



PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADO

“EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO POR LOS  
JUECES DE COACTIVA”

**ANDRÉS ALARCÓN A.**

DIRECTORA  
DRA. MARÍA DE LOS ÁNGELES MONTALVO

QUITO, OCTUBRE DE 2015

*A Dios, de quien todo proviene...  
... y a quien todo vuelve.*

## **RESUMEN.-**

Los beneficios que el reconocimiento de su personalidad jurídica otorga a las compañías han sido enormemente aprovechados en el mundo de los negocios. De entre ellos, su patrimonio autónomo y la responsabilidad limitada de los socios han permitido a los empresarios apostar por la incursión en nuevos e, incluso, arriesgados proyectos. Empero, no siempre los inversionistas han hecho uso correcto de ésta gracia. La jurisprudencia ha demostrado que algunos de ellos se sirven de dichos beneficios de forma desleal y en desmedro de los propósitos por los cuales han surgido las compañías. Así, al obligar a la compañía a actuar en busca de beneficios para sí mismos y no para la compañía propiciando el fraude a la ley, fraude contractual o fraude a terceros –doctrinariamente conocido como abuso de la persona jurídica- se constituye causal suficiente para aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario, el cual permite la existencia de su patrimonio autónomo y la responsabilidad limitada. Su efecto es extender la responsabilidad por las obligaciones de la compañía hacia aquellos socios que la componen, a sus administradores o a sus representantes legales que han hecho actuar de tal forma a la compañía. Ésta doctrina demanda que sea el juez quien lo aplique, por versar sobre derechos reconocidos. En entera contradicción de dicho requisito, la legislación ecuatoriana permite que el funcionario recaudador dentro de un procedimiento coactivo lo aplique, funcionario que responde a una naturaleza netamente administrativa y no jurisdiccional –aun cuando equivocadamente se le denomine juez de coactivas. Si este funcionario coactivo aplica la doctrina en mención, provoca que se viole los derechos al juez natural, de contradicción y al debido proceso. Ante tal abuso de autoridad no jurisdiccional, la legislación garantiza como medio para precautelar los derechos a la acción de protección; aunque el correcto mecanismo para evitar esos abusos es la absoluta eliminación de tal facultad de aquellos funcionarios recaudadores.

## **ABSTRACT.-**

The business world has readily acknowledged the benefits of being recognized as a legal entity. Autonomous patrimony and limited liability for shareholders may be the most important of these provisions, allowing investors to get into new and risky projects. Nevertheless, investors have not always used these benefits appropriately. Case law has demonstrated that some investors use these benefits in a non-loyal manner, using them in ways different than their intended purpose and betraying the reason that corporations have been created. Therefore, if the shareholders, managers, or legal representatives of a corporation make said corporation act in a way that looks after their own benefits instead of the corporation's benefit through legal fraud, contact fraud, or a third fraud –known as the abuse of the legal entity-, it becomes necessary to disregard the legal title of the corporation. It is important to make note that the autonomous patrimony and the limited liability of a corporation exist because of its recognition as a legal entity. Removing a corporation's legal title extends the corporation's liability to the shareholders, managers or legal representatives that make the corporation act in an illegal manner. It is a fundamental requirement of the disregard of the legal entity doctrine that a Judge be the one who applies this doctrine, because he is the only one allowed to make decisions regarding a person's rights. Despite this requirement, Ecuadorian law allows the collecting officials of a compulsory process to apply this doctrine. It is important to notice that these collecting officials belong to the administrative sector and these actions lie outside of their jurisdiction. When a collecting official applies this doctrine to disregard a legal entity, he generates a non-observation of the rights of a natural judge, of defence, and due process. To avoid these abuses of authority by non-judicial administrators, our laws allow us to file a protected action. But the final solution is to remove this power from collecting officials.

## ÍNDICE.-

RESUMEN.....	III
ABSTRACT.....	IV
ÍNDICE.....	V
INTRODUCCIÓN.....	VII
<b>CAPÍTULO I.- LA PERSONA JURÍDICA: UN SUJETO DEL DERECHO.....</b>	<b>9</b>
1.1. Orígenes y nociones generales de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada.....	18
1.2. Naturaleza jurídica de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada como personas jurídicas.....	25
1.2.1. Teorías.....	26
1.2.1.1. <i>Ficción Legal</i> .....	26
1.2.1.2. <i>Otras teorías</i> .....	27
1.3. Derechos y obligaciones de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada.....	29
1.3.1. De la responsabilidad limitada.....	32
<b>CAPÍTULO II.- EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO.....</b>	<b>37</b>
2.1. Origen.....	37
2.2. Características.....	42
2.3. Conflicto axiológico: ¿justicia o seguridad jurídica? .....	45
2.4. Aplicación del levantamiento del velo societario.....	46
2.4.1. Quién puede aplicar el levantamiento del velo societario.....	51
2.4.2. Quién ejerce jurisdicción en Ecuador.....	53
2.4.2.1. Naturaleza jurídica del Juez.....	57
<b>CAPÍTULO III.- LA COACTIVA..</b> .....	<b>60</b>
3.1. Naturaleza Jurídica y Características de la Coactiva.....	60
3.2. Funciones del Juez de Coactivas.....	62
3.2.1. Acto administrativo.....	67

<b>CAPÍTULO IV.- PROBLEMAS QUE SURGEN DE LA APLICACIÓN DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO POR PARTE DEL JUEZ DE COACTIVAS.-</b> .....	71
<b>4.1. Funcionario con jurisdicción coactiva: juez y parte</b> .....	76
<b>4.2. Violación del derecho al juez natural</b> .....	80
<b>CONCLUSIONES</b> .....	84
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	95

## **INTRODUCCIÓN.-**

Tradicionalmente el Estado ha gozado de ciertos beneficios so pretexto del legítimo interés general que éste persigue. Aunque para algunos, estos beneficios son abusos que el ciudadano no debe soportarlos, para otros los verdaderos abusos consisten en las actuaciones equivocadas que se hacen a partir de los referidos beneficios del Estado. Independientemente de tal consideración, uno de aquellos beneficios es la recaudación directa en aquellas relaciones en que participa como acreedor. Sin embargo, éste mecanismo se ha prestado para dar lugar a un verdadero y exagerado abuso del Poder estatal.

Permitir que un funcionario administrativo delibere sobre derechos reconocidos no es propio de los criterios jurídicos aceptados. En este sentido, el derecho positivo ecuatoriano permite al erróneamente denominado “juez de coactivas” levantar el velo societario de las compañías –personas jurídicas.

En las líneas que siguen, me permito presentar al lector el concepto de la persona jurídica como sujeto de derecho, la doctrina del levantamiento del velo societario, la naturaleza administrativa del procedimiento coactivo –muy ajena al ámbito jurisdiccional- y, finalmente, las violaciones en que desemboca que un funcionario recaudador levante el velo societario.

Desde hace más de quinientos años las compañías han servido como mecanismo para incentivar a los negocios. Los beneficios del reconocimiento de su personalidad jurídica, como la facilidad para reunir varios capitales en uno solo y la responsabilidad limitada, han servido de base para que inversionistas arriesguen por la realización de empresas que aisladamente no lo harían. Soluciones tan ingeniosas como éstas también han servido como punto de partida para delinear mecanismos a fin de evadir ciertas responsabilidades. Así, encontramos que algunos empresarios desleales usan estos beneficios para defraudar a la ley, a las partes con quienes suscriben contratos o a terceros, actuaciones que se conocen como el abuso de la

persona jurídica. Ante lo cual, el Derecho ha desarrollado la doctrina del levantamiento del velo societario: mecanismo mediante el cual se desconoce aquella responsabilidad limitada de los socios para trasladar la responsabilidad de la compañía hacia ellos –e, incluso, hacia los administradores o representantes legales.

El legislador ecuatoriano no es la excepción al momento de presentar ingeniosas soluciones, aunque en ocasiones resulten poco acertadas. A pesar de que doctrinariamente la coactiva ha sido entendida como un mecanismo para cobrar las deudas tributarias, el derecho positivo ecuatoriano determina que toda acreencia en favor del Estado puede ser cobrada por éste medio; incluso, por disposición expresa de la norma, al funcionario administrativo que ejecuta éste mero acto administrativo, se lo denomina “juez de coactivas”. Y aún mucho peor, al mencionado funcionario se le permite levantar el velo societario de las compañías. Rompiendo, por éste medio, años de desarrollo doctrinario en Derecho; pues, conforme los postulados de la doctrina del levantamiento del velo societario, le corresponde exclusivamente al juez –y no a aquel de mera denominación- proceder en aplicación de tal doctrina.

Por medio de ésta disertación pretendo exponer los motivos que impiden que al erróneamente denominado juez de coactivas se le permita levantar el velo societario. Ya que, de hacerlo, claramente violentaría el derecho del cual goza todo sujeto al debido proceso; principalmente por alejarlo de su juez natural. En añadidura, con la presente tesis expongo otros derechos que se violenta por tal actuación. Sin más, invito al lector a continuar con el desarrollo de éste esfuerzo académico que pretende evidenciar un enorme abuso del Poder estatal.

## CAPÍTULO I

### LA PERSONA JURÍDICA: UN SUJETO DEL DERECHO.-

Mons. Juan Larrea Holguín (1968, pág. 7) refiere que la ciencia del Derecho “constituye una de las formas de realización de la justicia”. De ahí que sus normas buscan regular la constante relación en que vive el hombre<sup>1</sup> con sus semejantes (De Pina, 1997).

Sin embargo, ante un incumplimiento de tales normas, Juan Enrique Medina (2010, pág. 53) dice que “como interesa a la sociedad, ésta se encarga por medio de sus autoridades de forzar su cumplimiento”. Así, para el Derecho (Salgado, 2010, pág. 64), la referida conducta humana se manifiesta a través de relaciones jurídicas entre los denominados sujetos de derecho. La profesora Sonia Merlyn (2011, pág. 5), al citar a Carlos Fernández Sessarego, refiere que el concepto sujeto de derecho engloba cuatro entes, a saber: el concebido, la persona natural o física, las organizaciones de personas no inscritas y las organizaciones de personas inscritas o personas jurídicas. De esta clasificación, por atender a la realidad jurídica de nuestra legislación omitiré a las organizaciones de personas no inscritas. Ésta consideración de Fernández Sessarego en cuanto a las relaciones jurídicas que regula el derecho, nos recuerda lo señalado por Luis Claro Solar (1942, pág. 170), quien reproduce el Dijesto de Justiniano: el Derecho ha sido “creado (...) en atención a las personas<sup>2</sup>”.

Por lo cual, se puede concluir que “sujeto de derecho”, desde sus inicios y a lo largo de los siglos, ha sido entendido como un concepto que engloba

---

<sup>1</sup> Durante el desarrollo de esta disertación, el uso de la palabra hombre referirá a todo el conjunto de los seres humano: tanto varón como mujer, nacido o por nacer; en respeto a su tradicional uso genérico y a las reglas del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

<sup>2</sup> “Omne jus personarum causa canstitutum est”. Dijesto, Ley 2, tít. 5.o, L. 1.o *De statu hominum*.

exclusivamente al ser humano: ya fuere en su forma individual o colectiva, ya fuere nacido o por nacer; pero siempre el ser humano. Salvo alguna extraña excepción referida a la naturaleza, esta tradicional clasificación de sujetos de derecho ha sido la regla que, expresamente, delimita a quienes somos titulares de derechos y obligaciones en el Ecuador<sup>3</sup>. Es por ello que la Prof. Sonia Merlyn (2011, pág. 5) señala que “durante mucho tiempo, sujeto del derecho y persona fueron considerados sinónimos”; lo cual, por la introducción de la naturaleza como sujeto de ciertos derechos ya no cabría tal equivalencia.

A esta disertación conviene, y es parte del ámbito de análisis de este capítulo, el estudio de la “persona jurídica”, a partir de una explicación sobre el concepto de persona.

Previo a continuar, es imperioso advertir al lector que el desarrollo completo de esta tesis, salvo esta parte introductoria, se concentra en dos clases de personas jurídicas de tipo mercantilista, las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada.

Etimológicamente (Alessandri & Somarriva, Manuel, Curso de Derecho Civil, 1945, pág. 755) la palabra persona proviene “del vocablo latino *personae*, que en lenguaje teatral antiguo designa la máscara que (...) cubre toda la cabeza del actor”, la cual buscaba amplificar su voz; la literatura (Olivos, 1969, pág. 13) refiere que dicha máscara “pasó a significar el mismo actor enmascarado, el personaje”. Es decir, a la máscara le correspondió el “papel que cada uno (de

---

<sup>3</sup> El legislador de Montecristi ha incluido un nuevo sujeto de derecho: la naturaleza (C.R.E., 2008, arts. 71-74.). El Prof. Ramiro Ávila (2012, pág. 106) señala que la naturaleza tiene los siguientes derechos: a que se respete integralmente “su existencia y al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, además tiene derecho a la restauración”. Inclusive, el art. 74 de la Carta Magna (C.R.E., 2008) prescribe que los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación. Personalmente considero a esta designación de sujeto de derecho como una total aberración pues, se halla muy en contradicción al concepto de derecho como regulador de las relaciones entre seres humanos, y las relaciones de éstas sobre los objetos del derecho.

los actores) desempeña” (Alessandri & Somarriva, Manuel, 1945, pág. 156). Esto quiere decir que el diseño y características del instrumento iban en estricto apego a las características del personaje. Por ejemplo, se podría decir que en una tragicomedia no era difícil encontrar personajes con una máscara alegre y otros con una máscara triste; señalando, así, la vida melancólica o jovial del respectivo personaje a lo largo de la obra.

Al vocablo *personae*, en extensión de su significado, la jurisprudencia (Claro Solar, 1942, pág. 170) lo “ha empleado para designar el rol o papel que todo individuo representa en la sociedad y al individuo mismo considerado desde el punto de vista de ese rol”. En otras palabras, hace alusión a la existencia misma de un determinado ser humano que, durante el desenvolvimiento de su vida terrenal, le corresponde ciertas características exclusivas de él; características que son relevantes para la ciencia del Derecho. A esos caracteres los podemos identificar con la titularización de determinados derechos y obligaciones para el ser humano en cuestión.

Ahora bien, para el Derecho, ¿es equivalente el referirse indistintamente entre persona y hombre?

Alessandri y Somarriva (1945, pág. 156) señalan que los romanos denominaban hombre “al ser que tiene mente racional en cuerpo humano, y persona, al hombre libre”; más tarde, desaparecida la esclavitud, se empezó a considerar a “todo individuo de la especie humana, por el solo hecho de serlo”, como persona (Alessandri & Somarriva, Manuel, 1945, pág. 156). De esta forma, Luis Claro Solar (1942, pág. 170) manifiesta que “la persona por excelencia (para el derecho) es el hombre”. El mismo autor (1942, pág. 170) señala que “la palabra persona se opone así a la palabra hombre (... ya que,) un hombre puede asumir en sí la representación de varias personas; así un tutor puede obrar sea para sí mismo, sea para su pupilo”. Incluso, un hombre puede actuar por sus propios y personales derechos, como por aquellos en representación de una persona jurídica.

