

Régimen de responsabilidad limitada en grupos empresariales. Hacia una aplicación de la doctrina del Enterprise Liability en la legislación ecuatoriana

Limited Liability Regime in Corporate Groups. Towards an Enforcement of the Enterprise Liability Doctrine in Ecuadorian Law

JOSÉ ALEJANDRO SALVADOR GONZÁLEZ*

Recibido / Received: 27/05/2024

Aceptado / Accepted: 25/08/2024

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3322>

Citación:

Salvador Gonzalez J.A. “Régimen de responsabilidad limitada en Grupos Empresariales. Hacia una aplicación de la doctrina del Enterprise Liability en la legislación ecuatoriana”, USFQ Law Review vol. 11, no. 2, noviembre de 2024, <https://doi.org/10.18272/ulr.v1i2.3322>

* Miembro de la Mesa Corporativa de la ICC YEA y Asociado en Robalino Abogados, Quito 170525, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: josealejandro-11@hotmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0468-6586USFQ>

RESUMEN

El régimen de grupos empresariales fue por mucho tiempo un aspecto de limitado desarrollo bajo la legislación ecuatoriana. No fue sino hasta la última reforma a la Ley de Compañías que Ecuador dejó de percibir a los grupos empresariales como una estructura basada en propiedad accionaria y pasó a analizarlos con fundamento en supuestos de control, subordinación y posibles efectos que dichas estructuras pudieran tener en las relaciones con terceros acreedores. Al tratarse de una regulación nueva en el escenario legislativo ecuatoriano, este trabajo analiza la naturaleza del grupo empresarial, con especial enfoque en los argumentos que apoyan o desestiman la necesidad de que dichas estructuras se puedan beneficiar del principio de responsabilidad limitada. Una vez analizadas las ventajas y los obstáculos de la aplicación de una limitación de responsabilidad en estos grupos, se argumentará sobre la necesidad de plantear un régimen de responsabilidad enfocado en grupos empresariales. Se estudia el uso de la herramienta conocida como *Enterprise Liability*, para evitar un abuso de responsabilidad limitada y perseguir a la estructura como una sola, en lugar de distinguir entre accionistas y la compañía como vehículo independiente. Finalmente, este trabajo analiza la legislación ecuatoriana en torno a cómo se ha desarrollado el régimen de responsabilidad para grupos empresariales, con énfasis en la necesidad de que dicho régimen goce de un tratamiento independiente al levantamiento de velo. Esto debido a que su aplicación en grupos empresariales es insuficiente y no garantiza una responsabilidad íntegra de la compañía matriz, ni un resarcimiento efectivo para los acreedores afectados.

PALABRAS CLAVE

Grupo empresarial; responsabilidad limitada; matriz; subordinada; control; *Enterprise Liability*; levantamiento del velo societario

ABSTRACT

Corporate group legislation was, for a long time, an aspect of scarce development under Ecuadorian law. It was not until the latest reform to the Company Law (Ley de Compañías) that Ecuador stopped perceiving corporate groups as a structure based on share ownership and began to analyze them based on assumptions of control, subordination, and possible effects that such structures may have on relations with third-party creditors. Since this is a new regulation in the Ecuadorian legislative scenario, this paper analyzes the nature of corporate groups, with special emphasis on the arguments that support or reject the need for such structures to benefit from the limited liability principle. Once the advantages and obstacles on the application of limited liability in these structures have been analyzed, it will be argued whether it is necessary to consider the incorporation of a liability regime focused on corporate groups. It is suggested to

incorporate a regime known as «enterprise liability doctrine» to avoid an abuse of limited liability and to pursue the group as a single structure, instead of distinguishing between shareholders and the company as an independent vehicle. Finally, this paper analyzes Ecuadorian legislation focused on how this liability regime for corporate groups has been developed, emphasizing the need for it to enjoy an independent treatment from the veil piercing doctrine. This, given that its application to corporate groups is insufficient and does not guarantee full liability of the parent company, nor an effective compensation for the affected creditors.

KEYWORDS

Corporate group; limited liability; parent company; subsidiary company; control; Enterprise Liability; corporate veil piercing

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de grupos empresariales estuvo presente desde hace varios años en legislaciones extranjeras dentro y fuera de Latinoamérica. Su premisa era que la propiedad accionaria o el control de una compañía —que una vez fue un aspecto exclusivo de las personas naturales— ahora también podía ostentarse por otra compañía o persona jurídica. Tanto la doctrina como la legislación extranjera han discutido el peligro atado a que una compañía sea accionista de otra, sobre todo por el excesivo beneficio que otorga el principio de responsabilidad limitada en estos casos. El desarrollo académico y legislativo en torno a grupos empresariales ha tenido el enfoque de evitar que exista una extralimitación de los beneficios que, en su momento, estaban pensados para otro entorno económico.

El aspecto más discutido es la implementación de un régimen de responsabilidad adecuado que impida que los acreedores se vean perjudicados frente a un abuso del principio de responsabilidad limitada por parte de una estructura de grupo empresarial. En el caso ecuatoriano, fue hasta hace poco que la legislación dejó de entender al grupo empresarial como un sinónimo de una compañía *holding* o tenedora de acciones y, por ende, a la propiedad accionaria como el único supuesto de control o subordinación. A raíz de la reforma a la Ley de Compañías (en adelante LC) publicada en 2023¹, se incorporó un régimen diferente para estas estructuras enfocado en su conformación, obligaciones y supuestos bajo los cuales se puede determinar una consolidación del grupo empresarial.

Si bien Ecuador ha dado un gran paso al incorporar este régimen, el análisis para imponer responsabilidad no ha sido lo suficientemente claro. Sobre todo considerando que los grupos empresariales tienen una estructura mucho más compleja que las compañías tradicionales. Un régimen inadecuado de responsabilidad podría perjudicar a los acreedores. Por ello, este trabajo tendrá como finalidad analizar, a través de la doctrina y jurisprudencia anglosajonas, la aplicación del régimen de responsabilidad para este tipo de estructuras, llamado en el *Common Law* como *Enterprise Liability*.

En primera instancia se puntualizarán las condiciones para la conformación de las estructuras de grupos empresariales y los supuestos para determinar una situación de control. Seguido de ello, se analizará el principio de responsabilidad limitada y por qué su finalidad no es compatible cuando se aplica a las estructuras de grupos empresariales. A continuación, se estudiará por qué otras figuras de excepción a la responsabilidad limitada no son alternativas suficientes para evitar que los grupos empresariales puedan evadir sus

1 Ley de Compañías [LC], R.O. Suplemento 269 del 15 de marzo de 2023.

acreencias. Posteriormente, este trabajo revisará si existe una aplicación del régimen *Enterprise Liability* en la legislación ecuatoriana, analizando la LC en lo que respecta al régimen de responsabilidad en grupos. Finalmente, se evidenciará una confusión entre la regulación del *Enterprise Liability* en Ecuador y el régimen del levantamiento del velo societario, por lo que resulta importante delimitar las diferencias entre ambos conceptos.

2. DESARROLLO

2.1 NATURALEZA DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES

El análisis sobre el derecho de sociedades en Ecuador se ha basado, hasta hace poco, en la premisa de que las compañías ecuatorianas se manejan principalmente con un régimen familiar y de capital cerrado. Esto implica que la compañía no recurre a los métodos provistos por el mercado de valores para financiar sus actividades. Además, significa que la administración y el control subyace en los mismos accionistas. Pese a que estas compañías son la regla general en el mercado ecuatoriano, existen otras formas de organización interna que responden a la necesidad de la compañía de alcanzar dimensiones económicas de mayor importancia, que la obligan inevitablemente a asumir una configuración bajo dirección unificada de otra compañía que la guíe².

Sobre esta base, la legislación ha reconocido la configuración de los denominados grupos empresariales. Estos están formados por compañías que mantienen su personalidad jurídica independiente, pero actúan considerando un mismo propósito y dirección por instrucciones o lineamientos impartidos por su matriz³, a través de varios mecanismos estudiados en el presente trabajo. Cuando una compañía se vuelve parte de un grupo, es innegable que su nueva estructura organizacional tendrá un impacto positivo en la optimización de su productividad y prestación de servicios, dependiendo de la actividad que busque desarrollar y su presencia en el mercado.

La composición del grupo empresarial cumple con una finalidad económica, pues permite el desarrollo y la competencia efectiva en el mercado mediante la innovación, abaratando costos y mejorando el acceso de bienes y servicios de mejor calidad al público. Roitman apoya este precepto. Indica que la existencia de grupos permite la creación de economías de escala, a fin de mejorar la eficiencia y facilitar la competencia entre compañías cuyas dimensiones son mayores a las que normalmente concurren en un mercado determinado⁴. Igualmente, sostiene que los grupos empresariales responden al proceso

2 Horacio Roitman et al., *Los grupos societarios: dirección y coordinación de sociedades* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012), 20.

3 Francisco Hernando Reyes Villamizar, *Derecho societario* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2016), 308.

4 Roitman et al., *Los grupos societarios*, 60.

evolutivo del concepto de empresa, que se ha visto obligado a adaptarse a los procesos de diversificación financiera, estructural y geográfica impuestos por los sistemas económicos.

No obstante, varias críticas han nacido como producto de que una compañía matriz, como persona jurídica independiente, pueda gozar de la responsabilidad limitada por ser accionista de otra compañía del grupo o actuar en el mercado a través de esta, brindando a los beneficiarios finales una capa adicional de protección. Es así como los grupos empresariales pueden estructurarse de varias maneras. Sin embargo, todas estas estructuras responden a una misma necesidad, a saber: la de mantener, como matriz, el control de todas las compañías aguas abajo, lo que puede desembocar en prácticas abusivas en perjuicio de terceros o los accionistas minoritarios⁵. Posteriormente se analizarán las críticas respecto de la existencia de dichas estructuras, su efecto sobre los terceros y las herramientas para asegurar que la existencia de dichos grupos no represente ventajas abusivas frente a la sociedad.

