



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo para la obtención del título de Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral

**“LA APLICABILIDAD DEL DEVELAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN
LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO DEL ECUADOR”**

Realizado por:

MARGARITA PATRICIA LEÓN SUÁREZ

Director del proyecto:
ANA INTRIAGO, Dra.

Quito, enero 2018

DECLARACION JURAMENTADA

Yo, MARGARITA PATRICIA LEÓN SUÁREZ, con cédula de identidad No.1709671083, declaro bajo juramento que el trabajo aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido previamente presentado para ningún grado de calificación profesional; y, que ha consultado referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración, cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK ECUADOR, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

Atentamente

Margarita Patricia León Suárez

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mis maestras de la Universidad, en especial a las Doctoras Angélica Porras, Ana Intriago y Vinicio Palacios, quienes con su paciencia, conocimiento y constancia han dirigido este modesto trabajo compartiendo conmigo sus conocimientos jurídicos y acompañándome con sabiduría en esta investigación.

A mi familia, quien me ha apoyado en forma incondicional para convertir un sueño en realidad.

Margarita.

ÍNDICE

DECLARACION JURAMENTADA	ii
DEDICATORIA	iii
INDICE	iv
RESUMEN	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	5
1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO	5
2.1 La doctrina del Levantamiento del Velo Societario. Aproximación conceptual.....	5
2.2 Naturaleza Jurídica y Fines de la doctrina del Levantamiento del Velo Societario ..	10
1.2.1 Naturaleza Jurídica	10
1.2.2 Fines	13
1.2.3 Develación del velo societario como mecanismo de garantía de terceros	16
CAPITULO II	22
2. EL SISTEMA COOPERATIVO EN ECUADOR Y EL VELO SOCIETARIO	22
2.1 El sistema cooperativo en el Ecuador.....	22
2.2 Definición y generalidades de una cooperativa.....	25
2.3 Las Cooperativas de Ahorro y Crédito en el Ecuador	27
2.4 Normativa aplicable.....	30
2.5 El velo societario en las Cooperativas de Ahorro y Crédito.....	33
CAPITULO III	43
3. DEVELAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO SEGÚN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS (COGEP)	43
3.1 El proceso de develamiento de velo societario según el COGEP	43
3.1.1 Presupuestos procesales	46
3.1.2 Solemnidades sustanciales	48

3.1.3. Legitimación activa o pasiva.....	50
3.1.4. Diligencias preparatorias	51
3.2. Actos de proposición	55
3.2.1. Demanda	55
3.2.2. Contestación	57
3.3. Desarrollo del procedimiento	58
3.3.1. Audiencia preliminar y audiencia de juicio	58
3.3.2. Pronunciamiento Oral en audiencia.....	64
3.3.3. La sentencia motivada.....	65
3.4. Régimen de recursos.....	66
3.5. El Develamiento del velo societario en las Cooperativas de Ahorro y Crédito, análisis comparativo entre sentencias del Ecuador, Colombia y Perú.	69
3.5.1. Sentencias de Colombia	69
3.5.2. Sentencias de Perú	73
3.5.3. Sentencias de Ecuador.....	77
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACION.....	83
BIBLIOGRAFIA	84

RESUMEN

Las Cooperativas de Ahorro y Crédito, han tenido en los últimos años un crecimiento vertiginoso en el Ecuador. El reconocimiento de su personalidad y personería jurídica permite la diferenciación del patrimonio de la institución del de sus socios, sin embargo en ocasiones esta figura ha sido usada por sus directivos y administradores para cometer fraude y perjudicar a sus socios, clientes y terceros y es lo que conocemos doctrinariamente como abuso de la persona jurídica; para evitar esta mala utilización, la legislación ha previsto un mecanismo denominado develamiento del velo societario, aplicado a las compañías mercantiles, pero que también puede ser aplicado a las Cooperativas de Ahorro y Crédito, no solo por ser entes con personalidad jurídica, sino porque todas a las actividades y contratos que celebran deben basarse en principios generales como los de buena fe, lealtad y equidad.

El objeto fundamental del levantamiento del velo societario en las Cooperativas de Ahorro y Crédito sería extender la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones de la cooperativa hacia los administradores y representantes legales que la han hecho actuar de manera fraudulenta, abusado de la persona jurídica y asegurar la transparencia en las actividades de estas en seguridad del interés público y de los acreedores.

Palabras claves: personalidad jurídica, levantamiento del velo societario, imputación de la persona jurídica, abuso del derecho, fraude a la ley, cooperativismo.

ABSTRACT

The Savings and Credit Cooperatives in Ecuador have had a vertiginous growth in these past years. The recognition of their legal personality status allows the distinction between the legacy of the institution and their business associates, however, this image has sometimes been used by its managers and administrators to commit fraud and harm its associates and customers, which is known as a doctrinally abuse of the legal entity. In order to avoid this misuse, the legislation has provided a mechanism called removal of the corporate veil, applied to commercial companies, on the other hand it can also be applied to Savings and Credit Cooperatives, not only because they are entities with legal personality, but because all the activities and contracts they create should be based on general principles such as good faith, loyalty and fairness.

The fundamental purpose to remove the corporate veil in the Savings and Credit Cooperatives would extend the responsibility to accomplish with the obligations of the cooperative towards the administrators and legal representatives, who have acted illegally by abusing the legal entity; and guarantee security of the public interest and of the creditors.

Keywords: legal personality, removal of the corporate veil, imputation of the legal entity, abuse of the right, fraud to the law, cooperativism.

INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de las diversas actividades cotidianas de la vida del hombre se observa cómo el mismo se ha agrupado para conseguir determinados fines. Tales asociaciones permiten desarrollar intereses que sólo se pueden obtener en un marco de colaboración mutua. Estas agrupaciones de personas y patrimonios constituyeron sin lugar a duda un paso importante en el desarrollo de la humanidad.

Por otro lado, el auge del tráfico mercantil y del comercio provocó que los comerciantes, en general, fueran incapaces de enfrentar las nuevas estructuras económicas y mercantiles que imponía la extensión de las relaciones de negocios entre las fronteras. Los negociantes por sí solos, ya no podían enfrentar los nuevos retos, lo que provocó la necesidad de agruparse de forma tal que reunidas varias personas y bienes, fueran capaces de realizar de mejor forma las actividades de producción de bienes o servicios.

Estas agrupaciones de personas con determinados fines de lucro han adquirido una enorme trascendencia desde la óptica económica y social. Sin embargo, estas organizaciones en muchas ocasiones en el desarrollo normal de su objeto social ingresan a un ámbito ilícito cometiendo fraude a la ley o abusando de su derecho.

En este sentido, en el Ecuador esta realidad se ha visto plasmada en todo tipo de organizaciones y no son una excepción las llamadas Cooperativas de Ahorro y Crédito (COAC) las cuales según datos aportados por la Dirección Nacional de Estadística y Estudios de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (SEPS), hasta el mes de marzo del presente año (2017) se encontraban activas en el Ecuador un total de 696 cooperativas de ahorro y crédito, de las cuales supervisó a 617, mediante la presencia física de los funcionarios de la Superintendencia en la sede de la cooperativa, pudiendo delimitar el funcionamiento de la misma. No obstante, el sistema de control de esta institución a estas

cooperativas según datos aportados por la propia institución, develan un cúmulo de actuaciones realmente preocupantes al interior de las mismas donde la desatención de las obligaciones que pudieran realizar las COAC estarían vinculadas a maniobras fraudulentas que se manifestarían claramente en la intención típica de omitir sus pasivos, extrayendo en parte o en todo su activo, evadiendo de esta forma la responsabilidad frente a terceros.

Frente a esto surgen varias preguntas de investigación como:

1. ¿Cómo, desde el punto de vista jurídico, se podría evitar el fraude en las cooperativas de ahorro y crédito?
2. ¿De qué manera podría incidir la teoría del develamiento del velo societario en la disminución del fraude de ley en las Cooperativas de Ahorro y Crédito en el Ecuador?
3. ¿Qué medidas legales podrían implementarse en el Ecuador para aplicar la teoría del develamiento del velo societario en las Cooperativas de Ahorro y Crédito en el Ecuador?

Esta problemática, a pesar de su importancia económica y social que tiene no ha sido abordada desde el punto de vista académico, de hecho, no se encuentran trabajos que estudien la forma de reducir el fraude en las cooperativas de ahorro y crédito, razón que justifica el emprendimiento de esta investigación.

No obstante, este tipo de conductas son consideradas como activadoras del llamado enriquecimiento ilícito, el cual está considerado como un mecanismo por medio del cual se esconde la procedencia de dinero proveniente de actividades ilegales y cuyo fin es considerarlos como legítimos dentro de la economía de un país.

Ante este panorama surge la imperiosa necesidad de realizar un estudio que permita determinar si la actual estructura de las COAC es permisiva para la realización de actos que estén involucrados elementos como el abuso del derecho, fraude, daños a terceros y el uso o ejercicio abusivo de la personalidad jurídica de la cooperativa.

Es por ello, que se busca a través de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario como técnica o práctica judicial, destinada a sancionar el abuso de la personalidad jurídica, determinar qué se esconde detrás de las actuaciones de estas organizaciones financieras sus directivos, así como el patrimonio de los socios de las mismas, lo que nos lleva a su vez a estudiar los principios fundamentales que están contenidos en esta disciplina jurídica.

Para ello, la presente investigación plantea como objetivo general analizar la aplicabilidad del procedimiento del develamiento del velo societario en las Cooperativas de Ahorro y Crédito del Ecuador y su contribución a la desestimulación del fraude para lo cual se recurrirá al estudio de la doctrina sobre el tema, la normativa relacionada y la jurisprudencia comparada.

De igual manera, la metodología se fundamenta en un enfoque cualitativo, pues se analiza la normativa nacional y sentencias de países andinos en donde se encuentra muy desarrollado el sistema financiero cooperativo. Utilizando como método el hipotético deductivo, por cuanto se partió de la revisión teórica, de donde se obtuvo una hipótesis que luego se sometió a comprobación. La hipótesis que se planteó como principal fue que la doctrina de develamiento del velo societario desarrollada para las compañías es aplicable a las cooperativas y fundamentalmente a las cooperativas de ahorro y crédito, por compartir elementos constitutivos como ser personas jurídicas y tener personalidad jurídica.

La elaboración de este trabajo partió de la identificación del Estado del Arte sobre el cooperativismo, lo que nos permitió adentrarnos en la historia de esta importante institución social y jurídica y establecer los elementos conceptuales que dieron origen al cooperativismo en el Ecuador.

En este sentido, se estudiará en el capítulo I de esta investigación la doctrina del Levantamiento Societario, su naturaleza jurídica, fines así, como la develación del velo societario como mecanismo de garantía de terceros. En el Capítulo II se estudiara el sistema

cooperativo en el Ecuador dentro del cual destacaremos la definición y generalidades de una cooperativa, sus normas de aplicabilidad y la vinculación del velo societario con las cooperativas de ahorro. Por su parte en el capítulo III se estudiara el procedimiento del develamiento del velo societario según el COGEP, así como sus presupuestos procesales, finalmente se analizan sentencias relacionadas con el develamiento del velo societario pronunciadas en Ecuador, Colombia y Perú, culminando con las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

CAPÍTULO I

1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

2.1 La doctrina del Levantamiento del Velo Societario. Aproximación conceptual

El velo societario es una protección de la personalidad jurídica de las compañías que diferencia los activos y pasivos personales de los socios o accionistas y de la compañía. En esencia se trata de separar las deudas de la sociedad con los bienes y deudas personales de los socios. También se considera como una facultad de las compañías de mantener en reserva la identidad de los accionistas y, por ende, evitar que estos respondan por las obligaciones de la compañía en aplicación de la separación de las responsabilidades. Como contrapartida a este reconocimiento de la personalidad jurídica nace la doctrina del develamiento del velo societario.

La doctrina del levantamiento del velo societario, tiene sus orígenes en el *common law*, recibiendo diferentes denominaciones en Estados Unidos e Inglaterra, pues mientras en el primero se le llama *disregard of legal entity*; en el segundo de le denomina *piercing the corporate veil* (Hurtado, 2008). Esta doctrina que surge a principio del siglo XX tiene como pilares fundacionales criterios como la defensa y el respeto de la equidad, y la evitación del fraude empresarial (Boldo, 2006).

Esta doctrina a consideración del investigador Hurtado (2003) se trata de una “(...) técnica judicial que permite ignorar la creación de la personalidad jurídica y, de esta forma, adentrarnos en el seno de las sociedades mercantiles de tipo capitalista para conocer sus entresijos y desvelar su verdadera estructura y funcionamiento” (pág. 182). Una cuestión importante es que para este autor se trata de una técnica judicial, ello es, un proceder de los juzgadores por medio del cual se logra adentrarse en la persona jurídica, obviando las

potestades y prerrogativas existentes permitiendo con ello conocer la realidad estructural y funcional de la misma.

Para el investigador Guerrero (2013) esta institución es aquella por medio de la cual se:

(...) consiente negar eficacia a dicha ficción legal: personalidad jurídica y patrimonio separado de la sociedad para penetrar en el interior de la misma, de los socios y en fin en el hermetismo que proporciona la personería jurídica, con el objeto de examinar sus reales intereses. (pág. 23)

Esta consideración igual es de vital importancia. Para Guerrero (2013), la doctrina del levantamiento del velo es una contrapartida a lo que implica el reconocimiento de la personalidad jurídica de cualquier institución y de lo que en sentido general supone la diversidad entre el patrimonio de la compañía o empresa y el de sus socios. Como quiera que las cuestiones relativas a la personalidad jurídica partan de una ficción jurídica creada para garantizar el pleno disfrute de derechos y deberes, el levantamiento del velo logra discurrir y romper con dicha ficción y entra a conocer la realidad de lo que acontece al interior de la institución. Pero algo mucho más importante que ello y que es expuesto por el autor es lo referente a que por medio de esta doctrina, se logra acceder al patrimonio de los socios, permitiendo establecer una vinculación entre los bienes y acciones de la empresa con la de sus socios.

Es indudable que la doctrina del levantamiento del velo societario está estrechamente vinculada con la persona jurídica y sus componentes la personalidad jurídica y la personería jurídica. Para el catedrático Chanamé (2009) la persona jurídica es el “Ente susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones siempre que estén inscritas en los registros respectivos, distintas de las personas naturales” (pág. 432); mientras que la personalidad jurídica es “(...) la aptitud para intervenir en ciertas y determinadas relaciones jurídicas (...) puede colocarse en la situación de ocupar el puesto de sujeto de una determinada relación jurídica” (Treviño, 2002, pág. 33).

En concordancia con este catedrático la Corte Nacional en la sentencia No. 78-2000, de 11 de marzo de 2003, publicada en la Gaceta Judicial 13, de 11-mar-2003 manifiesta que la personalidad jurídica “permite a la persona ser titular y desarrollar actividades jurídicas; que tiene aptitud para desenvolverse y ser sujeto de la relación jurídica, mas no le concede posibilidad de defenderse por sí, necesita la protección especial y superior a diferencia de la personería jurídica que se entiende por “la capacidad legal de comparecer en juicio, así como también el de representación legal y suficiente para litigar”.

De esta forma, puede considerarse que la persona jurídica es la reunión de personas y patrimonios quiénes adquieren la capacidad para ser sujetos de derechos y de obligaciones, logran insertarse en el tráfico comercial, mercantil, jurídico en general, para lograr determinados fines lucrativos o no. Lo cierto es que, en el ejercicio de estos derechos y adquisición de las obligaciones, acontece lo que ha sido denominado el abuso del derecho o el fraude de ley (González, 2016). Ahora bien, la personalidad jurídica vinculada al ámbito societario se manifiesta una vez que el contrato de una sociedad mercantil ha cumplido con la fase de protocolización ante la autoridad competente e inscrito en el Registro Público de Comercio, es allí donde la figura societaria como ente de carácter moral da inicio a lo que conocemos como personalidad jurídica, es decir la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones que no es más que la capacidad celebrar contratos.

Ahora bien, la teoría del abuso del derecho consiste “(...) en exceder el interés jurídicamente protegido por el derecho positivo al instituirse la norma que lo consagra” (Rodríguez, 1997, pág. 137), y aunque no ha sido acogida unánimemente ni por la doctrina ni por los ordenamientos jurídicos nacionales, se impone poco a poco como categoría que alude a la extralimitación de las facultades de las empresas, de forma tal que cuando se realiza un ejercicio abusivo de un derecho que se posee y como consecuencia se provocan afectaciones, se origina el deber de indemnizar. De esta forma, el fraude de ley podría considerarse como

“(…) el amparo en el que se resguarda una persona, bajo un tipo de negocio jurídico distinto, a fin de evitar la norma que realmente corresponde aplicar según la actividad que se está realizando” (Garvis, 2010, pág. 32).

Es así como estas dos instituciones: abuso del derecho y personalidad jurídica, justifican el surgimiento pleno de la doctrina del develamiento del velo societario, ante actuaciones de las personas naturales que como consecuencia del ejercicio abusivo de su derecho o la existencia de un fraude de ley, intentan protegerse del manto de amparo que provee la personalidad jurídica de estas instituciones, y que mediante el develamiento del velo societario se logra, compensar este hermetismo existente, de forma tal que se logra efectivamente demostrar el actuar ilegítimo de la institución y de sus socios, determinándose responsabilidades y alcanzando esta al patrimonio de los socios.

La doctrina del develamiento del velo societario se erige como una garantía a todas y cada una de las acciones que realizan las empresas o personas jurídicas, contrario a las normas o excediendo las facultades que el ordenamiento jurídico les reconoce, con la finalidad de ocultar determinadas cuestiones que de ser de público conocimiento afectaría la existencia misma de la institución o los beneficios que logra mediante sus actividades. Aunque es indudable que dicha categoría es de gran relevancia, por lo complejo y difícil de su aplicación, las legislaciones nacionales han optado por regular antes que los presupuestos procesales del develamiento del velo societario, otras figuras alternas que han buscado, infructuosamente conseguir los mismos objetivos y efectividad de esta institución.

De esta forma figuras como la regulación de la responsabilidad en la que se dispone la responsabilidad solidaria de la personas o personas que adoptaron las decisiones que provocaron el daño o perjuicio, de forma tal que deberán responder en conjunto con la sociedad. También se ha considerado el binomio dueño beneficiario/beneficiario controlador,

en la que se extiende la responsabilidad a aquellas personas que son las que controlan efectivamente a la persona jurídica, aunque no hayan sido las que hayan participado de forma efectiva en la decisión o actividad generadora de daños y perjuicios (González, 2016).

Un tercer sistema de control para evitar la aplicación de la doctrina del develamiento del velo societario, es la llamada imposición de sanción de la nulidad de ciertos y particulares actos. Esta medida alude al hecho de que en muchas ocasiones la persona jurídica emplea el velo societario para lograr el control sobre determinada cuestión, lo que provoca que el ordenamiento jurídico provoque la ineficacia de tales acciones, sin interesar si existió voluntad o no. Otra medida que se emplea con frecuencia es la referida a la aplicación de la responsabilidad penal a las personas que fueron las responsables de que la institución afectara o fuera contra la ley en determinado accionar. Como es sabido la persona jurídica como ente ficticio que es, no es posible atribuirle responsabilidad penal, una categoría de exclusiva imputación a la persona natural, pero por medio de este sistema, se logra sancionar penalmente a las personas que quisieron ampararse en el velo societario y como consecuencia provocaron acciones fraudulentas (González, 2016).

De esta forma, la doctrina del develamiento del velo societario logra una gran resistencia en la actualidad, pues el legislador en sentido mayoritario ha preferido emplear las tradicionales instituciones como las señaladas anteriormente que lograr irrumpir de forma efectiva al interior de la persona jurídica y de los propios socios que deben responder con sus propios patrimonios de los daños y perjuicios provocados con sus propios actos. No es correcto, justo ni conforme a derecho, que los representantes de una institución comercial, mercantil, financiera o de cualquier índole, se ampare en el velo societario para abusar de la personalidad jurídica concedida a la institución, así como realizar actos fraudulentos. Es la doctrina del develamiento del velo societario la institución jurídica capaz de lograr

incursionar al interior de la entidad así como de los socios, para lograr conocer lo que realmente acontece dentro de estos.

