada SCHLUMBERGER SURENCO ECUADOR S.A., creándose así un beneficio fiscal ilegítimo, pues se evita el pago del 25% de Impuesto a la Renta sobre las utilidades correspondiente al ejercicio 2001. Lo que existe es una financiación entre sociedades vinculadas; que por ello la Sala juzgadora no ha aplicado el principio de la realidad económica que efectivamente existe en tal operación y se queda en la simple forma escogida, como aplicó en la fase administrativa al dictar la Resolución impugnada el Servicio de Renta Internas, criterio que concuerda con la doctrina No. 147 de la Superintendencia de Compañías, que en definitiva inadmite la posibilidad de que una empresa se haga un préstamo a sí misma, sostiene con énfasis, de que no se trata de una "elusión tributaria" sino de un acto de "simulación", pues no se trata de una operación crediticia, sino un aumento de capital, con distintas connotaciones tributarias. Argumenta que la Sentencia incurre en una falta de aplicación de los preceptos relativos a la valoración de la prueba, que ha conducido a la no aplicación del art. 17 del Código Tributario. Que tampoco la Sentencia ha observado la jurisprudencia sobre el punto de derecho en discusión, citando para ello el fallo dictado en la causa 127-2007. Que por todo lo expuesto pide se acepte el recurso planteado y se case la Sentencia”.*

Con esta facultad de decisión que tienen los socios, se ubican en una posición de ventaja en relación con otros acreedores que tenga la sociedad, en caso de producirse la disolución de la misma.

Para impedir que se produzca la infracapitalización nominal, por medio de esta forma de aportaciones que realizan los socios que son los “aportes para futuras capitalizaciones”, pensamos que lo primero que debe considerarse es la posibilidad de asimilar estos ingresos como una de las formas de aumento de capital que constan establecidas en la Ley de Compañías.

Luego debe regularse el tratamiento que se dará a estos préstamos otorgados por los socios a la sociedad, impidiéndoles que se beneficien en los casos que ocurra la liquidación de la sociedad.

Debiendo eliminarse la facultad que tiene el socio de realizar el aporte a título de préstamo<sup>356</sup> a la compañía para que conste en su pasivo; dejándole solo la opción de capitalizar el crédito que otorga.

## X. RECAPITULACIÓN CRÍTICA

En este capítulo, hemos analizado la infracapitalización como un inconveniente para el desarrollo empresarial de las sociedades, pudiendo establecer entre sus causas, su estrecha relación con la falta de visión o conocimiento del negocio en cuanto a la organización de los recursos económicos necesarios para su ejecución.

En el caso de la infracapitalización material, por parte de los socios para establecer la cantidad adecuada que le permita la consecución de su fin social, generando la correspondiente responsabilidad.

---

<sup>356</sup> Doctrina de la Superintendencia de Compañías 147. APORTES PARA FUTURA CAPITALIZACIÓN. “...una vez realizado por un accionista, socio o tercero un préstamo, con o sin intereses, a favor de una compañía, ésta debe registrarlo en su pasivo, pero si el accionista, socio o tercero le informare, por escrito, que desea capitalizarlo, dicho crédito podrá, en su momento, capitalizarse como compensación de créditos, previa resolución de la junta general en ese sentido; o, en tanto lo solicite el peticionario y lo acepte la compañía a través de su representante legal, transferirse a la cuenta patrimonial “aportes para futura capitalización”, para que la junta general resuelva su capitalización, bajo la misma figura...”

En cuanto a la infracapitalización nominal, por medio de la cual la sociedad no cuenta con capital de riesgo para efectuar sus actividades económicas, ni de medios para suplirlos, que no sean los préstamos de los socios.

Es interesante observar como en la legislación comparada de Brasil, que analizamos; aunque no exista norma legal expresa que se refiera a la infracapitalización, la jurisprudencia sí lo hace, y la asimila a la confusión patrimonial, generando una disposición tácita por integración.

Otro de los puntos que merece destacarse dentro de este capítulo, es el relativo al denominado Contrato de Suprimiento que se hace en Portugal, para aminorar el problema de la inadecuada capitalización de las sociedades.

Mediante el cual existe una obligación contractual reconocida, y que debe tener un plazo de cumplimiento estipulado, que impedirá que el socio prestamista pueda pedir su dinero de vuelta en cualquier momento, dejando otra vez a la sociedad sin el capital necesario para el cumplimiento de sus fines.

Sin embargo, debe de darse atención también, a esta figura contractual, para evitar que se produzca su aprovechamiento por parte de los socios de la compañía, en caso de disolución de la sociedad.

Recalcamos que, similar al tratamiento que se dá a los socios que hubieran celebrado un contrato de suprimiento, en caso la sociedad se encuentre en estado de disolución, existe una disposición en España, que es la referente a los “créditos subordinados” con la intención de impedir que se ocasionen el perjuicio a terceros; sin embargo, la diferencia es que en España, no contempla la instrumentalización del préstamo.

En lo que concierne a la infracapitalización dentro del derecho societario ecuatoriano, pensamos que debe establecerse el asunto de la subcapitalización de sociedades dentro de su normativa.

Puesto que actualmente, la normativa vigente, solamente permite que se puede llegar hasta el establecimiento de responsabilidades por no cumplir con la debida integración del capital suscrito.

En relación a los grupos de sociedades, podemos apreciar que hubo situaciones relacionadas con esta hipótesis, lo cual originó una crisis económica que fue propiciada en gran medida

por la práctica de lo que denominaríamos una infracapitalización nominal de las sociedades integradas en grupos, dentro de los cuales se otorgaban y concedían préstamos sin ningún tipo de garantía.

La misma que fue promovida por leyes, especialmente relacionadas con el sistema financiero ecuatoriano, cuyo objetivo principal consistía en salvaguardar los negocios que se practicaban entre las instituciones pertenecientes al sistema financiero privado, pese a lo cual, actualmente no existen normas específicas que eviten estas infracciones o que apunten a su corrección.

Otro punto que destacamos dentro de este capítulo, es la forma de capitalizar las sociedades denominada “aportes para futura capitalizaciones”, que aunque no consta en la Ley de Compañías<sup>357</sup>, es aplicada y permitida por el órgano de control (Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros), pensamos que representa una clara forma de infracapitalización nominal de las sociedades.

Aunque también, pensamos que su adaptación e inclusión por parte de la entidad de control, es admitida como una forma de realizar un incremento de capital social, con la intención de impulsar los negocios que se realizan por medio de las sociedades de capital; por no considerarlo contrario a la ley, toda vez que no existe normativa específica que sea contraria o lo prohíba.

---

<sup>357</sup> LCE. Art. 184.- “El aumento de capital por elevación del valor de las acciones requiere el consentimiento unánime de los accionistas si han de hacerse nuevas aportaciones en numerario o en especie. Se requerirá unanimidad de la junta si el aumento se hace por capitalización de utilidades. Pero, si las nuevas aportaciones se hicieren por capitalización de reserva o por compensación de créditos, se acordarán por mayoría de votos”.



### CAPÍTULO III.- LEVANTAMIENTO DEL VELO JURÍDICO COMO RESPUESTA A LAS SITUACIONES DE INFRACAPITALIZACIÓN

La doctrina de la desconsideración tiene su fundamento en los principios generales de prohibición del uso indebido de la personalidad jurídica y se permite excepcionalmente su aplicación, al momento de presentarse el caso concreto.

Ignorándose, con esta doctrina, la personalidad jurídica societaria, como si no existiese compañía, con la finalidad de imputarse a las conductas y responsabilidades directamente de los socios o administradores y no a la persona jurídica.

Esta situación se manifiesta, cuando se pierde de vista la finalidad social, entendiéndose como tal el propósito que tuvieron en común las personas que decidieron conformar una sociedad dedicada a la producción o comercialización de bienes y servicios.

Cuando se pierde este propósito, ocasionándose una desviación del fin societario mediando una actuación engañosa y mal intencionada, debe aplicarse la desconsideración de la personalidad jurídica.

Porque esta conducta que es atribuible a la persona jurídica, incurre en perjuicio del interés general y de la buena fe de quienes contrataron con ella, manifestándose en la realización de actos simulados, fraudulentos o abusivos del derecho.

Por lo que, para conservar el Estado de Derecho y la armónica convivencia social como principios más importantes reconocidos por la sociedad y el Estado, se hace necesario recurrir al levantamiento del velo jurídico societario.

#### I. ORIGEN DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Alrededor de los siglos XV al XVII surgieron grandes organizaciones comerciales como la tan recordada Compañía de las Indias Orientales, o la Compañía de la Bahía de Hudson que subsiste hasta nuestros días<sup>358</sup>.

---

<sup>358</sup> MICKLETHWAIT John; WOOLDRIDGE Adrian, *A Companhia, Breve história de uma idéia revolucionária*, traducción de S. Duarte, ed. Objetiva Ltda. Rio de Janeiro, 2003. Información recopilada sobre el desarrollo y expansión de las compañías, pp. 45 ss.

Eran verdaderas sociedades destacadas por su perdurabilidad en el medio, que empleaban muchas personas en las oficinas, en sus empresas; y, recursos en general, realizando innumerables viajes alrededor del mundo, descubriendo y explorando nuevos lugares para conseguir oportunidades de negocio con lo cual incentivaban e incrementaban el tráfico mercantil.

De la multiplicación de estas empresas y el volumen de sus actividades, surge la necesidad de organizarse de una manera más eficaz, por lo que se opta hacerlo bajo la forma de las compañías.

Esto facilitaba el intercambio comercial y otorgaba a sus integrantes el beneficio de la limitación de la responsabilidad debido a la autonomía patrimonial de estas figuras societarias.

En un primer momento, fue bien recibida la novedad de estas organizaciones por las ventajas y simplificaciones que ofrecían para el desarrollo y ejecución de las diversas actividades mercantiles.

Sin embargo, con el pasar del tiempo, comenzó la desconfianza al evidenciarse que las compañías tan aclamadas y ansiadas por los inversionistas, también causaban inconvenientes de distinta índole.

Entre las situaciones que motivaron el descontento general para con esas organizaciones tenemos: el nacimiento y promoción de los monopolios que sofocaban y absorbían a los pequeños y medianos comerciantes, o la falta de eficiencia en la administración de algunas sociedades.

Así como también, la competencia desleal, el mal manejo de los recursos económicos que propiciaba la quiebra de las compañías, la generación de la concentración de grandes capitales<sup>359</sup>, o la dolosa aplicación de la limitación de la responsabilidad.

---

<sup>359</sup> MICKLETHWAIT John; WOOLDRIDGE Adrian, *A Companhia, Breve história de uma idéia...*, cit., p. 113. Con relación a los sentimientos que despertaban las Compañías en los primeros tiempos. A popularidade da Companhia: “A maioria dos americanos tinha sentimentos ambivalentes em relação ao mundo dos negócios. Não lhes agradavam as concentrações de poder corporativo -- afinal de contas, os Estados Unidos se baseiam na divisão de poderes --, mas admiravam sua pujança. Não gostavam da riqueza dos homens de negócios, mas admiravam o fato de que muitos deles tinham vindo do nada...”.

Estas circunstancias y otras, generaron críticas de varios sectores así como de reconocidos economistas liberales como el filósofo Adam Smith<sup>360</sup>, que consideraba que las compañías eran anticuadas e ineficientes.

Las enunciadas, sumadas a otras prácticas habituales que no eran muy transparentes, y producían desconfianza, ocasionaron un descontento generalizado en la época, hacia estos organismos del comercio.

Los inconvenientes generados por el surgimiento de las compañías como instrumento para impulsar las operaciones comerciales, provocaron diversas manifestaciones para impedir el abuso e indebida utilización de esta forma jurídica, que fueron acogidas en leyes, tratados y jurisprudencia.

Entre las medidas propuestas para impedir que se ocasione la consumación del fraude y el abuso de la personalidad jurídica, surgió la referente a la desconsideración de la personalidad jurídica.

La doctrina del levantamiento del velo corporativo tuvo su primera aplicación según criterio casi unánime de los doctrinarios, por el juzgamiento de la House of Lords inglesa en el caso SALOMON vs SALOMON & CO. LTD.<sup>361</sup>.

Posteriormente fue desarrollada y difundida por los tribunales norteamericanos con los que se dio a conocer con el nombre de “disregard of legal entity” o también como “lifting the corporate veil” que traducidas al español, la primera sería “desconsideración de la personalidad jurídica” o “desestimación de la personalidad jurídica”, como también es conocida; y, la segunda, que sería el “levantamiento del velo corporativo”.

La doctrina<sup>362</sup> refiere y analiza el primer caso juzgado en Londres en el que se enuncia la aplicación del “disregard doctrine”. En dicho caso se trata de la decisión proferida en el juicio del caso “SALOMON vs SALOMON & CO. LTD.”, que en resumen contenía lo siguiente:

---

<sup>360</sup> MICKLETHWAIT John; WOOLDRIDGE Adrian, *A Companhia, Breve história de uma idéia...*, cit., p. 19. Información recopilada sobre el desarrollo y expansión de las compañías.

<sup>361</sup> Sentencia de la “House of Lords” del 16 de noviembre de 1896 en el juicio comparece como apelante el comerciante Aron Salomon y como demandado Salomon & Co. Ltd. Disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1896/1.html>

<sup>362</sup> REQUIÃO, RUBENS, “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, RES dos Tribunais de São Paulo, vol. 410, n°, 58, 1969, pp. 13 ss. Cita a Piero Verrucoli en el II Superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella “common law” e nella “civil law”, Milano, Giuffrè, 1964.

El comerciante Aaron Salomon, que inicialmente ejercía su profesión como un comerciante individual, decidió constituir una compañía con otras seis personas de su familia (su cónyuge y sus hijos).

Transfirió todo su establecimiento comercial, a nombre de la sociedad creada por él, recibiendo veinte mil (20.000) acciones representativas de su contribución al capital social, en cuanto, para cada uno de los otros miembros de la sociedad, fue distribuida solamente una acción para completar la integración del valor del aporte de capital realizado.

Salomon, suponiendo y previniendo la quiebra de la compañía, emitió títulos privilegiados u obligaciones garantizadas por diez mil (10.000) libras esterlinas, que él mismo trató de adquirir. Con la estipulación que esta clase de títulos deberían ser pagados antes que cualquier otro, en caso de quiebra.

La compañía en cierto punto, comenzó a atrasarse en los pagos y un año después, entró en liquidación, verificándose que sus bienes eran insuficientes para satisfacer las deudas adquiridas por la sociedad.

Pero Salomon, que tenía la calidad de acreedor privilegiado en razón de los títulos que emitió y adquirió él mismo, obtuvo preferencia al momento de la liquidación de la compañía, sin que no sobrase patrimonio alguno, para pagar a los acreedores quirografarios.

El liquidador, en defensa de los intereses de estos últimos acreedores sin garantía, sustentó que la actividad de la compañía era actividad personal de Salomon para limitar su propia responsabilidad; en consecuencia, Aaron Salomon, debía ser condenado al pago de las deudas de la “company”, debiendo, además, ocurrir el pago de su crédito después de la satisfacción de los demás acreedores quirografarios.

El magistrado que conoció del caso en primera instancia, secundado después por la Corte de Apelación, acogió esta solicitud, juzgando que la “company” era exactamente apenas una fiduciaria de Salomon, o mejor, su “agent” o “trustee”, que era en realidad el efectivo propietario del establecimiento de comercio.

Sin embargo, esta decisión fue revertida, cuando fue conocida en la instancia superior. En esto quedó la inauguración de la doctrina del “disregard”, pues la Casa de los Lords, acogió el recurso de Aaron Salomon para reformar aquel entendimiento de las instancias inferiores.

En la apelación, se consideró que la “company” había sido constituida legalmente, pues la Ley solamente requería de la participación de siete personas para su perfeccionamiento, como en efecto tenía la compañía, decidieron que, en el caso no había ningún intuito fraudulento. Estos accionistas agrupados con una misma intención, según los “Lords”, habían dado vida a un sujeto diferente de ellos mismos; y, en último análisis no podía juzgarse que la “compañía” fuese un “agent” de Salomon.

En consecuencia, no había indicios de responsabilidad por parte de Salomon para la “company” y sus acreedores; por lo que resultaba, consecuentemente, válido su crédito privilegiado.

La doctrina del levantamiento del velo jurídico consiste en determinar en qué casos sería conveniente el descorrimiento del velo jurídico con que se encuentran revestidos los bienes de los accionistas de la compañía.

Su finalidad no es otra que la de satisfacer las acreencias con esos bienes colocados por los accionistas dentro del patrimonio de la compañía y, consecuentemente, evadir las responsabilidades económicas, burlar alguna norma legal, o también, producir una disminución de la prenda o garantía en detrimento de terceros.

En Europa<sup>363</sup>, se dio a conocer esta doctrina por Rolf Serick en su obra “Rechtform und Realität Juristischer Personen”, donde propone la utilización de la doctrina de la desconsideración de la personalidad jurídica en caso de comprobarse un abuso de la forma de la persona jurídica, constatándose dicho abuso si se utiliza a la misma para burlar la ley, quebrantar obligaciones mediante el fraude contractual o perjudicar fraudulentamente a terceros<sup>364</sup>.

En América del Sur, se tiene como una de las primicias en estudios teóricos sobre esta doctrina, al propuesto por el profesor Rubens Requião<sup>365</sup>, que en el año 1969, en su conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Paraná-Brasil,

---

<sup>363</sup> LÓPEZ RAFFO, FRANCISCO M, “*El Corrimiento del Velo...*”, cit., p.63. Cita a Rolf SERICK, como precursor en la difusión de la doctrina de la desconsideración de la personalidad jurídica en Alemania y Europa.

<sup>364</sup> LÓPEZ RAFFO, FRANCISCO M, “*El Corrimiento del Velo...*”, cit., pp. 63 ss.

<sup>365</sup> REQUIÃO, RUBENS, “*Abuso de direito e fraude através da...*”, cit., pp.13 ss.

presentó por primera vez en ese país la doctrina sobre el uso abusivo o fraudulento de la personalidad jurídica.

En esta ocasión manifestó el citado doctrinario, que con la desestimación no se pretende anular a la persona jurídica, sino que para el caso concreto, se desconsiderará la misma. Es decir, ella seguirá subsistiendo como tal, solo que tendrá ineficacia especial para determinados efectos.

El Profesor Requião destaca que los jueces norteamericanos cuando aplican la citada doctrina recuerdan siempre que su carácter es excepcional, después de acentuar la regla de que la persona jurídica normalmente se distingue de la persona de los socios que la componen y que respetan esa autonomía.

Apenas en el caso en que el fraude o abuso del derecho se revelen, se suspende el velo de la personalidad, para alcanzar la persona del socio o los bienes envueltos, para que no se consume la iniquidad.

Debemos recordar que, la persona jurídica es una entidad diferente de las personas que la constituyen y como tal está compuesta por su patrimonio, así como también, dotada de sus propios atributos.

Como manifiesta el profesor Requião, “una de las más decisivas consecuencias de la concesión de la personalidad jurídica, otorgada por la Ley, todos lo sabemos, es su autonomía patrimonial, tornando la responsabilidad de los socios extraña a la responsabilidad social, y aunque se trate de un socio con responsabilidad ilimitada y solidaria, ella es siempre subsidiaria”.

Agregando también que esta técnica jurisprudencial tuvo éxito en América del Norte y se constituyó en la “disregard doctrine”, tornándose mas una construcción jurisprudencial norteamericana que británica.

El socio no debe confundir su patrimonio con el de la sociedad traspasando su patrimonio a ésta porque sugiere una mala intención de la utilización de la personalidad jurídica para burlar a sus acreedores.

Resaltamos el aporte de la doctrina con los conceptos y definiciones de los jurisconsultos que estudiaron e intentaron justificar el surgimiento de la aplicación del levantamiento del velo jurídico societario, medida, que a pesar de tener sus defensores, también tiene sus opositores por considerar que vulnera el instituto de la personalidad jurídica.

Dentro de la misma doctrina, también se tuvo la preocupación de enunciar y limitar las situaciones en las que debería emplearse el corrimiento del velo, por lo que establecieron parámetros, que deben considerarse para determinar la existencia de indicios de abuso de la forma jurídica societaria.

Hamilton, que es uno de los doctrinarios en el Derecho Norteamericano, citado en el libro de Alexandre Couto Silva<sup>366</sup>, dice que es posible la aplicación de la desconsideración de la personalidad jurídica, para responsabilizar al accionista por demandas contractuales en los siguientes casos:

- El accionista conduce el negocio de manera que causa confusión entre el capital personal del socio con el de la sociedad;
- El tercero es de alguna forma engañado al negociar con la compañía;
- La compañía es administrada en forma que nunca produce lucro, y los recursos disponibles son retirados por el socio sin tomar en consideración las necesidades de la sociedad;
- La sociedad es administrada de modo que siempre está insolvente;
- La capitalización de la sociedad es adulterada constituyéndose en una información falsa, fraude para el cual se recomienda, la aplicación de la doctrina de la desconsideración de la personalidad jurídica;
- El accionista promete, verbal e incondicionalmente, ser el responsable personal por las obligaciones de la compañía, y en esas circunstancias no es justo permitir al accionista valerse de la Ley para perpetrar el fraude.

Observamos que las hipótesis de conducta propuestas contienen en sí una manipulación dañosa, que de verificarse en una sociedad, causarían un grave perjuicio económico a los terceros con los que la sociedad hubiera mantenido cualquier tipo de relación contractual o de negocios.

La Jurisprudencia también contribuyó con la recopilación de los casos de la mala utilización de la personalidad jurídica<sup>367</sup>, como el que citamos a continuación donde se aborda el abuso de la personalidad jurídica en las compañías familiares.

---

<sup>366</sup> COUTO SILVA, ALEXANDRE, *Recopilación del Libro Direito de Empresa no Novo Código Civil realizado por Frederico Viana Rodrigues*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2004, pp. 446 ss. Al hablar de la desconsideración de la personalidad jurídica de las compañías cita y traduce a Robert Hamilton en su libro *Corporations*.

<sup>367</sup> SERICK, ROLF. *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles...*, cit., p. 112: “ocurrió en el proceso intentado por el *First Nacional Bank of Chicago vs. F. C. Trebein Company*. *Trebein, un deudor*

Las mismas que se constituyen con un patrimonio mínimo y tienen la mayoría de su capital integrado por una persona que es el accionista mayoritario (quien tiene muchas deudas) y otros familiares cercanos que participan en el capital de la compañía, generalmente, con el aporte correspondiente a una acción.

El accionista que es dueño de la mayor cantidad de acciones, procede a transmitir todo su patrimonio personal a la compañía y cuando sus acreedores personales pretenden ejecutar los bienes de su deudor resulta que éste no posee nada porque todo está a nombre de la compañía y como son sujetos de derechos y obligaciones diferentes, no pueden identificarse a la sociedad con sus integrantes.

En una decisión acertada, los tribunales de justicia, al analizar la secuencia de actos, no cooperan con la consumación del fraude e imputan a los verdaderos deudores, que deben satisfacer el pago de sus acreencias con sus propios patrimonios.

La desestimación de la personalidad jurídica es una solución que se debe dar en situaciones particulares, en sentido restringido, en los casos en que existe un vicio que pudiera afectar la causa del acto jurídico.

Mediante esta solución es posible prescindir de la personalidad con que se haya revestido a un grupo de personas y bienes, negando jurídicamente su existencia autónoma como sujeto de derecho.

## II. CONCEPTO.-

Luego de haber revisado brevemente la procedencia del levantamiento del velo jurídico, resulta oportuno incluir algunos conceptos aportados por los doctrinarios que nos ayudan a entender el alcance y las consecuencias de esta medida.

El profesor Tavares Borba<sup>368</sup>, señala que la teoría del levantamiento del velo jurídico debe ser aplicada siempre que, por mala fe, dolo o actitud temeraria, se utilice la sociedad no para el ejercicio propio de las actividades de la sociedad, sino, para efectuar los desvíos o

---

*insolvente, fundó una persona jurídica con su esposa, su hijo, su yerno y su cuñado, y en ella integró todo su patrimonio. De 600 acciones de la compañía, solamente 4 no pertenecían a Trebein. Sus acreedores invistieron judicialmente contra el patrimonio social, y les fue opuesta la objeción de que la persona jurídica y los accionistas eran diferentes sujetos del derecho. El fraude no venció, y la compañía fue penetrada, para hacer valer contra ella el derecho de los acreedores particulares de Trebein”.*

<sup>368</sup> TAVARES BORBA, JOSÉ EDWALDO, *Direito...*, cit., p. 33.



proyectos riesgosos que tengan sus titulares (socios o administradores), que no tienen garantía de ningún retorno económico.

Las actuaciones señaladas por el autor, podemos enmarcarlas dentro de los supuestos que vimos en el capítulo anterior, sobre el abuso del derecho, el fraude<sup>369</sup> y la simulación, por contener elementos configurativos de las causas que afectan a los negocios jurídicos y motivan la percepción del uso indebido de la personalidad jurídica.

El tratadista Richard<sup>370</sup>, manifiesta que en un sentido estricto, la desconsideración de la personalidad conlleva el desconocimiento del principio de la segmentación patrimonial entre la sociedad y los socios que la integran.

Debiendo eliminarse las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario, con el propósito de evitar que se consolide el perjuicio, dice el mencionado autor: *“Es nada más que correr el velo del ente personificado para conocer qué personas son las que se ocultan o actúan indebidamente detrás de ella”*.

Debiendo recordarse que si bien frente a los terceros perjudicados, no se puede ni se debe interponer la falta del conocimiento o provecho del hecho dañino, los miembros de la sociedad que no tuvieron participación en el mencionado acto, podrían ejercer una acción de repetición, contra quién fue realmente responsable del mal uso de la personalidad jurídica.

Para Dobson<sup>371</sup>, constituye un remedio jurídico que consiste en omitir la forma de sociedad o asociación con que se hubiere cubierto un conjunto de personas y bienes en el momento en que se presentare una situación jurídica particular, mediante la cual se rechazaría la existencia autónoma de la persona jurídica.

---

<sup>369</sup> STS, de 4 de noviembre de 2010, sección 1. Id Cendoj: 28079110012010100852. F.J. Octavo: *“...Ello no es obstáculo para que excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias -son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso-, sea procedente el “levantamiento del velo” a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros, pero en modo alguno autoriza a imponer coactivamente la subentrada de socios en la sociedad cuya personalidad se afirma utilizada de forma fraudulenta, ya que ello daría lugar al contrasentido de ignorar la personalidad pretendidamente fraudatoria y simultáneamente otorgar carta de naturaleza al fraude”*.

<sup>370</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO, “Personalidad Jurídica. Inoponibilidad” en *Responsabilidad y Abuso en la Actuación Societaria*, ed. AD-HOC, Buenos Aires, 2002, pp. 299 ss.

<sup>371</sup> DOBSON, JUAN M., *“El Abuso de la Personalidad...”*, cit., p. 11.

La situación jurídica particular a la que hace referencia el autor citado, debe involucrar los elementos característicos de las conductas abusivas, fraudulentas o simuladas, y obedecer a una intención lesiva de los derechos de otras personas, de acuerdo a los parámetros que nos proporciona la doctrina para su reconocimiento.

Con la finalidad de ejemplificar las conductas descritas, citamos una decisión judicial<sup>372</sup>, en la cual no existe la certeza de la independencia de personas, verificándose una confusión patrimonial.

Al efectuar los socios de la compañía, la cobranza del valor con que se aseguró a la misma y cuyo uso debería estar destinado a compensar los daños y perjuicios sufridos por los familiares, debido al accidente marítimo que sufrieron los trabajadores en el ejercicio de sus labores.

Sin embargo, este dinero, no se utilizó para cumplir con este objetivo, sino que pasó a formar parte del peculio de los socios de la compañía, por lo que el Tribunal decide aplicar el levantamiento del velo jurídico para impedir que se produzca la vulneración de los trabajadores.

Observamos que se produce la denominada confusión patrimonial, cuando la sociedad utiliza el patrimonio personal de los socios como si fuera propio; o, cuando los socios hacen uso del capital que pertenece a la persona jurídica, para realizar el pago sus cuentas personales, haciendo difícil determinar el patrimonio que corresponde al socio y el que pertenece a la sociedad.

Además de lo aportado por los tratadistas y jurisprudencia en líneas anteriores, también hay que rescatar que el levantamiento del velo jurídico solo debe producirse “*en casos extremos y de forma subsidiaria*”, por constituir la personalidad jurídica un instrumento valioso y

---

<sup>372</sup> STS, de 30 de noviembre de 2007, sección 1. Id Cendoj: 2807911001200710227. En esta SENTENCIA existe un caso de levantamiento del velo jurídico, por infracapitalización producida por la confusión patrimonial en el que ocurrió un accidente marítimo por una mala maniobra realizada por quién dirigía el barco que era propiedad de la Sociedad Limitada Muradana de Pesca S.L., producto de este accidente, fallecieron varios marineros cuyos familiares reclamaban la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Los socios y no la sociedad cobraron la indemnización que les dio el Seguro como resultado del accidente protagonizado por el barco que es de su propiedad. Por su parte el Tribunal destaca la necesidad de desconsiderar la personalidad jurídica en este caso por haber indicios que sugieren que se ha producido un abuso de la personalidad. F.J. Sexto, “...la infracapitalización, la apariencia del contrato de arrendamiento de la nave siniestrada a la sociedad siendo los dos socios los propietarios de dicha nave; los patrimonios negativos de la propia sociedad que cuando se produjo el siniestro, no estaba en situación de afrontar su responsabilidad”...

eficaz en el desarrollo económico y financiero, tal como lo señalan criterios jurisprudenciales<sup>373</sup>.

De la misma manera, se justifica el levantamiento del velo jurídico en el supuesto de la infracapitalización material, cuando al realizar sus actividades económicas por medio de la persona jurídica sin capital apropiado, no existe un motivo para que exista la separación patrimonial<sup>374</sup>.

Por lo que se constata que la verdadera pretensión de los socios consiste en menoscabar los derechos que tienen los acreedores y salvaguardar su patrimonio personal, colocándolo dentro de la persona jurídica.

Siendo la sociedad un mero instrumento, por lo que, en nuestra opinión, la solución más apropiada es que los socios que infracapitalizaron a la sociedad respondan con sus patrimonios personales, una vez corroboradas sus intenciones.