Lo que el autor chileno pretende indicar es que, ante el ordenamiento jurídico, la palabra persona constituye el término genérico, en alusión a aquellos que poseen personalidad jurídica: los sujetos del Derecho; mientras que el término hombre hace mención al conjunto de seres que forman una de las especies de sujetos del Derecho, la persona física o el concebido. Por consiguiente, Valencia Zea (1957, pág. 286) señala como una *categoría jurídica* a la palabra persona. En otras palabras, persona es el continente y hombre forma parte de su contenido. Así, todo hombre es persona ante el Derecho pero, no toda persona –para el Derecho-, es hombre.

El jurista Claro Solar (1942, pág. 170) agrega que “por una ampliación de la personalidad (del hombre como sujeto del Derecho), se ha reconocido la calidad de personas a seres abstractos, meras creaciones de la inteligencia”. Claro Solar (1942, pág. 170) hace alusión, pues, a la existencia de dos tipos de personas: las físicas o de existencia visible, por un lado, y, por otro, aquellas morales, civiles, jurídicas o de existencia ideal.

Según la doctrina (Valencia Zea, 1957, pág. 287), la persona jurídica es una de las clases de sujetos de derecho. Este criterio es recogido por el art. 564 del Código Civil ecuatoriano (C.C.), el cual señala que la persona jurídica es aquella “persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. El artículo en mención señala que, efectivamente, la persona jurídica es un sujeto o persona ante el Derecho, ya que es titular de derechos y obligaciones.

A continuación, el lector encontrará un breve detalle sobre la persona jurídica sin ningún tipo de reparo en su clasificación, sino como un sujeto de derecho:

Arturo Valencia Zea (1957, págs. 285-286) expone que las personas jurídicas, son “*una construcción jurídica (...), un concepto abstracto que sirve para indicar que a determinados seres se les atribuye capacidad para ser titulares de derechos*”. Así mismo, Monseñor Larrea Holguín (1968, pág. 230) las señala como “una organización de personas (...) con un fin que el derecho debe

proteger y por lo cual, actúan como sujetos de Derecho reconocidos por el orden jurídico”.

Por su parte, Alessandri y Somarriva (1945, pág. 758) explican que el jurista Michoud se limita en decir que “constituyen persona jurídica todo sujeto de derecho que no es el hombre, el ser humano”<sup>4</sup>. Ante esto, es importante recalcar que resulta totalmente erróneo pensar que la naturaleza, en virtud de la atribución de aquellos derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador de 2008 por parte del legislador de Montecristi, conformaría parte del conjunto de sujetos del derecho conocido como personas jurídicas. Personalmente considero que es absolutamente inapropiado. Mas bien, estimo que por estas “innovaciones” del constituyente ecuatoriano la naturaleza y las personas son los dos grandes grupos de sujetos del derecho en nuestra legislación, como explicaré al finalizar esta parte introductoria.

En cuanto a sus orígenes (Alessandri & Somarriva, Manuel, 1945, pág. 897), en Roma existieron dos clases de personas jurídicas: unas de carácter público o universitates y otras de carácter privado o collegia. Como universitates (Alessandri & Somarriva, Manuel, 1945, pág. 897), a lo largo de la historia de Roma, fueron reconocidos el Estado, los municipios, las colonias, las ciudades; y sólo durante el Bajo Imperio (desde Constantino 303 a 337 D.C. hasta la muerte de Justiniano 565 D.C.), los establecimientos cristianos como Iglesias, monasterios, hospitales y orfanatos gozaron de personalidad. Por cuanto corresponde a las colegiis (Alessandri & Somarriva, Manuel, 1945, pág. 897), en virtud de lo mandado por la ley *Julia de colegiis*, “las asociaciones que no fueran religiosas y funerarias, debían ser autorizadas por el Senado y el Emperador”, para adquirir personalidad jurídica.

Al Derecho Canónico (Larrea Holguín, 1968, pág. 231) se le atribuye “el concepto de fundación autónoma (...) con objetivos de beneficencia, respecto

---

<sup>4</sup> Es menester, pues, señalar que el jurista Michoud desconocía que el legislador ecuatoriano optaría por atribuirle ciertos derechos a la naturaleza, según quedó explicado en el pie de página signado con el número tres.

de los cuales el cristianismo siempre ha estado a la cabeza”. En esta Edad Media, “glosadores y canonistas reconocieron la personalidad jurídica de las asociaciones; pero unos y otros discreparon en diversos puntos, sobre todo en materia de responsabilidad” de las mismas (Alessandri & Somarriva, Manuel, Curso de Derecho Civil, 1945, pág. 898).

Monseñor Larrea Holguín (1968, pág. 231) indica que la Revolución Francesa:

*“reaccionó contra la enorme difusión de los gremios, las corporaciones, las hermandades, que tanto contribuyeron a humanizar las relaciones sociales durante la edad Media (...) se miró en todas aquellas organizaciones, a las enemigas de la libertad, y se las suprimió tiránicamente (...) dejando por consiguiente a las individuos más débiles a merced de los más fuertes”.*

Con ello, el mismo autor ecuatoriano presenta al exagerado individualismo que será introducido en América mediante el Código Napoleónico. Así mismo, los chilenos Alessandri y Somarriva (1945, pág. 898) insisten en un sentir “esencialmente individualista” que surge a inicios del siglo XVIII.

Con la expedición del Código Civil chileno, promulgado el 14 de diciembre de 1855 y cuya entrada en vigencia data del 1º de enero de 1857 (Alessandri & Somarriva, Manuel, 1945, pág. 64), se halla reglamentado, en un título separado, sobre las personas jurídicas; y, a pesar de que el Código Alemán de 1900 se encargó de reglamentar de forma más completa y acertada este acápite, no es sino hasta el 1º de julio de 1901 en que una Ley especial, la Ley General de Asociaciones, reglamentará de forma concreta a las personas jurídicas en Francia (Alessandri & Somarriva, Manuel, 1945, pág. 899).

Ahora bien, corresponde detenerme en los motivos que impulsaron la creación de la persona jurídica y lo que de ella deviene. Dentro de este tema, se dice que la persona jurídica surge de un fin social:

*Que viene a satisfacer necesidades de carácter más o menos permanente, (que) no puede conseguirse con las fuerzas individuales de un solo hombre y exige la cooperación de varios, se forma entes más o*

*menos complejos por la reunión de varios seres humanos o la destinación de un patrimonio a dicho fin, y a estos entes creados por la necesidad, se les reconoce una individualidad propia, que los hace sujetos de derecho. (Alessandri & Somarriva, Manuel, Curso de Derecho Civil, 1945, págs. 758-759)*

Es decir que un conjunto de hombres, con plena consciencia de que realizan sus esfuerzos de forma individual, al verse imposibilitados de llevar a cabo una determinada actividad por sí mismos, deciden juntarse entre ellos, para emprender en aquella actividad que no pudieron de forma aislada. O, de igual forma puede suceder que, para realizar determinada empresa, se separe un conjunto de bienes del patrimonio de un hombre; los cuales serán administrados por un conjunto de seres humanos. Además, los autores nos señalan que aquella actividad que se busca concretar con la unión de hombres o bienes tendrá cierta duración en el tiempo. Es decir, se la repetirá por varias ocasiones en el devenir de los días; o, su consecución demandará una notable y prolongada duración temporal.

Ahora bien, por la unión de aquellos hombres que buscan realizar un fin común, nos enfrentamos a la duda de con cuál de todos ellos estamos realizando nuestros negocios jurídicos. Por lo cual, el Derecho nos propone la solución: un nuevo sujeto del derecho. Es por ello que la persona jurídica demanda que “la reunión de (sus) elementos sea tal que dé vida a cierta unidad orgánica, poseedora de una individualidad propia” (Alessandri & Somarriva, Manuel, 1945, pág. 759), donde “los intereses de la persona jurídica son ajenos a sus miembros; los intereses particulares de los miembros son ajenos al ente personificado” (Boldó Roda, 2000, pág. 40). Así se logra simplificar las cosas al determinar que es con un solo sujeto del derecho con quien estamos realizando nuestros actos jurídicos. Pero no solo nos dice que actuamos con un solo ente sino, que nos determina que a ese ente con quien interactuamos se lo conoce como persona jurídica. Para completar esta idea, en su obra *De Los Contratos*, Arturo Alessandri Rodríguez (2011, pág. 41) señala que “la persona jurídica, sea de derecho público o privado, constituye una entidad distinta de

los individuos que la forman y cuando actúa en la vida jurídica obra como una sola persona”.

Pero es menester señalar que, para que a ese conjunto de bienes o personas se les reconozca una individualidad propia y ajena de aquellas individualidades de quienes lo componen, lo administran o han destinado los bienes, un jurista español, es decir, “como creación del Derecho objetivo, solo requiere una cosa, el reconocimiento del Estado” (De Castro y Bravo, 1984, pág. 230). Así, el Estado cumple funciones de ente regulador. En consecuencia, a la persona jurídica le deben ser “reconocidos por el Estado derechos y obligaciones que no sean (...) privativos de los elementos o miembros componentes” (Alessandri & Somarriva, Manuel, pág. 896); reconocimiento que implica la “capacidad de goce y ejercicio” (pág. 896). Lo cual, para la jurista Carmen Boldó Roda (2000, pág. 42) no es sino la capacidad de ser reconocidos como “sujetos de derechos subjetivos y relaciones jurídicas autónomas”, o, lo que es lo mismo, el reconocimiento de su *personalidad*<sup>5</sup>. Es decir, la facultad para interactuar ante el Derecho a través de relaciones jurídicas. De lo expuesto, se concluye que sin el reconocimiento previo del Estado, no existe persona jurídica distinta de sus miembros.

Además, la Profesora Sonia Merlyn (2011, pág. 153) señala que, producto del reconocimiento de la personalidad, a la persona jurídica, se le ha extendido

*...los atributos de la persona individual (o física...) en reconocimiento a su realidad y por la indudable utilidad práctica de dicha extensión (...): la capacidad, nacionalidad, nombre, domicilio y patrimonio (...), sin que podamos hacerlo con el atributo del estado civil que, por su naturaleza misma, está reservado al ser humano exclusivamente.*

De lo visto hasta aquí, el concepto “*persona jurídica*” está determinado por dos sentidos: uno amplio o general, referente a que las personas “tienen capacidad de derecho” (Claro Solar, 1942, pág. 171), y otro en sentido restringido, que se

---

<sup>5</sup> Sobre la personalidad, entraré en mayor detalle en los acápites *De los derechos y obligaciones de las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada*.

refiere a las personas ficticias, porque “estas solo viven como una creación de Derecho” (pág. 171). Para efectos de esta tesis, el empleo del término *persona jurídica* será utilizado en su sentido restringido, salvo alguna explicación concreta en relación a su sentido amplio que, de ser el caso, se hará notar oportunamente.

Adicionalmente, a modo de reflexión, es preciso recalcar que en el caso de estos entes de existencia ideal se halla un elemento en común con respecto de la persona física: el hombre, individuo o, simplemente, el ser humano. Lo que quiero decir es que, en el caso de la persona jurídica, así como en el caso de la persona física y el concebido, el hombre juega un papel preponderante dentro de sus relaciones jurídicas. Esta importancia del ser humano se debe a que si prescindimos de su intermedio, no se puede configurar los elementos necesarios para la existencia de una relación jurídica, y, por lo tanto, resultaría infructuoso hablar de un sujeto del derecho sin la presencia del ser humano inmersa en tal, como es en el caso de la naturaleza –aun cuando positivamente se le haya reconocido ciertos derechos. Ya porque en el primer caso su conjunto conforma la persona jurídica, o es quien, por su intermedio, se hace actuar a la misma; o, en el segundo caso, sus actuaciones y la imputación de derechos y obligaciones son propias del mismo sujeto del Derecho o de otro ser humano a quien representa. Lo cual nos demuestra que en todos los casos interviene, como presupuesto y en constante actuación, el hombre o un determinado conjunto de hombres.

En conclusión, el lector puede vislumbrar que, por las consideraciones antes expuestas, y siguiendo el decir de don Luis Claro Solar (1942, pág. 170), “es persona todo ente o ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir, el sujeto activo y pasivo de un derecho”. Pero, en el caso de nuestra legislación, nos queda aislada la naturaleza. Por ello, me atrevo a formular una forma de clasificación de los sujetos de Derecho, so pena de que ésta peque de “forzada”: por un lado encontramos a la naturaleza y por otro a las personas. Ahora sí, a las personas se las puede dividir en naturales y jurídicas, según el tradicional entender. Con esta clasificación se quiere resaltar que persona es

un sujeto del derecho; y esta persona puede ser: natural o jurídica. Así como el hecho de que persona ya no sería sinónimo del genérico sujeto de derecho.

Por último, para centralizar el ámbito de estudio de esta tesis, es preciso señalar la clasificación del ente que estudiamos. Según la doctrina (Medina, 2010, pág. 532), “ordinariamente dividimos a las personas jurídicas en personas de Derecho público y personas de Derecho privado”. Las primeras están reservadas para las Instituciones que conforman el Estado; mientras que a las segundas, a su vez, se pueden clasificar en aquellas sin fines de lucro (fundaciones y corporaciones) y aquellas con fines de lucro (Alessandri & Somarriva, Manuel, 1945, pág. 916). A estas sociedades con fines de lucro, se las conoce como compañías: sean civiles o mercantiles (C.C., Art. 1957). Dentro de estas últimas, en la Ley de Compañías (L.D.C., 1999, Art. 2) encontramos cinco formas de sociedades o compañías mercantiles: en nombre colectivo, comandita simple y divida por acciones, de responsabilidad limitada, anónima y de economía mixta. Por su amplia aceptación en la práctica societaria ecuatoriana, el análisis del levantamiento del velo societario por parte de los jueces de coactivas se limitará a las compañías de responsabilidad limitada y a las sociedades anónimas.

### **1.1. Orígenes y nociones generales de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada**

Ciertamente los motivos que impulsaron la creación de estas dos clases de compañías se resumen en el comercio, de ello no hay duda. El comercio al que me refiero está caracterizado por la intervención de varios agentes económicos que demuestran un fin común, duradero y complejo de realizarlo mediante esfuerzos individuales: así, el comercio se subsume en la razón para la creación de la persona jurídica en general. A fin de determinar de mejor manera los orígenes y las peculiaridades más relevantes de estas dos clases de compañías, el estudio de este subcapítulo se lo dividirá en dos acápite según el tipo de compañía de la que se trate:

### ❖ **Sociedad anónima.-**

Carmen Boldó Roda (2000, pág. 39) expone que, como antecedente próximo, este tipo societario “surge a partir de las compañías creadas en el siglo XVI para el comercio con las Indias Orientales y Occidentales, que ostentaban claramente carácter de Derecho público y participación en el poder soberano”. Tales entidades, según refiere el colombiano Lisandro Peña Nossa (2009, pág. 155), estaban conformadas por dos grupos sociales: por un lado los “burgueses comerciales e industriales, y los monarcas” por el otro. Esta asociación reunía un interés común pero diferenciado: colonizar. Los primeros en busca de ganancia económica y los segundos con afán de ampliar su poder político y económico (Peña Nossa, 2009, pág. 155). El profesor Víctor Cevallos (2013, pág. 371) advierte que la razón para tal asociación radica en que “las personas naturales individualmente no disponían del capital requerido, de allí que se formaron grandes empresas, con accionistas que respondían solamente por la suma aportada”. Al respecto, Isaac Halperín (1998, págs. 48-49) sugiere que la limitación de la responsabilidad radica en la fortuna que espera en la aventura marítima.