2.2 Naturaleza Jurídica y Fines de la doctrina del Levantamiento del Velo Societario

1.2.1 Naturaleza Jurídica

Diversas han sido las consideraciones doctrinales que sobre el instituto naturaleza jurídica han sido tratados por los diferentes autores. Un primer acercamiento lo hace (Hurtado, 2014) supone un desentendimiento de todo análisis profundo, derivado de la superficialidad en las investigaciones que no logran nunca desentrañar ni los más mínimos elementos distintivo de un fenómeno y que ha sido conocido como rutinarismo ingenuo. Otros autores como Lara (2013) y Figueroa (2012) considera que la naturaleza jurídica de un fenómeno determinado radica en su esencia, en los elementos que le son inherentes y que determinan su funcionamiento.

Por otra parte, López (2009) considera que en muchas situaciones cuando se alude a naturaleza jurídica, se hace referencia la estructura u organización de un fenómeno determinado, extendiendo de esta forma la cualidad que sobre el esencialismo defendió. En este sentido refiere que:

Naturaleza significa siempre esencia, peculiaridad, normalidad. Estamos siempre en el ámbito de los mismos conceptos. Sin embargo, mientras que en los casos examinados hasta ahora la Ley toma la naturaleza como aquello que existe materialmente o como aquello que es concebido de hecho en la valoración social, aquí, por tratarse de institutos jurídicos, es la misma ley la que construye para cada uno una peculiar estructura, la cual se reproduce y perfila en la doctrina bajo el concepto de naturaleza de la institución. (pág. 128)

En este sentido es claro que para este autor, aunque la naturaleza jurídica es principalmente la esencia de un proceso o fenómeno, es también estructura, porque en materia jurídica es la ley la que le concede esa esencia mediante una estructuración u organización de sus contenidos, de sus formas de manifestarse y materializarse en una realidad determinada.

Para Díaz (2012) la naturaleza jurídica de una institución depende de determinadas categorías que son establecidas por el ambiente en el que se desarrollan, de forma tal que se convierte en una categoría más, cuando forma parte intrínseca de aquellas. Pero también, pudiera formar parte de un conjunto de relaciones dentro de las que la naturaleza jurídica forma una parte importante, convirtiéndose en un tipo particular de componente dentro de un todo procedimental. Como tercera cuestión, la naturaleza jurídica también puede ser considerada como el género, si se tiene en cuenta que a su interior es obligado el análisis de un cúmulo de procedimientos que le dan vida a la misma, un conjunto de principios que surgen como consecuencia de esa naturaleza y es entonces cuando se puede hablar de género.

Estas consideraciones preliminares son a nuestra consideración, aspectos de relevancia para poder introducir este punto. En muchos casos las investigaciones que analizan la naturaleza jurídica de una institución, se limitan a expresar determinados elementos que son los que informan o caracterizan la misma, y muchas veces obviamos el desentrañar el sentido y alcance mismo de la categoría. Es por ello que se ha decidido hacer un breve análisis de los principales postulados que en torno a la naturaleza jurídica se han esgrimido en la doctrina, pues ello permitirá conocer el verdadero sentido de la doctrina del develamiento del velo societario.

Desde una primera lectura, se puede colegir que la naturaleza jurídica de esta doctrina hace referencia a la esencia de la institución en sí conforme a considerar la naturaleza jurídica como lo referido a lo sustancial de un fenómeno en sí, permitiendo por ende desentrañar los elementos que distinguen la existencia y comportamiento de una categoría o institución determinada Figueroa (2012). No obstante, la naturaleza jurídica podría igualmente responder a la estructura y organización que posee esa “esencia” ni tampoco desechar la consideración de concebirlo como una categoría, un tipo o género en un proceso determinado. La doctrina del develamiento del velo societario posee según muchos autores como el académico

ecuatoriano Santiago Andrade Ubidia (2009) quien le confiere una naturaleza únicamente procesal; mientras que otros como Andrea Pérez Suay (2015) le confieren una naturaleza integral, esto es sustantiva y adjetiva. En este sentido, para quien considera que la doctrina del develamiento del velo societario posee una naturaleza jurídica procesal, sustenta su postura en el hecho de que se erige como una institución de carácter excepcional, y lo es porque la persona jurídica se encuentra investida de una protección primigenia conferida por la adquisición de su personalidad jurídica, la que en principio es intocable. No obstante, en determinadas situaciones, dentro de un proceso judicial, el juez puede quebrantar este principio, y ordenar como técnica a seguir en el procedimiento, que se develen las verdaderas acciones e intereses que ha tenido la institución con relación al tema en cuestión.

Este es el principal elemento que es considerado para dotar de un carácter procesal a la doctrina que se analiza, por cuanto como expone López (2009) el levantamiento del velo en la sociedad se trata de “(...) una técnica o práctica judicial y no un remedio destinado a sancionar el abuso de la personalidad jurídica” (pág. 123), porque el considerarlo como un mero remedio sancionatorio, dejaría de ser una institución de naturaleza procesal para convertirse en civil punitivo. En este sentido, como lo menciona Andrade Ubidia (2009), el levantamiento del velo societario:

(...) se debe a una postura de carácter procesal a través de una orden judicial, mediando el debido proceso como consecuencia del abuso de la persona jurídica por parte de sus accionistas, administradores o cualquier otra persona que, debidamente facultado, actúe en su nombre y representación. En este sentido, esta técnica por ser de carácter excepcional y por romper un derecho reconocido por el Estado separación patrimonial, sólo éste, por medio de su potestad jurisdiccional, puede aplicar esta doctrina” (pág. 52).

Cabe destacar, que no sólo las partes podrán proponer la aplicación del levantamiento del velo societario, ni los sujetos damnificados, ni las personas jurídicas con intereses legítimos para instarlo, ni los socios, ni tan sólo la propia sociedad, sino que, el propio juez, podrá, si lo considera, llevar a cabo todas aquellas actuaciones que considere necesarias.

No obstante para Pérez Suay (2015) el develamiento del velo societario posee una naturaleza integral, ya que la misma tiene un carácter sustantivo y adjetivo el cual puede promoverse bajo criterios de cautela, proporcionalidad y subsidiariedad enmarcadas en el derecho privado y que está regulada desde la óptica del derecho procesal de acuerdo a lo dispuesto en determinadas leyes especiales y que se ordena como una sucesión de hechos y actos regulados por el derecho a fin de garantizar la tutela judicial efectiva; y conseguir determinados efectos.

No obstante existen tratadistas en esta materia que se atreven a asegurar que el levantamiento del velo societario puede implicar a cualquier rama o disciplina del derecho moderno como por ejemplo Cárdenas Acosta (2014) quien establece “(...) la determinación del proceso de levantamiento del velo societario como una estrategia para combatir la evasión tributaria” (pág. 2). No obstante, debe quedar claro que si bien el levantamiento del velo societario podría aplicarse a las diversas jurisdicciones existentes, no se debe obviar su verdadera esencia, acorde con la postura asumida al principio de este acápite.

De esta forma puede concluirse que la doctrina del levantamiento del velo societario posee una naturaleza jurídica procesal, porque solo dentro de un determinado proceso, fuere cual fuere la competencia y la materia, el juez o jueza podría ordenar a instancia de parte o de oficio, el rompimiento de la personalidad jurídica que protege a una empresa o persona jurídica determinada, para conocer elementos que solo mediante esta práctica judicial podrán incorporarse al proceso y logra conocer el verdadero interés y actuación de una institución, permitiendo extenderse en la supervisión y control a los socios o integrantes directos en las decisiones por medio de las cuales dicha institución se encuentra en conflicto jurídico.

1.2.2 Fines

El fundamento esencial de esta doctrina, según expresa la académica española López (2017):

La doctrina considera que esta situación se debe a que todo órgano que imparta justicia –sin importar si se trata de un Tribunal de equidad o de derecho– no puede prescindir de

la verdad de los hechos y precisamente con el *disregard of legal entity* se llega a la verdad oculta detrás la persona jurídica, siendo esta la razón que explica su aplicación tanto en los Tribunales de equidad como en los de derecho. (pág. 36).

Es claro que a tenor de lo que expone esta autora, la doctrina del levantamiento del velo societario se trata de un mecanismo por medio del cual se logra conocer en un proceso judicial determinados elementos que delimitan la realidad y verdad de lo que acontece. En este sentido Walde (2015) considera que se trata de un mecanismo que:

(...) en forma excepcional, cuando se advierta que los socios hacen un ejercicio abusivo del marco protector que les otorga la responsabilidad limitada, se puede ampliar esta responsabilidad para que las deudas pendientes generadas de esta manera puedan ser reclamadas, afectando el patrimonio no aportado de los socios, cuando la responsabilidad sea limitada. Hay algunas exigencias para que esto ocurra, las cuales, de cumplirse, permitirán fácilmente ampliar la responsabilidad, porque, en caso contrario, se podría estar configurando el ejercicio abusivo del derecho o el consentimiento de una actuación fraudulenta que de mala fe afecte el derecho de terceros. (pág. 18).

De la lectura de lo expuesto, pueden considerarse varias cuestiones relevantes. Un primer elemento es que deben considerarse la excepcionalidad de esta institución. Como se ha expuesto, solamente puede atentarse contra la personalidad jurídica de la persona jurídica, cuando no exista otro mecanismo por medio del cual se logren los mismos objetivos que se conseguirían con el develamiento del velo. Si la legislación existente regula otras herramientas, que permiten conocer lo que verdaderamente desea el juzgador, y extender la responsabilidad de la empresa a la de los socios o responsables de abusar de la personalidad jurídica de la institución o de realizar el fraude legal.

Un segundo elemento en el que procede este develamiento, es cuando existen indicios que algunos administradores de una determinada sociedad ejecutan determinadas actuaciones que son contrarias a lo tipificado en la ley mediante la instrumentación de hechos fraudulentos amparándose en la autonomía patrimonial societaria que en algunos casos se constituyen en sociedades fantasmas con el fin de evadir la responsabilidad generando, en definitiva, situaciones de abuso de la personalidad jurídica. Esta situación de abuso perjudica intereses

públicos o privados, causa daño ajeno, burla los derechos de los demás o se utiliza como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento y que se produce, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales, y entre ellas el pago de deudas.

En este sentido, como finalidad de la doctrina, Walde (2015) expresa que por medio de ella se logra ampliar la responsabilidad de la persona jurídica al patrimonio de los socios en aquellas empresas que son de responsabilidad limitada. Muchas instituciones son creadas sobre este tipo de organización, pues por medio de ellas se logra restringir la deuda ante eventuales responsabilidades empresariales, al patrimonio exclusivo de la institución, sin afectación alguna de los bienes y derechos de los socios y demás personas que la integran. Las sociedades de responsabilidad limitada “s.r.l”, constituyen sin lugar a dudas unas en las que con mayor fuerza puede que se abuse de la personalidad jurídica que le es inherente y de haga fraude de ley.

Se trata de que los socios, al fundar este tipo de empresas, lo hacen bajo estas condiciones efectivamente para que, hagan lo que hagan, y provoquen el perjuicio que provoquen, solamente sea con el patrimonio empresarial con el que se satisfagan las deudas, de forma tal que en principio, si el patrimonio general de una empresa no es suficiente como para saldar deudas contraídas o derivadas de la responsabilidad declarada por un juez, no pueda atentarse contra el patrimonio individual de cada uno de los socios. Por medio del develamiento del velo societario, se logra romper con este esquema y extender la responsabilidad institucional, a la personal, permitiéndose que ante cualquier declaratoria de responsabilidad civil, penal, mercantil, administrativa y que por medio de ella se deba pagar, si los recursos empresariales son insuficientes, se logre acceder al patrimonio de los socios, siempre que estos sean responsables, para pagar lo que se debe, como consecuencia del fraude de ley o abuso de la personalidad jurídica de la empresa o sociedad.

En esencia la doctrina ha establecido dos finalidades esenciales de la doctrina del levantamiento del velo societario. Una destinada a que por medio de ella se logra descubrir la verdad y comprobar de mejor forma, el comportamiento empresarial que ha provocado un fraude jurídico o un abuso de la personalidad que ha provocado daños a terceras personas; y segundo, posee el objetivo de hacer extensiva la cualidad de responsables a los socios y demás directivos, de forma tal que se logre correlacionar a los socios con el deber de la persona jurídica. Estas dos finalidades son de gran relevancia, porque en su conjunto componen la esencia de la doctrina en sí, y por medio de ellas se justifica en la contemporaneidad, la necesidad de regular de forma correcta la postura, pues sus beneficios son innegables.

Otro aspecto que se debe tener en consideración es el referido al papel de las empresas en cuanto a su comportamiento jurídico ya que en la actualidad, se considera admitido por hecho que si la estructura formal de la persona jurídica utiliza fines fraudulentos que son por demás contrarios a derecho el Estado a través de sus mecanismos puede prescindir de la forma externa de la persona jurídica y, penetrar en la interioridad de la misma. Es por ello, que la buena fe como principio general del derecho debe ser considerado como una forma de llegar a la verdad o exactitud de un determinado asunto que en nuestro tema objeto de estudio permitirá de forma expedita determinar la procedencia de la aplicación del levantamiento del velo societario

1.2.3 Develación del velo societario como mecanismo de garantía de terceros

Antes de analizar si efectivamente la doctrina del levantamiento del velo societario se erige como una garantía para terceros, es pertinente hacer una breve mención a lo que ha sido considerado por la doctrina como garantía. Este término engloba varias apreciaciones que responden no solo a los entornos o espacios físicos en los que ha sido elaborada, sino que también obedecen a los ámbitos en las que se ha querido estructurar la institución. De esta

forma, podría hablarse de garantías penales, políticas, individuales, colectivas, culturales, crediticias, y tantas otras como relaciones sociales tienen lugar y que es pertinente por ende, asegurar algo.

La palabra garantía y el verbo garantizar son creaciones institucionales de los franceses y de ellos las tomaron los demás pueblos en cuya legislación aparece desde mediados del siglo XIX (Andrade, 2009). Es indudable pues que, la garantía viene condicionada por las nuevas ideas y pensamiento derivados de la revolución francesa que logró redescubrir el verdadero sentido y alcance de la necesidad de que los ciudadanos recuperaran la confianza en las instituciones existentes en la sociedad.

El investigador Montiel y Duarte (2006) considera que todo medio consignado en la Constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía, aun cuando no sea de las individuales. Para el académico Burgoa (2008) las garantías constituyen medios jurídicos de protección, defensa o salvaguarda de los derechos del hombre en primer término, por lo que estos derechos son jurídicamente resguardados y tutelados por la constitución y el sistema jurídico. Estas delimitaciones conceptuales sobre garantía, denotan que se trata de mecanismos o herramientas legales por medio de las cuales el ciudadano, logra tener seguridad de que sus derechos como individuo o colectividad, serán respetados, garantizados y protegidos cuando en el ejercicio de la capacidad de obrar ejecutan un acto jurídico cualquiera.

En este sentido, el académico ecuatoriano Ávila Santamaría (2012) Si los derechos son aplicables directamente, las garantías, que son las herramientas para su efectividad, también deben serlo, lo que le impone un criterio absolutamente compartido de la efectividad directa en la aplicación de las mismas. En la realidad ecuatoriana, la Carta Magna destina su Título III a regular las Garantías Constitucionales, distinguidos entre las garantías normativas; las

políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana; y las garantías jurisdiccionales.

Estas garantías, a consideración del investigador Peces-Barba (1999; Peces-Barba, 1999) poseen un carácter general cuando se refieren a los elementos que determinan la actuación del Estado, dentro de las que se pueden comprender la división de los diferentes poderes constituidos y su independencia, el respeto al principio de legalidad, la garantía del sistema democrático y el papel del Estado en el aseguramiento de todos y cada uno de los derechos; mientras que las garantías específicas son las que se manifiestan en los órdenes legislativo, ejecutivo y judicial.

Ahora, habiendo realizado estas imprescindibles precisiones, es necesario analizar si la doctrina del develamiento del velo societario se erige como una garantía de terceros. El investigador Peña Nossa (2014) refiere que el capital social que es el aportado por los accionistas a una persona jurídica debe ser considerado como la “(...) única garantía de los terceros que contratan con la compañía para el efectivo cumplimiento de sus obligaciones” (pág. 157), cuestión que no se comparte y contradice el espíritu del develamiento del velo societario. En primer lugar es pertinente analizar si esta postura se encuentra destinada a proteger un derecho o varios derechos. Como se ha expresado la teoría que se analiza busca quebrantar el velo que protege a la empresa contra actos fraudulentos o abuso de la personalidad jurídica que hayan provocado afectación a los socios y a la sociedad en general.

En este sentido, los socios que forman parte de la estructura organizacional de una persona jurídica, que han aportado patrimonio para la conformación y subsistencia de la misma tienen varios derechos. Algunos de ellos podrían considerarse de la revisión del Código Orgánico Monetario y Financiero, y serían ser beneficiados con préstamos (art. 194 numeral 2 literal b); a que sean informados de la administración, recibir los balances comparativos, estados sobre

cambios en la situación financiera, situación de pérdidas y ganancias, informes de auditorías internas y externas, a la posición del patrimonio técnico, a indicadores de liquidez, solvencia, eficiencia y rentabilidad (art. 245); erigiéndose como una infracción leve no aportar la información a los accionistas que como parte del ejercicio de sus derechos, estos exijan (art. 263 numeral 2) (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

Como se evidencia de esta breve lectura, los socios de las instituciones financieras, por señalar las que han sido analizadas anteriormente, poseen un conjunto de derechos que se encuentra establecidos en la normativa vigente, de forma tal que como tales, deben existir garantías efectivas para el cumplimiento de los mismos. Unido a ello en este tipo de instituciones se establece como infracción muy grave el “Artículo 261. (...) 3. Realizar operaciones que no estén dentro del objeto social de la entidad. 4. Simular incrementos de capital” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014); así como otras que realmente indican la posibilidad de que, los administradores o socios de la institución puedan realizar actos de fraudes de ley o extralimitación en la capacidad jurídica de la empresa.

Pero ante este tipo de infracciones, las sanciones administrativas son la multa de hasta el 0.01% de los activos de la entidad, la remoción de los administradores y/o la revocatoria de las o las autorizaciones (art. 264 numeral 1); y aunque el artículo 268 establece que uno de los sujetos responsables de las infracciones son los accionistas, además de los administradores, funcionarios o empleados, no existe una verdadera garantía para las terceras personas que han confiado en la institución para hacer sus depósitos, si de instituciones financieras se tratare.

En este sentido, en la forma en que se encuentra establecido las cuestiones referida a los derechos de los socios y las infracciones y sanciones, no ofrecen verdaderas garantías no solo a los socios que no tienen responsabilidad ante el actuar fraudulento de otros socios y los administrativos, sino que tampoco aseguran ante una eventual situación de fraude de ley o

abuso de la persona jurídica, un respeto a los derechos de las terceras personas que en este caso no solo podrían ser los clientes habituales de la institución, sino los terceros contratantes con los que la institución posee deudas.

De esta forma, la doctrina del develamiento del velo societario podría considerarse un mecanismo efectivo que no solo logre adentrarse en el verdadero “ser” de la persona jurídica y al de sus socios, sino que se construye como un mecanismo de garantía de terceros. La regulación legal del levantamiento del velo societario, constituiría una garantía normativa pertinente para que ante situaciones de quiebra u otras condiciones de una persona jurídica, por fraude de ley o abuso de la personalidad jurídica, los terceros afectados tendrían la seguridad jurídica que, si con el patrimonio de la institución no se satisfacen las deudas, podrían ir contra el patrimonio de los socios que fueron responsables de esa condición por su actuación de mala fe, pudiendo conocerse así, las actuaciones por medio de las cuales se provocó el daño o perjuicio, y con ello, implementar estrategias estatales, gubernamentales e institucionales que eviten en el futuro situaciones similares.

Desde el análisis que se realiza, es pertinente realizar dos distinciones sobre a quiénes considerar terceros. Desde nuestra concepción, un primer grupo que podría estar dentro de estos sujetos, son los socios y administrativos que podrían verse perjudicados con la actuación fraudulenta e ilegal de otros accionistas. La ausencia de responsabilidad objetiva de algunos socios o administrativos y otros empleados de la institución, justificaría que las acciones a emprenderse como consecuencia de un develamiento del velo societario, no les afectare, pero solo cuando exista suficiente evidencia de que no poseen alguna culpa en las condiciones que evidencian una actuación de este tipo. Sobre este tema cabe destacar que los “(...) socios que no poseen culpabilidad o aquellos clientes que han sido víctimas de este tipo de maniobras pueden a su vez solicitar a petición propia el levantamiento de velo como una medida

correctora de las anomalías por el abuso de los atributos de la personalidad jurídica” (Pérez, 2015, pág. 125).