Así lo corrobora el parecer de los magistrados del Tribunal Supremo español<sup>375</sup> que señalan que al haberse constituido la compañía, con un capital inapropiado para el tipo de actividad

---

<sup>373</sup> STS, de 31 de octubre de 1996, sección I. Id Cendoj: 28079110011996101856. F.J. Primero. “...*Ahora bien, dicha operación de "levantamiento del velo" societario, debe utilizarse cuidadosamente y en casos extremos y de forma subsidiaria, en otras palabras, cuando no haya más remedio y no se puedan esgrimirse otras armas sustantivas y procesales. Pues no se puede olvidar, que la personalidad jurídica, es una teoría que ha logrado grandes y eficaces éxitos para la expansión financiera y económica en general y que el comercio internacional tiene su arquitrabe en la misma.*”...

<sup>374</sup> VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

<sup>375</sup> STS, de 9 de marzo de 2015, sección 1. Id Cendoj: 28079110012015100206. Esta Sentencia trata de una demanda en juicio ordinario que presenta la compañía Antena 3 Televisión S.A. contra el socio y la Compañía Europea de Ideas para el Éxito (CEDIPE) S.L. cuya pretensión consiste en el pago del crédito por las costas procesales e intereses, como producto de un procedimiento judicial anterior, que no fueron atendidos oportunamente. La demandante pretende que se aplique la doctrina del levantamiento del velo jurídico por infracapitalización material. Al analizar los antecedentes de CEDIPE S.L., se observa que al constituirse lo hizo con un capital social que al inicio hubiera tal vez resultado escaso para desarrollar su objeto social, procediéndose luego, sin embargo, a un aumento para incrementar su capital de riesgo y el volumen de sus operaciones. Para luego reducirlo causando una señal de alerta sobre la liquidez de esta sociedad entre sus acreedores.

Es plenamente justificado el temor de Antena 3 de no ver satisfecho su crédito al evidenciarse que Cedipe consta de un único socio que es a la vez el administrador de la compañía, manejando él mismo el negocio por tener también la designación de director y conductor del programa, entendiéndose que Cedipe es sólo una fachada para ejercer sus actividades personales, con la ventaja de tener resguardado su patrimonio personal al utilizar a la compañía como sujeto de las obligaciones.

El Tribunal estima que es imprescindible, en este caso, que se haga responsable al único socio y accionista de las deudas de la sociedad que no pueden ser subsanadas por ésta, debido a la insuficiencia de sus bienes para poder afrontarlas con el ánimo de impedir que se consagre el abuso de la personalidad jurídica, y que el único socio y administrador eluda el pago de la deuda que existe a favor de la actora.

que pretendía ejecutar generando dudas sobre la posibilidad que pueda efectuar el objeto social para lo cual fue creada.

Después se procede a realizar unas maniobras de aumento y posterior disminución de capital en la compañía, con lo que provoca la inquietud y desconfianza de los acreedores por la sospecha que la compañía no tiene la necesaria solvencia económica, lo que finalmente se constató.

Esta presunción se afianza, al verificarse que, además de lo enunciado, la compañía tiene un único socio que también figura como administrador de la misma, habiendo plena identificación entre la sociedad y su integrante.

Situación que según explica la doctrina<sup>376</sup>, constituye una señal de alerta sobre la desviación de la finalidad de la personalidad jurídica, por conformar el enmascaramiento de los intereses reales de una sola persona.

El Tribunal concluye que debe responsabilizársele por las deudas de la sociedad, ocurriendo una desestimación de la personalidad jurídica para evitar el perjuicio a los acreedores por la ausencia de capital de riesgo.

En la infracapitalización material, se responsabiliza a los socios por el incumplimiento de la obligación legal de mantener a la sociedad con el capital suficiente y necesario para el desarrollo de sus actividades económicas, descritas en el objeto social.

Con el agravante que la sociedad, tampoco cuenta con los medios económicos suficientes para seguir con el giro del negocio, produciéndose una hipótesis de simulación con respecto a la operación mercantil emprendida o que se quiere emprender y el capital necesario para desarrollarla.

Esta declaración ficticia de la voluntad de los socios, será siempre en desmedro de los trabajadores, contratistas y terceros en general que pretendan involucrarse con la sociedad; debiendo afectar, esta falta de capital, solo a los socios.

El levantamiento del velo de la persona jurídica tiene su plena aplicación y utilidad cuando concurren dos circunstancias: incumba a compañías que se dedican a las actividades empresariales mediante sus formas societarias en las que se pondera el principio de la limitación de la responsabilidad, como primer presupuesto.

---

<sup>376</sup> De Ángel Yagüez, Ricardo, *La Doctrina del Levantamiento del Velo...*, cit., p. 98.

La segunda circunstancia, para que se produzca es que, debe existir un acto ilícito<sup>377</sup> ejecutado con la voluntad de causar perjuicios a terceros, aprovechándose de la autonomía patrimonial<sup>378</sup> que caracteriza a las personas jurídicas societarias en sus formas anónimas y limitadas.

La doctrina<sup>379</sup> explica que el levantamiento del velo de la persona jurídica en los casos de infracapitalización material, es una cuestión en la que a la responsabilidad de la persona jurídica se le agrega la de los socios y que “*Esa extensión tiene lugar al margen de la consideración de la persona jurídica*”.

Cabe adicionar que, en la infracapitalización no está en discusión la autonomía de la persona jurídica, sino la magnitud y alcance de la responsabilidad limitada de los socios ante esta situación.

### III. TEORÍAS DE LA DESESTIMACIÓN EN LA DOCTRINA BRASILEÑA

Revisando la manera como los diversos países y sus corrientes doctrinarias enfrentan y combaten la realidad del fraude y el abuso que puede producirse por medio de la mala utilización de la personalidad jurídica, constatamos que existen doctrinariamente, en el derecho brasileño, dos teorías de la desestimación.

Con la enunciación de estas teorías, se señalan los presupuestos que deberían tenerse en cuenta para aplicar la desconsideración de la personalidad jurídica; las mismas, se encuentran contenidas en su normativa societaria, y representan una herramienta valiosa, para su correcta aplicación.

Estas dos teorías son, la Teoría Menor y la Teoría Mayor de la desestimación, en las cuales se encuentra reflejado el ánimo del legislador de proteger a la parte débil en la relación

---

<sup>377</sup> STS, de 18 de junio de 2009, sección I. Id Cendoj: 28079110012009100487. F.J. Décimo: “*Finalmente el tercer y último motivo del recurso de casación, fundado en infracción de los arts. 1 y 11 LSRL y 1 y 7 LSA, decae prácticamente por sí solo a la vista de todo lo razonado hasta ahora, pues la sentencia impugnada no desconoce el contenido de tales preceptos sino que, pura y simplemente, aplica la técnica del levantamiento del velo para remediar que un amparo formal en la diferente personalidad jurídica de las sociedades recurrentes pueda producir un resultado abusivo y fraudulento*”.

<sup>378</sup> GUYENOT, JEAN, *Curso de Derecho Comercial*, vol. 1, ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1975, p. 422. “*De la autonomía del patrimonio social se desprende una consecuencia práctica importante: los bienes sociales constituyen la prenda de los acreedores sociales y escapan a la acción de los acreedores personales de los socios; a la inversa, el patrimonio de los socios está, en principio, fuera del alcance de los acreedores sociales*”.

<sup>379</sup> OTXOA- ERRARTE GOIKOETXEA, R., *La responsabilidad...*, cit., pp. 245 ss.

contractual, especialmente cuando se pretenda menoscabar sus derechos con o sin mala intención, dependiendo de la Teoría aplicable al caso concreto y al sujeto jurídico que necesite la protección de la Ley.

Las teorías se encuentran positivadas, en dos ámbitos específicos que son la normativa civil y comercial que recoge la Teoría Mayor; y, en el otro entorno, tenemos las disposiciones que contienen y priorizan la protección a los consumidores representados en la Teoría Menor de la desconsideración de la personalidad jurídica.

## 1. TEORÍA MENOR DE LA DESESTIMACIÓN

A decir de Fábio Ulhoa Coelho<sup>380</sup>, es la teoría menos elaborada, en el sentido, que se refiere a la desconsideración de la personalidad jurídica en toda y cualquier hipótesis de la ejecución del patrimonio del socio por obligación social.

Cuya predisposición es la de condicionar la separación del principio de la autonomía patrimonial, a la simple insatisfacción del crédito o perjuicio a los acreedores, por parte de la sociedad.

Con la aplicación de esta teoría, si la compañía no tuviere bienes suficientes en su patrimonio para la satisfacción del crédito o si estuviere en estado de iliquidez, y alguno de los socios tuviese solvencia económica, bastará para trasladar para éste, las deudas<sup>381</sup> adquiridas por la sociedad.

Esta Teoría no se preocupa en diferenciar si hubo o no utilización fraudulenta de la personalidad jurídica. En otras palabras, equivale a la simple eliminación del principio de la

---

<sup>380</sup> ULHOA COELHO, FÁBIO, *Curso de Direito Comercial*, ed. Saraiva. São Paulo, 2003, p. 46.

<sup>381</sup> En el Código de Defensa al Consumidor de Brasil, existe una norma en que se plasma la Teoría Menor de la Desconsideración de la Personalidad Jurídica porque condiciona la personalidad jurídica al perjuicio patrimonial que hubiere sufrido un consumidor sin atender a la existencia o ausencia de fraude o abuso de la personalidad jurídica. Artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.- “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1o (Vetado). § 2o As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3o As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4o As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5o Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

separación entre la persona jurídica y sus integrantes por casos de quiebra aunque no hubiere habido actuación fraudulenta.

El Profesor Márcio Guimarães<sup>382</sup> señala que la regla general es la consideración de la personalidad jurídica, no debiendo “banalizarse el instituto”; por lo que no se puede resumir a un aspecto tan superficial, que excluye el perjuicio de terceros, la aplicación de la “disregard doctrine”, bajo pena de vulnerar la seguridad jurídica necesaria para la buena convivencia social.

El solo hecho de producirse la quiebra de una compañía no puede ser motivo para la desconsideración de la misma, si no estuviere acompañado de una mala administración e intención de obtener un beneficio de modo ilícito.

Puesto que podría ocurrir que, un negocio fracasase o no produjese los resultados deseados por factores externos relacionados con las medidas económicas, tributarias o sanitarias adoptadas por el gobierno de turno, las cuales influyen irremediablemente en el curso normal de las actividades económicas, afectando a sus intervinientes.

Es importante salvaguardar, también, las inversiones de las personas que se agrupan para formar sociedades y emprender sus negocios; para poder darles una estabilidad que será reflejada en el fortalecimiento de la economía del país.

Y en esta línea de pensamiento, hay que darle la relevancia que caracteriza al “Principio de la Autonomía Patrimonial”, cuando hablamos de las personas jurídicas.

En virtud de este principio societario, sobre la autonomía patrimonial que tienen las personas jurídicas, y su aplicación en las sociedades que tienen su responsabilidad limitada, *“no se puede justificar el desvanecimiento de la autonomía de la persona jurídica sólo porque uno de sus acreedores no puede satisfacer el crédito que titulariza. Es indispensable que haya habido utilización indebida del instituto”*<sup>383</sup>.

Aunque para los estudiosos del derecho societario, la Teoría Menor, no es la más apropiada como solución para la reivindicación de los que hubieren sido sujetos de algún menoscabo ocasionado por un uso indebido de la personalidad jurídica, por las razones que expusimos en líneas anteriores.

---

<sup>382</sup> GUIMARÃES, MÁRCIO, “Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração...”, cit., p. 232.

<sup>383</sup> ULHOA COELHO, FÁBIO, *Curso de Direito Comercial*, cit., p. 37.

Es necesario recalcar que la motivación del legislador brasileiro, con la emisión de esta doctrina, es precisamente, salvaguardar aquellos derechos que considera de difícil reparación.

Por este motivo, contempla la Teoría Menor, casi excepcionalmente, para ciertas materias especiales como el Derecho de los consumidores, por considerarla una “solución justa en favor de los consumidores”<sup>384</sup>, especialmente cuando se trata de los casos en que ocurra la quiebra de las compañías que forman parte de los grandes grupos económicos empresariales brasileiros.

En protección de los consumidores, existe la norma expresa del artículo 28 del Código de Defensa del Consumidor, que citamos anteriormente, en el cual existen las disposiciones concordantes con la desconsideración de la personalidad jurídica, cuando hubiere actos ilícitos o mal intencionados o infracción a la ley o los estatutos de la compañía, mediante la utilización de la personalidad jurídica.

Además, también estipula que, en los casos que esta personalidad jurídica, de cualquier forma fuere “obstáculo para el resarcimiento de prejuicios causados a los consumidores”, atribuye también la enunciada norma, responsabilidad en diferentes grados, para los grupos societarios, compañías que forman parte del mismo consorcio y para las compañías coligadas de los que la sociedad forma parte.

La jurisprudencia brasileira ha adherido este principio constitucional de protección al consumidor, manifestándose en pronunciamientos como el ocurrido con el shopping Osasco en São Paulo debido a un accidente de grandes magnitudes por la explosión del gas que estaba acumulado en un espacio libre entre el piso y el suelo del shopping, lo que ocasionó que hubiere un gran número de muertos y heridos entre los clientes que habían ido al centro comercial en ese día.

Los Magistrados<sup>385</sup> que conocieron esta causa, entendieron que el perjuicio patrimonial y de orden moral, especialmente, que sufrieron estas personas no debía ser soportado por ellos; y,

---

<sup>384</sup> LIMA MARQUES, CLAUDIA, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor, O novo regime das relações contratuais*, ed. Revista dos Tribunais n° 5°, 2006, p. 1246

<sup>385</sup> Sentencia de los Tribunales de Justicia de Brasil . Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 279273 SP 2000/0097184-7 del 4 de diciembre de 2003. Ementa: “...-A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.



aunque no hubiere indicios de abuso del derecho, fraude o simulación, debería desconsiderarse la personalidad jurídica del shopping y de las tiendas que formaban parte de él, con la finalidad que los locales comerciales, respondan por el perjuicio sufrido por los consumidores.

## 2. TEORÍA MAYOR DE LA DESESTIMACIÓN

Esta teoría es la mejor elaborada y tiene una mayor consistencia, fundamentándose en un análisis de los requisitos identificadores de fraude y utilización de la coraza protectora para camuflar los actos fraudulentos cometidos por el socio o administrador utilizando a la sociedad.

Tiene su asidero legal en el Código Civil de Brasil<sup>386</sup>, en cuya disposición pertinente, se justifica el levantamiento del velo jurídico para alcanzar los bienes personales de los socios o administradores de la persona jurídica, solamente en los casos en los que se hubiere verificado un abuso de la personalidad jurídica.

El artículo aún estipula que, se entenderá la existencia de este abuso cuando presentare las características coincidentes con un desvío de la finalidad social o con la confusión patrimonial.

Como ya vimos anteriormente, la regla es la consideración de la personalidad jurídica, prevaleciendo sobre todo la diferenciación patrimonial entre la compañía y los integrantes de la misma.

Excepcionalmente, podrá ignorarse el velo societario en circunstancias determinadas, debiendo ser considerado como un hecho aislado, previo el correspondiente análisis de la situación puntual.

---

- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores...”

<sup>386</sup> CCB.- Art. 50.- “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

En este sentido, existen pronunciamientos de los Tribunales de Justicia<sup>387</sup> como el que citamos, en los que los juzgadores concluyen que en aplicación de la Teoría Mayor que ha sido acogida como regla general en la legislación brasilera, deben verificarse los supuestos de abuso.

Debido a lo cual, no será permitido el levantamiento del velo jurídico por actos como el de cambiar el domicilio postal de la compañía que por sí solo no contiene un ánimo fraudulento, sino que debe existir necesariamente la configuración de los elementos enunciados en el Código Civil como contentivos de conductas que se consideran abusivas de la personalidad jurídica.

Es importante, tener en consideración que, “en efecto, la insuficiencia patrimonial, la quiebra, insolvencia o incumplimiento no se presentan como causas para la desconsideración”<sup>388</sup> por sí solas.

Citamos a modo de ilustración, un pronunciamiento en un recurso en el cual se señala que si no hay ninguna situación de las previstas en el artículo 28 del Código de Defensa al Consumidor (la norma que positiva la Teoría Menor), con menos razón aún habrá situación de fraude, por lo que no se justifica la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo jurídico.

Según la teoría Mayor, deben producirse acciones que impliquen fraude o abuso cometido por parte de los socios o administradores de la compañía; o, constatarse la existencia de una confusión patrimonial entre los bienes de las personas naturales, con los de la persona jurídica.

---

<sup>387</sup> Así v. la Sentencia de Tribunal de Justiça Poder Judiciário São Paulo del 27 de agosto de 2015. “...1. A desconsideração da personalidade jurídica, à luz da teoria maior acolhida em nosso ordenamento jurídico e encartada no art. 50 do Código Civil de 2002, reclama a ocorrência de abuso da personificação jurídica em virtude de excesso de mandato, a demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas). 2. A mudança de endereço da empresa executada não constitui motivo suficiente para a desconsideração da sua personalidade jurídica..”.

<sup>388</sup> GUIMARÃES, MÁRCIO, “Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração...”, cit., p. 234. Agravo de Instrumento nº 3.663/97. 2º Câmara Cível do TJ/RJ : “Agravo de instrumento. Contrato firmado com pessoa jurídica. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada-para reforma de imóvel, firmado, apenas, pelo representante legal da construtora. Inexistindo, qualquer situação, dentre as previstas no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, não há razão legal para a “desconsideração da personalidade jurídica” da sociedade ré, a autorizar o chamamento dos sócios, cuja responsabilidade- até para fins tributários – está, em princípio, limitada á cota social subscrita”.

Como pudimos ver en el estudio de las dos teorías enunciadas por el derecho de las sociedades brasileiro sobre la desconsideración de la personalidad jurídica, concluimos que la Teoría Mayor es la más coherente porque defiende el principio de la “Personalidad Jurídica”.

Esta Teoría, justifica su desconocimiento, solamente en los casos específicos de fraude mediante la utilización de la persona jurídica, en virtud de lo cual, la doctrina ha formulado cuatro principios<sup>389</sup>, que dan una pauta para identificar los casos en los que la autonomía patrimonial sería un obstáculo para la consecución de la justicia.

Estos principios, consideran los aspectos que pueden llevar a los magistrados de justicia a la desconsideración de la personalidad jurídica, enunciando los límites de su actuación en base a la observación de la situación particular de la sociedad y su adecuación a uno de los principios propuestos.

Es preciso recordar siempre, que no puede considerarse la vulnerabilidad de la personalidad jurídica<sup>390</sup> como una regla y sí una excepción en casos específicos y puntuales que pudieran encuadrarse dentro de los principios enunciados por la doctrina que nos proporciona un parámetro para tener un criterio de aplicabilidad de la desconsideración de la personalidad jurídica y reducir la posibilidad de la discrecionalidad judicial.

---

<sup>389</sup> ULHOA COELHO, FÁBIO, *Curso de Direito Comercial*, cit., p. 36: Existen criterios generales que autorizan la separación de la autonomía patrimonial de la persona jurídica, que se traducen en cuatro principios: El primero afirma que “*el juez ante el abuso de la forma de la persona jurídica puede, para impedir la realización del ilícito, desconsiderar el principio de la separación entre socio y persona jurídica*”. El segundo principio es más preciso al señalar que “*no es posible desconsiderar la autonomía subjetiva de la persona jurídica apenas porque el objetivo de una norma o la causa de un negocio no fueron atendidos*”. Es decir que no basta que el acreedor pruebe la insatisfacción de su crédito por parte de la compañía para que se aplique la desconsideración. El tercero dice que “*se aplican a las personas jurídicas las normas sobre capacidad o valor humano, si no hubiere contradicción entre los objetivos de éstas y la función de aquella*”. En estos casos se toma en cuenta las personas físicas que actuaron por la persona jurídica, con este criterio se pretende resolver los asuntos referentes a nacionalidad o raza de las sociedades empresarias. El cuarto principio sostiene que “*si las partes de un negocio jurídico no pueden ser consideradas un único sujeto solo en razón de la forma de la persona jurídica, cabe desconsiderarla para aplicar la norma cuyo presupuesto sea la diferenciación real entre aquellas partes*”. Esto quiere decir que si la ley prevé determinada disciplina para los negocios entre dos sujetos distintos, podría desconsiderarse la autonomía de la persona jurídica que lo realiza con uno de sus miembros para cumplir con los presupuestos de esa disciplina.

<sup>390</sup> SAP Coruña, de 11 de junio de 2002, sección 3. Id Cendoj: 15030370032002100082. F.J. Primero: “*...La figura del "levantamiento del velo" ha sido configurada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo determinando que en concretas y determinadas ocasiones es preciso penetrar en el entresijo de las sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia a fin de impedir que, al amparo de un formalismo legal o de ficciones, se incida en fraude en los intereses de terceros burlando su buena fe, o se facilite un uso antisocial del derecho ...*”.

Considerándose pertinente, cualquier incorporación de carácter legal, parecer jurisprudencial, o criterio doctrinario que contribuya a blindar esta estructura que es la sociedad y que constituye una herramienta de gran utilidad para el ejercicio de las actividades mercantiles.

En los países como el Ecuador, donde se emplea el levantamiento del velo jurídico como medida correctiva para los casos en que hubiere desvío de la finalidad social o utilización de la persona jurídica con fines abusivos y fraudulentos, es pertinente que sea incorporado en la enunciación de las normas jurídicas relacionadas con el levantamiento del velo jurídico, la aplicación de la Teoría Mayor para impedir que se vulnere el principio de la personalidad jurídica.

#### IV. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO JURÍDICO EN EL ECUADOR

En el Ecuador el avance con respecto a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo jurídico, en caso de indicios de fraude o abuso del derecho utilizando a la persona jurídica, ha sido muy lento, preocupando mínimamente al sector doctrinario.

Por lo que provienen de los fallos jurisprudenciales, en su gran mayoría la contribución con la doctrina de la desconsideración de la personalidad jurídica; y, de la Ley de Compañías que establece la mencionada medida.

En cuanto a la normativa general, podemos decir, que no hace alusión de la medida enunciada, estableciendo insuficientemente, la importancia de la responsabilidad que deben tener los socios en los preceptos societarios ya existentes y en otras disposiciones que atañen a las personas jurídicas.

En el Código Orgánico Integral Penal<sup>391</sup>, se describe una hipótesis de conducta de simulación de insolvencia que incluye a las personas jurídicas con el propósito de evadir la responsabilidad económica frente a los acreedores (art. 205).

---

<sup>391</sup> COIPE.- Art. 205.- “Insolvencia fraudulenta.- La persona que a nombre propio o en calidad de representante legal, apoderada, directora, administradora o empleada de entidad o empresa, simule, por cualquier forma, un estado de insolvencia o quiebra para eludir sus obligaciones frente a sus acreedores, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Igual pena tendrá la persona que en calidad de representante legal, apoderada, directora, administradora, conociendo el estado de insolvencia en que se encuentra la persona jurídica que administra, acuerde, decida

Sin embargo, notamos que en esta disposición se apunta directamente al representante legal de la persona jurídica, al responsabilizar a quién ocupa este cargo por la falsedad con respecto a la situación de la compañía.

Obviándose el hecho, que el representante legal, actúa en el ejercicio de un mandato, y en la norma transcrita, no se implica de forma alguna, a los integrantes del paquete accionario de la compañía.

En todo caso este precepto legal solo tendrá relación con el levantamiento del velo jurídico, si el administrador de la sociedad también es socio de la misma, caso contrario solo se referirá a la responsabilidad penal de la persona jurídica como tal.

La misma sanción se establece para el representante legal de la sociedad que tuviere conocimiento de la situación de insolvencia y de alguna forma, coadyuvare no concordando o impidiendo que se realice la oferta pública de valores de la sociedad con dificultades económicas.

En cuanto al cumplimiento de las obligaciones tributarias, la ley<sup>392</sup> también sanciona a quien se valiere de la utilización de la persona jurídica por medio de la simulación, ocultación o fraude para evadir el pago de tributos, lo que configura la simulación absoluta de la persona jurídica con la finalidad de inducir a un engaño en lo referente a la identidad del responsable de la obligación tributaria.

A pesar de lo mencionado, cabe resaltar que, cuando se recurre a los procedimientos coactivos, no se considera pertinente utilizar a la doctrina del levantamiento del velo jurídico, en los casos en que se hubiere utilizado a la persona jurídica para defraudar, con el cual se llegaría hasta las propiedades de las personas naturales.

---

*o permita que esta emita valores de oferta pública o haga oferta pública de los mismos. Si se determina responsabilidad penal de personas jurídicas, se impondrá la pena de clausura definitiva de sus locales o establecimientos y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general”.*

<sup>392</sup> COIPE .- Art. 298.- “Defraudación tributaria.- La persona que simule, oculte, omita, falsee o engañe a la Administración Tributaria para dejar de cumplir con sus obligaciones o para dejar de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero, será sancionada cuando: 20. Utilizar personas naturales interpuestas, o personas jurídicas fantasmas o supuestas, residentes en el Ecuador o en cualquier otra jurisdicción, con el fin de evadir el cumplimiento de las obligaciones tributarias...”.

Debido a que el levantamiento del velo jurídico debe realizarse de manera excepcional, luego del estudio del caso correspondiente encaminado a determinar el uso abusivo de la persona jurídica, lo cual no ocurre dentro de un proceso coactivo al tratarse de un procedimiento que exige más agilidad por su naturaleza de recuperación de dinero; así lo estima la jurisprudencia<sup>393</sup>.

También, nos percatamos que, en la normativa societaria y general ecuatoriana pertinente de las compañías, constan disposiciones<sup>394</sup> relacionadas con la determinación de la responsabilidad con sus consecuentes sanciones en el momento de la constitución de las compañías anónimas.

En este sentido, existirá obligación de veracidad de las declaraciones en los actos tendientes a la formación de la compañía, por parte de quienes actúan a nombre de las sociedades para vulnerar la garantía de los acreedores.

Distinguiéndose el tipo de responsabilidad que deben afrontar los administradores como personas encargadas de seguir las instrucciones del órgano máximo de la compañía y la responsabilidad de los socios como integrantes de este órgano máximo y propietarios de los recursos de la persona jurídica.

De igual forma, lo corroboran algunos fallos jurisprudenciales<sup>395</sup> de los Tribunales de Justicia ecuatorianos competentes, como el citado que contienen criterios dirigidos a identificar e

---

<sup>393</sup> Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, No. 22-13-IN/20 del 9 de junio de 2020.

<sup>394</sup> LCE. Art. 201.- *“Los fundadores y promotores son responsables, solidaria e ilimitadamente, frente a terceros, por las obligaciones que contrajeren para constituir la compañía, salvo el derecho de repetir contra ésta una vez aprobada su constitución.*

*Son de su cuenta y riesgo los actos y gastos necesarios para la constitución de la compañía. Si no llegare a constituirse por cualquier causa, no pueden repetirlos contra los suscriptores de acciones, y estarán obligados a la restitución de todas las sumas que hubieren recibido de éstos.*

*Los fundadores y promotores son también responsables, solidaria e ilimitadamente con los primeros administradores, con relación a la compañía y a terceros:*

- 1. Por la verdad de la suscripción y entrega de la parte de capital social recibido;*
- 2. Por la existencia real de las especies aportadas y entregadas;*
- 3. Por la verdad de las publicaciones de toda clase realizadas para la constitución de la compañía;*
- 4. Por la inversión de los fondos destinados a gastos de constitución; y,*
- 5. Por el retardo en el otorgamiento de la escritura de constitución definitiva, si les fuese imputable”.*

<sup>395</sup> Sentencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Primera Sala de lo Penal, publicada en el Registro Oficial Edición Especial No.72 del 21 de noviembre de 2013. F.J. Tercero: *“...9) Sin embargo tuvo dinero, para constituir personas jurídicas como lo reporta la Superintendencia de Compañías, como LITOAGRO, ROCALSA, de las que fue también su representante legal, y accionista de ELECTROQUIL, y de Inmobiliaria, CECESA, y de Constructora y Servicios HERAN y, representante legal de HORMACIFIC, para formar compañías y ser su accionista hay que tener dinero, como de los dividendos que debieron reportar sus acciones, lo que debió utilizar para pagar sus deudas, o hacer cesión de bienes, pero no lo hace, su accionar continúa*

impedir que se produzca una dispersión del patrimonio del deudor, por medio de la constitución de personas jurídicas con fines distintos a los de ejercer una actividad económica.

En estos criterios jurisprudenciales, a veces, no se concluye con el levantamiento del velo jurídico, sino que se toman otros caminos jurídicos para enmendar estas situaciones, como la declaratoria de insolvencia.

## 1. CONDUCTAS QUE PRODUCEN EL LEVANTAMIENTO DEL VELO JURÍDICO, DENTRO DE LA NORMATIVA SOCIETARIA EN EL ECUADOR

Entre las conductas que provocan el levantamiento del velo jurídico en el Ecuador, están los actos de simulación, que aunque no se incluyan dentro de la normativa constante en la Ley de Compañías como un acto probable de ser sancionado con el levantamiento del velo jurídico, sin embargo, son considerados por un sector de la doctrina<sup>396</sup>, como causal de desconsideración de la personalidad jurídica.

La sociedad es un ente que nace de la suscripción de un contrato, sin embargo, se admite, la posibilidad de que se cree una sociedad con una intención diferente de la voluntad interna de los constituyentes del mencionado acto, solamente con la finalidad de ocasionar un perjuicio a terceros y evadir sus responsabilidades.

Recordando que la particularidad de la simulación consiste en la discrepancia que hay entre la intención real de las partes y, el acto que se manifiesta al exterior y será conocido por todos.

La característica principal de la simulación en términos generales es la apariencia de realización de actos formalmente inobjetable<sup>397</sup> para obtener un estatus jurídico diferente del que se tenía; produciendo o induciendo a los afectados, al engaño.

---

*hasta causar el perjuicio que quiere. El Servicio de Rentas Internas, señala que no ha reportado sus declaraciones tributarias, obligación a la que tenía el deber de ejecutar, por lo establecido en el Art. 16 de la Ley de Régimen Tributario Interno, pero no lo hace, sigue en su intención de solo ganar dinero, a costa del fraude a sus acreedores, sin tener que pagar a nadie, lo que debe, ni de reportar de sus ganancias al estado, por medio de los impuestos, desplaza su ambición hasta no tener límites...*

<sup>396</sup> CORONEL JONES, CÉSAR, *La Simulación de Actos Jurídicos*, ed. Edino. Guayaquil, 1989, pp. 76 ss.