Como consecuencia de las Revoluciones Industrial y Francesa, advertimos el advenimiento del capitalismo, pensamiento que demandó “estructuras para la consecución de sus fines, entre ellos la expansión económica” (Peña Nossa, 2009, pág. 156). Para tal expansión, tal como sucedió en la época expedicionaria de ultramar, se necesitó reunir grandes cantidades de dinero, razón por la cual Peña Nossa (2009, pág. 156) indica que “surge en el siglo XX la concepción de la sociedad anónima como un capital que posee personería jurídica y que está representado por sus accionistas”. Con esto, Héctor Alegría (1971, págs. 13-14) indica que la asamblea de accionistas adquiere mayor relevancia en contraposición con el papel que jugaba el Monarca; pasando ésta a designar administradores y fiscalizadores, así como a la consolidación de un capital fijo que involucró un reparto de renta variable, conforme las utilidades. En estas sociedades destacan su nombre, objeto y capital social, del cual deriva su responsabilidad limitada.

El nombre de una sociedad anónima cumple con la finalidad de reconocerla de entre todas las que conforman el sector societario. Conforme expone el profesor Víctor Cevallos (2013, págs. 388-389), en la práctica societaria ecuatoriana, el nombre de una sociedad anónima puede ser una denominación objetiva o una razón social imperfecta. La denominación objetiva está compuesta por un término genérico y una expresión peculiar: en cuanto al término genérico<sup>6</sup>, éste hace alusión al giro del negocio que maneja la compañía; mientras que la expresión peculiar puede conformarse por una palabra de fantasía o inventada, un nombre propio, o palabras en idioma extranjero o lengua vernácula. Por su parte, la razón social imperfecta se forma de un “término genérico o una palabra de fantasía”, más “el nombre de uno o varios de los socios de la compañía anónima” (Cevallos, 2013, pág. 389). Además, el profesor Cevallos insiste en mencionar que el uso de la razón social imperfecta se da por costumbre –mercantil- al amparo del art. 4 del Código de Comercio, ya que esta forma societaria “no puede constituirse bajo una razón social, en el entendido de que los socios son los anónimos” (Cevallos, 2013, pág. 388). Ya fuere una denominación objetiva o razón social imperfecta, a la denominación se debe adicionar las palabras “Sociedad Anónima” o “Compañía Anónima”, o sus correspondientes siglas (L.D.C., 1999, Art. 144).

La Prof. Sonia Merlyn (2011, pág. 167) indica que por ser la sociedad anónima una de carácter mercantil, su fin principal es el lucro, que lo consigue mediante el comercio. El Código de Comercio (C.D.C., 1960, Art. 3) presenta una muy larga y variada lista de actividades consideradas como mercantiles: la compra-venta, el transporte de mercaderías, el –contrato de- seguro, las operaciones de banco o de bolsa, entre tantas otras. Por lo cual podemos concluir que el objeto social de una compañía anónima será una de estas actividades consideradas como mercantiles por parte de la legislación. En vista de tan amplia gama de actividades mercantiles, el art. 96 de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil (L.O.F.O.S.S.B.,

---

<sup>6</sup> En ningún caso, conforme los arts. 92 y 144 de la L.D.C. (1999), el término genérico que use una compañía, ya fuere anónima o de responsabilidad limitada, será de uso exclusivo de la misma; la razón es en virtud de que más de una compañía pueden dedicarse a la misma actividad.

2014), reformatorio del art. 3 de la Ley de Compañías, ordena que “el objeto social de la compañía deberá comprender una sola actividad empresarial”. La misma norma indica que dicha actividad empresarial única podrá comprender varias etapas en su desarrollo.

Para que la compañía logre la realización de su objeto social (Peña Nossa, 2009, pág. 159), ésta demanda ciertos recursos propios: es decir, un capital social. El capital social, explica Héctor Alegría (1971, pág. 38), es el “valor nominal total de las acciones suscritas y, por tanto, también el valor total, en dinero, de los bienes que los accionistas aportan o se comprometen a aportar”. De lo expuesto por Alegría es preciso resaltar que el aporte que haga cada socio a la compañía necesariamente deberá ser en dinero o en un bien apreciable en dinero. Es por ello que Peña Nossa (2009, pág. 157) señala al capital social como la “única garantía de los terceros que contratan con la compañía para el efectivo cumplimiento de sus obligaciones”. Incluso, el resultante de la suma de todos los aportes de todos los accionistas, dice el Prof. Cevallos (2013, pág. 414) no puede ser inferior a ochocientos dólares de los Estados Unidos de América.

Como se dijo anteriormente, el capital social es dividido en acciones, de las cuales Mascheroni (1973, pág. 148) las señala como títulos-valor negociable; lo que quiere decir que el accionista, titular de la acción, puede disponer ampliamente de su derecho. Esto, explica Mascheroni (1973, pág. 148) se debe a que la acción es de libre circulación e, incluso, su titular la puede enajenar a quien considere oportuno. Además, ya que este tipo societario surge de la necesidad de reunir grandes sumas de dinero, el Prof. Cevallos (2013, pág. 395) resalta que el ordenamiento jurídico no señala límite alguno en cuanto al máximo de accionistas que conformen tal sociedad, siempre que el número no sea inferior a dos accionistas.

Isaac Halperín (1973, págs. 306-307), al hablar de la clasificación doctrinal de las sociedades, conforme el criterio de Francisco Garo, nos introduce en la novedad que presenta la sociedad anónima: su responsabilidad limitada. Ante ello, el colombiano Peña Nossa (2009, pág. 157) profundiza en explicar que los

accionistas “no pueden responder de manera personal por las deudas sociales”. En otras palabras las deudas de la compañía son exclusivas de la compañía. El mismo Peña Nossa (2009, pág. 157) menciona a los aportes apreciables en dinero como criterio determinante en el carácter *intuitu pecuniae* de esta sociedad. Sin embargo, por la limitación de la responsabilidad de los accionistas, que devienen de los mismos aportes apreciables en dinero que los accionistas hacen a la compañía, considero que la sociedad anónima también se reviste de un carácter *intuitu pecuniae*. En resumen, esta característica proviene tanto de los aportes como de la responsabilidad limitada.

Ahora bien, para finalizar con este tipo societario, es menester señalar que las normas que rigen a las sociedad anónimas mercantiles, según dispone los arts. 143 de la Ley de Compañías (1999) y 1968 del Código Civil (C.C.), rigen también para las sociedades o compañías civiles anónimas; incluso, rigen también para las compañías de economía mixta en cuanto dichas normas no se contrapongan a la sección correspondiente a las compañías de economía mixta dentro de la Ley de Compañías (L.D.C., 1999, Art. 311). Por último, ciertas compañías como las entidades del sector financiero<sup>7</sup>, las aseguradoras constituidas en el territorio nacional<sup>8</sup>, las reaseguradoras constituidas en el territorio nacional<sup>9</sup>, todas ellas bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Bancos, o las holdings<sup>10</sup>, que se encuentran bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (Art. 429, L.D.C., 1999), sólo pueden ser constituidas como una compañía anónima.

#### ❖ **Sociedad de responsabilidad limitada.-**

Peña Nossa (2009, pág. 194) refiere que su nacimiento se dio en el trajín comercial inglés; ante ello, el Profesor Víctor Cevallos Vásquez (2013, pág. 191) profundiza al detallar que dichas figuras inglesas respondían a los

---

<sup>7</sup> Art. 389 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

<sup>8</sup> Art. 3 de la Ley General de Seguros.

<sup>9</sup> Art. 4 de la Ley General de Seguros.

<sup>10</sup> Art. 22 de los Criterios Básicos para la Aprobación del Nombre de Compañías. Aunque no existe una determinación expresa la mencionada norma, tácitamente se hace entender que las compañías tenedoras de acciones deberán conformarse bajo el tipo societario de compañía anónima.

nombres de *private company* o *companies limited by guarantee*. Pero no es sino en Alemania donde se inicia la legislación sobre este tipo de compañías en 1892; para luego expandirse en el derecho continental europeo y latinoamericano (Peña Nossa, 2009, pág. 194). Por responder a una especie de híbrido entre las compañías personalistas y capitalistas, la doctrina (Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, 2008, pág. 9) estima que es el “más adecuado molde para las empresas familiares y para las pequeñas y medianas empresas”.

El Prof. Víctor (2013, pág. 192), su mayor importancia radica en la combinación entre la limitación de la responsabilidad de los socios, beneficio que, hasta aquel entonces, solo podría encontrarse en las sociedades anónimas, y el soporte del conocimiento mutuo entre los socios que la conformaban. Este soporte, para Peña Nossa (2009, pág. 194) es el resultado de ser un grupo cerrado en la suscripción del capital y la ausencia de la libre negociación de su interés social. Este concepto de separación entre la persona jurídica y los miembros que la componen, lo encontramos en el art. 93 la Ley de Compañías (1999), que señala que, aun cuando “la compañía de responsabilidad limitada es siempre de carácter mercantil, sus integrantes (...) no adquieren la calidad de comerciantes”.

Entre otras de sus principales características encontramos que, conforme el art. 92 de la Ley de Compañías (1999), una sociedad de responsabilidad limitada puede realizar actos de comercio “bajo una razón social o denominación objetiva”, más las palabras “Compañía Limitada” o su abreviatura cualquiera que fuere su denominación. El Prof. Cevallos (2013, pág. 201) indica que la denominación objetiva, en similares condiciones que las sociedades anónimas, consta de un término genérico<sup>11</sup> y una expresión peculiar o peculiaridad<sup>12</sup>. Además, existe un caso especial en el que no se requiere el uso de un término genérico dentro de la denominación objetiva: cuando se “utiliza exclusivamente

---

<sup>11</sup> “Que revelen una o más actividades del objeto social” (Cevallos, 2013, pág. 199).

<sup>12</sup> Similar caso que en las compañías anónimas, la expresión peculiar puede constar de (Cevallos, 2013, pág. 200): a) una palabra de fantasía o inventada no definida en el diccionario, b) nombre(s) propio(s), y c) palabra(s) en idioma extranjero o lengua vernácula.

una palabra de fantasía”, más las palabras “compañía limitada” o su abreviatura (Cevallos, 2013, pág. 201).

En cuanto a la razón social, esta se forma “exclusivamente de uno o más nombres y apellidos (...), o de uno o más apellidos de los socios de la compañía” (Cevallos, 2013, pág. 201); incluso se puede añadir palabras que refieran composición subjetiva, como hijos, hermanos, etc. (Cevallos, 2013, pág. 201). Sin embargo, el mismo profesor Cevallos (2013, pág. 201) menciona que, por costumbre mercantil, se utiliza la razón social imperfecta cuando al nombre de uno o más de los socios se le acompaña un término genérico o una palabra de fantasía.

Por cuanto concierne a la relación que tiene la denominación con las palabras “Responsabilidad Limitada”, en criterio de don Lisandro Peña Nossa (2009, pág. 197), estamos frente a un error: en virtud de la frase “Responsabilidad Limitada”, el referido jurista expone que tales palabras harían creer que quien tiene la responsabilidad limitada es la compañía, lo cual es totalmente erróneo. Quienes gozan efectivamente de la limitación de su responsabilidad, dice Fernando Mascheroni (1985, pág. 61) son los socios que la conforman.

Por lo que se refiere al objeto social, el art. 94 de la Ley (L.D.C.) le autoriza a realizar cualquier acto de carácter civil u operaciones mercantiles, pero con exclusividad para aquellas cuyo objeto social sea la vigilancia y seguridad privada, conforme el art. 7 de Ley de Vigilancia y Seguridad Privada (2003). Para realizar tal fin, el profesor Cevallos (2013, págs. 223-227; 246) resalta que la suma de los aportes personales de quienes conforman la persona jurídica, ya fuere en numerario o en especie, no puede ser menor a cuatrocientos dólares de los Estado Unidos de América; a estos aportes se los conoce como el capital social, que será dividido en participaciones conforme el aporte hecho al capital social. Fernando Mascheroni (1985, pág. 91), al referirse a las cuotas sociales<sup>13</sup>, subraya el hecho de que no son títulos negociables. Es decir, que

---

<sup>13</sup> Cuota social o participación son términos equivalentes.

no se puede disponer de ellas ampliamente, sino con el consentimiento unánime del capital social (L.D.C., Art. 113).

Para finalizar, es necesario indicar que al titular de la participación de una compañía de responsabilidad limitada se le conoce como “socio” que, en su conjunto, no pueden exceder de quince (L.D.C., Art. 95).

## **1.2. Naturaleza jurídica de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada como personas jurídicas**

A manera de presupuesto para este subcapítulo, debemos recordar que tanto la compañía anónima como la de responsabilidad limitada son personas jurídicas ante nuestro ordenamiento jurídico; es decir, responden a una similar naturaleza jurídica en tanto que ambas son personas jurídicas. Por ello, para intentar determinar a qué se refiere el jurista cuando las engloba como personas jurídicas a estas dos figuras societarias debemos, necesariamente, vislumbrar en qué consiste la persona jurídica sin distinción alguna de su clasificación. En tal sentido, el Código Civil ecuatoriano describe como persona jurídica a “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente” (art. 564). Por esta razón, Laureano Gutiérrez (1988, págs. 15-16) señala que la persona jurídica está dotada de “voluntad propia con medios destinados a conseguir un fin propio; (así como una) amplia capacidad para realizar los fines de su institución”.

Ya que a estos entes les reconoce personalidad, derechos y obligaciones, a lo largo de la historia se han desarrollado diferentes teorías que intentan “determinar en virtud de qué causas y por medio de qué razonamientos tal fenómeno se produce” (Capilla Roncero, 1984, pág. 22). En general, a las cuatro principales teorías que intentan explicar qué es o en qué consiste la persona jurídica, se las pueden agrupar bajo dos criterios amplios: ora como

una *ficción*, ora como una *realidad* (Alessandri & Somarriva, Manuel, 1945, pág. 900).

### **1.2.1. Teorías**

#### **1.2.1.1. *Ficción Legal*<sup>14</sup>**

Sus inicios se los halla en los glosadores, de quienes Karl von Savigny extrae y difunde esta corriente del pensamiento jurídico (Merlyn, 2011, pág. 147), con el propósito de desarrollar sus postulados básicos (Capilla Roncero, 1984, pág. 44). De aquellos postulados, el jurista venezolano don Andrés Bello adopta esta teoría para el desarrollo del Código Civil chileno que, poco tiempo después, sería adoptado por el legislador ecuatoriano (Merlyn, 2011, pág. 147).