2.2 ESTRUCTURAS DE GRUPOS EMPRESARIALES

La doctrina y el desarrollo normativo delimita a los grupos empresariales dentro de dos categorías principales conforme su estructura dentro del mercado. Por un lado, existen grupos cuyas compañías pertenecen a un nivel distinto de la cadena de producción, pero dentro de la misma actividad económica. Estos son denominados *grupos empresariales verticales* y su objetivo principal es gestionar la dependencia de terceros en el suministro de bienes o materia prima que requiere para elaborar su producto final⁶. La estructura es beneficiosa ya que, cuando el grupo produce todo lo que necesita y no está sujeto a precios o variables de terceros, maneja de mejor forma el financiamiento requerido para estos y, consecuentemente, se vuelve más eficiente.

Por otro lado, los grupos empresariales horizontales buscan el control y la dirección de compañías cuyas actividades sean las mismas que las realizadas por su matriz. Esta estructura tiene como finalidad principal buscar una presencia mucho más sólida dentro de un segmento particular del mercado, mejorando de esta forma su posición frente a sus competidores⁷. A diferencia de la integración vertical, la doctrina concuerda en que esta modalidad de grupo puede presentar más riesgos al mercado y llevar al grupo a recaer en actividades monopolísticas que afecten a los consumidores.

5 Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, C-510 de 1997, Corte Constitucional de Colombia, 9 de octubre de 1997, 11.

6 Roitman et al., *Los grupos societarios*, 256.

7 *Ibid.*, 259.

2.3 SUPUESTOS PARA LA EXISTENCIA DE UN GRUPO EMPRESARIAL EN DERECHO COMPARADO

El desarrollo legislativo en varios países de América Latina, en legislaciones anglosajonas y en la doctrina sostienen que un grupo empresarial requiere: i) unidad de propósito y dirección y ii) situaciones de subordinación y control⁸. El control se ha definido como la capacidad de influenciar de manera dominante, a fin de ejecutar la voluntad decisiva del principal. Por ejemplo, Engrácia-Antunes sostiene que una situación de control o dominancia entre matriz y subordinadas existe cuando la primera tenga una posición estratégica dentro de la organización que toma las decisiones, misma que le permite influir directa o indirectamente sobre la segunda⁹.

Las definiciones antes citadas dan apertura a que el control de decisión determinante pueda plasmarse de diferentes maneras, lo cual no ha sido ignorado por el legislador. El control de una sociedad, como se indica más adelante, puede plasmarse, entre otras formas, de manera directa, indirecta, mediante disposiciones estatutarias, contractuales, por participación en el capital social o mayoría decisoria.

2.3.1 CONTROL ACCIONARIO

La definición clásica de “grupo empresarial” hace especial énfasis en las situaciones de subordinación, siendo estas las más comunes cuando un grupo se consolida formalmente. Es menester tomar en consideración las maneras en las que puede plasmarse dicha subordinación. La subordinación se presenta en grupos empresariales por excelencia con propiedad accionaria, y es incluso de las causales que se encuentran presentes en la mayoría de legislaciones que regulan dichas relaciones. Autores como Broseta discuten que la relación más común de subordinación se basa en una propiedad accionaria leve y necesaria para ejercer control, aunque en casos extremos existe una propiedad del 100 % del capital social¹⁰. No obstante, para cada caso es plausible una subordinación¹¹.

Tal es la importancia de la propiedad accionaria que ha sido incluida formalmente como causal para determinar control sobre la subordinada. Por ejemplo, legislaciones como la alemana —que fue de las primeras en normar a los grupos empresariales o *Konzernrecht* bajo su Ley de Sociedades incluyen en

8 Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 318.

9 José Engrácia-Antunes, *Liability of Corporate Groups, Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law: An international and Comparative Perspective* (Denver: Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1994), 390.

10 Manuel Broseta, *Manual de Derecho Mercantil* (Madrid: Editorial Tecnos, 2006), 577.

11 *Ibid.*, 578.

sus disposiciones al grupo empresarial como vehículo para maximizar el valor para los accionistas. Además, se analiza cómo, a través del grupo, puede perjudicarse a los accionistas minoritarios y, sobre todo, a los acreedores extracontractuales por medio de la desviación de capital o inversiones riesgosas¹². Por ello, dicha regulación está enfocada en proteger a esas minorías.

En Colombia, a su vez, la legislación presume que la propiedad de la mayoría accionaria —de determinarse para cada caso—¹³, será elemento suficiente para presumir la existencia de una estructura de control. Este aspecto —también recogido por Alemania— es de suma importancia. Una vez nacida la presunción de existencia de un grupo empresarial sobre la base de un control accionario, la carga de la prueba para desvirtuar esta aseveración recaerá sobre la parte interesada en probar la independencia de la subordinada¹⁴. En el supuesto de que no se pueda demostrar que las compañías son independientes, la matriz será responsable de las pérdidas de la subordinada en operaciones decididas por la primera¹⁵.

Otras legislaciones, *verbigracia*, plasman un umbral distinto respecto de porcentaje accionario. Tal es el caso de la legislación francesa, que establece una propiedad del 40% o más de las acciones para que se pueda presumir control¹⁶. En cuanto a la LC, se presume que existe subordinación cuando la matriz detente el 50 % o más de las acciones de la subordinada¹⁷.

2.3.2 MAYORÍA DE DERECHOS DE VOTO

Existen sociedades en situación de subordinación que no guardan relación con la participación en el capital, sino con el control que el tipo de acciones pueda otorgarle. En este supuesto, y conforme sostienen varios autores, la participación accionaria propiamente dicha es irrelevante para determinar control. A pesar de que un accionista no tenga la mayoría del capital nominal, su participación toma relevancia cuando sus derechos de voto son suficientes para controlar la formación de los órganos de administración o para la toma de decisiones. Esto implica, como acto seguido, un control en las decisiones de su subordinada.

Es preciso comentar que esta mayoría se enfoca desde una óptica decisoria, incluso si no corresponde a una del tipo absoluta con relación a otros accionistas¹⁸. Esta mayoría puede plasmarse, por ejemplo, en los casos en que un

12 Gerard Wirth y Michael Arnold, *Corporate Law in Germany* (Munich: Beck C. H., 2017), 181.

13 Artículo 26, Ley 222 de 1995 [Ley de Sociedades de Colombia], Diario Oficial n.º 42.156 del 20 de diciembre de 1995.

14 Wirth y Arnold, *Corporate Law in Germany*, 184.

15 Artículos 17 y 18, Aktiengesetz [Ley de Sociedades alemana], Gaceta Federal n.º 51 del 7 de febrero de 2023.

16 Artículo L233-16.2, Code de Commerce [Código de Comercio francés], Registro 2015-900 del 23 de julio de 2015.

17 Artículo 429.3, LC.

18 Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 319.

accionista minoritario, porcentualmente hablando, detente acciones con voto múltiple que represente una mayoría simple o calificada y, por consiguiente, una mayoría decisoria; o que, al contrario, su solo voto pueda evitar la toma de decisiones al no permitir que se consolide una mayoría requerida.

La LC plasma este concepto en su texto, refiriéndose a que una situación de control se presumirá con una mayoría accionaria en el capital social o derechos de voto. No obstante, el supuesto de mayoría de derechos de voto, además de contemplar el escenario del voto múltiple, se anticipa ante otras situaciones que puedan representar un control sobre las decisiones. Así, prescribe escenarios sobre votos conjuntos entre la matriz y las subordinadas que formen parte del capital social de otra subordinada, emisión de votos constitutivos de mayoría mínima o aseguramiento de votos con otros accionistas¹⁹. Por medio de este mecanismo, la LC blindo cualquier tipo de maniobra para evitar que el voto de la matriz pase desapercibido.

2.3.3 CONTROL DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

El control puede también radicar en las personas encargadas de la administración. Es el caso ejemplificado por Broseta, en el que los administradores de la matriz son, a su vez, administradores de la subordinada. En estos supuestos, existe un control en la ejecución de las decisiones y, sobre todo, en la supervisión y control diario de las actividades de la matriz y la subordinada. Cabe señalar, conforme lo indica el autor, que estos supuestos son más comunes cuando las compañías son familiares, pues, al conformar un grupo, la identidad de los administradores suele mantenerse o incluso se designa a los mismos accionistas²⁰.

La LC se refiere expresamente a una presunción de subordinación cuando la mayoría de los miembros de los órganos de administración de la matriz sean miembros de los órganos de la subordinada²¹. Así mismo, Brasil en su *Lei das Sociedades Anónimas*, la segunda que implementó regulaciones sobre grupos empresariales luego de la alemana, contiene disposiciones respecto de un control administrativo parecido al ecuatoriano. No obstante, lo complementa con la obligación de que, al probarse la configuración del grupo empresarial, las compañías estarán obligadas a formar órganos de administración separados de aquellos controlados por la matriz. Con ello, se propende a una independencia en las decisiones²².

