

Universidad San Francisco de Quito USFQ
Colegio de Jurisprudencia

El desvelamiento societario ejecutado por las instituciones del Estado con potestad coactiva y su relación con el debido proceso, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva

FELIPE FERNANDO TORRES COBO

Director: Hugo Antonio García Larriva, Mgs.

Trabajo de titulación como requisito para la obtención de título de Abogado

Quito, 7 de julio de 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“El desvelamiento societario ejecutado por las instituciones del Estado con potestad coactiva y su relación con el debido proceso, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva”

Felipe Fernando Torres Cobo

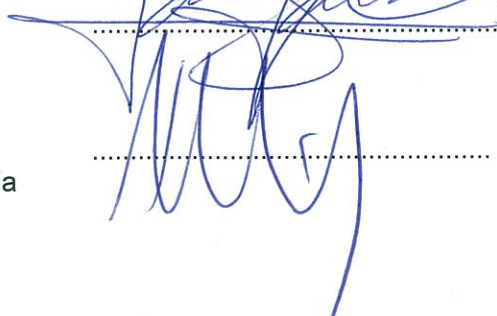
Hugo García, LLM
Director del Trabajo de Titulación



Dr. Vladimir Villalba
Lector del Trabajo de Titulación



Javier Jaramillo, LLM
Lector del Trabajo de Titulación



Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, julio del 2017

Quito, 12 de junio de 2017

Dr.

Farith Simon

Decano de Jurisprudencia

Universidad San Francisco de Quito

Por email.-

Estimado señor Decano,

Me complace remitir el informe aprobando la tesina de Felipe Fernando Torres Cobo, intitulada “El desvelamiento societario ejecutado por las instituciones del Estado con potestad coactiva y su relación con el debido proceso, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva”. A continuación, un reporte de mi evaluación como director.

1. Importancia del problema presentado

El alumno aborda, en general, el problema de si el ejercicio abusivo de la facultad establecida en el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales –que establece que las instituciones del Estado, con jurisdicción coactiva, pueden cobrar a personas naturales siempre que se haya determinado la existencia de abuso de la personalidad jurídica- violenta los derechos constitucionales al debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.

Los problemas analizados tienen relevancia desde un aspecto académico y desde un aspecto práctico.

Desde el aspecto académico, el problema estudiado plantea un debate sobre los límites al uso de la personalidad jurídica, la configuración de su abuso y las alternativas de solución para el mismo fenómeno.

Desde la perspectiva práctica, el problema abordado por el alumno es de relevancia pues plantea la tensión que existe entre la necesidad de las entidades públicas de contar con las herramientas necesarias para el cobro de sus acreencias cuando se ha presentado un abuso de la personalidad jurídica, y el derecho que tienen las personas que conforman dicha entidad jurídica a que se establezca previamente dicho abuso. Frente a una herramienta tan poderosa, un juzgador de derecho tiene que alcanzar un balance adecuado para no generar una presunción de abuso de la personalidad jurídica que deba ser rebatido por el administrado.

2. Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador

La hipótesis planteada por el alumno es que, previo al ejercicio de la jurisdicción coactiva, son los jueces de derecho, dentro de un proceso de conocimiento, los únicos adecuados para determinar el abuso y rasgar el velo sin violentar el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.

Desde esta perspectiva, la hipótesis planteada es trascendente porque da respuesta a los problemas planteados y perfila de manera cuidadosa los límites fenomenológicos donde se desenvuelve.

3. Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

Sin ser abundantes ni exhaustivas, las fuentes que el alumno refiere en su trabajo son literatura y precedentes jurisprudenciales (i) pertinentes y (ii) adecuados.

4. Contenido argumentativo de la investigación

Sin coincidir en un cien por ciento con los criterios expuestos por el alumno en su tesina, el trabajo está construido de una manera lógica y cada parte está sustentada con argumentos y conclusiones coherentemente estructurados. Para efectos metodológicos el alumno advierte en la introducción los límites de su investigación, lo que beneficia al lector de la tesina.

5. Conclusión

Por lo expuesto anteriormente, señor Decano, recomiendo que la presente tesina sea presentada para su defensa oral.


Atentamente,


Hugo García Larriva

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante	-----
Nombres y apellidos	Felipe Fernando Torres Cobo
Código:	00111580
C.I.	180318835-6 
Fecha:	Quito, 7 de julio de 2017

Agradecimiento:

A mi padre por su ejemplo y guía en esta tesina.

A mi madre y hermanos por su apoyo incondicional.

A Ana Isabel, mi compañera y editora personal.

RESUMEN

El artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales establece que las instituciones del Estado, con jurisdicción coactiva, pueden cobrar a personas naturales siempre que se haya determinado previamente que son responsables de abuso de la personalidad jurídica. No obstante, en los últimos cinco años, los jueces de coactivas han presumido el abuso y, a través de autos extensivos de pago, han levantado el velo societario arbitrariamente. Así, se han trasladado las deudas de la persona jurídica coactivada a sus accionistas, socios, administradores u operadores, por el simple hecho de tener esa calidad. Presumir el abuso de la personalidad jurídica y rasgar el velo societario, en un proceso de ejecución, supone necesariamente la vulneración de derechos constitucionales fundamentales. Por lo mismo, son los jueces de derecho, dentro de un proceso de conocimiento, los únicos adecuados para determinar el abuso y rasgar el velo sin violentar el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.

ABSTRACT

Article 1 of the Organic Law for the Defense of Labor Rights allows State institutions with coercive jurisdiction to charge private citizens that have abused legal personality. However, in the last five years, bureaucrats with coercive authority have presumed this abuse and have arbitrarily lifted corporate veil, demanding extensive payments. Consequently, it has been possible to transfer the debts of coactivated companies or other private legal entities to their shareholders, partners, administrators or operators. Assuming this misconduct to the legal personality and lifting the corporate veil during an execution process violates constitutional fundamental rights. For this reason, judges are the only ones that through a knowledge process should determine the misconduct and lift the veil without violating due process of law, access to effective judicial rulings, and the rule of law.

Tabla de contenido

A. Introducción	1
1. Artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales	3
1.1 Estructura del artículo 1 de la LODDL	4
1.2 Competencias otorgadas a las autoridades con potestad coactiva	6
2. El Abuso de la Personalidad Jurídica	8
2.1 La personalidad jurídica	9
2.2 Criterios para determinar el abuso de la personalidad jurídica	14
2.3 El desvelamiento societario como solución al abuso de la personalidad jurídica ..	17
2.4 Legislación ecuatoriana referente al abuso de la personalidad jurídica y al desvelamiento societario	23
3. Cuestiones Procesales	26
3.1 Procedimiento coactivo en el Ecuador	26
3.2. Casos de desvelamiento societario ejecutado por instituciones del Estado con potestad coactiva	30
3.3 Aplicación constitucional del artículo 1 de la LODDL	34
4. Aplicación inconstitucional del artículo 1 de la LODDL	36
4.1 El debido proceso y la obligación de probar el abuso de la personalidad jurídica.	37
4.2 La seguridad jurídica y la aplicación de las leyes vigentes	41
4.3 La tutela judicial efectiva y el acceso a ser juzgado por un juez competente	44
5. La acción de protección como medio procesal idóneo para defenderse frente a la aplicación inconstitucional del artículo 1 de la LODDL	46
5.1 Sobre la procedencia de la acción de protección	47
5.2 Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado	52
5.3 Las medidas cautelares constitucionales	54
5.4 Precedentes jurisprudenciales obligatorios	55
B. Conclusiones	58
C. Referencias	62
C.1. Doctrina	62
C.2. Jurisprudencia	65
C.3. Plexo normativo	67

A. Introducción

Con el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales (en adelante LODDL), se les otorgó a las instituciones del Estado, con jurisdicción coactiva, la potestad de quitar el velo societario, sin someterse a procedimiento judicial alguno. Se lo hizo con la finalidad de que tales instituciones hicieran efectivo el cobro directo e inmediato de las deudas de las personas jurídicas coactivadas a las personas naturales supuestamente responsables del abuso de la personalidad jurídica.

La promulgación y aplicación de esta Ley ha menoscabado una institución fundamental del derecho societario, esto es, la de que es distinto y está separado el patrimonio de la persona jurídica del patrimonio de sus socios o accionistas. En principio, éstos responden hasta el valor de sus aportes, a menos que se declare judicialmente que abusaron de la personalidad jurídica, caso en el cual responden personal y solidariamente. En la práctica, amparándose en este artículo, se ha hecho responsables de las deudas de la persona jurídica a los socios y accionistas e, inclusive, a los administradores y operadores, por el simple hecho de tener esta calidad, violentando así los principios de limitación de la responsabilidad y de separación de patrimonios.

El ámbito de estudio de esta tesina se limita únicamente al desvelamiento societario ejecutado por las autoridades con potestad coactiva, cuando aplican el artículo 1 de la LODDL. Este artículo menciona el abuso de la personalidad jurídica como el antecedente indispensable para rasgar el velo societario. A pesar de que no se establece que el abuso debe ser declarado judicialmente, por lo que prescriben los artículos 17, 17A y 17B de la Ley de Compañías y por la naturaleza del procedimiento coactivo (proceso de ejecución), se llega a la conclusión de que el abuso de la personalidad jurídica no puede ser presumido por un funcionario administrativo llamado juez de coactivas, al que no le corresponde declarar la extinción de derechos ni el nacimiento de obligaciones.

En el presente trabajo se estudia la forma en que la aplicación de esa competencia coactiva vulnera los derechos constitucionales al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica. La hipótesis de esta tesina es que el juez de coactivas no

puede presumir el abuso de la personalidad jurídica y, en consecuencia, rasgar el velo arbitrariamente para trasladar las deudas de la persona jurídica a sus socios, accionistas, administradores y operadores, ya que, al obrar de ese modo, siempre vulnerará derechos reconocidos en la Constitución.

Durante los cinco años de vigencia del artículo 1 de la LODDL, varias instituciones del Estado, con jurisdicción coactiva, por intermedio de los jueces de coactivas, han levantado el velo societario mediante autos extensivos de pago o providencias ampliatorias del auto de pago. Con la expedición de estos actos administrativos, sin fundamento, han presumido el abuso de la personalidad jurídica y han trasladado las deudas de las personas jurídicas coactivadas a sus socios, accionistas, administradores y operadores.

Como consecuencia de ello, los jueces de coactivas han violentando el derecho al debido proceso, al no mediar un procedimiento donde se pruebe debidamente el abuso de la personalidad jurídica, requisito indispensable previsto en el propio artículo 1 de la LODDL. Igualmente, han vulnerado los derechos a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva, al no haber observado el procedimiento establecido en las leyes para levantar judicialmente el velo societario.

Los casos estudiados en este trabajo corresponden a procesos coactivos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante IESS), la Corporación Financiera Nacional (en adelante CFN) y la Dirección General de Aviación Civil (en adelante DGAC). El común denominador en estos casos es que los jueces de coactivas presumieron la existencia de abuso de la personalidad jurídica en autos extensivos de pago y en providencias ampliatorias del auto de pago. Oportunamente, los jueces constitucionales declararon la vulneración de los derechos constitucionales de los coactivados extensivamente e, inclusive, la Corte Constitucional ha catalogado como precedente jurisprudencial vinculante a la Acción de Protección No. 09286-2015-00957, dentro del expediente constitucional 0286-15-JP, según la cual los jueces de derecho son los únicos que pueden rasgar el velo societario sin violentar derechos reconocidos en la Constitución.

En esta tesina se deja en claro que se violentan los derechos constitucionales de los coactivados extensivamente, después que la persona jurídica ya ha sido coactivada sobre la

base del respectivo título de crédito, cuando se levanta el velo societario sin que el juez de coactivas haya remitido el caso al juez de derecho competente. Ante esa circunstancia los coactivados extensivamente sólo tienen a su disposición la acción de protección, conjuntamente con las medidas cautelares constitucionales, para defenderse de la violación de sus derechos constitucionales al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la tutela judicial. Los recursos y las acciones judiciales para proteger sus derechos subjetivos frente a ilegalidades y nulidades no son eficaces para que cesen las vulneraciones a sus derechos reconocidos en la Constitución.

1. Artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales

El proyecto de Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales fue presentado por el Presidente de la República, con carácter económico urgente, el 28 de junio del 2012, mediante Oficio No. T. 6456-SNJ-12-756. La Ley se publicó en el R.O. No. 707 suplemento del 26 de septiembre de 2012. Sobre la versión original, la Asamblea incorporó algunas modificaciones que fueron objetadas parcialmente por el Presidente mediante oficio No. T.6465-SNJ-12-982, de 24 de agosto de 2012.¹ Durante la aprobación de la ley se discutieron, únicamente, los aspectos referentes a las obligaciones laborales. Se omitieron en el debate los temas societarios relacionados con responsabilidades subsidiarias de los obligados por ley y el procedimiento para el levantamiento del velo societario.²

El 7 de mayo de 2011, mediante consulta popular, la ciudadanía se pronunció a favor de la prohibición de los negocios dedicados a los juegos de azar.³ En consecuencia, los casinos, salas de juego y otros negocios, no pudieron continuar en funcionamiento después de que se instrumentó el resultado de la consulta. Al verse obligados a concluir sus

¹ Mariella Pilca y Ana María San Lucas. *Causas y efectos de la Aplicación de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales en la legislación ecuatoriana*. Tesis de grado. Universidad Laica Vicente Rocafuerte. Guayaquil, 2013. p.p. 52-54.

² Cfr., Sofía Larrea Buendía. *Análisis de constitucionalidad de la ley orgánica para la defensa de los derechos laborales*. Tesis de grado. Universidad Internacional del Ecuador. Quito, 2014.

³ Consejo Nacional Electoral. Resultados del Referéndum y Consulta Popular 2011. Registro Oficial No. 490 de 13 de julio de 2011. La pregunta de la consulta popular fue ¿Está usted de acuerdo que en el país se prohíban los negocios dedicados a juegos de azar, tales como casinos y salas de juego?

operaciones, algunos dueños de los negocios no indemnizaron a sus trabajadores.⁴ El Estado, ante tal situación, asumió las indemnizaciones por despido que correspondían a los trabajadores de esos establecimientos.⁵ Así, con la LODDL se buscó recuperar lo pagado por el Estado mediante el otorgamiento de facultades exorbitantes a las instituciones del Estado con potestad coactiva, como la de quitar el velo societario.⁶

La ley no se limitó a regular las obligaciones laborales derivadas del cierre de casinos y salas de juego; amplió, además, su objeto a otras deudas con las instituciones estatales.⁷ En efecto, en el artículo 1 de la LODDL no se delimita el objeto únicamente a deudas laborales. El problema principal, que será parte del análisis de esta tesina, es que se atribuyó a las autoridades con potestad coactiva la posibilidad de cobrar deudas, rasgando arbitrariamente el velo societario.

1.1 Estructura del artículo 1 de la LODDL

La LODDL fue creada, aparentemente, con un fin específico, en beneficio de los trabajadores. No obstante, el artículo 1 permite el cobro de todo tipo de obligaciones de los particulares con el Estado o sus instituciones, permitiéndoles a los jueces de coactivas desfigurar el sentido y el alcance del desvelamiento societario cuando se presume el abuso de la personalidad jurídica.

Cabe preguntarse, entonces, ¿qué elementos existen en dicho artículo 1 para que las instituciones del Estado, que por ley tienen jurisdicción coactiva, ejerzan potestades exorbitantes para levantar el velo societario bajo la presunción de que ha existido abuso de la personalidad jurídica? El artículo 1 de la LODDL prescribe:

Art. 1. - Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no solo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso

⁴ Cfr., La Hora Nacional. *Casinos: trabajadores despedidos intempestivamente en El Oro*. <http://lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101150118#.WTQFTWWwnBI>. (acceso: 12/01/2017).

⁵ Cfr., El Comercio Ec. *La crisis ahoga a los despedidos*. http://www.elcomercio.com/app_public.php/actualidad/negocios/crisis-ahoga-a-despedidos.html. (acceso: 11/02/2017).

⁶ Cfr., Sofía Larrea Buendía. *Análisis de constitucionalidad*. Op. cit.

⁷ *Ibid.*

de la personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador.

Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán, motivadamente, ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros existan indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos, lo cual deberá constar en el proceso y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación.

Igual atribución tendrán las autoridades de trabajo o los jueces del trabajo para ejecutar las sentencias dictadas dentro de los conflictos colectivos o individuales de trabajo, en su orden.⁸

Los tres incisos del artículo 1 son complejos y, en algunos casos, confusos.⁹

En el primer inciso se regula, por separado, la situación de las personas naturales, sean obligados principales u obligados por ley, y la situación de las personas jurídicas usadas para defraudar. En el caso de las deudas de las personas naturales que tienen la calidad de obligadas principales se establece que la acción coactiva se dirigirá también en contra de los obligados por ley para que asuman la deuda en forma subsidiaria. El principio de subsidiariedad de la deuda no se extiende a las deudas que asumen los que han abusado de la personalidad jurídica. Por ello, la norma dice que, en el caso de personas jurídicas usadas para defraudar, las personas naturales, ubicadas hasta en el último nivel de propiedad, responden con todo su patrimonio por las deudas de la persona jurídica con las instituciones del Estado.

En virtud de este inciso se les faculta a las autoridades con potestad coactiva para que cobren coactivamente a los propietarios de la persona jurídica usada para defraudar, es decir, aquellos que tienen la calidad de socios o accionistas, excluyéndose a los administradores u operadores. En el evento de que uno de estos propietarios de la persona jurídica sea otra persona jurídica, surge el problema de saber la forma en la que el juez de coactivas trasladaría las deudas de la persona jurídica, que abusó de la personalidad jurídica del otro ente, a las personas naturales que tengan participaciones o acciones en esta persona jurídica.

⁸ Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales. Artículo 1. Registro Oficial No. 797 de 26 de septiembre del 2012.

⁹ Vid., León Roldós. “¿Leyes para el abuso del poder?”. *El Universo*. 03/10/16. Cuaderno 1, p.9.

El análisis de la segunda parte del primer inciso del artículo 1 es el eje fundamental de este trabajo. Del texto citado surgen algunas interrogantes que serán respondidas a lo largo de la tesina: ¿cómo se puede probar el abuso de la personalidad jurídica en un procedimiento coactivo? ¿debe la autoridad con potestad coactiva remitir el proceso al juez de lo civil y mercantil para que ante éste se proceda a probar el abuso de la personalidad jurídica y rasgar el velo societario?