Alessandri y Somarriva (1945, pág. 906), al tratar sobre esta teoría, explican que, para la misma, “las únicas personas que realmente existen son los seres humanos”. Pero que, en base a la observancia que hace el legislador con respecto de un interés general, ha decidido otorgar “existencia a estas personas (jurídicas), carentes de realidad, haciéndoles jugar un papel análogo al de las personas humanas” (Alessandri & Somarriva, Manuel, 1945, pág. 906). Por lo cual, Luis Fernando Olivos (1969, págs. 35-36), en cita a Savigny, señala que “las personas jurídicas son entes ficticios, que tienen existencia para fines jurídicos”.

Para Luis Claro Solar, al ser citado por Sonia Merlyn (2011, pág. 147), el legislador crea a la persona jurídica para satisfacer las necesidades humanas dentro de las actividades propias de los negocios. Por lo tanto, el propósito existente dentro del mundo de los negocios es considerado como un interés general que, en ocasiones, demanda la creación de una persona jurídica. Francisco Capilla (1984, pág. 45), determina que por dicho interés general, “el Estado puede otorgar a tales supuestos (los elementos que conforman el ente ideal) personalidad jurídica”.

---

<sup>14</sup> La importancia de esta teoría para esta tesis radica en que ésta ha sido acogida por el legislador ecuatoriano (Merlyn, 2011, pág. 147).

Pero la profesora Merlyn (2011, pág. 148) recuerda a Claro Solar respecto a la personas jurídicas: “no tienen voluntad propia ni real (...) no son capaces de obrar por sí mismas y deben ser representadas judicial y extrajudicialmente”. En tal sentido, Alessandri y Somarriva (1945, pág. 907) citan al jurista Ducrocq, quien resalta el hecho de que “toda persona moral, aun el Estado, es una ficción (...) y agrega que solo Dios tiene el Poder de hacer brotar de la nada las personalidades que tenga a bien crear”.

Böhlau, citado por Francesco Carrara (2002, pág. 54), contradice esta teoría al decir que “la capacidad de tener derechos presupone la realidad de la facultad de querer, y el derecho no tiene la virtud de ignorar presupuestos lógicos. Crear un ente artificial es imposible, capacidad tan extensa es inconcebible”. Por su parte, Savatier critica la existencia “de una persona moral (jurídica) que no toma su personalidad del Estado: el mismo Estado” (Alessandri & Somarriva, Manuel, pág. 907); ante lo cual, Merlyn (2011, pág. 148) recalque que es porque es “el Estado mismo el que está expresando su voluntad y no la voluntad de un mandante” por acción de una Asamblea Nacional. Por su parte, Michoud, que es citado por Alessandri y Somarriva (1945, pág. 907), resalta que “atribuir el derecho a un sujeto ficticio equivale a confesar que no existe un derecho real”, lo que refiere la inexistencia de derechos que se le reconocería a la persona jurídica toda vez que esta persona jurídica no existiría.

#### **1.2.1.2. Otras teorías**

La teoría de la ficción doctrinal consiste en la negación de la existencia real de la persona jurídica, y que “el derecho subjetivo es un poder atribuido a una voluntad por lo que solo el hombre es sujeto de Derecho” (Merlyn, 2011, pág. 149). Es por ello que “las personas jurídicas no existen ni siquiera como artificio del legislador” (Merlyn, 2011, pág. 149). Ya que la persona jurídica, según esta teoría, es un “mero artificio, creado inútil y abusivamente por la doctrina (...) debería eliminarse de la ciencia jurídica” (Alessandri & Somarriva, Manuel, 1945, pág. 900); puesto que, de lo contrario, estaríamos frente a un contrasentido al “aceptar la existencia de algo puramente ficticio” (Merlyn, 2011, pág. 149).

Por su parte, las teorías que apuntan a que la persona jurídica es una realidad, reconocen en ella algo técnico o algo objetivo:

La teoría de la realidad técnica sugiere que “no hay imposibilidad de concebir derechos que pertenezcan a otros seres que no sean los individuos humanos” (De Pina, 1997, pág. 248). Es pues, “una realidad lógica y a veces necesaria (...ya que es) técnicamente útil a los hombres y en sus intereses mismo, crear seres sobre los cuales harán descansar derechos destinados, a fin de cuentas, a beneficiar a los individuos” (Alessandri & Somarriva, Manuel, 1945, pág. 909).

La teoría de la realidad objetiva indica que la persona jurídica “presenta los mismos caracteres objetivos que las personas físicas respondiendo a la misma definición filosófica de la persona” (De Pina, 1997, pág. 248). El mismo autor, en cita a Gierke, señala que “tiende a alcanzar un fin que trasciende de la esfera de los intereses individuales, mediante una común y única fuerza de voluntad y de acción” (De Pina, 1997, pág. 248).

En mi criterio, es imposible negar la existencia de la persona jurídica; toda vez que ésta participa en los más diversos procesos o actos sociales. Así la podemos ver cuando confiamos nuestros activos líquidos a un banco o cuando acordamos un crédito con éste; así también cuando contratamos con una compañía constructora para la compra o edificación de un inmueble... Pero esta existencia está condicionada al ser humano, cuyo conjunto la conforma y la hace actuar. Por lo cual, estimo que la teoría de la ficción legal adoptada por el derecho ecuatoriano no corresponde a la realidad. No porque se pueda reconocer derechos a otros entes que no sean los hombres, sino porque la unión de estos mismos dan origen a la persona jurídica. Y, al ser formada por hombres, el interés conjunto de estos resulta en el interés de la persona jurídica.

### **1.3. Derechos y obligaciones de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada**

En este subcapítulo corresponde profundizar sobre la personalidad de las sociedades mercantiles objeto de este estudio, la sociedad anónima y la de responsabilidad limitada; muy en especial en cuanto a su consideración como una persona distinta de quienes la conforman. En tal sentido, y de lo hasta aquí estudiado, comprendemos que ambos tipos societarios son personas jurídicas, tanto en lato como en estricto sensu. Justamente por esta razón, es que me permitiré referirme a los derechos y obligaciones que les corresponden a estas dos clases de compañía desde un punto de vista más amplio, más general: esto es desde la óptica de la persona jurídica –en estricto sensu.

Luis Claro Solar (1942, pág. 170) sostiene que, para el Derecho, “la persona por excelencia es el hombre”. Empero, el Código Civil ecuatoriano nos propone dos clases de personas: las naturales y las jurídicas (C.C., Art. 40). Así, es persona jurídica aquel ente ficticio “capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representadas judicial y extrajudicialmente” (C.C., art. 564). A ésta cualidad Juan Trujillo Espinel (2011, págs. 14-15) la reconoce como personalidad jurídica. En el mismo sentido, Claro Solar (1942, pág. 170) refiere que, “por una ampliación de la personalidad (desde el hombre hacia la persona jurídica), se ha reconocido la calidad de personas a seres abstractos, meras creaciones de la inteligencia”: la persona jurídica. Es por ello que Laureano Gutiérrez (1988, pág. 14) señala que la persona jurídica es una “extensión de la persona humana; nace por sí misma, con vida propia”.

Parte de aquella extensión de la persona humana, comporta ciertas obligaciones. Según el art. 1468 del Código Civil ecuatoriano, “las obligaciones son civiles o meramente naturales”. De esta clasificación, conforme el ámbito de esta tesis, importa las civiles. El concepto obligación civil refiere “a las que dan derecho para exigir su cumplimiento”, conforme reza la misma norma. En ese mismo sentido, el Prof. Víctor Cevallos (2013, pág. 500) la explica como el “deber jurídico vinculante”; es decir, algo que debe ser cumplido. En sentido más concreto, y en virtud de los mismos propósitos de esta tesis, conviene

enfocar a la obligación de las personas jurídicas como una deuda en dinero que esta mantiene para con otros sujetos de derecho, sin detrimento a otras formas de obligación (Cevallos, 2013, pág. 500). Así, la obligación a la que me refiero es el pago de una deuda que mantiene una compañía (anónima o de responsabilidad limitada) para con una institución del Estado: un crédito que se pueda cobrar vía coactiva.

Por otra parte, Nissen (1998, pág. 123) afirma que “el reconocimiento de la personalidad jurídica (...) a las sociedades comerciales, implica atribuirles ciertas cualidades o propiedades de que gozan todas las personas, tanto físicas como jurídicas, que se denominan atributos de la personalidad”. El mismo Nissen (1998, págs. 123-124) advierte que dichos atributos consisten en un nombre que la individualice, un patrimonio, la capacidad y el domicilio. A los ya nombrados, la profesora Sonia Merlyn (2011, pág. 153 ss) agrega el atributo de la nacionalidad; mientras que Francisco Capilla Roncero (1984, pág. 97) incorpora la autonomía como una de las “funciones desempeñadas por la atribución de la personalidad jurídica”. Veamos, pues, en breve detalle en qué consiste cada uno de estos elementos que caracterizan la personalidad de la persona jurídica:

**Nombre:** Su función es “identificar e individualizar a las personas colectivas (jurídicas) y debe constar en sus estatutos” (Merlyn, 2011, pág. 158). Ricardo Nissen (1998, pág. 123) indica que ésta “designación exclusiva (...) permite que los efectos de los actos celebrados por determinados sujetos que lo emplean se imputen directamente al patrimonio de la sociedad”.

**Capacidad:** Constituye un “requisito sine qua non para poder relacionarse con otros sujetos de Derecho” (Merlyn, 2011, pág. 154). Lo que quiere decir que es la facultad que le permite, a la persona jurídica, para intervenir directamente en actos jurídicos. Sin embargo, este actuar es limitado en virtud de que sólo posee capacidad de goce, y no capacidad de ejercicio, por ser un incapaz relativo (C.C., Art 1491); por lo que la Prof. Sonia Merlyn (2011, pág. 154) indica que deberá actuar mediante un representante legal –judicial o extrajudicial.

**Domicilio:** Permite “localizar espacialmente las relaciones jurídicas imputables a la persona jurídica”, en base a la localización espacial de la misma persona jurídica (Capilla Roncero, 1984, págs. 79-80). Gracias a lo cual Francisco Capilla (1984, págs. 80-81) indica que se logra determinar aspectos como “el lugar de cumplimiento de las obligaciones (...), la competencia territorial de los órganos judiciales ante los que plantear los pleitos surgidos en el desenvolvimiento de tales relaciones”.

**Nacionalidad:** Capilla (1984, pág. 85) lo resume como aquel vínculo jurídico y político que une a un determinado sujeto de derecho con un determinado Estado. La nacionalidad ecuatoriana de una persona jurídica de derecho privado, según explica la profesora Merlyn (2011, pág. 157), se da por “el sometimiento y cumplimiento de las leyes ecuatorianas para su creación y, específicamente, la determinación del domicilio principal en el territorio ecuatoriano”. Esto claramente implica que la constitución de la persona jurídica compañía deberá ser dentro de los límites del territorio ecuatoriano, al amparo de normas ecuatorianas y señalando domicilio principal dentro del Ecuador.

**Patrimonio:** La profesora Merlyn (2011, pág. 161) refiere que el patrimonio no sólo es “la simple suma de activos y pasivos”, sino que también lo conforma aquella aptitud para adquirirlos, aun cuando éstos no existan. Laureano Gutiérrez (1988, pág. 396), al tomar en consideración que la persona jurídica es un sujeto de derecho, indica que el patrimonio de la misma constituye uno distinto del de quienes la conforman. En otras palabras, el patrimonio de la persona jurídica implica la posibilidad de reservarse para sí la titularidad de derechos, sean reales o personales, así como la posibilidad de contraer obligaciones, que no deben ser considerados propios de las personas que se unieron para formar la persona jurídica.

**Autonomía:** En criterio del profesor Francisco Capilla (1984, pág. 98), esta característica debe ser comprendida desde dos aristas: “la potestad auto-organizadora (y en cierto sentido auto-normativa) y como la separación patrimonial que comporta”. Su potestad auto-organizadora supone la existencia

de un órgano directivo que vele por el cumplimiento de su propósito; mientras que su auto-normatividad está determinada por el hecho de que, salvo las fundaciones –por ser el objeto la voluntad de su fundador-, quienes conforman la persona jurídica deciden sobre su propósito dentro de sus estatutos (Capilla Roncero, 1984, págs. 98-99). Ello significa que tal propósito u objeto social puede ser modificado vía reforma estatutaria. Por su parte, su autonomía patrimonial implica la existencia de dos grupos diferenciados de patrimonio, el de la persona jurídica y el de quienes la componen, los cuales no deben confundirse (Capilla Roncero, 1984, págs. 101-102). A ésta diferenciación entre la persona jurídica y quienes la conforma Trujillo Espinel (2011, pág. 28) la indica como la teoría del velo societario, cuyos “principales defensores eran Labré y (...) Vareilles- Sommieres”.

De la misma forma, nuestro ordenamiento jurídico positivo reconoce a las compañías anónimas y de responsabilidad limitada, ambas compañías de comercio, como sujetos del derecho; que gozan de determinados derechos y obligaciones exclusivos de ellas mismas, no confundibles con los derechos y obligaciones de otros sujetos del derecho: “La compañía de comercio goza de personalidad jurídica propia, y en consecuencia, constituye un sujeto de derecho distinto a sus socios (...)” (L.D.C., 1999, Disposición General Tercera).

### **1.3.1. De la responsabilidad limitada**

Es en virtud de aquel velo societario diferenciador de la persona jurídica y los miembros que la componen, que Francisco Capilla (1984, págs. 103-105) resalta la creación “dos esferas de relaciones jurídicas absolutamente diferenciadas” y de la responsabilidad limitada de la persona jurídica. Dentro de la misma línea, encontramos a César Dávila Torres (2011, pág. 67), quien sostiene que:

*“De la atribución de la personalidad jurídica a la sociedad –o, lo que es lo mismo, su reconocimiento como sujeto de derecho,- se deriva la formación del patrimonio social autónomo e inconfundible con los patrimonios individuales de los socios. Un patrimonio que orienta y*

*facilita la gestión de los negocios a emprender para cumplir el objetivo social, obteniendo utilidades significativas”.*

Por consiguiente, Capilla Roncero (1984, pág. 102) indica que la responsabilidad limitada “presupone la existencia de dos ámbitos diferenciados de relaciones jurídicas: las relaciones en torno a la persona jurídica, que pesan sobre el patrimonio de ésta; y las relaciones particulares de los socios que pesan sobre el patrimonio personal de éstos”. Lo cual deviene en que:

*“el patrimonio privativo de tales sujetos (que componen la persona jurídica) no responde de las deudas del ente personificado y, a la viceversa, que el patrimonio de la persona jurídica tampoco se vería afectado por las responsabilidades en que incurrieran los sujetos integrantes del sustrato de la misma”* (Capilla Roncero, 1984, pág. 104).