19 Artículo 429.2, LC.

20 Broseta, *Manual de derecho mercantil*, 579.

21 Artículo 429.2, LC.

22 Artículo 162.2, Lei Das Sociedades Anonimas [Ley de Sociedades de Brasil], Registro n°. 9.457 de 1997.

2.3.4 CONTROL POR ACUERDOS

Es importante considerar que el control puede ligarse a un concepto de propiedad, sea directa o indirecta, que permita tomar decisiones o escoger a quienes en lo posterior estarán encargados de hacerlo. No obstante, el control puede también plasmarse en un aspecto que ligue a las compañías con fundamento obligacional, como un contrato. Un supuesto para determinar subordinación es, conforme lo regulan algunas legislaciones, cuando —por medio de un contrato o acuerdo de cualquier naturaleza— una compañía se coloca en una situación de subordinación frente a otra²³. La doctrina española igualmente analiza este presupuesto de control, estableciendo en este caso que el contrato será el medio de dominación frente a la subordinada, por el cual la cohesiona para comportarse de una determinada manera²⁴.

Meredith Dearborn analiza este supuesto de control argumentando que, con independencia de la naturaleza del contrato o acuerdo, este siempre debe ser revelado o público, a fin de asegurar intereses de terceros acreedores contractuales²⁵. Del mismo modo, argumenta que dichos acuerdos, a fin de asegurar una correcta protección, deben obligar a la matriz a asumir las pérdidas de las subordinadas, así como a establecer reservas en caso de eventuales obligaciones con terceros o accionistas pasivos. Aunque esto sea correcto en lo que respecta a evitar que el grupo empresarial se aproveche de su estructura para externalizar sus riesgos en mayor proporción, es menester considerar que estos acuerdos contienen en la mayoría de casos, si no en todos, información confidencial de la operación de las compañías. Por esta razón, ponerlos a disposición del público podría traer más consecuencias negativas que beneficios a los acreedores.

Esta posición es acogida por la Ley de Sociedades alemana bajo el *Contractual Konzerne*. En ella, se establece que, una vez determinada la presunción, el acuerdo en cuestión debe volverse público. Esto, a fin de que terceros acreedores puedan conocer sobre dicha estructura de manera previa a contratar con la compañía²⁶. Además, se responsabilizará a la matriz por todas las pérdidas de la subordinada, con independencia de si estuvieron relacionadas al control de la primera²⁷. La LC analiza esta causal de manera más específica, indicando que se presumirá control cuando exista un acuerdo de actuación conjunta, expreso o tácito, para participar con similar interés en el control de compañía²⁸.

23 Pablo Girgado, *Grupo de empresas y derecho antitrust: La aplicación de las normas anticolusorias en el derecho intragrupo* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 20.

24 Broseta, *Manual de derecho mercantil*, 579.

25 Meredith Dearborn, “Enterprise Liability: Reviewing and Revitalization Liability for Corporate Groups”, *California Law Review* 97, n.º 1 (diciembre de 2008): 216, <https://doi.org/10.15779/Z384Q41>.

26 Volker Bringezu, “Parent-Subsidiary Relations under German Law”, *The International Lawyer* 7, n.º 1 (enero de 1973): 139, <https://www.jstor.org/stable/40704818>.

27 *Ibid.*, 493.

28 Artículo 429.4, LC.

Es perfectamente posible que, del solo análisis del comportamiento de las sociedades, se determine que existe un acuerdo tácito.

3. RESPONSABILIDAD LIMITADA EN SOCIEDADES MERCANTILES

La responsabilidad limitada es un principio fundamental del derecho de sociedades. Implica que los accionistas que forman parte de la sociedad constituida a partir del nacimiento de la persona jurídica como centro de imputación diferenciado responderán, por regla general, hasta por el monto de su respectiva aportación²⁹. Si bien el principio surge dentro de un contexto económico distinto al que hoy en día existe, responde a las mismas necesidades que produjeron su nacimiento. Entre otras, estas son la posibilidad de permitir la diversificación de capital y la distribución de riesgos entre los accionistas, la compañía y los terceros que realizan actividades económicas con la persona jurídica³⁰.

Así mismo, la responsabilidad limitada, de la mano con la personalidad jurídica independiente, reafirma que, una vez que la compañía nace a su vida jurídica, esta es independiente de aquellos que la conforman. La jurisprudencia anglosajona ha discutido sobre la naturaleza de la figura, desestimando argumentos respecto de que la compañía actúe como agente de sus accionistas. Por ejemplo, recoge casos en los que los argumentos a favor de exigir responsabilidad directa al accionista fueron fundamentados sobre la base de que la compañía es un agente por medio del cual los accionistas interactúan en el mercado, volviéndolos responsables de las actuaciones de esta³¹. No obstante, estos argumentos fueron desestimados por las autoridades que los conocían, con base en que la compañía no es una cosa sobre la cual se ostenta propiedad, sino una persona jurídica distinta que sirve como un nexo para contratos, esta posición es sostenida, entre otros, por Ronald Coase³².

4. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA EN EL DERECHO SOCIETARIO

La responsabilidad limitada, bajo la teoría contractual³³, busca eliminar costos de transacción y agilizar las relaciones comerciales. Vale la pena analizar las

29 Reinier H. Kraakman et al., *The anatomy of corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 8-9.

30 Stephen M. Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", *Journal of Corporate Law* 26, n.º 3 (julio de 2001): 12, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.236967>.

31 Walkovsky c. Carlton, Corte de Apelaciones de Nueva York, 29 de noviembre de 1966, párr. 4.

32 Ronald Coase, "The Nature of the Firm", *Economica* 4, n.º 16 (noviembre de 1937): 386, <https://doi.org/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>.

33 Esta teoría, expuesta por Stephen Bainbridge, analiza que la responsabilidad limitada opera como una regla general, con la finalidad de eliminar costos de transacción al momento de negociar. Bainbridge discute además las razones por las cuales se optó por la responsabilidad limitada como regla general, y no otro tipo de responsabilidad, con base en escenarios respecto de compañías abiertas o cerradas frente a acreencias contractuales y extracontractuales. Ver, Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 2.

ventajas de la responsabilidad limitada y su razón para ser la regla general. En principio, permite una mayor diversificación en las inversiones de los accionistas, pues existen incentivos como la protección patrimonial o *defensive asset partitioning*³⁴ ante un eventual caso de incumplimiento o insolvencia de la persona jurídica. Como consecuencia, los accionistas serán acreedores residuales y no podrán ser restituidos de sus aportes, sino hasta que el último acreedor haya sido pagado.

Con la responsabilidad limitada, la distribución de riesgos permite que los réditos de una actividad económica sean ilimitados para los accionistas, pero las pérdidas fueran asumidas en proporción al monto aportado por cada uno de estos³⁵. Aquello no solamente presenta beneficios para el accionista que, de otra forma, sería más adverso al riesgo. También es positivo para el desarrollo de la actividad comercial, que en varias instancias tiene repercusiones valiosas sobre la sociedad.

Igualmente, permite que la compañía pueda tener una división entre el capital social o las inversiones en esta y la administración. Aunque no son excluyentes, la responsabilidad limitada hace posible que los accionistas que no están interesados en el manejo administrativo de la compañía no tengan que interceder, cuestión que en ciertos casos podría entorpecer la marcha operacional de esta. En el supuesto en el que un accionista fuera ilimitadamente responsable, además de que su inversión bajaría significativamente debido al riesgo que corre su patrimonio personal, no podría dejar que un aparato de gobierno y administración se encargue por sí solo de la marcha de la compañía sin su supervisión.

Un accionista tendría más incentivos para participar de la administración de la compañía, lo cual puede resultar contraproducente cuando no conoce el negocio en cuestión. Incluso, este régimen afectaría directamente el incentivo de monitoreo de la compañía, pues, además de solo recaer en la administración, tendría incidencia en el monitoreo al resto de accionistas. El accionista deberá supervisar que los demás no corran riesgos relativos a inversiones, endeudamiento y demás que pudieran resultar en un crecimiento de la compañía, pero al ser de alto riesgo son poco llamativos para los inversionistas.

Entre las ventajas más plausibles para los acreedores existe la facilidad para exigir el cobro de acreencias frente a un incumplimiento. Bajo la premisa de que existiera una responsabilidad solidaria, las compañías solo celebrarían

34 Henry Hansmann y Richard Squire, "External and Internal Asset Partitioning: Corporations and Their Subsidiaries", en *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, ed. Jeffrey Gordon y Wolfe Georg Ringe (Nueva York: Oxford University Press, 2018), 312.

35 Stephen M. Bainbridge y M. Todd Henderson, *Limited Liability: A Legal and Economic Analysis* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016), 42.

contratos basándose en la capacidad crediticia de los accionistas, mas no en las atribuciones de la compañía como generador de riqueza. Ahora, si se adoptaran modalidades como la responsabilidad *pro rata*³⁶, los acreedores tendrían que perseguir a todos los accionistas por el porcentaje de la deuda que corresponde sobre la base de su participación en el capital. Si esto puede resultar complicado frente a una compañía cerrada con más de dos accionistas, su aplicación resultaría imposible en una compañía que cotece sus acciones en el mercado de valores.

La responsabilidad limitada elimina dichas dificultades y convierte en deudor a un solo responsable: la compañía³⁷. Existen ocasiones en las que no todos los acreedores tienen un contrato que les permita exigir algo a la compañía, más cuando de por medio existe fraude o abuso del derecho. El caso de los acreedores extracontractuales ha sido motivo de discusión para la doctrina en varias ocasiones. Se ha mencionado que puede ser el único caso en el que la responsabilidad limitada, como regla general, no se justifica³⁸. Cuando a esto se añade un fraude o abuso del derecho, corresponde la aplicación del levantamiento del velo societario para desconocer la persona jurídica independiente que ha sido usada como una mera fachada para un beneficio fraudulento de quienes la integran.

No obstante, cuando no se configura este fraude o abuso, el argumento que apoya la aplicación de la responsabilidad limitada radica en que una acreencia extracontractual, desde un accidente automovilístico hasta daños ambientales o de contaminación, tendrá una repercusión considerable en la reputación de la compañía y en la finalidad de maximización de valor para los accionistas. La responsabilidad limitada trae como consecuencia —más en estos casos— un deber de responsabilidad con la sociedad, en respuesta a que esta ha permitido el incentivo de la responsabilidad limitada.