<sup>397</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de Lo Social y Laboral, publicada en el Registro Oficial No.754 del 7 de agosto de 1995. En esta Sentencia consta un caso en el que el demandado intenta simular el cese del vínculo laboral para eludir obligaciones patronales de afiliación al Seguro Social, siendo que lo ocurrido realmente es que el empresario individual conforma una compañía en la que es el accionista mayoritario: "...c) Más tarde se constituye SALOMON VARGAS CIA. LTDA., promocionada por el demandado y, continúa Chito en sus funciones habituales, entendiéndose que si apareció un nuevo empleador, este sustituyó

La simulación tiene como finalidad principal la de perjudicar a terceros, para obtener una ganancia o posición ventajosa en términos económicos; el problema radica en demostrar que, la voluntad interna de las partes contratantes; no coincide con la que se expresa en la materialización de sus actos.

En lo referente al fraude, la Jurisprudencia ha contribuido inclusive con definiciones como la que propone la Sala de lo Civil y Comercial de la Corte Suprema de Justicia<sup>398</sup>, destacando que la autonomía patrimonial concede un amplio margen de actuación a las sociedades, pero que en defensa de ellas mismo, también establece límites que son el respeto al orden público y a las buenas costumbres.

La citada sentencia, definió el fraude a la ley, en los siguientes términos: “...existiría un fraude a la ley, o sea una violación indirecta de ésta utilizando negocios jurídicos que en su forma externa son válidos, pero que analizando los resultados que persiguen se descubre su finalidad de evadir el cumplimiento de una norma jurídica...”.

En este mismo sentido y con miras a impedir que prospere el fraude por intermedio de una persona jurídica societaria, se pronuncia la misma sala en fallo, del 28 de enero de 2003<sup>399</sup>, en el que la Corte Suprema declaró lo siguiente: “Esta Sala ya ha advertido sobre la obligación que tiene todo juzgador de, cuando advierte que hay una manipulación de la figura societaria, levantar el denominado velo de la persona jurídica, y penetrar en el campo que estaba oculto por dicho velo, para determinar cuál es la verdadera situación jurídica y quién es el verdadero responsable u obligado, ya que lo contrario sería amparar un fraude a la ley o abuso del derecho, cosa que por un principio de moral pública no puede admitirse jamás...”.

---

*a la persona jurídica y/o natural anterior, a lo mejor con desconocimiento particularmente en sus alcances legales, por parte del accionante quien sigue sirviendo por muchos años más en la misma actividad, en el mismo tipo y naturaleza del trabajo y lo que es más, exactamente en el mismo local bajo la dependencia de las mismas personas, en razón de que Vargas tiene el control societario, siendo el mayor accionista, en una empresa totalmente familiar...”*

<sup>398</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de lo Civil y Comercial del 10 de febrero de 1994 dictada por la, citada por Eduardo Carmigniani Valencia. Memorias de las Primeras Jornadas Nacionales. Derecho Societario. Ed. Edino. Ecuador, 2004. Conferencia sobre la Responsabilidad de los Accionistas por las deudas de la Sociedad. Tercera Ponencia, p.116

<sup>399</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de Lo Civil y Mercantil, publicada en el Registro Oficial No.58 del 9 de abril de 2003.



Con este pronunciamiento, luego de constatarse que era evidente la intención de utilizar a la persona jurídica con fines contrarios a los que tuvo al momento de su creación, se procede al levantamiento del velo jurídico para impedir que se produzca abuso del derecho o fraude a la ley.

El abuso, el fraude y la simulación se encuentran sancionados en algunos ámbitos del derecho, especialmente en el ámbito del derecho civil, que es donde suele aplicarse más frecuentemente.

Si bien es verdad, que tiene que ser probado por la persona que alega su existencia, y que ésta debe ser legítima contradictora, debiendo alegar con las pruebas que tuviere que fue efectivamente víctima de un abuso, fraude o simulación.

Es preciso resaltar, que por lo menos, estas conductas calculadoras y antisociales, se encuentran reguladas en la mencionada materia; y, por ende es reconocida su existencia, facilitando a quien las invocare, el resarcimiento de su derecho con la correspondiente indemnización si hubiere lugar según el caso particular.

En el caso de las personas jurídicas, se torna más difícil determinar el ánimo de defraudar, limitándose muchas veces al campo de lo circunstancial, como observamos en la sentencia citada en líneas anteriores<sup>400</sup>.

En dicho parecer, ocurre una simulación de un cierre de negocio, para luego traspasar al empleado, a la compañía constituida, procediendo después a despedirlo sin su correspondiente indemnización.

La disyuntiva que se presenta al tratarse de personas jurídicas de derecho societario, surge de la limitación de la responsabilidad de sus integrantes, que también es una limitación inherente a las pérdidas que pudieren sufrir.

Esto resulta muy oportuno al percatarnos que, se trata de actividades económicas que conllevan un riesgo para todos sus intervinientes, debiendo en ocasiones ser soportado este riesgo por los acreedores de la sociedad.

Sin embargo, lo que se pretende es que este riesgo no sea producido de una manera intencional, en desmedro de la confianza del instituto de la personalidad jurídica societaria y su principio de autonomía patrimonial.

---

<sup>400</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de Lo Social y Laboral, publicada en el Registro Oficial No.754 del 7 de agosto de 1995

En la jurisprudencia<sup>401</sup> que citamos, observamos que existe una actuación del socio mayoritario para fines extra-societarios, utilizando a la sociedad para sus objetivos personales, olvidándose de la finalidad con que fue creada, orientándola al desenlace de un levantamiento del velo jurídico, para impedir que se incumplan con las obligaciones contraídas.

En la legislación ecuatoriana, las sociedades comerciales están sometidas a la regulación, vigilancia y control por medio de la entidad competente especializada, que es la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros<sup>402</sup>, quien tiene la potestad de aprobar o negar los actos jurídicos y reformas de estatutos, sometidos a su consideración; cómo si se cumple con todos los requisitos formales y de fondo señalados en la Ley de Compañías y otras afines.

La realidad es que, si bien la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros es la encargada de vigilar el cumplimiento de la Ley, su potestad es muy limitada, al estar circunscrita a determinados aspectos societarios, porque si se cumple a cabalidad con los requisitos establecidos legalmente, ella procederá a aprobar el acto jurídico sometido a su consideración.

Restándole al organismo de control, ciertas verificaciones con respecto a la suscripción del capital, calidad de los socios; y las referentes a ciertos objetos sociales, así como también, la

---

<sup>401</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Publicada en la Gaceta Judicial No. 5 del 21 de marzo de 2001. Año CII. Serie XVII. F.J. Séptimo: "...*Todo lo anterior lleva a concluir que detrás de la figura societaria se encuentran los intereses del abogado Leonel Baquerizo Luque; que los restantes accionistas no tienen ningún interés real en la misma; que la persona jurídica se ha reducido a "una mera figura formal, a un mero recurso técnico" y que al no haberse alegado ni probado excepciones de fondo, que acrediten la inexistencia o la invalidez de las obligaciones demandadas, la institución societaria está siendo utilizada para otros fines privativos del abogado Baquerizo Luque, titular del 99.5 por ciento del capital social "y distintos de los de la realidad jurídica para la que nació esta figura", esto es, para evadir el cumplimiento de las obligaciones demandadas, con verdadero "abuso" de la persona jurídica, lo que legitima al juzgador para desestimar la personalidad jurídica y, admitiendo la demanda, disponer que la compañía demandada, simple apariencia o simulacro de persona jurídica, y el abogado Leonel Baquerizo Luque, quien se encuentra detrás de ella y es quien en definitiva se 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...*"

<sup>402</sup> LCE. Art. 430.- "*La Superintendencia de Compañías y Valores es el organismo técnico y con autonomía administrativa, económica y financiera, que vigila y controla la organización, actividades, funcionamiento, disolución y liquidación de las compañías y otras entidades en las circunstancias y condiciones establecidas por la ley*".

constatación del cumplimiento de las normas tendentes a evitar que se produzca el lavado de activos<sup>403</sup>.

Cuando se tratare de otras hipótesis que contemplen conducta inapropiada o temeraria por parte de los socios o los administradores de las compañías, deberá mediar la correspondiente denuncia adecuada a los presupuestos y requisitos exigidos mediante las normas internas de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros<sup>404</sup>, para que el ente de control pueda ejercer su función.

## 2. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO JURÍDICO EN LA LEY DE COMPAÑÍAS DEL ECUADOR

En la Ley de Compañías, en su Artículo 17<sup>405</sup>, existe una sanción para el supuesto en que se pretenda utilizar la personalidad jurídica para evadir responsabilidades o para perjudicar a terceros.

El precepto expresa que, en los casos establecidos en la regulación, se prescindirá de la personalidad jurídica y se considerarán responsables<sup>406</sup> individualmente las personas que

---

<sup>403</sup> La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, dictó mediante Resolución No.SCV.DSC.14.009, publicada en el Registro Oficial No.292 del 18 de julio de 2014, “Normas de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Otros Delitos”.

<sup>404</sup> Reglamento para la Recepción, Sustanciación y Trámite de denuncias de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 205 del 17 de marzo de 2014.

<sup>405</sup> LCE. Art.17.- *“Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables:*

- 1. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar;*

- 2. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y,*

- 3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución.*

*Salvo los casos excepcionales expresamente determinados en la ley, la inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente podrá declararse judicialmente, de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la compañía deducida ante un juez de lo civil y mercantil del domicilio de la compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor. La acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica seguirá el trámite especial previsto en el Código de Procedimiento Civil”.*

<sup>406</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo. Publicada en la Gaceta Judicial No. 2 del 7 de junio del 2006. Año CVII. Serie XVIII. F.J. Sexto: *“Más aún, el hecho de que la contratista vendedora, a través de los actos de su apoderado, el señor . Antonio Orrantia Vernaza, no haya renovado las garantías, no haya entregado el primer helicóptero inmediatamente después \_ de la inspección, y haya mantenido en su poderla totalidad de los anticipos recibidos que ascendieron, conforme se-ha dicho\_, a la suma de US \$17.900.000,00,. constituye un claro acto de fraude, abuso y vía de hecho, que genera para el apoderado de la compañía de conformidad con lo previsto en el Art. 17 de la Ley de Compañías, en concordancia-con el Art. 6 del mismo cuerpo .legal, la responsabilidad personal y solidaria con' la compañía por- el daño causado a la Junta de Defensa Nacional, situación que se agrava luego de haberse formalmente reconyenido a tal compañía y a su apoderado el cumplimiento de las obligaciones”*

hubieren ocasionado el perjuicio o hubieren obtenido algún beneficio; es decir, que en este artículo se hace referencia a la desestimación de la personalidad jurídica, en las hipótesis propuestas.

Con las reformas a la Ley de Compañías introducidas en el año 2014<sup>407</sup>, se incluyó la designación del juez competente en materia civil, para atender los casos de abuso de la personalidad jurídica, así como también la indicación del trámite que deberá seguirse para el levantamiento del velo jurídico.

Posteriormente, con la expedición del Código Orgánico General de Procesos que deroga al Código de Procedimiento Civil, se produce otra reforma al artículo 17<sup>408</sup> de la Ley de Compañías, mediante la cual se cambia el trámite de especial a ordinario, que deberá darse al levantamiento del velo societario, que finalmente es denominado como la doctrina lo reconoce.

Con los cambios introducidos, también se contemplan, regulaciones sobre la posibilidad de imponer medidas cautelares, especialmente sobre los bienes que son propiedad de la sociedad.

---

<sup>407</sup> Reforma publicada en el Registro Oficial Suplemento No.249 del 20 de mayo de 2014.

<sup>408</sup> LCE. Art. 17A.- *“El desvelamiento societario o inoponibilidad de la personalidad jurídica contra una o más compañías y contra los presuntos responsables, se tramitará en procedimiento ordinario. Si la demanda se propusiere contra varias compañías y varias personas naturales, el actor deberá presentar la demanda en el domicilio principal de la compañía o persona jurídica sobre la cual se pretenda oponerse a su personalidad jurídica.*

*En la demanda se podrán solicitar, como providencias preventivas, las prohibiciones de enajenar o gravar los bienes y derechos que estuvieren relacionados con la pretensión procesal y, de manera particular, de las acciones o participaciones o partes sociales de la o las compañías respectivas, así como la suspensión de cualquier proceso de liquidación o de cualquier orden de cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil de cualquiera de las compañías demandadas; las que, en su caso, serán ordenadas antes de cualquier citación con la demanda. La o el juzgador, a solicitud de parte, podrá disponer que la Superintendencia de Compañías y Valores ordene las inspecciones que fueren del caso para determinar que las prohibiciones de enajenar o gravar acciones fueron debidamente anotadas o registradas en el o los libros de acciones y accionistas.*

*Nota: Art. agregado por Disposición Reformatoria Novena, de Ley No. 0, con la que se promulgó el Código Orgánico General de Procesos, publicada en Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de Mayo del 2015. Vigente desde el 22 de mayo del 2016”.*

*Art. 17B.- La acción de desvelamiento societario o inoponibilidad de la personalidad jurídica prescribirá en seis años, contados a partir del hecho correspondiente, si hubiere sido uno solo, o del último de ellos, si hubieren sido varios, sin perjuicio del derecho a presentar impugnaciones o acciones de nulidad de la constitución o de los actos o contratos de las compañías demandadas, según lo previsto en la ley.*

*Nota: Artículo agregado por Disposición Reformatoria Novena, de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de Mayo del 2015 y vigente desde el 22 de mayo del 2016.*

Haciéndose extensivas a las personas relacionadas con la sociedad que cometió fraude, abuso o vías de hecho, sin hacer ninguna particular distinción entre los que resultaron beneficiados o no, con tales actos.

Estas medidas de apremio, que antes no estaban enunciadas, son importantes para poder establecer la responsabilidad civil con sus correspondientes indemnizaciones a los afectados, además del deber de resarcir el perjuicio económico y las perturbaciones ocasionadas con el dañoso obrar.

Cabe recalcar que es importante la prohibición que se incluyó con la reforma a la Ley de Compañías y que está relacionada con el impedimento para liquidar y cancelar, así como la prohibición de inscripción en el Registro Mercantil de las compañías demandadas, con la finalidad de impedir que los bienes de la compañía con que pudieren satisfacerse las acreencias, sean repartidas entre los integrantes de la sociedad.

Con esta medida, que será comunicada obligatoriamente al órgano de control, se limitará la posibilidad de disipación de los activos de la compañía demandada y la frustración de los derechos de los perjudicados.

También se impedirá que, mediante la realización de un acto jurídico estipulado en las normas legales, por lo que sería inobjetable, se produzca la simulación del acto realmente querido por las partes, que es el no querer cumplir sus obligaciones.

Ubicándose en una aparente situación de inactividad e insolvencia, cuando concurrieren supuestos de fraude o abuso del derecho.

A pesar de la reforma del artículo que regula la desconsideración de la personalidad jurídica, que actualmente contiene hasta el tiempo de prescripción del ejercicio de la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica, creemos que este artículo tiene la dificultad para quien quisiera alegarlo de probar que efectivamente se cometió un fraude o hubo abuso del derecho.

La persona que conoce de la denuncia va a tener que indagar en la intención de las partes y, como la “buena fe” es un presupuesto consagrado en la Ley, cabe a quien manifieste lo contrario aportar con las pruebas suficientes que permitan al juzgador concluir la verdadera naturaleza del acto.

Esto es necesario, para saber si la voluntad del contratante fue realmente la de ocasionar un perjuicio o si actuó en la convicción de hacerlo conforme al derecho y la justicia que se creyere asistido.

Nos referimos al caso, en que la prueba material no fuere lo suficientemente clara para la determinación del fraude o abuso del derecho, lo que puede ocurrir en más de una ocasión, por la naturaleza de estos actos, que pueden ser subjetivos.

Otro de los inconvenientes que presenta el citado artículo 17 de la Ley de Compañías, es que hace referencia solamente al fraude y al abuso como las maneras con las que se puede utilizar las compañías para evadir las disposiciones legales.

Mencionando además, “las vías de hecho” que es un término muy general que deja abierta a varias interpretaciones, la conducta que se pretende tipificar, generando dudas sobre la naturaleza de las mismas en el ámbito societario.

Hubiera sido más conveniente, incluir la tipificación también, de la simulación como conducta que afecta el negocio jurídico en el que se utiliza con fines contrarios a la persona jurídica, debiendo actualmente recurrirse a otros preceptos existentes y contemplados en el ordenamiento jurídico.

Así como constituyen vicios clásicos de la causa del negocio jurídico el fraude y el abuso del derecho, también lo constituye la simulación, como revisamos en el primer capítulo de este trabajo cuando nos referimos al abuso de la personalidad jurídica. Sin embargo, no se hace mención a ésta, en el artículo de la Ley de Compañías que aborda el tema del levantamiento del velo jurídico.

Es posible que el Legislador, obvio su referencia, en su afán de protección hacia la ficción legal que representa la “persona jurídica”, queriendo limitar las situaciones por las que pudiera vulnerarse esta “entidad” que efectivamente tiene vida propia diferente e independiente de sus integrantes, en el momento en que existe la “affectio societatis” de los socios, y se cumplen con los requisitos para que tenga vida jurídica.

Aún con las dificultades de aplicación de la desestimación de la personalidad jurídica, existen principios doctrinarios<sup>409</sup> y criterios que nos proporciona la jurisprudencia sobre situaciones

---

<sup>409</sup> RUIZ GALLARDÓN, RAFAEL, “El abuso del derecho en la nueva Ley de...”, cit., p. 1188. Sobre los criterios para identificar el abuso del derecho que también se aplican al abuso de la personalidad jurídica.

que se han producido en la práctica societaria, que nos facilita la identificación del abuso de la forma jurídica.

Del mismo modo, cabe interrogarnos sobre la determinación del alcance del levantamiento del velo jurídico, que debería efectuarse atendiendo a la prioridad de atención de situaciones o grupos vulnerables, refiriéndonos como tal a quiénes les resulta más gravoso hacer prevalecer sus derechos, basándose en la realidad de cada país.

Corresponde al legislador realizar un análisis previo, sobre la pertinencia de la norma, que puede llegar a producir resultados extremos como los que pudimos evidenciar en las Teorías de la desestimación.

La Teoría Mayor que recoge la aplicación del levantamiento del velo para casos de utilización fraudulenta de la personalidad jurídica; y, la Teoría Menor que solamente pretende que no se deje en indefensión a los grupos que tienen dificultad en tener sus derechos reivindicados que para ellos son los consumidores, estas Teorías están positivadas en la legislación brasilera.

Si realizamos una comparación con la aplicación de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica en el Ecuador, y la Teoría Mayor y Teoría Menor, podemos deducir que se aplica la Teoría Mayor, porque según la legislación ecuatoriana analizada, solo es posible el levantamiento del velo jurídico cuando hubiere abuso del derecho, fraude o simulación en la utilización de las personas jurídicas.

Adicionalmente, es nuestro parecer que, además de la desconsideración de la personalidad jurídica, debería haber algún tipo de indemnización pecuniaria para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a los acreedores con estas maniobras fraudulentas que envuelven a las sociedades.

Puesto que, al producirse el levantamiento del velo jurídico solamente se recuperará el dinero que les es debido a los acreedores, sin que la ley estipule nada con respecto al tiempo transcurrido para obtener sus acreencias, ni el gasto ocasionado para que les sean devueltas. Pensamos que debería ser asimilado el resarcimiento de perjuicios, a la forma como se lo hace cuando existe determinación de responsabilidad civil, para la cual se contemplan otros supuestos de conducta.

Sin embargo, no se puede obviar el hecho que, detrás de todo aquel encubrimiento de patrimonio mediante la utilización inadecuada de la figura societaria, se ha pretendido evadir

las responsabilidades legales o contractuales haciendo uso de instituciones reconocidas por el derecho y la sociedad, con lo cual el acreedor ha sufrido un retardo en la recuperación de sus haberes, lo que es agravado por la incerteza de que exista el reconocimiento de su derecho.

## V. CRÍTICA A LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

En este acápite, trataremos los inconvenientes vislumbrados por un segmento del sector doctrinario, con relación a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo jurídico, así como también su desacuerdo con respecto a las consideraciones sobre la personalidad jurídica.

Además, las diferencias conceptuales que existen en torno a la atribuibilidad de las personas jurídicas; y, las propuestas alternativas que pueden aplicarse, como solución a la infracapitalización de las sociedades, basadas principalmente en la extensión de la responsabilidad.

Las concepciones doctrinarias respecto de la persona jurídica, derivadas en la mayoría de las ocasiones de la interpretación legal, que se realiza, sobre la conceptualización de ella como “...una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente...”<sup>410</sup>; conducen a procurar diversas soluciones a la problemática que se pudiere presentar durante el desenvolvimiento de su actividad empresarial.

Pareciéndonos oportuno realizar una referencia a la opinión del profesor Paz-Ares, quien manifiesta que ante la consideración que se hace de la persona jurídica como “una verdadera realidad subjetiva, un verdadero sujeto de derecho, distinto de los hombres de carne y hueso que está detrás...”, en resumen como un sujeto de derecho<sup>411</sup>, surge la necesidad de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo jurídico por parte de los Tribunales de Justicia.

---

<sup>410</sup> CCEc. Art. 564.

<sup>411</sup> PAZ-ARES, J. C., “Sobre la infracapitalización...”, cit., p. 1592.



La cual tendría como objetivo, alcanzar a estos sujetos que se ocultan y valiéndose de la persona jurídica ocasionan fraude o cometen un abuso del derecho, para causar perjuicio de terceros.

La opinión del profesor Paz-Ares es compartida por algunos doctrinarios como el profesor Girón Tena<sup>412</sup>, quien expresa que en el Derecho Romano, no se elaboró una teoría general sobre la persona jurídica, aunque tenían conocimiento de los entes colectivos que ahora se designan con esta expresión.

Los romanos, no tuvieron la preocupación de erigir un concepto que justificara el uso de esta expresión, por no considerarlo necesario para su utilización, aplicación práctica; y, los efectos que de ella se derivaran.

En el Derecho Romano, lo que hicieron es atribuirle a la persona jurídica una “definición nominal”<sup>413</sup>, debido a lo cual, con su simple enunciación se sabía que se referían a un ente conformado por varios sujetos.

La doctrina<sup>414</sup> reconoce que actualmente, “...la ciencia y la técnica jurídicas se sirven de la personalidad jurídica para la consecución de ciertos fines colectivos. Implica tal personalidad la existencia de un nuevo sujeto de Derecho, independiente del conjunto de los interesados...”, por lo que se recurre a la interpretación de la persona jurídica como un sujeto “centro de imputaciones”.

Indicando<sup>415</sup> que el reconocimiento de la personalidad jurídica, tiene la finalidad de otorgar una cobertura legal individualizada a un conjunto de sujetos que se reunieron para desempeñar sus actividades comerciales, pero lo cual no debe implicar la atribución de cualidades que en algunos países se les confiere.

Señala el profesor Paz-Ares, como innecesaria esta idea de la persona jurídica como un sujeto capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, las cuales, al momento de su incumplimiento, pueden generar la correspondiente responsabilidad e imputabilidad de los miembros que la componen.

Ante la insatisfacción de estas obligaciones generadas, que al no poder ser atendidas con los recursos propios de la sociedad, debe recurrirse a otros medios de compensarlas, un sector

---

<sup>412</sup> GIRÓN TENA, JOSÉ, “Sobre los Conceptos...”, cit., p. 380.

<sup>413</sup> PAZ-ARES, J. C., “Sobre la infracapitalización...”, cit., p. 1592.

<sup>414</sup> GIRÓN TENA, JOSÉ, “Sobre los Conceptos...”, cit., p. 395.

<sup>415</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de...*, cit., p. 358.

de la doctrina y los Tribunales de Justicia, proponen en muchas ocasiones, el levantamiento del velo jurídico.

En estos casos, ocurre un traspaso de la obligación de la persona jurídica, para los integrantes que la conforman.

Encontrando que, este desconocimiento de la personalidad jurídica para impedir que se produzca un subjetivo abuso del derecho o fraude, es acogido por los Tribunales de Justicia de manera indiscriminada.

Incluyendo innumerables situaciones indicadas en la doctrina<sup>416</sup> figurando entre ellas, la simulación de la constitución de una compañía para no tener que cumplir con las obligaciones contractuales.

De igual manera, el menoscabar los derechos de terceros, la elusión legal, las funciones de las sociedades que integran un grupo económico por medio del cual se blindan, y son contrarias a la Ley; con todos los comportamientos que se enmarcan dentro de los enunciados perjuicios.

Lo cierto es que se recurre a esta medida, para solucionar un sinnúmero de variadas conductas<sup>417</sup>, pudiendo en ocasiones los Tribunales de Justicia, extralimitarse en sus decisiones y no cumplir con su finalidad.

Con respecto a la aplicación del levantamiento jurídico, un sector doctrinario<sup>418</sup> apunta que aunque se trate de una solución general para varios supuestos como ya lo mencionamos; también es aplicable para la infracapitalización de sociedades, especialmente en los casos en que se produzca la confusión de patrimonios, o por la posibilidad de causar perjuicio a terceros.

Debido a lo cual, para resolver las situaciones de infracapitalización, existen doctrinarios<sup>419</sup> que defienden este procedimiento al incluirla entre las hipótesis de conducta en que se produce una indebida utilización de la personalidad jurídica.

---

<sup>416</sup> De Ángel Yagüez, Ricardo, *La Doctrina del Levantamiento del Velo...*, cit., p. 96.

<sup>417</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., *Atributos y Límites de la Personalidad Jurídica. La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Personalidad Jurídica, en Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Madrid, 1999, p.590 ss.

<sup>418</sup> EMBID IRUJO, J. M., “Justicia y seguridad jurídica: a propósito del levantamiento del velo de la personalidad jurídica societaria”, *Res Derecho de los Negocios*, n° 96, 1998, pp. 5 y ss.

<sup>419</sup> OTXOA- ERRARTE GOIKOETXEA, R., *La responsabilidad...*, cit., p. 244.

Esto se debe a que considera una conducta abusiva, el hecho de no dotar a la sociedad de recursos económicos suficientes para poder desarrollar su objeto social, y continuar con la ejecución normal de sus actividades.

En la concepción realista de la persona jurídica, y al respecto del levantamiento del velo jurídico, encontramos apreciaciones como la siguiente que justifican su aplicación por parte de los Tribunales de Justicia: “...en algunos supuestos los derechos y obligaciones de la sociedad son derechos y obligaciones de los socios.”<sup>420</sup>. Presentándose la dificultad de saber cuándo existe la independencia de sujetos y cuando no.

Las opiniones doctrinarias<sup>421</sup>, que son contrarias a la aplicación del levantamiento del velo jurídico en los supuestos de infracapitalización, apuntan que este es un asunto concerniente a la responsabilidad de los socios, con respecto a sus deberes para con la sociedad, en lo referente al capital social.

El profesor Paz-Ares<sup>422</sup>, señala que la doctrina del levantamiento del velo jurídico puede encaminarse y dividirse en dos grupos que justifiquen su aplicación: extensión de la imputación y extensión de la responsabilidad.

La extensión de la imputación está relacionada con la aplicación de la norma en virtud de “*ciertas características, conocimiento, conductas u obligaciones de los socios y viceversa*”<sup>423</sup>, para determinar qué normativa debería ser aplicada, en atención a quién se le debe imputar el acto.

Podemos postular como ejemplo de la imputación que se debe hacer al socio-administrador, la autocontratación, realizada en su propio beneficio y para dejar a la compañía sin patrimonio con el que pueda responder frente a los terceros.

En la extensión de la responsabilidad, se le atribuye al socio la necesidad de la reparación por el daño causado, a falta de medios propios de la sociedad para poder hacerlo; sin embargo debe verificarse la existencia de algún argumento que permita hacer extensiva esta responsabilidad.

---

<sup>420</sup> OTXOA- ERRARTE GOIKOETXEA, R., *La responsabilidad...*, cit., p. 243.

<sup>421</sup> MANÓVIL, RAFAEL MARIANO, *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1002

<sup>422</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., *Atributos y Límites de la Personalidad Jurídica...*, cit., p.592

<sup>423</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., *Atributos y Límites de la Personalidad Jurídica...*, cit., p.593

La infracapitalización pertenece al grupo de la extensión de la responsabilidad, mediante el cual se hace responsable a los socios por el incumplimiento del mandato legal de mantener capitalizada la sociedad.

Esta responsabilidad que se atribuye a los socios está asociada<sup>424</sup> con la capacidad que tiene la sociedad para poder desarrollar sus actividades estipuladas en el estatuto social, con un adecuado nivel económico, pudiendo satisfacer los requerimientos propios del tamaño del negocio.

Cuando la sociedad presente problemas de liquidez, debido a la capitalización inadecuada de ésta, se responsabilizará a los socios, siempre que medie conducta considerada fraudulenta o abusiva.

En el caso de la infracapitalización material, por la falta de dotación de capital para cumplir con su objeto social; y, en el caso de la infracapitalización nominal por no haber aportado el correspondiente capital de riesgo.

Expone el profesor Paz-Ares que se recurre a la técnica del levantamiento del velo jurídico para solucionar las situaciones de infracapitalización, pudiendo sustituirse por la responsabilidad, ante la “...*existencia de un deber implícito de capitalización adecuada...*”<sup>425</sup>.

Aunque, manifiesta también que los socios deben tener la libertad de poder constituir la sociedad con el capital que consideren necesario, no obstante, esto no los abstrae de su deber de responder en caso de ser necesario.

Infiriendo que la responsabilidad de los socios por infracapitalización deberá darse solo en situaciones excepcionales, cuando no se proporcione la información de la sociedad debida y oportunamente; apreciamos que lo que se pretende es traspasar la obligación de conocer con quién se contrata a los terceros.

De lo enunciado, deducimos que los Tribunales de Justicia, aplican la doctrina del levantamiento del velo jurídico en los supuestos de infracapitalización, sin prestar atención a la pertinencia de esta medida en cada caso en particular.

Ante lo cual el profesor Paz-Ares, estima que el camino a seguirse es el establecimiento de la responsabilidad de los sujetos, socios o administradores, que no cumplieron con la

---

<sup>424</sup> MANÓVIL, RAFAEL MARIANO, *Grupos de Sociedades en...*, cit., p. 558

<sup>425</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., *Atributos y Límites de la Personalidad Jurídica...*, cit., p.599.

obligación de abastecer a la sociedad con el suficiente capital para cumplir con su actividad económica.

Imputándose esta responsabilidad a los socios en cuanto no provean del capital de riesgo necesario para cumplir sus actividades; y, en el caso de los administradores al no emplear los correctivos necesarios, en el ejercicio de su cargo, para impedir que se produzca la infracapitalización.

Siempre y cuando pueda verificarse que existió la intención de causar un perjuicio a terceros y que, de igual manera, éstos, no pudieron tener conocimiento de la real situación de la sociedad.