No obstante, a esta afirmación se puede colegir que este segundo grupo de sujetos serían los clientes de la institución, los que no siendo accionistas, utilizan los servicios, en este caso financieros de la institución, y que ante una actuación desprovista de legalidad de la empresa, se les causa perjuicios. Este grupo de personas tanto naturales como jurídicas serían los que en principio deberían tener mayores garantías ante el develamiento del velo societario. Se trata de personas, ajenas a la estructura administrativa de la institución, y que debido a la confianza en la entidad, utilizan o emplean sus servicios, convirtiéndose en usuarios, los que deben ser protegidos de forma absoluta.

CAPITULO II

2. EL SISTEMA COOPERATIVO EN ECUADOR Y EL VELO SOCIETARIO

2.1 El sistema cooperativo en el Ecuador

Se puede ubicar los orígenes y consolidación del movimiento cooperativo ecuatoriano, en tres etapas fundamentales (Da Ros G. , 2007) la primera se inicia aproximadamente en la última década del siglo XIX, cuando se crean (sobre todo en Quito y Guayaquil, como las ciudades con más movimiento comercial) una serie de organizaciones artesanales y de ayuda mutua; la segunda empieza a partir de 1937, año en el cual se dicta la primera Ley de Cooperativas con el propósito de dar mayor alcance organizativo a los movimientos campesinos, modernizando su estructura productiva y administrativa, mediante la utilización del modelo cooperativista; la tercera etapa comienza a mediados de los años sesenta con la expedición de la Ley de Reforma Agraria (en 1964) y de la nueva Ley de Cooperativas (en 1966).

Sobre este tema Da Ross (2001) son manifiesta que el nacimiento del sistema cooperativo se extiende a varias etapas a saber:

1) a principios del siglo XX, cuando se conforman las ONG de carácter filantrópico y caritativo para atender a los sectores empobrecidos y abandonados de la sociedad; 2) en las décadas de los sesenta y setenta, cuando bajo la influencia de diferentes corrientes ideológicas se constituyen las organizaciones no gubernamentales modernas para apoyar las actividades de un Estado desarrollista; 3) a partir de los años ochenta, cuando se incorporan nuevas temáticas de trabajo en el marco de sustanciales cambios en el contexto de la cooperación internacional y a nivel del papel del Estado en la economía y sociedad. (pág. 56).

Ahora bien, el cooperativismo avanzó a pasos lentos hasta su definitiva consolidación como sector reconocido de la economía nacional. Surge, según Mills entre la fundación de la organización Asistencia Social la “Sociedad Protectora del Obrero” (Guayaquil 1919), la primera cooperativa del país, y ocho años después aparece la segunda la Caja de Ahorro y Cooperativa de Préstamos de la Federación Obrera de Chimborazo. (Mills, 1986).

El Estado ecuatoriano intervino directamente para incentivar el desarrollo de empresas cooperativas a partir de 1937, año en el cual se dictó la primera Ley de Cooperativas según

“Decreto Supremo No. 10 del 30 de noviembre de 1937, publicado en el Registro Oficial No. 8131 del 1ro. De diciembre de 1937; el respectivo Reglamento se expidió un año más tarde” (Cevallos, 1973, pág. 45).

En el año que fue promulgada la Ley de Cooperativas, sólo existían seis organizaciones, puesto que no existía un adecuado conocimiento de los principios cooperativos ni de su estructura de funcionamiento, dichas organizaciones tuvieron una vida efímera y nominal, sin un marco jurídico-institucional que las protegiera y sin contar con servicios educativos ni financieros.

La Ley de Cooperativas dio inicio a un proceso de generación de una serie de leyes sociales patrocinadas por el Ministerio de Previsión Social como la primera Ley de Comunas y el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas en las cuales se planteaba la necesidad de transformar las formas ancestrales de organización existentes en el agro y dar un sustento formal al cooperativismo (Naranjo, 1999).

En la década de los cincuenta, grupos de diferente orientación religiosa empezaron a promocionar activamente a las asociaciones de carácter cooperativo, con el propósito de mejorar las condiciones de vida de los sectores populares más necesitados, tanto rurales como urbanos, tomando un definitivo impulso a partir de los años sesenta, con la expedición de la nueva Ley de Cooperativas y con la conformación de distintos organismos de integración cooperativa, impulsado por el Estado y por las agencias norteamericanas públicas y privadas de desarrollo (Cevallos, 1973). De ahí que el cooperativismo fue forjado como un instrumento particularmente idóneo para alcanzar finalidades sociales. En este sentido, Grijalva (2013) manifiesta lo siguiente:

Ya para 1961 se creó la Dirección Nacional de Cooperativas como entidad especializada del Ministerio de Previsión Social y Trabajo, en 1979 se transformará en Ministerio de Bienestar Social para ejecutarlas políticas estatales de promoción del sector. Sin embargo, en la práctica, dicho organismo técnico se limitó a desempeñar actividades puramente administrativas, de registro y fiscalización, más que de fomento (pág. 45).

Ahora bien, en los años 50, 60 y 70, a raíz de la difusión del programa de los Estados Unidos de Norte América llamado Alianza para el Progreso en Latinoamérica, el Ecuador vivió un marcado impulso con la creación de las cooperativas, principalmente en el sector rural. Estas cooperativas fueron apoyadas en su creación por la Agencia Internacional de Desarrollo y el Cuerpo de Paz, con la participación activa de la Iglesia Católica para contrarrestar el efecto de la revolución cubana y la socialización del movimiento cooperativo en América Latina (Pareja, 1980). Posteriormente a ello, se inspiraron en los conceptos de solidaridad y ayuda mutua y se constituyeron como organizaciones sin ánimo de lucro. Las organizaciones locales que se formaron para apoyar la gestión y el crecimiento de las cooperativas, más las leyes que se crearon para normar su funcionamiento, contribuyeron a la dirección de las mismas.

Con la aprobación del nuevo texto constitucional del 2008, en el Ecuador se plantean importantes reformas en sus estamentos jurídicos, económicos, políticos, sociales y culturales dentro de los cuales se puede colegir la nueva visión del esquema económico, el cual es planteado bajo un nuevo paradigma de desarrollo, haciendo referencia a la no acumulación y concentración de la riqueza sino, por el contrario la justa distribución de la misma para que de esta forma se logre el Buen Vivir. Esta realidad, trajo consigo una reestructuración de la sociedad con características más humanas, justas y equitativas es decir, una sociedad sostenible, sustentable y respetuosa con la naturaleza y con las generaciones futuras planteando de esta manera una sociedad con un sistema económico social y solidario.

Este reto planteado por la Constitución de la República del Ecuador está plasmado en su artículo 283 en los términos siguientes:

El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

En este sentido, de acuerdo a lo expresado por la Carta Fundamental del Ecuador el sistema económico social y solidario establece una relación expedita y dinámica entre el Estado, la sociedad y el mercado el cual tiene objetivos fundamentales que permiten la consecución del Buen Vivir como una alternativa para lograr el bienestar colectivo. Este modelo de economía a su vez, hace apología a una forma de organización económica en la que sus integrantes, ya sea individual y colectivamente, se organizan y desarrollan procesos de producción, intercambio, comercialización, financiamiento y consumo de bienes y servicios mediante relaciones basadas en la solidaridad, cooperación y reciproca incluyendo dentro de estas los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.

Esta realidad a su vez condujo a que este importante sector considerado como fundamental para el desarrollo del país requiera que el Estado lo supervise con una postura más integral evaluando su adecuado funcionamiento y requerimientos es por ello que para el año 2012 la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (SEPS) inicia sus funciones como un órgano técnico de supervisión y control que busca el desarrollo, estabilidad y correcto funcionamiento de las organizaciones de este importante sector de la economía, así como el bienestar de sus integrantes y la comunidad en general (Ecuador, SEPS, 2017).

2.2 Definición y generalidades de una cooperativa

Las cooperativas tienen un papel clave en la búsqueda de un futuro sostenible que beneficie a la población, es por ello, que esta figura apunta a defender los principios de igualdad y afianzar los valores democráticos. Por lo que, las mismas se esfuerzan para combatir los márgenes de desigualdad que representa el principal obstáculo para el desarrollo y la construcción de un mejor estilo de vida. Teniendo en cuenta estas consideraciones, podemos entrar a estudiar las definiciones más relevantes que han sido propuestas en el ámbito del

cooperativismo actual; así. Es por ello, que Mills (1986) ofrece en materia de Cooperativas la siguiente definición:

Son asociaciones de personas que organizan y administran empresas económicas, con el objeto de satisfacer algunas de sus necesidades. Se basan en esfuerzo propio y ayuda mutua de los asociados, y atienden los intereses socioeconómico de los miembros; pero sólo en la medida en que los intereses coinciden o por lo menos no se oponen a los intereses generales de la comunidad. (pág. 35).

Una cooperativa es en definitiva una sociedad que está compuesta por personas que deciden asociarse entre sí para cumplir un objetivo común que es de tipo patrimonial, de manera que todas ellas conforman, en partes iguales, la organización creada. Al poseer fines empresariales, estamos ante una agrupación de personas que tienen intención de comercializar productos y servicios; están organizadas por los socios para su beneficio individual y colectivo; y, por lo tanto, deben ser conducidas eficaz y prudentemente para alcanzar fines económicos y también metas sociales y culturales, tienen que regirse por Estatutos en los que se debe constar los principales aspectos para su funcionamiento como el nombre domicilio, la duración, el objeto para el que se crea la cooperativa.

La cooperativa pretende el desarrollo de sus miembros por lo que fomentan la educación, en este sentido, el funcionamiento de una cooperativa según lo establece Ramírez se caracteriza, por el principio de igualdad y equidad entre socios, toda la gestión se realiza de forma democrática por los miembros, a través de decisiones tomadas en las Asambleas, con la participación de todos los socios de la cooperativa o de sus representantes en el caso de las cooperativas que tienen más de doscientos socios. La base del funcionamiento de la cooperativa es que las decisiones, las responsabilidades y los beneficios se reparten de forma equitativa, frente a la toma de decisiones y poder que otorga una empresa a un grupo limitado de sus miembros (Ramírez, 2012).

Debe resaltarse el hecho de que los socios de una cooperativa satisfacen sus necesidades económicas, sociales y culturales en común, en el cooperativismo se maneja el concepto de la

autorresponsabilidad, que significa que los socios asumen la responsabilidad de la creación y de la vida de la cooperativa. Este valor cooperativo también significa que los socios son responsables de asegurarse que su cooperativa permanece independiente de otras organizaciones públicas o privadas (Holyoake, 2008).

2.3 Las Cooperativas de Ahorro y Crédito en el Ecuador

En el Ecuador, la crisis bancaria de los noventa y la dolarización, exigió cambios en el Sistema Financiero Nacional, como respuesta para asegurar la sostenibilidad de las organizaciones financieras, evitando sus quiebras, y para garantizar que los ciudadanos no pierdan sus ahorros; la población comenzó a considerar a las Cooperativas de Ahorro y Crédito como un espacio seguro para entregar sus recursos económicos, pues se mostraron sólidas frente a la crisis; lo que generó su crecimiento a través de la captación de dinero; puesto que su principal objeto es el ahorro y facilitar el acceso al crédito popular de manera ágil y sencilla; apoyar el financiamiento de micro, pequeñas y medianas empresas y, en general, propiciar la solidaridad, la superación económica y social, y el bienestar de sus miembros y de las comunidades en que operan, sobre bases educativas, formativas y del esfuerzo individual y colectivo (Villafuerte, 1997). Es por ello, que las Cooperativas de ahorro y crédito se caracterizan por, ser de los socios; las utilidades se distribuyen entre los asociados. En este sentido Wilson Miño Grijalva (2013), manifiesta lo siguiente:

La captación de depósitos, es lo que le otorga a las cooperativas de ahorro y crédito un gran potencial de crecimiento, ya que pueden gozar de ventajas importantes en cuanto a la información y la selección de clientes sobre la banca común ya que sus socios son sus propios clientes operan en ámbitos locales, pudiendo satisfacer de una manera más flexible y personalizada las necesidades de las comunidades (pág. 45).

La Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria del Sector Financiero (LOEPS), promulgada en el año 2012 y los Organismos de Control Supervisión y Fomento que se han creado han fortalecido el sector financiero popular y solidario, siendo las cooperativas las entidades financieras con mayor tasa de crecimiento anual a pesar de que su participación aún

está por debajo de las bancas privada y pública, pero este crecimiento se ve reflejado en la confianza de sus socios lo cual genera una mejor imagen y por ende su participación en el mercado se ha incrementado (González, 2016).

En este sentido, la nueva LOEPS establece en su artículo 85 lo siguiente:

Las cooperativas de ahorro y crédito deberán mantener índices de solvencia y prudencia financiera que permitan cumplir sus obligaciones y mantener sus actividades de acuerdo con las regulaciones que se dicten para el efecto, en consideración a las particularidades de los segmentos de las cooperativas de ahorro y crédito.

Las regulaciones deberán establecer normas al menos en los siguientes aspectos: a) Solvencia patrimonial; su capacidad para absorber o no tener deudas. b) Prudencia Financiera; c) Índices de gestión financiera ya administrativa; que funcionan como medidores de funcionamiento y establecer condiciones de Desarrollo. d) Mínimos de Liquidez; e) Desempeño Social; Que es la traducción efectiva de la misión de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, y, f) Transparencia es decir claras para todos sus socios. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2011)

A su vez, el nuevo marco jurídico institucional ha permitido que las Cooperativas de Ahorro y Crédito sean de las instituciones financieras que más se han desarrollado en sus principales cuentas de balance. Se fortalecen con mecanismos de Control y Supervisión como lo es el Balance Social, que permite medir su aporte al Desarrollo Económico y fundamentalmente el Desarrollo Social de la Población.

A este respecto, el cooperativismo según Da Ros (2001) abarca en estos momentos una parte considerable de la economía del Ecuador, lo que implica un análisis más profundo del modelo cooperativo, por constituir una esfera decisiva para el desarrollo económico y social. De la eficiencia y eficacia con que funcionen las empresas vinculadas al sector cooperativo depende la solución de los múltiples problemas presentes en la economía.

No obstante, en la actualidad uno de los problemas más visibles en los sistemas cooperativos es el referido a que su gestión está basada en indicadores meramente económicos, por lo que no refleja de manera expedita u objetiva los verdaderos niveles de eficacia y eficiencia socioeconómica, que es lo característico de la gestión de estas entidades. Sobre este tema cabe

destacar que al evaluar el sistema de indicadores que a partir de la implantación del Sistema de Economía Popular y Solidaria observamos que en tiempos pasados ha estado influenciado por deficiencias en su aplicación, debido a dificultades en los controles y registros de las cooperativas, así como por insuficiencias de los propios indicadores, que sólo valoran una parte del proceso de producción (Grijalva, 2013).

En este sentido, para realizar un análisis sobre el comportamiento que pueda tener una Cooperativa de Ahorro y Crédito es necesario llevar a cabo una serie de valoraciones, las cuales nos van a indicar en qué estado se encuentra.

Estas valoraciones cuentan con dos dimensiones que caracterizan y evalúan su impacto, la dimensión económica y la social. Dentro de la económica tenemos dos variables fundamentales, las variables de cooperativización, las económicas y las financieras cada una con sus respectivos indicadores que como parte del estudio y más adelante las veremos que son el Sistema de Indicadores para Análisis Financieros de la Cooperativas (Cruz, 2017).

En la dimensión social se evalúan dos dimensiones: la interna y la externa, dentro de la dimensión interna tenemos variables como características socio demográficas del personal asociado, relaciones laborales, condiciones de trabajo, ingreso real interno de los asociados, demandas y aspiraciones laborales y en la externa características socio demográficas de la comunidad, relaciones sociales comunitarias, condiciones sociales de la comunidad, demandas y aspiraciones sociales de la comunidad.

En este sentido, podemos colegir que las dimensiones dentro del sistema cooperativo cumplen una función de carácter específico como la posibilidad de determinar cuál es el Estado real de la vida de la cooperativa. Así como tener una mejor visión sobre el monto de los activos, volumen de las operaciones que se desarrollen y la participación del sector financiero con la finalidad de brindar una mejor atención en los créditos que se otorgan.

2.4 Normativa aplicable

En la actualidad el fundamento jurídico de las Cooperativas de Ahorro y Crédito en el Ecuador, está determinado en la Constitución, la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, Ley de Cooperativas, el Reglamento a la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, Código Orgánico Monetario y Financiero, las resoluciones de la Junta de política y Regulación Monetaria y Financiera y en las resoluciones de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

Comenzaremos mencionando lo establecido en la Carta Fundamental del Ecuador que establece en su artículo 283 dice lo siguiente:

Art. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y n; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo por garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir (...) El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se integrará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Como se puede colegir del artículo constitucional mencionado para el Estado ecuatoriano el sistema económico está conformado por modalidades de organización de carácter mixto dentro de los que menciona formas de organización pública, privada, popular y solidaria dejando además de ello, abierta la posibilidad de incluir otras de acuerdo a lo dispuesto en el Texto Constitucional. Por otro lado, hace referencia a que la economía popular y solidaria estará regulada por la ley y a su vez tendrá dentro de su estructura a los sectores de cooperativistas, asociativos y comunitarios. Este artículo resalta la importancia del cooperativismo como una forma de producción dentro de la economía nacional.

Más adelante el Artículo 309 del texto Constitucional reconoce a un nuevo sector financiero el popular y solidario, marcando una diferencia del sector financiero privado al decir:

Art. 309 Componentes del sistema Financiero nacional. El sector financiero nacional se compone de los sectores público, privado, y del popular y solidario, que intermedian recursos del público. Cada uno de estos sectores contará con normas y entidades de control específicas y diferenciadas, que se encargarán de preservar su

seguridad, estabilidad, transparencia y solidez. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Esta diferenciación es importante pues delimita el campo de acción de estas instituciones que está dirigida a los sectores que no tienen acceso a la banca privada tradicional como son los pequeños productores, las microempresas, las personas naturales con pequeños emprendimientos, logrando de esta manera la inclusión económica y social

Ahora bien, la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero y su Reglamento norman lo relacionado con la constitución, organización y funcionamiento y liquidación de las organizaciones de la economía popular y solidaria, sean del sector financiero o no financiero y de los incentivos en la medida que impulsen el desarrollo de la economía.

Wilson Muñoz Grijalva (2013) manifiesta que:

(...) La Ley es flexible en términos de brindar diversas posibilidades de interrelación a las cooperativas de ahorro y crédito, con el fin de que se relacione con el sistema financiero nacional y el mercado de valores secundarios. Dicha interrelación es amplia y profunda, con los sectores público, privado e intra sectorialmente (...). (pág. 113).

El artículo 78 establece que el sector financiero del Ecuador estará conformado por las “cooperativas de ahorro y crédito, así como entidades de carácter asociativo dentro de las que destaca las cajas y bancos comunales, y cajas de ahorro”. En este sentido, este mismo cuerpo normativo destaca en su artículo 88 lo siguiente:

Las cooperativas de ahorro y crédito, preferentemente deberán invertir en el Sector Financiero Popular y Solidario. De manera complementaria podrán invertir en el sistema financiero nacional y en el mercado secundario de valores y, de manera excepcional, en el sistema financiero internacional, en este caso, previa la autorización y límites que determine el ente regulador. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2011)

En el artículo 83 de la misma norma ordinaria establece que la SEPS es el órgano que autoriza las actividades financieras de las Cooperativas de Ahorro y Crédito para realizar todo tipo de operaciones vinculadas con los depósitos, préstamos, sobregiros, servicios de caja y tesorería y en general todas las demás actividades financieras.