La evidencia empírica en el caso Jonathan Harr c. Dalkton Shield muestra cómo la contaminación del agua por parte de la compañía causó que entrara en proceso de bancarrota. A pesar de que todos los acreedores fueron resarcidos por los daños, y ninguno de los accionistas fue directamente responsable, el daño a su imagen corporativa la llevó a su extinción³⁹. Considerando lo anterior, la responsabilidad limitada en casos de responsabilidad extracontractual se justifica por el beneficio que trae a la sociedad, además de que el deber de responsabilidad que asume la compañía actúa como elemento disuasivo para causar daños a terceros, dados los efectos reputacionales que pueda llegar

36 Henry Hansmann y Reinier Kraakman, "Towards Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts", *The Yale Law Journal* 100, n.º. 7 (mayo de 1991): 1884, <http://hdl.handle.net/20.500.13051/8625>.

37 Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 19.

38 *Ibid.*, 32.

39 Jonathan Harr c. Dalkton Shield, Corte de Apelaciones del Distrito de Florida, 21 de enero de 1985, párr. 18.

a tener⁴⁰.

5. RESPONSABILIDAD LIMITADA EN GRUPOS EMPRESARIALES

Es fundamental considerar que el principio de responsabilidad limitada, desde sus orígenes modernos en Reino Unido⁴¹, hasta su aplicación en Estados Unidos a partir del siglo XIX⁴², denota su enfoque hacia la sociedad en desarrollo. Su intención radicaba en asociarse para generar plazas de empleo, riqueza e impulsar objetivamente las industrias que estaban en proceso de crecimiento. Ante este panorama nació la necesidad de que las estructuras corporativas muten hacia una organización interna más elaborada, que partía de la posibilidad de que los accionistas no fueran solo personas naturales, sino también otras compañías.

Este escenario fue por muchos años una prohibición *de facto* en Estados Unidos⁴³, hasta que el estado de Nueva Jersey permitió expresamente que la adquisición de acciones pueda perfeccionarse cuando el adquirente fuera otra compañía⁴⁴. Los tribunales, ante la realidad de los hechos, comenzaron a catalogar a las adquisiciones de acciones por parte de una compañía como posible, únicamente si los estatutos lo permitían. Caso contrario, y como ocurrió en el caso *Peabody c. Chicago Gas Trust Co.*⁴⁵, fue aplicada la teoría *ultra vires*⁴⁶ para inobservar las adquisiciones, aludiendo que las actuaciones de la compañía habían excedido su objeto social determinado.

Evidentemente, este fue un aspecto que no estaba previsto cuando la responsabilidad limitada fue establecida como regla general del derecho de sociedades. Parecía contraintuitivo pensar que los accionistas de una compañía, que gozan de responsabilidad limitada, usen el vehículo societario para ser accionistas de otra, aplicando una segunda capa de protección a los activos del beneficiario final. Esta posibilidad hizo que la responsabilidad limitada deje de ser un mero blindaje para el accionista por deudas de la compañía para convertirse en un blindaje para la matriz por obligaciones de sus subordinadas, así como de las subsidiaras controladas de manera indirecta por la principal⁴⁷.

Producto de lo anterior, las empresas pasaron a reestructurar su organización

40 Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 22.

41 Phillip Blumberg, "Limited Liability and Corporate Groups", *The Journal of Corporate Law* 11, n.º 4 (enero de 1986): 587, https://digitalcommons.lib.uconn.edu/law_papers/28.

42 Ibid.

43 Dearborn, "Enterprise Liability", 203.

44 Engrácia-Antunes, *Liability of Corporate Groups*, 402.

45 *People ex rel. Peabody c. Chicago Gas Trust Co.*, Corte Suprema de Illinois, 26 de noviembre de 1889, párr. 8.

46 La doctrina *ultra vires* analiza la incapacidad de una compañía de celebrar actos que excedan su capacidad operativa, misma que fue delimitada previamente por sus accionistas en el objeto social. Ver Paul Noboa, "La doctrina *Ultra Vires* en el contexto societario ecuatoriano" SSRN (abril de 2020): 1, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3587514>.

47 Blumberg, "Limited Liability and Corporate Groups", 604.

interna, aprovechando al máximo la integración de diferentes compañías para la creación de un grupo empresarial. Latty analiza cómo esta restructuración cambió por completo la visión corporativa, dejando de lado el concepto tradicional de que la compañía por sí sola era la corporación completa. Ahora, entendida como la unidad económica que interactúa en el mercado, podía estar compuesta por un sinnúmero de compañías detrás⁴⁸. Como producto de que la responsabilidad limitada pueda ser objeto de beneficio por parte de otra compañía debido a que representa una protección adicional, surge la preocupación de que fácilmente puede prestarse para un abuso por parte de la sociedad matriz en las relaciones que mantenga a través de sus subordinadas.

5.1 IMPLICACIONES EN LA RESPONSABILIDAD LIMITADA FRENTE A LA EXISTENCIA DE UN GRUPO EMPRESARIAL

Uno de los conflictos más latentes en responsabilizar a las compañías que forman parte de un grupo empresarial es que todas las integrantes se benefician de la responsabilidad limitada. Cada una sigue siendo una persona jurídica distinta, con independencia de que exista relación entre estas, ya sea por participación en el capital social o por cualquiera de los supuestos discutidos. Esto implica que la sola propiedad accionaria o vinculación entre compañías y el consecuente control que una tenga sobre otra no es causal para una responsabilidad adicional⁴⁹. De otro modo, no existiría ningún incentivo para expandir el mercado. La responsabilidad limitada no puede comprometerse por la sola configuración de control.

La jurisprudencia anglosajona ha resuelto sobre varios supuestos en los que existe una pretensión que busca responsabilidad de una compañía que maneja, tras bambalinas, a otra que se obliga con terceros. Entre estos, el caso *Pullman's Palace Car Company c. Missouri Pacific Railway* data de un conflicto en el que la compañía actora demandaba el cumplimiento de un acuerdo de exclusividad que le permitía construir, diseñar y proveer los vagones a Missouri Pacific Railway para las rutas que manejaba o que podía llegar a manejar en un futuro⁵⁰.

Eventualmente, Missouri Pacific Railway adquirió propiedad accionaria de otras que tenían el mismo giro de negocio. A través de estas se inició un proceso de contratación con otros proveedores para el diseño y construcción de los vagones. El actor alegó que la exclusividad pactada fue violada. A pesar de

48 Evin Latty, *Subsidiaries and Affiliated Corporations* (Chicago: The Foundation Press, 1936), 4.

49 Christian A. Witting, *Liability of Corporate Groups and Networks* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 67.

50 *Pullman's Palace Car Company c. Missouri Pacific Railway 789*, Corte del Distrito Este de Missouri, 7 de diciembre de 1885, párr. 6.

que la corte reconoció vulneraciones a la exclusividad por el uso de *know-how* en el diseño de los vagones, desestimó la pretensión de la extensión de la exclusividad al grupo empresarial, dado que la obligación era solo con Missouri Pacific Railway, no con sus subordinadas⁵¹. Esto, tomando en cuenta que las compañías son personas jurídicas distintas, a pesar de que su manejo administrativo o control corresponda al mismo accionista o junta directiva⁵².

La jurisprudencia anglosajona manejó este criterio en varios casos, alineando sus decisiones a la teoría tradicional de que las compañías son personas jurídicas independientes de quienes las conforman. En el caso *Gibbs c. Greenville & Columbia R.R.*, la Corte de Carolina del Sur estableció que la propiedad accionaria de la matriz en su subordinada es irrelevante porque no afecta la identidad y finalidad de esta⁵³. Bajo la hipótesis del presente trabajo, a pesar de que este criterio respete la personalidad jurídica independiente y reafirme el principio de responsabilidad limitada, ignora el hecho de que una estructura compuesta de varias compañías puede diluir la responsabilidad limitada tanto que esta puede no tener cabida nunca.

Sin embargo, el solo hecho de beneficiarse de la responsabilidad limitada por medio de la constitución o adquisición de una compañía no es reprochable⁵⁴. Pese a esto, la práctica evidenció un uso excesivo de personas jurídicas fantasma para el abuso del principio de responsabilidad limitada, aspecto que obligó a los tribunales anglosajones a modificar sus criterios. En el caso *Central Trust Co. c. Bridges*⁵⁵ se concluyó que la personalidad jurídica independiente de la que goza una compañía dentro de un grupo empresarial resulta en una doble capa de protección contra una eventual responsabilidad. Acontecimientos como estos iniciaron la tendencia de que se pueda considerar una responsabilidad de la matriz, en el supuesto de que la subordinada haya actuado bajo lineamientos de la principal y esto dé como resultado un fraude en la adquisición o venta de activos⁵⁶.

6. ¿ES DESEABLE LA APLICACIÓN DE RESPONSABILIDAD LIMITADA A GRUPOS EMPRESARIALES?

Pese al continuo desarrollo en los criterios para disminuir los abusos de la responsabilidad limitada entre grupos, la jurisprudencia citada no discutía por completo algunos aspectos adicionales. Por ejemplo, ignoró la idea de que, al actuar por medio de una subordinada, la matriz se beneficiaba con un

51 Id., 597.

52 Blumberg, "Limited Liability and Corporate Groups", 609.

53 *Gibbs c. Greenville & Columbia R.R.*, Corte del distrito de Carolina del Sur, 8 de agosto de 1882, párr. 69.