## VI. RECAPITULACIÓN CRÍTICA

Analizamos en el desarrollo de este capítulo, la medida más común que es el levantamiento del velo jurídico, que se aplica a todas las situaciones en las que están involucradas las personas jurídicas que otorgan la calidad de responsabilidad limitada a los integrantes de las mismas.

Concurriendo el requisito adicional, que siempre debe estar presente y que es el concerniente a la mala utilización del instituto, sin el cual no se concibe realizar la desestimación de la personalidad jurídica.

El levantamiento del velo jurídico, cuya doctrina fue propuesta en el siglo XIX, y ha sido aplicada en la mayoría de los países, como un paliativo para impedir que se ocasione engaño a terceros o burlas a preceptos legales, también ha sido acogido para solucionar los supuestos de infracapitalización de las compañías.

Aunque algunos doctrinarios, como ya vimos en este capítulo concuerdan en utilizar el levantamiento del velo jurídico, en las hipótesis de infracapitalización, de acuerdo a cada caso en particular y verificando la intención o el provecho obtenido; otro sector de la doctrina no concuerda con la utilización de esta medida.

Los doctrinarios que no están a favor del levantamiento del velo jurídico en los casos de infracapitalización, proponen la extensión de la responsabilidad, para procurar la satisfacción del cumplimiento de las obligaciones.

En virtud de la cual, ante el deber legal de proporcionar un capital adecuado a la compañía para que ejecute sus actividades económicas, su quebrantamiento genera la responsabilidad de reparo, por parte de quién cometió esa omisión.

Vemos en esta propuesta, que en un comienzo, se procede igualmente a obviar el velo societario para llegar al sujeto o sujetos que colaboraron con la subcapitalización de la sociedad.

Sin embargo, presenta la ventaja que no es necesario probar la existencia del ánimo defraudatorio de esta acción, lo cual ya es un sustento para poder solucionar el problema de la falta de capital de riesgo de la sociedad.

Examinando la situación societaria del Ecuador, concluimos que también los Tribunales de Justicia, recurren al levantamiento del velo jurídico, como la medida más eficaz, para evitar que se produzcan daños a los terceros mediante la indebida utilización de la personalidad jurídica.

Opinamos que, tratándose de los supuestos en los que se incumpla con la normativa societaria ecuatoriana, referente a la correcta integración del capital social, debería aplicarse la extensión de la responsabilidad.

Con lo cual se propende a que el capital suscrito de las sociedades, obedezca a una situación real, que esté de acuerdo al medio empresarial donde irá a desarrollarse la actividad mercantil.

Evitándose de esta manera, que para poder tener una sociedad con una capitalización adecuada para que pueda llevar a cabo su finalidad social, tenga primero que indagarse la intención y calificarse a las conductas de los sujetos que intervinieron en su infracapitalización.

Sin embargo, es preciso indicar que, en la normativa sobre la persona jurídica ecuatoriana, existe su consideración como un “ente sujeto de derechos y obligaciones”, por lo que al momento de producirse una indebida utilización de la persona jurídica, se recurre a la desestimación de la personalidad jurídica.

En virtud de la aplicación de la normativa, según la territorialidad, concordando con la opinión de los tratadistas<sup>426</sup> respecto a que cada ordenamiento jurídico tiene una definición

---

<sup>426</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de...*, cit., p. 359.

extensa, pudiendo decirse que hasta “propia”, conviene analizar si resultaría adecuado, la inclusión de la extensión de la responsabilidad en reemplazo del levantamiento del velo jurídico en el Ecuador.

Estimándose que es necesario, profundizar en el tema de las conductas que en nuestro medio deben ser consideradas para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo jurídico lo cual deberá realizarse con la justificación necesaria, debiendo buscarse también otras alternativas, como en la doctrina española.

Así cómo también, el correspondiente análisis de cuándo debe hacerse extensiva la responsabilidad a quiénes hubieren producido la insuficiencia de capital social de la compañía para cumplir con su objeto social.

## CAPÍTULO IV.- EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD A LOS SOCIOS Y ADMINISTRADORES DE LA COMPAÑÍA

### I. CONCEPTO

Las dos formas en que se puede subcapitalizar a una sociedad, son la infracapitalización material, cuando no se ha aportado el suficiente capital para que la sociedad pueda ejecutar su objeto social; y, la infracapitalización nominal, que acontece cuando los fondos de la sociedad provienen de préstamos realizados por los socios.

Correspondiendo determinar las consecuencias<sup>427</sup> de esta actuación para quienes las hubieren provocado.

Analizamos anteriormente, la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica como una solución a la infracapitalización de la sociedad derivada de una conducta abusiva por parte de los integrantes de la misma; de igual forma, comparamos con las críticas<sup>428</sup> a la mencionada teoría, especialmente, en relación con su aplicación para los casos de infracapitalización.

Obteniendo una conclusión que concilia la aplicación de la teoría del levantamiento del velo jurídico con sus críticos, al indicar el profesor Paz-Ares que solamente, se explicaría la aplicación del levantamiento del velo, para hacer extensiva la responsabilidad a quién hubiere provocado la infracapitalización de la sociedad.

Pudiendo estimarse a la extensión de la responsabilidad a los socios y administradores de la compañía como una alternativa particular para las hipótesis de infracapitalización de la sociedad; y, no como el caso del levantamiento del velo jurídico que se utiliza para cualquier caso de uso indebido de la persona jurídica.

---

<sup>427</sup> En el desarrollo de este capítulo, cuando hablemos sobre la responsabilidad de los integrantes que ostentan el beneficio de la responsabilidad limitada en las compañías, nos referiremos generalmente a las circunstancias y legislación ecuatoriana.

Cuando analicemos la responsabilidad por infracapitalización propiamente dicha, citaremos jurisprudencia y legislación correspondiente a España, por tener este país, un contenido más extenso en este sentido debido a la experiencia que ha tenido en situaciones de infracapitalización; al mismo tiempo que en el Ecuador no se contempla esta circunstancia como un problema societario que merezca atención, por lo que se recurre a las normas relacionadas con la exigencia del contrato social, especialmente lo correspondiente a la integración de capital.

Como se indicará al final de la tesis, la legislación societaria ecuatoriana requiere de un tratamiento legal de la infracapitalización y de su responsabilidad, o, al menos, de iniciativas legislativas que susciten el necesario debate doctrinario como impulso de una reglamentación futura.

<sup>428</sup> En el Capítulo III, epígrafe V, denominado Críticas a la Teoría del Levantamiento del Velo.



El hecho de organizarse como una persona jurídica para ejercer alguna actividad comercial, industrial o de prestación de servicios concede a sus socios una serie de derechos, pero también de obligaciones, con respecto de: la compañía, los otros integrantes de la sociedad; y, frente a los terceros que tengan una relación jurídica con ésta.

Cuando estas obligaciones son incumplidas o tienen un cumplimiento defectuoso, originan la necesidad de su reparación, para poder conservar el estado de derecho y mantener la confianza en las instituciones.

Estas consideraciones, nos hacen pensar que es pertinente analizar las responsabilidades que advienen, junto con la calidad de socio, al formar parte de una compañía; en algunas hipótesis, pero, especialmente cuando existan situaciones provocadas de insuficiencia de capital.

Es conocido de todos, como la lógica lo indica, que cuando una compañía ha tenido un óptimo desempeño y genera lucro, este es en gran parte para sus socios; sin embargo cuando sucede lo contrario y la compañía sufre pérdidas, y éstas fueren producto de una inapropiada capitalización de la misma, que pudiere llevar a la compañía a un estado de insolvencia con riesgo de liquidación, necesariamente incidirá sobre los terceros<sup>429</sup>.

Estos sujetos, son ajenos a la composición accionaria o administrativa de la sociedad, a la toma de sus decisiones y a sus circunstancias de gobierno, por lo que no es justo, que soporten este tipo de gravamen, volviéndose indispensable la determinación de responsabilidades, para su posterior resarcimiento.

La responsabilidad de los integrantes de una sociedad, puede ser respecto de situaciones o sujetos diversos, por lo que en términos generales, es necesario tener claro que esta responsabilidad puede variar dependiendo de algunas circunstancias que pudieren ser las siguientes:

- 1) el tipo societario que hubieren decidido conformar,
- 2) las situaciones relacionadas con la completa integración del capital social; y,
- 3) las intenciones que inspiran la formación y funcionamiento de esta persona jurídica.

Además de las responsabilidades, que se derivan del hecho de la conformación de una persona jurídica y las situaciones enunciadas en líneas anteriores; también existen otras

---

<sup>429</sup> CABANELLAS, GUILLERMO, "Los Socios, Derechos, Obligaciones...", cit., p. 682.

causas que originan responsabilidad y están relacionadas con la infracapitalización de las sociedades.

En lo referente a la responsabilidad derivada del tipo societario<sup>430</sup> que decidieron conformar, el cual es un requisito para la constitución de las compañías, se consideran a las compañías anónimas y las compañías limitadas por pertenecer al tipo de compañías donde puede presentarse la infracapitalización. Al otorgar el beneficio de la responsabilidad limitada a sus socios.

La responsabilidad por el tipo societario, en las situaciones en que se hubiere producido la infracapitalización en las sociedades de capital, está relacionada con la falta del cumplimiento de obligaciones de los socios.

Específicamente, la del deber de realizar la integración del capital social en la forma legalmente convenida y establecida; así como, en la cantidad necesaria para cumplir con su objeto social. Corresponde examinar el tipo de responsabilidad de la persona jurídica frente a los terceros.

## II. RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD FRENTE A TERCEROS

En lo que se refiere a la responsabilidad de la sociedad frente a terceros que tuvieren algún tipo de relación contractual con la persona jurídica, es fundamental que los integrantes de la sociedad mantengan una dotación suficiente y adecuada de capital en la sociedad, respetando el plazo estipulado<sup>431</sup> para ello.

Debido a que la existencia y la conservación del capital social durante la existencia legal de la compañía, constituye además de la posibilidad de realización de las actividades de la compañía para poder generar producción, el respaldo con que se garantizará a los acreedores la satisfacción de sus créditos.

---

<sup>430</sup> LSCE. Art. 22. “Contenido de la escritura de constitución. 1... b) La voluntad de constituir una sociedad de capital, con elección de un tipo social determinado.”...

<sup>431</sup> SAP Madrid, de 29 de abril de 2011, sección 28. Id Cendoj: 28079370282011100125. F.J. Tercero.- “...La mora, en efecto, se produce de manera automática tan pronto como transcurre el plazo pertinente sin que haya sido abonada la parte del capital no desembolsada por los accionistas (Art. 43 L.S.A.). Acerca de cuál haya de ser ese plazo pertinente, el Art. 42 L.S.A. contempla dos posibilidades, una principal y otra subsidiaria: a) Si el plazo ha sido establecido en los estatutos, su simple transcurso unido a la falta de pago hace nacer la situación de morosidad; b) Si los estatutos no han contemplado plazo alguno, entonces la mora nace tan pronto como transcurre el plazo que el órgano de administración de la sociedad haya publicado en el BORME”.

En contrapartida con esta obligación de aportación del capital social, cumplida a cabalidad en los términos legales y contractuales establecidos, los socios adquieren también los derechos políticos<sup>432</sup> y derechos patrimoniales<sup>433</sup> de participación social en proporción con el capital que hubieren acordado aportar.

Por lo que podemos decir que si los socios cumplen con su deber de capitalizar adecuadamente a la sociedad, ésta no incurrirá en la responsabilidad frente a terceros por esta causa.

Lo que es primordial para los terceros que contratan con la sociedad de cualquier forma, sean como proveedores de productos o servicios o como trabajadores de ésta; es que puedan ver realizada la satisfacción de sus acreencias o el pago de su trabajo, respectivamente, en cualquier eventualidad derivada de un desenlace adverso en el panorama económico de la compañía.

Esta responsabilidad de la sociedad está vinculada con las consecuencias que pueden acarrear la infracapitalización de las sociedades, las cuales se confirmarán y obligarán a la reparación correspondiente, en el momento que la sociedad quede insolvente y se tenga la necesidad de declarar su liquidación.

Por otra parte, es imperioso que la sociedad como tal, observe el compromiso de mantener informados<sup>434</sup> a sus integrantes para que tengan un conocimiento adecuado y veraz del estado económico real de la sociedad.

---

<sup>432</sup> BALBÍN, SEBASTIÁN, *Curso de Derecho de las Sociedades*...., cit., p. 298. “*Los derechos políticos son aquellos mediante los cuales el accionista ejerce los mecanismos que le permiten asegurarse de que la actividad social está efectivamente encaminada a la obtención de rendimientos adecuados. A través de los derechos políticos, al tener injerencia en la marcha social, posibilitan al accionista que pueda obtener de su capital el mayor rendimiento posible*”.

<sup>433</sup> AMICO ANAYA, MATEO, *Tratado de Derecho Mercantil*, t. I.. Derecho Societario, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 433: “*son derechos patrimoniales los que corresponden con el interés del accionista de obtener un beneficio a través de la actividad desarrollada por la sociedad*”

<sup>434</sup> Los gestores de la compañía están en el compromiso de entregar la información requerida oportuna y ordenadamente en cualquier tiempo que fuere solicitada por los accionistas, teniendo en cuenta el interés social, respecto del cual debe hacerse la consecuente evaluación de la información que deba proporcionarse al accionista, principalmente para que pueda intervenir con el debido conocimiento sobre los asuntos a tratarse en las asambleas, contribuyendo con interrogantes o soluciones que coadyuven al mejor funcionamiento de la compañía.

Así mismo, y en miras a fortalecer el interés social, los denominados “secretos industriales o comerciales”, no están comprendidos dentro de la esfera de lo que necesita ser conocido por los socios o accionistas, para evitar su propagación o discusión en manos de terceros que podría conducir a un perjuicio para el desarrollo y éxito de la actividad económica de la compañía.

De tal manera que éstos a su vez puedan supervisar por medio de su órgano deliberativo, la asamblea, a fin de que no se transgreden las leyes, ni las buenas prácticas de comercio, sabiendo que la sociedad está cumpliendo con su objeto social y que el capital acordado es suficiente para ello.

Además de la información<sup>435</sup> que deben poseer los socios respecto de la persona jurídica que conforman, también es relevante que quiénes deseen involucrarse contractualmente con la sociedad, tengan conocimiento de su solvencia económica.

Consideramos como responsabilidad de la sociedad para con los terceros en general, el proporcionar información completa y apegada a la verdad en los términos prescritos y exigidos por la ley.

En dicha página deberán constar la información más relevante para el público, debiendo ser manejada con absoluta transparencia, reflejando la situación real de las compañías; así las personas que pretendan invertir o contratar con determinada sociedad podrán saber su estado financiero.

En legislaciones como la ecuatoriana, no existe esta normativa referente a la obligación de la creación de una página web de la compañía que otorgue información sobre la situación de éstas, como sí ocurre en la legislación española<sup>436</sup>.

Sin embargo, en la página web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros que es el órgano de control de las sociedades mercantiles, existe información de acceso público con respecto a las compañías que están sometidas a su control.

Estos datos de las compañías, deberán mantenerse siempre actualizados, con las informaciones que tienen la obligación de proporcionar a este organismo, como el domicilio de la compañía, representantes legales, datos de contacto entre otros.

Aquí, es pertinente que hagamos una reflexión sobre la exigencia que tienen los integrantes de la sociedad de estar informados sobre los procedimientos y cumplimientos de las normas

---

<sup>435</sup> DE TARSO DOMINGUES, PAULO, “A figura do capital social: Cinderela...”, ed. Almedina, Coimbra, 2017, p.171. En referencia a la obligación de publicar la situación financiera de la compañía como medio de evitar el hecho de tener que responder a los terceros en caso de insolvencia de la misma: “*Com efeito, verificando-se uma situação de perda grave do capital social, se os sócios não adotarem qualquer medida que a corrija, isso não acarretará, hoje a dissolução da sociedade, implicando apenas a obrigação de a sociedade publicitar e dar a conhecer a terceiros aquela situação.*”

<sup>436</sup> LSCE Art. 11 bis y ss.

societarias, contables y sobre la prevención de lavado de activos que las compañías deben contemplar.

Puesto que el incumplimiento, pudiere ser motivo de responsabilidad para los socios en caso se produzca la infracapitalización de la sociedad y se tenga que recurrir al levantamiento del velo jurídico para el establecimiento de las responsabilidades.

Los socios, no podrán oponer su desconocimiento frente a esta situación, en caso de presentarse alguna disociación de la realidad de la situación de la compañía, pudiendo atribuirse a la intención de obtener algún provecho.

Al respecto se pronuncian los Tribunales<sup>437</sup>, emitiendo su criterio sobre la obligación de los órganos de administración de la compañía de dotar al socio de la información que requiera, para que puedan precautelar sus intereses, especialmente en defensa de los socios minoritarios; y que a su vez puedan responder ante los acreedores con información verídica y actualizada.

Siguiendo con el estudio de la extensión de la responsabilidad a los socios y los diversos aspectos a considerarse en torno a este tema, examinaremos el tratamiento de este tema desde la perspectiva de la normativa española.

### III. RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS EN LA INFRACAPITALIZACIÓN SEGÚN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

#### 1. PLANTEAMIENTO

El reconocimiento de la responsabilidad limitada, es una ventaja para aquellos que deciden invertir en la constitución de una sociedad de capital. En cierta medida, se puede expresar como una “compensación de carácter patrimonial”; para quien decide invertir mediante la conformación de una sociedad de capital.

---

<sup>437</sup> SAP Barcelona, de 9 de diciembre de 2013, sección 15. Id Cendoj: 08019370152013100445. F.J. Séptimo cita el pronunciamiento que consta en la STS de 19 de septiembre de 2013 : “19. Por tanto, el TS no solo conecta el derecho de información con el legítimo ejercicio del derecho de voto sino que también lo pone en relación con la defensa de los intereses del socio, particularmente en los supuestos en los que los mismos pueden verse amenazados por encontrarse en una posición minoritaria dentro de la sociedad”.

En consonancia con ello, la ley y la doctrina señalan que, para adquirir la limitación de la responsabilidad, los integrantes de las sociedades de capital, deben cumplir con ciertos presupuestos.

Se acota en la doctrina<sup>438</sup> que la infracapitalización, está relacionada con la responsabilidad limitada de los socios, la cual se encuentra vinculada con los principios de conformación del capital social.

Pretendiéndose extender la responsabilidad de los integrantes de la sociedad en las hipótesis de haber realizado una escasa aportación del capital necesario para que la sociedad pueda cumplir con su objeto social; aseverando la doctrina que *“una débil dotación de capital conlleva una serie de dificultades adicionales a las que en cualquier caso debe enfrentar una sociedad...”*<sup>439</sup>.

También generará responsabilidad para los socios, en el caso de las aportaciones no dinerarias para integrar el capital de la compañía, por la valoración que realicen a los bienes aportados.

La responsabilidad<sup>440</sup> de los socios en la situación de infracapitalización tiene su origen, en primer lugar desde el momento de la constitución de la sociedad, en la obligación legal de éstos de proporcionar el capital adecuado *“como condición implícita pero imprescindible para adquirir la limitación de la responsabilidad”*<sup>441</sup>.

Una de las primeras consecuencias de no haber cumplido con esta obligación es que no podrán tener el privilegio de la limitación de la responsabilidad del cual gozan los socios de las sociedades anónimas y limitadas, el presupuesto para gozar de la limitación de la responsabilidad es la dotación y mantenimiento de un capital social adecuado para que la sociedad pueda responder frente a los acreedores<sup>442</sup>.

Sabemos que la infracapitalización material, está relacionada con la dotación insuficiente de capital que no pueda ser suplida por algún otro medio.

---

<sup>438</sup> PAZ-ARES, J.C., “La Infracapitalización. Una...”, cit., p. 389.

<sup>439</sup> OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, R., *La responsabilidad...*, cit., p. 158.

<sup>440</sup> LSCE Art. 30. “Responsabilidad de los fundadores.

1. Los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los socios y los terceros de la constancia en la escritura de constitución de las menciones exigidas por la ley, de la exactitud de cuantas declaraciones hagan en aquella y de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución.

2. La responsabilidad de los fundadores alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado estos”.

<sup>441</sup> PAZ-ARES, J. C., “Sobre la infracapitalización...”, cit., p. 1622.

<sup>442</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. 1 ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 191.

La doctrina, añade un requisito adicional para su configuración, al manifestar que para que pueda atribuírsele a los integrantes de la sociedad, una responsabilidad propia patrimonial, *“ha de tratarse de una infracapitalización cualificada, de una insuficiencia de capital inequívoca, claramente reconocible por un experto, y que en circunstancias normales hace altamente probable el fracaso de la empresa, fracaso que recaerá fundamentalmente sobre los acreedores”*<sup>443</sup>.

Es interesante este aporte doctrinal que pretende evitar que los socios respondan con su patrimonio propio ante los acreedores por la escasa dotación de capital, aunque nos volvemos a encontrar con la necesidad del auxilio legal respecto de la calificación de capital deficiente, que permita a un entendido clasificarlo como tal.

Aunque nos parece pertinente recordar que el capital social de la compañía, no es lo mismo que patrimonio social; coincidiendo ambos solamente en el momento de la constitución de la compañía.

De aquí que en este primer momento, es especialmente relevante cuidar que no se produzca la infracapitalización material porque los bienes aportados por los fundadores de la sociedad, constituyen el único respaldo para impulsar el emprendimiento y de la misma forma, no causar perjuicios a los acreedores.

Posteriormente, y a medida que la sociedad siga incrementando sus actividades empresariales, también se acrecentará su patrimonio social, que es en nuestra opinión el que debería responder en el supuesto de infracapitalización material.

Sin embargo existe el inconveniente, que para alcanzar al patrimonio social, habría que liquidar a la sociedad, siendo un remedio excesivo como vimos anteriormente y atentatorio para el sistema empresarial.

Con respecto a las aportaciones realizadas en especie, sabemos que la falta de seriedad y compromiso al momento de proceder a realizar la evaluación de los bienes que se aportan, pueden generar consecuencias ante las cuales tendrán que responder los socios y son analizadas por los jueces<sup>444</sup>.

---

<sup>443</sup> OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, R., Comentario a la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado, de 22 de junio de 1983, La Infracapitalización, Cuadernos de Derecho y Comercio n.º.14, 1994, p. 281

<sup>444</sup> SAP Madrid, de 8 de julio de 2016, sección 28. Id. Cendoj: 28079370282016100255.F.J. Décimo Sexto (iv).- *“Ello es particularmente palmario en el supuesto de valoración de aportaciones sociales no dinerarias, ya que su defecto no alcanza tan sólo a las relaciones internas entre los socios aportantes, donde pueden*

En el caso citado, vemos que al constituir una compañía uno de los socios aporta su participación en otras sociedades cuyo avalúo realizado por una persona especializada, no corresponde lo aportado con su precio real, ocurriendo una sobrevaloración de la especie aportada.

Luego del análisis correspondiente, se concluye que, existe un acuerdo sobre la valoración de los aportes en especie, y que éste se equipara a un pacto entre socios, que no es oponible a terceros por no ser parte de la escritura de constitución de la sociedad.

Siendo de esta manera, al existir una opinión de un experto en la materia, ésta debe ser considerada y en consecuencia, obligarse al socio que realizó la aportación deficiente a contribuir con el valor restante por la fracción de capital suscrito.

Acotándose que, las personas que contratan con la sociedad no tienen la obligación de soportar este riesgo<sup>445</sup>, como consecuencia de un capital social insuficiente que podría impedir que la sociedad cumpla con sus obligaciones, y se ubicare en una situación de insolvencia con riesgo de liquidación.

Además de lo enunciado, sobre el esmero que deben tener los socios por la dotación apropiada de capital, debemos observar otra situación que debe ser considerada, para prevenir que ocurra la subcapitalización de las sociedades, es la relacionada con la disminución del capital social.

Esta hipótesis, constituye una señal de alerta sobre la liquidez de la sociedad y su posibilidad de afrontar las obligaciones adquiridas por la persona jurídica; además de la capacidad de poder seguir desempeñando su actividad económica de manera habitual, cuando se haya verificado tal reducción.

Esta disminución del capital social, que no corresponde a otra cosa que, a la modificación de los estatutos, debe ser acordada por los socios reunidos en Junta General y contemplar el quórum requerido.

---

*regir los pactos parasociales, sino a los intereses de la propia sociedad, al determinar la forma de integración de su patrimonio, con el que hace frente a sus responsabilidades, y por ello, a los intereses de terceros relacionados con ella, como acreedores, contratantes, trabajadores..., sujetos a los que no alcanzan dichos pactos, y que se rigen por lo fijado en el TRLSC y los estatutos sociales”.*

<sup>445</sup> OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, R., *La responsabilidad...*, cit., p.273: “La traslación del riesgo empresarial que corresponde a los socios a los acreedores, que tiene lugar por medio de la infracapitalización, puede sin duda encuadrarse dentro del abuso por razón de su objeto”.



Situación que obedece al hecho de tratarse de una reforma de estatutos; y, no siempre será resultado de un proceder anti-societario; sino que, todo lo contrario, pudiere obedecer a necesidades estructurales de la sociedad para optimizar su funcionamiento.

Debido a lo propuesto, es importante establecer si esta reforma estatutaria se produjo como una situación provocada con el ánimo de disminuir el capital de riesgo para burlar alguna disposición legal o contractual; o, con la finalidad de conservar o restablecer el equilibrio que debe existir entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad<sup>446</sup> para su mejor desenvolvimiento.

Debe prestarse particular atención, sobre si la intención fue la de ocasionar la infracapitalización en perjuicio de los acreedores de la sociedad, lo cual generará la necesidad del establecimiento de responsabilidades de los causantes de la subcapitalización de la sociedad.

Ahora, en el caso de la infracapitalización nominal es diferente, puesto que, cuando nos percatamos que la sociedad necesita una inyección de capital para poder cumplir con el objeto social para lo cual fue creada y recurrimos al incremento del capital social mediante el otorgamiento de préstamos provenientes de los socios, se percibe la configuración de una intención deshonestas.

La doctrina<sup>447</sup> considera, que los préstamos realizados por los socios, aunque no configuren aportaciones de capital, deben ser dejados en la sociedad hasta que cumplan con la función de formar parte del fondo de la compañía.

Recurrir a este procedimiento de capitalización, nos induce a la idea de la pretensión de evadir el pago de impuestos como producto del aumento de capital; o, tener el ánimo de evadir disposiciones legales relacionadas con las diversas formalidades que demandan una reforma de estatutos de la compañía.

El incremento de capital en forma legal, al obedecer a un aporte económico real, estaría sujeto a una serie de operaciones de crédito que una vez realizado el aumento correspondiente, serán objeto de una mayor contribución societaria a la entidad de control, además de representar

---

<sup>446</sup> LSCE Art. 317. “Modalidades de la reducción”.

<sup>447</sup> OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, R., *La responsabilidad...*, cit., p. 163.

mayores cargas tributarias para la sociedad, entre otras de las razones que motivan este proceder.

En los dos supuestos que hemos analizado<sup>448</sup> que son la infracapitalización material y la infracapitalización nominal, la responsabilidad por la insuficiencia de capital de la sociedad para la consecución del giro del negocio, debe recaer sobre los socios.

Puesto que con su actuar propiciaron esta situación, ya sea por no haber hecho una adecuada aportación de capital de riesgo acorde al objeto social de la compañía; o, por haber capitalizado la compañía de una manera tendiente a obtener una ventaja en caso que el negocio fracase.

La identificación del elemento por el cual nos vemos en la necesidad de definir si estamos frente a la infracapitalización material o infracapitalización nominal, serán las obligaciones que derivan para los socios frente a la una o la otra.

Para ilustrar las consecuencias de una deficiente capitalización de las sociedades en relación con la actividad económica que deben desempeñar, debemos anotar que, en el caso de generarse una conclusión negativa en el ejercicio económico del año inmediatamente anterior de la compañía, el derecho de percibir los beneficios se transformará en una obligación para los socios.

Es decir, cuando no se hubieren producido ganancias en el ejercicio económico finalizado, en este caso, los socios, deberán soportar las pérdidas en una proporción similar al capital que hubieren suscrito.

No obstante lo afirmado en líneas anteriores, existen corrientes doctrinarias<sup>449</sup> que afirman que sancionar la infracapitalización es una forma de desestimular la producción organizada por medio de las sociedades de capital.

Defendiendo la libre fijación del capital social a aportarse, por lo que sustentan que esta ausencia de responsabilidad para los socios, será reemplazada por la debida publicidad de la situación real de la compañía.

Esta información deberá estar a disposición del público en general y especialmente de los que tengan interés en realizar alguna inversión o intercambio con la sociedad, quiénes a su vez, se abstendrán de hacerlo; o, en caso de persistir en su interés de contratar con la

---

<sup>448</sup> Infracapitalización material pp. 98 y ss.; infracapitalización nominal pp.105 y ss.

<sup>449</sup> OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, R., *La responsabilidad...*, cit., p. 234.

compañía, deberán procurarse otros medios de garantizarse que sus acreencias le sean satisfechas.

Mientras la compañía siga ejerciendo normalmente su actividad empresarial, las pérdidas que pueda tener al final del ejercicio económico, no corresponderán a un valor fijo o determinado, porque aún no ha ocurrido la cesación de pagos a los acreedores, lo que podemos tener es un valor calculable.

El problema se suscitará, en caso se llegue a originar la necesidad de liquidar a la persona jurídica y apremie la satisfacción de las diversas obligaciones que tuviere pendientes la sociedad.

Aunque hay que señalar que este resultado adverso se verá reflejado en la gestión global del negocio y ocasionará que la compañía se ubique en una circunstancia peligrosa. Debido al incremento en el riesgo empresarial provocará un impacto negativo y desconfianza en el mercado.

Sin embargo, esto tampoco debería ser motivo de alarma, si consideramos que el mundo de los negocios tiene naturaleza dinámica y mutable; estando sobretodo, sujeto a la realidad externa.

Esta realidad obedece, a la situación patrimonial de los clientes del negocio, debiendo prestarse especial atención, a la condición económica del país y de la región en la cual estuviere establecido.

En la hipótesis, de no poder subsanarse el este estado de pérdidas de la compañía, podría producirse una necesidad de reducción del capital o de disolución<sup>450</sup> y liquidación de la misma.

Sobre la responsabilidad que suscita la infracapitalización nominal, es pertinente hacer una referencia histórica y remontarnos al borrador del proyecto de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada<sup>451</sup> en España.