En el segundo inciso del artículo 1 se prescribe que las instituciones del Estado, que por ley tienen jurisdicción coactiva, pueden ordenar medidas precautelares en contra de los sujetos mencionados (en el primer inciso) y sus bienes. Además, pueden solicitar estas medidas sobre los bienes de terceros cuando exista una presunción de hecho acerca de que la titularidad corresponde a los obligados principales, a los obligados por ley o a las personas naturales que usaron la persona jurídica para defraudar.

Por último, el tercer inciso hace extensivas las atribuciones contempladas en el artículo 1 a las autoridades de trabajo o los jueces del trabajo. Lo grave de esto es que a los jueces de derecho se les obliga a colocarse en la misma situación de arbitrariedad en la que se encuentran los jueces de coactivas, que levantan el velo societario sin un proceso en el que se pruebe y declare la existencia del abuso de la personalidad jurídica.

1.2 Competencias otorgadas a las autoridades con potestad coactiva

Una vez analizados los tres incisos del artículo 1 de la LODDL, cabe hacer un estudio pormenorizado de las competencias otorgadas a la autoridad con potestad coactiva en relación con el desvelamiento societario. Las atribuciones de las instituciones del Estado con jurisdicción coactiva que serán estudiadas son: la de determinar el abuso de la personalidad jurídica, la de rasgar el velo societario, la de cobrar coactivamente a socios o accionistas y la de ordenar medidas precautelares en contra de los sujetos mencionados y sus bienes.

Antes de rasgar el velo societario de una persona jurídica es indispensable que se pruebe que se ha abusado de su personalidad.¹⁰ El artículo 1 de la LODDL faculta a las autoridades con potestad coactiva para determinar, discrecionalmente, la existencia o no de abuso de la personalidad jurídica. Sin embargo, no es tan sencillo como aparenta la redacción del artículo, ya que puede originarse por fraude, simulación, abuso del derecho, entre otros supuestos.¹¹ La complejidad de esta figura jurídica y las eventuales modificaciones de los derechos de las personas involucradas, obligan a que la determinación del abuso de la personalidad jurídica esté limitada únicamente a los jueces de derecho. Por ser estos los únicos competentes para declarar la existencia de obligaciones y la extinción de derechos.

Según la LODDL, una vez determinado el abuso de la personalidad jurídica las instituciones estatales, en uso de sus potestades coactivas, proceden a rasgar el velo societario. En este punto, el legislador ha obviado que el desvelamiento societario no siempre es la figura jurídica idónea. Por ejemplo, en el caso de la simulación, es conveniente hacer valer el negocio jurídico real por sobre el simulado y no quitar el velo societario.¹² Rasgar el velo societario, sin probar si esta figura es la adecuada para el caso concreto, es contradictorio con la doctrina, el procedimiento establecido en la Ley de Compañías y el derecho comparado, como se verá más adelante.

Después de levantar el velo societario, las autoridades cobran las acreencias de la persona jurídica –coactivamente- a los socios o accionistas de éstas; sin embargo, en este punto se presentan dos inconvenientes. Primero, debido a que el legislador no especificó que el cobro debía dirigirse únicamente a los responsables del abuso. En la práctica, socios o accionistas que nada tuvieron que ver con un supuesto abuso de la personalidad, responden por la deuda ajena con todo su patrimonio. Así, la autoridad puede dirigir el

¹⁰ Cfr., Levis Ignacio Zerpa. “El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima. Caracas”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Caracas. (1999).

¹¹ Cfr., Marcelo López Mesa y José Daniel Cesano. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Contribuciones a un estudio desde la óptica mercantil y penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000.

¹² Cfr., Alois Castillo Contreras. *Abuso de personificación, develación societaria y extensión de imputación de responsabilidad*. Commercium. 2012.

cobro, indiscriminadamente, en contra de los patrimonios propios de los culpables y de los inocentes. Segundo, la LODDL no prevé el monto por el que responden los responsables del abuso, por lo que se podría cobrar la totalidad de la acreencia a un socio minoritario, sin considerar su participación en la compañía. Lo único que se dice en el artículo 1 es que la persona natural responderá con todo su patrimonio.

Por último, se ha facultado a las instituciones del Estado, con jurisdicción coactiva, para que ordenen medidas precautelares en contra de los socios o accionistas de la persona jurídica y sus bienes. El uso abusivo e indiscriminado de esta atribución puede vulnerar gravemente derechos constitucionales, como ocurre, por ejemplo, cuando se dicta una prohibición de enajenar bienes en contra de un socio o accionista minoritario que nada tuvo que ver con el abuso de la personalidad.

En definitiva, la redacción del artículo 1 de la LODDL es amplia, compleja, confusa y se presta a una aplicación desmedida por parte del juez de coactivas. En la práctica, la falta de regulación y de técnica jurídica de la Ley han permitido que las autoridades con potestad coactiva actúen arbitrariamente, vulnerando los derechos constitucionales al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica.

2. El Abuso de la Personalidad Jurídica

El artículo 1 de la LODDL prevé, como único requisito para levantar el velo societario, la existencia de abuso de la personalidad jurídica. Si bien el artículo en cuestión carece de técnica jurídica y su redacción es amplia, es claro al señalar que sólo podrá rasgarse el velo societario cuando la persona jurídica haya sido usada para defraudar. Lo que se omite en el artículo 1, obliga a formular las siguientes interrogantes: ¿cómo se configura el abuso de la personalidad jurídica? ¿cómo se prueba su existencia? ¿es el desvelamiento societario la única solución frente al abuso?

En general, el abuso de la personalidad jurídica se da cuando las personas que integran o controlan una sociedad buscan fines extra-societarios, o cuando se emplea a la sociedad como un recurso para frustrar derechos de terceros, violar la ley, el orden público o la

buena fe.¹³ Por ejemplo, cuando los socios o controladores esconden su patrimonio en una sociedad para evitar el ataque de los acreedores, del cónyuge, o para violar la legítima de los herederos.¹⁴ Nadia Zorzi, en su análisis sobre el abuso de la personalidad jurídica, considera que las personas naturales son responsables del mismo, cuando efectúan actos tales como “disponer de los bienes de la persona jurídica como si fueran bienes propios [y] conducir una actividad económica propia bajo el nombre de la persona jurídica”.¹⁵

La actuación de las personas jurídicas se encuentra lícitamente limitada a su objeto social y a la ley; por lo tanto, las conductas que van más allá de lo legalmente permitido, sobrepasan los alcances que ha fijado el régimen societario para esa personalidad diferenciada.¹⁶ Las consecuencias de abusar de la figura societaria son: dejar a un lado al ente y hacer responsables de las consecuencias del evento dañoso a las personas físicas que, mediante un obrar ilegal, hicieron posible la comisión de un acto contrario al alcance que la ley da a las figuras colectivas.¹⁷

2.1 La personalidad jurídica

Si bien no existe una precisión concreta de lo que se conoce mundialmente por persona jurídica, diversos autores han aportado significativamente a la construcción de este concepto. Entre tantos debates jurídicos doctrinarios, no se ha logrado precisar una única visión de su fundamento legal, su alcance, sus atributos, entre otros aspectos. Existen diferencias marcadas entre los tradicionalistas y los innovadores. Por un lado, los tradicionalistas defienden que la persona jurídica es un sujeto real, pero los innovadores, consideran que las personas jurídicas son una construcción doctrinal, acogida por la legislación.¹⁸ Por lo mismo, para contextualizar el tema de esta tesina, es fundamental que

¹³ Jorge Grispo. “Inoponibilidad de la personalidad societaria” *La Ley* 25.01 (2005), p. 11.
<http://www.iprofesional.com/adjuntos/documentos/09/0000929.pdf> (acceso: 17/01/2017).

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ Nadia Zorzi. “Abuso de la Personalidad Jurídica”. *Revista de Derecho del Estado* N° 16. (2004), p. 29.
<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/revderest16&div=5&id=&page> (acceso: 22/02/2017).

¹⁶ Jorge Grispo. “Inoponibilidad de la personalidad societaria”. *Óp. cit.*, p. 7.

¹⁷ *Id.*, p. 6.

¹⁸ Francesco Galgano. “Concepto de Persona Jurídica”. *Revista Derecho del Estado* N° 16. (2004), p. 15.
<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/revderest16&div=4&id=&page=> (acceso: 03/02/2017).

se analicen las diferentes teorías existentes sobre la persona jurídica, su origen, finalidad y atributos.

¿La voluntad de la persona jurídicas es distinta que la de las personas que la conforman? ¿Su existencia se debe únicamente a la aprobación de la autoridad estatal? ¿Cuál es el limite a la actuación de la persona jurídica? Estas son algunas de las interrogantes que guiarán el análisis acerca del origen y la finalidad de la persona jurídica.

Por lo general, entre los doctrinarios existen quienes perciben al derecho como un instrumento técnico y, por otro lado, quienes se aproximan de manera sociológica al derecho. Los primeros, conciben a la persona jurídica como un instrumento para obtener ciertos fines; los otros, consideran a las personas jurídicas como realidades sociales que integran a dos personas en asociaciones diferentes a sus miembros.¹⁹ Las diferencias en la concepción del derecho generan que distintos autores desarrollen teorías sobre la persona jurídica. Las más importantes son: la teoría realista, la teoría de la ficción y la teoría de los patrimonios de afectación.

En primer lugar, quienes defienden la teoría realista u orgánica consideran que los humanos no son los únicos sujetos naturales de derecho, para ellos las personas jurídicas cuentan con voluntad, intereses y fines propios. Los fundamentos iniciales de esta teoría están en el derecho germánico. Con el tiempo, esta teoría es acogida por importantes autores.²⁰ Otto Von Gierke, por ejemplo, concebía a la persona jurídica como un organismo natural con voluntad e interés propio, distinto al de sus integrantes. Esta concepción generaba que los integrantes de la sociedad no respondan por las deudas de la persona jurídica, ya que un sujeto diverso responde por sus deudas propias.²¹ Las dos contribuciones más importantes de esta teoría son: “las personas jurídicas surgen espontánea o voluntariamente con independencia de la autoridad estatal y la persona jurídica está dotada de voluntad propia, la que se expresa por medio de sus órganos, que

¹⁹ Enrique Barros y Nicolás Rojas. *Personas Jurídicas*. Chile: Universidad de Chile, 2007, p. 1. https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0207/1/material_docente/bajar? (acceso: 13/02/2017).

²⁰ *Id.*, p. 1.

²¹ Otto Von Gierke. *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*. Berlin, 1887, p. 22. Citado en Francesco Galgano. “Concepto de Persona Jurídica”. *Óp. cit.*, p.p. 18-19.

expresan directamente la voluntad de la persona.”²²

La teoría planteada anteriormente se volvió insostenible a finales de 1800, debido a los argumentos de pensadores como Bernatzik y Jhering, quienes afirmaban que “el interés es una valoración racional, que únicamente puede ser relacionada con la función intelectual de hombre y solamente de él.”²³ Asimismo, Kelsen sostenía que el ordenamiento jurídico sólo puede imponer deberes y otorgar derechos a los seres humanos, debido a que solo el comportamiento de los seres humanos puede ser reglamentado por el ordenamiento jurídico.²⁴ La inconformidad con las teorías realistas permitió el auge de una teoría que se encuentra en el otro extremo, que concibe a la persona jurídica como un mero instrumento técnico para la consecución de fines colectivos de individuos que se asocian consciente y voluntariamente.²⁵

En segundo lugar, los canonistas medievales desarrollaron una teoría que llega a su máxima expresión con Von Savigny, la teoría de la ficción. Savigny consideró que el derecho subjetivo es un poder atribuido a una voluntad, por lo tanto, solo el ser humano puede ser sujeto de derecho, debido a que es el único dotado de razón y voluntad.²⁶ Las principales consecuencias prácticas de esta teoría son: “a) El nacimiento y la extinción de las personas jurídicas dependen de la voluntad o autorización de la autoridad pública. [...] b) Las personas jurídicas carecen de voluntad y de razón y, por tanto, de la posibilidad de actuar por sí mismas.”²⁷

Por último, otros autores conciben a la persona jurídica como un conjunto de bienes organizados para un fin determinado. La doctrina de los patrimonios de afectación considera que existe una relación jurídica invisible entre personas y cosas, o entre fines y bienes. Gracias a esta teoría se ha logrado explicar uno de los principales fines de la persona jurídica: la limitación de la responsabilidad. Asimismo, esta doctrina ha hecho

²² Enrique Barros y Nicolás Rojas. *Personas Jurídicas. Óp. cit.*, p. 1.

²³ Rudolf von Jhering. *Geist des römischen Rechts*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1891, p. 518. Citado en Francesco Galgano. “Concepto de Persona Jurídica”. *Óp. cit.*, p. 17.

²⁴ Hans Kelsen. *Teoría generale del diritto e dello Stato*. Milano: Edizioni di Comunità, 1963, p. 98. Citado en *Id.*, p. 18.

²⁵ Enrique Barros y Nicolás Rojas. *Personas Jurídicas. Óp. cit.*, p. 4.

²⁶ Federico von Savigny. *Sistema de Derecho Romano Actual*. 1872. Citado en *Id.*, p. 5.

²⁷ *Id.*, p. 5.

posible la existencia de la compañía individual de responsabilidad limitada, porque se puede afectar ciertos bienes a un fin determinado sin necesidad de asociarse con otras personas.²⁸

Por otro lado, la finalidad de las personas jurídicas puede ser la de “obtener una utilidad económica por los asociados, caso en el cual el derecho habla de sociedades, o para fines no patrimoniales, como la práctica de interés deportivo o espiritual, caso en el cual se habla de corporaciones.”²⁹ También existen las fundaciones, en las cuales ciertos bienes se encuentran afectados a la consecución de un fin determinado.³⁰ El fin más común de las personas jurídicas es el de obtener una utilidad económica para los miembros, tal es el caso de las sociedades o compañías. Sin embargo, una persona jurídica también puede buscar un interés lícito no patrimonial; por ejemplo, las iglesias, las corporaciones culturales o las asociaciones deportivas.³¹ Por estas razones, una persona jurídica únicamente está facultada para realizar los actos que configuran su objeto, el cual se encuentra regulado en los estatutos y define la capacidad legal de la misma.³²

En el siglo XIX, para que una persona jurídica (*legal entity, legal person* o *juristic person*) sea creada en Inglaterra, era necesario un reconocimiento específico por parte del Estado, el cual podía ser otorgado por una gracia de la Corona o del Parlamento. Al ser el reconocimiento estatal un proceso muy costoso, las personas optaron por el fideicomiso (*Trust*), de esta manera lograban que el aporte de los miembros constituya un patrimonio independiente manejado por varios fiduciarios. Debido a la inflexibilidad de este esquema, la Casa de los Comunes (*House of Commons*) apoyó la creación de la figura de la sociedad anónima (*Joint Stock Company*). Este avance en el derecho inglés provocó que en los diez años siguientes se creen más de seis mil compañías con responsabilidad limitada.³³ Adicionalmente, estos debates permitieron el estudio de los atributos de la personalidad

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ *Id.*, p. 2.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*

³³ Renzo Saavedra. “Breve itinerario por las teorías del Civil Law sobre la personalidad jurídica: Su impacto en el Common Law y en el levantamiento del velo societario”. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association*. (2011), p. 4.

jurídica por parte de importantes juristas ingleses de la época, tal es el caso de William Blackstone.

Unos de los principales aportes de William Blackstone sobre los atributos de la persona jurídica se puede encontrar en sus *“Commentaries on the Law of England”*. Por ejemplo, él consideraba que las principales consecuencias de la nueva ley respecto a las sociedades anónimas (*Joint Stock Company*) eran:

(i) sobrevivencia a sus miembros; (ii) capacidad para demandar y ser demandada; (iii) el derecho a ser titular de propiedades; (iv) la posesión de un sello común que permitía que la organización se obligase a sí misma al suscribir un contrato; y, (v) el poder para establecer reglas de conducta dirigidas al mejor gobierno de sus miembros.³⁴

Los atributos generales de la persona jurídica son varios. Por ejemplo, en el derecho suizo, “pueden adquirir todos los derechos y obligaciones que no dependan del estado o de la calidad de persona física, como por ejemplo, el sexo, la edad y el estado de familia”.³⁵ No obstante, el atributo que mayor incentivo y beneficio trae a los socios o accionistas que constituyen una persona jurídica, es el que involucra la limitación de la responsabilidad de estos hasta el monto de su aporte frente a las obligaciones de la sociedad.³⁶ Esto se debe a que en una sociedad por acciones, “el socio no responde por las obligaciones sociales con su propio patrimonio, por la "natural" razón de que se trata de obligaciones de un tercero, esto es, por la misma razón natural por la cual el señor A no responde por las obligaciones del señor B.”³⁷

Los principios de separabilidad de patrimonios y de limitación de responsabilidad se refieren a que existen patrimonios diferenciados entre la persona jurídica y quienes la conforman. Por lo tanto, las responsabilidades del ente se limitan únicamente a su patrimonio. El principal argumento para la existencia de estos principios es que la persona jurídica se considera un centro de imputación de intereses humanos impersonales. Sin embargo, estos intereses humanos impersonales no pueden ser reducidos al individuo, ya

³⁴ William Blackstone. *Commentaries on the Laws of England*. Collins & Hannay. 1830. Citado en *Id.*, p.4.

³⁵ Jorge Grispo. “Inoponibilidad de la personalidad societaria”. *Óp. cit.*, p.p. 4-5.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ Francesco Galgano. “Concepto de Persona Jurídica”. *Óp. cit.*, p. 21.

que “ellos se tornan en intereses de la persona jurídica, y así vuelven a ser intereses personales, pero del sujeto abstracto.”³⁸

Por otro lado, según la teoría del patrimonio de afectación los bienes pertenecen a alguien o a algo distinto que los miembros que constituyen la persona jurídica. Dichos bienes logran obtener tutela jurídica condicionados a que la consecución del fin que buscan resulte trascendente.³⁹ Sobre este tema, Kelsen es uno de los juristas contemporáneos más influyentes. El autor consideraba que las personas jurídicas eran sólo un instrumento del lenguaje jurídico y que “el jurista puede valerse del concepto de persona jurídica o prescindir de él, a su gusto,” ya que únicamente se trata de una compleja disciplina normativa de relaciones que existen entre personas naturales.⁴⁰

Por último, del principio de separación de patrimonios entre la persona jurídica y sus miembros o socios se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los derechos y obligaciones de la persona jurídica se radican en su patrimonio y, por lo general, no comprometen los patrimonios de sus asociados. A diferencia de la copropiedad o comunidad, los miembros de la persona jurídica no tienen derechos directos sobre los bienes de esta. En segundo lugar, la persona jurídica es responsable de sus obligaciones.⁴¹

2.2 Criterios para determinar el abuso de la personalidad jurídica

Para determinar la ilicitud y sancionar el abuso de la personalidad jurídica se puede acudir a reglas de derecho común como las que castigan el fraude a la ley, el fraude a los derechos de terceros, el abuso del derecho, la conducta contraria a los actos propios, la simulación ilícita, la causa ilícita, los actos de mala fe, entre otras.⁴²

Domínguez Águila, define el fraude a la ley como la conducta que utiliza una norma para evadir otra, es decir, “usar una regla jurídica para un fin ilícito o no tolerado por el

³⁸ *Id.*, p. 19.