En este sentido, el artículo 85 de esta Ley Orgánica hace referencia a que las Cooperativas de Ahorro y Crédito deben mantener índices de solvencia y prudencia financiera, que les permita cumplir con sus obligaciones y mantener sus actividades, conforme las regulaciones que dicte el órgano competente llámese Junta de Política y Regulación Económica y Financiera o Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (SEPS), en consideración a las particularidades de los segmentos de las Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Por su parte, el Reglamento a la Ley Orgánica Economía Popular y Solidaria establece que para la obtención de la personalidad jurídica las cooperativas se deberán cumplir con los requisitos que establecerá la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria ya que esta es la institución autorizada para ello. En este sentido la disposición legal establece:

Las organizaciones comunitarias para la obtención de personalidad jurídica presentarán ante la Superintendencia una solicitud, junto con el acta constitutiva, suscrita al menos por diez miembros fundadores y copia de la cédula de identidad del representante provisional y el certificado de depósito del aporte del fondo social inicial por el monto fijado por el Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2011)

En este sentido, el proceso de constitución de la cooperativa, así como su disolución está regulado por la SEPS ya que esta es la única institución autorizada al control y supervisión de las mismas.

El Código Orgánico Monetario y Financiero, es otro cuerpo legal relacionado con las Cooperativas de Ahorro y Crédito, uno de sus objetivos es el de: “Fomentar, promover y generar incentivos a favor de las entidades de la Economía Popular y Solidaria”. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014)

El capítulo VI, de este Código norma al sector Financiero Popular y Solidario, establece quien administra a estas organizaciones, el nombramiento y remoción de los administradores y la sección dos trata exclusivamente de Las Cooperativas de Ahorro y Crédito habla sobre sus fines, la constitución y vida jurídica, de los índices de solvencia, los cupos de crédito, y en general del desarrollo de las actividades, fusión y liquidación de las mismas.

Resoluciones de la Junta de Política y Regulación Económica y Financiera:

El Art. 445 del Código Orgánico Monetario y Financiero manifiesta: Naturaleza y objetivos. Las cooperativas de ahorro y crédito son organizaciones formadas por personas naturales o jurídicas que se unen voluntariamente bajo los principios establecidos en la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria, con el objetivo de realizar actividades de intermediación financiera y de responsabilidad social con sus socios y, previa autorización de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, con clientes o terceros, con sujeción a las regulaciones que emita la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera regulará tomando en cuenta los principios de territorialidad, balance social, alternancia en el gobierno y control democrático y social del sector financiero popular y solidario. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014)

La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera fomenta el acceso a los servicios financieros y la democratización del crédito, y a su vez potencia el rol de las actividades financieras de forma eficiente para fortalecer la inversión productiva nacional, al mismo tiempo regula las acciones de las entidades del sector financiero en función de las políticas económicas y monetarias dictadas.

2.5 El velo societario en las Cooperativas de Ahorro y Crédito

Como ya lo hemos mencionado en el capítulo anterior la aplicación del develamiento del velo societario está confinado a la existencia de indicios que presuman la existencia de acciones que son tipificadas contrarias a la Ley como la instrumentación de determinados hechos fraudulentos amparándose en la autonomía patrimonial societaria de las Cooperativas de Ahorro y Crédito que en algunos casos se constituyen en sociedades fantasmas con el fin de evadir la responsabilidad generando, en definitiva, situaciones de abuso de la personalidad jurídica que perjudica de manera directa los intereses públicos y privados eludiendo responsabilidades personales, entre ellas el pago de deudas.

Es por ello, que la figura jurídica del develamiento del velo societario es un remedio de carácter procesal mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad con que se haya revestido un grupo de personas, para examinar los verdaderos intereses que se encuentran en el seno de la misma. En este sentido, para el jurista (Hurtado J. , 2014)

menciona que el levantamiento del velo societario es perfectamente aplicable al ámbito cooperativo ya que la misma en su esencia no tipifica distinción alguna entre sociedades civiles o mercantiles de acuerdo a las siguientes razones:

La creación de cooperativas supone que se tomen en consideración el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos para que tengan los efectos jurídicos deseados que es el ser sujeto de contraer derechos y obligaciones. En este sentido, en el Ecuador las cooperativas si bien han mostrado en los últimos años un crecimiento producto del movimiento económico y social propio de la economía del país, las mismas han estado en algunas ocasiones confinadas a la duda en cuanto al ejercicio normal y diligente de su objeto social instaurando un clima de desconfianza en cuanto a su posible ingreso a un ámbito ilícito, y puedan abusar de la personalidad jurídica que le ha sido conferida.

Por otra parte, la personalidad reconocida a las cooperativas las coloca en el ámbito del derecho común como sujetos diferenciados de sus integrantes, con aptitud jurídica suficiente para contraer derechos y obligaciones. Es por ello que han existido actos ilegales como en el caso de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Profesionales de Loja en donde “(...) se crearon pólizas de inversión falsas a nombre de varios socios, sin que ellos hayan solicitado. El dinero por las supuestas pólizas no ingresaba a la cooperativa, sin embargo, se registró el pago de supuestos intereses a los socios” (Diario Crónica, 2017, pág. 1).

En este sentido, la personalidad jurídica de las cooperativas es uno de los elementos que forma parte de un escudo que impide a la misma ser cuestionadas por las obligaciones personales de sus asociados o estos ser atacados en su patrimonio personal en el ejercicio de sus obligaciones.

Contrariamente a este hecho, existe un instrumento que la doctrina ha denominado “levantamiento del velo societario”, él cual es considerado como un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad con que se haya revestido

un grupo de personas, para examinar los verdaderos intereses que se encuentran en el seno de la misma en tal sentido, se espera analizar la aplicabilidad de la doctrina antes referida en las cooperativas de ahorro y crédito esto ante la posibilidad que las mismas obtengan determinados beneficios mercantiles, tributarios en el ejercicio ilícito de sus actividades.

El primer requisito legal que debe existir para aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario será la existencia de la cooperativa, como un ente que tiene personalidad y personería jurídica con derechos y obligaciones y capacidad para comparecer en juicio.

El segundo requisito para aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario en las Cooperativas de Ahorro y Crédito viene dado por “la existencia de una obligación” por parte de éstas, y por el cumplimiento o incumplimiento de la misma. En este sentido, la obligación está constituida por una conducta o actividad determinada, cuya ejecución se le impone a una persona aun en contra de su voluntad. Además, recuérdese que en cuanto al cumplimiento de las obligaciones, es un efecto normal y no es otra cosa que el cumplimiento jurídico para el deudor de ejecutar una determinada obligación. (Guerrero, 2013)

Por su parte, el incumplimiento culposo o voluntario de la obligación es, la inejecución de dicha obligación, motivada por el obstáculo o causa imputable al deudor (la cooperativa). El efecto del incumplimiento culposo o voluntario generara responsabilidad civil, la cual no es otra cosa que la obligación de reparar el daño causado por el deudor al acreedor.

En este punto, hablar de la responsabilidad de los miembros de la cooperativa, alude inmediatamente a que los mismos tienen limitada su responsabilidad a su aporte; el cual es, en principio, el valor nominal de sus certificados de aportación suscritos por ellos. Una vez cumplida por los cooperativistas la obligación de aportar, ellos no comprometen su responsabilidad personal por las obligaciones que pueda asumir la cooperativa.

En otro orden de ideas y siguiendo con los requisitos para aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario a las Cooperativas de Ahorro y Crédito, el tercer requisito

viene dado por el daño ocasionado a los terceros (Boldó, 2006). El cual debe ser entendido como la pérdida o disminución sufrida en el patrimonio jurídico del acreedor, y como tal, es configurador de responsabilidad civil por parte de la cooperativa.

Cabe destacar que la existencia de un daño a terceros es un elemento jurídico de gran importancia a la hora de determinar si se debe levantar o no el velo societario, trátase de sociedades mercantiles o cooperativas, es requisito *sine qua non*, que a través de la cooperativa se provoquen desmesuradamente daños al patrimonio de terceros, amparándose en el hermetismo del ente como tal, y que no medie indemnización alguna, es decir, que los acreedores de una cooperativa se vean afectados por la misma y ésta pretenda eludir su responsabilidad civil.

Un caso claro de un daño a terceros producido por ciertas cooperativas de ahorro y crédito lo configura el hecho de que éstas últimas obtengan un lucro mercantil y no lo declaren al fisco, amparándose en la exención de que la ley de impuesto sobre la renta otorga a las empresas cooperativas. “En dicho supuesto, se está frente a una evasión fiscal que origina un daño, en este caso, al Estado ecuatoriano, pues las arcas del mismo están dejando de percibir el pago de un impuesto que, de no tratarse de una cooperativa sino de otro tipo de persona jurídica, estaría obligada a cancelarlo” (Boldó, 2006, pág. 206).

Ahora bien, el cuarto requisito viene dado por el abuso del derecho, el cual está enmarcado por el ejercicio desviado del ente colectivo. Es por ello, que esto crea una constante insatisfacción hacia los acreedores de la sociedad, lo que configura a su vez una especial conducta abusiva de la personalidad jurídica de los derechos que la ley no ampara (porque se comete un fraude, que son aquellas acciones llevadas a cabo por la cooperativa, que causan daños a terceros y no está contemplada como una atribución de la sociedad en la ley), toda vez que se altera el objeto social que persigue la cooperativa no constituyendo el ejercicio regular de los derechos (de lo establecido en ley, ya anteriormente nombrado), por lo que se

transformarían en ilícitos. En vista de lo anterior, en muchas ocasiones las cooperativas violando la ley frente a su posición de dominio, terminan utilizando de forma arbitraria de sus propios derechos de tal forma que causan daños a terceros.

De acuerdo a esto, para entender la aplicación del levantamiento del velo societario en las Cooperativas de Ahorro y Crédito es oportuno mencionar que existen elementos configuradores que también ameritan la aplicación de este remedio societario como las conductas reprochables de los directivos de la cooperativa como la desatención de las obligaciones contraídas por la institución, el enriquecimiento ilícito, la insolvencia, la infracapitalización. En este sentido, la desatención de las obligaciones por la cooperativa, se trata de maniobras que manifiestan claramente la intención típica de desentenderse de los pasivos, extrayendo en parte o en todo su activo, evadiendo la responsabilidad frente a terceros (Garvis, 2010).

En el derecho ecuatoriano, esta figura procede básicamente al amparo de lo que disponen el artículo 17 de la Ley de Compañías; actualmente el acceso al conocimiento de quienes son titulares de las acciones, participaciones y más derechos en las sociedades se ha facilitado enormemente gracias a lo que dispone la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, particularmente en artículo 6, disposición general segunda y las disposiciones reformativas segunda que derogó el artículo 444 de la Ley de Compañías y sustituyó el 443. Se trata precisamente del acceso que se pueda tener, según la ley a la información en el manejo, activos que maneja la sociedad, al igual que conocer el manejo que hagan de ellos sus accionistas.

En la Ley para Reprimir el Lavado de Activos se pone énfasis en el deber de las entidades del sistema financiero de registrar y reportar las operaciones por montos superiores a diez mil dólares, así como en el de reportar periódica y sistemáticamente acerca de la existencia o no de operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas, de las que tengan

conocimiento, artículo 3 c, d y e, bajo responsabilidad “personal e institucional”, pero a la “unidad de inteligencia financiera” se le confieren atribuciones limitadas, en el artículo 10 b) el cual establece lo siguiente:

Solicitar de los sujetos obligados informar, de conformidad con lo previsto en esta Ley, la información que considere necesaria para el cumplimiento de sus funciones, con la finalidad de procesarla, analizarla y custodiarla; y, de ser el caso, respecto de la información que le haya sido entregada, solicitar aclaraciones o ampliaciones (Ecuador, Asamblea Nacional, 2012)

En sentido, este cuerpo normativo además establece en su artículo 17, 2° que se dispone “asimismo, de ser el caso, la condena por delito de lavado de activos dará lugar a la extinción de la persona jurídica creada para el efecto.” En este orden de ideas, el mismo instrumento hace alusión en su disposición general cuarta que dispone que “En ningún caso, los sujetos obligados a informar, podrán invocar el sigilo o reserva bancaria, ni el secreto profesional o fiscal, para negar el acceso o demorar la entrega de la información solicitada, especialmente cuando lo requieran las autoridades judiciales” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2012). Esta ley, por ser de naturaleza penal, se la debe interpretar estrictamente, recordando el principio de legalidad que rige en forma absoluta en el campo penal.

Este comportamiento se encuentra dirigido a ocultar una situación económico financiera de la cooperativa, a través probablemente de la práctica de doble contabilidad, con el objeto de defraudar a terceros, y de evitar el pago de impuestos, y así eludir la correspondiente responsabilidad que implicaría dicha situación para los componentes de los órganos de administración. (Andrade, 2009)

Igualmente, otra conducta considerada como activadora del mecanismo de develamiento del velo societario está referido a la figura del enriquecimiento ilícito, considerado éste último como el mecanismo a través del cual se oculta el verdadero origen de dineros provenientes de actividades ilegales, tanto en moneda nacional como extranjera, y cuyo fin es vincularlos como legítimos dentro del sistema económico de un país.

El ánimo de lucro que en ocasiones orienta la actividad cooperativa, contrariando su esencia, ha exigido a las mismas el diseño de estructuras financieras y económicas a través de las cuales sea posible canalizar los recursos obtenidos como consecuencia de sus actividades, con el fin de introducir en el torrente monetario o a través de algunos de los sectores económicos, los recursos obtenidos, para generar mediante el desarrollo de actividades y operaciones comerciales, financieras, bursátiles, societarias, entre otras, una apariencia de legalidad. (Garvis, 2010)

La acción destinada a llevar a cabo la aplicación del levantamiento del velo societario, y que el mismo se realice por el procedimiento establecido en el COGEP, para que no siga cometiendo el fraude que llevaron a su solicitud), la cooperativa de ahorro y crédito representa el punto central de las acciones de responsabilidad contra administradores y socios por fraude. El estado de crisis y el cese de la actividad cooperativa son los verdaderos detonantes de esas acciones. Esta conducta representa el principal inconveniente que pueden encontrar los terceros en la cooperativa, para hacer efectiva su acreencia. De hecho, radica en la real imposibilidad de contar con bienes de la misma sobre los cuales se pueda hacer efectivo su derecho ante la morosidad de la condena en el pago de su deuda.

Por su parte, el vaciamiento consiste en la conducta deliberada de desplazar los activos de la cooperativa hacia otra titularidad. Por el contrario, existe una infracapitalización material de la cooperativa, cuando el patrimonio es tan pequeño con relación a las obligaciones asumidas o que pueda asumir por sus características y objeto, que eventualmente puede no encontrarse en condiciones de asumir dichos compromisos. (López L. , 2017)

De acuerdo a esta consideración, generalmente las cooperativas se constituyen con capitales ínfimos y se comprometen con préstamos difíciles de cumplir.

El Fraude es el acto realizado con intención maliciosa, mediante el cual se evita la aplicación de la ley competente, para obtener un fin ilícito a fin de unir los puntos de conexión y

conseguir así la aplicación de otra ley que le asegura la obtención de un resultado más favorable a su pretensión, admitiendo la existencia de actos que respetan el texto legal, pero eluden su aplicación y controvierten su finalidad. (Garvis, 2010)

No obstante, son numerosos los fallos nacionales e internacionales que contienen aproximaciones conceptuales de fraude, de índole muy general, sin que los autores pretendan lograr una definición. Así, se entiende que configuran prácticas fraudulentas, entre otras, toda negociación injusta; todo acto positivo del que resulte una intención de engañar; el artificio por el cual una persona es engañada en su propio perjuicio; un acto voluntario y malintencionado, dirigido a cometer un daño a los derechos; las prácticas engañosas tendientes a privar o que efectivamente priven a otro de sus derechos por medio de alguna artimaña o un artificio contrario a las reglas de la honestidad común, entre otras. (Guerrero, 2013)

El fraude en su sentido más genérico, comprende en realidad cualquier hecho desplegado por la cooperativa destinado a engañar, incluyéndose en ese concepto todos los actos, las omisiones y los ocultamientos que conduzcan al incumplimiento de un deber impuesto por la ley o la equidad o alguna relación de confianza debidamente otorgada que resulte en un perjuicio de un tercero (Cárdenas, 2014). Así, cuando exista en la cooperativa falta del cumplimiento de formalidades en la vida de la misma, la existencia de traspasos de fondos entre la cooperativa y la persona dominante, la ausencia de contabilidad o la práctica de la doble contabilidad y la evasión fiscal, serán elementos suficientes para considerar un fraude.

De todo lo antes descrito, se puede colegir que son diversas las conductas de los socios de una determinada Cooperativa de Ahorro y Crédito que pueden dar lugar a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario en Ecuador. En otras palabras la aplicación de esta doctrina resulta un instrumento de gran utilidad para evitar que las Cooperativas de

Ahorro y Crédito puedan ser utilizadas para cubrir actos de corrupción o de ocultamiento de bienes obtenidos de forma ilegítima.

Por otra parte debemos ser enfáticos en manifestar que la efectividad del levantamiento del velo societario en relación a las cooperativas de ahorro está supeditado al cumplimiento de los elementos que hemos estudiado es decir, que posea personalidad jurídica propia así como la exigencia de una obligación contraída por la cooperativa en favor de terceros, el incumplimiento de las obligaciones por causas que son imputables a la persona jurídica que causando menoscabo y disminución al patrimonio y el denominado abuso de derecho.

No obstante, en la actualidad existen criterios restrictivos a la hora de la aplicación del levantamiento del velo societario. Una de estas posturas es la expuesta por Pérez quien manifiesta de forma enfática que el levantamiento del velo societario no tiene razón de ser ya que al remontamos al fundamento de su aplicabilidad tendríamos que estudiar la teoría de la persona jurídica la cual hace apología a un modo de expresar una disciplina normativa donde la personalidad jurídica son solo criterios que permiten decidir en qué momento es aplicable esa normativa de carácter unitario y que se resume en la expresión de persona jurídica.

Para Pérez (2015) la personalidad jurídica no es referencia de un dato normativo, sino más bien de una expresión abreviada a una determinada disciplina normativa donde el levantamiento del velo societario no encuentra fundamento en cuanto a la superación de la personalidad jurídica ya que en la realidad lo que se estima que ocurre es un tema de identificación de las normas sobre la personalidad jurídica es decir, las normas sobre legitimación y personalidad humanas. Por otra parte González (2016) manifiesta una posición contraria a la expresada por Pérez al mencionar que la aplicabilidad del levantamiento del velo societario debe darse a través del desarrollo de una postura donde se recurra a la concepción dogmática de la personalidad jurídica alejándose de esta manera del conceptualismo y centrándose más en la realidad en cuanto al abuso de a personalidad jurídica

como posición contraria a lo establecido en la ley. Esta postura admitida por el mencionado autor encuentra su fundamento cuando menciona de forma determinante que la aplicación de la figura del develamiento del velo societario se pueda dar en el caso de las cooperativas por analogía siempre y cuando concurren en las mismas alguna o varias de las proposiciones o criterios de valoración antes descritos como son el abuso de la personalidad jurídica, los cuales influyen para que en las Sociedades Mercantiles se levante el velo societario, éstos son extensibles al derecho cooperativo, específicamente a las cooperativas.

CAPITULO III

3. DEVELAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO SEGÚN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS (COGEP)

3.1 El proceso de develamiento de velo societario según el COGEP

Con la vigencia del Código General de Procesos en adelante (COGEP) publicado el 22 de mayo del 2005, en el Registro Oficial Suplemento 506, la disposición reformativa novena dispone que se agregue a continuación del artículo 17 de la Ley de Compañías, los artículos 17 A y 17 B, en los que se determina el procedimiento que se debe seguir para interponer la acción de inoponibilidad de la persona jurídica o develamiento del velo societario y determina lo siguiente:

- La demanda se podrá plantear en contra de una o más compañías e incluso contra los supuestos responsables.
- Si la demanda es planteada en contra de varias compañías y varias personas naturales, al actor le corresponderá proponer la demanda en el domicilio principal de la compañía.
- Se otorga la potestad de solicitar dentro de la demanda medidas cautelares, tales como prohibición de enajenar o gravar los bienes y derechos siempre y cuando se relacionen con la petición principal, así también, se puede solicitar la detención de cualquier juicio de liquidación o de alguna disposición de cancelación de inscripción en el Registro Mercantil de cualquiera de las compañías contra las cuales se ha entablado la Litis; dichas medidas serán ordenadas antes de la citación con la demanda.

Las medidas cautelares deberán ser inscritas en los correspondientes Registros.

- Se podrá solicitar al Juez, a petición de parte, que la Superintendencia de Compañías y Valores ordene que se verifique que se hayan inscrito debidamente las medidas cautelares referente a las acciones en los Libros de Acciones y Accionistas.