Así mismo, Lisandro Peña Nossa (2009, pág. 157) aborda el tema de la responsabilidad limitada y profundiza en su estudio al decir que esta implica que:

*“los terceros acreedores de la sociedad no podrán dirigirse contra los accionistas para reclamar cualquier deuda contraída por la sociedad, y por esta razón la sociedad bajo ninguna circunstancia puede imponerle al socio mayores obligaciones en su contra, pues hay una completa separación de patrimonios”.*

Esa absoluta separación de patrimonios, en criterio de José Girón Tena (1952, pág. 10), “propia de la especial naturaleza de la persona jurídica, es la que justifica la irresponsabilidad del socio por las deudas sociales; estas son deudas de una persona jurídica con su patrimonio personal”. En este mismo sentido, Carmen Boldó Roda (2000, pág. 40) agrega que aquella diferenciación entre los intereses de la persona jurídica y los intereses de los miembros que la componen “es el llamado *dogma del hermetismo jurídico*”. Este hermetismo, según la misma autora, se manifiesta tanto en el ámbito interior como en el ámbito exterior. En lo interior, toda vez que la voluntad de la mayoría es la voluntad de la persona jurídica en sus órganos rectores; y, en lo exterior,

“donde la personalidad de la sociedad anónima excluye las de los socios” (Boldó Roda, 2000, pág. 41).

Pero este hermetismo jurídico no sólo comporta el no perseguir a los socios por las deudas de la compañía, sino que, como lo explica Isaac Halperín (1973, pág. 271), se extiende a la organización de su administración, a su nombre en propiedad, su domicilio, su capacidad...

Ahora bien, para Francisco Capilla (1984, pág. 106) esta limitación de la responsabilidad no abarca a todas las personas jurídicas en el derecho español. Criterio que considero es válido para el derecho ecuatoriano. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce como personas jurídicas a las compañías, conforme el art. 2 de la Ley de Compañías (L.D.C., 1999). Éstas nacen del contrato en cuya virtud “dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades” (L.D.C., 1999, Art. 1). Las cuales se pueden clasificar en cinco tipos:

1. La compañía en nombre colectivo;
2. La compañía en comandita simple y dividida por acciones;
3. La compañía de responsabilidad limitada;
4. La compañía anónima; y,
5. La compañía de economía mixta (L.D.C., 1999, art. 429, Art. 2).

Esta limitación de responsabilidad, dentro del derecho societario, está dirigida únicamente hacia la totalidad de socios y accionistas de las compañías anónimas, limitadas y de economía mixta; es decir, que éstos responden hasta por el monto de sus aportaciones (L.D.C., 1999, arts. 92, 143 y 311). En cuanto a los socios de las compañías en comandita simple y por acciones, tan solo los comanditarios se benefician del derecho de la responsabilidad limitada (L.D.C., 1999, art. 59 y 307); mientras que los socios comanditados de las mismas compañías en comandita, simple y por acciones, más los socios de las compañías en nombre colectivo, son solidaria y subsidiariamente responsables del ente personificado (L.D.C., 1999, Arts. 74, 301 y 54).

Es por esta razón, en virtud de la cual no todos los socios de una compañía – persona jurídica- conforme al derecho positivo, se beneficien de la responsabilidad limitada, que Francisco Capilla Roncero (1984, pág. 106) plantea la cuestión sobre el grado de perfección “de la separación patrimonial consentida por la Ley”. Dicha cuestión se inspira en una corriente doctrinaria que plantea la distinción entre las personas jurídicas: perfectas e imperfectas (Capilla Roncero, 1984, pág. 106). Las perfectas son aquellas en las cuales todas las personas que conforman la persona jurídica gozan del beneficio de la responsabilidad limitada; mientras que las personas jurídicas imperfectas son aquellas en las cuales no todos quienes la componen se benefician de tal derecho (Capilla Roncero, 1984, págs. 106-107).

Sin embargo de la separación patrimonial que corresponde a las compañías anónimas, de responsabilidad limitada y de economía mixta, es necesario remarcar una diferencia en cuanto al patrimonio de estas tres sociedades. Las dos primeras son completamente de carácter privado; mientras que el capital de la sociedad de economía mixta se forma “de aportes del sector público y privado” (Cevallos, 2013, pág. 677). Conforme dictamina el art. 308 de la Ley de Compañías (1999), “el Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades u organismos del sector público, podrán participar, juntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía”. El profesor Cevallos (2013, pág. 679) indica que “en nuestro derecho positivo no encontramos ningún tipo de limitación al aporte del capital del sector público en la constitución” de estas sociedades. Esto se debe a que el art. 310 de la Ley (L.D.C., 1999) prescribe que este aporte puede ser “en dinero o entregando equipos, instrumentos agrícolas o industriales, bienes muebles e inmuebles, efectos públicos y negociables, así como también mediante la concesión de prestación de un servicio público por un período determinado”.

Con estos criterios concluimos que la persona jurídica, y entre ellas las sociedades mercantiles anónimas, de responsabilidad limitada y de economía mixta, así como las sociedades civiles, las fundaciones y las corporaciones, tienen como derecho propio un patrimonio único de ellas, que deviene de su

personalidad jurídica, el cual no puede ni debe ser confundido con el patrimonio de las personas que las conforman. La única excepción a esta regla es el tema del cual se trata en el capítulo siguiente.

## CAPÍTULO II

### EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO<sup>15</sup>.-

Levantar el velo societario quiere decir que aquella separación patrimonial, de la cual deviene la responsabilidad limitada explicada en el apartado 1.3.1 de esta disertación, deja de existir. Sergio Le Pera (1974, pág. 137) expone que “en ciertos supuestos puede prescindirse de la concepción de la sociedad como una persona jurídica independiente, y prestarse adecuada atención a los reales titulares o a los reales intereses que se actúan a través de la forma societaria”. Por su parte, el profesor Pablo Ortiz García (2003, pág. 575), al citar a la abogada Carmen Boldó Roda, señala que esta doctrina permite “prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas y los bienes que se amparan bajo su cobertura”.

#### 2.1. Origen

A diferencia de muchas otras doctrinas del derecho, el levantamiento del velo societario es un instituto relativamente nuevo. Aun así, con poco más de doscientos años, su teoría ha sido ampliamente desarrollada: ora en la jurisprudencia como en la doctrina, ora en el derecho anglosajón como en el continental. Prueba de ello es la breve reseña histórica que escribo a continuación<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Otras formas de denominar a esta institución son: *desestimación de la personalidad societaria, superación de la personalidad, redhibición de la personalidad, penetración de la personalidad, allanamiento de la persona jurídica, corrimiento del velo societario*, etc. Todas ellas con algún grado de diferenciación doctrinal que, para el desarrollo de esta tesis, no entra en materia de cuestión (Trujillo Espinel, 2011, pág. 60).

<sup>16</sup> Esta reseña ha sido estructurada de forma cronológica y no está dividida según las diferentes legislaciones a las que se hace referencia, es por ello que el lector encontrará que en un momento dado se menciona a un determinado ordenamiento jurídico y más tarde se vuelve a referir del mismo.

De las investigaciones realizadas por la jurista española Carmen Boldó Roda (2000, pág. 145) en los textos de Wormser, existe constancias de que la primera ocasión en recurrir a esta doctrina es en virtud de un tema de competencia: en los Estados Unidos, la Constitución Federal señala que el Tribunal Federal tiene competencia sobre “controversias entre ciudadanos de diferentes Estados”; además, el mismo Tribunal Supremo de este país ya se había manifestado que, en razón de que las sociedades existen por el reconocimiento de la ley, siendo invisibles e intangibles, no era viable que sean consideradas como ciudadano de uno de los Estado que conforman la Federación. Empero de aquello, dentro del caso *Bank of The United States v. Deveaux* (Boldó Roda, 2000, págs. 145-146), el juez federal Marschall, con el propósito de mantener en los tribunales federales la competencia sobre las sociedades, “proclamó que sustancial y esencialmente las partes del proceso donde intervinieran sociedades eran los socios, y estos ostentaban la ciudadanía de diversos Estados”. Por consiguiente, “los tribunales federales resultaban competentes para conocer la cuestión” (Boldó Roda, 2000, pág. 146).

Otros casos de aquella época versaban sobre la responsabilidad de un socio dominante: principalmente cuando se trataba de un socio persona física, conocidos como casos de sociedades de papel, y otros muy escasos en los que el socio era otra compañía, los de la agency (Boldó Roda, 2000, pág. 146).

Entre los primeros casos estaban envueltas sociedades que carecían de capital, empleados o actividad; así como transferencias de activos desde la persona física hacia la sociedad para defraudar a los acreedores, eludir obligaciones o concretar un objetivo fraudulento o ilegal; ante estos actos, los tribunales recurrían a la equidad<sup>17</sup> para extender la responsabilidad al socio (Boldó Roda, 2000, págs. 146-147). Así mismo, los tribunales se respaldaban en este principio de equidad en los casos de compañías dominadas por otra sociedad, lo cual sucedía con ocasión de las construcciones ferroviarias: en las

---

<sup>17</sup> El principio de equidad, explica Trujillo (2011, pág. 71) en cita a Dobson, es aplicable ante la existencia de “un daño irreparable de otra manera (...): cuando el tribunal de derecho no concede amparo alguno, o cuando el amparo ofrecido es inadecuado o injusto”.

que las compañías subsidiarias carecían de capital y equipos suficientes, y, si la empresa no lograba su acometido, la sociedad dominante pretendía esquivar todo tipo de responsabilidad (Boldó Roda, 2000, pág. 147).

A estas relaciones entre sociedades dominantes y subsidiarias se las conoce como *agency* o *grupos empresariales*; mas, al caso del primer concepto, Boldó (2000, págs. 148-149) remarca que es una mera metáfora pues, esta palabra supone un concepto mucho más amplio. Incluso explica que otros conceptos metafóricos han sido empleados como el de *instrumentality* o el de *alter ego*, cuya denominación se inició con el caso Harris v. Youngstown Bridge Co. en 1898 (Boldó Roda, 2000, pág. 150).

Ahora bien, dentro del derecho inglés, el primer caso sobre la materia se refiere a lo que en EEUU se conoció como *sociedad de papel*, arriba expuesta. El jurista Juan Trujillo Espinel (2011, pág. 70) nos presenta el caso Salomon v. Salomon & Co., juzgado en la capital del Imperio británico en el año 1897, como la semilla de esta doctrina en Inglaterra. Trujillo Espinel (2011, pág. 72) toma el relato de los hechos de la obra de Boldó Roda, en el que dice que Aaron Salomon, comerciante de pieles y botas decide constituir una sociedad, la Salomon & Co.

Como el negocio no prosperó, la compañía se vio envuelta en un proceso de liquidación, en el que se determinó que Salomon & Co. mantenía un pasivo que excedía en 7.733 libras de su capital. Ante ello, el liquidador adujo que el negocio seguía siendo de Aaron Salomon, pues conservaba todas las acciones de la compañía, menos seis de ellas que pertenecieron a seis accionistas: una acción para cada accionista (Trujillo Espinel, 2011, pág. 73). Tanto el Juez Vaughan Williams, en la primera instancia, como el Tribunal de apelación (Trujillo Espinel, 2011, pág. 73), entendieron que la sociedad fue un mero agente de los negocios de Salomon y que este había burlado la Companies Act (que protegía a varios inversionistas que arriesgaban capitales altos en similares condiciones, y no a un solo inversionista con varios testaferros), respectivamente. Así, Trujillo (2011, págs. 73-74) relata que el Tribunal obligó al ciudadano Salomon a indemnizar a la compañía para cubrir sus deudas con

sus acreedores; mas la Cámara de los Lores rechazó los planteamientos a quo, manteniendo el criterio de separación de capitales aduciendo que las obligaciones fueron válidamente emitidas con la sociedad.

Con el inicio del siglo XX, en el contexto de la Primera Guerra Mundial, Carmen Boldó Roda (2000, pág. 136), nos presenta los casos de nacionalidad: ya que algunas compañías fueron constituidas en el Imperio Británico, pero quienes las controlaban, sus accionistas o administradores, era de nacionalidad alemana, se retoma en Inglaterra la cuestión de saber quién se halla tras el velo societario. A este conjunto de casos Trujillo Espinel (2011, pág. 74) nos presenta como la *jurisprudencia de guerras*. El mismo autor transcribe el caso de *Daimler Co. Ltd. v. Continental Tyre & Rubber Co.* como el primero estos fallos:

Dentro del proceso (Trujillo Espinel, 2011, pág. 74), el sujeto pasivo alegó que, por pertenecer casi todas las acciones a ciudadanos alemanes con residencia en aquel país, la nacionalidad de la compañía era alemana. La Cámara de los Lores (Trujillo Espinel, 2011, pág. 74) reafirmó tal criterio, en consideración de la nacionalidad de que quienes la controlaban, sin perjuicio de que la sociedad haya sido constituida en Inglaterra. Otros casos (Boldó Roda, 2000, págs. 136-137) se refieren a la renovación de la licencia cinematográfica a la ex London and Provincial Electric Theatres Ltd., una sociedad constituida en Inglaterra, de la cual tres de los seis administradores eran alemanes; y a la nacionalidad británica de un barco si este es propiedad de una sociedad británica, conforme a la *Merchant Shipping Act* de 1894. En tal sentido, la sociedad era considerada británica si era constituida dentro de “los dominios de Su Majestad, y tiene el lugar principal de sus negocios en ellos” (Boldó Roda, 2000, pág. 137). Así, se determinó que para señalar el lugar principal de sus negocios, se debía observar el lugar donde se ejercía el control sobre la sociedad; entonces, se observó que la mayoría de las acciones estaban en poder de extranjeros (Boldó Roda, 2000, pág. 137).

En nuestros días, según el decir del mismo Trujillo Espinel (2011, pág. 70), concluimos que fue el uso indebido que empresarios norteamericanos “le

dieron a las corporaciones durante la época del capitalismo industrial”, lo que obligó a los jueces a replantearse la separación de capitales; pues, a la corporación “se la comenzó a utilizar para fines ilegítimos y no para aquellos que motivaron su creación” (Trujillo Espinel, 2011, pág. 70). En la misma línea, el autor argentino Sergio Le Pera (1974, págs. 137-138) nos introduce ante dos circunstancias en las que se aplica la doctrina del levantamiento del velo societario: por un lado en la llamada *great hour* y, por otro, manteniendo cierta relación con el primero, en los casos de *parent corporations’ liability*.

En cuanto a la *great hour*, Le Pera (1974, pág. 137) lo señala como “el momento de la insolvencia”. Constituye el instante crítico en el cual se busca evitar que, por medio de la figura societaria, “se intente aludir prohibiciones legales o contractuales, o perjudicar o defraudar de alguna manera a acreedores o terceros, o burlar disposiciones imperativas del régimen familiar o sucesorio” (Le Pera, 1974, pág. 137). Así mismo, con la obra del abogado neoyorquino Frederick Powell<sup>18</sup>, los casos de *parent corporations’ liability* se refieren a aquellas circunstancias en las cuales la insolvencia de una sociedad subsidiaria deviene de que ha sido utilizada como un instrumento de la sociedad controlante; por lo cual, para daños injustos, se extiende la responsabilidad a la sociedad controlante (Le Pera, 1974, pág. 138). A todo este conjunto de circunstancias Trujillo Espinel (2011, pág. 77) las cobija bajo las formas de “abuso del derecho”.