³⁹ Renzo Saavedra. “Breve itinerario por las teorías... *Óp. Cit.*, p. 11.

⁴⁰ Hans Kelsen. *Teoría generale del diritto e dello Stato*. Milano: Edizioni di Comunità, 1963, p. 102. Citado en Francesco Galgano. “Concepto de Persona Jurídica”. *Óp. cit.*, p. 23.

⁴¹ Enrique Barros y Nicolás Rojas. *Personas Jurídicas*. *Óp. cit.*, p. 2.

⁴² Jorge Ugarte Vial. “Fundamentos y acciones para la aplicación del levantamiento del velo en Chile”. *Revista chilena de derecho* 39/3. (2012), p. 703.

derecho”.⁴³ El mismo autor define el fraude a los acreedores como el medio por el cual:

[S]e utiliza una institución legal para perjudicar a un tercero, como ocurre cuando el controlador disminuye substancialmente el capital de una sociedad para imposibilitar o dificultar gravemente que un acreedor social pueda realizar su crédito en el patrimonio de la compañía.⁴⁴

Rolf Serick, considera que existe un abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se busca burlar una ley, perjudicar fraudulentamente a terceros o quebrantar obligaciones contractuales. Para estos casos la solución considerada más óptima por algunos autores es la acción pauliana o revocatoria.⁴⁵ Para Ramón Domínguez Águila, la sanción del fraude debe restituir los derechos o facultades al afectado por el fraude, no obstante, el acto fraudulento debe conservarse, debido a que se trata de un acto real, el cual no tiene imperfecciones o defectos, únicamente la finalidad fraudulenta perseguida por su autor.⁴⁶

Se configura el abuso de la personalidad jurídica por abuso del derecho cuando se utilizan los atributos esenciales de la persona jurídica para obtener fines contrarios a aquellos que el legislador tuvo en cuenta al establecerla, provocando así su desnaturalización. Sucede lo mismo con quien se vale de la persona jurídica de manera opuesta a las reglas de la buena fe, la moral o las buenas costumbres. Por lo tanto, los socios deben establecer una compañía con existencia real, que no haya sido creada con la única finalidad de gozar del beneficio de la responsabilidad limitada u otros atributos que ayuden a los socios a lograr fines en su patrimonio personal, distintos a los fines económicos propios de la compañía. Por ejemplo, la sociedad meramente simulada o ficticia es inexistente si no hay participación en los beneficios o si cada uno de los socios no realiza un aporte social, esto debido a que los contratos que carecen de causa son inexistentes.⁴⁷

La simulación ilícita o fraudulenta se da en el momento que la declaración de voluntad de una o más personas no refleja verdaderamente la realidad. Por ejemplo, cuando no se

⁴³ *Id.*, p.p. 703-704

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ Rolf Serick. *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles. El Abuso de Derecho por medio de la Persona Jurídica*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1958. p. 242. Citado en *Id.*, p. 704.

⁴⁶ Ramón Domínguez Águila. “Fraus Omnia Corruptit. Notas sobre el Fraude en el Derecho Civil”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* Tomo LXXXIX N° 3. (1992). p. 91. Citado en *Id.*, p. 706.

⁴⁷ *Id.*, p. 708.

quiere que ciertos bienes estén al alcance del acreedor y se simula una transferencia de bienes a un tercero, en el caso anterior el acreedor tiene acción de simulación para que se prescinda del acto simulado y que los bienes transferidos continúen en el patrimonio del deudor. Se da abuso de la personalidad jurídica por simulación ilícita o fraudulenta, por ejemplo, cuando la sociedad es una fachada para enmascarar las actuaciones fraudulentas o ilícitas de una sola persona. En la doctrina anglosajona del *alter ego* se determina que en algunos casos en los que la sociedad no actúa por cuenta propia, el controlador puede ser personalmente responsable de las deudas que contraiga la sociedad.⁴⁸

Cabe también analizar la relación que existe entre el abuso de la personalidad jurídica y el principio de buena fe. “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.⁴⁹ Actuar de buena fe implica que cada parte cumpla sus obligaciones de manera recta, honesta y leal. Por el otro lado, la mala fe se da cuando una de las partes deliberadamente desarrolla tropiezos para impedir o dificultar el ejercicio y satisfacción de los derechos a los que tiene la otra parte. Un caso de abuso de la personalidad jurídica por mala fe se puede dar, por ejemplo, cuando una compañía pide un préstamo y posteriormente cede sus activos más importantes a otra compañía en la que también tiene el control, para así disminuir o anular la prenda del préstamo.⁵⁰

Por último, es importante fijar una relación entre el abuso de la personalidad jurídica y la causa ilícita. Claro Solar explica la causa ilícita con un interesante ejemplo, el cual se refiere al arrendamiento de un bien inmueble para casa de prostitución, que si bien el entregar el goce de la casa y el pagar la renta son intrínsecamente lícitos, el explotar el inmueble como casa de prostitución va en contra de la moral y buenas costumbres y por tanto el contrato tiene causa ilícita.⁵¹ Un ejemplo de abuso de la personalidad jurídica en el que existe causa ilícita se da cuando un socio o accionista aporta un activo a una persona

⁴⁸ *Id.*, p. 710-711

⁴⁹ *Id.*, p. 712.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Claro Solar. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo XI, De las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 348-353. Citado en *Id.*, p. 714.

jurídica para burlar los derechos de un acreedor personal.⁵²

2.3 El desvelamiento societario como solución al abuso de la personalidad jurídica

Una vez que se ha determinado la existencia de abuso de la personalidad jurídica se debe establecer el procedimiento más idóneo para reparar el daño ocasionado y sancionar a quienes cometieron el ilícito. En los últimos años ha existido una creciente tendencia a aplicar el desvelamiento societario en todas las ocasiones, olvidándose que existen otras figuras en el derecho que se pueden aplicar mejor a cada caso concreto. En esta parte del trabajo se busca recopilar doctrina de importantes autores, quienes han estudiado las diferentes opciones que contempla el derecho para combatir el abuso de la personalidad jurídica.

En una sociedad puede existir una identidad entre la sociedad y uno o más de sus socios, en el caso de la “identidad vertical” o entre dos o más sociedades bajo la dirección de un mismo controlador, en el caso de la “identidad horizontal”. A pesar de que dichos socios o controladores tengan poderes muy amplios que les permitan manejar la compañía de manera prácticamente unilateral, esto no constituye de por sí un abuso de la personalidad jurídica. Por lo tanto, para que el juez prescinda de la forma societaria es necesaria una conducta ilícita, es decir, que el abuso de la personalidad jurídica haya sido instrumentado bajo la estructura jurídica de una sociedad o grupo de sociedades.⁵³

El profesor Barros considera que en los casos que se responsabiliza al controlador de la persona jurídica por responsabilidad extracontractual no es necesario el levantamiento del velo, debido a que este no responde por los hechos de la sociedad controlada, sino por los propios.⁵⁴ Molina Sandoval identifica dos alternativas posibles una vez establecida la responsabilidad del controlador, se le puede también imputar a la sociedad o no. El problema de no imputar a la sociedad radica en que un acreedor, pudiendo reclamar a una sociedad con patrimonio suficiente, deba únicamente reclamar a sus socios o controlantes

⁵² *Id.*, p. 714.

⁵³ *Id.*, p. 701.

⁵⁴ Enrique Barros. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 647. Citado en *Id.*, p. 706.

que pueden ser insolventes o no tener recursos suficientes para saldar la deuda.⁵⁵

Las personas jurídicas, al igual que las personas naturales, pueden ser llamadas a responder frente a un juez penal por la comisión de un delito. La principal diferencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica y la de las personas naturales radica en que la primera debe responder así no se hayan identificado o no sean punibles los autores, es decir, responde por el solo hecho de que el delito es reconducible a ella.⁵⁶ Los autores, consejeros o cómplices que participaron en el delito de la persona jurídica responden solidariamente para la reparación del daño causado, incluso cuando hayan realizado un hecho que no sea penado.⁵⁷

El aprovecharse de una compañía y en especial del patrimonio separado, para obtener un fin ilícito, constituye un abuso y debe ser sancionado.⁵⁸ Algunas de las alternativas que ofrecen casi todos los ordenamientos jurídicos para lograr el pago frente a deudores relacionados, en casos de abuso de la personalidad jurídica, son: la acción pauliana, la acción ordinaria de responsabilidad extracontractual o la acción de inoponibilidad.⁵⁹ Se han propuesto algunas soluciones al abuso de la personalidad jurídica, por ejemplo, “declarar la quiebra del socio de una sociedad de capitales que haya abusado del velo corporativo, calificándolo como socio de una sociedad de hecho que opera a latere de la sociedad de capitales”.⁶⁰ Asimismo, Bigiavi propone soluciones con “la teoría del empresario oculto y la aplica, en las sociedades de capitales, a la figura del "socio tirano", llamado a responder como empresario oculto frente a los acreedores de la sociedad de capitales usada como "biombo".”⁶¹

A lo largo de la historia se ha podido evidenciar que las actuaciones de las personas jurídicas han servido para encubrir fines extrasocietarios, como un recurso para violar la

⁵⁵ Carlos Molina Sandoval. *La desestimación la personalidad jurídica societaria*. Ábaco, 1998, p. 74. Citado en Jorge Grispo. “Inoponibilidad de la personalidad societaria”. *Óp. cit.*, p. 13.

⁵⁶ *Id.*, p. 14.

⁵⁷ Leandro Caputo. *Oponibilidad de la personalidad jurídica societaria*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006, p. 2.

⁵⁸ Jorge Ugarte Vial. “Fundamentos y acciones...” *Óp. cit.*, p. 708.

⁵⁹ Ignacio Urbina. “Levantamiento del velo corporativo”. *Revista Chilena de Derecho* 38/1. (2011), p. 164.

⁶⁰ Nadia Zorzi. “Abuso de la Personalidad Jurídica”. *Óp. cit.*, p. 30.

⁶¹ Walter Bigiavi. *El Emprendedor Oculto*. Michigan: CEDAM, 1957. Citado en *Ibíd.*

ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros. En ese contexto es lógico e indispensable que se les impute la responsabilidad directamente a los socios o a los controlantes que hicieron posible esa actuación. Quienes deberán responder solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.⁶²

Por lo tanto, una vez comprobado el ilícito, la figura más usada es la del desvelamiento societario, que también ha sido llamada desestimación de la personalidad jurídica o inoponibilidad de la personalidad societaria. El problema con la primera denominación radica en que desestimar significa dejar sin efecto, cuando en el procedimiento para quitar el velo societario la persona jurídica puede seguir existiendo. La inoponibilidad hace referencia a que no se puede oponer la persona jurídica para actuaciones fraudulentas e ilegales de sus miembros. Algunos temas que se tratarán a continuación son: la historia del levantamiento del velo societario, las definiciones y conceptos existentes, los supuestos para que opere y los principios que resguarda.⁶³

En Inglaterra existe una histórica división entre las cortes de equidad y la cortes del *common law*; las principales diferencias entre las dos se encuentran en los procedimientos, remedios e intereses involucrados. El *piercing of the corporate veil* se inició en las cortes de equidad, debido a que estas buscaban suplir los vacíos detectados en sus pares del *common law*.⁶⁴ Asimismo, en Estados Unidos se inició como la doctrina del *disregard of legal entity*, la cual se aplicaba sobre todo en operaciones con el socio controlador o mayoritario, en el caso de, violación de formalidades legales y estatutarias, confusión de patrimonios y negocios, fraude a los socios o acreedores o infra capitalización de la sociedad.⁶⁵

En la obra *Rechtform und realität jurisdichten personen* de Rolf Serick se puede encontrar una de las primeras doctrinas sobre el desvelamiento societario en Europa Continental. El autor consideraba que procedía la desestimación de la personalidad jurídica

⁶² Jorge Grispo. “Inoponibilidad de la personalidad societaria”. *Óp. cit.*, p. 1.

⁶³ Ignacio Urbina. “Levantamiento del velo corporativo”. *Óp. cit.*, p.p. 163-164.

⁶⁴ Renzo Saavedra. “Breve itinerario por las teorías...*Óp. cit.*, p. 12.

⁶⁵ Liyer Andrea Jaramillo. “Desestimación de la personalidad jurídica en el derecho societario colombiano”. *Revista CES DERECHO* 2/2. (2011), p. 128.

cuando los socios hayan abusado de la personalidad jurídica para lograr fines ilícitos, usando el fraude, fraude a la ley, al contrato y daño fraudulento a terceros. Sin embargo, cabe señalar que para Serick se trata de un recurso excepcional. Ya que su aplicación desmedida afectaría la seguridad jurídica necesaria para el normal funcionamiento de las diferentes empresas.⁶⁶ De esta manera, en la legislación alemana se puede observar un gran avance del concepto de *Durchgriff*.

El concepto de *Durchgriff* se deriva de *durchgreifen*, que significa "agarrar a través de", es decir, en el supuesto del desvelamiento societario significa agarrar a los socios a pesar de la diferenciación de sujetos. Por lo tanto, en Alemania el debate se ha centrado en la identificación de cuando se presenta un caso de *Durchgriff*, el mecanismo para sancionar y solucionar que debe emplearse un *Durchgriff* y determinar la responsabilidad personal del socio de una sociedad de capitales, que puede relacionarse con un *Durchgriff*.⁶⁷

La figura del desvelamiento societario es una institución relativamente nueva en algunos ordenamientos jurídicos, la cual busca evitar que detrás de un formalismo jurídico se desarrollen actividades que perjudiquen a terceros o a los mismos accionistas de la sociedad.⁶⁸ Para ello el juez, excepcionalmente, puede prescindir de la personalidad jurídica y del patrimonio separado de una sociedad, para desvelar su verdadera estructura y funcionamiento, y que la responsabilidad se le atribuya directamente a quien ha cometido o permitido el abuso.⁶⁹ Es decir, se busca develar los intereses subjetivos subyacentes que se esconden tras la persona jurídica y responsabilizar a las personas que se encuentran detrás.⁷⁰

Hamilton en su momento expresó que “una explicación para rasgar el velo societario [...] es que el accionista no se encuentre permitido primero de ignorar las reglas de la conducta societaria y entonces, posteriormente, reclamar el beneficio del escudo

⁶⁶ Rolf Serick. *Rechtsform und realität juristischer personen*. De Gruyter, 1955. Citado en *Ibid.*

⁶⁷ Nadia Zorzi. “Abuso de la Personalidad Jurídica”. *Óp. cit.*, p. 31.

⁶⁸ Fernando de Trazegnies Granda. “El rasgado del velo societario dentro del arbitraje”. *Ius et Veritas* 29. (2015), p. 12.

⁶⁹ Jorge Ugarte Vial. “Fundamentos y acciones...” *Óp. cit.*, p. 700.

⁷⁰ Ignacio Urbina. “Levantamiento del velo corporativo”. *Óp. cit.*, p. 167.

societario”⁷¹ En este mismo sentido, es fundamental que no se confunda a la acción de desvelamiento societario con la acción de indemnización por los daños y perjuicios. La primera tiene por objeto que se prescindiera de uno o más atributos derivados de la personalidad jurídica en el caso concreto. Por el otro lado, la acción de indemnización de daños y perjuicios tiene por objeto el resarcimiento de todos los daños sufridos.⁷²

El juez debe declarar inoponible la estructura societaria cuando sea usada de manera abusiva, para evitar así un resultado contrario al que el derecho persigue. Tomando en cuenta que las figuras societarias, no han sido creadas para burlar el orden legal.⁷³ Por lo tanto, el desvelamiento societario tiene lugar cuando tal personalidad ha sido empleada con fines ilícitos, por ejemplo, en temas fiscales, de protección de los socios, laborales, de protección de los acreedores, etc.⁷⁴ En estos casos los damnificados pueden exigir la reparación por los daños y perjuicios y el cumplimiento de las obligaciones que la sociedad contrae.⁷⁵

En el desvelamiento societario las autoridades judiciales pueden prescindir de la separación de patrimonios y de la responsabilidad limitada. Así, los socios que usaron la estructura societaria para cumplir un objetivo ilícito ajeno al de la sociedad, responden por los daños que le causaron a la sociedad o a terceros.⁷⁶ La actuación sujeta al desvelamiento societario se configura cuando se ha tenido por objeto conseguir fines extrasocietarios y que la sociedad haya sido un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros.⁷⁷ La mayor parte de la doctrina encuentra tres supuestos básicos en los que cabe el desvelamiento societario: abuso de la personalidad jurídica, abuso del derecho o fraude a la ley.⁷⁸

Para iniciar un proceso de desvelamiento societario se debe determinar la existencia de

⁷¹ Robert Hamilton. *The Law of Corporations in a Nutshell*. St. Paul: West Publishing Co., 1991, p. 81. Citado en Fernando de Trazegnies Granda. “El rasgado del velo societario dentro del arbitraje”. *Óp. cit.*, p. 13.

⁷² Jorge Ugarte Vial. “Fundamentos y acciones...” *Óp. cit.*, p. 718.

⁷³ Jorge Grispo. “Inoponibilidad de la personalidad societaria”. *Óp. cit.*, p. 4.

⁷⁴ *Id.*, p. 8.

⁷⁵ *Id.*, p. 10.

⁷⁶ Liyer Andrea Jaramillo. “Desestimación de la personalidad jurídica...” *Óp. cit.*, p. 126.

⁷⁷ Jorge Grispo. “Inoponibilidad de la personalidad societaria”. *Óp. cit.*, p. 1.