También se podrán requerir al juez disponga que la Superintendencia de Compañías y Valores ordene inspecciones de las compañías demandadas para que sean revisados los libros sociales y contables, los resultados de estas inspecciones no serán de carácter confidencial.

La prescripción de la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica será de seis años, los cuales se contarán desde que se dio el hecho o cuando se perpetró el último de ellos, si fueran varios.

La Ley ecuatoriana reconoce a la inoponibilidad como un remedio a circunstancias donde se ocasionan perjuicios por el abuso de la personalidad jurídica para llegar a los responsables de forma individualizada, y la aplicación de la misma debe ser en casos determinados.

El procedimiento a seguir es el ordinario, que se encuentra contenido en el Código Orgánico General de Procesos, Capítulo I, Procedimiento Ordinario, sección I, Reglas Generales; con lo cual queda claro que el develamiento del velo societario ahora es una acción que conlleva una pretensión concreta y dejó de ser un recurso extraordinario.

El COGEP al tratar del procedimiento ordinario determina la forma en que se ha de llevar adelante este proceso, como inicia, las actuaciones que deben realizar las partes, los recursos, como se debe calificar y evaluar la prueba y como finalizan con la sentencia que debe pronunciarse de forma oral.

El proceso inicia con la presentación de la demanda, la misma que debe contener todos y cada uno de los requisitos establecidos en el Art. 142 del COGEP, una vez presentada la demanda, le corresponde al juzgador calificarla; si cumple con los requisitos y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas, si la demanda no cumple con los requisitos, dispondrá que el actor la complete o aclare en el término de tres días, si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos adjuntados a ella, sin necesidad de dejar copias.

Una vez admitida la demanda, la o el juzgador ordenará se cite al o a los demandados con el contenido de la misma, posteriormente la o el demandado tendrá treinta días para presentar su contestación, término que se contará desde que se practicó la última citación.

La contestación deberá reunir los mismos requisitos de la demanda y el demandado deberá pronunciarse sobre cada una de las pretensiones del actor, deducir excepciones por las cuales pretende que el juez niegue las pretensiones de su contraparte (es decir los medios de defensa que la parte demandada plantea), entre estas se encuentran las excepciones previas que son argumentos de defensa que pretenden que el proceso se archive sin tener que esperar a que se dicte una sentencia, Las excepciones previas como: incompetencia del juez, incapacidad, falta de legitimación en la causa, error en la forma de proponer la demanda, indebido procedimiento, prescripción, entre otras, además de las nulidades procesales, deben ser analizadas por el juez con anterioridad a la celebración de la audiencia preliminar en la que deberá pronunciarse, de allí la importancia de acompañar las pruebas al momento de la presentación de la contestación, las mismas deberán ser pertinentes, conducentes y útiles.

Calificada la contestación se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de diez días, podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación.

Con la contestación o sin ella, en el término de tres días posteriores, la o el juzgador convocará a la audiencia preliminar la misma que se desarrollará de conformidad con lo que determinan los arts. 292 al 296 del COGEP y que en síntesis se centra en sanear el proceso, admitir prueba, resolver excepciones.

Una vez concluidas las intervenciones de los sujetos procesales en la Audiencia preliminar, el juzgador comunicará motivadamente, de manera verbal, a los presentes sus resoluciones y señalará la fecha de la audiencia de juicio, que se considerarán notificadas en el mismo acto.

La Audiencia de Juicio se realizará cumpliendo las reglas establecidas en los artículos 297 y 298 del COGEP, que se concentra en practicar las pruebas, alegar y en el pronunciamiento oral de la sentencia. Tal como está contemplado en el COGEP.

Cabe indicar que la sentencia en la que el juez acepte la demanda y ordene el levantamiento del velo societario de la personalidad jurídica no tiene como consecuencia la disolución y liquidación de la cooperativa puesto que este mecanismo, trata de reparar el perjuicio causado por el uso fraudulento y deshonesto de la personalidad jurídica y no se afecta los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

A continuación procederé a realizar un estudio más detallado de los principales elementos que se debe considerar en el procedimiento ordinario de develamiento del velo societario.

3.1.1 Presupuestos procesales

Son requisitos exigidos por la ley para que pueda ser válido un proceso.

Dentro de estos presupuestos, en primer lugar tenemos la **jurisdicción y competencia**.

Jurisdicción es la facultad de Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la medida de esa jurisdicción en razón del territorio, los grados se denomina **competencia**.

La demanda de levantamiento de velo societario, se deberá interponer ante los jueces civiles donde la cooperativa tenga su domicilio principal que es el que consta en su estatuto social (Art. 401 del Código Orgánico Monetario y Financiera (COMF) y donde está centralizada su gestión administrativa, operativa y financiera.

La **capacidad de las partes** es otro presupuesto procesal.

Para ser parte de un proceso de develamiento del velo societario tanto la parte actora, como la demandada intervinientes en el juicio deben ser capaces y estar facultados para comparecer en juicio; es decir ser sujeto de derechos y de obligaciones para poder a su vez reclamarlos en un pleito judicial, o defenderse de la reclamación de otra persona y también debe tener la capacidad de obrar procesal para poder tomar decisiones en el proceso y asumir la

responsabilidad derivada de estas decisiones. En el caso de las personas jurídicas se la ejerce a través del representante legal y se prueba con el nombramiento inscrito en el registro correspondiente. Las personas naturales son capaces cuando pueden ejercer sus derechos y obligaciones, su consentimiento no está viciado, conforme lo analizaremos más adelante.

En el caso del develamiento del velo societario, la parte demandada puede ser la Cooperativa de Ahorro y Crédito en donde se cometió el fraude, el abuso de la personería jurídica y como consecuencia la existencia de un perjuicio; pero eventualmente y dado que el COMF (Art. 164), les permite a las Cooperativas de Ahorro y Crédito mantener afiliadas o subsidiarias e incluso invertir en compañías e instituciones de la economía popular y solidaria y que los miembros del Consejo de Administración son considerados Administradores (Art. 440), estos últimos también deben ser demandados en caso de que hayan participado en los actos que configuran el abuso de la personalidad jurídica o actos fraudulentos constituyéndose en este caso una Litis consorcio pasivo obligatorio o necesario, es decir que no se puede resolver si no se han presentado todos los involucrados y cuya sentencia afecta a todos.

No obstante, es pertinente realizar una observación que ofrece una perspectiva diferente. En este sentido también podría considerarse que se podría demandar solamente a la Cooperativa y no a sus miembros o administrativos, teniendo en cuenta que el proceso de develamiento del velo societario se dirige contra el ámbito de protección que confiere la personalidad jurídica a estas instituciones, y no para determinar responsabilidades. Adicionalmente, considerando ello, entonces se estaría en presencia de una litis consorcio cuasi necesaria, pues no sería necesario que se demanden a otros sujetos que la persona jurídica cooperativa, pero considerar que ciertamente los efectos de la resolución que se dictare y en la que no solo se develaría el velo societario, sino en la que también se determinarían responsabilidades, tendría efectos hacia terceros, como son el caso de los administradores.

La parte actora o demandante puede ser el Estado ecuatoriano a través del Procurador General del Estado y/o el Superintendente de Economía Popular y Solidaria; uno o varios socios, y/o un acreedor perjudicado con el que la cooperativa ha realizado actos jurídicos contractuales de legitimidad dudosa o por medio de la extralimitación en el ejercicio de los derechos derivados de su personalidad jurídica. En este caso hablamos de un Litis consorcio activo cuasi - necesario en el que los involucrados pueden o no comparecer al juicio; puede comparecer al menos uno de ellos y esto no viciaría de validez al proceso, favoreciendo la sentencia a todos.

3.1.2 Solemnidades sustanciales

Conforme lo manifestado en el Art. 107 del COGEP son solemnidades sustanciales:

1. Jurisdicción.
2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila.
3. Legitimidad de personería.
4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente.
5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias.
6. Notificación a las partes con la sentencia
7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe

Por su naturaleza y por tratarse de la aplicación al develamiento del velo societario en el campo de las cooperativas se deben cumplir con solemnidades esenciales, establecidas en la ley, de modo que su omisión produce nulidad, como es el caso de la jurisdicción y competencia del juzgador que ya fue analizada.

La legitimidad de los sujetos procesales, es decir las personas que intervienen en el juicio actor y demandado deben ser capaces de representarse legalmente. En caso de las personas jurídicas deben comparecer a través de su representante legal o quien haga sus veces, con sus nombramiento vigente e inscrito en el registro correspondiente.

Las personas naturales como son los socios, deberán comparecer por sus propios y personales derechos y comprobar su calidad de socios con un certificado otorgado por la cooperativa o por la libreta de certificados de aportación.

La citación, es el acto por el cual se hace conocer al demandado el contenido de la demanda; para que surta efectos debe cumplir con los requisitos establecidos en la ley; de lo contrario el proceso puede ser declarado nulo, pues se habrá impedido el ejercicio del derecho de contradicción.

La citación para el caso analizado se puede efectuar:

- **En persona**, que consiste en la entrega de la demanda de manera directa al demandado. En este caso como el demandado es una persona jurídica (COAC), para que surta efecto esta forma de citación, la demanda debe ser entregada directamente al representante legal de la cooperativa, en el domicilio de la matriz. De conformidad a lo establecido en el artículo 54 COGEP.
- **Por boletas**, cuando no sea posible citar personalmente al demandado. En este caso, se lo hará por tres boletas que serán entregadas por el citador en tres días distintos o fijadas en el domicilio o residencia del demandado. En nuestro caso por ser persona jurídica, se la realizará en la matriz o en cualquiera de las agencias en días y horas hábiles, y podrá ser entregada a uno de los dependientes o empleados. Como lo establece el artículo 55 COGEP.

Cabe indicar que las publicaciones por prensa o radiodifusión en el caso del develamiento del velo societario, no procede dado que la persona jurídica existe y tiene fijado un domicilio principal, incluso en el caso de que la cooperativa este intervenida o en liquidación la citación debe realizarse en el domicilio de la cooperativa en la persona del interventor o liquidador.

La citación legalmente realizada produce los siguientes efectos:

- a. Requiere al demandado a comparecer ante el juzgador para deducir sus argumentos de defensa.

b. Interrumpe la prescripción.

Es necesario destacar, que para que se declare la nulidad por falta de citación con la demanda, es necesario que esta omisión haya impedido que la o el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y reclame por tal omisión.

Otra solemnidad sustancial es la convocatoria de las partes a la audiencia, pilar en el proceso pues se pone en conocimiento de las partes procesales su realización y su falta de notificación previa a la audiencia es motivo para la nulidad de lo actuado dentro del juicio.

La legitimidad de personería es una solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias. La investigadora Cascante (2000) refiere que la carencia de legitimación para personas en cualquier proceso, puede derivarse de la ausencia de las formalidades y exigencias legales, lo que resulta en la incapacidad jurídica para participar en el proceso; y también por ausencia de las facultades necesarias para erigirse como parte procesal pertinente.

El Código Civil en el art. 60 determina que la capacidad de las personas naturales que consiste en ser sujeto de derechos se origina con el nacimiento que fija su existencia legal. En el caso de las personas jurídicas, el reconocimiento de su personería jurídica se origina con el correspondiente registro en la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria conforme lo determina el Art. 445 del COMF, y a partir de dicho momento, la institución está legitimada para ejercitar derechos y adquirir obligaciones.

Finalmente la **notificación de la sentencia a las partes** constituye una solemnidad sustancial, pues una vez finalizada la audiencia de juicio, el juzgador dicta su fallo en forma oral, y a partir de entonces, la parte que se sienta afectada o inconforme con la decisión pronunciada, puede apelar de manera oral en la misma audiencia (Art. 256 COGEP) y posteriormente se notifica de forma escrita la resolución judicial debidamente motivada, a fin de que las partes puedan conocer las consideraciones del juzgador, y en base a ello, fundamentar su apelación.

3.1.3. Legitimación activa o pasiva

Legitimación tiene que ver con facultad legal para actuar o accionar y puede ser activa y pasiva. La legitimación activa se da en el proceso judicial. En el caso del develamiento del velo societario es el actor quien solicita que se habrá y se transparente la información de a cooperativa y de sus administradores que han abusado de la personalidad jurídica en perjuicio de esos terceros. Están legitimados quienes sean perjudicados por la actuación de la institución, es decir debe haberse causado daño como presupuesto esencial (Nieva, 2012, p. 126). Esta acción busca el resarcimiento del daño que haya producido la institución, por lo tanto se demanda el cumplimiento de las obligaciones, para ello es necesario contar con la legitimación que la ley otorga como cualidad para ejercer la acción.

El legitimado pasivo es decir el demandado es la cooperativa de ahorro y crédito.

3.1.4. Diligencias preparatorias

Se debe trabajar mucho en la argumentación del caso al juez sobre la finalidad que se pretende con el pedido de diligencia preparatoria previo al develamiento del velo societario, ya que de esto dependerá la decisión del juzgador aceptando o negando este pedido, puesto que el objetivo de las diligencias preparatorias conforme lo establece el artículo 120 del COGEP tiene como finalidad:

1. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso
2. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse.

El artículo 122 del COGEP contiene un detalle de los diferentes actos que pueden ser solicitados en calidad de diligencias preparatorias.

Se pueden dividir las diligencias preparatorias proporcionadas por el COGEP en los siguientes grupos: (1) exhibición; (2) reconocimiento de documentos; (3) nombramiento de tutor o curador; (4) apertura de cajas o casilleros; (6) inspección; y, (7) declaraciones urgentes

de personas que por su avanzada edad o enfermedad grave pudieran fallecer o de quienes estén por ausentarse del país.

La exhibición puede versar sobre: Libros de comercio y otros documentos que tengan que ver con la cooperativa de Ahorro y Crédito; documentos que sean necesarios para efectuar rendición de cuentas, pues son susceptibles de ser alterados o escondidos con el fin de cubrir actos ilegales cometidos por los administradores.

El Código de Comercio establece que por lo general los libros de contabilidad gozan de reserva, pero “sólo podrá decretarse la exhibición de los libros y documentos de los comerciantes, a instancia de parte o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición”. La exhibición se la realizara en las oficinas de la matriz de la cooperativa en presencia del delegado de la institución que regularmente es el contador, el juez y la parte actora.

Para graduar su fuerza probatoria determina ciertas reglas como: Los libros de los comerciantes probarán contra ellos, sin admitirles prueba en contrario; los asientos de los libros en regla harán fe contra los defectuosos, Si uno de los comerciantes no presentare sus libros, o manifestare no tenerlos, harán fe contra él, los de su adversario, llevados con todas las formalidades legales, Si los libros de los comerciantes tuvieren todos los requisitos legales y fueren contradictorios, el juez o tribunal juzgará por las demás probanzas, calificándolas según las reglas generales del derecho.

El reconocimiento se hará en el escritorio del comerciante a su presencia o a la de la persona que comisione, y se contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión que se ventile, siendo estos los únicos que podrán comprobarse.

El reconocimiento de documentos versará sobre la firma y rúbrica de quien sea su autor; en caso de tratarse de una persona jurídica, la diligencia se realizará con el respectivo representante legal; para determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes

en un futuro proceso; la inspección preparatoria, para lo cual debe verificarse que la cosa objeto de la diligencia pueda no estar a disposición del interesado para el juicio principal.

Es un pedido realizado ante el juez para que se practique una determinada diligencia, con el propósito de usar lo actuado en la misma en un futuro juicio. Se realiza por escrito ante el respectivo juez (solo procede bajo pedido de parte interesada, no puede darse de oficio), según lo establecido en el artículo 121 del COGEP.

Entonces el juez deberá analizar si la petición reúne los requisitos de forma y de fondo, por lo que hay dos caminos:

Si se aprueba el pedido, el juez dispondrá la citación a la persona contra la que se pidió la diligencia y además señalará fecha, día y hora para que se lleve a efecto la misma. En este caso, la persona contra la cual se ha deducido este pedido puede, acorde con el COGEP (1) oponerse a la diligencia; o, (2) solicitar que la misma se modifique o amplíe. El juez deberá decidir si da paso a lo que argumente la persona contra la cual se pidió la práctica de la diligencia.

En cambio, si el juez niega el pedido de la diligencia preparatoria, el peticionario puede plantear apelación con efecto suspensivo, lo cual tiene toda lógica, ya que se entiende que hasta ese punto aún no se ha practicado ningún acto dentro del procedimiento. Una vez planteada la apelación, los jueces de la sala tienen asimismo la potestad de aceptar la petición (lo cual implica la revocatoria de la orden del juez ad-quo), o ratificar la decisión del juez de instancia. En caso de que en apelación se acepte el pedido de las diligencias preparatorias, se entiende que los jueces de sala deben disponer que sea el juez de primer grado quien practique la diligencia para lo cual se tiene que cumplir con el acto citatorio correspondiente.

Una vez practicada la diligencia, el trámite de la misma termina. Todo lo actuado servirá para plantear la futura demanda sobre las pretensiones definitivas del demandante. De acuerdo al primer párrafo del artículo 123 del COGEP, el juez que conoció y sustanció la diligencia

preparatoria será el competente para conocer el proceso que versará sobre lo principal. Por otra parte, no se señala en el COGEP que debe existir un tiempo máximo entre la práctica de la diligencia y la interposición de la demanda principal, por lo que más allá de las reglas generales de la prescripción y de la caducidad, las diligencias preparatorias no tienen fecha de expiración.

En el proceso de develamiento del velo societario se pueden también solicitar determinadas diligencias preventivas con la finalidad de garantizar los resultados del proceso en sí, pudiéndose exigir que se adopten medidas tales como el secuestro, la retención de la cosa, prohibición de enajenar bienes muebles e inmuebles, y el arraigo, todo ello conforma a los establecidos en los artículo 124 al 133 del COGEP.

Teniendo en consideración lo establecido en el artículo 17 A de la Ley de Compañías, en torno a la posibilidad que tienen las partes de presentar en la demanda diligencias preventivas en los procesos de develamiento del velo societario o inoponibilidad de las personalidad jurídica, sería realmente prudente realizar una analogía y en este sentido extender el efecto de dicha disposición a los procesos que tengan la misma finalidad y se realicen contra la Cooperativas de Ahorro y Crédito. De esta forma el juez podría ordenar a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria todas las medidas que se encuentran establecidas en el referido precepto.

Con estas diligencias se lograría evitar que se altere el patrimonio con el que se debe responder por el abuso de la persona jurídica, fraude y perjuicio, una vez que sea admitido el develamiento del velo de la institución; o se realice cualquier otra acción que impida la pretensión del demandante.

Una vez presentada la demanda el juzgador, en el término máximo de cinco días, examinará si cumple los requisitos legales generales y especiales que sean aplicables al caso. Si los cumple, calificará, tramitará, y en el caso de no cumplir con los requisitos previstos por la ley mandará

a que se complete o aclare en el término de tres días, si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos.

Unido a ello es imprescindible que con la demanda se anuncien los medios de prueba, principalmente documentales (contratos, comprobantes contables), relacionados con el fraude, el abuso de la personalidad jurídica y el perjuicio, de forma tal que mínimamente se sustente el ejercicio de la acción y de la pretensión.

3.2. Actos de proposición

3.2.1. Demanda

El levantamiento del velo societario en las Cooperativas de Ahorro y Crédito, se aplica cuando existen evidencias de que la institución ha realizado acciones que podrían calificarse como fraude, abuso de su personalidad y como consecuencia, provocado perjuicio. En el COGEP, se establece que dentro de las disposiciones comunes a todos los procesos en el artículo 141 habla sobre el inicio del proceso, estableciendo que “Todo proceso comienza con la presentación de la demanda” especificando su contenido y requisitos generales en el artículo 142.

En nuestro derecho positivo, el artículo 17 de la Ley de Compañías, determinan que los responsables por los fraudes, abusos a nombre de las personas jurídicas, serán responsables de forma personal y solidaria, aquellos que de alguna forma ordenaren o realizaren dichas acciones, los que se beneficiaran de las mismas y los que poseyeran los bienes que posteriormente fueran objeto de restitución.

La demanda de develamiento del velo societario, deberá contener los requisitos establecidos en el artículo 142 del COGEP, al respecto debemos mencionar que:

1. El juzgador ante quien se la propone la demanda es el juez civil del domicilio de la Cooperativa de Ahorro y Crédito de quien se pretende el develamiento.