---

<sup>450</sup> TAVARES BORBA, JOSÉ EDWALDO, *Direito Societário*, cit., p. 453: “A dissolução não extingue a sociedade, mas tão-só determina o início do processo de liquidação, no final do qual, ai sim, a sociedade se encerra”.

<sup>451</sup> PAZ-ARES, J.C., “La Infracapitalización. Una...”, cit., p. 403. La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada o Ley 2/1995 de 23 de marzo fue derogada por la Ley de Sociedades de Capital mediante. Contenía una disposición que decía que; “*Los créditos postergados no podrán ser satisfechos hasta la íntegra satisfacción de los demás créditos existentes en el momento en que haya sido admitida a trámite la solicitud de suspensión de pagos, declarada la quiebra o acordada la intervención de la liquidación de la sociedad*”.

## 2. RELACIÓN DE LA INFRACAPITALIZACIÓN CON EL CONCURSO DE ACREEDORES EN ESPAÑA

Para poder establecer la responsabilidad que pueden tener los administradores y los socios en el surgimiento de la infracapitalización nominal, es importante mencionar la norma que contenía una intención de regulación de esta situación en España.

Antes de la expedición de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en España, se presentó un bosquejo que contenía discusiones sobre la posibilidad de incluir una especie de sanción para el caso de producirse la infracapitalización nominal.

Esta consistía, en la denominada “postergación de créditos” en virtud de la cual, si se presentare algún episodio que pudiese tener como consecuencia la quiebra de la sociedad, los créditos que hubieren concedido a la sociedad sus integrantes, serían los últimos en ser satisfechos.

Esta disposición nunca llegó a constar<sup>452</sup> en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sin embargo se trató de introducir otra medida para remediar el asunto de la infracapitalización nominal, lo cual se realizó mediante la expedición de la Ley Concursal; con esta norma se estableció la descripción y existencia de los llamados “créditos subordinados”.

Según esta norma, son calificados entre otras circunstancias, como subordinados<sup>453</sup> aquellos créditos que sean diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad, otorgados por los socios, a la sociedad.

La consecuencia de esta subordinación es que el pago de estas acreencias<sup>454</sup>, solo podrá realizarse luego de haberse pagado a los acreedores ordinarios y conforme al orden que señala la Ley.

Es necesaria esta especie de sanción en la infracapitalización nominal, porque los socios están aportando al capital social colocando su patrimonio personal, pero sin llegar a integrar el capital de la compañía como dispone la ley.

---

<sup>452</sup> PAZ-ARES, J.C., “La Infracapitalización. Una...”, cit., p. 408 ss: “*se suprime la disposición adicional duodécima y, con ella, la disciplina sobre la infracapitalización nominal (<<Postergación legal de créditos>>)*”.

<sup>453</sup> LConE.- Art. 281. “*Créditos subordinados*”.

<sup>454</sup> LConE.- Art. 435. “*Pago de los créditos subordinados*”.

De lo cual se colige, que los empresarios, también podrían ejercer su actividad empresarial sin necesidad de conformar una persona jurídica, sólo que de esta forma no tendrían el privilegio de la limitación de la responsabilidad.

Esta hipótesis de conducta nos lleva a concluir que, la sociedad no es otra cosa que una mera fachada para ocultar los bienes de los socios quienes, además, eliminarían el factor de riesgo que es inherente a todas las actividades empresariales.

Este capital, que debe devolver a los socios, y que refleja la sociedad, para afrontar la ejecución del negocio y cualquier eventualidad que pudiere presentarse; corresponde a un valor irreal y efímero que en cualquier momento puede volver a su estado original cuando el socio requiera su dinero de vuelta.

No obstante, observamos que tratándose de la infracapitalización nominal, se estipula un tratamiento diferente que el de la infracapitalización material, en la cual se recurre al levantamiento del velo jurídico.

Opina la doctrina<sup>455</sup>, que esto se debe a que el socio no pierde su responsabilidad limitada en los casos de infracapitalización nominal, porque el préstamo realizado por los socios hace que la sociedad no esté subcapitalizada, por lo que se procura asimilar este préstamo a capital de responsabilidad.

Es preciso acotar, que la infracapitalización de la compañía, también podría ser responsabilidad de los administradores, cuando en el caso de percibir la necesidad de aumentar el capital para poder continuar con el giro del negocio, no lo hicieren oportunamente; o, en el caso de no emplear los medios necesarios, durante su gestión para impedir la desvalorización de la compañía.

#### IV. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LA COMPAÑÍA EN LA INFRACAPITALIZACIÓN

##### 1. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN GENERAL

---

<sup>455</sup> PAZ-ARES, J. C., “Sobre la infracapitalización...”, cit., p. 1623.

El Administrador de la compañía es la persona natural o jurídica que es designada por los socios para emplear los recursos humanos y materiales necesarios y disponibles para cumplir con la finalidad social<sup>456</sup> de la compañía.

Generalmente, el administrador, tendrá también las funciones correspondientes a la representación legal de la compañía, sin embargo algunos doctrinarios<sup>457</sup> estiman necesario establecer las diferencias entre las terminologías correspondientes a la administración y a la representación legal.

Podríamos decir que la administración corresponde a la generalidad en cuanto que la representación legal es lo específico, por lo que el administrador no tendrá necesariamente la representación legal, pero el representante legal, también tendrá la administración y obligará a la compañía mediante sus actos, en el desempeño de sus labores, en el marco del objeto social establecido en el contrato social.

La actuación del administrador debe estar ceñida a lo estipulado en el contrato social, o en su silencio a lo establecido por las leyes societarias y mercantiles que contienen las normas pertinentes del contrato de compañías.

En el ejercicio de sus funciones, podrá realizar todas las actividades que son inherentes al cargo que desempeña, las cuales incluyen: *“celebrar o ejecutar actos y contratos comprendidos en el objeto social que se relacionen directamente con la existencia y funcionamiento de la sociedad”*<sup>458</sup>.

La conducta del administrador de la sociedad debe estar enmarcada dentro de un ámbito de confianza, lealtad y responsabilidad de quién tiene bajo su responsabilidad, el manejo de capital humano y económico de un grupo de personas que se asociaron para emprender una actividad económica.

Para ilustrar el cuidado de un “diligente y ordenado empresario” que tiene que tener el administrador, respecto del trabajo encomendado, citamos un criterio jurisprudencial<sup>459</sup> en

---

<sup>456</sup> LCE. Art. 253.- *“La representación de la compañía se extenderá a todos los asuntos relacionados con su giro o tráfico, en operaciones comerciales o civiles, incluyendo la constitución de prendas de toda clase. El contrato podrá limitar esta facultad. Se necesitará autorización de la junta general para enajenar o hipotecar los bienes sociales, salvo el caso en que ello constituya uno de los objetos sociales principales o conste expresamente en los estatutos”*.

<sup>457</sup> NISSEN, RICARDO A. *Curso de Derecho Societario*, ed. AD HOC, Buenos Aires, 2006, p. 213.

<sup>458</sup> ALVAREZ MONTAÑES, JAVIER, *Derecho Societario. Aspecto Jurídico y Contable 3*, ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda., Bogotá D.C. Colombia, 2002, p.57.

<sup>459</sup> SAP Barcelona, de 26 de septiembre de 2018, sección 15. Id Cendoj: 08019370152018100578. F.J. Tercero. *“18. Al igual que la sentencia apelada, entendemos que la petición de cese como administrador que se efectúa*

este sentido, en el cual se señala que para considerar que el administrador no cumpla a cabalidad con la labor para la que fue contratado, deben existir actos inequívocos que conduzcan a esa conclusión, y no una simple presunción o denuncia mal intencionada, de quien no se siente representado.

Siguiendo esta línea de pensamiento, se presume que el administrador no ha desempeñado su función dentro de los parámetros que se esperan, para que la sociedad cumpla de una manera eficiente, con la actividad productiva para la que fue constituida; entre otras, cuando no hubiere realizado la correspondiente convocatoria a la junta general en el plazo de dos meses.

Lo cual deberá hacer, entre otras causas, cuando tenga el conocimiento que la sociedad tiene problemas de suficiencia de capital, con la finalidad que los socios conozcan sobre la situación económica de la sociedad<sup>460</sup>.

De lo mencionado sobre la misión del administrador, extraemos que su actuación debe regirse a dirigir el negocio de la mejor manera posible para que produzca beneficios que se proyecten en la prosperidad de la sociedad, cumpliendo así con la finalidad social para la cual fue creada.

Sin embargo, el administrador, no puede extralimitarse<sup>461</sup> de lo dispuesto en el contrato social, incluyéndose realizar algún tipo de operación mercantil que represente para él la obtención de alguna ganancia económica a título personal, prohibiéndose en este sentido, la autocontratación<sup>462</sup>.

---

*en la demanda es contraria al principio de la buena fe y vulnera la doctrina de los actos propios. La Sentencia del TS de 3 de diciembre de 2013 sintetiza la jurisprudencia sobre los actos propios, que referencia en la protección de la buena fe y la confianza. Recuerda que no todo acto está sujeto a este principio, pues para poder estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, que encuentra su apoyo legal en el art. 7.1 CC, ha de haberse probado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, mediante actos propios que han de ser inequívocos y perfectamente delimitados, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectante a su autor, de manera que sean incompatibles o contradictorios con la conducta precedente. La contratación de una sociedad constructora administrada por el demandado fue auspiciada y acordada por todos los socios, también por los demandantes, por lo que no pueden pretender ahora el cese del Sr. Alonso como administrador con fundamento en dicho acuerdo. En consecuencia, desestimamos el recurso y confirmamos la sentencia apelada”...*

<sup>460</sup> LSCE Art. 367. “Responsabilidad Solidaria de los Administradores”.

<sup>461</sup> LCE. Art. 261.- “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 administren”.

<sup>462</sup> DOCTRINA No. 126: EXCEPCIONES A LA LLAMADA "AUTOCONTRATACION".- “...De lo dicho anteriormente, es evidente también que la finalidad de la mencionada prohibición es la de evitar la realización de operaciones entre las compañías y sus administradores, de las que pueda resultar un conflicto de intereses

Específicamente, las funciones del administrador estarán orientadas a desarrollar el objeto social<sup>463</sup> de la compañía de la manera más eficiente que le fuere posible, considerando las restricciones o autorizaciones que se acuerden y se le concedan en las asambleas de los socios.

Es imprescindible realizar estas acotaciones, puesto que mientras el administrador efectúe su trabajo dentro de los parámetros establecidos legal y estatutariamente, no deberá responder por lo actuado.

Pero en el momento que desconozca el contrato social o la Ley<sup>464</sup>, se le podrá hacer extensiva la responsabilidad debiendo justificar sus actuaciones u omisiones frente a la sociedad, los socios y terceros.

En este punto, es pertinente establecer cuáles situaciones podrían presentarse en la vida social que aparten al administrador del deber de lealtad y diligencia que es propio de su cargo de confianza.

Llegando a la conclusión que, obviamente, el realizar cualquier actividad que produzca un resultado adverso a la sociedad que administra o a sus socios. Entre las cuales, están comprendidas una gama grande de actuaciones, que pueden abarcar los ámbitos mercantiles, civiles, laborales y penales<sup>465</sup>, entre otros; siempre y cuando esté involucrada la persona jurídica.

---

*entre éstos y aquellas; cuestión que por otra parte se ofrece mejor tratada para el caso de los comisarios de las compañías anónimas, tal como lo demuestra el artículo 324 (actual 282) de la Ley de Compañías, no obstante la prohibición del segundo inciso del artículo 318 (actual 276) de la misma Ley. Pero aún en el evento del conflicto de intereses, la Ley excepcionalmente permite la ejecución del acto respectivo bajo ciertas condiciones, tal como ocurre en las ventas de las cosas del mandante a favor del mandatario o en los préstamos de dinero celebrados entre ambos, según los artículos 2075 (actual 2048) y 2076 (actual 2049) del Código Civil. Y como los administradores de las compañías mencionadas tienen la categoría de mandatarios de aquellas, según los artículos 135 (actual 132) y 156 (actual 144) de la Ley de Compañías, ambas disposiciones del Código Civil resultan harto pertinentes al caso en cuestión.”...*

<sup>463</sup> NISSEN, RICARDO A. “Curso de Derecho...”, p.219. Con relación a que las actuaciones de los administradores deben encuadrarse en el objeto social de la compañía, el autor dice: “Es decir, que el objeto social marca en principio el límite de la actuación del representante de la sociedad, debiendo los actos celebrados por éste no ser notoriamente extraños a él”.

<sup>464</sup> LSCE Art. 236. “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad.

<sup>465</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de lo Civil y Mercantil, publicada en la Gaceta Judicial No. 10 del 12 de noviembre de 1990, año CXI, serie XV: F.J. Noveno: “...Es indudable, que en la conducta de la personas jurídicas a través de la acción ejecutada por sus administradores, la existencia de un cuasidelito genera obligaciones civiles cuya fuente es la responsabilidad, sujeta a las condiciones de la existencia de un daño de la culpa, de la relación de causalidad entre la culpa y el daño; y la capacidad del sujeto activo...”.



## 2. RESPONSABILIDAD EN CASOS DE INFRACAPITALIZACIÓN SOCIETARIA

Dentro de estas actuaciones enunciadas, que conllevan una responsabilidad para quien las realiza, la más relevante para nuestro estudio, corresponden a las acciones u omisiones asociadas con la infracapitalización de la sociedad, por lo que haremos énfasis en las conductas relacionadas con esta hipótesis.

Principalmente, debemos considerar, la conducta del administrador<sup>466</sup> cuando como en el caso de la sentencia citada, se manifiesta negligente al pretender un desconocimiento del estado de insolvencia de su representada; y, no tomar alguna medida a tiempo para poder solucionarlo.

Peor aún, es cuando existe una actuación del administrador, encaminada a descapitalizar la sociedad, en perjuicio de sus acreedores, realizando operaciones de compraventa para su beneficio propio.

Se requiere siempre que el administrador realice una acción oportuna, ante la circunstancia de encontrarse su representada en un déficit de capital de operación para llevar a cabo sus actividades económicas para las cuales fue constituida.

El hecho de no proponer ante la asamblea de socios la necesidad de incrementar el capital de la compañía en la forma indicada en la ley, esto es mediante una reforma de estatutos para aumentar el capital de riesgo, genera una responsabilidad al administrador, por no evitar la infracapitalización.

El deficiente suministro de capital de la sociedad para poder cumplir con el desempeño del objeto social o “inviabilidad de la empresa”<sup>467</sup>, puede ubicarla en una causal de disolución<sup>468</sup>;

---

<sup>466</sup> STS, de 19 de noviembre de 2013, sección 1. Id Cendoj: 28079110012013100671. F.J. Primero: “...*La Audiencia Provincial afirmaba que la conducta negligente había consistido, entre otros extremos, en que estando en situación de insolvencia, sin haber formulado siquiera las cuentas anuales desde el año 2001, CHOLAMAR, a través de sus administradores, contrató con BATEAMAR en el año 2004, contrayendo una deuda considerable, sin informar a la acreedora de su situación de crisis económica, emitiendo pagarés para hacer frente a las deudas. Los pagarés no fueron pagados a su vencimiento. El recurrente D. Ceferino, antes de cesar como administrador en junta general de noviembre 2005, participó en la compra del único inmueble de la sociedad en fecha 25 mayo 2005, cuando ya estaban vencidos todos los pagarés y letras de cambio, con la intención de sustraerlo del alcance de los acreedores de la sociedad, descapitalizando la misma. Pese a la situación de evidente insolvencia de CHOLAMAR, los administradores no realizaron ninguna de las actuaciones a que vienen obligados por la normativa legal.*”...

<sup>467</sup> BORETTO, MAURICIO, “Responsabilidad de los Administradores e Insolvencia Societaria”, RES Crítica de Derecho Inmobiliario, n.º. 750, 2015, p. 2102

<sup>468</sup> LCE. Art. 377.- “*La o el Superintendente, o su delegado, podrá, de oficio o a petición de parte, declarar disuelta una compañía sujeta a su control y vigilancia cuando:*

*1. Exista imposibilidad manifiesta de cumplir el objeto social para el cual se constituyó o por conclusión de las actividades para las cuales se constituyó; ...*”

siendo competencia del administrador, vigilar el normal funcionamiento de la sociedad y alertar a la Junta de socios sobre los trastornos que se presenten.

Agrava la situación prefiriendo recomendar otras formas de conseguir el capital necesario para continuar con el giro de la empresa, promoviendo la capitalización mediante el aporte de préstamos de los socios de la compañía.

Debiendo comunicar a todos los integrantes de la sociedad la situación de ésta y las contingencias que podrían acontecer de no superarse este inconveniente, para buscar una posible solución.

Incurriendo en una omisión con respecto a sus deberes de lealtad, e incumpliendo con las normas societarias y mercantiles que apuntan a un desarrollo sostenido de las compañías en general.

Debemos recordar que la función de representante legal de la compañía, también puede ser desempeñada por uno de los integrantes de la misma, circunstancia que podría ser aprovechada en favor del socio que tuviera tal calidad, para que prospere la capitalización de la sociedad por medio de préstamos; y, suceda como consecuencia la infracapitalización nominal.

Podemos observar en un parecer jurisprudencial<sup>469</sup> que resalta la conducta de los administradores en primer lugar por “*constituir una sociedad claramente infracapitalizada*

---

<sup>469</sup> STS, de 3 de julio de 1998, sección I. Id Cendoj: 28079110011998102430. F.J. Tercero: “...La respuesta casacional que procede ha de partir de que la sentencia recurrida impuso la condena a los administradores de Gronic, S.A. por haber incurrido en el desempeño de sus funciones en grave negligencia. Por una parte, por constituir una sociedad claramente infracapitalizada para el negocio que pretendía realizar; por otra, la confusión peligrosa de personalidad entre los mismos y la de tres sociedades clientes de Gronic, S.A., pues son sociedades instrumentales de tales administradores, que en situación de insolvencia de Gronic, S.A., prestan y pagan a éstas.

La infracapitalización no debe ser considerada en este caso, pues la propia Audiovisión la conocía perfectamente al contratar con Gronic, S.A. y de ahí que exigiese en el contrato de suministro que las letras representativas del precio de lo suministrado se aceptasen avaladas por banco o por los propios socios. Que después no pudiese probar en el proceso que la obligación de avalar se refería a todas las letras, y no a parte de ellas (tesis de los codemandados), no quita nada al hecho de que Audiovisión Ibérica, S.A. tomó las medidas necesarias para evitar los efectos de la infracapitalización, por lo que sería ilógico que ahora se quejase de ella. Mas importante se presenta la conducta comercial de los administradores, pues efectivamente, si por un lado compran para Gronic, S.A., por otro se venden a sí mismos bajo el nombre de sus sociedades instrumentales; paga Gronic, S.A. por ellas y le prestan no se sabe qué ni para qué, y para más confusión, no se puede apreciar en la prueba el desarrollo de todas estas operaciones de compraventa, préstamo, pagos. De poco sirve, por ejemplo, que si la sociedad instrumental toma un dinero de Gronic, S.A., deja en su lugar instrumentos de giro por su importe, si no sabemos cómo termina la operación. En realidad, no encontramos con un caso más de abuso de la persona jurídica en daño de terceros, sin que aquí valga la justificación anterior, pues Audiovisión no estaba obligada a seguir y vigilar la vida interna de Gronic, S.A. La “peligrosa

*para el negocio que pretendía realizar”*, lo cual debería ser imputado a los socios y no a los administradores, quienes deberían estar exentos de responsabilidad por la infracapitalización original.

Y en segundo lugar, por la confusión de patrimonios entre las sociedades, por haber efectuado los administradores, operaciones comerciales que implican préstamos y compraventas entre las compañías, configurando un abuso de la personalidad jurídica, en desmedro de los acreedores.

Circunstancia que nos conduce a pensar, que los administradores colaboraron con la infracapitalización nominal de la compañía que tenía adjudicado el negocio, al vaciar su patrimonio con este tipo de maniobras, debiendo atribuírseles la responsabilidad correspondiente.

También incurrirán en responsabilidad por sus actuaciones, los administradores que intervengan en la coordinación y permisibilidad de operaciones crediticias entre compañías que forman parte de un grupo económico<sup>470</sup>.

Las maniobras que realizan los grupos económicos, valiéndose de las vinculaciones accionarias o directivas con otras sociedades, con la finalidad de obtener provechos de índole patrimonial, causando perjuicio a terceros o burlando las leyes de la materia; pasan por la intención de subcapitalizar a una de las sociedades integrantes del grupo, en desmedro de sus acreedores.

Generalmente, se pretenderá mediante estas argucias, fortalecer a otra de las sociedades que forman parte del grupo económico societario, para coadyuvar con algún interés personal, ajeno al interés social común.

El administrador no tendría que involucrarse con estas prácticas, por el contrario debería no incentivarlas; aunque por la naturaleza de su cargo es lógico que deberá tener conocimiento,

---

*confusión" de personalidades jurídicas conduce inevitablemente a que en la insolvencia de Gronic, S.A. para el pago de la deuda reclamada tenga un destacado y relevante papel el comportamiento de sus administradores.*

<sup>470</sup> STS, de 11 de julio de 2018, sección I. Id Cendoj: 28079110012018100428. F.J. Tercero. Es frecuente la utilización de una variedad de maniobras realizadas entre los grupos societarios económicos con diversas finalidades, sin embargo es obligación del administrador impedir que se produzca perjuicios a terceros o fraude a la ley. “...4.- *Que la sociedad concursada y la sociedad a la que hizo una transmisión onerosa de sus bienes en el periodo inmediatamente anterior a la solicitud de declaración de concurso, y una vez que la deudora se hallaba ya en situación de insolvencia, no tengan entre sí una relación de jerarquía dentro de un grupo porque ambas sean sociedades dominadas, no significa que nos encontremos ante un grupo horizontal o paritario...*”.

originándose la respectiva responsabilidad, en caso se corrobore su colaboración e intervención con ellas.

### 3. RESPONSABILIDAD EN CASOS DE INFRACAPITALIZACIÓN CONCURSAL

Otra de las causas que pudieren originar la responsabilidad de los administradores es la inoportuna<sup>471</sup> solicitud de la declaración de concurso.

El texto refundido de la Ley Concursal española, señala como deber del deudor el realizar la correspondiente solicitud de declaración de concurso y le concede el plazo de dos meses, para presentar dicha solicitud, contados desde que se tuvo indicios de la crisis de liquidez por la que atravesaba la sociedad.

En este caso, el deudor es la sociedad, y le corresponde a su representante legal realizar oportunamente la solicitud correspondiente en el tiempo y la forma prescritos por la ley, sin embargo, esta disposición no señala las consecuencias para el deudor por la omisión de este deber.

En otra disposición de la citada ley, indica que existe presunción de culpabilidad<sup>472</sup> en la inobservancia del deber del deudor o sus representantes legales<sup>473</sup>, cuando se tratare de personas jurídicas, de solicitar la declaración de concurso de acreedores en caso que la compañía presentare problemas de liquidez que bordeen la insolvencia.

La presunción que establece la ley, se complementa con algunos criterios jurisprudenciales<sup>474</sup> como el que citamos, que proporcionan las pautas que permiten tener los elementos

---

<sup>471</sup> LConE.- Art. 5. “*Deber de solicitar la declaración de concurso.*

1. *El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual.*

2. *Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido que se encuentra en estado de insolvencia cuando hubiera acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de cualquier otro legitimado”.*

<sup>472</sup> LConE.- Art. 444. “*Presunciones de culpabilidad*

*El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:*

1.º *Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso...”.*

<sup>473</sup> SJM Madrid, de 16 de febrero de 2006, sección 5. Id Cendoj: 28079470052006100004. F.J. Noveno. “...*En definitiva, esta responsabilidad por daños y perjuicios, se anuda como efecto o consecuencia de la calificación del concurso culpable, con el objeto de resarcir el patrimonio social, ahora masa activa, de los daños y perjuicios causados por los administradores, resarcimiento, que a falta de esta expresa previsión legal, solo podría obtenerse mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad...”.*

<sup>474</sup> STS, de 7 de mayo de 2015, sección 1. Id Cendoj: 28079110012015100279. F.J. Noveno. “...3.- *Teniendo en cuenta que el criterio normativo que determina la consideración del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso como causa para calificar el mismo como culpable es la agravación de la insolvencia y el aumento del déficit patrimonial que este retraso puede suponer, al continuar la sociedad*

necesarios para dar forma a esta presunción; como serían el contraer nuevas obligaciones que la compañía no podía cumplir.

Lo que en definitiva se nos orienta en estos criterios es, sobre que esta responsabilidad no se configura por la simple presunción, deben existir elementos adicionales para que se pueda determinar la culpabilidad del concurso y como consecuencia la responsabilidad de los administradores.

Es necesario acotar, y así lo entiende la jurisprudencia<sup>475</sup>, que la responsabilidad del administrador con respecto a la infracapitalización de la sociedad, depende de situaciones específicas en que el administrador tuvo injerencia directa.

Es decir, su responsabilidad se configurará por la acción u omisión que genere la situación indeseada, como aconteció en la sentencia citada<sup>476</sup>, pero no deberá responder, solamente porque la sociedad hubiere presentado cualquier problema de insolvencia o infracapitalización.

---

*actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones cuando ya no podía cumplirlas regularmente, los elementos consistentes en la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial, que son los tomados en consideración por la sentencia recurrida, son elementos objetivos pertinentes en relación al criterio normativo relevante para calificar el concurso como culpable”.*

<sup>475</sup> SJM Donostia, de 23 de mayo de 2018, sección 1. Id Cendoj: 20069470012018100163. F.J. Primero. “...d) La responsabilidad de los administradores, de que tratan los preceptos de referencia, es de carácter autónomo; no es una responsabilidad subsidiaria para el caso de insuficiencia o insolvencia de la sociedad (la insolvencia aquí no es presupuesto de la responsabilidad); se trata de corresponsabilizar a los administradores por el incumplimiento de específicos deberes sociales.”...

<sup>476</sup> SAP Zaragoza, de 7 de mayo de 2015, sección 5. Id Cendoj: 50297370052015100127. F.J. Cuarto. “...La conclusión a las anteriores consideraciones es clara, la entidad que surgió con una clara infracapitalización inicial para la finalidad perseguida, se creó para la promoción reseñada, obtuvo importantes recursos ajenos, parte de los cuales en los años 2006 y 2007 fueron canalizados a otras sociedades o terceros relacionados con ella y que frustraron el cumplimiento o la resolución del contrato celebrado entre las partes, especialmente la resolución contractual ejercitada por el actor en junio de 2007, cuya falta de liquidez de la sociedad en aquellas fechas pese a haber dispuesto de más de 800.000 euros del préstamo, solo es explicable en este contexto. Corroboración esta conclusión la propia declaración del Sr. Eladio que en sede de interrogatorio de parte cuando a instancia de la actora se le pregunta si realizaron préstamos a otras sociales manifestó que “no recuerda, posiblemente fuera para la otra. No lo recuerdo” y que “no sería una mía porque las obras estaban terminadas”. Lo que determina una aceptación implícita de que de la entidad por él administrada salieron cantidades de la financiación concedida hacia terceros sujetos. Esta conducta en una situación de infra capitalización inicial y fondos propios negativos en el año 2007 supone una clara infracción de las obligaciones de un administrador social, ha de ser calificadas como negligente y determina su responsabilidad. Igualmente, tal actuación impidió que la actora viera satisfecho a la fecha de su primer requerimiento junio de 2007 su derecho a la resolución contractual y la devolución del precio y determinó una relación de causalidad entre la actuación del demandado y el daño producido al actor.”

Al respecto de la actuación de los administradores y la responsabilidad que podría originar su conducta, la doctrina<sup>477</sup> sugiere que se debe considerar que los actos de negligencia se circunscriben a cinco grupos de casos, entre los cuales deberíamos analizar cual se relaciona con la infracapitalización de la sociedad.

Estableciendo que, la deficiencia informativa, es una de las actuaciones de los administradores que pudiere generar su responsabilidad con relación a la infracapitalización de la sociedad.

Debido al hecho de quitarle al probable acreedor, la oportunidad de elegir si le resulta conveniente o no, entablar una relación contractual con la sociedad que presenta infracapitalización.

La otra correspondencia que encontramos es con la deficiencia procedimental<sup>478</sup>, que acontece cuando no se respetan las normas establecidas para la toma de decisiones, en virtud de lo cual, estimamos que el administrador, está obviando su deber de llamar a una asamblea para deliberar sobre los correctivos necesarios, cuando la sociedad muestre signos visibles de falta de capital para cumplir con su objeto social.

También incurrirá, el administrador, en deficiencia procedimental, en caso de ocurrir la morosidad en solicitar la declaración de concurso de la sociedad que presenta problemas de solvencia.

## V. RECAPITULACIÓN CRÍTICA

Como conclusión de este capítulo sobre responsabilidad de los integrantes de la sociedad y los órganos de gobierno en la infracapitalización podemos decir que, por regla general, legalmente, la obligación de la capitalización adecuada corresponde a los miembros de la sociedad.

Sustituyéndose, una aportación adecuada de capital social para cumplir con la actividad económica que consta en los estatutos con la responsabilidad por las deudas que pudiera

---

<sup>477</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., “La Responsabilidad de los Administradores...”, cit., p. 225.: “...*(i) casos de deficiencia de juicio... (ii) casos de deficiencia informativa... (iii) casos de deficiencia procedimental... (iv) casos de deficiencia en la implicación... (v) casos de deficiencia de imparcialidad...*”

<sup>478</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., “La Responsabilidad de los Administradores...”, cit., p. 225

contraer la sociedad, con lo que se aplicaría en su cabalidad el concepto de la limitación de la responsabilidad para los socios.

No obstante, cuando los administradores no desempeñen sus labores diligentemente, entre las cuales se encuentra, la de cumplir con su deber de evitar que la sociedad sea subcapitalizada, éstos deberán responder, también, por la infracapitalización.

La otra hipótesis en la deberán responder los administradores por la infracapitalización de la sociedad es cuando actúen más allá de las funciones encomendadas y configuradas por la actividad económica de la compañía señalada en los estatutos sociales.

Lo cual está relacionado con los supuestos de conducta mediante los cuales se afecta el patrimonio de la sociedad que administra, proporcionándole además, un beneficio particular; en detrimento de terceros.

En la legislación societaria ecuatoriana, se contempla la responsabilidad de los administradores, entre otros motivos, cuando en el desempeño de sus funciones, procedan a proporcionar la información que poseen de una forma que induzca a engaño, sobre la aportación de capital y el capital de la sociedad<sup>479</sup>.

Esta responsabilidad tiene el carácter de civil, pudiendo también tener carácter de penal, si además, incurriere en la hipótesis de conducta contemplada en la norma penal que está relacionada con promover la insolvencia fraudulenta de la sociedad.