⁷⁸ Ignacio Urbina. “Levantamiento del velo corporativo”. *Óp. cit.*, p. 167.

razones muy graves y específicas, ya que existen otras figuras en el derecho que también pueden ser usadas. El objeto de este recurso es el de hacer justicia básica, evitar el fraude y controlar el abuso del derecho.⁷⁹ El desvelamiento societario es la herramienta más usada actualmente para solucionar situaciones de manifiesto abuso de la personalidad jurídica, tomando en cuenta que cada vez es más común encontrar sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente, que son utilizadas para obtener un resultado antijurídico. De esta manera se previene abusos del derecho y fraudes a la ley, en concordancia con los principios de supremacía de la realidad y de buena fe.⁸⁰

Entre los académicos no existe objeción alguna para aceptar el desvelamiento societario a título excepcional, como cuestión de fondo y si se cumplen ciertas condiciones de hecho.⁸¹ Por lo tanto, se requiere de un fraude o ilicitud para intentarse el desvelamiento societario, ya que lo contrario implicaría desconocer la personalidad diferenciada de sus integrantes, la cual no puede ser desplazada en cualquier momento. El uso excesivo y sin suficiente fundamentación tendría un alto grado de inseguridad jurídica.⁸²

Para que opere el desvelamiento societario son necesarios dos supuestos concurrentes, “la identidad personal o patrimonial de una sociedad con uno o más de sus socios, administradores o compañías relacionadas; y la utilización abusiva de la estructura de dicha sociedad para defraudar la ley o los derechos de terceros”.⁸³ Una vez roto el hermetismo de la personalidad jurídica los principales efectos del desvelamiento son: la comunicación de la responsabilidad a los socios y el mantenimiento de la estructura social.⁸⁴ En este sentido, no se deja de un lado ni se descarta la figura societaria, lo que sucede es que se vuelve inoponible, es decir, que si bien sigue existiendo, no es oponible como defensa del verdadero responsable.⁸⁵

En la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington se realizó un estudio

⁷⁹ Fernando de Trazegnies Granda. “El rasgado del velo societario dentro del arbitraje”. *Óp. cit.*, p. 13.

⁸⁰ Ignacio Urbina. “Levantamiento del velo corporativo”. *Óp. cit.*, p. 167.

⁸¹ Fernando de Trazegnies Granda. “El rasgado del velo societario dentro del arbitraje”. *Óp. cit.*, p. 15.

⁸² Jorge Grispo. “Inoponibilidad de la personalidad societaria”. *Óp. cit.*, p. 1.

⁸³ Jorge Ugarte Vial. “Fundamentos y acciones...” *Óp. cit.*, p. 701.

⁸⁴ Liyer Andrea Jaramillo. “Desestimación de la personalidad jurídica...”. *Óp. cit.*, p. 127.

⁸⁵ *Id.*, p. 132.

dirigido por el Profesor Thompson, con el fin de analizar resoluciones judiciales en forma de Sentencia en las que se aplicó la figura del desvelamiento societario. Las circunstancias o hechos que suponían un indicio de fraude eran:

[E]l dominio en el capital social, el dominio en la gestión societaria, carácter familiar por parte de los miembros que componen la sociedad, la falta de cumplimiento de formalidades, el cese en la actividad social, la imagen ofrecida frente a terceros, el trasvase de trabajadores de una sociedad a otra, el trasvase de activos, la similitud en el objeto social entre sociedades, la similitud en el accionariado, la similitud en el órgano de gestión, la similitud en la ubicación de los domicilios sociales, la existencia de un proceso de descapitalización, la actuación en el tráfico mercantil mediante conexiones económicas o de conducta entre empresas y el comportamiento procesal adoptado en el pleito.⁸⁶

Del total de casos en los que se encontraron estas circunstancias el desvelamiento se aplicó en 110 casos y en 136 se aplicaron otras figuras disponibles en el derecho, es decir en más del 50% de los casos no se aplicó el desvelamiento societario.⁸⁷

2.4 Legislación ecuatoriana referente al abuso de la personalidad jurídica y al desvelamiento societario

En el artículo 564 del Código Civil ecuatoriano se establece que la persona jurídica es un ente ficticio “capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.⁸⁸ En dicho artículo también se identifican dos especies de personas jurídicas, las corporaciones y las fundaciones de beneficencia pública, a las que se les denomina personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, distintas de las personas jurídicas de derecho privado con fines de lucro reguladas en la Ley de Compañías.⁸⁹

La definición de sociedad en el Ecuador la podemos encontrar en los artículos 1957 del Código Civil y 1 de la Ley de Compañías. De la lectura de dichos artículos se desprende que la sociedad es un contrato por el cual los socios unen sus capitales para emprender una actividad económica en común y participar de sus utilidades. Por lo tanto, dicha figura jurídica ha incentivado a la gente a la creación de nuevos negocios, ya que permite crear

⁸⁶ Robert Thompson. *Piercing the corporate veil and empirical study*. Ithaca: Cornell Law Review, 1991, p. 1036. Citado en José Hurtado Cobles. “Sobre la Aplicación de la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario en el Ámbito Laboral”. *Boletín de la Facultad de Derecho* N° 23. (2003), p. 185.

⁸⁷ *Id.*, p. 187.

⁸⁸ Código Civil. Artículo 564. Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁸⁹ *Ibíd.*

una persona distinta que la de los individuos que la conforman.⁹⁰

El abuso de la personalidad jurídica comúnmente es realizado amparándose en sociedades anónimas o compañías de responsabilidad limitada. Sin embargo, dicho abuso también puede ejecutarse por cualquier ente que goce de personalidad jurídica, que tenga un patrimonio autónomo y que cuente con responsabilidad limitada, por ejemplo, las fundaciones, los sindicatos, las corporaciones, los fideicomisos mercantiles, entre otros.⁹¹

En la legislación ecuatoriana no se han establecido conceptos precisos de lo que se entiende por abuso de la personalidad jurídica. En el Código Civil ecuatoriano después del artículo 36 se establece que “constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico”.⁹²

En el Ecuador, a diferencia de la mayor parte de países jurídicamente desarrollados, el procedimiento judicial de desvelamiento societario es relativamente nuevo en la legislación.⁹³ El principal cuerpo normativo en donde se encuentra regulada esta figura jurídica es en la Ley de Compañías. Adicionalmente, el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) y la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil (en adelante LOFOSSB) contienen disposiciones indispensables para el procedimiento del desvelamiento societario en el Ecuador.

El artículo 17 de la Ley de Compañías, antes de su reforma en el 2014⁹⁴, ya establecía claramente los casos de responsabilidad personal y solidaria, ocurridos por abusos, fraudes

⁹⁰ Código Civil. Artículo 1957. Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005, *vid.* Ley de Compañías. Artículo 1. Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999.

⁹¹ *Cfr.*, Pablo Andrés Córdova Acosta. *Derecho de Sociedades Derecho Común y Responsabilidad de la Sociedad Holding; Levantamiento del Velo Corporativo; Responsabilidad Contractual y Aquiliana*: Revista de Derecho Privado, 2006.

⁹² *Id.*, Art. 36.

⁹³ *Vid.*, Santiago Andrade Ubidia. *El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana*. Quito: 2009.

⁹⁴ El artículo 17 de la Ley de Compañías antes de la reforma del artículo 98 de la LOFOSSB, R.O. 249-S, 20-V-2014 prescribía que “por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables: 1. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar; 2. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y, 3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución”.

o vías de hecho que se cometían a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas. La norma imputaba la responsabilidad a quienes ordenaban o ejecutaban tales actos. En la LOFOSSB, con la que se reformó la Ley de Compañías, también se modificó el Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) para incorporar un procedimiento especial para quitar el velo societario cuando concurren los actos y hechos señalados en el artículo 17 de la Ley de Compañías. El COGEP derogó el procedimiento especial del CPC y agregó el artículo 17A, al artículo 17 de la Ley de Compañías, para precisar el trámite que debe observarse cuando se levanta el velo societario.

En el vigente artículo 17 de la Ley de Compañías se contemplan tres supuestos de abuso de la personalidad jurídica: fraudes, abusos o vías de hecho. Los dos primeros han sido ampliamente analizados anteriormente. En cuanto a las vías de hecho, que son una figura propia de nuestra legislación, es muy claro que, por ellas, se entiende “los caminos y procedimientos que adopta una Compañía sin atenerse a los caminos y procedimientos que establecen las leyes o los contratos”⁹⁵. Por el contrario, “son vías de derecho aquellos caminos o procedimientos que se establecen en las leyes o en los contratos”⁹⁶

En la disposición reformativa novena del COGEP se agregaron los artículos 17A y 17B a la Ley de Compañías. Así, en primer lugar, se establece que el procedimiento de inoponibilidad de la personalidad jurídica se tramite por el procedimiento ordinario ante el juez de lo civil y mercantil. En segundo lugar, se contempla la posibilidad de solicitar en la demanda providencias preventivas, entre ellas, prohibiciones de enajenar o gravar bienes. Por último, se establece que la acción de desvelamiento societario prescriba en 6 años desde el hecho correspondiente.

En la disposición general tercera de la Ley de Compañías, agregada en la reforma realizada en la LOFOSSB, también se establecen algunos puntos importantes sobre el desvelamiento societario, entre ellos, el principio de que la compañía es un sujeto de derecho distinto al de sus socios, el cual sólo se desvirtúa cuando la persona jurídica es creada para violar la ley, el orden público o la buena fe, cuando encubre fines ajenos a los

⁹⁵ Roberto Salgado Valdez. *Tratado de Derecho Empresarial y Societario Tomo I Volumen 2*. Quito: PPL, 2015, p. 467.

⁹⁶ *Ibíd.*

de la compañía y cuando se usa para evadir alguna exigencia o prohibición legal. En el caso de comprobarse judicialmente alguno de estos supuestos se les imputa responsabilidad personal y solidaria tanto a quienes ordenaron o ejecutaron los actos fraudulentos o abusivos como a quienes se hubieren aprovechado del abuso de la personalidad jurídica.⁹⁷

3. Cuestiones Procesales

Las autoridades con potestad coactiva, amparándose en el artículo 1 de la LODDL, han venido expidiendo autos extensivos de pago en contra de socios, accionistas, administradores y operadores con la finalidad de cobrar las acreencias de las respectivas personas jurídicas sobre la base de los patrimonios propios de las personas naturales, supuestamente, responsables de abuso de la personalidad jurídica. Con este antecedente, es necesario, en primer lugar, hacer un estudio del procedimiento coactivo en el Ecuador para responder la siguiente pregunta: ¿es posible que se pruebe y motive debidamente el abuso de la personalidad jurídica en el procedimiento coactivo? En segundo lugar, es preciso analizar los casos en que los jueces de coactivas del IESS, la CFN y la DGAC, han expedido autos extensivos de pago mediante los cuales han rasgado el velo societario, sin probar el abuso de la personalidad jurídica y vulnerándose, en consecuencia, derechos constitucionales. Por último, se debe efectuar una primera aproximación a la forma en que se debería aplicar el desvelamiento societario por parte de las autoridades con potestad coactiva para que no se vulneren derechos constitucionales.

3.1 Procedimiento coactivo en el Ecuador

El procedimiento coactivo en el Ecuador se encuentra regulado en algunos cuerpos normativos de manera parcial y no sistemática, ante la ausencia de un código administrativo⁹⁸ que unifique el proceso. En el COGEP se encuentran las disposiciones generales de la jurisdicción coactiva y en las leyes de cada institución pública se establecen las disposiciones propias de cada una de ellas. Por remisión expresa del COGEP se conservan las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la jurisdicción coactiva para

⁹⁷ *Id.*, Disposición General Tercera.

⁹⁸ La Asamblea Nacional del Ecuador aprobó en el segundo debate, el 10 de mayo del 2017, el Código Orgánico Administrativo, el cual unifica los procedimientos coactivos con reglas comunes. Los mismos se encuentran reglamentados a partir del artículo 252.

deudas no tributarias.⁹⁹ Particularmente se analizará la Ley de Aviación Civil, la Ley de Seguridad Social y el Código Orgánico Monetario y Financiero, ya que dichos códigos regulan la jurisdicción coactiva de la DGAC, del IESS y de la CFN respectivamente, bajo la consideración que estas instituciones están involucradas en los casos que serán estudiados en esta tesina.

El COGEP regula, en términos generales, el procedimiento coactivo. En los artículos 315, 316 y 317 se encuentran disposiciones acerca de las excepciones a la coactiva.¹⁰⁰ En el CPC se establecen conceptos y parámetros sobre el procedimiento coactivo, a los cuales el COGEP se remite en su disposición transitoria segunda. Resulta fácil colegir que no hay norma alguna que le obligue al juez de coactiva probar la existencia del abuso de la personalidad jurídica antes de levantar el velo societario y proceder al cobro de las acreencias sobre los patrimonios propios de los socios, accionistas, administradores y operadores.

Según se desprende de la lectura del artículo 993 del CPC el objeto de la jurisdicción coactiva es la de “hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a las demás instituciones del Sector Público que por Ley tiene esta jurisdicción”.¹⁰¹ En el artículo 994 del CPC se ha contemplado expresamente que el ejercicio de la potestad coactiva está sujeto también a la ley orgánica de cada institución, a sus estatutos y a los reglamentos de estas.¹⁰² Un tema importante que se encuentra en el artículo 997 del CPC es el del requisito indispensable para el ejercicio de la jurisdicción coactiva, con la existencia de un título de crédito, sea este título ejecutivo, catastros o cartas de pago.¹⁰³ Asimismo, en el artículo 1000 del CPC se puede encontrar otro requisito, esto es, que la deuda debe ser líquida, determinada y de plazo vencido para poder iniciar la vía coactiva.¹⁰⁴ De estas normas del CPC se advierte que no es posible que se pruebe y motive debidamente el abuso de la personalidad jurídica dentro del procedimiento coactivo. A la

⁹⁹ Código Orgánico General de Procesos. Disposición transitoria segunda. Registro Oficial No. 506 de 22 mayo de 2015.

¹⁰⁰ *Id.*, Arts. 315, 316 y 317.

¹⁰¹ Código de Procedimiento Civil. Artículo 993. Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005.

¹⁰² *Id.*, Art. 994.

¹⁰³ *Id.*, Art. 997.

¹⁰⁴ *Id.*, Art. 1000.

misma conclusión se llega, como se observará inmediatamente, al estudiar las leyes de cada institución pública sobre el proceso coactivo.

En el artículo 30 de la Ley de Seguridad Social se establece que al Director General del IESS, entre otras funciones, le corresponde la titularidad para el ejercicio de la jurisdicción coactiva.¹⁰⁵ En varios artículos de esta Ley se menciona la posibilidad de perseguir acreencias mediante la jurisdicción coactiva, por ejemplo, en el artículo 94 se establece que en los casos que el patrono sea responsable por no haber cumplido obligaciones con sus trabajadores el IESS podrá hacer efectivo el cobro de estas acreencias mediante la coactiva.¹⁰⁶ De la lectura de esta Ley no se logra encontrar una norma o un procedimiento para que la autoridad con potestad coactiva pruebe y motive el abuso de la personalidad jurídica.

Los artículos 40, 41, 42 y 43 de la Ley de Aviación Civil regulan el procedimiento coactivo de la DGAC. En el artículo 40 de esta ley se establece que la función coactiva les corresponde a los jefes de rentas de la DGAC para hacer efectivo el cobro de acreencias por derechos de aterrizaje, tasas y arrendamientos.¹⁰⁷ En los siguientes artículos se establecen los funcionarios responsables de la secretaria y de dirigir los procedimientos coactivos, entre otros aspectos operativos.¹⁰⁸ Al igual que en las leyes anteriores, en esta Ley no existe etapa en la que se pueda probar y motivar el abuso de la personalidad jurídica.

En Código Orgánico Monetario y Financiero se regulan los procedimientos coactivos de varias instituciones financieras públicas sin establecer la posibilidad de que los jueces de coactiva prueben y demuestren debidamente el abuso de la personalidad jurídica. En cuanto al procedimiento coactivo en la CFN, la disposición reformativa vigésima quinta del Código Orgánico Monetario y Financiero señala que la CFN tiene jurisdicción coactiva y que se debe observar lo establecido en el CPC. Asimismo, en el artículo 10 del mismo Código, que, si bien no se habla expresamente de la CFN, se dan lineamientos del ejercicio

¹⁰⁵ Ley de Seguridad Social. Artículo 30. Registro Oficial No. 465 de 30 de noviembre de 2015.

¹⁰⁶ *Id.*, Art. 94.

¹⁰⁷ Ley de Aviación Civil. Artículo 40. Registro Oficial No. 435 de 11 de enero de 2007.

¹⁰⁸ *Id.*, Arts. 41-43.

de la jurisdicción coactiva a las entidades del sector financiero público.¹⁰⁹ Una vez más, de la lectura de este Código, se evidencia la inexistencia de etapas procesales para levantar el velo societario respetando el debido proceso.