54 Witting, *Liability of Corporate Groups and Networks*, 70.

55 *Central Trust Co. c. Bridges*, Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Sexto Circuito, 1 de agosto de 1893.

56 Blumberg, "Limited Liability and Corporate Groups", 610.

incentivo para una externalización de riesgos exagerada. Estas consideraciones abren puertas a la duda de si es deseable que el principio de responsabilidad limitada proteja a la matriz de las obligaciones de la subordinada o si es momento de que el legislador replantee su aplicación.

La doctrina ha desarrollado esta idea. La responsabilidad limitada nació como un incentivo para motivar la inversión en el mercado sin arriesgar el patrimonio del accionista, suprimiendo su aversión al riesgo. En el caso de las compañías, estas no tienen la aversión al riesgo que las personas naturales sí, sobre todo porque ya están inmersas en el mercado y ya no hay un desincentivo para su participación en el capital social de otra compañía⁵⁷. Es lógica la conclusión de que la aversión al riesgo no es un contingente que limite la participación de una compañía en el capital de otra, en comparación con lo que ocurre con las personas naturales, y no puede ser utilizado como un argumento que apoye la aplicación de este principio en grupos empresariales.

Otro punto relevante tiene que ver con la facilidad de dividir la propiedad y el control. Por regla general, la responsabilidad limitada permite la diversificación de las inversiones por parte del accionista, así como la facilidad de que estas no vayan atadas a un deber de administración. Es una ventaja que permite no formar parte de la administración interna ni tampoco vigilar al resto de los accionistas, ya que la administración se centraliza en el aparato creado para esto⁵⁸.

No obstante, cuando se trata de una relación matriz-subordinada, la matriz se vuelve accionista con el fin de utilizar a esta como medio para su actividad económica. En este sentido, una consecuencia de dicha finalidad será que la matriz esté activamente presente en la administración y vigilancia financiera de la subordinada, directamente o a través de los que sean designados por esta⁵⁹. Incluso, en muchas estructuras económicas el desempeño y crecimiento de las subordinadas son lo que mantiene en funcionamiento a la compañía matriz. Además, conforme Blumberg indica, el monitoreo de la matriz también evita la configuración de daños antes de que ocurran⁶⁰. Por esto, el escenario en el cual una compañía decida ser accionista de otra solo para mantener su calidad de accionista pasivo sin involucrarse en la administración es excepcional en estas estructuras.

Finalmente, una de las causas más discutidas por la doctrina respecto de la necesidad de inobservar el principio de la responsabilidad limitada para grupos

57 Witting, *Liability of Corporate Groups and Networks*, 72.

58 *Ibid.*, 73.

59 Ian Ramsay, "Allocating Liability in Corporate Groups: An Australian Perspective", *Connecticut Journal of International Law* 13, n.º 2 (octubre de 1999): 350, <https://ssrn.com/abstract=1024901>.

60 Blumberg, "Limited Liability and Corporate Groups", 614.

es la externalización de riesgos. Cuando la inversión se realiza por personas naturales, la consecuencia lógica es que se externalizan los riesgos de la compañía y los accionistas a terceros, que son quienes asumen la posibilidad de no ser pagados en caso de que el vehículo no tenga los suficientes recursos, salvo una determinación de fraude⁶¹. En este escenario, los accionistas tendrán incentivos para invertir más de lo que invertirían si el riesgo afectase su patrimonio, permitiendo así que el mercado fluya de mejor manera⁶².

En el contexto de grupos empresariales este beneficio puede resultar en daños graves a la sociedad, porque el incentivo principal del grupo será externalizar la mayor cantidad de riesgos por medio de sus subordinadas y filiales, de manera que las varias capas de responsabilidad limitada sean lo suficientemente grandes como para evitar la materialización de un daño o responsabilizarse por ellos. En este sentido, si la compañía matriz está protegida por la responsabilidad limitada propia y de sus subordinadas y filiales, es muy probable que esta realice actividades de muy alto riesgo y que tengan un efecto negativo para la sociedad, pero aumenten el valor presente neto del grupo⁶³. Esto es peligroso. Sin un régimen de responsabilidad definido, y si el capital o los activos de la subordinada no son suficientes para pagar las acreencias, los acreedores no podrán exigir cualquier obligación pendiente.

A esto se suma que la matriz podría tener el incentivo de que cada subordinada sea capitalizada en un porcentaje mínimo con relación a lo que debería capitalizarse para realizar las actividades en cuestión. O, en su defecto, que teniendo el capital suficiente sea infracapitalizada para evitar el pago de acreencias, como será analizado en acápite posteriores. Todos estos aspectos relativos a la aversión al riesgo representan para el presente trabajo una de las consecuencias que más incentiva a la creación de un régimen de responsabilidad enfocado a estas estructuras. Esto es a raíz de que los grupos empresariales tienen menos aversión al riesgo en el contexto de ser accionista de otra de lo que tienen las personas naturales.

Todos los factores discutidos se justifican bajo un régimen de responsabilidad limitada aplicable a personas naturales, sobre todo por el bienestar que representan a la sociedad, a pesar de que existan contingentes, como la responsabilidad extracontractual, analizados en apartados precedentes. No obstante, en grupos empresariales la responsabilidad limitada ha generado varios fenómenos estructurales que vale la pena analizar, ya que fundamentan la premisa de que no es socialmente deseable mantener este beneficio como parte de los grupos, dentro de estos fenómenos se destacan el denominado

61 Hansmann y Kraakman, "Towards Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts", 1891.

62 Ibid.

63 David Leebron, *Limited Liability, Tort Victims and Creditors* (Nueva York: Center for Law and Economic Studies, Columbia University School of Law, 1992), 42.

judgment-proofing y la infracapitalización de la sociedad.

6.1 FUNDAMENTOS DEL *JUDGMENT-PROOFING*

La doctrina analiza que la estructura más común de los grupos empresariales es aquella que adopta una organización dividida, o una forma de “M”⁶⁴. Esta consiste en que cada una de las subordinadas pertenecientes al grupo se dedican a una etapa distinta de la cadena productiva en lo que respecta a manufactura, procesamiento, ventas y administración del negocio. En el entendido de que la actividad económica sea responsable, genera un efecto positivo, pues focaliza el desarrollo de cada negocio a una compañía en particular, lo que permite un desarrollo más centralizado de cada actividad y mejores resultados a largo plazo. Muscat sostiene que es común que las compañías formen grupos empresariales que van más allá del control o la administración sobre otras⁶⁵.

Esto va ligado con la premisa de la responsabilidad limitada, pues denota un efecto positivo en el mercado, incentivando el desarrollo y, sobre todo, la independencia de las compañías. Así se fundamenta el argumento de que detentar control de otra sociedad no puede ser *per se* sancionable. La responsabilidad es una consecuencia de que previamente exista un supuesto de hecho que configure el nacimiento de esta responsabilidad. Dicha consecuencia no corresponde al solo estatus de configurarse como grupo, ni nace a partir de que se configure control de la matriz en la subordinada⁶⁶.

La compañía tiene la plena capacidad de conformar grupos empresariales y puede aprovecharla para blindarse por medio de varios vehículos que solo sirvan para aquel propósito. Visto así puede, deliberadamente, estructurar su propio grupo empresarial constituyendo subordinadas y filiales con la única finalidad de proteger activos, evitar un alcance efectivo de estos frente a una demanda por responsabilidad o, en general, para evitar ser directamente responsable de las actividades que realice a través de sus subordinadas. Esa habilidad de constituir sus compañías fantasma con el fin de eliminar o reducir la responsabilidad directa toma el nombre, en el derecho anglosajón, de *judgment-proofing*⁶⁷.

Verbigracia, una compañía matriz que es propietaria de todo el activo corriente podría constituir una subordinada para que sea dueña de todos sus equipos y otra con la sola finalidad de que se obligue con terceros. La última realizaría las actividades de mayor riesgo con los equipos de la primera subordinada, a

64 Witting, *Liability of Corporate Groups and Networks*, 79.

65 Andrew Muscat, *The Liability of the Holding Company and the Debts of its Insolvent Subsidiaries* (Nueva York: Ashgate Publishing, 1996), 155.

66 Rene T. Wieser, *Liability within Corporate Groups* (Frankfurt: Societas Verlagsgesellschaft, 2019), 34.

67 Lynn LoPucki, “The Death of Liability”, *The Yale Law Journal* 106, n.º. 1 (octubre de 1996): 20, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.7589>.

los cuales solo tiene acceso por medio de un contrato de arrendamiento. En caso de que existiera un incumplimiento o daño grave que exija responsabilidad de la última, esta no contaría con activos suficientes. Solo fue creada como una mera fachada para evitar un desmedro patrimonial de la compañía matriz.

Squire indica que el *judgment-proofing* puede evidenciarse en otras circunstancias, por ejemplo, en las de financiamiento. En ellas se constituye una compañía con el objetivo de que se obligue con las instituciones financieras o terceros, a fin de mantener los estados financieros del resto del grupo sin pasivos que puedan resultar como contingentes para otro tipo de operaciones⁶⁸. Aunque su aplicación ha sido criticada sobre la base de que primero se deberá analizar la naturaleza de las transacciones que las compañías realizan⁶⁹, para los fines de este trabajo resulta importante analizarlo sobre una presunción de externalización de riesgos y un abuso por parte de la matriz. Cabe notar que su estructura se basa en la creación de compañías con el fin de externalizar riesgos mediante la segmentación de activos o endeudamiento excesivo, cuestión que incide en la facilidad que tengan terceros de exigir responsabilidad.