La introducción que se hace de esta doctrina en la Europa continental se la debe una obra de Serik (Le Pera, 1974, pág. 145), cuyas principales respuestas surgen en Alemania e Italia: en razón a la nacionalidad del autor y por trabajos previos de Ascarelli referentes a los problemas de la personalidad jurídica de las sociedades –*la crisis de la persona jurídica* (Boldó Roda, 2000, pág. 48). Finalmente, en Ecuador tenemos conocimiento del fallo de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, conformada por los doctores Galo Galarza Paz, Santiago Andrade Ubidia y Ernesto Albán Gómez, en el cual se ordena la desestimación de la persona jurídica a causa

---

<sup>18</sup> La obra se titula “Parent and subsidiary corporations”, y fue publicada en 1931 en la ciudad de Chicago por Callaghan and Co.

del abuso de la personalidad de una sociedad mercantil por parte de su accionista mayoritario (Diners Club S.A. vs. Chupamar S.A., 2001).

## **2.2. Características**

Previo al desarrollo de las características que envuelven a esta doctrina, me permito reiterar que, a modo de presupuesto para la aplicación de la misma, es necesaria la existencia de una persona jurídica cuya personalidad y patrimonio sean diferentes de quienes la componen o controlan, conforme se señala en los apartados 1.3 y 1.3.1 de esta tesis. En cuanto a las peculiaridades de esta doctrina encontramos<sup>19</sup>:

- a) Excepcionalidad. - El colombiano Pablo Andrés Córdoba (2006, pág. 40) sostiene que “se trata del remedio más radical del que puede disponer (...) o el juez”. En el mismo sentido, Boldó Roda (2000, pág. 72) menciona que siempre que los jueces americanos han optado por la aplicación de esta doctrina “han estado convencidos de se trata de algo excepcional”; ya que, de lo contrario, citando a Serick, “sacrificarían (...) la gran conquista que ha hecho que la sociedad sea tan imprescindible en la moderna vida de los negocios: (...) la limitación de la responsabilidad” (Boldó Roda, 2000, pág. 72). Y no solo afectaría el normal desarrollo de los negocios, sino que, como lo menciona el jurista Santiago Andrade Ubidia (2009, pág. 12) en cita a Teresa de Jesús Seijas, “ha generado contradicciones entre la seguridad jurídica y la justicia”. De ahí que es menester su aplicación en casos extremos. De ahí que se lo aplicará en virtud de “la evidencia de que está ante una conducta abiertamente ilegítima (... ante la cual) no habrá una vía directa para remediar la situación por lo que la medida tiene carácter subsidiario” (Andrade Ubidia, 2009, pág. 14).
  
- b) Demanda un examen de la realidad. - Como se señaló en el literal precedente, esta doctrina se reviste de un carácter especial, y por esta misma razón su aplicación “está condicionada a una actuación

---

<sup>19</sup> El presente listado de características proviene del análisis realizado a partir de la información obtenida en las distintas fuentes bibliográficas, dentro de las cuales no se especifica de manera expresa un listado semejante.

determinada” (Le Pera, 1974, pág. 137). Aquella actuación determinada ha de verificarse con la “constatación de la existencia de un abuso de esa forma (la forma societaria)” (Trujillo Espinel, 2011, pág. 62). Al respecto, Andrade Ubidia (2009, pág. 14) aclara en decir que se debe “establecer la verdad real cuando la verdad formal encubre un fraude a la ley o un abuso del derecho”. Es decir, descubrir cuál es el verdadero uso que se hace de la persona jurídica y si éste corresponde a sus fines legítimos. Entonces, para que el juez tome una correcta decisión, el mismo debe encontrarse en la más absoluta certeza sobre la necesidad de proceder conforme tal doctrina, toda vez que “la prueba del dolo o la mala fe con que ha procedido quien pretende beneficiarse indebidamente de la figura societaria debe ser concluyente” (Andrade Ubidia, 2009, pág. 15).

c) Ordenada por un Juez.- Trujillo Espinel (2011, pág. 67), al referirse al aporte de Serick, escribe que “el Juez podrá descartarla (la personalidad jurídica de la sociedad) para que fracase el resultado contrario a Derecho”. En el mismo sentido, Le Pera (1974, pág. 143), al mencionar el caso de la compañías insolventes dentro de un grupo empresarial, señala que la doctrina procederá “bajo la autoridad del juez del concurso”. Carmen Boldó Roda (2000, pág. 51), en cita a Galgano, refiere que “el Juez puede (...) desconocer la separación existente entre el socio y la sociedad”. Por último, Santiago Andrade Ubidia (2009, pág. 14) acota que, como resultado de la actuación del juez, estamos frente a una figura “exclusivamente procesal”. En conclusión, podemos observar que todos estos autores se detienen en resaltar que es el Juez la autoridad que debe ordenar la aplicación del levantamiento del velo societario.

d) Principio de equidad.- Proveniente del derecho anglosajón (Boldó Roda, 2000, pág. 73): dentro del cual, sin su aplicación, se devendría en un resultado injusto. La doctrina (Trujillo Espinel, 2011, pág. 71) señala a un resultado como injusto a aquel en el cual no habría otro mecanismo de reparación ante determinado daño, por lo cual se lo califica de

irreparable, o si el mecanismo existen resultare insuficiente. A este principio, Santiago Andrade Ubidia (2009, pág. 7) lo conjuga con los principios de buena fe y lealtad, es decir, la carencia de intención dolosa alguna en las actuaciones por parte de los terceros que resultan perjudicados por los actos hechos a nombre de la compañía.

- e) Extingue la responsabilidad limitada.- Dentro del ámbito patrimonial de la compañía, la aplicación de esta doctrina provoca la ineficacia del principio de la limitación de la responsabilidad, porque se la “extiende a las personas que se encuentran atrás del velo societario, quienes serán personal y solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados a terceros” (Andrade Ubidia, 2009, pág. 15).
  
- f) No produce nulidad en la sociedad.- El profesor Santiago Andrade Ubidia (2009, pág. 15) explica que al aplicar el levantamiento del velo, no necesariamente se extingue a la sociedad, sino que produce “únicamente su inoponibilidad”. Esto quiere decir que la responsabilidad por las obligaciones de la compañía se la extiende a los socios o accionistas, permitiendo que dicha persona jurídica siga existiendo.
  
- g) No en beneficio de los propios accionistas.- Al respecto Boldó Roda (2000, pág. 156) explica que la doctrina ha “sido en beneficio de aquellos que confiaron en la existencia de la sociedad como como una entidad jurídica separada”. Consecuentemente, “las entidades que deliberadamente han adoptado la forma societaria para conseguir las ventajas que ésta les proporciona, no pueden solicitar que se levante el velo y, por tanto, se desconozca su existencia, cuando esta situación les sea beneficiosa” (pág. 156). Boldó (2000, pág. 156) ejemplifica este supuesto cuando el socio mayoritario desea acceder al cobro de un crédito constituido en favor de la compañía. Sergio Le Pera (1974, pág. 143) agrega que este límite se extiende para aquellos casos en los que se involucran compañías que tienen los mismos accionistas, esto es “grupos empresariales”.

## 2.3. Conflicto axiológico: ¿justicia o seguridad jurídica?

En vista de una notable disyunción entre los criterios de justicia y seguridad jurídica que deviene de aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario, es imperioso evidenciar hacia cuál de ellos propende nuestro ordenamiento jurídico. La Corte Constitucional (*Silvia Game vs. Procurador General del Estado*, 2009, pág. 14) señala que el principio de seguridad jurídica constituye:

...una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados, y en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela. La seguridad jurídica, en definitiva, es el contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales, por lo tanto inevitablemente nace una expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible. Por esto, es indispensable que las decisiones de los actores políticos dentro de un verdadero Estado constitucional de derechos y justicia, se tornen según el sentido lógico de la norma y no según la lógica de la discrecionalidad.

Dentro del mismo fallo, la Corte Constitucional (*Silvia Game vs. Procurador General del Estado*, 2009, pág. 21), en alusión a la concepción de L. Ferrajoli sobre el paradigma del Estado constitucional de derecho, explica que “el derecho debe regular no solamente la forma en la que se expide una ley (o norma), sino que esta sea materialmente conforme a los principios y valores constitucionales”. Así, el art. 169 de la Carta Magna ecuatoriana prescribe que “el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales (...) harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades” (C.R.E., 2008). De la norma citada se puede inducir que el fin último de sistema jurídico es la justicia, que este es el valor supremo que otorga razón a la existencia del Derecho.

Por ende, parecería ser que la seguridad jurídica debe propender a la justicia. No en vano la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en fallo de 21 de marzo de 2001, señala que “tampoco puede a pretexto de proteger este valor (la seguridad jurídica), permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la institución societaria” (*Diners Club S.A. vs. Chupamar S.A.*, 2001). Es así que Carmen Boldó Roda (2000), al referirse al criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo español,

menciona que se da “preferencia al principio de justicia sobre el de seguridad jurídica” (pág. 229). Pero, la misma autora explica que ésta preeminencia “encierra una determinada interpretación restrictiva (sólo en determinados casos y circunstancias) de dicha jerarquización de principios” (Boldó Roda, 2000, pág. 229). Lo que nos remite, de nuevo, al examen de realidad que debe hacer el juez para constatar la necesidad –excepcional- de aplicar esta doctrina, conforme lo señalado a lo largo de este capítulo. Por lo cual, con clara determinación de la necesidad de la doctrina, esta debe aplicarse.

## **2.4. Aplicación del levantamiento del velo societario**

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en razón de que:

...en la actuación de las personas jurídicas, se ha observado en los últimos años una notoria y perjudicial desviación, ya que se le usa como camino oblicuo o desviado para burlar la ley o perjudicar a terceros. Pierde por completo su razón de ser y su justificación económica y social; ya no es más una persona ideal o moral y se convierte en una mera figura formal, un recurso técnico que permite alcanzar proditorios fines (Diners Club S.A. vs. Chupamar S.A., 2001).

A esta actuación desviada de la persona jurídica, conforme la misma Sala, la doctrina la denomina como “abuso de la persona jurídica”<sup>20</sup>. Al respecto, Juan Trujillo Espinel (2011, pág. 63) nos introduce en las tres grandes categorías que Serick agrupa a este abuso de la persona jurídica: “fraude a la ley, la violación de obligaciones contractuales y el perjuicio fraudulento a terceros”. Sobre ellos, Carmen Boldó Roda (2000, págs. 74-76) los desarrolla con mayor profundidad:

### **a) Fraude de la ley por medio de la persona jurídica.-**

*Se habla de un fraude a la ley cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que no ha previsto, y cuando precisamente resulta de la finalidad de la norma que ésta ha tratado de impedir de manera general un resultado determinado, en lugar de limitarse a*

---

<sup>20</sup> En mi opinión, el abuso de la persona jurídica debería considerarse como una forma de abuso del derecho; siendo otras formas de abusos la interposición en tiempos distintos de excepciones dilatorias o de incidentes en materia procesal para prolongar innecesariamente un proceso, así como la utilización dolosa de mandatos o formas contractuales, entre otros.

*prohibir que se alcance por medio de determinada forma negocial (Boldó Roda, 2000, pág. 74).*

**b) Fraude y lesión de contrato.-**

*“Se trata de aquellos casos en los que, por medio de la persona jurídica, puede quedar burlado o incumplido un contrato como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la de su único socio” (Boldó Roda, 2000, pág. 75).*

Sobre este aspecto, en nuestra legislación debemos observar aquellos casos en los que un socio concentra en sí mismo la mayoría accionaria, ya que en Ecuador no se contemplan las sociedades unipersonales.

**c) Daño fraudulento a terceros.-**

*“Existen casos que no pueden quedar incluidos en las categorías ya tratadas de fraude de ley y de contrato, pero en los que también se causa perjuicio a terceros con la utilización de la persona jurídica.*

*De los casos que Serick examina en este apartado, quizás los más relevantes sean los que hoy subsumiríamos bajo la categoría de la infracapitalización” (Boldó Roda, 2000, pág. 76).*

Como corolario de estas causas, el criterio jurisprudencia de la referida Sala determina que:

*Frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico llegar hasta éstos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros, sean acreedores a quienes se les obstaculizaría o impediría el que puedan alcanzar el cumplimiento de sus créditos, sean legítimos titulares de un bien o un derecho a quienes se les privaría o despojaría de ellos”. (Diners Club S.A. vs. Chupamar S.A., 2001)*

Además, en la doctrina (Ortiz García, 2003, pág. 578) existen tres formas para levantar el velo societario: desestimación activa, desestimación pasiva y desestimación en beneficio de un interés público:

<b>DESESTIMACIÓN:</b>	<b>OPERA CUANDO:</b>
ACTIVA	Es realizada en beneficio de un tercero; es decir, es solicitada por dicho tercero que se considere afectado por un abuso de la persona jurídica, lo cual deberá probarlo judicialmente.
PASIVA	Es efectuada teniendo en cuenta el beneficio de la propia

	<p>sociedad o de quienes la conforman.</p> <p>Aquí, es solicitado por uno o varios de los que conforman la persona jurídica, aduciendo que uno o varios socios de la compañía a sus administradores han sacado provecho ilegítimo de la compañía. Esta forma de levantamiento no puede ser confundida con la característica g) arriba señalada, pues en aquella se pretende evitar que ocurra un provecho ilegítimo, mientras que en esta forma –pasiva- de levantamiento del velo constituye un remedio ante un provecho ilegítimo ya suscitado.</p>
<p>EN BENEFICIO DE UN INTERÉS PÚBLICO</p>	<p>Sus finalidades son:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Evitar la utilización simulada o abusiva de la sociedad en detrimento de normas de interés público.</li> <li>b) Regular a la sociedad por razones de Estado.</li> <li>c) Regular a la sociedad por razones de políticas.</li> </ul> <p>De estas finales podemos observar que es el Estado, por medio de alguna de las entidades que conforman la Administración Pública, quien solicita la aplicación de la doctrina; no en beneficio de la entidad solicitante, sino en beneficio del Estado en su conjunto. Sobre esta forma me permito indicar su peligrosidad, pues so pretexto de cualesquiera de las causales y cualesquiera de estas finalidades, cualquier Gobierno pudiera provocar que se levante el velo societario injustamente. Por ello, la importancia de un aparataje judicial independiente e imparcial.</p>

**Cuadro No. 1**

“Clasificación de la Desestimación de la Persona Jurídica”  
 Basado en “Desestimación de la persona jurídica” (Ortiz García, 2003, pág. 578).  
 Revista Ruptura Nº. 46.  
*Elaboración propia.*

Ya en nuestro derecho positivo, en razón de la reformatoria contenida en el art. 98 de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil (L.O.F.O.S.S.B., 2014) que amplía el contenido del artículo 17 de la Ley de Compañías, encontramos 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.
- (...).