En resumen, lo que sí está claro de los procedimientos coactivos revisados en las leyes referidas, es que tales procedimientos se deben iniciar con un título de crédito, es decir, con un documento que sea prueba en sí mismo de la existencia de la acreencia y de la obligación de pago. Y, por ello, tratándose de un proceso de ejecución, en los procedimientos coactivos analizados, no se ha establecido ninguna etapa probatoria. Lo que el ejecutado puede plantear son las excepciones a la coactiva reguladas en el COGEP en los artículos 315, 316 y 317. El procedimiento de excepciones a la coactiva se tramita por la vía ordinaria y las excepciones se encuentran taxativamente señaladas en el artículo 316 del COGEP.¹¹⁰

En el Libro Tercero del Código Orgánico Administrativo aprobado en segundo debate en la Asamblea Nacional, se establecen las reglas para los procedimientos especiales, dentro de los cuales está, en el título II de dicho libro, ampliamente regulado el procedimiento de ejecución de coactiva. Del artículo 261 al 270 se establecen las reglas generales para el ejercicio de la potestad coactiva. El procedimiento sólo podrá iniciarse con un título de crédito, entre los que se encuentran los catastros, títulos ejecutivos y cobranzas.¹¹¹ En el artículo 267 se establecen las condiciones para el ejercicio de la potestad de ejecución coactiva, en primer lugar, que las obligaciones deban ser determinadas y actualmente exigibles, que se debe esperar el tiempo previsto en este Código para el pago voluntario y que la obligación sea exigible desde el día siguiente a la fecha en que suceda: 1) La notificación al deudor 2) Vencimiento del plazo 3) Cumplimiento de la condición. De la lectura de este Código no se encuentra un momento procesal idóneo para que se pueda probar el abuso de la personalidad jurídica antes de

¹⁰⁹ Código Orgánico Monetario y Financiero. Artículo 10. Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

¹¹⁰ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 315, 316 y 317. Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

¹¹¹ Proyecto Código Orgánico Administrativo. Artículo 262. Oficio No. 377-CEPJEE-P-2017 de 21 de diciembre de 2016.

levantar el velo societario y trasladar el pago de la deuda de la persona jurídica coactivada a los patrimonios propios de los socios, accionistas, administradores y operadores.¹¹²

3.2. Casos de desvelamiento societario ejecutado por instituciones del Estado con potestad coactiva

En el primer caso que se estudia en esta tesina, María de las Mercedes Soria Chávez y Rosario Elizabeth Soria Chávez presentaron una acción de protección y medidas cautelares en contra de Director Provincial del Guayas y Juez de Coactiva del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, alegando que se les habían vulnerado los derechos constitucionales a la defensa, a la seguridad jurídica, a una vida digna y sin perturbaciones y a la tutela judicial efectiva, como consecuencia del auto de pago extensivo dictado por el Juez de Coactiva del IESS. Después del respectivo sorteo conoció la causa el Juez de la Unidad Judicial Penal Norte No. 2 de Guayaquil, en su calidad de Juez Constitucional.¹¹³

Las comparecientes son socias de la Compañía Plásticos Soria Cia. Ltda, las participaciones de cada una de ellas equivalen aproximadamente al 8% de la empresa y han tenido la calidad de socias por más de 17 años. En el 2009, ellas, conjuntamente con otros socios, denunciaron al entonces Gerente de la Compañía, por lo que la Superintendencia de Compañías dispuso la intervención de la Compañía, que se inició el 25 de febrero de 2009 y culminó el 4 de junio de 2013. El 9 de diciembre de 2014 el Banco de Pacifico ejecutó una orden de retención de fondos dispuesta por el Juez de Coactiva del IESS. María de las Mercedes Soria Chávez compareció ante el IESS para informarse del tema y la Ab. Stephanie Quichimbo le notificó personalmente el auto de pago de fecha 02 de marzo de 2011 que se había hecho extensivo en su contra mediante auto de fecha 15 de octubre de 2014, dentro del Juicio Coactivo No. 404160-2009-SDQC, TC21485076, seguido en contra de la Compañía Plásticos Soria Cia. Ltda. por un valor de US \$31.551,60. El auto extensivo de pago, dictado más de 3 años después del auto inicial de pago en contra de la compañía, se fundamentó en el artículo 1 de la LODDL. También se dictaron medidas cautelares en contra de las socias, entre ellas, la retención de fondos de sus cuentas corrientes, de ahorros,

¹¹² *Id.*, Art. 267.

¹¹³ Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Guayas. Causa No. 09286-2015-00957 de 20 de mayo de 2015.

inversiones, depósitos a plazos, pólizas de acumulación, en todo el sistema financiero nacional; la prohibición de enajenar y/o gravar de todos sus bienes, entre otras.¹¹⁴

Las accionantes argumentaron que la Autoridad con potestad coactiva no cumplió con lo que mandan las normas legales pertinentes, ya que debió haber aplicado el artículo 1 de la LODDL en concordancia con el artículo 17 de la ley de compañías, 412A y siguientes del CPC. También argumentaron que nunca se probó el presunto fraude (abuso de la personalidad jurídica) cometido por la Compañía. Por ello y otros argumentos que serán analizados más adelante, el Juez de la Unidad Judicial Penal Norte No. 2 de Guayaquil aceptó la acción de protección y dejó sin efecto alguno los actos administrativos dictados por el Ec. José Romero Von Buchwald, Director Provincial Del Guayas y Juez de Coactiva del IESS. Asimismo, los Jueces miembros de la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas negaron el recurso de apelación propuesto por el IESS y confirmaron la existencia de la vulneración de derechos constitucionales.¹¹⁵

En el segundo caso de estudio, Jorge Rodrigo Cabezas Quiroz, Gonzalo Rafael Davila Loor y Richard Alfonso Zurita Rosado, Gerente General, Presidente y ex Representante Legal de la empresa SAEREO S.A., respectivamente, presentaron una acción de protección ante el Juez de la Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito, en contra del auto extensivo de pago dictado por el Juez de Coactiva de la DGAC. La acción fue inadmitida, pero, en virtud de la apelación de los accionantes, los Jueces de la Sala De La Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, de la Corte Provincial de Pichincha revocaron la decisión del Juez inferior y aceptaron la acción de protección.¹¹⁶

El 19 de noviembre de 2013, la Dirección General de Aviación Civil emitió una orden de cobro fundamentándose en el Título de Crédito No. 0001083 según el cual la empresa SAEREO S.A., adeudaba la suma de USD 36.456. A efectos de cobrar dicha deuda el 30 de mayo de 2016, Diego Marcelo Mena Garrido, Juez de Coactivas de la DGAC inició un

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Pichincha. Causa No. 17203-2016-14719 de 7 de marzo de 2017.

juicio coactivo en contra de Saereo S.A., y de quien, entonces, era su representante legal, Gonzalo Dávila Loor. El 8 de agosto de 2016, el Juez de Coactiva de la DGAC emitió una providencia en la que se dispuso la ampliación del auto de pago inicial del 30 de mayo de 2016 y se hizo extensivo el juicio coactivo a Jorge Rodrigo Cabezas Quiroz, Gonzalo Rafael Davila Loor, Richard Alfonso Zurita Rosado y a los accionistas de SAEREO S.A.¹¹⁷

Los accionantes presentaron su acción de protección en contra del auto extensivo de pago dictado el 8 de agosto de 2016 por el Juez de Coactiva de la DGAC. Argumentaron que este auto vulneraba sus derechos constitucionales al debido proceso, a la seguridad jurídica, al derecho a ser juzgado por un juez competente observándose el trámite de cada procedimiento, el derecho al libre tránsito y a la propiedad privada. En primera instancia se inadmitió la acción de protección, pero, en la apelación se admitió, dejando sin efecto legal alguno la Providencia de Ampliación del Auto de Pago dictado el 8 de agosto de 2016 dictada por el Juez de Coactivas de la DGAC. Uno de los argumentos de los accionantes fue que el Juez de Coactiva había ignorado que la ley expresamente prescribía un trámite para el proceso de inoponibilidad de la persona jurídica establecido en los artículos 17, 17A y 17B de la Ley de Compañías.¹¹⁸

En el tercer caso de estudio, la Corte Constitucional del Ecuador conoció, en el 2015, por medio de una acción extraordinaria de protección, un caso en el que la CFN rasgó el velo societario vulnerando derechos constitucionales. Los señores Carlos Alberto Pérez de Anda Alvear, Carlos Andrés Pérez de Anda Dávalos y la señora Amparito Dávalos García presentaron la acción extraordinaria de protección en contra de las sentencias dictadas el 12 de marzo de 2015 por el juez de la Unidad Judicial de Contravenciones de Transito La Delicia y el 17 de junio de 2015 por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la acción de protección No. 0003-2015. Los accionantes argumentaron que, a partir del acto administrativo expedido por el juez de coactivas de la CFN, se les

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

vulneraron los derechos al debido proceso, a la defensa, a recibir de las autoridades resoluciones debidamente motivadas, a la propiedad privada, entre otros.¹¹⁹

En la intervención de Andrea Izquierdo Duncan, representante de los legitimados activos, durante la audiencia pública, se mencionó, que no se puede presumir que los accionantes han cometido defraudación por el hecho que la compañía, de la cual son accionistas, tiene un crédito a través de la CFN y esta compañía no ha querido ejecutar las garantías que mantiene vigentes hasta la presente fecha. Por lo tanto, se ha hecho extensivo a los accionistas un procedimiento coactivo iniciado en el año 2006 en contra de la compañía para hacerles personalmente responsables de la acreencia. Los accionantes de la acción extraordinaria de protección tienen más de 80 años, adolecen de discapacidad y se los pretende despojar del único bien de vivienda que tienen, mediante la ejecución de una coactiva arbitraria, injusta y con competencias que no les corresponden a las autoridades coactivas por no ser jurisdiccionales, como la de quitar el velo societario.¹²⁰

Las autoridades con potestad coactiva de la CFN, mediante un auto extensivo de pago, quitaron el velo societario e hicieron personalmente responsables a sus socios, por las deudas de la compañía. La Corte Constitucional declaró la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación, a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva. Adicionalmente, dejó sin efecto las sentencias de primera y segunda instancias para que se vuelva a conocer la acción de protección. De los hechos que se desprenden de la sentencia de la Corte Constitucional se evidencia que las autoridades con potestad coactiva, cuando rasgan el velo societario, vulneran derechos constitucionales.¹²¹

En el cuarto caso de estudio, la Corte Constitucional del Ecuador conoció, en el 2013, por medio de una acción extraordinaria de protección, un caso en el que el IESS rasgó el velo societario vulnerando derechos constitucionales. Mauricio Cohn impugnó, por medio de dicha acción, la sentencia dictada el 30 de junio de 2012 por los jueces de la Primera Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, dentro del proceso de

¹¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 131-16-SEP-CC de 20 de abril de 2016.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

acción de protección No. 385-2012. El accionante, en la acción de protección No. 385-2012, argumentó que el director provincial de IESS vulneró sus derechos constitucionales al hacer extensivo en su contra el juicio coactivo seguido a la empresa Piñalinda S.A. por una supuesta deuda patronal de \$69, 195.06 USD, con la retención de fondos a Mauricio Cohn, presidente de la empresa, por \$95, 157.80 USD.¹²²

La Corte Constitucional declaró la vulneración de los derechos constitucionales consagrados en los artículos 75, 76, numerales 1 y 7 literales a, b, c, h y 1, y 82 de la Constitución del Ecuador. Adicionalmente, dejó sin efecto las sentencias de primera y segunda instancia para que se vuelva a resolver la acción de protección planteada. En este caso también, la autoridad con potestad coactiva del IESS hizo extensivo el auto de pago al presidente de la compañía, de manera totalmente arbitraria y vulnerando derechos constitucionales.¹²³

3.3 Aplicación constitucional del artículo 1 de la LODDL

Una vez que se han analizado los principales cuerpos normativos que regulan el procedimiento coactivo y que se ha establecido que en éstos no se encuentra un momento idóneo para probar el abuso de la personalidad jurídica, es preciso estudiar la forma en que debería aplicarse el artículo 1 de la LODDL para que no se vulneren los derechos constitucionales de los socios, accionista, administradores y operadores de personas jurídicas deudoras de instituciones públicas. De lo analizado anteriormente se observa que la vulneración de derechos constitucionales se ha producido cuando se ha levantado el velo societario, por parte de los jueces de coactiva, sin haberse observado los procedimientos legales que les obligan a probar previamente el abuso de la personalidad jurídica y el consiguiente fraude societario. Cabe entonces hacerse algunas preguntas: ¿es posible que las instituciones con potestad coactiva rasguen el velo societario sin vulnerar ningún derecho constitucional? ¿deben las autoridades con potestad coactiva remitir los casos de desvelamiento societario al órgano jurisdiccional competente para que este aplique lo establecido en los artículos 17, 17A y 17B de la Ley de Compañías?

¹²² Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 129-13-SEP-CC de 19 de diciembre de 2013.

¹²³ *Ibid.*

De lo investigado, estudiado y analizado hasta esta sección de la tesina se puede concluir que no es posible que las instituciones con potestad coactiva rasguen el velo societario sin vulnerar ningún derecho constitucional. En primer lugar, por el carácter de proceso de ejecución que tiene el procedimiento coactivo, en el cual no existe un momento procesal idóneo para que se pruebe y motive el abuso de la personalidad jurídica, vulnerándose así el debido proceso. En segundo lugar, al no ser el procedimiento coactivo un proceso de conocimiento en el que debe probar y declarar la mala fe, dado que se presume la buena fe hasta que se pruebe lo contrario, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. No se le permite al coactivado acceder al juez de derecho competente para obtener una sentencia con la que se levante el velo societario, una vez que se ha probado judicialmente el abuso de la personalidad jurídica. Por último, al no aplicarse el procedimiento judicial especializado para rasgar el velo societario, expresamente establecido en el COGEP en virtud de la remisión directa de la Ley de Compañías, también se vulnera la seguridad jurídica. Inclusive, Roberto Salgado, en forma clara, reflexiona sobre la forma en que deben aplicarse las leyes vigentes, en los siguientes términos:

mientras no existía la normativa introducida en la Ley de Compañías y en el Código de Procedimiento Civil, esta Ley (*LODDL*) debía aplicarse por sí sola. Ahora bien, las normas introducidas en la Ley de Compañías vienen a convertirse en normas generales de aplicación y las establecidas en esta Ley especial (*LODDL*) se convierten en normas especiales [...] deben complementarse y, posteriormente, definirse con respecto a los casos específicos establecidos en la Ley especial¹²⁴

¿Qué opción tienen entonces las autoridades con potestad coactiva para rasgar el velo societario de las personas jurídicas supuestamente usadas para defraudar, sin vulnerar derechos constitucionales? Con las leyes vigentes, la única opción que tienen es la de remitir los casos de supuesto fraude de la persona jurídica al órgano jurisdiccional competente, es decir, el juez de lo mercantil y societario, para que éste, en un proceso ordinario, una vez que se ha probado el abuso de la personalidad jurídica, proceda a rasgar el velo societario, aplicando, entre otras normas, lo establecido en los artículos 17, 17A y 17B de la Ley de Compañías.

¹²⁴ Roberto Salgado Valdez. *Tratado de Derecho Empresarial y Societario Tomo I Volumen 2*. Quito: PPL, 2015. p. 479.

No se advierte del texto del artículo 1 de la LODDL la obligación legal expresa para que las autoridades con potestad coactiva remitan los supuestos casos de abuso de la personalidad jurídica a los jueces de derecho competentes. Sin embargo, de no hacerlo, se abre la posibilidad que el coactivado presente la acción de protección y de medidas cautelares en contra del respectivo auto extensivo de pago, bajo la consideración que, en dos leyes posteriores orgánicas¹²⁵, se incorporó un procedimiento judicial especial para levantar el velo societario. Además, la Constitución, al tratar de los derechos al debido proceso, tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, establece, por sí sola, los escudos para que los derechos constitucionales del coactivado no sean vulnerados por actos administrativos contenidos en los autos extensivos de pago.

4. Aplicación inconstitucional del artículo 1 de la LODDL

Una vez que se ha probado la inminente vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica en el desvelamiento societario ejecutado por las instituciones de Estado con potestad coactiva, cuando aplican el artículo 1 de la LODDL, es menester hacer un análisis pormenorizado de cómo y en qué medida se vulneran estos derechos. De este modo, se puede verificar el cumplimiento de uno de los requisitos indispensables para presentar una acción de protección, esto es, que se haya vulnerado uno o más derechos constitucionales.¹²⁶ Los hechos de los casos analizados hasta ahora en el presente trabajo, la interpretación del sentido de las leyes referentes al abuso de la personalidad jurídica, al desvelamiento societario y al procedimiento coactivo en el Ecuador, y los parámetros que ha establecido la Corte Constitucional del Ecuador en sus sentencias acerca del alcance del debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, servirán para responder la siguiente pregunta: ¿por qué y de qué manera se vulneran los derechos constitucionales del coactivado con el desvelamiento societario ejecutado por las autoridades con potestad coactiva cuando aplican el artículo 1 de la LODDL?

¹²⁵ La LOFOSSB, que en su artículo 98 reformó el 17 ley de compañías y el COGEP, que en su disposición reformativa novena agregó los artículos 17A y 17B.

¹²⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 40 numeral 1. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

4.1 El debido proceso y la obligación de probar el abuso de la personalidad jurídica

El debido proceso es la columna vertebral de los derechos constitucionales, por su proyección y estructura. Ha sido definido por la Corte Constitucional como el axioma madre de los derechos, del cual se desprenden todos los principios y garantías que el Estado ecuatoriano se encuentra obligado a tutelar.¹²⁷ Inclusive, le ubica, con los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, dentro de la “triada indispensable para el sostén del modelo de Estado previsto en la Constitución”¹²⁸, a tal punto que si se verifica la violación de uno de estos derechos se debe también declarar la violación de los demás derechos que conforman esta triada.

El derecho al debido proceso se encuentra exhaustivamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico. La Corte Constitucional le ha dado una dimensión especial para entender su importancia en el entramado de los derechos constitucionales. En esta sección del trabajo se determinará de qué manera el desvelamiento societario ejecutado por las autoridades con potestad coactiva, cuando aplican el artículo 1 de la LODDL, vulnera el debido proceso.

En el artículo 76 de la Constitución del Ecuador se encuentra reconocido y desarrollado el derecho al debido proceso, con la advertencia inicial que “en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso”.¹²⁹ Inclusive, la norma constitucional indica que este derecho incluye varias garantías básicas allí señaladas de forma expresa. En el desvelamiento societario ejecutado por las autoridades con potestad coactiva, cuando aplican el artículo 1 de la LODDL, existe un procedimiento administrativo, a cargo de un juez de coactivas, que emite actos administrativos determinando la obligación de los socios, accionistas, administradores u operadores de responder por haber, supuestamente, abusado de la personalidad jurídica. De conformidad del artículo 76 de la Constitución, en este proceso coactivo se debe respetar el debido proceso.

¹²⁷ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 028-14-SEP-CC R.O 209 (2s) de 21 de marzo de 2014.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76 Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

El numeral 7 del artículo 76 de la Constitución contempla las garantías de las personas en el derecho a la defensa.¹³⁰ Para el propósito de este trabajo resultan importantes los incisos d, h y l, del numeral 7, a la luz de los cuales se debe evaluar el impacto sobre el debido proceso de los autos extensivos de pago, emitidos por las autoridades con potestad coactiva, para hacer responsables a personas naturales por acreencias de personas jurídicas supuestamente usadas para defraudar. Los incisos d y h¹³¹ claramente resultan vulnerados, ya que no se garantiza el derecho a la defensa del coactivado, sobre el que existen simples sospechas, para contradecir un auto extensivo de pago, que levanta automáticamente el velo societario. El inciso l¹³² también resulta vulnerado, como se apreció en los casos ya estudiados, debido a que no existe en los autos extensivos de pago la posibilidad de que el juez de coactivas motive y, por consiguiente, justifique el levantamiento automático del velo societario.

Acerca de la motivación de los actos administrativos, la Corte Constitucional, en la sentencia No. 020-13-SEP-CC, establece lo siguiente: “la motivación implica la explicación ordenada de las razones que llevan a la autoridad [...] 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.”¹³³ Ninguno de los autos extensivos de pago, estudiados en esta tesina, cumple con el requisito de motivación, pues, sin sustento fáctico y jurídico, los jueces de coactivas levantaron automáticamente el velo societario e hicieron responsables del pago a personas naturales por su sola condición de socios, accionistas, administradores y operadores.