Aunque esta norma no está directamente relacionada con los supuestos de infracapitalización, si proporcionan un marco legal referencial, con respecto al cuidado que deben tener los administradores por el capital social de la compañía que administran, debiendo proporcionar en todas circunstancias datos transparentes y veraces.

Sin embargo de lo enunciado, no podríamos decir que en la normativa ecuatoriana, existe una determinación de responsabilidad por cuestiones propias relacionadas con la infracapitalización.

---

<sup>479</sup> LCE. Art. 126.- *“Los administradores o gerentes que incurrieren en las siguientes faltas responderán civilmente por ellas, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudieren tener: a) Consignar, a sabiendas, datos inexactos en los documentos de la compañía que, conforme a la ley, deban inscribirse en el Registro Mercantil; o dar datos falsos respecto al pago de las aportaciones sociales y al capital de la compañía; b) Proporcionar datos falsos relativos al pago de las garantías sociales, para alcanzar la inscripción en el Registro Mercantil de las escrituras de disminución del capital, aun cuando la inscripción hubiere sido autorizada por el Superintendente de Compañías; c) Formar y presentar balances e inventarios falsos; y, d) Ocultar o permitir la ocultación de bienes de la compañía.”*

Debido a lo cual, en este capítulo se analiza la normativa española que contiene asuntos más puntuales y jurisprudencia que nos permite complementar la determinación de las conductas que implicarían responsabilidad de los socios o administradores, según el caso en concreto que pudiere presentarse.



## CAPÍTULO V.- INFRACAPITALIZACIÓN Y CONCURSO

Dentro de este capítulo, analizaremos la figura de la infracapitalización y su relación con el mecanismo del concurso preventivo o concordato, como instrumento legal idóneo, para prevenir la extinción de aquellas sociedades con dificultades económicas y en riesgo de liquidación.

Debiendo observarse las consideraciones en torno a la apreciación que una sociedad puede no encontrarse en una situación de insolvencia; sin embargo, tampoco es económicamente rentable, ante lo cual debe examinarse la probabilidad de realizar la cancelación de dicha sociedad.

El primer vínculo que existe entre la infracapitalización y el concurso preventivo, está dado porque la falta de capital social de riesgo, para la consecución del objeto social de una compañía, que corresponde a la infracapitalización, puede provocar que la compañía tenga que recurrir a la liquidación<sup>480</sup>; y, precisamente para que esto no ocurra, se puede acoger al concurso.

Sin embargo, producida la necesidad de la liquidación, no deberían beneficiarse los socios, que hubieran otorgado préstamos a la sociedad en crisis, para subsanar su situación, produciendo una infracapitalización nominal.

Actuaciones que devienen en desmedro de los otros acreedores; siendo la causa de impedir este aprovechamiento; la segunda relación entre estas dos condiciones que pudiera atravesar la sociedad.

La infracapitalización de sociedades que impide que la compañía pueda llevar a cabo su objeto social, se presenta como una evidencia que la sociedad puede incurrir en una cesación de pagos, que es el presupuesto principal para que la compañía pueda acogerse al concurso preventivo.

Debido a que, ante la imposibilidad de ejecutar la actividad económica, se produce una obstaculización para generar recursos que le permitan cumplir con los compromisos económicos.

---

<sup>480</sup> LCE. Art. 377.- *“La o el Superintendente, o su delegado, podrá, de oficio o a petición de parte, declarar disuelta una compañía sujeta a su control y vigilancia cuando: ... 5. -La compañía tenga pérdidas que alcancen el 60% o más de su patrimonio, siempre que dicho estado de desfinanciamiento perdurare por más de 5 años ininterrumpidos;”...*

En este capítulo, revisaremos los antecedentes del Concurso preventivo en materia societaria, en el Ecuador, así como también, el marco jurídico que rodea las circunstancias para su aplicación y acceso al mismo.

También realizaremos a manera de legislación comparada un análisis entre el Concurso preventivo en materia societaria del Ecuador, con el Concurso estipulado en el texto refundido de la Ley Concursal española.

Considerándose, las situaciones relacionadas con la prelación de los créditos y la subordinación de los mismos, en caso que el acreedor, también tenga la calidad de socio de la compañía.

## I. ANTECEDENTE DEL CONCURSO PREVENTIVO EN EL ECUADOR, EN MATERIA SOCIETARIA

El Concurso Preventivo en el ámbito societario, tiene como propósito la recuperación de la sociedad empresaria<sup>481</sup>, para que cuando ocurran las primeras manifestaciones de falta de liquidez de la compañía, se puedan aplicar los correctivos necesarios y no tenga que producirse un cierre del negocio.

Subsanándose este riesgo de crisis económica en la sociedad, se puede procurar mantener la actividad productiva de la sociedad, resguardándose los empleos de los trabajadores, además de otorgar protección a esta unidad económica productiva como representación de una “*verdadera institución social*” tal como lo indica la doctrina brasilera<sup>482</sup>, al abordar la importancia de la recuperación de la empresa y que es aplicable también a la situación ecuatoriana.

Este concepto, incorpora la función que debe cumplir una compañía dentro de nuestra sociedad, siendo una unidad estructural dentro de la cual se entablan relaciones laborales, sociales, entre otras.

Inicialmente, las normas relacionadas con la “suspensión de pagos” que representaba la inviabilidad para cumplir con las obligaciones adquiridas por los comerciantes mediante el

---

<sup>481</sup> BEZERRA FILHO, MANOEL, *Nova Lei de Recuperação de Falências (Comentada)*, ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 43

<sup>482</sup> BEZERRA FILHO, MANOEL, *Nova Lei de Recuperação de Falências...*, cit., p. 34

ejercicio de sus actividades; en el derecho ecuatoriano, se encontraban dispersas en algunos cuerpos legales<sup>483</sup>.

Estas disposiciones, no tenían el carácter de específicas para sociedades, sino, generales para los “comerciantes” y, por añadidura abarcaban a las personas jurídicas de naturaleza mercantil.

Constando en normas de distintos ámbitos, que se complementaban entre sí, como son el Código de Comercio<sup>484</sup> y el Código de Procedimiento Civil<sup>485</sup>, encontrándose en la actualidad, reformadas.

Aunque, igualmente, existía la necesidad de tener que remitirse al Código Civil como norma supletoria que reúne los conceptos concernientes a la teoría general de las obligaciones aplicables.

Dentro del marco legal enunciado, para poder realizar un convenio entre el deudor y sus respectivos acreedores, era necesario recurrir a la función judicial quien por intermedio del juez competente en materia civil, solicitaba los respaldos contables<sup>486</sup>.

En base a esta información contable, se permitía al deudor acceder al concurso, bajo la premisa de contar con la cantidad de bienes suficientes, que le permitan pagar a los acreedores de acuerdo a la prelación legal de sus créditos y conforme a un acuerdo entre deudor y acreedores.

La inclusión de las sociedades comerciales dentro de este marco jurídico de concurso preventivo ante los organismos judiciales, con su consecuente demora en la atención y

---

<sup>483</sup> CORONEL JONES, CÉSAR, “Panorama de la Ley de Concurso Preventivo”, RDS, n.º.4, ed. Edino, Guayaquil, 1999, p. 76

<sup>484</sup> Código de Comercio Ecuador.- Art. 1012.- *El comerciante que, poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, prevea la imposibilidad de efectuarlo en las fechas de sus respectivos vencimientos, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos, y la declarará el juez de su domicilio, en vista de su manifestación.* Publicado mediante R. O. S. 1202 del 20 de agosto de 1960. (norma actualmente derogada).

<sup>485</sup> Código de Procedimiento Civil.- Art. 507.- *Tiene lugar el concurso de acreedores, en los casos de cesión de bienes, y de insolvencia sea por falta de dimisión de bienes por parte del deudor, cuando fuere compelido a señalarlos para el embargo, o por insuficiencia en la dimisión.*

*Tratándose de comerciantes matriculados, el juicio se denominará de quiebra, y ésta se declarará, además de las causales expresadas en el inciso anterior, por la presentación, por parte de un acreedor, de un auto de pago no satisfecho, por cesación en el cumplimiento de sus obligaciones a tres o más personas distintas, acreditadas con documento reconocido o con instrumento público. No se tendrá como obligaciones a distintas personas las provenientes, en su origen, de un mismo acreedor o de una misma obligación y que posteriormente hubieren sido endosadas o cedidas a diferentes personas.* Publicado mediante R. O. S. 58 del 12 de julio de 2005. (norma actualmente derogada)

<sup>486</sup> Código de Procedimiento Civil.- Art. 522.- *Decretada la formación del concurso, el juez ordenará al deudor que, dentro de ocho días, presente el balance de sus bienes, con expresión del activo y del pasivo.*

solución de los procesos, motivó la búsqueda de mecanismos alternativos con los que no fuere necesario recurrir a la lenta y ocupada función judicial.

Motivando que se procure la intervención de un organismo técnico que posea la información suficiente y necesaria sobre las entidades sometidas a su control y vigilancia, que permitan agilizar la situación de las compañías que están en estado de cesación de pagos, para evitar la quiebra.

En el Ecuador, existen dos normas diferentes que regulan el procedimiento del concurso preventivo, la primera de ellas es el Código Orgánico General de Procesos y su ámbito de aplicación<sup>487</sup> engloba a los deudores, sean o no comerciantes.

Debiendo ubicarse en el presupuesto de la suficiencia de bienes o recursos económicos permanentes que le permitan al deudor cumplir los pagos en los vencimientos acordados, en un plazo que no deberá ser mayor a tres años.

La segunda ley es la denominada Ley de Concurso Preventivo, que fue promulgada luego de un proyecto que tuvo quince años de estudio y que fue necesario implementar en la legislación ecuatoriana, después de la observación de la experiencia sobre soluciones de las crisis empresariales en el mundo<sup>488</sup> por causa de la quiebra de compañías y el éxito obtenido en su prevención.

La expedición de la Ley de Concurso, tuvo como pretensión<sup>489</sup> prevenir la extinción de las compañías que ante una estructura económica deficiente o algún problema económico externo, podrían incurrir en una cesación de pagos.

Con lo que provocaría la afectación y colapso del sistema económico ecuatoriano; por lo que el propósito de esta ley, fue el mantenimiento de la empresa organizada como una sociedad de comercio que se dedica a la producción de bienes y servicios.

---

<sup>487</sup> COGEPE. Art. 415.- “Concurso preventivo. Las o los deudores, sean comerciantes o no comerciantes, podrán acogerse a concurso preventivo a fin de evitar el concurso de acreedores. La o el deudor que posea bienes suficientes para cubrir todas sus deudas o ingresos permanentes provenientes de sueldos, rentas, remesas del extranjero, pensiones locativas u otras fuentes de ingresos periódicos y prevea la imposibilidad de efectuar los pagos de las mismas en las fechas de sus respectivos vencimientos, podrá acudir a la o al juzgador de su domicilio solicitándole que inicie el procedimiento de concurso preventivo, a efectos de procurar un concordato con sus acreedores, que le permita solventar sus acreencias en un plazo razonable, no mayor a tres años.”.

<sup>488</sup> CORONEL JONES, CÉSAR, “Panorama de la Ley de...”, cit., p. 76

<sup>489</sup> Ley de Concurso Preventivo (derogada).- Publicada mediante Registro Oficial No. 60 del 8 de mayo de 1997. Considerando.

Fomentando de esta manera, la inversión y la economía del país así como el bienestar ciudadano en general, generando confianza en las instituciones y favorecimiento de las actividades empresariales.

La opción propuesta para analizar y resolver sobre los trámites de solicitud de concurso preventivo de las compañías que se encuentren en estado de cesación de pagos, fue la entidad de control de las compañías de comercio que es la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

## II. CONCURSO PREVENTIVO EN EL ECUADOR EN MATERIA SOCIETARIA

En lo que respecta al Concurso Preventivo en materia societaria que debe ser solicitado<sup>490</sup> ante el organismo de control societario, acotamos que este procedimiento, en una primera instancia, está dirigido a cierto segmento de las compañías sometidas al control y vigilancia del órgano de control.

Las compañías que deseen someterse al concurso preventivo, deberán tener ciertas particularidades vinculadas a los siguientes aspectos: total de activos de la compañía, cantidad de trabajadores, según nómina, permanentes que mantenga; y, valor de sus pasivos<sup>491</sup>.

Consideramos que el direccionamiento del concurso preventivo para compañías que tienen ciertas características, y que no son la gran mayoría, es concordante con el criterio de la doctrina, sobre la estimación que las compañías que deben sostenerse dentro del sistema societario, son aquellas que tienen viabilidad y rentabilidad<sup>492</sup>.

---

<sup>490</sup> LCPE Art. 6.- *“Solicitud del deudor.- La solicitud de concurso preventivo podrá ser presentada ante el Superintendente de Compañías o su delegado, por el representante legal de la sociedad o por medio de apoderado con poder notarial o documento legalmente reconocido.”*

<sup>491</sup> LCPE Art. 1.- *“Sujetos.- Las compañías constituidas en el país, sujetas a vigilancia y control por la Superintendencia de Compañías, que tengan un activo superior a diez mil quinientos quince 60/100 (10.515,60) dólares de los Estados Unidos de América o más de cien trabajadores permanentes, con un pasivo superior a cinco mil doscientos cincuenta y siete 80/100 (5.257,80) dólares de los Estados Unidos de América, no podrán ser declaradas en quiebra sino cuando previamente hayan agotado los trámites del concurso preventivo. Para efectos de esta Ley no se considerarán como pasivos las sumas adeudadas a los socios o accionistas por concepto de utilidades o dividendos no pagados, ni los créditos a favor de éstos, los administradores, comisarios, ni tampoco los rubros de capital y reservas.”*

<sup>492</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO, “Una Visión Rioplatense sobre las crisis societarias y cómo abordarlas. ¿Un Problema del Derecho Concursal?”, RES de Derecho, ISSN 1510-3714, n° 8, 2013, p.260  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6119772>.

Entendiéndose como tal, a aquellas compañías, que pueden continuar desarrollando su actividad económica, generando a su vez empleos y producción, una vez superada la situación de cesación de pagos; compañías cuya extinción sería perniciosa para la localidad donde tiene como domicilio para sus negocios.

Destacándose que no debe beneficiarse, por medio del concurso preventivo, que les brinda la oportunidad de reactivación del negocio, a los empresarios cuyas actuaciones los califiquen como “incapaces o fraudulentos”.

El marco regulatorio de este procedimiento, está dirigido a las compañías constituidas en el Ecuador que están sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, y tiene como objetivo<sup>493</sup> la consecución de un acuerdo entre la compañía deudora y sus acreedores, con la finalidad de preservar la sociedad y extinguir las obligaciones.

En concordancia con esta disposición, cabe agregar que actualmente, la normativa societaria, establece la obligatoriedad para los jueces, que antes de expedir el auto de quiebra, deben realizar las indagaciones correspondientes, sobre si la compañía es sujeto de acogerse al

---

<sup>493</sup>LCPE Art. 2.- “Objeto.- El concurso tiene por objeto la celebración de un acuerdo o concordato entre el deudor y sus acreedores, tendiente a facilitar la extinción de las obligaciones de la compañía, a regular las relaciones entre los mismos y a conservar la empresa.

Podrán ser objeto del acuerdo o concordato cualesquiera de los actos o contratos entre el deudor y los acreedores, tales como:

1. La capitalización de los pasivos de cualquier acreedor mediante la compensación de créditos.

Si los acreedores de la sociedad concursada fueren bancos o instituciones financieras, podrán compensar sus créditos con el consiguiente aumento de capital. Si los acreedores fueren extranjeros, el Banco Central registrará dicha inversión de acuerdo con las normas vigentes.

Las acciones emitidas en favor de bancos e instituciones financieras como consecuencia de la compensación de créditos serán negociadas a través de la Bolsa de Valores.

Los bancos e instituciones financieras podrán conservar las acciones referidas en el inciso anterior hasta por tres años. Vencido este plazo, dichas acciones serán inscritas en la Bolsa de Valores y permanecerán en oferta permanente hasta su transferencia. Sin embargo, el Superintendente de Bancos y Seguros, en casos excepcionales, podrá conceder, por una sola vez, un plazo adicional de hasta un año más para tal efecto.

No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, los bancos e instituciones financieras podrán suscribir acciones o participaciones en los sectores de actividad permitidos por las leyes y en los porcentajes previstos en ellas. El cumplimiento de las obligaciones anteriores será controlado por la Superintendencia de Bancos y Seguros;

2. La consolidación de deudas y la transformación de créditos de corto plazo, a mediano y largo plazo;

3. El otorgamiento de nuevos créditos para capital de operación que se ajuste al esquema de rehabilitación de la compañía deudora;

4. La donación de aporte del capital, intereses o rebaja de los mismos;

5. La enajenación de los bienes no necesarios para la actividad empresarial; y,

6. Cualquier otro que facilite la extinción de las obligaciones a cargo de la compañía deudora o que regule las relaciones de ésta con sus acreedores.”.

Concurso Preventivo<sup>494</sup> de acuerdo a los términos establecidos en la Ley, en cuyo caso no se efectuará la disolución de pleno derecho.

Las compañías que pueden ser sujetos de concurso preventivo, son aquellas que presenten activos superiores a los 10.515,60 dólares de los Estados Unidos de América; o, aquellas compañías que tengan más de cien trabajadores estables, y cuenten con un pasivo superior a 5.257,80 dólares de los Estados Unidos de América.

De acuerdo a esta disposición, una gran cantidad de compañías está fuera del acceso al Concurso Preventivo, lo cual se refleja en un dato estadístico<sup>495</sup> proporcionado por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Según la información otorgada, observamos que el volumen de compañías que recurren a este procedimiento de Concurso Preventivo, es muy escaso, siendo aproximadamente de presentación de once solicitudes en un año; lo cual tampoco corresponde al número de solicitudes que van a seguir en el desarrollo de todos los pasos que comprenden el Concurso y llegarán a su conclusión.

Podría parecernos que el concurso preventivo no abarca una considerable cantidad de compañías, por lo que nos cuestionaríamos si cumple o no con la finalidad de mantenimiento y restauración del sistema empresarial ecuatoriano.

Sin embargo, los doctrinarios<sup>496</sup> tienen la opinión, que el concurso preventivo societario, está dirigido a las “empresas de mayor significación socio-económica”. Entendiéndose que en esta definición se incluyen a las compañías que proporcionan mayor cantidad de plazas de trabajo.

En este sentido, la Ley de Concurso Preventivo, recoge el mencionado principio económico y social de conservación de las compañías. Además de ofrecer un criterio objetivo de fácil aplicación para catalogar los sujetos del concurso.

---

<sup>494</sup> LCE. Art. 360.- “*Son causales de disolución de pleno derecho de las compañías, las siguientes: 2.- El auto de quiebra de la sociedad legalmente ejecutoriado. Los jueces antes de expedir el respectivo auto se cercioran que se haya dado cumplimiento al Art. 1 de la Ley de Concurso Preventivo;*”...

<sup>495</sup> De noviembre de 2017 a noviembre de 2018, se presentaron once solicitudes de Concurso Preventivo en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Dato estadístico, proporcionado por la Intendencia Nacional de Planificación, Tecnología y Desarrollo de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

<sup>496</sup> CORONEL JONES, CÉSAR, “*Panorama de la Ley de...*”, cit., p. 85

Se pretende mediante el concurso preventivo, que las compañías que “*teman encontrarse o se encuentren en estado de cesación de pagos*”<sup>497</sup>, que no es lo mismo que insolvencia, puedan llegar a un acuerdo con todos sus acreedores, sin que tenga que intervenir el organismo judicial.

Entendiéndose por cesación de pagos<sup>498</sup> a la situación económica desfavorable que impide que el comerciante o sociedad comercial cumpla con sus obligaciones dinerarias, pudiendo acarrear la insolvencia o quiebra.

Esta situación debe ser constatable, pudiendo decirse que el hecho del incumplimiento, por parte de la compañía, de sus obligaciones contractuales y económicas, se considera una demostración de esta situación.

La resolución que admite a trámite el Concurso, tiene como uno de sus efectos, disponer que se oficie a los jueces y tribunales administrativos, de justicia o cualquier otra índole<sup>499</sup> para que suspendan los procedimientos iniciados contra el deudor, tendientes a que éste efectúe los pagos solicitados.

De igual forma, en virtud de esta norma, se produce el impedimento de que se presente cualquier otra solicitud en este sentido, después de emitida la resolución de admisión al concurso.

Esto puede considerarse como una gran ayuda para el “*empresario en crisis*”<sup>500</sup> que no tendrá la preocupación de contestar las demandas judiciales que se propongan contra él durante el concurso.

---

<sup>497</sup> LCPE Art. 3.- “*Concurso preventivo.- Las compañías que teman encontrarse o se encuentren en estado de cesación de pagos, deberán tramitar un concurso preventivo ante la Superintendencia de Compañías con miras a celebrar un acuerdo o concordato con sus acreedores. Si la compañía no tramita el concurso preventivo y se halla incurso en causas de disolución, se procederá conforme a la ley.*”.

<sup>498</sup> OSSORIO, MANUEL, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 1º Edición Electrónica. Cesación de pagos.-“*Situación constitutiva del estado de quiebra (v.) derivada del hecho de que el deudor no pueda hacer frente a sus obligaciones. De esa situación son susceptibles los comerciantes, las personas jurídicas y los no comerciantes.*”

<sup>499</sup> LCPE Art. 12.- “*Contenido de la resolución admisorio.- La resolución de admisión al concurso dispondrá: ...c) Que se oficie a los jueces y tribunales, sean éstos judiciales, administrativos o de otra índole, relacionados por el deudor en su solicitud, a fin de que se haga efectiva la suspensión de todo procedimiento en contra del deudor, cualquiera que sea el estado en que se encuentre y para que se abstengan de conocer cualquier proceso de la misma naturaleza que se inicie con posterioridad;*”...

<sup>500</sup> CORONEL JONES, CÉSAR, “*Panorama de la Ley de...*”, cit., p. 88



De esta manera la administración y los socios pueden enfocarse en trabajar para sacar adelante a la compañía, pudiendo superar la situación riesgosa que podría terminar en liquidación de la misma.

Otra característica del Concurso preventivo societario, es que permite que el concurso, sea solicitado por el deudor (la compañía con problemas de liquidez) en cuyo caso debe cumplir con los requisitos<sup>501</sup> enunciados en la ley.

Estas formalidades legales, están relacionados, con la identificación del representante legal de la sociedad, los motivos que la llevaron al estado de cesación de pagos, detalle de la situación financiera de la compañía y de sus acreedores; entre otros.

El Concurso Preventivo también puede ser solicitado por los acreedores, para lo cual deberán justificar sus créditos, así como la insatisfacción de los mismos; sin embargo los acreedores, no tienen la obligación de cumplir con los requisitos señalados por la ley en caso que la solicitud fuere presentada por el deudor.

Aunque el concurso preventivo societario procura prevenir la extinción de las sociedades, percibimos también, que este procedimiento tiene la dificultad de la restricción de acceso a la gran mayoría de compañías, puesto que según los presupuestos de la ley de concurso preventivo, está orientado a compañías de mediano a gran tamaño.

---

<sup>501</sup> LCPE Art. 8.- “*Requisitos.-La solicitud de concurso preventivo deberá contener los siguientes requisitos:*  
a) *Documentos que acrediten la personería del peticionario;*  
b) *Una exposición razonada de las causas que llevaron al deudor al estado de cesación de pagos y las bases de una propuesta de arreglo con sus acreedores;*  
c) *Un balance de situación, junto con el estado de resultados, cortado con no más de treinta días anteriores a la presentación de la solicitud, debidamente firmado por el representante legal y un contador autorizado. Se acompañará un informe cuantificado de las obligaciones laborales no satisfechas;*  
d) *Un detalle completo y valorado de sus activos y pasivos, firmado por el solicitante, con indicación precisa de su composición, los procedimientos de revalorización y depreciaciones y demás datos necesarios que reflejen su situación patrimonial dentro del mes anterior a la fecha de su solicitud;*  
e) *Una relación de todos sus acreedores, indicando el nombre, domicilio, dirección, cuantía de la obligación, naturaleza y fecha del vencimiento, además deberá detallar los nombres de los codeudores -solidarios y subsidiarios-, garantes y avalistas;*  
f) *Una relación de todos los juicios y procesos de carácter patrimonial sean judiciales o administrativos que se sigan contra el deudor o que sean promovidos por él, indicando la autoridad que conoce de ellos; así como las medidas cautelares o de apremio dictadas en su contra; y,*  
g) *Copia del acta de la junta general de socios o accionistas que autorice al representante legal para la solicitud del concurso preventivo. La mencionada autorización lleva implícita la facultad de celebrar y ejecutar los acuerdos concordatarios.*  
*Si se encontraren defectos de forma en la solicitud, el Superintendente deberá ordenar se corrijan dentro del término de tres días.”*

Consideradas de esta manera, por la referencia basada en el monto de sus activos, valor de sus pasivos; o, por la cantidad de trabajadores que tenga la compañía en relación de dependencia.

### III. COMPARACIÓN DE LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS EN LA NORMATIVA ECUATORIANA Y EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

La determinación y la prelación de los créditos dentro del concurso preventivo tiene justificada su relevancia en el establecimiento del orden y la estructura de cómo deberá realizarse el cumplimiento de las obligaciones pendientes de la sociedad, en esta nueva etapa de su vida jurídica.

La Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana, impone la obligación para todos los acreedores de la sociedad concursada, de la presentación de sus créditos<sup>502</sup>, así como la prueba de la existencia de los mismos; hasta de aquellos créditos que estuvieren afianzados con garantía real.

Para los acreedores que no presentaren los documentos que demuestren la existencia de sus créditos, tendrán como consecuencia<sup>503</sup>, la no consideración de los mismos en la audiencia preliminar<sup>504</sup> en la que se verifican los créditos presentados y se señalan los términos en que se desarrollará el concordato, ni en sus deliberaciones, no pudiendo ser contemplados tampoco en el concordato.

---

<sup>502</sup> LCPE Art. 14 .-“ *Presentación de los créditos.- Todos los acreedores, inclusive aquellos cuyos créditos estuvieren asegurados con garantías reales, deberán presentarse al concurso ante el Superintendente de Compañías o su delegado, con las pruebas de sus créditos dentro del término previsto en el literal a) del artículo 12 de esta Ley.*

*Para los acreedores que no tuvieren domicilio en el país, el término se ampliará en diez días más. Los documentos presentados quedarán a disposición de los acreedores y del deudor en la Superintendencia de Compañías por un término de cinco días para que puedan ser examinados por aquéllos. Este término comenzará a correr a partir del vencimiento de los términos referidos en este artículo, en cada caso.”*

<sup>503</sup> LCPE Art. 15 .-“ *Efectos de la no presentación de créditos.- Los acreedores que no presentaren los documentos justificativos de sus créditos al concurso, dentro de los términos señalados en el artículo anterior, no podrán participar en la audiencia preliminar ni en las deliberaciones concordatarias ni serán considerados en el concordato, y sólo podrán ejercer sus acciones contra el deudor, una vez cumplido el acuerdo concordatario, o cuando se hubiese declarado terminado el trámite concursal de acuerdo a lo previsto en esta Ley.”*

<sup>504</sup> LCPE Art. 12.- “*Contenido de la resolución admisoria.- La resolución de admisión al concurso dispondrá: ...f) Que dentro de un término no inferior a treinta días, ni superior a los cincuenta siguientes a la fecha de admisión del concurso, el deudor y sus acreedores, se reúnen en una audiencia preliminar a fin de verificar los créditos presentados e iniciar las deliberaciones tendientes a la realización del concordato ...”*

Por lo que, a falta de presentación, necesariamente deberán esperar que concluya el procedimiento concordatorio para hacer valer y procurar la satisfacción de sus créditos, con lo que sobrare del patrimonio de la compañía concursada.

Una vez verificada la existencia y correspondiente justificación de los créditos presentados, se procede a su clasificación tomando en cuenta la protección que las leyes brindan a ciertos acreedores como son los trabajadores<sup>505</sup>, los acreedores tributarios e instituciones del sector público.

Debemos destacar que no pueden presentarse como créditos, aquellos valores que existan como saldo a favor de los socios o administradores de la compañía que se someta al concurso preventivo.

En lo cual encontramos una disposición que evita que al haberse producido la infracapitalización nominal, esta no pueda utilizarse de forma provechosa, al momento de la presentación de los créditos.

Con relación a la clasificación de créditos, la legislación concursal española<sup>506</sup>, sí incluye una indicación detallada del orden de importancia de los créditos, para la conformación del cuadro de acreedores; facilitando de esta manera, la organización, desarrollo y finalidad que tiene el concurso.

En el mencionado artículo, se dispone que los créditos que se presenten en el concurso se dividirán en: privilegiados (privilegio especial o privilegio general), ordinarios y subordinados.

Cabe acotar que la Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana, dentro de sus preceptos referentes a los tipos de créditos, solo distingue a los créditos laborales, tributarios y a los del sector público; por lo que se deduce que estos corresponden entre otros, a los denominados créditos privilegiados<sup>507</sup>, en los términos que constan en otras legislaciones concursales como la española y también en la doctrina.

---

<sup>505</sup> LCPE Art. 17 .- “Créditos laborales.- Los derechos de los trabajadores reconocidos legalmente con anterioridad a la solicitud del concurso preventivo serán pagados con el privilegio establecido en las leyes, antes de ejecutar cualquier decisión concordataria.”

<sup>506</sup> LConE.- Art. 269. “Clases de Créditos. 1. Los créditos *concursoales* se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados.”...

<sup>507</sup> OSSORIO, MANUEL, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 1º Edición Electrónica. Crédito Privilegiado.- “*Aquel del que goza, para pago preferente, un acreedor privilegiado*”.

Sin embargo, para completar la composición de la masa pasiva, necesariamente habrá que recurrir a las disposiciones de carácter general<sup>508</sup> que constan en el Código Civil ecuatoriano<sup>509</sup>, con la finalidad de obtener una visión más precisa de la conformación de los créditos en general, entre ellos los privilegiados, que forman parte de la masa pasiva y como hacer valer sus derechos.

Estos preceptos citados, para adecuarlos a la realidad de las personas jurídicas, serían los que están relacionados con créditos amparados por algún tipo de garantía como por ejemplo, la prenda<sup>510</sup>.

Además de los créditos privilegiados, también forman parte de la masa pasiva los créditos ordinarios o también denominados quirografarios<sup>511</sup>, que corresponden a aquellos créditos que no pertenecen a las otras dos categorías por lo que no gozan de preferencia, pero serán satisfechos después de los créditos privilegiados.