2. Los nombres y apellidos completos, número de cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección domiciliaria y electrónica de la o del actor, casillero judicial o electrónico de su defensora o defensor público o privado. Cuando se actúa en calidad de procuradora o procurador o representante legal se hará constar también los datos de la o del representado.
3. El lugar en que debe citarse al demandado por tratarse de la cooperativa de ahorro y Crédito, es el lugar donde tiene su domicilio principal la matriz.
5. La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados. En este sentido, se deberían plantear de forma concreta los hechos que evidencian el fraude, el abuso de la personalidad jurídica y el perjuicio ocasionado, mediante una narración fáctica coherente y sustentada en los elementos de prueba que se anuncien.
6. Los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción, expuestos con claridad y precisión. En este sentido los fundamentos jurídicos sobre los que se sustentaría la acción, sería en primer lugar lo establecido en la Constitución del Ecuador del año 2008, en lo relacionado con el derecho de petición que tiene todos los ciudadanos y por medio del cual deben recibir respuestas motivadas, lo que encuentra sustento en el artículo 66 numeral 23. También lo establecido para el procedimiento ordinario en el COGEP, que establecerían los elementos fundamentales y requisitos esenciales de los escritos y la tramitación y que se encuentran regulados a partir del artículo 289 de la citada norma. Unido a ello también podrían establecerse como fundamentos jurídicos, lo establecido en la Ley de Compañías en torno al develamiento del velo societario, que por analogía se aplicaría a la Cooperativas de Ahorro y Crédito.
7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y

la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.

8. La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso.

En la demanda se especificará, la pretensión que tenga el demandante. La existencia del abuso de la personalidad jurídica, cuales son las razones, que se considera que sea así, por qué se aplica, pues se rompe el hermetismo de la persona jurídica y se hace responsable a los directivos y representante legal.

3.2.2. Contestación

El artículo 151 del COGEP, establece la forma y contenido de la contestación, y es la manifestación, que hace el demandado respecto de las afirmaciones contenidas en el escrito de demanda y con ella se fija la posición del accionado; esto es, se fijan los términos de la controversia ya sea que se acepten los hechos y las pretensiones, se oponga, proponga excepciones o una demanda de reconvención. (Medina, 2010, pág. 203).

En general, se entiende por contestación a la demanda, el acto que realiza el demandado por el que reconoce o niega los hechos de la demanda, conforme disponen los artículos 151 y 152 del (COGEP), pues se da contestación a la demanda y se presenta una conducta frente a las pretensiones propuestas por el demandante y se da respuesta a los hechos que la sustentan, pero aclarando que la contestación no es un acto de introducción como lo es la demanda que da comienzo al proceso, pero si adopta esa condición desde el punto de vista del tema u objeto de la decisión, por cuanto lo integra al fijarse o determinarse con él la conducta del demandado frente a la pretensión.

En la contestación de la demanda la Cooperativa a través de su representante legal, expondrá los motivos de hecho y de derecho que justifican el rechazo a la demanda, lo cual tiene importancia fundamental dentro del juicio porque sirve para delimitar el objeto de la *litis*, e ir

formando el criterio del juzgador, por lo que deberá pronunciarse sobre cada una de las pretensiones de la parte actora, la veracidad de los hechos alegados, la pertinencia y autenticidad de los medios de prueba, con la indicación de lo que se admite y se niega. Además deberá deducir las excepciones de las que se crea asistido contra las pretensiones de la parte actora con su fundamento fáctico.

Las excepciones previas que puede presentar el demandado en su escrito de contestación y no en otro momento, son las determinadas de forma taxativa en el Art. 153 del COGEP; el juez deberá resolverlas acorde a lo establecido por la Corte Nacional de Justicia, en su Resolución No. 12-17 de fecha 3 de mayo del 2017 en la audiencia preliminar en auto interlocutorio o en sentencia; así: en auto interlocutorio el juez acoge las excepciones previas subsanables como son la falta de legitimación en causa del actor o demandado. Las excepciones previas no subsanables como la incompetencia del juzgador, inadecuación del procedimiento, indebida acumulación de pretensiones, litispendencia, se resuelven mediante interlocutorio, mientras que la prescripción, caducidad de la acción, cosa juzgada, transacción y existencia de acuerdo arbitral, mediante sentencia, puesto que se resuelve un punto principal o sustancial del proceso. Adicionalmente conforme lo establecido en el Art. 295 del COGEP si se acepta una excepción previa no subsanable se declara sin lugar la demanda y se ordena el archivo. Si se acepta la excepción de defecto en la forma de proponer la demanda, el actor subsanará el defecto en seis días y el demandado tendrá 10 días para reemplazar su contestación y anunciar prueba. Si se acepta la excepción de falta de capacidad, falta de personería, incompleta conformación del Litisconsorcio, se concederá 10 días para subsanar el defecto. Si el asunto es de puro derecho, el juzgador escuchará a las partes y emitirá la resolución.

3.3. Desarrollo del procedimiento

3.3.1. Audiencia preliminar y audiencia de juicio

El procedimiento ordinario, se desarrolla en dos audiencias. Una audiencia preliminar y otra de juicio.

Una vez que el demandado haya contestado la demanda o se haya vencido el término legal para hacerlo, el juez convocará a la audiencia preliminar la que, según el propio COGEP, deberá realizarse en un término no menor a diez días, ni mayor a veinte días (Art. 292). En esta audiencia queda claramente determinado el objeto de la controversia, saneado el proceso y admitida la prueba, por lo que se le debe otorgar la misma importancia que a la de juicio.

La audiencia preliminar se realiza por momentos o etapas. Un primer momento de saneamiento y convalidación, evitando de esta manera que se dicten decisiones inhibitorias; un segundo momento de presentación del caso ante el juez en el cual se fijarán los puntos en conflicto; un tercer momento de conciliación (cabe tal acción porque se busca precisamente conciliar *los intereses y necesidades de los socios, acreedores y demás* partes del proceso). Y un momento final de anuncio y debate sobre los medios de prueba en base a los puntos previamente fijados como controvertidos.

Esta audiencia preliminar seguirá las reglas generales establecidas en los Arts. 79 a 87 del COGEP, puesto que son normas comunes para todo tipo de audiencias, reguladas en el referido cuerpo normativo. Estas reglas son:

- a) La dirección corresponde exclusivamente al juzgador competente, quien deberá garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes, tal como lo dispone el Art. 76 numeral 1 de la Constitución de la República. Debe identificarse y disponer al secretario que constate la presencia de partes notificadas, es decir, no solo de las partes procesales, sino también de aquellas personas que deban intervenir en la audiencia ya sea como testigos, peritos etc., según corresponda.
- b) Siempre que el Juez conceda la palabra a una de las partes procesales para que argumente, presente sus alegaciones, o actúen prueba, deberá permitir la contradicción de su contraparte

que le deberá ser clara y pertinente a la discusión. La norma general es que siempre iniciará concediendo la palabra a la parte actora, aunque en la audiencia preliminar es evidente que primero se le otorgue al demandado.

Sobre la admisibilidad de la prueba el Art. 159 del COGEP determina que para ser admitida la prueba debe reunir los requisitos de pertenencia, utilidad y conducencia, esto quiere decir que deben probarse los hechos alegados por las partes, referirse a las circunstancias o hechos controvertidos, cumplir con los principios de contradicción, buena fe y lealtad procesal.

La carga probatoria en el juicio de develamiento del velo societario por regla general pesa sobre los hombros de quien la invoca; mientras que los hechos que, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos deben ser probados por el demandado.

Las pruebas pertinentes en este caso deben encaminarse a comprobar que del estatuto de la Cooperativa o la ejecución de cualquier acto o contrato se haya perfeccionado con el objeto de: Vulnerar la ley, el orden público o la buena fe, ocultar la ejecución de fines extraños al objeto real de la cooperativa, evadir exigencias o prohibiciones legales, a través de la simulación o fraude, o por otros medios similares y que estos actos hayan ocasionado daños a terceros a través de la ejecución de los actos o de la actividad de institución.

Con los documentos tales como actas de Asambleas, Consejo de Administración o Vigilancia se pueden demostrar la aprobación de créditos vinculados, las decisiones tomadas por los administradores, representante legal, aprobación de balances, la dirección, gestión, control, o la influencia significativa de los administradores sobre el giro del negocio, actos y contratos que deben ser formalizados por escrito, conforme lo ordena el Código de Comercio y otras leyes que rigen la materia societaria, monetaria y financiera y que es necesaria para que el organismo de control (SEPS), ejerza sus funciones y atribuciones.

Otros documentos probatorios importantes constituyen los informes de auditoría interna y externa.

Las grabaciones de las sesiones de Asambleas y Consejos, obtenidas dentro del límite de la legitimidad, podrán probar las instrucciones no escritas que se dieron a los administradores; o el que éstos estuvieran enterados del motivo o finalidad de una operación. Igual ocurriría con videos; pero es difícil, mas no imposible, que este tipo de registro de voces e imágenes sea utilizado como medio de prueba, pues es de difícil acceso.

El COGEP, al establecer los principios o reglas que debe seguir la producción de las pruebas en el juicio, indica que se podrá utilizar cualquier tipo de medio probatorio que no violente el principio del debido proceso, es decir, que no haya sido obtenido ilícita o ilegalmente, como son las pruebas atinentes a este tipo de procesos, del levantamiento del velo societario, ya antes señaladas.

El sistema probatorio comprende la prueba testimonial: declaración de parte, y declaración de testigos; prueba documental: públicos y privados, prueba pericial e inspección judicial.

El COGEP mantiene la facultad de los jueces, relativa a las pruebas y su admisibilidad, de rechazar uno u otro medio probatorio cuando considere que falta a los principios de pertinencia, utilidad, conducencia, eficacia e inclusive a la lealtad procesal y la veracidad y no solo al debido proceso.

c) Durante la audiencia, el juzgador puede autorizar que las partes intervengan personalmente.

En ese caso, el abogado defensor se debe limitar a controlar la eficiencia de la defensa técnica. (Art. 79 inc. 4 COGEP). Es decir que el propio actor o el propio demandado, pueden exponer sus puntos de vista directamente ante el juez. Será deber de los abogados incluso como estrategia, saber en qué casos serían conveniente que intervenga o el cliente y en qué otros sería perjudicial para su teoría del caso.

d) El idioma oficial de la audiencia es el castellano por lo cual, quien no comprenda podrá solicitar, con anticipación al desarrollo de la audiencia, la asistencia de un traductor. Esta es la aplicación del Art. 76 numeral 7, literal f) de la CRE. Similar regla deberá seguirse con

respecto a las personas que no escuchan o no puedan darse a entender oralmente quienes, a pesar de contar con un intérprete de su confianza, podrán ser asistidas por un intérprete y asimismo, se podrán usar todos los mecanismos, medios y formas alternativas de comunicación visual, auditiva, sensorial y otras que permitan su inclusión.

e) Las resoluciones que adopte el juzgador deberá ser motivada y dictadas en la misma audiencia, incluso aquellas peticiones o recursos interpuestos antes de la fecha de la audiencia. Las personas serán notificadas con el solo pronunciamiento oral de la decisión. La regla general es que si la providencia que dicta el juez es verbal, la interposición de recursos será, así mismo, de forma verbal.

De ahí que, cuando el COGEP en el artículo 79 inc. 8 señala que para la interposición de recursos, los términos se contarán a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito, debe entenderse que se trata de aquellas providencias dictadas de forma escrita (vgr. auto de calificación de demanda). Ejemplo de aquello, el último inciso del art. 266 del COGEP que dispone que el recurso de casación se interpondrá, de manera escrita, en el término de diez días posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia motivada, o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

f) La audiencia se podrá suspender principalmente por dos motivos: 1) cuando concurren razones de absoluta necesidad, en cuyo caso se lo hará por el tiempo mínimo necesario que no podrá ser mayor a dos días; y 2) por caso fortuito o fuerza mayor, por un término que no podrá exceder a diez días. Si no se reanuda en los tiempos fijados por el juez de la audiencia quedará insubsistente (Art.82, último inciso) sin embargo, el COGEP recoge otros casos excepcionales en que la audiencia puede suspenderse, como por ejemplo, cuando el juez ordene pruebas de oficio para el esclarecimiento de los hechos (Art.168), cuando el juzgador acepta una excepción previa subsanable (Art. 295) o, cuando un declarante no asiste, siendo

una prueba trascendental (Art.177.2 COGEP) o, para que el juez forme su convicción, antes de resolver las excepciones o los asuntos de fondo (Arts.93 y 295 último inciso COGEP).

g) Las audiencias serán grabadas solamente por el sistema implementado por la autoridad competente, quedando prohibido fotografiar, filmar o transmitir la audiencia por cualquier medio de comunicación. El contenido de dicha grabación oficial podrá ser objetado máximo hasta dentro de veinticuatro horas después de realizada la audiencia. (Art. 83 COGEP). h) Las audiencias, de forma general, serán públicas, de ahí que los asistentes a la audiencia deberán mantener un comportamiento respetuoso y silencioso, no intimidatorio ni provocativo. Respetuoso con el juez, la parte contraria y el resto de público asistente. Silencioso mientras se desarrolla la audiencia, a fin de no interrumpir la concentración de los intervinientes. No intimidatorio con testigos y peritos, ni provocativo con la contraparte (Art. 170 inc. 2do). Una forma de demostrar respeto y no provocación, es no hacer gestos o señales de aprobación o desaprobación de lo actuado o expuesto por la parte contraria. i) Las partes deberán comparecer personalmente a las audiencias, excepto: 1) Si concurre su procurador judicial con cláusula especial para transigir, aquí existe una excepción que consta en el inciso tercero del Art. 41 que determina “aun cuando haya procuradora o procurador en el proceso, se obligará a la o al mandante a comparecer, siempre que tenga que practicar personalmente alguna diligencia, como absolver posiciones, reconocer documentos u otros actos semejantes” ; 2) Si concurre el procurador común o delegado, con la acreditación correspondiente en caso de instituciones públicas y 3) cuando, a petición de parte, el juzgador haya autorizado la comparecencia a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología (la petición debe realizarse con suficiente antelación). j) Cuando se declara la inasistencia a audiencia, los efectos son: 1) si no comparece la parte actora, se entenderá como abandono y no podrá interponerse nueva demanda (Art. 249 del COGEP) y; 2) si no comparece la parte demandada, se continuará con la audiencia, perdiendo la oportunidad de

hacer valer sus derechos oportunamente. Si se retrasase admitirá su participación desde que llega a la audiencia (Código General de Procesos, 2005).

En el caso de conformarse una *litis* consorcio activa, y en el momento de la celebración de la audiencia, no comparece alguno de los demandantes, surtirán los efectos establecidos en el numeral 1 del artículo 87, en el sentido de declararse el abandono de la demanda y por ende de su pretensión de develar el velo societario, continuando para los demás, el respectivo proceso iniciado. En este sentido es claro, que si bien el demandado que no asistió, se considera que abandonó el proceso, ciertamente si el fallo definitivo ordenara el develamiento del velo de la cooperativa, traería consigo efectos positivos que se extenderían al demandante no compareciente.

Establecidas así las reglas generales de las audiencias, es preciso detallar las etapas de la audiencia preliminar. Dicha audiencia contempla cuatro momentos plenamente definidos, el primero, de saneamiento y convalidación del proceso; el segundo, de presentación del caso al juez a través de la fundamentación verbal de la demanda, contestación de la demanda, reconvencción, contestación a la reconvencción a fin de fijar los puntos del debate; el tercero de conciliación y, el cuarto de anuncio y debate probatorio.

3.3.2. Pronunciamiento Oral en audiencia

El (COGEP), dispone que el juez tendrá que pronunciar su sentencia oral al término de la audiencia de juicio ante las partes procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 COGEP, al finalizar la audiencia, el juzgador pronunciará su decisión en forma oral; en el presente caso el juez declarará aceptada la demanda y ordenará el develamiento del velo societario. Para dictar sentencia en el caso del develamiento del velo societario una vez escuchada la intervención de las partes y analizada la prueba, el juez deberá verificar que se haya utilizado la personalidad jurídica de la cooperativa como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento como es el

caso de otorgamiento de operaciones de crédito vinculadas con los administradores, representante legal o personal que con condiciones preferentes o sin la debida garantía, conforme lo establece el Art. 215 COFM y c) carencias de justificación económica y jurídica de operaciones del giro del negocio con las que se haya perjudicado intereses públicos o privados, es decir que se haya producido un perjuicio en contra de un tercero (socios, acreedores o proveedores).

Excepcionalmente cuando la dificultad del caso lo amerite, se podrá suspender la audiencia por el término hasta de 10 días, para emitir su decisión oral. Al ordenar la suspensión, el Juez determinará el día y la hora de reinstalación de la audiencia.

3.3.3. La sentencia motivada

La resolución escrita motivada se notificará, en el término de hasta diez días posteriores al pronunciamiento oral.

La motivación de la sentencia, constituye la parte medular donde el juzgador da las explicaciones que justifiquen el fallo, como es el producto de la construcción de la premisa menor y mayor del silogismo judicial y de la actividad de subsumir los hechos concretos en el supuesto abstracto de la norma, actividades intelectuales éstas que deben constar en el cuerpo de la decisión.

La sentencia del develamiento del velo societario debe estar motivada y ello se realiza a través de las argumentaciones de hecho y de derecho que explican las razones que tuvo el juzgador para acoger o no la pretensión.

La Corte Constitucional del Ecuador en varios de sus fallos se ha pronunciado en torno a la motivación de los fallos. De esta forma, este órgano ha expuesto que:

La motivación implica la explicación ordenada de las razones que llevan a la autoridad - en este caso, la autoridad judicial-, para adoptar determinada decisión. La motivación es la mayor garantía de la juridicidad de la actuación pública en un Estado Constitucional de Derechos como el ecuatoriano. (Corte Constitucional, 2014, p. 6)

Esta consideración de la Corte Constitucional es clara en señalar la relevancia que posee la motivación de la legitimidad y legalidad de la actuación de los órganos jurisdiccionales manifestadas en los fallos que en su momento adopte cada juzgador. La propia Corte Constitucional ha expuesto que para que una decisión judicial pueda ser considerada como motivada debe respetar tres aspectos esenciales, la razonabilidad, que se sustenta en la obediencia de los principios constitucionales; que la decisión sea lógica, lo que supone que debe existir coherencia y armonía entre las premisas planteadas y la decisión final; y tercero que sea comprensible, o sea, que el fallo sea claro en el lenguaje de forma tal que pueda ser de fácil entendimiento. (Corte Constitucional, 2013)

Teniendo en cuenta estos dos referentes, es claro que el fallo en el que se determine el levantamiento del velo societario, deberá ser motivado, porque deberá sustentarse en la claridad y transparencia que deben informar al sistema financiero y solidario bancario del Ecuador. De esta forma, el fallo dictado no carecería de validez por ausencia de motivación, al establecerse los principios esenciales de legalidad, respeto, legitimidad, transparencia que están presentes en la Constitución, igualmente deberá estar acorde con las exigencias de las partes activas y de la realidad que impone la necesidad conocer efectivamente el fraude de ley, el exceso en el ejercicio de la personalidad y por ende el fraude, y todo ello, debe ser expuesto de forma clara y concisa.

3.4. Régimen de recursos

Parar Medina los recursos significan un recorrer, correr de nuevo el camino ya hecho. Jurídicamente la palabra denota tanto el recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia, como el medio de impugnación por virtud del cual se recurre el proceso. De tal modo, que los recursos se refieren generalmente a los medios de impugnación de las resoluciones judiciales (Medina, 2010).

Respecto al proceso de develamiento del velo societario para las cooperativas de ahorro y crédito, de conformidad con las reglas generales de los recursos en concordancia con el Art 296 numeral 2 del COGEP, de las decisiones que tome el juzgador en la audiencia preliminar caben recursos de apelación y de hecho.

Para analizar jurídicamente los recursos, es menester diferenciar, entre acción y recurso; así, acción, es un derecho público subjetivo que requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica; mientras que, recursos, son los medios que la ley concede a los sujetos procesales, que en el COGEP son: actor, demandado, terceros, esto es las partes intervinientes y cuando los procesos tengan relación con los intereses patrimoniales del Estado, también está legitimado para impugnar las providencias judiciales, el Procurador General del Estado o su delegado, conforme dispone el artículo 250 inciso primero del (COGEP).