Con respecto a este artículo, podemos establecer que la responsabilidad originaria de la sociedad se extendería hacia los propietarios de las mismas o a sus administradores; ya que por medio de éstos últimos se le hace actuar a la compañía o porque aquellos han sido quienes han ordenado a los segundos actuar de la forma contraria a derecho. Aplicar esta norma de derecho positivo equivale a aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario, pues rompe el hermetismo de la persona jurídica y hace responsables a los socios, accionistas o a los administradores de la compañía. Este criterio también lo encontramos en la disposición general tercera de la ley de Compañías (1999), introducida por el art. 144 de la L.O.F.O.S.S.B. (2014), la cual determina que:

esa distinción (de la compañía de comercio como un sujeto de derecho distinto de quienes la componen) no tendrá lugar ni será oponible en caso de comprobarse judicialmente que el contrato social fue celebrado para violar la ley, el orden público o la buena fe; para encubrir la consecución de fines ajenos a la compañía; o como mero recurso para evadir alguna exigencia o prohibición legal, mediante simulación o fraude a la ley, o por cualquier otro medio semejante, siempre que de ello se derivaren perjuicios a terceros (...).

Sobre esta parte de la referida norma, me permito indicar que pareciera que la disposición se centra únicamente en los casos de fraude a la ley –excluyendo el fraude contractual y fraude a terceros como causales para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario-; ya que todas aquellas circunstancias mencionadas hacen alusión a la consecución de un resultado prohibido por la ley, a través de otro camino que la misma no lo ha previsto. Lo señalado en este párrafo parece tomar fuerza en el siguiente inciso de la norma en cuestión:

Los perjuicios sufridos por cualquier abuso de la personalidad jurídica de la compañía, en los términos previstos en el inciso anterior, se imputarán directa y personalmente a la persona o personas que se hubieren aprovechado o se estuvieren aprovechando de la simulación o del fraude

a la ley, o de cualquier otro medio semejante, para ocultar o encubrir su interés o participación en la compañía o en su patrimonio, o en los actos o contratos que hubieren ocasionado o estuvieren ocasionando los perjuicios supradichos (L.D.C., 1999, Disposición General Tercera).

Mas, en ambos incisos se vislumbra la frase “por cualquier otro medio semejante”. Con lo que se podría entender que, aunque de forma forzada, otro de los medios semejantes podrían ser el fraude contractual y el fraude a terceros; los cuales, con el fraude a la ley, se configuran las tres formas en las que podría darse el abuso de la persona jurídica –causal doctrinaria, como ya lo hemos visto antes, para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario. Sin embargo, debemos recordar que al iniciar el citado artículo 17 (L.D.C., 1999) se determina de forma amplia a “los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías...” como causal para la aplicación del levantamiento del velo societario. Esto nos lleva a pensar en el abuso de la persona jurídica en su amplitud doctrinaria, esto es el fraude a la ley, fraude contractual y el fraude a terceros. Por lo tanto, aunque en el desarrollo de este artículo pareciera que se limita en el fraude a la ley, considero que una correcta interpretación de la norma y de la voluntad del legislador nos llevaría a pensar en las tres formas de abuso de la persona jurídica que Serick presenta.

Ahora bien, para dar fin al antes invocado y reformado artículo 17 de la Ley de Compañías (1999), el legislador ha dispuesto que “(...) la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica seguirá el trámite especial previsto en el Código de Procedimiento Civil”. Con lo hasta aquí expuesto, el artículo 98 de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil (2014) no solo nos remite a otro cuerpo legal: el código de normas civiles adjetivas, sino que también nos presenta lo que parece ser todo un procedimiento relativamente nuevo ante el derecho positivo. En virtud de este nuevo procedimiento reglado, el Código de Procedimiento Civil de igual forma ha sido modificado por el art. 155 de la L.O.F.O.S.S.B. (2014); y, por lo tanto, se entiende que desarrollará de mejor forma la doctrina.

En este sentido, las normas correspondientes al “proceso de inoponibilidad de la persona jurídica” determinan medidas cautelares, inspecciones sobre los libros de las compañías y tiempos a efectos de la prescripción de la acción. Es así que el introducido art. 412-F del Código de Procedimiento Civil (2005) indica que: “La acción de desvelamiento societario o inoponibilidad de la personalidad jurídica prescribirá en seis años, contados a partir del hecho correspondiente, si hubiere sido uno solo, o del último de ellos, si hubieren sido varios (...)”. En cuanto a las medidas cautelares y de inspección se hará una breve referencia en el subcapítulo siguiente, a propósito de las facultades que tiene el juez como autoridad para determinar la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario.

Para finalizar este subcapítulo, la disposición general tercera de la Ley de Compañías (1999) señala que al aplicar ésta doctrina se busca que, “de ser posible, las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes” del abuso de la persona jurídica; así también que “los responsables de los perjuicios respondan personal y solidariamente por éstos, mediante la correspondiente indemnización; pero en todo caso se respetarán y no podrán afectarse los derechos adquiridos por terceros de buena fe” (L.D.C., 1999, Disposición General Tercera).

En resumen, la responsabilidad que en principio pesa sobre la compañía por las obligaciones que se han adquirido a su nombre, es trasladada hacia quienes, actuando a su nombre, en realidad lo han hecho para su propio beneficio y no el de la compañía. Es decir, a aquel accionista mayoritario, administrador o cualquier otra persona que, valiéndose de un abuso sobre la personalidad de la compañía se ha beneficiado ilegítimamente, se le hará responsable mediando acción judicial.

#### **2.4.1. Quién puede aplicar el levantamiento del velo societario**

Por ser de carácter excepcional y por romper un derecho reconocido por el Estado –separación patrimonial-, sólo éste, por medio de su potestad

jurisdiccional, puede aplicar esta doctrina (Andrade Ubidia, 2009, pág. 15). Es decir, se “permite al Juez, excepcionalmente, levantar el velo que separa al espectador de la realidad, a fin de imponer a los responsables del fraude o el abuso, la responsabilidad que les corresponda” (Andrade Ubidia, 2009, pág. 7).

En el mismo sentido, el último inciso del art. 17 de la Ley de Compañías (L.D.C., 1999), reformado por el art. 98 de la L.O.F.O.S.S.B. (2014), determina expresamente que:

(...) Salvo los casos excepcionales expresamente determinados en la ley, la inoponibilidad de la personalidad jurídica **solamente podrá declararse judicialmente**<sup>21</sup>, de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la compañía deducida ante un juez de lo civil y mercantil del domicilio de la compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor (...).

Con esto, el referido artículo determina que únicamente, de forma exclusiva y sin posibilidad de mediar cualquier otro mecanismo que no se haya previsto expresamente en la ley, se aplicará esta doctrina por la vía judicial; es decir ante la autoridad jurisdiccional o también conocida como juez. Entonces, ante tal autoridad se puede seguir esta acción bien sea de forma alternativa o como una de las pretensiones en:

- a) Juicio por colusión
- b) Acción de inoponibilidad de la persona jurídica ante el juez de lo civil y mercantil. El juez competente podrá ser, según el actor decida:
  - i. El del lugar del domicilio de la compañía, o
  - ii. El lugar donde se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso.

Ya de entre las facultades de que dispone en juez dentro del proceso de inoponibilidad de la persona jurídica, tan solo me detendré en señalar aquellas en relación a las medidas cautelares y de inspección:

---

<sup>21</sup> El resaltado es propio.

El segundo inciso del art. 412-A del Código de Procedimiento Civil (C.P.C., 2005) faculta al juez, previa solicitud de parte, la imposición de medidas cautelares:

(...) prohibiciones de enajenar o gravar los bienes y derechos que estuvieren relacionados con la pretensión procesal y, de manera particular, de las acciones o participaciones o partes sociales de la o las compañías respectivas, así como la suspensión de cualquier proceso de liquidación o de cualquier orden de cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil de cualquiera de las compañías demandadas

Por su parte, los arts. 412-C y 412-D (C.P.C., 2005) permiten al juez ordenar a la Superintendencia de Compañías y Valores la inspección sobre los Libros de Acciones y Accionistas, y sobre los libros sociales y contables, respectivamente.

Mediante estas facultades, que a mi juicio las considero oportunas, simple pero necesariamente se busca asegurar el estado de las cosas. Tanto para evitar alteración sobre la información referente a las operaciones de la compañía demandada, como para efectos patrimoniales de responsabilidad. Es decir, que no se altere el patrimonio con el que se debe responder por el abuso de la persona jurídica una vez que éste sea declarado jurisdiccionalmente o que la propiedad sobre la compañía que ha sido utilizada con fines ilegítimos sea trasladada hacia otro propietario que, quizá no pueda pagar y legítimamente no deba hacerlo.

#### **2.4.2. Quién ejerce jurisdicción en Ecuador**

Para un mejor desarrollo de éste apartado, es imperioso hacer un estudio paralelo de las normas de nuestro ordenamiento jurídico y de la doctrina. El jurista alemán Leo Rosenberg (1955, pág. 45), refiere de forma general a la jurisdicción como “la actividad del Estado dirigida a la realización del ordenamiento jurídico”. El mismo Rosenberg (1955, pág. 46) profundiza en señalar que ésta, a la que también denomina administración de justicia, función o poder judicial, “consiste preferentemente en la aplicación del derecho objetivo al caso concreto y es ejercida por los tribunales a petición de una parte”. Ahora bien, son cuerpos normativos contenedores de los preceptos legales

necesarios para la determinación de la jurisdicción en el Ecuador: la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código de Procedimiento Civil. A continuación, un estudio de estas normas, analizadas de forma jerárquica, en conjunción con los criterios doctrinarios:

La Constitución de la República del Ecuador (C.R.E., 2008), en el artículo 167 prescribe que: “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”. Se señala además que, “la Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos” (C.R.E., Art. 177). La misma Carta Magna (C.R.E., Art. 178) determina que “los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución<sup>22</sup>, son los encargados de administrar justicia”, los cuales son:

1. La Corte Nacional de Justicia.
2. Las cortes provinciales de justicia.
3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley.
4. Los juzgados de paz.

Por su parte, el Código Orgánico de la Función Judicial (C.O.F.J., 2009) complementa al mencionar que “la jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley” (C.O.F.J., Art. 7). Así, también señala que “solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos” (C.O.F.J., Art. 7). A ello, agrega el Principio de Unidad Jurisdiccional en el art. 10 del mismo cuerpo legal (C.O.F.J., 2009): “De conformidad con el principio de unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución”. Y dispone que “la jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las

---

<sup>22</sup> Como es el caso de Corte Constitucional, de cuya jurisdicción se trata en el art. 429 CRE.

juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia” (C.O.F.J., Art. 150).

Al respecto encontramos que tanto la Constitución (art. 178.3) como el Código Orgánico de la Función Judicial (art. 7) ordenan que la jurisdicción nace y es ejercida por mandato de la Carta Magna y de las leyes. Por lo tanto, entendemos que serán jueces, además de los ya enumerados en el artículo 178, los que las leyes lo determinen. Sin embargo de ello, el art. 10 del Código Orgánico de la Función Judicial introduce el principio de Unidad Jurisdiccional, del cual nos deja en incertidumbre si hacemos un análisis global de las normas, pues comprenderíamos que no podrán ser jueces sino aquellos que la Constitución y la Leyes lo determinen: por lo tanto, la Ley también determina quién es Juez. Entonces, estaríamos ante un principio que no se cumpliría (el de Unidad Jurisdiccional), toda vez que una Ley pueda ser reformada mediante un proyecto de iniciativa legislativa y, además, nos pasaríamos por alto los preceptos de la Carta Magna, aunque ésta también diga que las Leyes son quienes determinan la calidad de jueces (art. 178.3).

Ahora bien, la Ley en la materia de jurisdicción por excelencia, al menos en lo Civil, es el Código de Procedimiento Civil (C.P.C., 2005). Éste cuerpo normativo prescribe que la jurisdicción consiste en “el poder de administrar justicia” (C.P.C., Art. 1), lo cual, a su vez, supone “la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes” (C.P.C., Art. 1). Más adelante éste Código amplía su explicación al señalar que, además de los tribunales y juzgados integrantes de la Función Judicial, ejercen jurisdicción, “de acuerdo con la Constitución Política de la República y sus leyes propias: los jueces de paz, los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje y las autoridades de los pueblos indígenas” (C.P.C., Art. 5).

Rosenberg (1955, pág. 46) indica que la jurisdicción puede ser clasificada en contenciosa y voluntaria; con respecto de la primera, ésta puede ser, “según su órgano, ordinaria o especial”. Al respecto, Enrico Redenti (1957, pág. 128) explica que “la distinción entre los respectivos campos (jueces ordinarios y

especiales...) se hace (...) atendiendo a la diversa naturaleza y a las diversas características de la materia”. Por su parte, Leo Rosenberg (1955, pág. 80) complementa en indicar que la “jurisdicción ordinaria constituye la regla; es decir, todo proceso para el que no es designado un tribunal especial, se resuelve ante un tribunal ordinario”. Atendiendo estos criterios doctrinarios, el Código de Procedimiento Civil agrega que tanto jueces ordinarios como especiales ejercen la jurisdicción legal (C.P.C., Art. 16).

A propósito de la jurisdicción especial, el mismo Código de Procedimiento Civil introduce el concepto de *jurisdicción coactiva*<sup>23</sup>; de la cual dispone que el procedimiento coactivo es aquel que:

Tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a sus instituciones que por ley tienen este procedimiento; al Banco Central del Ecuador y a los bancos del Sistema de Crédito de Fomento, por sus créditos; al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y las demás que contemple la ley (C.P.C., Art. 941).

En cuanto a éste proceso coactivo, el Código restringe su ejercicio para:

Los **respectivos empleados recaudadores de las instituciones**<sup>24</sup> indicadas (...). Tal ejercicio está sujeto a las prescripciones de esta Sección, y, en su falta, a las reglas generales de este Código, a las de la ley orgánica de cada institución, y a los estatutos y reglamentos de la misma, en el orden indicado y siempre que no haya contradicción con las leyes, en cuyo caso prevalecerán éstas (C.P.C., Art. 942).

Incluso se llega a determinar que “**los servidores o servidoras recaudadores mencionados en este artículo tendrán la calidad de Jueces Especiales, denominándose los Jueces de Coactiva**<sup>25</sup>” (C.P.C., Art. 942).

Por consiguiente, la Ley, es decir el Código de Procedimiento Civil, introduce una calidad de jurisdicción: la coactiva; y con ésta jurisdicción, agrega la consideración de Juez a quien la ejerce. Sin perjuicio de si dicho funcionario responde en verdad a la naturaleza de un Juez.

---

<sup>23</sup> El lector podrá encontrar un desarrollo más amplio sobre la naturaleza de la coactiva y las funciones de quien la ejerce en el Capítulo III de esta disertación.

<sup>24</sup> El subrayado es propio.

<sup>25</sup> El subrayado es propio.