En la Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana, no consta disposición expresa con respecto al tratamiento que se dará a esta clase de créditos, y en el Código Civil ecuatoriano<sup>512</sup> como norma supletoria, hace alusión a créditos que no gozan de ninguna preferencia, ubicándolos dentro de la quinta categoría. Entendiéndose que estos serían los denominados créditos ordinarios.

La siguiente categoría de préstamos que menciona el texto refundido de la Ley Concursal española, corresponde a los créditos subordinados<sup>513</sup>, los cuales son enumerados en el precepto citado, siendo de interés particular para nuestro estudio, los indicados en el numeral 5.

Este numeral, hace referencia a los créditos de los que fueren titulares cualquier persona que estuviera especialmente relacionada con el sujeto concursado –persona jurídica-, en los términos que indica el texto refundido de la Ley de Concurso Preventivo<sup>514</sup>.

---

<sup>508</sup> CCEc Art. 2373.- “*Gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase*”.

<sup>509</sup> CCEc.- Arts. 2374, 2376, 2382. En estos artículos, se enumeran cuáles son considerados créditos de primera, segunda y cuarta clase.

<sup>510</sup> CCEc.- Arts. 2376.- *A la segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran: ... 3.- El acreedor prendario sobre la prenda.*

<sup>511</sup> OSSORIO, MANUEL, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 1º Edición Electrónica. Acreedor Quirografario.- “*El que puede justificar su crédito mediante un documento manuscrito*”.

<sup>512</sup> CCEc Art. 2389.-“*La quinta clase comprende los créditos que no gozan de preferencia.*

*Los créditos de esta clase se pagarán a prorrata con el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha*”.

<sup>513</sup> LConE.- Art. 281. “*Créditos subordinados...*”

<sup>514</sup> LConE.- Art. 283

La cual está dirigida en primer lugar a los socios que representen un cierto porcentaje dentro del capital social de la compañía que se ha acogido al concurso, estos porcentajes corresponden, al cinco por ciento de participación en el capital social, si la sociedad concursada tuviere acciones que se negocian en el Mercado de Valores; y, al diez por ciento, de no tenerlas.

El segundo lugar, concierne a la categoría de los administradores, involucrando a los administradores de hecho, directores con poder general, y a los liquidadores dentro de dos años anteriores a la declaración de concurso de la persona jurídica.

En el tercero y cuarto numeral menciona a las sociedades que formen parte del mismo grupo de la sociedad concursada; y, los socios que fueren integrantes del mismo grupo con una participación del cinco por ciento si tuviere valores admitidos a negociación en el mercado y del diez por ciento, si no los tuviere.

Podemos apreciar que en la enunciación que hace la Ley de Concurso Preventivo española, de las personas que son consideradas relacionadas con la persona jurídica concursada, existe la pretensión de impedir que mediante la concesión de préstamos personales se procure obtener una ventaja al momento de la satisfacción de los créditos, por medio de la infracapitalización nominal.

La particularidad de los créditos subordinados es que, serán satisfechos, luego de haberse pagado los créditos privilegiados y todos los créditos ordinarios, de acuerdo a lo estipulado en el texto refundido de la Ley Concursal española<sup>515</sup>.

Mediante la caracterización de los préstamos sustitativos de capital que otorgan los socios a la compañía, como créditos subordinados, se impide que los socios de la compañía concursada confluyan con los otros acreedores al momento de establecer la prelación de créditos y realizar la liquidación de la sociedad.

El texto refundido de la Ley Concursal española preceptúa en las disposiciones pertinentes<sup>516</sup> que los recursos proveídos por los socios de una manera diferente a las aportaciones de capital, deben ser atendidos en una última instancia y después de haberse pagado al resto de los acreedores de la sociedad.

---

<sup>515</sup> LConE.- Art. 435. “*Pago de los créditos subordinados.*”

<sup>516</sup> LConE.- Arts. 281 y 283

Así, como existen los denominados créditos privilegiados que son atendidos con preferencia a los otros créditos; también existen los créditos que por ley deben ser satisfechos en último lugar.

Este llamado “antiprivilegio”, no es solamente para los socios, sino que se extiende a las personas que estuvieran relacionados con ellos, para evitar que se burle el espíritu de la norma.

Con respecto al tratamiento que se dá a los acreedores de la sociedad concursada, que son socios de ésta, y a la situación que les corresponderá a sus créditos, en la Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana; contemplamos que los socios de la compañía concursada no podrán ser considerados como parte de la masa pasiva<sup>517</sup>.

Sin embargo, la Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana, no especifica si estos créditos de los socios fueron entregados a la compañía para solucionar su falta de capital para llevar a cabo su actividad económica o son de otra índole.

Además, la norma citada, realiza una mixtura con los dividendos o utilidades no pagados a los socios; ubicando todos los valores que deban cobrar los socios, administradores, u órganos de fiscalización de la sociedad, en una misma categoría.

Debido a lo cual, no se puede considerar de forma indiscutible, que esta disposición pretenda evitar que se produzca la infracapitalización nominal, aunque, indirectamente, sí estaría cumpliendo con esta finalidad; al excluir a los créditos de los socios, del pasivo de la sociedad concursada.

#### IV. REGULACIÓN DEL CONCURSO PREVENTIVO RELACIONADA CON LA INFRACAPITALIZACIÓN

Luego de la enunciación de las particularidades principales del concurso preventivo en materia societaria, y el breve estudio de la importancia de la clasificación y la prelación de los créditos para el concurso preventivo, queremos realizar un análisis con la finalidad de determinar su injerencia como correctivo en los casos en que se produce la infracapitalización de las sociedades, y la contribución de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en estas circunstancias.

---

<sup>517</sup> LCPE Art. 1.

La infracapitalización de una sociedad puede ocasionar que ésta se vea en la necesidad de iniciar su proceso de liquidación, debido a que puede traer como consecuencia, la cesación de pagos; salvo en los casos que la asamblea de socios decida someterse a concurso preventivo para evitarlo.

Con respecto al Concurso Preventivo para las sociedades ecuatorianas, que se realiza ante el órgano de control societario y su relación con la infracapitalización nominal, podemos determinar en primer lugar, que la Ley de Concurso Preventivo en su artículo primero<sup>518</sup>, establece la no consideración como pasivos de las sumas entregadas por los socios a título de crédito a la compañía.

Sin embargo, como dijimos en el párrafo anterior, genera confusión con la enunciación que realiza de los dividendos, utilidades y créditos; englobándolos bajo el concepto de sumas adeudadas, a los socios por parte de la sociedad.

Impidiendo que se pueda determinar si corresponden a los préstamos otorgados por los socios a la sociedad en sustitución de capital de riesgo, opina la doctrina<sup>519</sup> que la Ley hace esta distinción para evitar la consideración del capital y la reserva como pasivos.

Pero podríamos decir que esta disposición es concordante con la protección del crédito de terceros y las restricciones que existen en torno a la posibilidad de la existencia de la infracapitalización nominal.

Constituyendo una ventaja en favor de los acreedores que no tendrán que competir en el caso que se realice el concurso preventivo de la compañía, por la satisfacción de sus créditos, en una situación de inferioridad contra quien detenta la información de la sociedad con problemas de cesación de pagos.

Además con estas regulaciones del Concurso Preventivo que señalan la obligación por parte de los acreedores de la presentación de sus acreencias, en caso que no pueda rescatarse la compañía de la liquidación, por lo menos queda establecido el orden a seguirse para el pago de sus acreedores; debiendo indagarse en el origen del crédito, para evitar la posibilidad de la existencia de alguna maniobra fraudulenta.

---

<sup>518</sup> LCPE Art. 1 (inciso segundo).-... *“Para efectos de esta Ley no se considerarán como pasivos las sumas adeudadas a los socios o accionistas por concepto de utilidades o dividendos no pagados, ni los créditos a favor de éstos, los administradores, comisarios, ni tampoco los rubros de capital y reservas.”*

<sup>519</sup> CORONEL JONES, CÉSAR, *“Panorama de la Ley de...”*, cit., p. 85

Con lo cual evitase, que los socios prestamistas de la sociedad, cobren sus acreencias prioritariamente; entorpeciendo también de esta forma que se beneficien con la infracapitalización ocasionada.

En segundo lugar, encontramos que el artículo 26 de la Ley de Concurso Preventivo<sup>520</sup>, contiene los preceptos correspondientes a los actos jurídicos inoponibles frente a los acreedores de la compañía, con lo que se persigue que el deudor no disipe los bienes antes de la solicitud de inicio del concurso preventivo.

Aunque la Ley de Concurso Preventivo, no define, los actos inoponibles, más bien se limita a señalarlos taxativamente; no obstante, consideramos particularmente relevante el acto jurídico señalado en el literal b) del indicado artículo, por incluir otra hipótesis de conducta para prevenir que prospere la infracapitalización nominal.

Cuando expresamente, se estipula que cualquier acto que suponga la dispersión de los bienes de la compañía, celebrado entre ésta y sus socios, o sus socios con sus cónyuges o parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; no podrá afectar a los intereses de los acreedores de la sociedad concursada, sin perjuicio de ser declarado nulo.

Sin embargo, notamos como una desventaja que, solamente están incluidos aquellos actos jurídicos celebrados con ciento ochenta días de anticipación a la presentación de la solicitud de concurso preventivo; debido a lo cual, deja abierta la posibilidad que antes de este tiempo se podrían realizar actos que signifiquen la dispersión de los bienes sociales en desmedro de sus acreedores.

---

<sup>520</sup> LCPE Art. 26 .- “Actos jurídicos inoponibles. Son inoponibles frente a los acreedores, sin perjuicio de la nulidad que pudiera afectar los siguientes actos jurídicos que se hubieren celebrado dentro de los ciento ochenta días anteriores a la fecha de presentación de la solicitud del concurso:

- a) Todo acto que implique la transferencia de dominio o constitución de derechos reales, incluyendo cualquier tipo de fideicomiso mercantil, celebrados entre la compañía y sus administradores, comisarios, representantes o los cónyuges o parientes de éstos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
- b) Los actos señalados en el literal precedente celebrados por la compañía con sus socios o accionistas, o sus cónyuges o parientes de éstos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
- c) La constitución de garantías, cauciones, hipotecas, fianzas o fideicomisos mercantiles por deudas a favor de terceros, o propios por obligaciones originalmente no caucionadas;
- d) El pago por deudas no vencidas ni exigibles;
- e) Las daciones en pago o fideicomisos mercantiles de bienes necesarios para la actividad de la empresa; y,
- f) Los actos dispositivos a título gratuito.”



Resumiendo, las características positivas y negativas, de lo enunciado sobre la normativa existente referente al concurso preventivo societario, con la que se pretende evitar o solucionar la infracapitalización de las sociedades; es necesario advertir que se trata de una Ley simplificada que olvida abarcar todas las circunstancias que pueden rodear el Concurso preventivo de las sociedades.

## V. SUGERENCIAS DE NORMAS QUE DEBEN INCLUIRSE PARA LA REGULACIÓN DEL CONCURSO PREVENTIVO Y SU RELACIÓN CON LA INFRACAPITALIZACIÓN

A continuación, nos referiremos a la ausencia de normatividad en la Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana, en desmedro de combatir o impedir que se produzca la infracapitalización nominal, este párrafo también contiene una implícita propuesta de reforma a la Ley de Concurso Preventivo, en este sentido:

1) No se estipula en la normativa de concurso para sociedades, nada con respecto a la responsabilidad del administrador en la omisión de llamamiento a concurso cuando tuviere la percepción o el conocimiento, que la compañía no podrá cumplir con su giro normal del negocio.

Se evidencia la falta de establecimiento de responsabilidades ante la ausencia de solicitud del Concurso, dejando a la discreción de la Asamblea de socios la decisión de someterse al Concurso Preventivo.

Además de dar el carácter de potestativo<sup>521</sup> y no de mandatorio de la sociedad, solicitar el concurso preventivo ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; si no lo hiciera se continuará con el trámite de disolución<sup>522</sup>; si la compañía estuviere incurso en las causales respectivas.

---

<sup>521</sup> LCPE Art. 7.- “Oportunidad.

*El deudor que así lo deseara deberá presentar la solicitud de concurso preventivo dentro del plazo de sesenta días siguientes de producidas cualquiera de las causales previstas en el artículo 4 de esta Ley.*

*Las solicitudes presentadas fuera del plazo antes señalado, no serán admitidas, salvo el caso de que el Superintendente de compañías o su delegado considere necesario admitir al trámite, visto el interés público y de los acreedores.”*

<sup>522</sup> LCPE Art. 3

Con respecto a esta disposición, cabe anotar que la Reforma de la Ley de Compañías<sup>523</sup>, introdujo una modificación, mediante la cual, en los casos de disolución de pleno derecho, en la causal concerniente a la disolución por auto de quiebra legalmente ejecutoriado, los jueces deben verificar previamente que la compañía no pueda acogerse al concurso preventivo.

2) El hecho de no contemplar la Ley de Concurso Preventivo una prohibición expresa y clara sobre la existencia de los créditos entre las compañías vinculadas o que estén ligadas con las personas que tengan relación de afinidad o consanguinidad con los socios o administradores de la compañía, constituye una debilidad de este procedimiento porque permite que se ocasione el fraude o infracapitalización nominal.

3) Otra de las omisiones de la Ley de Concurso Preventivo, es la inexistencia de la clasificación de créditos con lo que deja un margen de discrecionalidad amplio, sobre la calificación del resto de préstamos que no incluye expresamente.

Debiendo remitirse para su aplicación, necesariamente a otras leyes no específicas de la materia, con la finalidad de dar el tratamiento adecuado a toda la masa pasiva correspondiente a la compañía en trámite de concurso.

4) Con respecto a la falta de clasificación de los créditos, es pertinente, manifestar la ausencia en la Ley de Concurso Preventivo, sobre el tratamiento que deberá darse a los créditos subordinados, como constan en otras legislaciones.

Con estos preceptos, se podría ejecutar que los préstamos entregados por los socios de la compañía que tiene falta de liquidez sean considerados al final de los otros créditos que hay que satisfacer.

---

<sup>523</sup> Tercer Suplemento del Registro Oficial 347, del 10 de diciembre de 2020, mediante el cual se codifica la Ley de Compañías. Art. 360

## CONCLUSIONES

### PRIMERA

La personalidad jurídica societaria es una ficción creada por la Ley para fomentar las actividades mercantiles y empresariales, ya sea de comercialización de productos o de prestación de servicios, es decir para impulsar la economía de los países en términos generales.

Esta ficción, está provista en sus especies anónima y limitada, de los beneficios que representan la limitación de la responsabilidad contractual de los miembros, que resulta bastante oportuno si recordamos que el establecimiento de cualquier negocio, implica un riesgo.

Desde el momento que se produce la creación de un ente diferente de las personas que le dieron origen, como es la sociedad, el riesgo patrimonial de los empresarios que la concibieron disminuye, por la capacidad legal para ejercer derechos y contraer obligaciones que la persona jurídica tiene.

### SEGUNDA

La Ley en su afán de proteger los derechos de las personas que por algún motivo estén en situación de desventaja en una relación contractual, que en el caso del Derecho Societario, serían los acreedores de la persona jurídica societaria insolvente, sean éstos: las personas que hubieran tenido alguna relación contractual con la compañía, los trabajadores en relación de dependencia con la misma, o los consumidores; reglamenta ciertas conductas consideradas engañosas o fraudulentas, y que tienen relación con el abuso de la personalidad jurídica mediante el fraude y la simulación en las compañías.

### TERCERA

La desconsideración de la personalidad jurídica, pretende alcanzar a los socios que tuvieron su patrimonio resguardado bajo el “velo de la forma societaria”, para poder de esta manera satisfacer las deudas del “negocio” que no fue dirigido diligentemente.

No obstante, debemos recordar que es imperativo tener conciencia que la aplicación de la desconsideración de la personalidad jurídica, debe producirse siempre como una excepción, para lo cual el juez, deberá analizar la conveniencia de su aplicación en cada caso individualmente.

Con la finalidad de evitar que la creación del legislador para viabilizar las actividades de intercambio, que es la persona jurídica de derecho societario, no sufra un menoscabo, que pudiere llegar a ser permanente, por la generación de la desconfianza en su utilización, que sería la consecuencia de esta situación.

Es imprescindible que el levantamiento del velo jurídico proceda, únicamente en las ocasiones en que se manifieste un evidente proceder de mala fé por parte de los socios de las compañías, que se traduzca en el abuso de la personalidad jurídica y el desvío de su finalidad social.

Con lo cual, se dejaría a salvo al sistema empresarial y sus participantes que podrán seguir sus actividades normalmente, debido a que la sociedad seguirá existiendo y generando lucro y oportunidades para quienes aportaron con su participación económica y sus expectativas en esta labor productiva.

#### CUARTA

El levantamiento del velo de la persona jurídica societaria, lejos de atentar contra la institución de la personalidad jurídica, la reivindica.

Por cuanto permite que para satisfacer las acreencias de quien se creyere con justo derecho a reclamarlas, no exista la necesidad de proceder con la disolución y liquidación de la sociedad, sino que se imputará a quien efectivamente se hubiere beneficiado con ese comportamiento mediante una indebida utilización de la sociedad.

En el Ecuador, tal como vimos en la jurisprudencia citada en la tesis, observamos que los Tribunales de Justicia, también utilizan la desconsideración de la personalidad jurídica para

subsana el perjuicio causado a terceros mediante la indebida utilización de la personalidad jurídica.

#### QUINTA

La situación de infracapitalización que pudiere aparecer en las sociedades está relacionada con las conductas que pudieren afectar la validez del negocio jurídico, particularmente con el abuso de la personalidad jurídica mediante la adecuación a conductas como la de: desvío de finalidad social; y, confusión patrimonial, que configuran los supuestos de infracapitalización.

Aunque sostenemos que, también se relaciona la infracapitalización con el fraude en cuanto a la calidad de éste como resultado de la conducta abusiva o simulada practicada con el objetivo de frustrar la garantía de los acreedores.

Además de, estar vinculada con la simulación al ser ésta un acuerdo de voluntades que oculta la verdadera naturaleza e intención de los actos realizados con el propósito de perjudicar a terceros o disminuir sus garantías.

Concluyendo que por su naturaleza, la infracapitalización es una conducta, que por los efectos que produce, se encuentra asociada a las causas que afectan la eficacia del negocio jurídico, lo que constituye el motivo, de la aplicación del levantamiento del velo jurídico como medio de solución.

#### SEXTA

En la hipótesis de la infracapitalización nominal, se pretende resguardar el patrimonio que debería ser de riesgo de los socios, quienes mediante la realización de préstamos a la sociedad procedieron a capitalizarla de esta manera.

Con lo que traspasaron este riesgo a los acreedores, que tendrán que competir con los socios prestamistas, para poder realizar el cobro de sus acreencias, si llegare a producirse la liquidación de la sociedad.

## SÉPTIMA

Observamos que en países como España y Portugal, la infracapitalización de las sociedades es un tema sobre el cual se tiene jurisprudencia, doctrina y legislación aplicables (aunque no sean expresamente sobre infracapitalización).

Siendo que en otros países, como Ecuador y Brasil, los cuales también fueron objeto de este estudio, no se contempla esta circunstancia como un problema societario que merezca atención, recurriéndose a las normas relacionadas con la exigencia del contrato social, especialmente las correspondientes a la integración de capital, además de las relacionadas con los deberes de los socios o accionistas y administradores de la compañía.

Sería importante que de manera unificada las legislaciones societarias de los países consideren a la infracapitalización de sociedades como una hipótesis que puede producir perjuicios en el ámbito empresarial, para que se enuncien normas para dar el tratamiento oportuno a esta situación.

## OCTAVA

En cuanto a la responsabilidad de los integrantes de la sociedad y los administradores de la sociedad en la infracapitalización, podemos decir que, por regla general, la obligación de una adecuada capitalización corresponde a los miembros de la sociedad.

Sin embargo, en los casos en que, los administradores actúen en forma negligente o más allá de las funciones encomendadas y configuradas por la actividad económica de la compañía señalada en los estatutos sociales, deberán responder cuando ocurriere la infracapitalización.

## NOVENA

La desestimación de la personalidad jurídica en casos de infracapitalización, nos parece una medida acertada, cuando ya se hubiere producido tal situación, sin embargo, hay que considerar otras opciones que estén acordes a las nuevas tendencias en el ámbito societario y empresarial.

Las cuales, se inclinan por aplicar medidas preventivas como es el caso de la incorporación de las normas del Buen Gobierno Corporativo en las sociedades que tienen un capital abierto por obligación, pero también en las de capital cerrado.

Con lo cual, se impedirían situaciones de abuso y lesividad de derechos tanto de los integrantes de las sociedades como de quiénes contrataren con ellas.

#### DÉCIMA

La extensión de la responsabilidad a los socios, administradores, y órganos de fiscalización, diferente a lo que actualmente se aplica, que es la desconsideración de la personalidad jurídica, para tratar la cuestión de la infracapitalización de compañías; podría ser aplicada en el Ecuador, frente a los supuestos de conducta relacionados con la falta de integración del capital social y el seguimiento que debe realizar el representante legal.

#### DÉCIMO PRIMERA

En el Ecuador, aún no se contempla explícitamente normas tendentes a que exista un equilibrio entre capital social de la compañía y actividad económica de la misma, debido a que existen normas referentes al capital social mínimo que deben tener las compañías al momento de su constitución; y, el capital social mínimo exigido es muy bajo para desempeñar cualquier actividad mercantil.

#### DÉCIMO SEGUNDA

Existe un gran margen de diferencia en la legislación societaria ecuatoriana, entre el aporte de capital social que deben realizar los socios, de acuerdo a la actividad específica de la sociedad.

Aquellas que requieren una atención especial diferenciada en lo referente a la cuantía de capital, ya sea por la garantía que representa un capital social más significativo en términos de generar confianza para los inversionistas; o, por los implementos necesarios requeridos

para desarrollar una determinada actividad económica como por ejemplo una compañía de aviación.

En virtud de lo cual, debería considerarse un punto de equilibrio, acorde con la realidad económica, entre el capital social requerido legalmente de acuerdo a la actividad económica a desarrollarse.

#### DÉCIMO TERCERA

La Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, como entidad de control, debería en virtud de la facultad normativa que le otorga la Constitución, expedir un Reglamento, que contribuya con la Ley de Compañías, en lo referente a la conformación del capital adecuado de las compañías; para evitar la infracapitalización.

#### DÉCIMO CUARTA

La Ley de Compañías, le otorga al organismo de control societario -la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, por medio de la Inspección- la atribución de constatar la apropiada integración del capital social de las compañías.

En dos diferentes momentos, el primero, en la declaración como motivo de la constitución de las compañías; y, el segundo, cuando se realizan actos jurídicos posteriores que impliquen reforma al capital social.

Adicionalmente, por medio de la inspección, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, podrá comprobar que la compañía está cumpliendo con el objeto social que consta en los estatutos.

#### DÉCIMO QUINTA

La cesación de pagos que es el presupuesto para solicitar el Concurso Preventivo, se relaciona con la infracapitalización, debido a que la falta de capital para poder desarrollar la actividad económica de la sociedad, acarreará irremediablemente que se produzca una cesación de pagos.



Al respecto, en el Ecuador existe la Ley de Concurso Preventivo en materia societaria, cuyo objetivo es impedir la quiebra de las compañías que se encuentren en estado de cesación de pagos y posean un valor económico y social para la comunidad.

## RECOMENDACIONES DE REFORMA A LA NORMATIVA SOCIETARIA ECUATORIANA

### PRIMERA

Es importante impedir que conductas maliciosas coloquen en tela de juicio el sistema empresarial y perjudiquen las relaciones comerciales en general, para lo cual debe existir una normativa jurídica societaria adecuada que corresponda a la realidad de cada país. Por este motivo, pensamos en la necesidad de revisar la realidad societaria ecuatoriana, para que sea incorporada en la legislación.

### SEGUNDA

Como vimos en el desarrollo de esta Tesis, la infracapitalización de las sociedades es una circunstancia por la que pudieren atravesar las compañías que no tuvieren el capital social necesario para cumplir con las actividades económicas que constan estipuladas en su objeto social.

Para establecer el adecuado capital social para afrontar los gastos que demandaría la ejecución de las actividades administrativas y operacionales de un negocio estructurado mediante una sociedad de capital, los emprendedores deben tener una idea clara de la inversión económica que deben hacer.

### TERCERA

En el caso de la infracapitalización material, lo más conveniente sería prevenir que se produzca, aplicando las disposiciones de la Ley de Compañías tendientes a la debida integración de capital por parte de los socios, aunque nos siga pareciendo muy insignificante la cantidad, para la ejecución de cualquier actividad mercantil.

Sin embargo, de no poder evitarse la infracapitalización material, debería recurrirse a la solución que aplican en otros países como España, que es la aplicación de la desconsideración de la personalidad jurídica,

Destacamos que esta medida es válida, siempre y cuando configuren conductas abusivas por parte de los socios de la compañía, con la finalidad de la obtención de algún provecho o ventaja valiéndose de la limitación de la responsabilidad que gozan las personas jurídicas de derecho societario.

Esto corresponderá a los Tribunales de Justicia, analizar y decidir cada caso en particular, procurando evitar el caer en generalidades indeseadas que puedan afectar el sistema societario del país.

#### CUARTA

Las regulaciones legales existentes con respecto del capital social mínimo para la conformación de sociedades, pueden constituir un referente al momento de la determinación del “capital social adecuado”.

Sin embargo, en legislaciones como la ecuatoriana, donde se estipula que el capital social mínimo requerido para la constitución de una compañía limitada es de cuatrocientos dólares y para la sociedad anónima es de ochocientos dólares<sup>524</sup>, se vuelve impracticable la precisión de la existencia de la infracapitalización. Sería de gran ayuda una reforma legal en este sentido.

#### QUINTA

En lo referente a la hipótesis de infracapitalización nominal que puede ocurrir cuando se realiza el aumento de capital de la sociedad mediante la utilización de un mecanismo denominado “aportes para futuras capitalizaciones”; pensamos que lo primero a considerarse es la posibilidad de incluir estos “aportes para futuras capitalizaciones” como una de las

---

<sup>524</sup> Este capital mínimo que se menciona, en primer lugar es referente a las compañías que están sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; en segundo lugar este capital mínimo es respecto a la regla general que consta en el Reglamento de Capital Mínimo en Dólares para Compañías, publicado en el Registro Oficial 214 del 29 de noviembre del 2000, reformado el 12 de enero de 2006, para compañías que no tienen objeto social que requiera un capital mayor como son las compañías de transporte aéreo, compañías de medicina prepagada, compañías de seguridad y vigilancia, compañías de seguros y reaseguros, cuya exigencia de un mayor capital está establecida en leyes especiales.

formas individuales de aumento de capital reconocido por la Ley de Compañías, no como una subdivisión de la compensación de créditos.

Luego debe regularse el tratamiento que se dará a estos préstamos otorgados por los socios a la sociedad, eliminando la discrecionalidad de los socios sobre el carácter que debe darse al préstamo que otorgó; impidiéndoles que se beneficien en los casos de liquidación de la compañía.

## SEXTA

Entre los años 2018 y 2019, se constituyeron cinco mil trescientos setenta y dos compañías anónimas con un capital mínimo de ochocientos dólares y dos mil novecientos veintitrés con un capital superior al mínimo; y, dos mil cuatrocientos treinta y ocho compañías limitadas con un capital mínimo de cuatrocientos dólares en relación a dos mil ciento diez con un capital superior<sup>525</sup>.

Lo ideal sería que el número de compañías constituidas con un capital superior al mínimo legal establecido sea mayor, para disminuir la posibilidad de existencia de sociedades infracapitalizadas.

## SÉPTIMA

En el año de 2014<sup>526</sup> se incluyó en la Ley de Compañías, una reforma importante al objeto social, que consiste en la obligación de reflejar un objeto social único que pudiere incluir el

---

<sup>525</sup> Dato estadístico, proporcionado por la la Intendencia Nacional de Planificación, Tecnología y Desarrollo de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros: “En el período enero-agosto 2018 se constituyeron tres mil ochocientos ochenta y cuatro (3.884) compañías ANÓNIMAS de las cuales dos mil quinientos quince compañías (2.515) tienen un capital mínimo de ochocientos dólares y mil trescientos sesenta y nueve ( 1.369) con un capital superior; y, dos mil ciento veinte y ocho compañías de RESPONSABILIDAD LIMITADA (2.128) de las cuales un mil ciento treinta y tres (1.133) con un capital mínimo de cuatrocientos dólares en relación a novecientos noventa y cinco (995) con un capital superior.

En el período enero-agosto 2019 se constituyeron cuatro mil cuatrocientos once (4.411) compañías ANÓNIMAS de las cuales dos mil ochocientos cincuenta y siete compañías (2.857) tienen un capital mínimo de ochocientos dólares y mil quinientos cincuenta y cuatro ( 1.554) con un capital superior; y, dos mil cuatrocientos veinte compañías de RESPONSABILIDAD LIMITADA (2.420) de las cuales un mil trescientos cinco (1.305) con un capital mínimo de cuatrocientos dólares en relación a un mil ciento quince (1.115) con un capital superior”.

<sup>526</sup> Ley de Compañías del Ecuador, codificada, reformada y publicada en Registro Oficial Suplemento 249 de 20 de Mayo del 2014.

desarrollo de varias etapas de realización de una misma actividad siempre y cuando estuvieren vinculadas o fueren complementarias entre sí.

Antes de esta reforma, las compañías podían tener un objeto social múltiple que abarcaba gran cantidad de actividades no relacionadas entre sí, con la exigencia del mismo capital mínimo que se mencionó en líneas anteriores.

Esta reforma debió haber sido un primer paso para impedir la infracapitalización de sociedades. Aunque, fue objeto de posterior reforma mediante la expedición de la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos<sup>527</sup> que modificó nuevamente la Ley de Compañías.

Volviendo a su estado anterior en el que se permiten la creación de compañías con objeto múltiple, sin existir ninguna regulación con respecto al capital que deben tener las compañías.

## OCTAVA

Creemos necesaria una reforma de la Ley societaria y sus Reglamentos conexos, que obedezca a la realidad económica actual, debido a que una exigencia de capital mínimo tan exiguo como es ochocientos dólares para las compañías anónimas y cuatrocientos dólares para las compañías limitadas, configura una puerta abierta para el desvío de la finalidad social.

Además de constituir, un impedimento para la determinación de la existencia de infracapitalización de la sociedad, lo cual es coadyuvado por las disposiciones referentes a la permisión de formación de compañías con objeto múltiple.