1. Efecto suspensivo Art. 264 y 288 inc. 1 y 2 COGEP.
2. El auto que rechace las excepciones previas es apelable con efecto diferido Art, 296 inc. 1 COGEP

El auto que acoge las excepciones previas o pone fin al proceso, es apelable con efecto suspensivo. Art.296 inc. 2 COGEP.

El COGEP en principio establece en su artículo 251 siete clases de recursos, el de aclaración, de reforma, de ampliación, revocatoria, apelación, casación y de hecho. Los recursos de aclaración, ampliación, revocatoria y reforma se presentan en la misma audiencia en la que se dicta la sentencia o con posterioridad si se notifica fuera de esta. El recurso de aclaración se interpone cuando la sentencia puede ser catalogada de oscura; mientras que la ampliación se interpone cuando no se haya pronunciado en la sentencia algún punto controvertido o se haya omitido las cuestiones referentes a los frutos, intereses o costas.

Por su parte, la revocatoria está dirigido contra cualquier auto de sustanciación del que se pretenda se deje sin efectos y en su lugar se dicte otro; mientras que el recurso de reforma se interpone para que el juez que pronunció la providencia lo enmiende.

En el caso de los recursos de apelación, se manifiestan sin efecto suspensivo, con efecto suspensivo y con efectos diferidos. Se produce la apelación sin efectos suspensivos cuando se cumpla con lo dispuesto en la sentencia y se remiten los documentos para el conocimiento de la impugnación; con efectos suspensivos se manifiesta cuando no se continúa con la sustanciación del proceso hasta que un nuevo juez ratifique o no la decisión impugnada; mientras que el efecto diferido se da cuando la causa continúa tramitándose hasta que exista algún tipo de apelación (art. 261).

Es importante referir que en el caso del recurso de apelación sin efectos suspensivos se da cuando la propia norma así lo establece; los efectos suspensivos cuando se trate de sentencias y autos interlocutorios que pongan fin al proceso; mientras que el efecto diferido se da solo cuando la ley así lo establece contra resolución dictada dentro de la audiencia preliminar en la que se deniegue alguna excepción previa o la práctica de determinada prueba (art. 262).

Finalmente, el recurso de casación permite someter al conocimiento y criterio de los jueces de la Corte Nacional de Justicia autos y sentencias que ponen fin al proceso de conocimiento (ordinario) de develamiento del velo societario. Es importante considerar que el recurso de casación no posee efectos suspensivos según lo dispone el artículo 274 del COGEP. Este tipo de recursos se puede interponer por la existencia de errores *in procedendo* que son aquellas corrupciones que haya sufrido el proceso por el incumplimiento de cualquier norma jurídica procesal, generalmente se relaciona con la vulneración de las formas; mientras que los errores *in iudicando* que son las dificultades ocurridas en el juicio y se refieren a los vicios de fondo.

Estas cuestiones han sido tratadas por la Corte Constitucional refiriendo que las causales por las que se puede impugnar un fallo se corresponden con los “(...) vicios “*in procedendo*” y

que puedan afectar la validez de la causa, mientras que en segundo lugar los vicios “*in iudicando*” que se constituyen en errores de juzgamiento” (Corte Constitucional, 2016, pág. 9).

Para el caso del develamiento del velo societario la casación procederá en los casos determinados en el Art. 268 del COGEP; se puede interponer hasta diez días después de la ejecutoria de la sentencia a recurrirse, lo podrá presentar quien haya sufrido agravio, se propone ante el tribunal que dictó la sentencia por escrito, la Corte revisa la viabilidad del recurso y remite el proceso a la Corte Nacional de Justicia y se concede en efecto no suspensivo.

3.5. El Develamiento del velo societario en las Cooperativas de Ahorro y Crédito, análisis comparativo entre sentencias del Ecuador, Colombia y Perú.

3.5.1. Sentencias de Colombia

Ya hemos mencionado anteriormente que la figura del levamiento del velo societario es un remedio de carácter novedoso en muchas de las legislaciones de nuestra Región. En Colombia esta figura societaria en la actualidad sigue considerándose novedosa, en este sentido, es conocida como el “levantamiento del velo corporativo”, “allanamiento de la personería jurídica”, “penetración de la personería jurídica” o “desestimación de la personería jurídica” entre otras. Esta afirmación nos conduce a hacer referencia de las diferentes sentencias o jurisprudencia más relevantes, las cuales se han planteado en esta materia:

Para el año 2004 la Corte Constitucional colombiana emite una Sentencia C-865 del 7 de septiembre. Rodrigo Escobar Gil que manifiesta lo siguiente:

Es oportuno puntualizar que a partir del nacimiento de la sociedad se origina una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, que por su misma esencia supone la asignación de un catálogo de atributos que le permiten distinguirse de otras formas asociativas y de las personas naturales que concurren a su formación. Por consiguiente, el patrimonio como atributo de la personalidad de la sociedad le permite a ésta actuar y desempeñarse en la vida jurídica con independencia de sus

socios, como gestora de una actividad económica autónoma y dueña de su propio destino.

Nótese cómo la existencia de una clara división patrimonial permite explicar la ‘teoría de limitación de riesgo’.

Contrario sensu, en las denominadas sociedades anónimas el legislador estimó prudente salvaguardar la limitación del riesgo como manifestación del patrimonio propio de accionistas y sociedad, en aras de dar preponderancia a otras finalidades constitucionalmente admisibles, tales como permitir la circulación de riqueza como medio económico del país.

Negar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad es desconocer la naturaleza jurídica autónoma de una persona moral, e implica privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para Velo corporativo y jurisprudencia fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la constitución económica.

La finalidad de este derecho constitucional se plasma, entonces, en la creación de entes jurídicos distintos de las personas naturales, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, en aras de lograr la satisfacción de un interés u objeto común no siempre ligado a la obtención de lucro. Desde esta perspectiva, el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces, para responder autónomamente por su devenir jurídico. (Colombia, Corte Constitucional, 2017).

De manera que los actos asociativos mediante los cuales los participantes constituyentes crean una persona jurídica diferente a ellos, individualmente considerados y con separación patrimonial encuentran pleno respaldo constitucional. De otra parte, y según la alta corporación, la Constitución Nacional sólo impone dos límites a este derecho de asociación con limitación de responsabilidad de los asociados: a) la prohibición de su uso abusivo y b) la protección de derechos ajenos.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-210 del 1 de marzo de 2000. MP Fabio Morón Díaz:

De esta manera, los actos asociativos mediante los cuales los participantes crean una persona jurídica diferente a ellos considerados individualmente encuentran pleno respaldo constitucional. Según la corporación, la Constitución Política solo impone dos límites a este derecho de asociación: (i) la prohibición de su uso abusivo y (ii) la protección de derechos ajenos.

Ahora bien, al ser el derecho de asociación del tipo constitucional fundamental o cartular, dado que se trata de un instrumento necesario para la circulación de la riqueza, nada impide que el legislador disponga que de las operaciones y deudas sociales responde exclusivamente la sociedad comercial de responsabilidad limitada o la anónima y no sus socios, tal como se consigna en los artículos 252, 363 y 373 del Código de Comercio. Por lo tanto, como principio igualmente fundamental, la ley deja en claro que no existe solidaridad entre estos tipos sociales y sus socios, salvo que el legislador, de manera expresa e inequívoca. (Colombia, Corte Constitucional, 2017)

Se resalta de la sentencia que una de las modalidades obligacionales con motivo de la pluralidad de sujetos intervinientes es la solidaridad, que es una cuestión que se plantea de manera exclusiva motivo de la coexistencia de una pluralidad de sujetos en una obligación, que no conduce inexorablemente a que los intervinientes (acreedor o deudor) pierdan individualidad jurídica. Dicho en otros términos: pluralidad de situaciones subjetivas y de prestación y causa, cualidades que son consustanciales a la solidaridad.

La solidaridad es por cuanto un modo de existir de las obligaciones con variedad de intervinientes puede responder a la calificación de activa, que es cuando la diversidad se manifiesta del lado de los acreedores (solidaridad o créditos solidarios); si por el contrario la solidaridad se exterioriza del lado de los deudores, es pasiva.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004. Rodrigo Escobar Gil

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta los argumentos hasta el momento expuestos, es oportuno puntualizar que a partir del nacimiento de la sociedad se origina una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, que por su misma esencia supone la asignación de un catálogo de atributos que le permiten distinguirse de otras formas asociativas y de las personas naturales que concurren a su formación.

Por consiguiente, el patrimonio como atributo de la personalidad de la sociedad, le permite a ésta actuar y desempeñarse en la vida jurídica con independencia de sus socios, como gestora de una actividad económica autónoma y dueña de su propio destino. Tan importante es la separación patrimonial entre socios y sociedad que el ordenamiento jurídico les otorga la denominada acción de impugnación a los administradores, revisores fiscales y socios ausentes, y disidentes. Nótese como la existencia de una clara división patrimonial permite explicar la ‘teoría de limitación de riesgo’ (Colombia, Corte Constitucional, 2017).

Conforme a lo señalado por la jurisprudencia anterior, se tiene que el derecho a la asociación, como factor de creación de riqueza, resulta fundamental para el desarrollo del país y, por tal virtud, encuentra una especial protección en la Constitución Política, entendiéndose que es uno de los pilares fundamentales que da lugar al crecimiento de la economía y la constante creación de puestos de trabajo. Por otra parte, la teoría de la limitación del riesgo también se encuentra acorde con la Carta Política, razón por la cual, para predicar una responsabilidad

entre la sociedad y los socios de responsabilidad limitada, por cuenta de las deudas y operaciones sociales, debe existir una consagración legislativa expresa e inequívoca. Tal responsabilidad queda manifiestamente contenida en la ley, por lo cual crea restricciones y corresponsabilidad por parte de los socios, no pudiéndose eximir así de las deudas y compromisos adquiridos.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004. Rodrigo Escobar Gil:

De acuerdo con la tendencia universal, es igualmente cierto que la consagración legal del levantamiento del velo corporativo debe ser excepcional:

Es precisamente en su relatividad intrínseca, como producto de la necesidad de salvaguardar los derechos de los demás o de impedir su desarrollo abusivo como medio de defraudación o engaño, o en últimas, en interés de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica y el orden público que el legislador permite interponer acciones contra los socios de dichas sociedades, en casos especiales y excepcionales, previamente tipificados en la ley, con el propósito de responsabilizarlos directamente con su propio patrimonio frente algunas obligaciones.

Así mismo, le corresponde al Congreso fijar las medidas para preservar los atributos de la sociedad; puede, entonces, levantar la limitación de riesgo, siempre y cuando se presenten circunstancias especiales y específicas que ameriten dicha determinación. (Colombia, Corte Constitucional, 2017).

Como se observa, la Corte Constitucional ha reiterado que el levantamiento del velo corporativo societario es excepcional y procede sólo cuando el legislador así lo haya consagrado expresamente. Sin embargo, la misma corporación también ha estimado que, con base en normas de tipo general y abierto, es posible predicar el levantamiento del velo corporativo, aunque en dichos preceptos no se disponga expresamente tal facultad.

Según el principio de buena fe contractual, las partes obligadas por un acto jurídico actúan bajo los parámetros de la recta disposición de la razón dirigida al cumplimiento fiel de las obligaciones derivadas del acto. Se trata de reconocer que en el momento de aceptar la realización de una determinada prestación, se procederá con honestidad, lealtad y moralidad.

Por consiguiente, la limitación de riesgo de las sociedades de capital no es un derecho absoluto que pueda ser utilizado de manera indiscriminada por los asociados, pues si a partir de su uso se defraudan los intereses legítimos de terceros, entre estos, los derechos de los

trabajadores y pensionados, se pueden acudir a las herramientas legales propias del levantamiento del velo corporativo para obtener la reparación del daño acontecido. Para ver si la teoría del abuso del derecho es aplicable de conformidad con nuestra legislación, es conveniente analizar lo que se entiende por ella.

Tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre la base de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral; porque como dicen los tratadistas de esta teoría no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden; exige que las mismas sean ejercidas no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo.

3.5.2. Sentencias de Perú

El levantamiento del velo societario en las cooperativas de ahorro y crédito, es una figura jurídica que no se encuentra dentro del ordenamiento peruano; sin embargo, la jurisprudencia forma parte de la fuente netamente dentro del derecho laboral, así mediante sentencias que a continuación pasaremos a detallar se puede observar, como se ha venido aplicando el levantamiento del Velo Societario, en el Derecho Laboral:

En el EXP. N° 7172-2006 BE(A), resolución de fecha 08 de marzo de 2007, la Segunda Sala Laboral de Lima, se ha fundamentado de la siguiente manera:

(...) Décimo Tercero: que, en ese orden de ideas corresponde a este Colegiado verificar si el embargo en forma de inscripción del 50% de los derechos y acciones que le corresponde a doña Virginia Adriana Cruzado Delgado sobre el bien inmueble de su propiedad ubicado en la Mz T-1, Sub Lote 18-A, Urbanización Villa Marina, Distrito de Chorrillos, hasta la suma de S/ 5, 305.80 (CINCO MIL TRESCIENTOS CINCO CON 80/100 NUEVOS SOLES) dictada por la Resolución N° 54 de fecha 29 de enero del 2002 que corre a fojas 01 y 02 ha sido dictada conforme a derecho, así como la Resolución N° 55 que amplía la medida de embargo en forma de inscripción a la suma de S/.13,674.58 que corre a fojas 4, no habiéndose incurrido en causal de nulidad alguna; Décimo Cuarto: que, de la revisión del expediente se observa que la demandada ha constituido la empresa Individual de Responsabilidad Limitada con un capital de S/. 1,000.00 (UN MIL Y 00/100 nuevos soles) íntegramente suscrito y pagado en bienes cuyo detalle y valorización obra en la declaración Jurada que acompaña la Escritura pública que corre de fojas 35 a 39, de los autos principales que se tiene a la vista. De la citada declaración Jurada se advierte que la persona jurídica unipersonal sólo cuenta con

un capital de dieciséis (16) sillas de madera que se valorizan en la suma de S/. 400.00 nuevos soles así como con seis (6) mesas de madera que se valorizan en S/. 600.00 nuevos soles, los cuales fueron aportados por doña Virginia Adriana Cruzado Delgado; Décimo Quinto: que, tal situación hace que este Colegiado advierta que con la constitución de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada Restaurant Peña Surquillana la titular doña Virginia Adriana Cruzado Delgado ha realizado un abuso de su derecho de constitución de empresa derecho que le otorga la posibilidad de formar una persona jurídica mediante la cual pueda desarrollar actividades lícitas sin arriesgar el íntegro de su patrimonio; Décimo Sexto: que, este Colegiado llega a la convicción que la demandada ha realizado tal abuso, proscrito en el artículo 103° de la Constitución Política, porque en ejercicio de su derecho ha constituido una persona jurídica unipersonal con un capital ínfimo que no le permite asumir las obligación contraída con un tercero que en este caso es el trabajador quien le prestó su fuerza de trabajo durante el periodo que va del 04 de marzo de 1986 a febrero de 1995 para la persona natural de doña Virginia Adriana Cruzado Delgado y por el periodo de marzo de 1995 al 22 de junio de 1996 a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada Restaurant Peña Surquillana sin haber recibido el pago de sus beneficios sociales; Décimo Séptimo: que, al no contar la demandada Restaurant Peña Surquillana E.I.R.L. con recursos que permitan cumplir la obligación de pago de la acreencia laboral del actor es acorde a derecho que en el presente caso este Órgano Jurisdiccional aplique la figura del levantamiento del Velo Societario” (Perú, Sala Constitucional y Social Permanente, 2017).

Una de las modalidades del levantamiento del velo societario muy extendida en la práctica es el referente al ámbito laboral, este se realiza con la finalidad de buscar resarcir la obligación que se contrae con un empleado. Para evitar el pago de las mismas, la empresa Individual de Responsabilidad Limitada realiza un abuso de su derecho de constitución de empresa, derecho que le otorga la posibilidad de desarrollar actividades, y que se enmascara en ella para no cumplir con la obligación que le corresponde por no contar supuestamente con el capital para realizarlo.

Asimismo se ha resuelto en el EXP. N° 5005-2011 BE(S), la Sala Transitoria Laboral de Lima, mediante resolución de fecha 30 de setiembre de 2011, ha considerado:

(...) 13. Que, de la revisión del expediente se observa que la codemandada Norka Enders Zamora ha constituido la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada con un capital de S/. 85,884.00 (Ochenta y cinco mil ochocientos cuatro nuevos soles) íntegramente suscrito y pagado en bienes, una camioneta y dos computadoras, cuya valorización obra en la declaración Jurada inserta en la copia del testimonio de la escritura pública, de fojas 192 a 197. 14.- Que, tal situación hace que este Colegiado advierta que con la constitución de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada SKY CATERING EIRL la titular Norka Enders Zamora ha realizado un abuso de su

derecho de constitución de empresa, derecho que le otorga la posibilidad de formar una persona jurídica mediante la cual pueda desarrollar actividades lícitas sin arriesgar el íntegro de su patrimonio;15.- Que, este Colegiado llega a la convicción que la demandada ha realizado tal abuso, proscrito en el artículo 103° de la Constitución Política, porque en ejercicio de su derecho ha constituido una persona jurídica unipersonal con un capital formado por bienes de su propiedad personal con el objeto de no asumir la obligación contraída con un tercero que en este caso es el trabajador.16.- Que, en ese sentido, mediante la aplicación de la figura del Levantamiento del Velo Societario y Primacía de la Realidad al presente caso este Colegiado determina que la actora ha prestado servicios a favor de la señora NorkaEnders Zamora, de forma continua e interrumpida. Por lo que la determinación de los derechos señalados en la sentencia materia de apelación corresponden asumir también a la codemandada NorkaEnders Zamora, en razón de que en los considerandos que antecedentes se evidencia que la Empresa individual de Responsabilidad Limitada con la intención de burlar el pago de sus obligaciones laborales lo cual contraviene la ratio legis del Decreto Ley 21621, Ley de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, que señala que se reconoce la limitación de responsabilidad del titular porque lo que se pretende es fomentar y estimular las inversiones, capacidad empresarial y la movilización de capitales” (Perú, Sala Transitoria Laboral, 2017).

En los casos citados, se evidencia que ha existido abuso de derecho, sobre la naturaleza de dos empleadoras, que bajo la aparente responsabilidad de una persona jurídica del Decreto Ley N° 21621, Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, que señala que se reconoce la limitación de responsabilidad del titular; se ha contravenido al artículo 103° de la Constitución Política del Estado, al no dar satisfacción a la demanda contraída y a una violación flagrante de los derechos individuales y laborales.

Habiendo analizado las implicancias precedentes, como son la persona jurídica y el levantamiento del velo societario; debemos señalar que cuando nos encontramos en casos laborales, previamente se deberá de verificar la existencia del abuso del derecho de parte de la empresa (persona jurídica) empleadora, o el fraude a la ley que ésta realice, con la finalidad de evadir cumplir con una responsabilidad pendiente frente al trabajador.

Para ello, se deberá de aplicar el principio de la Primacía de la Realidad, debido a que evidentemente, cuando se pretenda evadir cumplir con el pago de los beneficios sociales, no estará consignado en documento alguno; de manera contraria, la única forma de encontrar

dicha verdad, será mediante indicios que conforme a la Nueva Ley Procesal de Trabajo, que permite presumir al juzgador la existencia del hecho lesivo, en cuanto éstos aparezcan.

Asimismo debemos indicar que el levantamiento del velo societario, no puede realizarse de manera general, ya que en todo momento debe regir el respeto por la seguridad jurídica, más aún si tenemos en cuenta que los actos que podríamos considerar como abusivos o fraudulentos, están dentro del mismo marco legal que brinda cobertura normativa. Sin embargo, si estamos frente a la violación de derechos laborales, y éstos previamente han sido probados, ciertamente deberá aplicarse la presente teoría. Ya que el levantamiento del velo de una sociedad jurídica, traerá consigo dos tipos de consecuencias: a) la afectación de la responsabilidad a las personas naturales o socios que integran dicha sociedad jurídica; b) existiendo la responsabilidad hacia socios de la persona jurídica, éstos deberán de asumir solidariamente la responsabilidad frente al derecho vulnerado del trabajador.

Además, consideramos que el levantamiento del velo societario es una figura que no tiene un respaldo jurídico positivo en el campo del derecho procesal laboral, por lo que resultaría de vital importancia la regulación de dicho actuar en nuestro ordenamiento, de manera que pueda facilitar la función de juez.