6.2 INFRACAPITALIZACIÓN

La infracapitalización ha sido objeto de mucho análisis dentro de casos de grupos empresariales o de levantamiento del velo societario. Uno de los argumentos en el caso *Walkovsky c. Carlton* sugería que las compañías que formaban parte del grupo empresarial de Carlton estaban infracapitalizadas⁷⁰. Dentro de este análisis, los jueces establecen que se puede entender a la infracapitalización como *ex ante* cuando los fondos colocados inicialmente en la compañía para realizar sus actividades eran insuficientes para la naturaleza de las mismas. A su vez, la infracapitalización podría considerarse como *ex post* cuando los fondos de la compañía son retirados de esta, sea en forma de utilidades generadas o salarios a sus accionistas o administradores, dejando al vehículo con pocos recursos para cubrir sus obligaciones⁷¹.

Tanto la infracapitalización *ex ante* como *ex post* tienen factores que discuten su aplicabilidad en el escenario de determinar un verdadero fraude o abuso. Bainbridge sostiene que es imposible prever los riesgos que requieren que la compañía mantenga una cantidad de fondos determinados para enfrentarlos⁷². En el caso *ex ante*, este trabajo considera casi imposible tomarlo como

68 Richard Squire, "Strategic Liability in the Corporate Group", *The University of Chicago Law Review* 78, n.º. 2 (mayo de 2011): 614, https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/66.

69 Steven Schwarcz, "The Inherent Irrationality of Judgment Proofing", *Stanford Law Review* 52, n.º. 1 (abril de 1999): 37, https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/497.

70 *Walkovsky c. Carlton*, párr. 19.

71 *Id.*

72 Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 53.

un fraude o abuso, ya que uno de los remedios planteados por la doctrina ha sido mantener disposiciones como la del capital mínimo⁷³. Esta alternativa no resulta efectiva, pues una compañía puede fácilmente cumplir con este mínimo, pero adquirir obligaciones que superen el umbral de su capital, sin modificarlo. En esta hipótesis, legalmente no existiría una infracapitalización, a pesar de que no pueda cumplir posteriormente con dichas obligaciones.

En la infracapitalización *ex post* se abre la discusión respecto de los casos en los que la matriz puede efectivamente responder a un fraude o abuso que tenga como consecuencia una responsabilidad. En el supuesto planteado en líneas precedentes, ¿podría la distribución de fondos en forma de utilidades o salarios sugerir que una compañía está siendo infracapitalizada? Con esta sola secuencia de hechos, no.

Dado que es imposible conocer sobre las obligaciones posteriores y cuánto es un monto razonable para enfrentarlas, los accionistas pueden beneficiarse de los resultados generados por la compañía y esto no puede considerarse *de facto* como un fraude o abuso del derecho. Contrario es el caso de cuando estas acciones son realizadas con el objetivo de evadir acreencias. Clark sostiene que para estos casos se requiere todavía un análisis más complejo, ya que además se debería revisar si la infracapitalización hizo que el deudor reciba menos de lo que razonablemente hubiera percibido si esos fondos no eran extraídos de la compañía y si estos retiros causaron o devinieron en un estado de insolvencia⁷⁴.

Aunque esta última presenta más factores que pueden delimitar responsabilidad adicional, y más en grupos empresariales, es una figura que requiere un análisis en cada caso. El criterio del presente trabajo es que la infracapitalización, para considerarse un fraude o abuso del derecho, requiere la acción y la intención de evitar responsabilidad o defraudar a acreedores. Si esto no se delimita, se está frente al caso de que la compañía es un nexo entre comerciantes y el resto de personas que intervienen en el mercado, y esta tiene la función de aumentar el valor presente neto y beneficiar a sus accionistas, lo que bajo ningún concepto es un comportamiento fraudulento.

7. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO COMO MECANISMO PARA IMPONER RESPONSABILIDAD EN GRUPOS EMPRESARIALES

La única excepción a la responsabilidad limitada bajo una visión tradicional es el levantamiento del velo societario. Esto permite hacer caso omiso de la persona jurídica independiente y perseguir a los accionistas de manera

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Robert Clark, *Corporate Law* (Toronto: Little, Brown & Company, 1986), 39.

solidaria solo cuando se ha determinado previamente un fraude o abuso de la personalidad jurídica⁷⁵. Se ha discutido si esta doctrina puede aplicarse en grupos empresariales. En la mayoría de casos la relación matriz-subordinada es de tipo accionarial, por lo que se podría perseguir a la compañía matriz o accionista por las obligaciones de su subordinada. Esta idea, en el contexto de los grupos empresariales, no es del todo acertada.

El levantamiento del velo podría permitir que se responsabilice a la compañía accionista por las obligaciones de la subordinada, sin embargo, esto no resulta beneficioso en un escenario en el que la compañía accionista sea, a su vez, manejada por varias compañías atrás que también son parte del mismo grupo. Bajo este contexto, puede ser que tampoco cuente con suficientes activos para responder, dejando a un acreedor sin mecanismos.

La doctrina australiana ha intentado adaptar el levantamiento del velo societario a los grupos empresariales mediante la categorización de la compañía matriz como una suerte de administrador oculto o de hecho⁷⁶. Una vez que la matriz sea catalogada como tal, es posible levantar el velo en el supuesto de que esta, en calidad de administradora de la subordinada, tome las decisiones que han incurrido en fraude o abuso, buscando que la matriz responda de manera solidaria. No obstante, esta doctrina deja al acreedor bajo la misma situación que lo analizado en líneas anteriores. La administración puede también ser manejada a través de varias personas jurídicas de manera simultánea. En este sentido, sería posible responsabilizar solidariamente a la matriz, pero en la práctica sería extremadamente complicado identificar al verdadero administrador oculto en un grupo de gran extensión.

Cabe resaltar la posible aplicación de la doctrina del abuso del derecho. En Ecuador, se define como aquel exceso irrazonable por parte del titular de un derecho, de tal forma que los fines de aquel y del ordenamiento jurídico se vean desviados deliberada y voluntariamente⁷⁷. Según Alessandri y Somarriva, un abuso de derecho se configura, entre otras cosas, cuando el hecho ejecutado es aparentemente legal, ocasiona daño y excede o contraría su destino económico y social⁷⁸. No obstante, su aplicación puede resultar genérica al abarcar una serie de supuestos para identificar el abuso, sin direccionar su atención al problema específico discutido en el presente trabajo.

A pesar de las alternativas en torno a la aplicación de esta doctrina en grupos empresariales, el análisis empírico, sobre todo de mayor aplicación en

75 Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law*, 133.

76 Helen Anderson, "Piercing the Veil on Corporate Groups in Australia: The case for reform", *Melbourne University Law Review* 33, no. 2 (enero de 2009): 355, <https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.20103161>.

77 Artículo innumerado agregado al 36, Código Civil [CC], R. O, Suplemento 46 del 24 de junio de 2005.

78 Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, *Derecho civil* (Santiago de Chile: Nascimento, 1957), 184.

legislaciones anglosajonas, ha dado cabida a nuevos mecanismos de excepción a la responsabilidad limitada, entre estos la denominada *enterprise liability*. Mientras que el levantamiento del velo societario es definido como el mecanismo de enfoque vertical que permite perseguir a quienes están por encima de la compañía cuando se ha determinado que existe fraude o abuso, el *enterprise liability* permite analizar a todo el grupo empresarial como uno solo, fungiendo como el mecanismo de enfoque horizontal que persigue al resto de compañías del grupo, directa o indirectamente relacionadas con la obligada, por las obligaciones de esta⁷⁹.

8. LA DOCTRINA DE LA *ENTERPRISE LIABILITY* PARA IMPONER RESPONSABILIDAD A GRUPOS EMPRESARIALES

Críticos hacia la doctrina del levantamiento del velo societario han analizado la necesidad de desarrollar la *enterprise liability* como alternativa para evitar asociar a los grupos empresariales con el levantamiento del velo. Este análisis resalta que la naturaleza de esta última difiere en muchos sentidos de los fundamentos que sostienen la existencia de la *enterprise liability*. Dearborn, por ejemplo, manifiesta que la *enterprise liability* se concentra más en los aspectos económicos detrás de los incentivos que llevan a la conformación de grupos empresariales. Se enfoca en el grupo empresarial como un universo individual y reconoce que, a pesar de que cada compañía es una persona jurídica independiente, todas forman parte de dicha universalidad para su interacción en el mercado⁸⁰.

Bajo esta mirada, un acreedor de cualquier tipo podría perseguir a cualquiera de las compañías que forman parte del grupo empresarial por las obligaciones de una de las subordinadas. Esto tendría lugar cuando se determine que fue utilizada como una mera fachada para externalizar los riesgos de la matriz y, simultáneamente, evitar responder por daños causados. La doctrina se enfoca en obligar a la internalización de riesgos de las subordinadas por parte de la matriz bajo una premisa económica. Se parte del presupuesto de que la responsabilidad de los grupos empresariales existe, sobre todo, cuando hay una excesiva externalización de riesgos. Stone apoya este argumento alegando que la obligación de internalizar riesgos por parte de la matriz se acoge a principios de maximización económica, en el sentido de que las sanciones se enfocarán en imponer responsabilidad a la matriz y, por ende, afectar los resultados generados por el hecho dañoso⁸¹.

79 Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 61.

80 Dearborn, "Enterprise Liability", 210.

81 Christopher D. Stone, "The Place of Enterprise Liability in the Control of Corporate Groups", *The Yale Law Journal* 90, n.º 1 (noviembre de 1980): 70, <https://doi.org/10.2307/795857>.

La compañía matriz y sus administradores, en busca de maximizar el valor presente neto, tomarán en consideración que existe un riesgo inminente de responsabilidad por las acciones de las subordinadas, a pesar de tratarse de compañías distintas. Por ello, obligará a acoger una modalidad de toma de decisiones enfocada en los riesgos futuros a los que puedan enfrentarse como grupo empresarial. Así, se eliminaría la noción de que el principio de responsabilidad limitada evitará un riesgo a sus inversiones si las actuaciones así lo ameritan.