¹³⁰ *Id.*, Art. 76 numeral 7.

¹³¹ Art. 76 numeral 7 [...] c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones [...] h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. [SEP]

¹³² [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

¹³³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 020-13-SEP-CC de 30 de mayo de 2013.

Asimismo, en la sentencia No. 092-13-SEP-CC, correspondiente al caso No. 0538-1 EP, la Corte Constitucional estableció los parámetros mínimos en la motivación de las resoluciones de los poderes públicos.

La motivación de las resoluciones de los poderes públicos y más aún de los órganos jurisdiccionales, constituyen una garantía esencial para evitar la arbitrariedad y lograr el cumplimiento efectivo de las decisiones adoptadas [...] la exposición por parte de la autoridad judicial con respecto a la decisión adoptada debe hacérsela de forma: i. Razonable, es decir que sea fundada en los principios jurídicos y constitucionales; ii. Lógica, lo cual implica una coherencia entre las premisas y la conclusión y, iii. Comprensible, es decir que el fallo goce de claridad en el lenguaje.¹³⁴

Los autos extensivos de pago no están exentos del test de motivación planteado por la Corte Constitucional. Por lo tanto, deben ser evaluados y medidos en función de que sean o no razonables, lógicos y comprensibles. Como se observará enseguida, los autos extensivos de pago de los casos ya analizados no cumplen los parámetros del test de motivación.

En primer lugar, los autos extensivos de pago claramente no son razonables, ya que su expedición no se funda en principios constitucionales y legales; por ejemplo, en la ampliación del auto de pago emitida por el Juez de Coactivas de la DGAC únicamente se sostiene:

De conformidad con los artículos 6 numeral 1 literal a) y 40 de la Ley de Aviación Civil en concordancia con los artículos 35 y 48 del Reglamento para el ejercicio de la Jurisdicción Coactiva de la Dirección General de Aviación Civil, artículos 941, 948 y 951 del Código de Procedimiento Civil y artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, en uso de mis atribuciones legales, con el fin de precautelar los intereses institucionales y del Estado ecuatoriano [...] Se dispone la ampliación del auto de pago inicial del 30 de mayo de 2016 a las 10H10 con todos los efectos legales y hago extensivo el presente juicio coactivo en contra de CABEZAS QUIROZ JORGE RODRIGO.¹³⁵

No se fundamenta razonablemente un auto extensivo de pago con la simple mención de artículos legales. Se requiere de mucho más. La debida fundamentación y la verdadera razonabilidad están dadas por el análisis integral de las normas legales y constitucionales.

En segundo lugar, tampoco se ha aplicado la lógica en los autos extensivos de pago emitidos por las autoridades con potestad coactiva. Se han limitado a señalar que cuentan

¹³⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No 092-13-SEP-CC de 30 de octubre de 2013.

¹³⁵ Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Pichincha. Causa No. 17203-2016-14719 de 7 de marzo de 2017.

con facultades coactivas y que el artículo 1 de la LODDL les ha otorgado la potestad de rasgar el velo societario. Han obviado la determinación de la premisa según la cual, para quitar el velo societario, debe existir abuso comprobado de la personalidad jurídica. Sin premisa alguna han llegado a la conclusión que la deuda de la persona jurídica también debe ser pagada por los socios, accionistas, administradores u operadores.

Por último, de lo que se ha podido observar en los casos estudiados, las autoridades con potestad coactiva han emitido autos extensivos de pago poco comprensibles para los coactivados.

En la sentencia No. 011-09-SEP-CC, correspondiente al caso No. 0038-08-EP, la Corte Constitucional considera que el debido proceso tiene dos dimensiones, por un lado, como protección del ciudadano que se encuentra en un proceso judicial y, por el otro, ser un mecanismo de amparo de derechos fundamentales,¹³⁶ como ocurre con la presunción de buena fe que solo puede ser desvirtuada cuando se pruebe lo contrario. Por lo tanto, a pesar de que el auto extensivo de pago no sea judicial y se encuentre bajo las normas del procedimiento coactivo, se debe respetar el debido proceso y probar correctamente que ha existido abuso de la personalidad jurídica.

En la sentencia No. 011-11-SEP-CC, correspondiente al caso No 0480-09-EP, la Corte Constitucional hace algunas consideraciones sobre la esencia del debido proceso:

Bernal Pulido considera que el debido proceso es un derecho fundamental que busca proteger las facultades de las personas en los procedimientos del Estado, para que la persona pueda **hacer argumentaciones, afirmaciones y aportar pruebas**. La Corte Constitucional colombiana sostiene que el debido proceso busca dar **reglas mínimas** sustantivas y procedimentales para el **accionar de autoridades judiciales y administrativas**. La Corte Constitucional en esta sentencia determina que el debido proceso garantiza la sujeción de las autoridades a las reglas señaladas por el Estado constitucional, es un **límite al ejercicio abusivo de las autoridades estatales**.¹³⁷

En tal sentido, tanto en procesos judiciales como en los procedimientos administrativos, la decisión de la autoridad debe ser adoptada sobre la base del respeto al derecho a la defensa a fin de que el administrado pueda defenderse con argumentaciones, afirmaciones y pruebas.

¹³⁶ Luis Fernando Torres. *Debate Constitucional*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2010. p. 195.

¹³⁷ Luis Fernando Torres. *Debate Constitucional*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2012. p. 204.

En el auto de pago que emiten las autoridades con protestad coactiva en contra de personas jurídicas o personas naturales la prueba de la obligación firme y vencida es un título de crédito, con el cual el cobro se tramita dentro de un procedimiento de ejecución, en el que no se declara la existencia de la obligación. Cuando se dictan autos extensivos de pago, al amparo del artículo 1 de la LODDL, se abre la discusión de un asunto que esta fuera del título de crédito, esto es, la responsabilidad de socios, accionistas, administradores u operadores por haber abusado de la personalidad jurídica. No se trata entonces de un simple procedimiento de ejecución sino de un procedimiento declarativo, pues, se debe declarar que tales personas naturales abusaron de la personalidad jurídica. Por todo lo expuesto, la vulneración al debido proceso, en materia de derecho a la defensa, se da por el hecho de que al coactivado no se le da la oportunidad de defenderse con argumentos, afirmaciones y pruebas, cuando está en discusión no simplemente la legitimidad del título de crédito sino el abuso de la personalidad jurídica.

4.2 La seguridad jurídica y la aplicación de las leyes vigentes

En el artículo 82 de la Constitución se establece “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.¹³⁸ La Corte Constitucional señala que la seguridad jurídica es un derecho transversal al encontrarse vinculado con otros derechos por lo que no debe ser entendido en forma aislada.¹³⁹ El estudio de este derecho tiene relevancia en este caso porque las autoridades con potestad coactiva han invocado normas legales para extralimitarse en sus funciones, convirtiendo procedimientos necesariamente de conocimiento y declarativos en procedimientos de ejecución, para negarles a los coactivados, en virtud de autos extensivos de pago, el derecho a la defensa y la certidumbre sobre la correcta aplicación de las leyes. A continuación, se relacionarán algunas sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, acerca de la seguridad jurídica, con los autos extensivos de pago correspondientes a los casos ya estudiados antes.

¹³⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 82. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹³⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 081-15-SEP-CC publica en el RO 485 (2s) del 22 de abril del 2015.

La Corte Constitucional, en la resolución 120 publicada en el R.O. Suplemento 340 de 24 de septiembre de 2014, establece que la seguridad jurídica “permite que las personas sepan, con anterioridad a la realización de un hecho fáctico determinado, cuál será el tratamiento jurídico que el sistema de justicia empleará para su resolución”¹⁴⁰ Asimismo, en la Sentencia No. 088-13-SEP-CC, dentro del Caso No. 1921-11-EP, la Corte manifiesta que “la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos establecidos previamente”.¹⁴¹ Conforme el artículo 17 de la Ley de Compañías los socios y accionistas saben que las obligaciones de la persona jurídica les serán extensivas únicamente cuando se les hubiere probado, dentro de un procedimiento ordinario, que han abusado de la personalidad jurídica. Cuando esto no sucede saben que solamente responden por sus aportes. Estas certezas jurídicas son destruidas con autos extensivos de pago que les obligan a asumir las obligaciones de la persona jurídica sin que se haya probado ni declarado que abusaron de la personalidad jurídica.

En la sentencia No.182-15-SEP-CC se establece que la validez del actuar de la autoridad “radica en que las actuaciones de las diversas instituciones y autoridades se fundamenten en normas jurídicas previamente determinadas, aprobadas de manera legítima y publica, y por ende se enmarcan dentro de normas constitucionales y legales”¹⁴² En los casos estudiados, la actuación de las autoridades con potestad coactiva carece de validez, ya que viola, inclusive, lo establecido de manera expresa en los artículos 17, 17A y 17B de la Ley de Compañías.

En la sentencia No. 006-09-SEP-CC, la Corte Constitucional también hace importantes aportes al concepto y delimitación de la seguridad jurídica. “La seguridad jurídica se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado”¹⁴³. En el desvelamiento societario

¹⁴⁰ Corte Constitucional del Ecuador. resolución 120 R.O. Suplemento 340 de 24 de septiembre de 2014.

¹⁴¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 088-13-SEP-CC de 23 de octubre de 2013.

¹⁴² Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No.182-15-SEP-CC de 3 de junio de 2015.

¹⁴³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 006-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009.

automático ejecutado por las autoridades con potestad coactiva, resulta que las personas naturales coactivadas con el auto extensivo de pago desconocían, previamente, que les iban a responsabilizar por las actuaciones de la persona jurídica supuestamente usada para defraudar, sin haberseles probado que fueron ellas las que abusaron de la personalidad jurídica. En los autos extensivos de pago se olvida que “la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentadas y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela”¹⁴⁴

La Corte Constitucional de la Transición se pronunció sobre la seguridad jurídica en la inadmisión de la acción extraordinaria de protección deducida por los representantes legales del Municipio de Quito en contra de una sentencia de la antigua Corte Superior de Quito (R.O. 54 26-10-09).

Es la necesidad de certeza y seguridad jurídica uno de los principios que alimentan el núcleo duro del deber ser de las formalidades y solemnidades que caracterizan a los procesos en derecho; sin embargo, **la seguridad jurídica no se agota en las meras formas**, pues en muchos casos **dichas formalidades** y solemnidades podrían ser un **mecanismo de perpetuación de una injusticia o un sinrazón jurídico**. De esta manera, la seguridad jurídica es uno de los resultados de la certeza que otorga el cumplimiento de las formalidades jurídicas en el tiempo y a lo largo del proceso, siempre y cuando dichas **formalidades sean justas** y provoquen desenlaces justos y cuya inobservancia sea la razón y esencia misma de una sentencia, pues lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, irrita o fraudulenta¹⁴⁵

La seguridad jurídica va de la mano con la justicia. Por lo tanto, el auto extensivo de pago, a más de cumplir con las formalidades, debe ser justo. A todas luces resulta injusto que un socio o accionista asuma la obligación total de la persona jurídica sin que se le haya demostrado que abuso de la personalidad jurídica. Que los jueces de coactivas observen las formalidades del artículo 1 de la LODDL no significa que respeten el derecho a la seguridad jurídica.

En la sentencia No. 111-13-SEP-CC, la Corte Constitucional hace una apreciación muy acertada sobre la seguridad jurídica. Manifiesta que la seguridad jurídica, como derecho, “implica el respeto a las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano,

¹⁴⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 006-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009.

¹⁴⁵ Luis Fernando Torres. *Debate Constitucional*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2010. p. 212.

lo que constituye la base de la protección de los derechos por parte de las autoridades públicas y la confianza de los actos que se saben ordenados, prohibidos y/o permitidos”.¹⁴⁶ En el desvelamiento societario automático ejecutado por las autoridades con potestad coactiva se irrespetan los derechos de los socios, accionistas, administradores y operadores, porque la autoridad coactiva pasa por alto la norma prohibitiva del artículo 17 de la Ley de Compañías, que prohíbe a los socios y accionistas abusar de la personalidad jurídica.

En los autos extensivos de pago se han confundido conceptos jurídicos básicos. Se ha tratado como equivalentes a los términos “solidario” y ‘subsidiario”, cuando son figuras completamente distintas. En efecto, se dispuso que las personas naturales coactivadas, en forma extensiva, paguen lo adeudado por la persona jurídica como si fueran deudores solidarios, sin aplicar la primera parte del primer inciso del artículo 1 de la LODDL que habla de subsidiariedad. Pero lo más grave es la confusión de los conceptos de solidaridad y subsidiariedad cuando ocurre el desvelamiento societario. Antes de que se levante el velo societario el socio y el accionista no son obligados solidarios ni subsidiarios, en virtud del principio de la limitación de la responsabilidad y del principio de división de patrimonios. Cuando se levanta el velo societario, por la vía judicial, los socios y accionistas que han abusado de la personalidad jurídica se convierten en obligados personales y solidarios, sin posibilidad de ser obligados subsidiarios. Por ello, resulta difícil de entender la forma en que se puede aplicar el concepto de subsidiariedad, contenido en el artículo 1 de la LODDL, después de que se ha levantado automáticamente y, por cierto, en forma arbitraria, el velo societario. Tales confusiones en los autos extensivos de pago generan incertidumbre jurídica y, por lo tanto, vulneran los fundamentos de la seguridad jurídica.

4.3 La tutela judicial efectiva y el acceso a ser juzgado por un juez competente

La tutela judicial efectiva se encuentra estrechamente relacionada con el debido proceso. Según la Corte Constitucional la tutela judicial efectiva es un derecho complejo, que, a pesar de ser un derecho en sí mismo debe tutelar también otros derechos, dentro de sus tres aristas se encuentran el acceso a la justicia, el debido proceso en la motivación y la

¹⁴⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 111-13-SEP-CC de 22 de abril de 2014.

ejecución judicial.¹⁴⁷ En el artículo 11 numeral 9 de la Constitución se establece la responsabilidad extracontractual del Estado por violación del derecho a la tutela judicial efectiva. En el artículo 75 de la Carta Magna se establece que toda persona tiene derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos, sin que pueda quedar en la indefensión y con la advertencia que el incumplimiento de las resoluciones judiciales está sancionado por la ley.¹⁴⁸

En la sentencia No. 136-14-SEP-CC, la Corte Constitucional considera que la tutela judicial efectiva se desarrolla en tres momentos, primero, con el acceso a la justicia, segundo, cuando se cuenta con una resolución motivada, aplicando la Constitución y la Ley, tercero, cuando existe goce y cumplimiento de la resolución.¹⁴⁹ En el desvelamiento societario automático ejecutado arbitrariamente por las autoridades con potestad coactiva, se puede apreciar la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva en los tres momentos señalados, al no permitírsele al coactivado con un auto extensivo de pago que su responsabilidad se ventile ante los jueces de derecho competentes ni cuente con una resolución motivada que sea el antecedente para el debido cumplimiento de una resolución judicial. En definitiva, se le priva el acceso a un juez de derecho competente, se le somete a un auto extensivo de pago sin motivación y se le obliga al cumplimiento de una resolución inconstitucional.

En la sentencia No. 062-12-SEP-CC, dentro del caso No. 1685-10-EP, la Corte Constitucional aceptó una acción extraordinaria de protección y declaró la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita. Entre los temas tratados se encuentra el del derecho a ser juzgado por juez competente. En concreto la Corte estimó que los jueces de lo civil eran los competentes para conocer juicios colusorios de primera instancia y las cortes provinciales para conocerlas en segunda instancia. Por lo tanto, la

¹⁴⁷ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia No. 038-15-SEP-CC R.O. 462 (S) de 19 de marzo de 2015.

¹⁴⁸ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁴⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 136-14-SEP-CC de 22 de octubre de 2014.

Corte consideró que los jueces de la Sala única debían remitir el proceso a los jueces de lo civil y no avocar conocimiento y dictar sentencia.¹⁵⁰

Algo muy similar a lo sucedido en el caso anterior ha pasado en el desvelamiento societario ejecutado por las autoridades con potestad coactiva, con la particularidad que estas autoridades no son jueces de derecho sino funcionarios públicos que dictan actos administrativos y que, con más razón, deben remitir a los jueces de derecho un trámite de declaratoria de responsabilidades pecuniarias. A dichas autoridades administrativas no les corresponde extinguir derechos y establecer obligaciones de socios accionistas, operadores y administradores. Lo único que pueden hacer estas autoridades es ejecutar una obligación establecida previamente en un título de crédito. El abuso de la personalidad jurídica debe ser probado en un proceso de conocimiento y declarativo, distinto de los procesos ejecutivos y, sobre todo, de ejecución, por mandato del propio artículo 17 de la Ley de Compañías. En definitiva, en los casos en los que se presume abuso de la personalidad jurídica, las autoridades con potestad coactiva, necesariamente deben remitir al juez de derecho competente, en este caso, por lo establecido en la Ley de Compañías, el respectivo juez de lo mercantil y societario, al que le corresponde tramitar el proceso de inoponibilidad de la persona jurídica por la vía ordinaria.

5. La acción de protección como medio procesal idóneo para defenderse frente a la aplicación inconstitucional del artículo 1 de la LODDL

Las autoridades con potestad coactiva han venido quitando el velo societario, amparándose en el artículo 1 de la LODDL, mediante autos extensivos de pago o providencias ampliatorias de autos de pago. Cabe entonces preguntarse ¿cuál es el medio procesal idóneo para defenderse de tales autos o providencias? En principio hay que descartar medios procesales que parecerían adecuados, pero que, en realidad, no lo son, como ocurre con los recursos que activan la vía contencioso administrativa o la acción extraordinaria de protección. Dado que los derechos que vulneran tales autos o providencias son derechos constitucionales, como los derechos al debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, los medios procesales a disposición del coactivado

¹⁵⁰ Luis Fernando Torres. *Debate Constitucional*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2014. p. 188.

se encuentran en las garantías constitucionales de la acción de protección y de la acción de medidas cautelares.

La acción extraordinaria de protección no es una garantía a la que pueda recurrir inicialmente el coactivado. Tampoco tiene a su disposición el coactivado los recursos contencioso administrativos de carácter subjetivo, por cuanto la discusión no gira alrededor de la violación de los derechos subjetivos del administrado sino de la vulneración de sus derechos constitucionales, aunque podría utilizar tales recursos si decidiera impugnar la legalidad de las actuaciones del juez de coactivas. El pronunciamiento de los jueces constitucionales, en los casos estudiados anteriormente, colocan a la acción de protección, junto a la acción de medidas cautelares, como las idóneas para que el coactivado se defienda, en forma inmediata, de los actos administrativos arbitrarios contenidos en los autos extensivos de pago.