A modo de reflexión, corresponde señalar que en la doctrina del levantamiento del velo societario, prima la justicia y la equidad a la seguridad jurídica; sin embargo, existen circunstancias en que dicha decisión judicial es imperiosamente necesaria; como cuando el empleador pretende cubrir sus responsabilidades como persona natural, porque efectivamente, contrató al trabajador cuando tenía dicha distinción y procede a constituirse como una persona jurídica, a fin de evadir el pago de los beneficios sociales del trabajador en mención; encontrando ello contrario a lo prescrito en el artículo 103° de nuestra Constitución; consecuentemente, correspondería el levantamiento del velo societario que encubre a dicho empleador.

Conforme a lo indicado, el levantamiento del velo societario, no tiene expresamente una regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, la jurisprudencia laboral mostrada en el presente trabajo, ha demostrado que es factible la utilización de dicha figura, ello en resguardo del principio de la justicia. Por tanto, con la aplicación del levantamiento del velo societario, lo que se pretende es evitar perjuicios para los trabajadores afectados por el abuso de las formas jurídicas societarias, por lo que los Jueces teniendo en cuenta, que ha existido, un abuso del derecho o un fraude ante la Ley, podrían penetrar al interior de la persona jurídica; descubriendo la responsabilidad de los socios integrantes

3.5.3. Sentencias de Ecuador

La jurisprudencia ecuatoriana sobre el tema es realmente escasa. La posición clásica de nuestros juristas, fruto del positivismo extremo que se profesó en el país, hizo que se considerara que la moral nada tiene que ver con el derecho y, precisamente, son los valores éticos los que inspiran al instituto, por ello no se hicieron sino esfuerzos esporádicos para remediar la situación.

Los primeros fallos en que se aplicó la teoría del descorrimiento del velo lo constituyen las sentencias No. 120-2001, de 21.03.2001 (Diners Club del Ecuador vs. Mariscos de Chupadores CHUPAMAR S.A.), y No. 20-03, de 28.01.2003 (Ángel Puma vs. Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda.), ambas dictadas por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil.

En la sentencia No.120-2001 la Sala manifiesta:

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

jurídica en el derecho privado español”, RDCO, año 30, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 1 y ss.). Frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico, llegar hasta éstos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros, sean acreedores a quienes se les obstaculizaría o impediría el que puedan alcanzar el cumplimiento de sus créditos, sean legítimos titulares de un bien o un derecho a quienes se les privaría o despojaría de ellos.

Estas son situaciones extremas, que deben analizarse con sumo cuidado, ya que no puede afectarse la seguridad jurídica, pero tampoco puede a pretexto de proteger este valor, permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la institución societaria. (Corte Constitucional del Ecuador, 2017).

En la sentencia No. 20-03, la Sala dijo:

Sobre la teoría del “levantamiento del velo” o del “disgregar” de la sociedad o compañía también se ha dicho: “Si consideramos a la sociedad como un instrumento técnico que el derecho provee a los seres humanos, atribuyéndole determinadas cualidades que permiten diferenciar totalmente la sociedad de los socios que la integran, resulta fácil establecer en qué casos es posible prescindir de esa personalidad. Cada vez que los individuos que recurren a la forma jurídica corporativa lo hacen apartándose de los fines que tuvo presentes el legislador, la imputación de los derechos, obligaciones y responsabilidades no se debe hacer a la sociedad, sino directamente a los socios, prescindiendo o pasando por alto la personalidad jurídica atribuida”, señala Carlos Alberto Villegas en su obra tratado de las sociedades, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 48. El mismo autor continúa: “En tales supuestos el juez puede ‘romper el velo’ de esa personalidad jurídica y ‘penetrar’ en la realidad, atribuyendo a los individuos que están detrás del velo societario (ocultos o escondidos detrás de él), directamente, la consecuencia de los actos o conductas antijurídicos” (ibíd, p. 48). De igual forma opina R.Serick, citado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas (Derecho societario, parte general, la personalidad jurídica societaria, Buenos Aires, Heliasta, 1994, p. 73), quien expone: “Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera ‘abusiva’, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue. Existe ‘abuso’ cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata: a) de burlar una ley, b) de quebrantar obligaciones contractuales, o c) de perjudicar fraudulentamente a terceros” (Corte Constitucional del Ecuador, 2017).

En realidad se trató de dos casos de abuso del proceso en los que se pretendió evadir el pago de obligaciones pendientes, mediante el cambio de representante legal en el primer caso y de tipo societario en el segundo. La teoría del descorrimiento del velo se utilizó como recurso técnico para penetrar hasta el real obligado, el dueño del 99,5 por ciento de las participaciones en el primer caso, y del ciento por ciento en el segundo.

Estos dos fallos fueron precedidos por la sentencia No. 133-1999, de 26.02.1999, (Amparo Páez Taco vs. Edgar Llovani Sotomayor), en que la Sala dijo:

En esta sentencia se puso de relieve la importancia de la buena fe como “piedra angular y regla fundamental del derecho de obligaciones” que es, básicamente, “una norma de comportamiento, implica un deber de recto comportamiento de acuerdo a la equidad, constituye, en definitiva, ‘una regla objetiva de honradez del comercio jurídico’. El comportamiento de las dos partes, acreedora y deudora, ha de ser, pues, equilibrado, enmarcado dentro de los límites señalados y caracterizado por la buena fe. Esta piedra angular y regla fundamental del derecho de las obligaciones es, básicamente, una norma de comportamiento, implica un deber de recto comportamiento de acuerdo a la equidad, constituye, en definitiva, “una regla objetiva de honradez del comercio jurídico”. Enneccerus (en Enneccerus-Kipp-Wolff: tratado de Derecho Civil, tomo II, “Derecho de Obligaciones”, vol. 1, Barcelona, Bosch, 1954, 7a. ed., pp. 19-20), en relación al qué y al cómo de la prestación, dice: “la doctrina dominante y, en particular, la jurisprudencia han deducido como principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de las obligaciones, el de que todas las relaciones de obligación, en todos los aspectos y en todo su contenido, están sujetas al imperio de la buena fe, pero teniendo presente que el contenido de la deuda, cuando se trata de obligaciones derivadas de negocio jurídico, se determina en primer término por la voluntad de los interesados, mientras que en las obligaciones legales esta voluntad es indiferente: 1. La buena fe prohíbe, en primer lugar, que se cometa abuso con pretensiones jurídicas formal o aparentemente fundadas. La buena fe quiere proteger al deudor contra las exigencias impertinentes, que choquen contra el derecho y la equidad. Pero el (derecho) viene también a favorecer al acreedor protegiéndole contra la conducta del deudor que viole la buena fe, por ejemplo, contra las prestaciones a destiempo... 2. En determinadas circunstancias, de la buena fe puede resultar también que el deber de prestación sea más amplio que el contenido fijado en el contrato o por la ley. 3. En virtud de la buena fe también puede resultar por otro lado que se atenúe el deber de prestación, e incluso brotar un derecho del deudor a ser liberado de aquel deber o un derecho a que se transforme la relación contractual. 4. La jurisprudencia ha fundado también sobre (el principio de la buena fe) la llamada revalorización de las prestaciones afectadas por la desvalorización sufrida por el dinero a consecuencia de la guerra y de la inflación.

Este fallo es de gran importancia, puede calificarse como la exposición de la posición doctrinaria de quienes integraban en esa época la Sala y ayuda a comprender el porqué de la aplicación de la doctrina en estudio ante dos evidentes casos de abuso del proceso, en una época en que todavía no existía en el derecho positivo norma alguna que proclamara el principio de la buena fe y la lealtad procesal como fundamento de la actividad judicial. (Grijalba, 2017, pág. 23).

Actualmente la ética ha reingresado en el campo del derecho, del que estuvo por tanto tiempo desterrada, la Constitución de la República, a más de lo que dispone en el artículo 3 N°. 4, antes citado, en el artículo 174 inciso segundo dice que “la mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley”; y en el Código Orgánico de la Función Judicial, artículos 21, 26, 131, 132, 335, No. 9, entre otros, se establecen los deberes de jueces y juezas de velar por la buena

fe y la lealtad procesal y de impedir todo tipo de maniobras fraudulentas y las sanciones a las partes y a los abogados por estas conductas que, fundamentalmente, son contrarias a la ética. Posteriormente, se dictaron dos fallos, No. 135-2003 de 14.05.2003 (José Miguel Massuh Buraye vs. Roberto Massuh Dumani y la Compañía de Desarrollo Industrial del Ecuador DIDES A S.A.), en que se declaró que no concurrían los elementos para rasgar el velo societario.

CONCLUSIONES

1. La desestimación de la persona jurídica, cuyo procedimiento consta en los artículos agregados a la Ley de compañías es aplicable a las cooperativas de Ahorro y crédito por las siguientes consideraciones:

a) Las cooperativas de ahorro y crédito son personas jurídicas con personalidad jurídica y personería jurídica.

b) El patrimonio de las Cooperativas de Ahorro y Crédito es independiente del de sus socios individualmente considerados

c) Por la estructura administrativa de las cooperativas, que están gobernadas por la Asamblea de socios, los Consejos de Administración y gerente, son muy proclives a que se generen fraudes al interior de las mismas que afectan directamente a los socios, a sus empleados, que pueden verse perjudicados por pérdidas generadas por la mala administración que pueden generar una pérdida patrimonial e incluso al Estado a través de defraudaciones fiscales.

2.- Del análisis e investigación se evidenció los fundamentos, causales y procedimientos que se deben observar para que el juez proceda a levantar el velo societario en las cooperativas de ahorro y crédito del Ecuador, tales requisitos son: que exista y se verifique el fraude, el abuso de la persona jurídica y el daño causado a acreedores de la institución que sean de buena fe.

3.- A pesar de que las legislaciones en general brindan (en mayor o menor medida) a los socios varios beneficios para invertir, vemos que unos cuantos de ellos pretenden obtener ilegítima e ilícitamente beneficios para sí mismos, aparentando que lo son en beneficio del patrimonio de la cooperativa de Ahorro y Crédito. Se ha expuesto que, para lograr tales beneficios ilícitos e ilegítimos, los administradores hacen que sean las cooperativas quienes actúen arriesgando exclusivamente el patrimonio de estas últimas y no el de ellos.

4.- El fraude a la ley consiste en la consecución de un resultado que la ley lo prohíbe por medio de otros caminos que ella no los ha previsto. El fraude contractual se configura cuando una de las partes en un contrato pretende no cumplir con sus obligaciones pendientes en cuanto el patrimonio de la sociedad deliberadamente ha sido medrado o resultaba insuficiente. Mientras que el fraude a terceros corresponde al perjuicio deliberado que se causa a otras personas con quien no se mantiene relaciones en base obligaciones contractuales o legales.

5.- En respuesta al abuso de la persona jurídica, y para evitar que siga sucediendo, la ley, la jurisprudencia y la doctrina han optado por una solución, el levantamiento del velo societario, como una medida para evitar el fraude o al menos reducirlo, pues la vía penal utilizada en todos los casos de liquidaciones de cooperativas de ahorro y Crédito, no ha permitido la reparación integral a los perjudicados.

6.- El levantamiento del velo societario en las cooperativas de Ahorro y Crédito supone que la responsabilidad de la institución por las obligaciones a su nombre adquiridas, cuando hayan sido con abuso de la persona jurídica, serán trasladada hacia sus administradores o representantes legales, esto permitiría disminuir fraudes en el Sistema Financiero Popular y Solidario y alcanzar una justicia eficaz.

RECOMENDACION

En virtud de lo antes expuesto, se debe tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

a) Generalizar la investigación a los efectos de continuar enriquecimiento en el Ecuador, los estudios en torno al develamiento del velo societario y el procedimiento más adecuado para implementarlo en la realidad jurídica procesal nacional.

b) Se impone establecer la normativa en el Código Orgánico Monetario y Financiero que permita aplicar el procedimiento del develamiento del velo societario a las Cooperativas de Ahorro y Crédito establecidas en la Ley de Compañías, para de esta forma contar con un marco legal aplicable de forma concreta a los procesos en contra del fraude, abusos de la personalidad jurídica en perjuicio de la misma institución financieras, de sus socios, acreedores o el Estado.

BIBLIOGRAFIA

- Andrade, S. (2009). El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana. (U. A. Ecuador, Ed.) *Foro: Revista de Derecho*(11), 7-35.
- Ávila, R. (2012). *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición.
- Boldó, C. (2006). *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Burgoa, I. (2008). *Las Grantías Individuales* (Cuadragésima Edición ed.). México: Editorial Porrúa.
- Cárdenas, E. (2014). *La determinacion del Proceso de levantamiento del velo societario como una estrategia para combatir la evasion tributaria*. Quito: universidad Central del Ecuador.
- Cascante, L. (2000). Capacidades y legitimaciones en el proceso civil. *Revista Iuris Dictio*(2), 153-159.
- Cevallos, H. (1973). *Cooperativas de Ahorro y Crédito del Ecuador. Encuentro Ecuménico sobre Desarrollo por Cooperativas de Ahorro y Crédito*. Quito: Asociación Ecuménica Ecuatoriana.
- Chanamé, R. (2009). *Diccionario Jurídico. Término y conceptos*. Lima: ARA Editores.
- Código General de Procesos. (2005). Quito: Registro Oficial Suplemento 506.
- Colombia, Corte Constitucional. (22 de 09 de 2017). *Sentencia*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-865-04.htm>.
- Colombia, Corte Constitucional. (22 de 09 de 2017). *Sentencia*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-210-00.htm>.
- Corte Constitucional, Caso No. 0538-11-EP (Sentencia No. 092-13-SEP-CC 30 de 10 de 2013).
- Corte Constitucional, Caso No. 0831-12-EP (Sentencia No. 064-14-SEP-CC 09 de 04 de 2014, p. 6).

Corte Constitucional, Caso No. 0476-13-EP (Sentencia No. 086-16-SEP-CC 16 de 03 de 2016).

Corte Constitucional del Ecuador . (22 de 09 de 2017). Obtenido de No. 20-03, de 28.01.2003 (Ángel Puma vs. Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda.), ambas dictadas por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil..

Corte Constitucional del Ecuador. (22 de 09 de 2017). Obtenido de <http://www.derechoecuador.com/productos/producto/catalogo/registros-oficiales/2001/junio/code/17321/registro-oficial-19-de-junio-del-2001>.

Cruz, F. (10 de 09 de 2017). *La cooperativización en el Ecuador*. Recuperado el 14 de septiembre de 2017, de <http://www.colac.com/documentos/pdf/coacs.pdf>.

Da Ros, G. (2001). *Realidad y desafíos de la economía solidaria iniciativas comunitarias y cooperativas en el Ecuador*. Quito: Editorial Abya-Yala.

Da Ros, G. (2007). *El movimiento cooperativo en el Ecuador. Visión histórica, situación actual y perpestivas*. España: Revista Científica de America Latina y el Caribe .

Diario Crónica. (15 de 10 de 2017). *Ocho ciudadanos a juicio por peculado en Cooperativa de Ahorro y Crédito de Loja*. Obtenido de <https://www.cronica.com.ec/informacion/item/19937-ocho-ciudadanos-a-juicio-por-peculado-en-cooperativa-de-ahorro-y-credito-de-loja>.

Díaz, F. (2012). *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la creación del derecho*. Barcelona: Editorial Rosaljai.

Ecuador, Asamblea Constituyente. (20 de 10 de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Recuperado el 15 de 01 de 2017, de Aprobada mediante Decreto Legislativo No. 0. Publicada en el Registro Oficial No. 449: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf.

Ecuador, Asamblea Nacional. (13 de 04 de 2011). *Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria del Sistema Financiero*. Obtenido de Registro Oficial No. 444: <http://www.seps.gob.ec/documents/20181/25522/Ley%20Orga%CC%81nica%20de%20Economi%CC%81a%20Popular%20y%20Solidaria.pdf/0836bc47-bf63-4aa0-b945-b94479a84ca1>.

- Ecuador, Asamblea Nacional. (2012). *Ley de Prevención, Detección y Erradicación del delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos*. Quito: Registro Oficial No. 127.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (02 de 09 de 2014). *Código Orgánico Monetario y Financiero*. Obtenido de Aprobado mediante Ley s/n. Publicado en el Registro Oficial Segundo Suplemento No. 332: <http://www.politicaeconomica.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/04/CODIGO-ORGANICO-MONETARIO-Y-FINANCIERO.pdf>.
- Ecuador, SEPS. (22 de 09 de 2017). *Objeto y Funciones*. Obtenido de <http://www.seps.gob.ec/noticia?que-es-la-economia-popular-y-solidaria-eps->.
- Figueroa, D. (2012). *Levantamiento del velo corporativo latinoamericano*. Santiago: Editorial El Jurista.
- Garvis, M. V. (2010). *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales y el levantamiento del velo societario*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- González, G. (2016). El levantamiento del velo corporativo. *Revista Mexicana de Derecho*(18), 73-91.
- Grijalba, J. (20 de 09 de 2017). *El levantamiento del velo en la doctrina y la Jurisprudencia Ecuatoriana*. Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2115/1/RF-11-Andrade.pdf>.
- Grijalva, W. (2013). *Historia del Cooperativismo en el Ecuador*. Quito: Ministerio Coordinador de Política Económica.
- Guerrero, M. (2013). *El levantamiento del velo societario en el derecho del trabajo* (Vol. 1). Venezuela: Fundación para la Formación de Investigadores (FIVE).
- Holyoake, G. (2008). *El camino de la cooperativa, origen y principios*. México: Fondo Común.
- Hurtado, J. (2003). Sobre la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario en el ámbito laboral. *Boletín de la Facultad de Derecho*(23), 181-208.
- Hurtado, J. (2014). *La doctrina del levantamiento del velo societario*. Atelier Libros S.A.

- Lara, E. (2013). Los Límites de la Personalidad Jurídica de las Sociedades y Empresas. El Levantamiento del Velo. *Revista de Derecho de la Empresa*(15), 102-185.
- López, L. (2017). *La doctrina del levantamiento del velo como supuesto de responsabilidad tributaria*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- López, P. (2009). Necesidad de la doctrina del levantamiento del velo en el derecho procesal chileno. *Revista Foro Derecho Mercantil*(25), 123-129.
- Medina, J. (2010). *Derecho Civil: Aproximación al Derecho. Derecho Personas*. Bogota: Universidad del Rosario.
- Mills, N. (1986). *El cooperativismo en el Ecuador*. Quito: CEPAL.
- Montiel y Duarte, I. (2006). *Estudio sobre Garantías Individuales* (Séptima Edición ed.). México: Editorial Porrúa.
- Naranjo, C. (1999). *Economía solidaria y cooperativismo. Visión general del marco jurídico del cooperativismo ecuatoriano. Sistema cooperativo nacional*. Quito: Editorial Abya-Yala.
- Pareja, P. (1980). *Manual para Cooperativas de Ahorro y Credito*. Quito: Editores Asociados.
- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III.
- Peña, L. (2014). *De las Sociedades Comerciales* (Séptima Edición Ampliada y puesta al día ed.). Bogotá: ECOE Ediciones - Universidad del Sinú.
- Pérez, A. (2015). *Doctrina del Levantamiento del Velo Societario*. Barcelona: Universitat Abat Oliba CEU.
- Perú, Sala Constitucional y Social Permanente. (22 de 09 de 2017). *Sentencia*. Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8c580a804e4418c1b2c0f3af21ffaa3b/4.+Sec+ci%C3%B3n+Judicial+-+Salas+Constitucionales.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8c580a804e4418c1b2c0f3af21ffaa3b>.

- Perú, Sala Transitoria Laboral. (22 de 09 de 2017). *Sentencia*. Obtenido de <http://www.minedu.gob.pe/pdf/resolucion-71-cuarta-sala-laboral-permanente-de-lima.pdf>.
- Ramírez, W. (2012). *Desarrollo del Cooperativismo en el Ecuador*. Quito: IAEN.
- Rodríguez, P. (1997). *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Treviño, R. (2002). *La persona y sus atributos*. Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Villafuerte, M. (1997). *Los bancos centrales y la administración de crisis financieras: teoría, experiencia internacional y el caso ecuatoriano*. Quito: Banco Central del Ecuador.
- Walde, V. R. (2015). La Infracapitalización. *Revista Vox Juris*, 29(1), 181-200.