Bainbridge, al contrario de lo que ha mostrado el desarrollo jurisprudencial, aboga en considerar a esta doctrina como independiente enfocada en grupos empresariales, en lugar de una variación del levantamiento del velo⁸². Este trabajo considera acertada esta visión ya que facilitaría, de manera conceptual, la clarificación de la diferencia entre buscar responsabilidad de una persona como accionista por fraude o abuso del derecho y responsabilizar a un grupo empresarial por las actuaciones de una de sus compañías subordinadas. Además, permite enfocarse en la naturaleza del fraude basado en la estrategia de emplear, por ejemplo, el *judgment-proofing* para externalizar riesgos de manera excesiva y utilizar a las compañías subordinadas para blindar a la matriz.

8.1 APLICACIÓN DE LA *ENTERPRISE LIABILITY* EN LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia ha desarrollado esta doctrina en aras de adaptar las situaciones de los grupos empresariales a una realidad más acorde, separándose de otras formas de responsabilidad como las discutidas en apartados anteriores. Uno de los casos más emblemáticos es el denominado Amoco Cádiz, el cual conoció sobre el naufragio de un buque y consecuente derrame de varias toneladas de petróleo en las costas de Francia que estaban siendo transportadas por la compañía Amoco Transport Company, constituida en Liberia⁸³. Las particularidades que asocian el caso a la *enterprise liability* recaen principalmente en que Amoco Transport Company era una filial de la compañía Standard Oil Corporation, que era dueña de la primera a través de una subordinada.

Adicionalmente, otro de los componentes recaía en que los daños fueron avallados en aproximadamente dos mil millones de dólares, frente a una compañía cuyo patrimonio consistía en el buque que recientemente había naufragado. Ante esto, la Corte de Illinois, encargada del caso, se enfrentó con la pretensión de responsabilizar a Standard Oil Corporation por el accidente de su filial. Conforme describe Antunes, la corte tuvo dos alternativas enfocadas

82 Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 71.

83 Re Oil Spill in Amoco Cadiz, Corte del Distrito Noreste de Illinois, 15 de junio de 1992, párr. 8.

en aplicar la teoría tradicional y no responsabilizar a la matriz, considerando que las compañías son personas jurídicas independientes o en aplicar la doctrina de la *enterprise liability* y responsabilizar a la matriz⁸⁴.

De la mano con este ejemplo, es importante sostener por qué la *enterprise liability* por sí sola no es la panacea. Tomando en cuenta el criterio de la corte, ninguna de las opciones previstas en líneas precedentes llevaba a una respuesta congruente. La corte reconoció en su sentencia la personalidad jurídica independiente bajo la teoría tradicional, pero determinó que efectivamente existía un control matriz-filial. No obstante, eso no fue lo que llevó a la decisión de responsabilizar a la matriz. El caso se resolvió considerando si el control, como supuesto de hecho, tenía incidencia en la falta de recursos de la filial para responder por las obligaciones que se generaron como producto de este naufragio.

La corte analizó cómo la filial, además de funcionar en las mismas instalaciones que su matriz, tenía a su directorio compuesto por los mismos miembros de las demás subordinadas, así como el de la matriz. En este último punto se evidenció que la construcción del buque hundido fue aprobada por el directorio de la matriz y financiada con fondos de dos de sus subordinadas, sumado a la negligencia en la aprobación de requisitos para la construcción correcta del buque⁸⁵. El presente trabajo sostiene que la aplicación de esta doctrina requiere no solo introducirla en la legislación local, como es el caso de Ecuador, pero abrir puerta al análisis fáctico del caso para una eventual responsabilidad del grupo empresarial, como se analizará en apartados posteriores.

Igualmente, el caso de *Walkovsky c. Carlton*, aunque no analiza como factor principal la *enterprise liability*, muchos factores recogen la posible aplicación de esta en la resolución. El caso data de un accidente automovilístico entre un taxi de propiedad de la compañía Seon Corp. y Walkovsky, en el cual este solicitaba el resarcimiento de los daños. No obstante, Seon Corp. no tenía suficiente capital para responder. Walkovsky alegó que Seon Corp. era parte de una estructura de compañías de servicios de taxis, todas bajo el control de Carlton, por lo que la responsabilidad debía ser del único accionista⁸⁶.

La corte de Nueva York conoció al inicio de la causa varios argumentos del actor para alegar una responsabilidad personal del accionista. Entre estos, el que más se ajusta a la *enterprise liability* era el que sugería que ninguna de

84 José Engracia-Antunes, "New Avenues on Intragroup Liability", SSRN (2017), traducción al inglés de "Neue Wege im Konzernhaftungsrecht. Nochmals: Der 'Amoco Cadiz'-Fall", en *Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag* (Colonia: Verlag Otto Schmidt, 2000), 996.

85 *Ibid.*, 1006.

86 Stephen M. Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 7.

las compañías del grupo tenía realmente una identidad separada⁸⁷. A pesar de que este argumento no fue tomado en consideración para establecer responsabilidad, la doctrina analiza que esta pudo ser la mejor alternativa para responsabilizar a la totalidad del grupo empresarial, en lugar de optar por la aplicación de la doctrina del velo societario.

Durante la apelación, se pudo verificar que todas las compañías estaban infracapitalizadas *ex post* y que, efectivamente, todas eran manejadas por su único accionista, incluso hasta como una fachada, pues el negocio lo dirigía Carlton en su totalidad. La corte optó por responsabilizar directamente a Carlton mediante un levantamiento del velo, decisión criticada por la doctrina sobre la base de que no había fundamentos que sostengan dicho levantamiento, siendo más plausible una responsabilidad con otro enfoque, como el discutido en este trabajo⁸⁸.

9. APLICACIÓN DE LA *ENTERPRISE LIABILITY* EN ECUADOR

A raíz de la última reforma a la LC del 15 de marzo de 2023, el panorama societario del Ecuador dio un giro más significativo del que tuvo lugar en febrero de 2020 con la llegada de la Sociedad por Acciones Simplificada o con la Ley de Modernización de diciembre del mismo año. La última reforma trajo consigo un panorama más amplio respecto a la necesidad de regular los grupos empresariales. Hasta antes de ella, un grupo empresarial bajo el espectro societario era entendido, en sentido material, dentro del concepto de la compañía *holding* o tenedora de acciones, definida como aquella cuyo objeto social se limita a la tenencia de acciones de otras compañías⁸⁹.

Si bien es posible asemejar a una *holding* con los grupos empresariales, sobre la base de que la matriz ejerce un control de propiedad respecto de sus subordinadas, tiene mucho más sentido asemejarlas en una relación género-especie, la primera siendo los grupos empresariales y las compañías *holding*, como un supuesto de control basado en propiedad accionaria, la segunda. Dicha postura fue la que adoptó el legislador al incluir toda una nueva regulación en torno a los grupos empresariales. Esta sección contempla los supuestos de control bajo los cuales la autoridad puede suponer que existe un vínculo de control⁹⁰.

La regulación mencionada reconoce la posibilidad de que los supuestos de control puedan no solamente involucrar compañías, sino también personas naturales o personas jurídicas sin fines de lucro⁹¹. Esto se correlaciona con

87 Ibid.

88 Ibid., 6.

89 Artículo 429, Ley de Compañías [LC], R. O. Suplemento 347 del 10 de diciembre de 2020.

90 Id., artículo 429.9.

91 Id., artículo 429.3.

la postura de Reyes Villamizar, quien aborda los supuestos de control como aquellos que no son excluyentes de figuras no societarias, pero que tienen una incidencia en el manejo de vehículos societarios⁹².

En lo que respecta al análisis de la aplicación de la doctrina de la *enterprise liability*, Ecuador ha contemplado varios mecanismos para determinar, *ex ante*, una vinculación empresarial. Así mismo, ha delimitado varias obligaciones que estos deben cumplir, *ex post*, una vez que se haya determinado dicha subordinación. Por ejemplo, en el segundo caso, se obliga a los grupos empresariales a elaborar estados financieros consolidados además de los individuales, así como informes de gestión que podrán ser conocidos por todas las compañías del grupo⁹³. Igualmente, se plantea la prohibición de imbricación accionaria, la cual prohíbe una adquisición de acciones de la matriz por sus subordinadas o sus administradores⁹⁴, cuya premisa es evitar la circulación ficticia de capital y clarificar las cuentas contables para las partes interesadas⁹⁵.

No obstante, la LC, en cuanto a la responsabilidad del grupo, el análisis de una *enterprise liability* queda incompleto, pues la ley no termina clarificando su existencia, sobreponiendo la doctrina del levantamiento del velo societario. Al respecto, el artículo 429.8 de la LC reza:

Art. 429.8.- Los grupos empresariales no constituyen personas jurídicas. Por lo tanto, todos los integrantes del grupo tendrán personalidad jurídica independiente de los demás integrantes del grupo y, salvo que se hubiere levantado el velo societario por la concurrencia de fraude, simulación, abusos o vías de hecho, o cuando, en sede judicial, se atribuyere responsabilidad con fundamento en la figura de los administradores de hecho u ocultos, no existirá responsabilidad solidaria e ilimitada entre los miembros del grupo empresarial⁹⁶.