5.1 Sobre la procedencia de la acción de protección

En el presente trabajo se ha logrado determinar una clara vulneración de derechos constitucionales en el desvelamiento societario automático y arbitrario ejecutado por las autoridades con potestad coactiva. En este sentido, la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución. La procedencia de la acción de protección está regulada en el artículo 40 de la LOGJCC, donde se contemplan tres requisitos concurrentes para que esta pueda ser presentada, “1. Violación de un derecho constitucional 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. La inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”.¹⁵¹

Además de vulnerar el debido proceso, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva, en los autos extensivos de pago estudiados antes también se vulneraron otros derechos constitucionales como los derechos a la propiedad privada y al libre tránsito, en virtud de las medidas cautelares dictadas por el juez de coactivas, entre las que se destacan el

¹⁵¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 40. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

bloqueo y retención de fondos, la prohibición de enajenar bienes muebles e inmuebles, la prohibición de transferir participaciones o acciones y la prohibición de salida del país.

En el artículo 66 numeral 26 de la Constitución se reconoce el derecho a la propiedad.¹⁵² Asimismo, en los artículos 21 de la Convención Americana y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵³ también se reconoce este derecho. Las medidas precautelares dictadas por las autoridades con potestad coactiva vulneraron este derecho constitucional, a sabiendas que, por los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia e igualdad, el derecho tiene igual jerarquía que todos los derechos fundamentales y es justiciable frente a la justicia constitucional.¹⁵⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú de 28 de febrero de 2003 estableció que “en toda y cualquier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21¹⁵⁵ de la Convención Americana”.¹⁵⁶ La limitación al derecho a la propiedad debe efectuarse conforme a ciertos parámetros jurídicos: que la limitación este fijada por ley, que persiga un fin legítimo y que sea necesaria e idónea.

En los casos estudiados las autoridades con potestad coactiva limitaron el derecho a la propiedad amparándose en la facultad otorgada en el segundo inciso del artículo 1 de la LODDL. Si bien las leyes y normas que rigen el ejercicio de la jurisdicción coactiva de las instituciones del Estado contemplan la posibilidad de las medidas cautelares, resulta que éstas no pueden ser arbitrarias e infundadas. Por ejemplo, tiene sentido que se dicte una prohibición de enajenar bienes en contra de una persona jurídica que tiene una acreencia

¹⁵² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numeral 26. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú de 28 de febrero de 2003.

¹⁵⁴ *Cfr.*, Jorge Carpizo. “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”. Cuestiones Constitucionales. (2011).

¹⁵⁵ Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

¹⁵⁶ *Ibid.*.

con el Estado contenida en un título de crédito. Sin embargo, no tiene asidero jurídico la medida cautelar de prohibición de enajenar bienes en contra de una persona natural a la que no se le ha demostrado culpabilidad en el abuso de la personalidad jurídica.

Para limitar la propiedad es necesario que exista un fin legítimo. Sobre este tema la Corte Constitucional del Ecuador estableció que “no puede considerarse que existe un fin legítimo en ninguna decisión del poder público, cuando los elementos fácticos, legales, normativos o doctrinarios que la sustentan son erróneos, mal interpretados o inexistentes”¹⁵⁷ En los casos estudiados los elementos fácticos, legales y normativos, en los que se han amparado las autoridades con potestad coactiva para rasgar el velo societario y dictar medidas cautelares en contra de bienes, son erróneos y mal interpretados, puesto que no se ha probado que las personas naturales en contra de las cuales se han dictado las medidas cautelares sean responsables de haber abusado de la personalidad jurídica.

No es necesario y peor aún idóneo que se dicten medidas cautelares en contra de bienes de personas naturales a las que no se les ha probado haber abusado de la personalidad jurídica. Las medidas solo deben dictarse en contra de la persona jurídica que tiene una acreencia con alguna institución del Estado.

También se ha vulnerado el derecho constitucional al libre tránsito con las medidas cautelares dictadas por los jueces de coactivas en los autos extensivos de pago. El artículo 66 numeral 14 de la Constitución establece que los ciudadanos tendrán “El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente”.¹⁵⁸ Las autoridades con potestad coactiva no ejercen jurisdicción, por lo tanto, no cabe que dispongan la prohibición de salida del país. Resulta completamente arbitrario que los jueces de coactivas dicten medidas cautelares contra coactivados por autos de pago extensivos sin ningún tipo de limitaciones.

El primer requisito para que proceda la acción de protección se cumple a cabalidad con la demostración indubitable de la vulneración de los derechos al debido proceso, a la

¹⁵⁷ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 091-13-SEP-CC de 30 de octubre de 2013.

¹⁵⁸ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva, de la que se habló, en extenso, en el apartado cuarto de esta tesina, así como de la vulneración de los derechos a la propiedad privada y a libre tránsito, tratada en esta parte, con motivo de las medidas cautelares arbitrariamente dictadas por los jueces de coactiva.

Sobre el segundo requisito, señalado en los artículos 88 de la Constitución y 41 numeral 1 de la LOGJCC, se debe considerar que la acción de protección procede contra “todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado derechos constitucionales, que menoscabe, disminuya o anule su ejercicio”.¹⁵⁹ En tal sentido, los autos extensivos de pago o providencias ampliatorias del auto de pago pueden ser objeto de la acción de protección al tratarse de actos administrativos, que, como tales, no tienen la calidad de jurisdiccionales, y que, en virtud de lo que he señalado anteriormente, violan derechos constitucionales cuando el juez de coactivas levanta el velo societario sin dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 de la Ley de Compañías.

A pesar de que a las autoridades que emiten los autos extensivos de pago se las llama “Jueces de Coactivas”, en la realidad no ejercen jurisdicción y sus actos son meramente administrativos. En su momento el ex Tribunal Constitucional estableció que:

Quienes ejercen la llamada ‘jurisdicción coactiva’, en virtud de facultades concedidas por el Código de Procedimiento Civil, son esencialmente distintos a quienes ejercen la jurisdicción ordinaria, por lo que puede concluirse que considerarlos parte de la jurisdicción y denominarlos jueces, es ajeno a la naturaleza de la función jurisdiccional, pues, como se ha analizado, se trata de empleados de la administración pública que, al pertenecer a determinada institución del Estado, que en un momento determinado actúa como acreedora, carecen de la necesaria imparcialidad de la que deben estar investidos quienes administran justicia y tienen la calidad de ‘jueces’¹⁶⁰

Asimismo, la Corte Constitucional ha seguido por esta misma línea al sostener que:

La coactiva no es sino un procedimiento administrativo por el cual se cobran créditos públicos, sin que esto implique aplicar la Jurisdicción en su verdadero y genuino significado de potestad pública que consiste en administrar justicia, juzgar y hacer ejecutar

¹⁵⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 41 numeral 1. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

¹⁶⁰ Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución No. 151 publicada en el Registro Oficial 336 del 17 de mayo de 2004.

lo juzgado. La coactiva, por último, no es otra cosa que una manifestación de la autotutela administrativa en una fase ejecutiva.¹⁶¹

Por ello, la Corte Constitucional estableció que “quienes ejercen la denominada “jurisdicción coactiva” son funcionarios de la administración pública, empleados recaudadores que, por lo mismo, no ejercen la jurisdicción”.¹⁶²

Queda claro entonces que las autoridades con potestad coactiva no ejercen jurisdicción y sus actos son meramente administrativos. Por lo tanto, el auto extensivo de pago entra dentro del presupuesto del artículo 41 numeral 1 de la LOGJCC y puede ser objeto de una acción de protección. Si los jueces de coactivas no ejercen jurisdicción tampoco pueden administrar justicia. Por ello, resulta contrario a la potestad de juzgar en un proceso declarativo y de conocimiento lo que han hecho los jueces de coactivas cuando han levantado el velo societario bajo el supuesto que una persona natural ha cometido fraude societario. La Corte Constitucional considera que “una característica fundamental e indivisible de los operadores de justicia es su imparcialidad e independencia pues así se asegura el acceso pleno y sin sesgos a la justicia”¹⁶³ Un funcionario administrativo de cobranzas lo único que busca es hacer efectivo lo adeudado por la persona jurídica, sobre la base un título de crédito con una obligación líquida y vencida, en beneficio de la institución pública en la que trabaja. Aprovechándose de una interpretación inaceptable del artículo 1 de la LODDL se han arrogado competencias judiciales para determinar que las personas naturales, por su sola condición de socios, accionistas, administradores y operadores de la persona jurídica deudora, tienen la obligación de asumir con su propio patrimonio la deuda de la persona jurídica.

En el artículo 42 de la LOGJCC se establecen taxativamente los supuestos en los que no procede la acción de protección. En virtud de este artículo la Corte Constitucional ha sostenido que la acción de protección no es un mecanismo para realizar impugnaciones a la legalidad de los actos del poder público ni para pretender que se declaren derechos

¹⁶¹ Corte Constitucional del Ecuador. Resolución No. 736, Registro Oficial Edición Especial 23 de 08 de diciembre de 2009.

¹⁶² Corte Constitucional del Ecuador. Resolución No 130 publicada en el Registro Oficial Suplemento 203 de 14 de marzo del 2014.

¹⁶³ Corte Constitucional del Ecuador. Resolución 99, Registro Oficial Suplemento 504 de 20 de mayo del 2015.

subjetivos.¹⁶⁴ En este sentido, las acciones de protección que se han presentado en contra de los autos extensivos de pago no discuten temas de mera legalidad ni tampoco pretenden la declaración de un derecho subjetivo, sino que buscan el amparo directo de los derechos constitucionales vulnerados por el acto administrativo. En estas acciones de protección no se discute la legalidad de la deuda de la persona jurídica, pues, lo único que se discute es la vulneración de los derechos constitucionales de las personas naturales por el desvelamiento societario automático y arbitrario realizado por el juez de coactivas.

5.2 Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado

En el artículo 40 numeral 3 de la LOGJCC se encuentra el tercer requisito concurrente para que proceda la acción de protección, que se resume en que no debe existir otro “mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”. Asimismo, en el artículo 41 numeral 4 de la LOGJCC, se prescribe que la acción de protección es improcedente cuando existan vías judiciales para impugnar el acto administrativo, salvo que se demuestre que éstas no sean adecuadas o eficaces. Dado que los recursos contencioso administrativos, subjetivos u objetivos y las demás acciones señaladas en el COGEP¹⁶⁵, así como la acción extraordinaria de protección, no son las vías judiciales adecuadas y eficaces para impugnar, resulta que la vía pertinente es la acción de protección y la de medidas cautelares ante la inminente violación de los derechos constitucionales de la persona natural coactivada.

En el artículo 58 de la LOGJCC se establece que “La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución”.¹⁶⁶ Los autos extensivos de pago o las providencias ampliatorias del auto de pago no son, bajo ningún concepto, sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia. Lo que si se

¹⁶⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia publicada en el Registro Oficial Suplemento 782 de 23 de junio del 2016.

¹⁶⁵ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 299 en adelante. Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

¹⁶⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 58. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

podría presentar es una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia firme en la que se rechace la acción de protección.

En la sede contencioso administrativa hay que descartar que el mecanismo de defensa adecuado sea el juicio de excepciones a la coactiva. Los artículos 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 300 del COGEP prescriben que los jueces en la sede contencioso administrativa hacen un control de legalidad de los actos impugnados. En el desvelamiento societario ejecutado por las autoridades con potestad coactiva no se discute la legalidad de la deuda.

Acerca de la idoneidad y eficacia de las excepciones en la sede contencioso administrativa cabe hacer algunas reflexiones. En primer lugar, el procedimiento de excepciones a la coactiva está diseñado para el control de legalidad de los actos generados dentro de un proceso coactivo. En segundo lugar, el artículo 317 del COGEP dispone que “Para que el trámite de las excepciones suspenda la ejecución coactiva, será necesaria la consignación de la cantidad a que asciende la deuda, sus intereses y costas”. Por último, dentro del Caso Salvador Chiriboga vs Ecuador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo:

El Tribunal advierte que el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa determina que el recurso subjetivo o de plena jurisdicción tiene como función proteger el derecho subjetivo de una persona que presuntamente ha sido vulnerado por un acto administrativo. [...] Como ya está demostrado, el tiempo transcurrido sobrepasa excesivamente el plazo que pueda considerarse razonable para que el Estado emitiera una sentencia definitiva en los procesos subjetivos. Esta demora ha generado otras consecuencias, además de la vulneración del plazo razonable, tal como una evidente denegación de justicia.¹⁶⁷

En definitiva, este procedimiento no es idóneo porque el caso planteado no versa sobre temas de legalidad, sino sobre derechos constitucionales vulnerados. Adicionalmente, se tiene que consignar el total de una deuda ilegítima, ya que nunca se probó abuso de la personalidad jurídica. Por último, los plazos de los procedimientos contencioso administrativos son muy amplios como para salvaguardar debida y oportunamente los derechos constitucionales.

¹⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Sentencia de 6 de mayo de 2008.

5.3 Las medidas cautelares constitucionales

Las medidas cautelares, establecidas en el artículo 87 de la Constitución, se encuentran dentro de las garantías jurisdiccionales, por lo que tienen esa naturaleza, a pesar de no encontrarse reguladas en una sección autónoma de dicho capítulo tercero. Sus finalidades, de conformidad con la norma constitucional mencionada y el artículo 26 de la LOGJCC, son, en primer lugar, la de evitar amenazas a los derechos constitucionales que puedan ocasionar daños irreversibles, y, en segundo lugar, cesar la violación de los derechos reconocidos en la Constitución.

Las medidas cautelares pueden ordenarse por el juez en forma conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, según el artículo 87 de la Constitución, con la particularidad que su otorgamiento no constituye prejuzgamiento sobre la declaración de violación de derechos, ni prueba en el caso de que se tramite, simultáneamente, una acción de protección, conforme lo indica el artículo 26 de la LOGJCC. Cuando se presentan en forma conjunta con otras garantías deben tramitarse previamente.¹⁶⁸

No proceden las medidas cautelares constitucionales cuando existen medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trata de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interponen en la acción extraordinaria de protección, según el artículo 27 de la LOGJCC. No existen medidas cautelares en la vía administrativa de ejecución a las que pueda recurrir el coactivado mediante un extensivo de pago para proteger sus derechos constitucionales. Es insuficiente, por ejemplo, el amparo administrativo contemplado en el artículo 330 del COGEP¹⁶⁹. En efecto, el coactivado debería, junto a la pretensión principal

¹⁶⁸ Art. 32 [...] La petición podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución, cuando tenga por objeto detener la violación del derecho. En estos casos, las medidas cautelares se tramitarán previamente a la acción para declarar la violación de derechos por lo que no se requerirá la calificación del requerimiento para que proceda la orden de medidas cautelares; de ser procedente, la jueza o juez podrá ordenar las medidas cautelares cuando declare la admisibilidad de la acción.

¹⁶⁹ Art. 330.- Suspensión del acto impugnado. A petición de parte, el juzgador podrá ordenar en el auto inicial la suspensión del acto administrativo, cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo, siempre que el retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediabilmente el derecho opuesto y se evidencie la razonabilidad de la medida.

Podrá motivadamente revocarse la medida en cualquier estado del proceso, en tanto se advierta una

en contra del auto extensivo de pago, solicitar del juez contencioso administrativo la suspensión del auto sobre la base de los hechos y pruebas contenidos en la demanda, lo cual resulta jurídicamente inviable en las condiciones en las que se encuentra el coactivado que ha cuestionado, en su demanda, la legalidad de dicho auto.

Una de las más importantes medidas cautelares es la suspensión provisional del acto de autoridad, de conformidad con el artículo 26 de la LOGJCC.

Cuando el juez de coactivas levanta el velo societario con un auto extensivo de pago y traslada la deuda de la persona jurídica a sus representantes, socios, accionistas y operadores, el acto administrativo no constituye una simple amenaza sino una violación a los derechos constitucionales de los coactivados extensivamente. Por ello, si sólo se presenta, por parte de los afectados, la acción de medidas cautelares, la suspensión temporal del acto administrativo impugnado debe servir para que el juez constitucional disponga al juez de coactivas que el proceso sea remitido al juez de derecho para que éste declare que los coactivados extensivamente han abusado de la personalidad jurídica y, en consecuencia, se levante el velo societario. En el supuesto que las medidas cautelares se pidan conjuntamente con la acción de protección, la suspensión temporal del acto solamente duraría hasta que se resuelva la acción de protección con la que el juez constitucional puede dejar sin efecto el auto extensivo de pago.

5.4 Precedentes jurisprudenciales obligatorios

A continuación, se analizarán sentencias que constituyen jurisprudencia vinculante¹⁷⁰ respecto de acciones de protección, con particular atención a la situación del coactivado con

modificación en las circunstancias que lo motivaron.^[5]

¹⁷⁰ Art. 436 numeral 6 de la Constitución del Ecuador. Art. 25 LOGJCC.

vid., Pamela Juliana Aguirre Castro. *Un Cambio de Paradigma, los Procesos de Selección y Revisión de la Corte Constitucional*. Rendición de Cuentas del Proceso de Selección: CC 2008-2013, serie 4 jurisprudencia constitucional. CEDEC: Quito, 2013.p. 20 y 21. La vinculación de la sentencia “radica precisamente para la aplicación de posteriores sentencias en dos factores [...] el primero [...] en los patrones facticos en el caso precedente y posterior, es decir, la analogía fáctica existente entre uno y otro caso [...] el segundo [...] la fuerza argumentativa de la sentencia, es decir, la racionalidad que justifique la decisión adoptada [...] es necesidad imperiosa la existencia de una analogía fáctica [...] no basta entonces la analogía normativa [...] si el Segundo factor no se verifica [...] el poder vinculante de la decisión disminuye notablemente [...] la facultad de expedir jurisprudencia vinculante, entonces, otorga a la Corte la posibilidad de crear derecho objetivo.”

un auto extensivo de pago mediante el cual se levanta el velo societario en forma arbitraria. precedentes jurisprudenciales obligatorios o vinculantes, que darán aún más fuerza a la acción de protección en contra de autos extensivos de pago o providencias ampliatorias de autos de pago.