---

<sup>527</sup> 1.- Sustitúyase el artículo 3 por el siguiente:

*"Art. 3.- Se prohíbe la formación y funcionamiento de compañías contrarias a la Constitución y la ley; de las que no tengan un objeto real y de lícita negociación; de las que no tengan esencia económica; y de las que tienden al monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal.*

*El objeto social de una compañía podrá comprender una o varias actividades empresariales lícitas salvo que la Constitución o la ley lo prohíban. El objeto social deberá estar establecido en forma clara en su contrato social.*

*La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y la administración tributaria nacional, en el ámbito de sus competencias y en lo que fuere necesario, regularán la aplicación de esta disposición."*

## NOVENA

El capital social mínimo exigible por Ley debe corresponderse, con el escenario donde se desarrollan o irán a desarrollar las actividades económicas de la compañía, es decir, en el país donde tendrá su domicilio, sin dejar de considerarse que la tendencia actual es la globalización la cual se traduce en el ámbito empresarial en un intercambio económico constante con otros países, debiendo tener la sociedad, los recursos necesarios para afrontarlo.

## DÉCIMA

Cuando analizamos la infracapitalización en el derecho portugués, percibimos que la figura del capital social mínimo para constituir una sociedad de capital, ha ido perdiendo relevancia en algunos países como Portugal y Estados Unidos de América.

Sostenemos que en países como Ecuador no sería apropiado considerar aplicar esta doctrina, porque en primer lugar, la Ley societaria contempla la posibilidad de estipular un objeto múltiple en los estatutos de las compañías.

En segundo lugar, como vimos según los datos estadísticos proporcionados por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la mayoría de compañías se constituyen con el mínimo del capital social.

Esto nos conduce a deducir, que los inversionistas no tienen un conocimiento real de los insumos que son necesarios, para establecer una empresa mediante la forma de sociedades de capital.

## DÉCIMO PRIMERA

Es necesario, establecer normas que tiendan al fortalecimiento del capital social, para lo cual debería estipularse nuevamente la vigencia del objeto social único, y luego un capital social mínimo que sea una cantidad que se corresponda con la realidad comercial y empresarial del país.

## DÉCIMO SEGUNDA

De igual manera, pensamos que sí es importante el establecimiento de la existencia de normas de buen gobierno corporativo en las sociedades de capital, la cuales deberían incluirse en los estatutos sociales de las mismas; a efectos de incidir en la prevención de situaciones como la infracapitalización, por lo que deberían enunciarse normas en este sentido.

## DÉCIMO TERCERA

La Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana en materia societaria, también debe ser objeto de reforma, especialmente, en lo que se refiere a la inclusión de estipulaciones que desestimulen las operaciones societarias relacionadas con los créditos vinculados entre la compañía que pretende acogerse al concurso preventivo, sus socios, cónyuges o administradores y sus coligadas; con la finalidad de impedir que se produzca la infracapitalización nominal.

## **BIBLIOGRAFIA:**

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ

Las Obligaciones. Tomos I y II. Cuarta Edición Actualizada. Editorial Dislexia Virtual, 2004

ALVAREZ MONTAÑES, JAVIER.

Derecho Societario. Aspecto Jurídico y Contable 3. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda. Bogotá D.C. Colombia, 2002.

AMICO ANAYA, MATEO.

Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I. Derecho Societario. Edición Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

APARICIO MEIRA, DEOLINDA.

O Contrato de Suprimento enquanto meio de Financiamento da Sociedade. Repósitorio Científico do Instituto Politécnico do Porto. Disponible en:

[https://www.google.com/search?ei=itM5XbiYOqTt\\_Qbo5paQCQ&q=deolinda+apar%C3%ADcio+meira+contrato+de+suprimento&oq=deolinda+apar%C3%ADcio+meira+contrato+de+suprimento&gs\\_l=psy-ab.3..33i160.10362.14299..14573...0.0..1.448.7441.2-5j15j2.....0....1..gws-wiz.....0i22i30j33i21.u0a9AR25tGY&ved=0ahUKEwi4hYzhudDjAhWkdt8KHWizBZIQ4dUDCAo&uact=5](https://www.google.com/search?ei=itM5XbiYOqTt_Qbo5paQCQ&q=deolinda+apar%C3%ADcio+meira+contrato+de+suprimento&oq=deolinda+apar%C3%ADcio+meira+contrato+de+suprimento&gs_l=psy-ab.3..33i160.10362.14299..14573...0.0..1.448.7441.2-5j15j2.....0....1..gws-wiz.....0i22i30j33i21.u0a9AR25tGY&ved=0ahUKEwi4hYzhudDjAhWkdt8KHWizBZIQ4dUDCAo&uact=5)

BALBÍN, SEBASTIÁN.

Curso de Derecho de las Sociedades Comerciales. Editorial AD HOC. Buenos Aires, 2010

BAYONA GIMENEZ, RICARDO.

Una Aproximación al problema de la Infracapitalización a la Luz de la Necesaria Revisión de las Funciones de Capital en las Sociedades Anónimas. Cuadernos de Derecho y Comercio. No. 62, Diciembre 2014.



**BORETTO, MAURICIO.**

Responsabilidad de los Administradores e Insolvencia Societaria. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. No. 750, 2015

**BRITO, VANESSA.**

La Crisis Bancaria puede Profundizarse. Revista Gestión, 1999.

**BUSTILLO TEJEDOR, LUIS**

Los Grupos de Sociedad. Cuadernos de Derecho y Comercio. No.62. Diciembre 2014.

**CABANELLAS, GUILLERMO.**

La Personalidad Jurídica Societaria. Derecho Societario. Parte General. Editorial Heliasta S.R.L Buenos Aires, 1994

**CABANELLAS, GUILLERMO.**

Los Socios, Derechos, Obligaciones y Responsabilidades. Derecho Societario. Parte General. Editorial Heliasta S.R.L Buenos Aires, 1994.

**CAMPINHO, SÉRGIO.**

O Direito da Empresa á Luz do Novo Código Civil. Editorial Renovar. São Paulo, 2005.

**CARMIGNIANI, EDUARDO.**

Conferencia sobre la Responsabilidad de los Accionistas por las deudas de la Sociedad. Tercera Ponencia. Memorias de las Primeras Jornadas Nacionales. Derecho Societario. Editorial Edino. Ecuador, 2004.

**CASTILLA CUBILLAS, MANUEL.**

Recapitalización de Entidades de Crédito, Infracapitalización de Promotoras Inmobiliarias y Abuso de la Personalidad Jurídica. Revista de Derecho Mercantil de la UNIRIOJA. No. 283. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. SALOMON, Filho Calixto.

O Poder de Controle na Sociedade Anonima. Editorial Forense. Rio de Janeiro, 2005

CORONEL JONES, CÉSAR.

La Simulación de Actos Jurídicos. Editorial Edino. Guayaquil, 1989

COUTO SILVA, ALEXANDRE.

Direito de Empresa no Novo Código Civil, recopilación hecha por Frederico Viana Rodrigues. Editorial Forense. Rio de Janeiro, 2004.

CUADRA, Santiago; MARIÁN, Amparo.

La Protección del Inversor en Iberoamérica. Revista el Gobierno Corporativo en Iberoamérica. 2015

CHAVES DE FARIAS, CRISTIANO.

Direito Civil. Teoria General. Editorial Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005

DE ÁNGELYAGÜEZ, RICARDO

La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia,

DE BARROS MONTEIRO WASHINGTON.

Curso de Direito Civil, Volumen I. Parte General. Editorial Saraiva. São Paulo, 2003

DE TARSO DOMINGUES, PAULO.

Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil: Capitalização de Sociedades. Editorial Almedina. Coimbra, 2012

DE TARSO DOMINGUES, PAULO.

A figura do capital social: Cinderela ou gata borralheira?. Congresso Comemorativo dos 30 anos do Código das Sociedades Comerciais. Editorial Almedina. Coimbra, 2017

DOBSON, JUAN M.

El Abuso de la Personalidad Jurídica en el Derecho Privado. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1985

EKOS, Revista.

Las quince empresas familiares más grandes del mundo. Publicado el 5 de mayo de 2015

EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL

Justicia y seguridad jurídica: a propósito del levantamiento del velo de la personalidad jurídica societaria. Revista Derecho de los Negocios, No. 96, 1998

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA.

Tomo XXV. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1979

EXPLORED, Archivo Digital.

Continental Historia de una Crisis. Publicación del 30 de Octubre de 1997. Disponible en: <http://hoy.tawsa.com/noticias-ecuador/continental-historia-de-una-crisis-111427.html>

FERRARA, FRANCISCO.

Teoría de las Personas Jurídicas. Editorial Reus. Madrid 1929

FUENTES NAHARRO, MÓNICA.

El Levantamiento del Velo en los Grupos de Sociedades como Instrumento Tuitivo de los Acreedores (Algunas Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2005). Revista de Derecho de Sociedades. No. 28, 2007.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO.

La Empresa Familiar. Su Concepto y Delimitación Jurídica. Cuadernos de Reflexión de la Cátedra PRASA de Empresa Familiar. No. 14, 2012. Disponible en:  
<http://hdl.handle.net/10396/7021>

GARNICA MARTÍN, JUAN F.

El levantamiento del velo de la persona jurídica, (Ponencia, serie:Civil)

GARRIGUES, JOAQUÍN.

Tratado de Derecho Mercantil. Volúmenes I y II.. Editorial Revista de Derecho Mercantil, 1947

GIRGADO PERANDONES, PABLO.

En torno a la noción de Grupo de Sociedades y su delimitación en el ámbito español y europeo. Revista Bolivariana de Derecho No. 18, julio 2014

GIRGADO PERANDONES, PABLO.

La Empresa de Grupo y el Derecho de Sociedades. Editorial Comares S.L., Granada, 2001.

GIRGADO PERANDONES, PABLO

La Incorporación de las Reglas de Buen Gobierno en la Ley de Sociedades de Capital. Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana No. 3, agosto 2015.

GIRÓN TENA, JOSÉ.

Sobre los Conceptos de Sociedad en nuestro Derecho. Revista de Derecho Privado. No. 446, 1954.

GONZÁLEZ ESTEBAN, ELSA.

Análisis Ético del Informe Cadbury: Aspectos Financieros del Gobierno de las Sociedades. Publicaciones: Papeles de Ética, Economía y Dirección. No. 5, 2000.

GOUVÊA CASTELLÕES, LEONARDO,

Grupos de Sociedade. Editorial Jurua. Curitiba, 1998

GUASCH MARTORELL, RAFAEL.

La doctrina de la Infracapitalización: Aproximación Conceptual a la Infracapitalización de las Sociedades. Revista de Derecho Mercantil. Nº 234, 1999

GUIMARÃES, MÁRCIO.

Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Revista da EMRJ de Rio de Janeiro. Volumen 7. No. 25, 2004

GUYENOT, JEAN.

Curso de Derecho Comercial. Tomo 1. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1975.

HALPERIN, ISAAC.

Curso de Derecho Comercial. Tomo I. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981.

ICAZA PONCE, MARCELO.

Síntesis Histórica de la Ley de Compañías y de Normas Conexas. Revista de Derecho Societario No.1. Editorial Edino. Guayaquil, 1992,

LARREA HOLGUÍN, JUAN.

Compendio de Derecho Civil del Ecuador. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1980.

LEONHART, CAROLINA P.

Capital Social e Infracapitalización: la Responsabilidad Limitada y un Capital de Riesgo Suficiente: la Infracapitalización Societaria. Editorial AD-HOC. Buenos Aires, 2009

LIMA MARQUES, CLAUDIA.

Contratos no Código de Defesa do Consumidor, O novo regime das relações contratuais.  
Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LIMA PINHEIRO, JULIANO.

Mercado de Capitais, Fundamentos e Técnicas. Editorial Atlas. São Paulo, 2001.

LÓPEZ MESA, MARCELO.

El Abuso de la Personalidad Jurídica de las Sociedades Comerciales. Editorial Depalma.  
Buenos Aires, 2000.

LÓPEZ RAFFO, FRANCISCO.

El Corrimiento del Velo Societario. Editorial AD HOC. Buenos Aires, 2005

MANCERO ESPINOZA, JORGE DANIEL.

La Crisis Bancaria Ecuatoriana ¿Una Crisis Diferente?. Comentario Internacional, Revista  
del Centro Andino de Estudios Internacionales. No. 1. 2001.

MANÓVIL, RAFAEL MARIANO.

Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires,  
1998.

MASSAGUER FUENTES, JOSÉ.

El capital nominal. Un Estudio del Capital de la Sociedad Anónima como Mención  
Estatutaria. Revista General de Derecho No. 550-551, julio-agosto 1990.

MASSAGUER FUENTES, JOSÉ.

“La Infracapitalización: La Postergación Legal de los Créditos de los Socios”. En la Reforma  
de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Madrid, 1994.

MICKLETHWAIT John & WOOLDRIDGE Adrian.

A Companhia, Breve história de uma idéia revolucionária. Traducción de S. Duarte.  
Editorial Objetiva Ltda. Rio de Janeiro, 2003.

MIGUEL, Nabil; ONETO, Andrés.

El Buen Gobierno en las Empresas Públicas. Revista el Gobierno Corporativo en Iberoamérica, 2015.

MOTA PINTO ALEXANDRE.

Do contrato de Suprimento. O Financiamento da Sociedade entre capital próprio e capital alheio. Editorial Almedina. Coimbra, 2002

NISSEN, RICARDO A.

Curso de Derecho Societario. Editorial AD HOC. Buenos Aires, 2006.

OLIVENCIA RUIZ, MANUEL.

El Gobierno Corporativo como Instrumento al Servicio del Accionista Minoritario. Publicada en Cuadernos de Derecho para Ingenieros, No 10.

ORTEGA, GUILLERMO.

Empresas Transnacionales y Violación de los Derechos Humanos. Editorial Arandura. Asunción, 2012.

OSSORIO, MANUEL.

Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 1º Edición Electrónica.

OTAEGUI, JULIO CÉSAR

Invalidez de los Actos Societarios. Editorial Abaco. Buenos Aires, 1978.

OTXOA- ERRARTE GOIKOETXEA, ROSA.

Comentario a la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado, de 22 de junio de 1983. La Infracapitalización. Cuadernos de Derecho y Comercio No.14, 1994.

OTXOA- ERRARTE GOIKOETXEA, ROSA.

La Responsabilidad de los Socios por la Infracapitalización de su Sociedad. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

PALLADINO, JUAN LEONEL.

Sobre la Importancia del Capital Social en las Sociedades en las que los socios poseen el beneficio de limitación de la responsabilidad y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Revista Electrónica del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Luján, Vol, 2, n° 3, 2015.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO

Atributos y Límites de la Personalidad Jurídica. La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Personalidad Jurídica. Curso de Derecho Mercantil. Volumen I. Madrid, 1999

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO.

Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada. La Infracapitalización. Una Aproximación Contractual. Revista de Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada. No. Extraordinario, 1994.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO.

La Responsabilidad de los Administradores como Instrumento de Gobierno Corporativo, Revista, IUS ET VERITAS, No. 27. 2003,

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO.

Sobre la Infracapitalización de las Sociedades. Anuario de Derecho Civil. Volumen 36. No. 4, 1983.

PITA, MANUEL ANTONIO.

Curso Elementar de Direito Comercial, Editora Áreas, Lisboa, 2011.

PORTALE, GUISEPPE.



Capitale Sociale e Società per Azione. Sottocapitalizzata. In Revista delle Società. Anno 36. Fascículo I, enero./febrero, 1991.

PUBLICACIÓN DE BANCO CENTRAL DEL ECUADOR.

Situación del Sistema Bancario y Financiero. Memoria Anual 1996.

PUELMA ACCORSI, ALVARO.

Sociedades, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2001.

QUIJANO GONZÁLEZ, JESÚS.

Recomendaciones de Buen Gobierno Corporativo y Responsabilidad de los Administradores” en obra Sociedades Comerciales. Los Administradores y los Socios. Gobierno Corporativo. Editorial Rubinzal-Culzones. Buenos Aires, 2003.

RAMÍREZ ELIZONDO, CARLOS.

La Financiación y el Buen Gobierno de las Empresas Familiares. Revista el Gobierno Corporativo en Iberoamérica, 2015.

REQUIÃO, RUBENS.

Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica. Revista dos Tribunais de São Paulo. RT 410/12. Volumen 410. No.58. Diciembre, 1969

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA.

A Tutela dos Credores das Sociedades por Quotas e a Desconsideração da Personalidade Jurídica. Editorial Almedina. Coimbra, 2009

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA.

O Capital Social das Sociedades por Quotas e o Problema da Subcapitalização Material en ABREU, Jorge Coutinho de..., Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal. Editorial Almedina. Coimbra, 2011

RIBEIRO TRONCOSO, María Clara; RAWLINS, Oscar; RIVERO, Carlos; MIGUEL, Nabil. 15 años de Gobierno Corporativo en Iberoamérica. Líneas generales de su nacimiento y evolución. Revista el Gobierno Corporativo en Iberoamérica, 2015.

RICHARD, EFRAÍN HUGO.

Artículo “Persona Jurídica y Empresa”, que consta en el libro homenaje al Profesor Dr. Alberto J. Bueres, 2001. Disponible en:

[http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/persona-juridica-y-empresa/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/persona-juridica-y-empresa/at_download/file).

RICHARD, EFRAÍN HUGO.

Las Relaciones de Organización y el Derecho Societario y Concursal, Disponible en:

<https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/relacionesorganizacion2017.pdf>

RICHARD, EFRAÍN HUGO.

Personalidad Jurídica. Inoponibilidad. Responsabilidad y Abuso en la Actuación Societaria. Editorial AD-HOC. Buenos Aires, 2002.

RICHARD, EFRAÍN HUGO.

Una Visión Rioplatense sobre las crisis societarias y cómo abordarlas. ¿Un Problema del Derecho Concursal?. Revista de Derecho, No. 8, 2013.

RODRIGUES, SILVIO

Direito Civil. Volumen I. Parte General. Editorial Saraiva. São Paulo, 2007.

RUIZ GALLARDÓN, RAFAEL.

El abuso del derecho en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos (Sentencia de 14 de febrero de 1944). Publicaciones del Boletín Oficial del Estado. Anuario de Derecho Civil, 1956.

SALGADO, WILMA.

Desencadenantes y Beneficiarios de la Crisis Económica en el Ecuador. Revista Ecuador Debate. No. 48. 1999.

SALVADOR CODERCH, P., CERDÁ ALBERO, F., RUIZ GARCÍA J.A.

Derecho de Daños y Responsabilidad Ilimitada en las Sociedades de Capital. InDRET, Revista para el Análisis del Derecho n°3, 2003. Disponible en: [indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/145\\_es.pdf](http://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/145_es.pdf)

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y SÁNCHEZ CALERO, F., Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen 1. Editorial Aranzadi. Cizur Menor, 2015,

SERICK, ROLF.

Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles. Traducción de Puig Brutau, José: El Abuso del Derecho por Medio de la Persona Jurídica. Editorial Ariel. Barcelona, 1958

STORDEUR, EEDUARDO.

Manual de Derecho Societario. Editorial AD-HOC. Buenos Aires, 2002.

STREB, María Luisa; REICHBERG STEINBERG, Marissa; PAREDES, Sandra.

Estructura General de la Regulación y Supervisión del Gobierno Corporativo. Revista el Gobierno Corporativo en Iberoamérica, 2015.

TAVARES BORBA, JOSÉ EDWALDO.

Direito Societário. Editorial Renovar, 9º edição. São Paulo, 2004.

ULHOA COELHO, FÁBIO.

Curso de Direito Comercial. Editorial Saraiva. São Paulo, 2003.

VENTURA, RAÚL.

Sociedade por Quotas. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Volumen I. Editorial Almedina. Coimbra, 2008.

VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Mercantil, Volumen I*,  
Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

VIVES, Fernando; YBÁÑEZ, Javier.  
*Información y Gobierno Corporativo. Revista el Gobierno Corporativo en Iberoamérica*,  
2015.

## LISTADO DE SENTENCIAS ANALIZADAS

### ESPAÑA

#### Sentencias del Tribunal Supremo (STS)

Sentencia 532/2021 de 14 de julio, STS, Sala de lo Civil de Madrid, Sección 1. Id Cendoj: 28079110012021100523.

Sentencia 5353/2019 de 22 de mayo, STS, Sala de lo Civil de Madrid, Sección 1. Id Cendoj: 28079110012019202230.

Sentencia 437/2018 de 11 de julio, STS, Sala de lo Civil de Madrid STS, Sección 1. Id Cendoj: 28079110012018100428

Sentencia 691/2017 de 20 de diciembre, STS, Sala de lo Civil de Madrid, Sección 1. Id Cendoj: 28079110012017100650

Sentencia 1105/2017 de 29 de octubre, STS, Sala de lo Civil de Madrid, Sección 1. Id Cendoj: 28079110012007101140

Sentencia 6740/2017 de 5 de julio, STS, Sala de lo Civil de Madrid, Sección 1. Id Cendoj: 28079110012017201653.

Sentencia 190/2017 de 15 de marzo, STS, Sala de lo Civil de Madrid, Sección 1. Id Cendoj: 28079110012017100230

Sentencia 5228/2016 de 24 de noviembre, STS, Sala de lo Civil de Madrid, Sección 1. Id Cendoj: 28079110012016100684

Sentencia 363/2016 de 1 de junio, STS, Sala de lo Civil de Madrid, Sección 1. Id Cendoj:  
28079110012016100351

Sentencia 507/2016 de 18 de febrero, STS, Sala de lo Civil de Madrid, Sección 1. Id Cendoj:  
28079110012016100062

Sentencia 1699/2015 de 9 de diciembre, STS Sala Primera de lo Civil de Madrid, Sección 1.  
Id Cendoj: 28079110012015100206.

Sentencia 275/2015 de 7 de mayo, STS, Sala Primera de lo Civil de Madrid, Sección 1. Id  
Cendoj: 28079110012015100279

Sentencia 101/2015 de 9 de marzo, STS, Sala Primera de lo Civil de Madrid, Sección 1. Id  
Cendoj: 28079110012015100206

Sentencia 631/2014 de 1 de Noviembre, STS, Sala Primera de lo Civil de Madrid. Id. VLex:  
VLEX-549269462

Sentencia 428/2014 de 24 de julio, STS, Sala Primera de lo Civil de Madrid. Sección 1. Id  
Cendoj: 28079110012014100428

Sentencia 80/2014 de 28 de febrero, STS, Sala Primera de lo Civil de Madrid. Id. VLex:  
VLEX-497961542

Sentencia 697/2013 de 15 de enero de 2014, STS, Sala de lo Civil de Madrid. Sección 1. Id  
Cendoj: 28079110012014100018

Sentencia del 12 de enero de 2014, STS, Sala de lo Contencioso de Madrid. Sección 2. Id  
Cendoj: 28079130022014100008

Sentencia 5637/2013 de 19 de noviembre de 2013, STS Sala de lo Civil de Madrid. Sección 1. Id Cendoj: 28079110012013100671

Sentencia 714/2013 de 12 de Noviembre, STS, Sala Primera de lo Civil de Madrid. Sección 1. Id Cendoj: 28079110012013100672

Sentencia 487/2013 de 10 de julio, STS, Sala Primera, de lo Civil de Madrid. Sección 1. Id Cendoj: 28079110012013100456

Sentencia de 23 de enero de 2013, STS, Sala de lo Contencioso de Madrid, Sección 2. Id Cendoj: 28079130022013100022

Sentencia 5174/2012 de 3 de julio, STS, Sala de lo Contencioso de Madrid, Sección 2. Id Cendoj: 28079130022012100871

Sentencia 1175/2012 de 23 de febrero, STS, Sala de lo Contencioso de Madrid, Sección 2. Id Cendoj: 28079130022012100220

Sentencia 5545/2011 de 13 de julio, STS, Sala de lo Civil de Madrid, Sección 1. Id Cendoj: 28079110012011100543

Sentencia 670/2010 de 4 de noviembre, STS, Sala Primera de lo Civil de Madrid, Sección 1. Id Cendoj: 28079110012010100852

Sentencia 1663/2010 de 8 de junio, STSJ, Sala de lo Social de Bilbao. Sección 1. Id Cendoj: 48020340012010100923.

Sentencia 413/2009 de 18 de junio, STS, Sala de lo Civil de Madrid. Sección 1. Id Cendoj: 28079110012009100487.

Sentencia 489/2008 de 4 de junio, STS, Sala de lo Civil de Madrid. Sección 1. Id Cendoj:  
28079110012008100515.

Sentencia 1253/2007 de 30 de noviembre, STS, Sala Primera de lo Civil de Madrid, Sección  
1. Id Cendoj: 2807911001200710227

Sentencia 3325/2006 de 31 de mayo, STS, Sala de lo Civil de Madrid, Sección 1. Id Cendoj:  
28079110012006100542

Sentencia 4454/1998 de 3 de julio, STS, Sala de lo Civil de Madrid, Sección 1. Id Cendoj:  
28079110011998102430

Sentencia 883/1996 de 31 de octubre, STS, Sala de lo Civil de Madrid, Sección 1. Id Cendoj:  
28079110011996101856

Sentencia, de 24 de Abril de 1992, STS, Sala de lo Civil de Madrid, Sección 1.Id. VLex:  
VLEX -202780015

Sentencia 7088/1986 de 16 de diciembre, STS, Sala de lo Civil de Madrid, Sección 1. Id  
Cendoj: 28079110011986100184

#### Sentencia de las Audiencias Provinciales (SAP)

Sentencia 617/2018 de 26 de septiembre, SAP de Barcelona, Sección 15. Id Cendoj:  
08019370152018100578.

Sentencia 265/2016 de 8 de julio, SAP de Madrid, Sección 28. Id. Cendoj:  
28079370282016100255



Sentencia 196/2015 de 7 de mayo, SAP de Zaragoza, Sección 5. Id. Cendoj:  
50297370052015100127

Sentencia 439/2013 de 9 de diciembre, SAP de Barcelona, Sección 15. Id Cendoj:  
08019370152013100445

Sentencia 140/2013 de 20 de mayo, SAP de Oviedo, Sección 5. Id Cendoj:  
33044370052013100138

Sentencia 141/2011 de 29 de abril, SAP de Madrid, Sección 28. Id Cendoj:  
28079370282011100125

Sentencia 271/2011 de 21 de junio de 2011, SAP Barcelona, Sección 15. Id Cendoj:  
08019370152011100195

Sentencia de 11 de junio de 2002, SAP de Coruña, Sección 3. Id Cendoj:  
15030370032002100082

Sentencia 831/1996 de 3 de mayo de 2000, SAP de Barcelona, Sección 15. Id. VLex: VLEX-  
52268854.

#### Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil (SJM)

Sentencia 150/2019 de 8 de mayo, SJM, Juzgado de lo Mercantil Primero de Donostia- San  
Sebastián, Sección 1. Id Cendoj: 20069470012019100146.

Sentencia 172/2018 de 23 de mayo, SJM, Juzgado de lo Mercantil Primero de Donostia,  
Sección 1. Id Cendoj: 20069470012018100163.

Sentencia 84/2017 de 7 de noviembre, SJM, Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra, Sección 2. Id Cendoj: 36038470022017100014.

Sentencia 709/2017 de 20 de octubre, SJM, Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, Sección 1. Id Cendoj: 41091470012017100005

Sentencia 13/2016 de 12 de enero, SJM, Juzgado de lo Mercantil de Murcia, Sección 1. Id Cendoj 30030470012016100237.

Sentencia 142/2015 de 20 de mayo, SJM, Juzgado de lo Mercantil de Madrid, Sección 2. Id Cendoj: 28079470022015100053

Sentencia 13/2006 de 16 de febrero, SJM, Juzgado de lo Mercantil de Madrid, Sección 5. Id Cendoj: 28079470052006100004

## UNIÓN EUROPEA

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala). 16 de diciembre de 2008 (asunto *Cartesio*).  
ECLI:EU:C:2008:723

## ECUADOR

Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, No. 22-13-IN/20 del 9 de junio de 2020.

Sentencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Primera Sala de lo Penal. Publicada en el Registro Oficial Edición Especial No.72 del 21 de noviembre de 2013

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Publicada en la Gaceta Judicial No. 1 del 23 de julio de 2004. Año CV. Serie XVIII

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de Lo Civil y Mercantil.  
Publicada en el Registro Oficial No.128 del 18 de julio de 2003

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil.  
Publicada en la Gaceta Judicial No. 12 del 19 de mayo de 2003. Año CIV. Serie XVII.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de Lo Civil y Mercantil.  
Publicada en el Registro Oficial No.58 del 9 de abril de 2003.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de lo Civil y Mercantil.  
Publicada en la Gaceta Judicial No. 11 del 5 de noviembre de 2002. Año CIV. Serie XVII.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Segunda Sala de lo Penal. Publicada  
en el Registro Oficial No.411 del 13 de septiembre de 2001.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil.  
Publicada en la Gaceta Judicial No. 5 del 21 de marzo de 2001. Año CII. Serie XVII.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de Lo Civil y Mercantil.  
Publicada en el Registro Oficial No.273 del 9 de septiembre de 1999.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de lo Laboral y Social. Publicada  
en la Gaceta Judicial No. 1 del 22 de marzo de 1999. Año XCIX. Serie XVIII.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de Lo Social y Laboral.  
Publicada en el Registro Oficial No.754 del 7 de agosto de 1995.

BRASIL

Sentencia de los Tribunales de Justicia de Brasil . Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.  
TJ -RS Embargos de Declaração: ED 70073675118 RS del 21 de agosto de 2017.

Sentencia de los Tribunales de Justicia de Brasil. Tribunal de Justiça Poder Judiciário São  
Paulo del 27 de agosto de 2015

Sentencia de los Tribunales de Justicia de Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP -  
Apelação : APL 00367605920118260196 SP 0036760-59.2011.8.26.0196 del 9 de junio de  
2015

Sentencia de los Tribunales de Justicia de Brasil. Tribunal de Justiça do Espírito Santo.  
Agravo Regimental. Recurso Especial. Execução. Embargos de Terceiro. Desconsideração  
da Personalidade Jurídica. Encerramento de Atividades sem baixa na Junta Comercial.  
Requisitos Ausência.Violação ao art. 535, do cpc não configurada. Súmula 83/STJ. del 16 de  
julio de 2013

Sentencia de los Tribunales de Justicia de Brasil . Superior Tribunal de Justiça STJ - Recurso  
Especial : REsp 279273 SP 2000/0097184-7 del 4 de diciembre de 2003.



UNIVERSITAT  
ROVIRA i VIRGILI