En este sentido, se reafirma la independencia jurídica de cada una de las compañías del grupo, pero se establece que la responsabilidad solidaria e ilimitada se impondrá sobre la premisa de que, o bien se levante el velo o bien se determine la existencia de la figura de administrador de hecho u oculto. Conforme lo sostenido en el presente trabajo, lo correcto sería establecer dicha responsabilidad en torno a la *enterprise liability*. Eso haría posible perseguir a cualquiera de los miembros del grupo empresarial sin que de por medio haya una relación de propiedad accionaria directa. Bastaría que se verifique la actuación fraudulenta para que cualquiera de los miembros del grupo pueda

92 Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 313.

93 Artículo 429.12, LC.

94 Id., artículo 429.4.

95 Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 332.

96 Artículo 429.8, LC.

asumir dicha responsabilidad. De otro modo, tal y como fue analizado con anterioridad, en caso de operar un levantamiento del velo, solo la compañía que se encuentre aguas arriba como accionista podría responder, ignorando el hecho que la estructura de vinculación comprenda aún más compañías que estén blindando a la matriz a través de un *judgment-proofing*.

Es importante resaltar aspectos sobre la forma en que la regulación toma como ejemplo supuestos de responsabilidad de grupos empresariales de otras legislaciones cuando sanciona incapacidad de pago de la subordinada. Verbigracia, la obligación de la matriz de cubrir las pérdidas anuales o de asumir las obligaciones de la subordinada frente a terceros⁹⁷ y la responsabilidad de la matriz por quiebra de la subordinada⁹⁸. Esta última idea es recogida por el artículo 429.8 que, en su tercer párrafo, prescribe:

Art. 429.8.- [...] [C]uando la situación de quiebra de una compañía subordinada parte de un grupo empresarial debidamente reconocido hubiera sido producida por actuaciones realizadas por la compañía matriz o sus controlantes en virtud de la subordinación, la sociedad matriz, sus controlantes o cualquiera de sus compañías subordinadas o vinculadas responderán, en forma subsidiaria, por los créditos insolutos de la compañía declarada en quiebra, cuando los activos de ésta resultaren insuficientes para cumplir con sus obligaciones⁹⁹.

Este artículo, al contrario del citado anteriormente, es un claro ejemplo de cómo la LC contempla una aplicación de la *enterprise liability* mediante la cual se impone responsabilidad a la matriz. Es importante resaltar cómo esta responsabilidad no parte de un levantamiento del velo societario y se enfoca únicamente en la relación matriz-subordinada, ignorando una relación de propiedad accionaria como primer elemento de vinculación. Esto abre un escenario de responsabilizar a la cabeza del grupo o cualquiera que se vincule a la compañía insolvente por las obligaciones que queden insolutas.

10. ¿ES LA DOCTRINA DE LA *ENTERPRISE LIABILITY* LA SOLUCIÓN?

La doctrina de la *enterprise liability* ha tenido su acogida en varias legislaciones del mundo, sobre todo por la perspectiva económica, que permite tener un rango de visión más amplio sobre cuándo se requiere verificar o no un control y posterior responsabilidad. Uno de los factores más importantes de

97 Artículo 502.1, Responsabilidad por pérdidas de la sociedad subordinada, Código das Sociedades Comerciais [Código de Sociedades Comerciales portugués], Diario Oficial n.º. 201/1986, Serie I del 2 de septiembre de 1986.

98 Klaus J. Hopt, "Group of Companies: A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups", *European Corporate Governance Institute Working Papers*, n.º. 752/2024 (enero de 2024): 9, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4708515>.

99 Artículo 429.8, LC.

esta doctrina recae en que la responsabilidad no desconoce ni ignora a la responsabilidad limitada de los accionistas por las obligaciones de la compañía, como lo hace el levantamiento del velo societario. A diferencia de esto, mira al grupo como una unidad que actúa en conjunto para lograr sus objetivos y utiliza a esta actuación *de facto* como una calidad bajo la cual se debe identificar a la estructura.

Sin embargo, la doctrina aún requiere que muchas aristas sean desarrolladas con un poco más de claridad. En principio, como fue mencionado en apartados anteriores, la legislación ecuatoriana aún no se ha desprendido totalmente de la noción tradicional del levantamiento del velo como alternativa maestra para responsabilizar a quienes están cobijados por la responsabilidad limitada. Aunque la idea de que la *enterprise liability* sea planteada como alternativa, existen muchos factores a considerar para su correcta aplicación.

Es fundamental analizar esta idea volviendo al caso de Amoco Cadiz discutido anteriormente. En él se enfatiza que la imposición de responsabilidad debe mirar al supuesto de control como un nexo causal para la fijación de sanciones. Ello no implica que la mera existencia del primero llevará a concluir lo segundo. Antunes analiza lo decidido en Amoco Cadiz como la teoría dual que permite no solo determinar el control, sino utilizarlo para verificar que es efectivamente lo que lleva a la conducta que genera el daño¹⁰⁰. Dearborn analiza este precepto en línea similar, aduciendo que la *enterprise liability* verifica la existencia de control en la medida que esta permita tomar decisiones para trasladar los costos que puedan generar daño¹⁰¹.

La legislación ecuatoriana presupone escenarios donde se configura el control y establecen obligaciones y prohibiciones *ex ante* para estos grupos. Sin embargo, el desarrollo normativo debería enfatizar aún más en criterios que lleven a la autoridad a fortalecer el análisis del nexo causal entre el control y la responsabilidad. Para esto, Blumberg sostiene que, una vez que se verifique una relación de control, es necesario hacer un examen de fondo, mediante el cual se puedan contestar algunas preguntas. Entre estas, por ejemplo: i) ¿la existencia de la subordinada se supedita a las metas de la matriz?; ii) ¿la estructura se presenta como una sola ante el público o existe una imagen individualizada de cada compañía?; iii) en ausencia de una personalidad jurídica independiente, ¿las compañías son parte del mismo negocio?; iv) ¿la subordinada tiene como función la externalización de los riesgos de la matriz¹⁰²? Sobre la base de lo analizado, estas preguntas son fundamentales para establecer el nexo causal entre el control y la responsabilidad, pues esta última debe ser solo

100 Engrácia-Antunes, "New Avenues on Intragroup Liability", 1008.

101 Dearborn, "Enterprise Liability", 248.

102 Phillip Blumberg, "The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations", *Delaware Journal of Corporate Law* 15, n.º 2 (1990): 340, https://digitalcommons.lib.uconn.edu/law_papers/58.

una consecuencia de que se tenga un control sobre los hechos que puedan generar daño a terceros.

No obstante, se considera que este análisis, al representar una posible excepción a la responsabilidad limitada, debe ser lo suficientemente estricto como para no aplicar este principio fundamental del derecho societario. Por esta razón, el examen de fondo debe diseñarse de modo que todas las preguntas se respondan de manera positiva para imponer responsabilidad. De otro modo, la aplicación de la *enterprise liability* podría devenir en una doctrina discrecional y criticada debido a que pondría en peligro los incentivos de diversificación, inversión y en general de ingreso de operadores económicos al mercado, como hasta el momento es el levantamiento del velo societario.

11. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El presente trabajo ha tenido como finalidad analizar a los grupos empresariales. Se estudió que se trata de una figura novedosa, incorporada a la legislación ecuatoriana para normar relaciones entre personas jurídicas independientes que se encuentren bajo el control de una matriz. Esta situación existía desde hace mucho tiempo, pero su falta de reconocimiento normativo dificultaba una correcta determinación de su estructura y sus efectos. Se identificó que si bien los grupos empresariales nacen bajo la premisa de que es posible que una sociedad pueda limitar su responsabilidad al adquirir acciones en otra, esta consecuencia no fue sino un efecto no deseado del crecimiento económico y de las nuevas estructuras empresariales.

Por esta razón, se concluye que, en estricto sentido, no existe un fundamento para que las compañías ya constituidas requieran de un beneficio como la responsabilidad limitada para incentivar su entrada al mercado, a diferencia de cómo esto sí representa un incentivo para las personas naturales. Así, resulta necesario establecer un correcto régimen de responsabilidad que permita proteger a terceros acreedores que puedan verse afectados por el múltiple blindaje de responsabilidad limitada que pueda tener una compañía.

Este régimen de responsabilidad no es compatible con el régimen excepcional que, tradicionalmente, se ha aplicado para perseguir a los beneficiarios finales, como lo es el levantamiento del velo societario. Además de ser fuertemente criticado por devenir muchas veces en discrecional, permite llegar hasta el accionista detrás de la compañía que ha sido utilizada como fraude o abuso del derecho. Sin embargo, resulta insuficiente cuando la estructura trasciende a una en la que varias compañías interactúan. Además, su relación puede no ser siempre de tipo accionaria, por lo que la figura resultaría improcedente si no se determina esta relación de propiedad entre el accionista y la compañía.

En lugar de aquello, se presenta como alternativa la aplicación de la doctrina de la *enterprise liability* para responsabilizar a todo el grupo empresarial, con independencia de que exista una relación de propiedad o no, siendo necesaria únicamente la determinación de control. Pese a que la legislación ecuatoriana ha dado un gran paso hacia la aplicación de dicha doctrina, la reconoce incorrectamente como una variación del levantamiento del velo societario o una aplicación de responsabilidad semejante.

En este sentido, las recomendaciones de este trabajo frente a todo este análisis giran en torno a desarrollar la doctrina de la *enterprise liability* en el plano legislativo, a fin de asegurar la protección a los acreedores mediante la aplicación correcta de este nuevo régimen de responsabilidad como una figura independiente al levantamiento del velo societario. Además, es importante fijar preceptos que permitan la verificación de control y del nexo causal del daño. De otro modo, al establecer el control como el aspecto que conlleva a la responsabilidad, implícitamente se estaría sancionando la facultad asociativa de los operadores económicos que interactúan en el mercado, lo cual tendría un efecto de desincentivo a la diversificación de portafolios e inversiones.