Acerca de la naturaleza de la acción de protección, en la sentencia No. 157-12-SEP-CC, que constituye jurisprudencia vinculante, la Corte Constitucional sostiene que la acción de protección no es residual ni subsidiaria, por lo que el afectado puede acudir a ella cuando sus derechos han sido vulnerados por un acto de autoridad. La Corte textualmente prescribe:

En el artículo 88 de la Constitución de la República no se le da a la acción de protección el carácter de residual o subsidiaria, como aparentemente lo hace la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debiendo primar en este caso la voluntad del constituyente por encima de cualquier contradicción en una norma secundaria o cualquier ambigüedad del texto; además, y como criterio fundamental, se debe observar el principio de supremacía de la Constitución señalado en el artículo 424 de la Constitución Corte Constitucional del Ecuador.¹⁷¹

No es procedente, entonces, que el coactivado, con un auto extensivo de pago, deduzca las excepciones a la coactiva en lugar de presentar la acción de protección, ya que tales excepciones no son idóneas para enfrentar la vulneración de los derechos constitucionales.

En la sentencia No. 001-16-PJO-CC, que tiene el carácter de precedente obligatorio, la Corte Constitucional traza los parámetros mínimos que deben observar los jueces cuando conocen acciones de protección, en los siguientes términos:

1. Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido.

2. La regla expedida en la presente sentencia deberá ser aplicada con efectos generales o erga omnes en casos similares o análogos.¹⁷²

¹⁷¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 157-12-SEP-CC de 17 de abril de 2012.

¹⁷² Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-16-PJO-CC del 22 de marzo de 2016.

Solamente cuando los jueces constitucionales han considerado que no hay vulneración de derechos constitucionales pueden determinar que el asunto debe tramitarse en la justicia ordinaria, debido a que la acción de protección no es residual ni subsidiaria. EN tal virtud, no hay razón alguna para que el coactivado, con un auto extensivo de pago, sea impedido de acudir a la justicia constitucional, con una acción de protección, en el caso que el juez de coactivas, mediante un acto administrativo, haya levantado arbitrariamente el velo societario para trasladar la deuda de la persona jurídica al coactivado, sin haber observado lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Compañías.

La Sala de Selección de la Corte Constitucional ha catalogado como “Jurisprudencia Vinculante de Acción de Protección” a la Acción de Protección No. 09286-2015-00957, dentro del expediente constitucional 0286-15-JP. Esta importante sentencia fue el primer caso estudiado en la sección tercera numeral dos de esta tesina. Sobre la actuación arbitraria del Juez de Coactivas del IESS de Guayaquil, al levantar el velo societario de una persona jurídica, el Juez Constitucional de la Unidad Judicial Penal Norte No. 2 de Guayaquil, cuya sentencia fue asumida por la Corte Constitucional como jurisprudencia vinculante, sostuvo lo siguiente:

Por las consideraciones antes indicadas, ha quedado en evidencia que dentro del proceso coactivo No. 404160-2009-SDCQ, TC 21485076, se hizo extensivo el auto de pago, en contra de las hoy accionantes, mediante acto administrativo de fecha 15 de octubre de 2014, las 15h00, por tener la calidad de socias de la Compañía PLASTICOS SORIA CIA. LTDA., sin cumplir con lo que preveen de manera clara, determinada y expresa, los artículos 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, en concordancia con el propio Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control del IESS, en su artículo 72, que dispone que en el caso de **personas jurídicas usadas para defraudar, dicha condición deberá ser debidamente declarada**, para que las obligaciones puedan recaudarse hasta el último nivel de propiedad.- **No existiendo constancia de que el IESS haya obtenido dicha declaratoria, ni iniciado la acción de levantamiento del velo societario o inoponibilidad de la personalidad jurídica**, contemplada en nuestra legislación procesal civil, artículos 412A y siguientes.- No existiendo tampoco constancia alguna, de que se haya hecho conocer a las señoras Soria Chávez, con la respectiva glosa para que puedan, en ejercicio de su legítimo derecho a la defensa, pagarlas a tiempo, o impugnarlas, conforme lo proveen los artículos 58, 59 y siguientes del Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control del IESS. En consecuencia, y habiendo motivado debidamente la presente resolución el suscrito Juez de la Unidad Judicial Norte No. 2, en mi calidad de Juez Constitucional, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL

ECUADOR POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara con lugar la Acción de Protección.¹⁷³

En esta sentencia vinculante queda en claro que la declaratoria previa de defraudación y de abuso de la personalidad jurídica es un requisito sine qua non para que un juez de coactiva pueda trasladar la deuda de la persona jurídica al socio. Tal declaratoria, con la cual se levanta el velo societario, esta fuera de las competencias del juez de coactivas, pues, como se indica en la sentencia, la declaratoria tiene que realizarse dentro de un procedimiento judicial.

En la Sentencia dictada por la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Pichincha, dentro de la Acción de Protección No. 17203-2016-14719, los Jueces siguieron la misma argumentación de la jurisprudencia vinculante antes comentada al reiterar que el juez de coactivas no puede levantar el velo societario sin que judicialmente se haya declarado el abuso de la personalidad jurídica. En efecto, en tal sentencia se indicó: “Sin embargo, instituye de manera clara, determinada y expresa, que en caso de personas jurídicas usadas para DEFRAUDAR, no obstante aquello, no se **evidencia judicialmente** que “SAEREO S.A” pueda estar inmersa en la situación referida en la disposición legal”¹⁷⁴

B. Conclusiones

De los argumentos expuestos en esta tesina, se concluye, en forma general, que el juez de coactivas, que levanta el velo societario con un auto extensivo de pago o con una providencia ampliatoria del auto de pago, sin remitir el proceso al juez competente de derecho, para que éste declare el abuso de la personalidad jurídica, vulnera los derechos constitucionales de la persona natural coactivada extensivamente, sea accionista, socio, administrador u operador de la persona jurídica deudora del Estado.

Esta conclusión general es corroborada por las siguientes conclusiones específicas.

¹⁷³ Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Guayas. Causa No. 09286-2015-00957 de 20 de mayo de 2015.

¹⁷⁴ Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Pichincha. Causa No. 17203-2016-14719 de 7 de marzo de 2017.

Primero, en virtud del artículo 1 de la LODDL, las instituciones del Estado, que por ley tienen jurisdicción coactiva, han ejercido potestades exorbitantes, entre ellas, la de levantar el velo societario de personas jurídicas supuestamente usadas para defraudar, sin sujetarse a los procedimientos establecidos en la legislación ecuatoriana.

Segundo, en forma explícita, el artículo 1 de la LODDL exige que la condición para rasgar el velo societario sea la determinación de que se ha abusado de la personalidad jurídica, aunque no especifique que tal determinación la realice un juez de derecho y no el juez de coactivas.

Tercero, el abuso de la personalidad jurídica es un concepto jurídico complejo que está tratado de manera simplista en el artículo 1 de la LODDL, a tal punto que desconoce que la figura del desvelamiento societario no es la única idónea para determinar a los responsables del abuso de la personalidad jurídica, dado que el abuso societario puede tener origen, entre otras causas, en el abuso del derecho, el fraude a la ley o a terceros, las vías de hecho, las conductas contrarias a los actos propios, la simulación ilícita, la causa ilícita o los actos de mala fe.

Cuarto, el procedimiento coactivo en el Ecuador, al ser de ejecución y no de conocimiento, no es idóneo para determinar el abuso de la personalidad jurídica y declarar que este se ha producido por los actos u omisiones de los socios, accionistas, administradores u operadores de la persona jurídica deudora del Estado o sus instituciones. En este sentido, siempre que un juez de coactivas rasgue el velo societario, amparándose en el artículo 1 de la LODDL, vulnerará los derechos constitucionales al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica.

Quinto, para que no se vulneren los derechos constitucionales de los socios, accionistas, administradores u operadores de la persona jurídica deudora del Estado o sus instituciones, el juez de coactivas, antes de emitir el auto extensivo de pago, debe remitir el caso de abuso de la personalidad jurídica al juez de derecho, único competente para declarar judicialmente que los socios, accionistas, operadores o administradores han abusado de la personalidad jurídica, y, por consiguiente, deben asumir las obligaciones de pago de la persona jurídica coactivada legalmente.

Sexto, el juez de coactivas vulnera el derecho al debido proceso cuando no prueba ni motiva debidamente el abuso de la personalidad jurídica antes de rasgar el velo societario. Vulnera el derecho a la seguridad jurídica, cuando no aplica las normas legales del ordenamiento jurídico sobre abuso de la personalidad jurídica y desvelamiento societario. Finalmente, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva al impedir que el coactivado extensivamente acceda a ser juzgado por el juez de derecho competente, al único que le corresponde declarar el abuso de la personalidad jurídica, más aún cuando el artículo 17 de la Ley de Compañías, en los casos allí señalados, dispone que el trámite judicial adecuado para declarar el abuso de la personalidad jurídica es el ordinario contemplado en el COGEP.

Séptimo, la acción de protección –eventualmente presentada conjuntamente con medidas cautelares constitucionales- es el medio procesal idóneo para defenderse frente al desvelamiento societario ejecutado por la autoridad con potestad coactiva, que ha dictado un auto extensivo de pago para trasladar la deuda de la persona jurídica al accionista, socio, operador o administrador. El juez de coactivas es un funcionario administrativo de cobranzas de una entidad pública por lo que no ejerce jurisdicción. Las providencias de ampliación de los autos de pago emitidos por los jueces de coactivas son actos administrativos no jurisdiccionales susceptibles de ser impugnados por medio de una acción de protección. No existe otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger los derechos constitucionales vulnerados por tales providencias. Si estuvieran en discusión los derechos subjetivos de los administrados y asuntos de mera legalidad se podría recurrir a las acciones y recursos en la vía contencioso administrativa.

Octavo, que sea legal y constitucional el auto de pago dictado por el juez de coactivas en contra de la persona jurídica deudora del Estado o sus instituciones, no significa que sea igualmente legal y constitucional el auto extensivo de pago en contra de los socios, accionistas, administradores u operadores de la persona jurídica coactivada. El auto extensivo de pago no es accesorio ni se deriva naturalmente del auto de pago dictado en contra de la persona jurídica. Se trata de un acto administrativo independiente y autónomo con el que el juez de coactivas levanta arbitrariamente el velo societario bajo la presunción

que ha existido abuso de la personalidad jurídica y convierte en deudores solidarios a los socios, accionistas, administradores u operadores.

Noveno, en la jurisprudencia vinculante de la acción de protección dentro del expediente constitucional 0286-15-JP, se estableció que los jueces de coactivas violan los derechos reconocidos en la Constitución cuando levantan el velo societario, mediante autos extensivos de pago, sin remitir a los jueces competentes de derecho para que declaren el abuso de la personalidad jurídica.

C. Referencias

C.1. Doctrina

- Aguirre Castro, Pamela Juliana. “Un Cambio de Paradigma, los Procesos de Selección y Revisión de la Corte Constitucional”. *Rendición de Cuentas del Proceso de Selección: CC 2008-2013, serie 4 jurisprudencia constitucional*. CEDEC: Quito. (2013).
- Andrade Ubidia, Santiago. *El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana*. Quito, 2009.
- Barros, Enrique y Rojas, Nicolás. *Personas Jurídicas*. Chile: Universidad de Chile, 2007.
- Barros, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- Bigiavi, Walter. *El Emprendedor Oculto*. Michigan: CEDAM, 1957.
- Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*. Collins & Hannay. 1830.
- Caputo, Leandro. *Oponibilidad de la personalidad jurídica societaria*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006.
- Carpizo, Jorge. “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”. *Cuestiones Constitucionales*. (2011).
- Castillo Contreras, Alois. *Abuso de personificación, develación societaria y extensión de imputación de responsabilidad*. Commercium, 2012.
- Córdova Acosta, Pablo Andrés. “Derecho de Sociedades Derecho Común y Responsabilidad de la Sociedad Holding; Levantamiento del Velo Corporativo; Responsabilidad Contractual y Aquiliana” *Revista de Derecho Privado* (2006).
- Domínguez Águila, Ramón. “Fraus Omnia Corruptit. Notas sobre el Fraude en el Derecho Civil”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* Tomo LXXXIX N° 3. (1992).
- El Comercio Ec. La crisis ahoga a los despedidos.
http://www.elcomercio.com/app_public.php/actualidad/negocios/crisis-ahoga-a-despedidos.html.

- Galgano, Francesco. "Concepto de Persona Jurídica". *Revista Derecho del Estado* N° 16. (2004).
- Von Girke, Otto. *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*. Berlin, 1887.
- Grispo, Jorge. "Inoponibilidad de la personalidad societaria" *La Ley* 25.01 (2005).
- Hamilton, Robert. *The Law of Corporations in a Nutshell*. St. Paul: West Publishing Co., 1991.
- Hurtado Cobles, José. "Sobre la Aplicación de la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario en el Ámbito Laboral". *Boletín de la Facultad de Derecho* N° 23. (2003).
- Jaramillo, Liyer Andrea. "Desestimación de la personalidad jurídica en el derecho societario colombiano". *Revista CES DERECHO* 2/2. (2011).
- Von Jhering, Ruldolf. *Geist des römischen Rechts*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1891.
- Kelsen, Hans. *Teoría generale del diritto e dello Stato*. Milano: Edizioni di Comunità, 1963.
- Larrea Buendía, Sofia. *Análisis de constitucionalidad de la ley orgánica para la defensa de los derechos laborales*. Tesis de grado. Universidad Internacional del Ecuador. Quito, 2014.
- La Hora Nacional. *Casinos: trabajadores despedidos intempestivamente en El Oro*. <http://lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101150118#.WTQFTWWwnBI>.
- López Mesa, Marcelo y Cesano, José Daniel. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Contribuciones a un estudio desde la óptica mercantil y penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000.
- Molina Sandoval, Carlos. *La desestimación la personalidad jurídica societaria*. Ábaco, 1998.
- Núñez, Abarca y Mesías, Richard. *Regulación Jurídica del Levantamiento del Velo Societario de las Compañías Constituidas en el Ecuador*. Quito, 2012.

- Petit Guerra, Luis Alberto. *Estudios sobre el Debido Proceso*. Caracas: Ediciones Paredes, 2011.
- Pilca, Mariella y San Lucas, Ana María. Causas y efectos de la Aplicación de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales en la legislación ecuatoriana. Tesis de grado. Universidad Laica Vicente Rocafuerte. Guayaquil, 2013.
- Saavedra, Renzo. “Breve itinerario por las teorías del Civil Law sobre la personalidad jurídica: Su impacto en el Common Law y en el levantamiento del velo societario”. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association*. (2011).
- Salgado Valdez, Roberto. *Tratado de Derecho Empresarial y Societario Tomo I Volumen 2*. Quito: PPL, 2015.
- Savigny, Federico. *Sistema de Derecho Romano Actual*. 1872.
- Serick, Rolf. *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles. El Abuso de Derecho por medio de la Persona Jurídica*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1958.
- Serick, Rolf. *Rechtsform und realität juristischer personen*. De Gruyter, 1955.
- Solar, Claro. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo XI, De las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- Roldós, León. “¿Leyes para el abuso del poder?”. *El Universo*. 03/10/16.
- Thompson, Robert. *Piercing the corporate veil and empirical study*. Ithaca: Cornell Law Review, 1991.
- Torres, Luis. *Debate Constitucional*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2010.
- Torres, Luis. *Debate Constitucional*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2012.
- Torres, Luis. *Debate Constitucional*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2014.
- Trazegnies Granda, Fernando. “El rasgado del velo societario dentro del arbitraje”. *Ius et Veritas* 29. (2015).
- Ugarte Vial, Jorge. “Fundamentos y acciones para la aplicación del levantamiento del velo en Chile”. *Revista chilena de derecho* 39/3. (2012).

Urbina, Ignacio. “Levantamiento del velo corporativo”. *Revista Chilena de Derecho* 38/1. (2011).

Zerpa, Levis Ignacio. “El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima” *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Caracas (1999).

Zorzi, Nadia. “Abuso de la Personalidad Jurídica”. *Revista de Derecho del Estado* N° 16. (2004).

C.2. Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú de 28 de febrero de 2003.

Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución No. 151 publicada en el Registro Oficial 336 del 17 de mayo de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Sentencia de 6 de mayo de 2008.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 006-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009.

Corte Constitucional del Ecuador. Resolución No. 736, Registro Oficial Edición Especial 23 de 08 de diciembre de 2009.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 157-12-SEP-CC de 17 de abril de 2012.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 020-13-SEP-CC de 30 de mayo de 2013.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 088-13-SEP-CC de 23 de octubre de 2013.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 092-13-SEP-CC de 30 de octubre de 2013.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 129-13-SEP-CC de 19 de diciembre de 2013.

Corte Constitucional del Ecuador. Resolución No 130 publicada en el Registro Oficial Suplemento 203 de 14 de marzo del 2014.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 028-14-SEP-CC R.O 209 (2s) de 21 de marzo de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 111-13-SEP-CC de 22 de abril de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador. resolución 120 R.O. Suplemento 340 de 24 de septiembre de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 136-14-SEP-CC de 22 de octubre de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 102-13-SEP-CC de 27 de octubre del 2014.

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia No. 038-15-SEP-CC R.O. 462 (S) de 19 de marzo de 2015.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 081-15-SEP-CC publica en el RO 485 (2s) del 22 de abril del 2015.

Corte Constitucional del Ecuador. Resolución 99, Registro Oficial Suplemento 504 de 20 de mayo del 2015.

Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Guayas. Causa No. 09286-2015-00957 de 20 de mayo de 2015.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No.182-15-SEP-CC de 3 de junio de 2015.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-16-PJO-CC del 22 de marzo de 2016.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 131-16-SEP-CC de 20 de abril de 2016.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia publicada en el Registro Oficial Suplemento 782 de 23 de junio del 2016.

Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Pichincha. Causa No. 17203-2016-14719 de 7 de marzo de 2017.

C.3. Plexo normativo

Ley de Compañías. Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999.

Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005.

Código Civil. Artículo 564. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Ley de Aviación Civil. Registro Oficial Suplemento 435 de 11 de enero de 2007.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

Consejo Nacional Electoral. Resultados del Referéndum y Consulta Popular 2011. Registro Oficial No. 490 de 13 de julio de 2011.

Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales. Registro Oficial No. 797 de 26 de septiembre del 2012.

Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil. Registro Oficial No. 249 de 20 de mayo de 2014.

Código Orgánico Monetario y Financiero. Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento 465 de 30 de noviembre de 2015.

Proyecto de Código Orgánico Administrativo. Oficio No. 377-CEPJEE-P-2017 de 21 de diciembre de 2016.