En resumen, la jurisdicción legal consisten en aquella potestad que tienen los jueces para resolver sobre determinada controversia que se les ha sido presentada, así como para hacer cumplir tal decisión. Dentro de ello, los jueces pueden ser ordinarios o especiales, conforme la Constitución y la Ley. En esta segunda clasificación, la de jueces especiales, al funcionario recaudador de una institución del Estado la Ley lo ha reconocido como Juez de coactivas. Las preguntas que surgen a partir de estos son: ¿en verdad es un Juez este funcionario? ¿Se ha extendido por medio de la Ley y de forma forzada el concepto de Juez hacia aquellos funcionarios recuadores? Para responder estas dudas corresponde, pues, en el siguiente acápite determinar en qué consiste la figura de un Juez.

#### **2.4.2.1. Naturaleza jurídica del Juez**

Piero Calamandrei (1962, pág. 29) explica que el uso de la palabra juez se da en dos sentidos: genéricamente como órgano judicial –que incluye los oficios de juzgador, ejecutor de notificaciones y de secretario: esto es aquella función jurisdiccional en su conjunto- y, de forma más común, como órgano u oficio juzgador. En cuanto al órgano-judicial, el jurista italiano Enrico Redenti (1957, pág. 122) determina su importancia por el hecho de que “en él se encarna o se personifica el Estado; (...) quien (...) llega a dar a través del proceso las providencias en que se actúa su función jurisdiccional”. Mientras que Calamandrei (1962, pág. 26) expone que todo oficio juzgador “se presenta personificado en un determinado funcionario (o en una pluralidad de funcionarios constituidos en colegio...)”.

Al referirse al juez órgano y, por tanto, al juez oficio juzgador, Rendeti (1957, pág. 124) señala que:

para ser verdaderamente tal (encarnando o personificando al Estado), y poder venir a ser legítimamente sujeto de un proceso cualquiera, necesita ante todo estar legítimamente instituido y actuar con aquella formación constitutiva que las leyes mismas prescriben, así como hacerlo bajo las insignias ideales (...) que deben caracterizar el ejercicio de su actividad profesional.

De estas insignias destacan la independencia y la imparcialidad:

Calamandrei (1962, págs. 40-41), con referencia a la independencia, expresa que la relación jerárquica existente entre funcionarios públicos deja de ser efectiva al instante que el juez ejerce las atribuciones de funcionario juzgador: esto no debe entenderse como la facultad para “impunemente faltar a sus deberes (administrativos; sino que,) en el momento de aplicar el derecho al hecho controvertido, no está el juez obligado a obedecer a nadie más que a la ley y a su propia conciencia”. Con ello, Calamandrei (1962, pág. 41) quiere decir que cuando el juez juzga no debe “recibir órdenes de quienquiera que sea, aunque ellas proviniesen de su superior jerárquico y hasta del más elevado de ellos”. Así mismo, Rosenberg (1955, pág. 126) puntualiza que la independencia le permite estar libre “de toda influencia, tanto de arriba como de abajo, que puedan intentar ejercer sobre la actividad judicial en el caso concreto (... incluso de aquellos) interesados en el pleito”.

En cuanto a la imparcialidad, Calamandrei (1962, pág. 45) refiere de aquella como la característica que permite al juez mantenerse “en posición de inicial indiferencia entre las partes”. En otras palabras, Calamandrei (1962, pág. 45) expresa que la imparcialidad supone la absoluta “igualdad entre las partes en el juicio”. Lo que, a su vez, se traduce en la célebre frase de que el juez es un tercero imparcial; es decir, no tiene interés –personal- alguno dentro del conflicto ni pretende favorecer a alguna parte en especial.

Resumiendo, para Francisco Carnelutti (1944, pág. 212) se entiende por juez aquel “oficial del proceso a quien la ley confía la decisión en el proceso de conocimiento, y los cometidos más importantes en el proceso de ejecución y en el proceso voluntario”. Carnelutti (1944, pág. 211) sostiene, en cuanto al proceso de conocimiento, que el juez es quien decide sobre la pretensión discutida en el litigio; a quien corresponde “la satisfacción de la pretensión insatisfecha” en el proceso ejecutivo, y las funciones referentes al proceso voluntario.

Por consiguiente, podemos denotar que en el denominado juez de coactivas no confluyen las características necesarias para ser considerado juez: estas

son independencia e imparcialidad; toda vez que es a la misma institución que representa a la que se le adeuda el crédito y, por lo tanto, tiene total y legítimo interés en la ejecución del crédito. Ahora nos atañe conocer en qué consiste aquel procedimiento coactivo, lo cual será desarrollado en el capítulo siguiente.

## **CAPÍTULO III**

### **LA COACTIVA.-**

#### **3.1. Naturaleza Jurídica y Características de la Coactiva**

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004, pág. 493) indican que “la Administración (Pública) no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo (o ejecutivo) para hacerlas ejecutorias”. Ello se debe, según refiere Francisco Guerrero Celi (2004, pág. 17) al principio de autotutela del que goza la Administración Pública. Este principio, indica Guerrero (2004, pág. 17), es el que determina la “potestad de la Administración Pública (lato sensu) de exigir por sí misma la ejecución forzosa de los actos de ella emanados, sin recurrir a los órganos de la Función Judicial”. No en vano Juan Carlos Benalcázar (2013) en su artículo sobre “La Coactiva: ¿Juicio o procedimiento administrativo?” indica que: “las decisiones de la Administración Pública son ejecutoriadas por sí mismas, por propia autoridad, se presumen legítimas, obligan sin necesidad de auxilio judicial, y se pueden hacer cumplir de oficio” (párrafo 2). En otras palabras, la Administración Pública, conformada por las instituciones del Estado señaladas en el art. 225 de la C.R.E., está revestida de toda facultad para obligar a que se cumpla lo que ésta determine.

Manuel Sánchez Zuraty (2008, pág. 5) señala a la coactiva como aquella “potestad de diferentes organismos del Estado para cobrar acreencias directamente, sin necesidad de recurrir al Poder Judicial”. Así mismo, Miguel Bayona (2010, pág. 1) escribe que la coactiva busca “hacer efectiva las deudas sin la obligatoriedad de recurrir a la justicia ordinaria, que las personas naturales o jurídicas e inclusive las mismas instituciones públicas deban al Estado, por ciertas obligaciones”. El Código de Procedimiento Civil (C.P.C., 2005), en su art. 941, indica que “el procedimiento coactivo tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a

sus instituciones que por ley tienen este procedimiento”<sup>26</sup>. Entonces, podemos pensar en la coactiva como el mecanismo privilegiado del que goza la Administración Pública para forzar directamente a que una determinada obligación a su favor sea satisfecha íntegramente por el deudor, quien recibe el nombre de coactivado.

Bayona (2010, pág. 2) resalta que en la coactiva intervienen tan solo dos partes, un deudor y el Estado como acreedor. Nadie más.

Como vimos anteriormente, el acreedor puede ser cualquier sujeto de derecho; inclusive instituciones que conformen la Administración Pública. Por su parte, la institución acreedora, que necesariamente forma parte de la Administración Pública, debe estar investida de la potestad coactiva al amparo de una ley, conforme lo indica el anteriormente citado art. 941 del C.P.C. (2005). Lo cual nos hace pensar qué sucede con aquellas instituciones que no tienen ésta característica. La respuesta la encontramos en el art. 31, numeral 32 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (L.O.C.G.E., 2002), que determina como una de las funciones de ésta institución el ejercicio de la “coactiva para la recaudación de sus propios créditos; y, **de las instituciones y empresas que no tengan capacidad legal para ejercer la coactiva**”<sup>27</sup>. Es decir, la Contraloría General del Estado ejerce la coactiva a nombre de las instituciones que carecen de esta capacidad.

Sin embargo, para que las deudas sean exigibles vía coactiva, dice Guerrero (2004, pág. 20), deben ser “líquidas, determinadas y de plazo vencido”. Estos requisitos, también contenidos en el art. 948 del C.P.C. (2005), refieren a que el coactivado, para ser sometido a tal procedimiento, debe estar constituido en mora sobre una determinada obligación a favor del Estado; y que dicha obligación verse sobre una específica cantidad de dinero. Empero, el art. 949 (C.P.C., 2005) indica que “si lo que se debe no es cantidad líquida, se citará al

---

<sup>26</sup> Debemos notar que en Ecuador ésta facultad coactiva no está restringida para obligaciones tributarias en exclusiva, sino para toda deuda que se tenga para con las instituciones del Estado.

<sup>27</sup> El subrayado es propio.

deudor para que, dentro de veinticuatro horas, nombre un perito contador que practique la liquidación junto con el que designe el empleado recaudador”.

Miguel Bayona Triviño (2010, pág. 7), en referencia al proceso coactivo, lo identifica como “una especie de proceso ejecutivo abreviado”. Refiere de éste como “un mini juicio ejecutivo, que arranca con un auto de pago en la que el Juez ordena que el coactivado pague o dimita bienes para el embargo (...) para el cobro del capital, intereses y costas” (Bayona, 2010, pág. 7). Por consiguiente, si hacemos analogía entre la coactiva y el juicio ejecutivo, podemos tomar el texto de Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación interpuesto en el proceso seguido por LACAMSA S.A. contra BANCO PICHINCHA C.A. (2012), en el que se cita a Hernando Davis Echandía, quien considera que “ya no estamos ante dos partes que recíprocamente se disputan la razón (en referencia al proceso de conocimiento), sino ante una parte que quiere tener una cosa y otra que no quiere darla” (Visto 4.3). Es decir, tenemos a un coactivado que deliberadamente no ha pagado una determinada cantidad de dinero adeudado a la Administración Pública dentro del tiempo establecido.

Sin embargo, ¿es correcto denominarlo Juez al funcionario que se encarga del proceso coactivo? Para responder a ésta interrogante veamos, pues, las funciones que cumple el funcionario recaudador en ejercicio de las funciones coactivas

### **3.2. Funciones del Juez de Coactivas**

Previo a desarrollar sus funciones, es menester resaltar que los jueces de coactivas, conforme el art. 942 del C.P.C. (2005), de forma privativa son “los respectivos empleados recaudadores de las instituciones” adeudas y que gozan de tal facultad coactiva.

En general, Bayona (2010, pág. 8) indica que el Juez de Coactivas cumple funciones similares a las de un Juez de lo Civil dentro de un proceso ejecutivo; toda vez:

Ejerce una función de ejecución, mediante un auto de pago, ordena mediadas precautelatorias, retiene dineros, ordena embargos, nombra funcionarios en el proceso como son Secretario, Abogado – Impulsor, Alguacil, Depositario, Peritos, Administrador de los bienes embargados, etc., remata y adjudica los bienes del deudor – coactivado.

Conforme el art. 946 del C.P.C. (2005), “el empleado recaudador no podrá iniciar el procedimiento coactivo sino fundado en la orden de cobro, general o especial, legalmente transmitida por la autoridad correspondiente”. Es justo en éste punto donde las funciones del erróneamente denominado Juez de Coactivas inician. Es por ello que, el mismo art. 946 del C.P.C. (2005) indica que “esta orden de cobro lleva implícita para el empleado recaudador, la facultad de proceder al ejercicio de la coactiva”. Mas, el art. 945 del C.P.C. (2005) determina que tal orden de cobro deberá ir “aparejando el respectivo título de crédito<sup>28</sup> (...) que pruebe la existencia de la obligación”<sup>29</sup>.

Miguel Bayona Triviño (2010, pág. 7) expone que el procedimiento coactivo “arranca con un auto de pago”, también conocido como orden de pago. El auto de pago, cuyo fundamento se origina en la orden de cobro del funcionario recaudador, más el título de crédito, es aquel que contendrá la obligación para que “el deudor o fiador pague la deuda o dimita bienes dentro de tres días contados desde que se le hizo saber ésta resolución; apercibiéndole que, de no hacerlo, se embargarán bienes equivalentes a la deuda, intereses y costas” (Art. 951, C.P.C., 2005). Cabe destacar que “(...) para el embargo se preferirán bienes muebles a inmuebles” (Art. 951, C.P.C., 2005).

En general, las solemnidades sustanciales al procedimiento coactivo son:

---

<sup>28</sup> Se entiende por título de crédito “el que contiene de manera eficaz un derecho de crédito exigible a favor de determinada persona o de su poseedor y contra otra, concretada en todo caso” (Cabanellas, 2006, pág. 367).

<sup>29</sup> “Art. 945.- El procedimiento coactivo se ejercerá aparejando el respectivo título de crédito, que consistirá en títulos ejecutivos; catastros y cartas de pago legalmente emitidos; asientos de libros de contabilidad; y, en general, en cualquier instrumento público que pruebe la existencia de la obligación” (C.P.C., 2005).

1. La calidad de empleado recaudador en el que ejercita la coactiva;
2. La legitimidad de personería del deudor o fiador;
3. Aparejar la coactiva con el título de crédito y la orden de cobro;
4. Que la obligación sea líquida, determinada y de plazo vencido; y,
5. Citación al deudor o al garante, del auto de pago o del que ordena la liquidación, en su caso (Art. 966, C.P.C., 2005).

Sin perjuicio de que el procedimiento coactivo esté sujeto a las normas de su sección correspondiente dentro del C.P.C. comprendida entre los artículos 941 y 978, de forma supletoria la coactiva se regirá a:

(...) las reglas generales de este Código (de Procedimiento Civil), a las de la ley orgánica de cada institución, y a los estatutos y reglamentos de la misma, en el orden indicado y siempre que no haya contradicción con las leyes, en cuyo caso prevalecerán éstas (Art. 942, C.P.C., 2005).

Es por ello que, para la citación del auto de pago, el art. 952 del C.P.C. (2005) dispone que se la haga “en la forma que se indica en el trámite del juicio ejecutivo”. Esto es en el término de tres días, conforme el art. 421 (C.P.C., 2005). Pero no solo se aplicarán las disposiciones del Juicio Ejecutivo en la citación del procedimiento coactivo, sino también para “el embargo, avalúo y remate de bienes”, según el art. 955 (C.P.C., 2005). Sobre este aspecto, Manuel Sánchez Zuraty (2008, pág. 51) resalta que se lo “hará de manera razonable y ponderada, porque se trata de trámites diferentes”.

Con razón Bayona Triviño (2010, pág. 7) señala a la coactiva como un “mini juicio ejecutivo”; y es que ambos procedimientos cumplen un fin en común: hacer efectiva una obligación vencida. Y no solo su fin es similar, pues de lo estudiado en las líneas precedentes, ambos procedimiento presentan características en común en cuanto al mandato emitido al deudor para que cumpla con su obligación o señale los bienes con los que tal obligación será cumplida, así como el efecto jurídico en caso de negativa ante tal mandato: el embargo y posterior remate. La diferencia, claro está, es que en el Proceso Ejecutivo se debe recurrir a los órganos de la Función Judicial, esto es ante un tercero imparcial desprovisto de interés en la causa; mientras que en la coactiva, el funcionario que lo ordena pertenece a la institución cuyo interés en el pago de la deuda está latente.

A pesar de que el funcionario recaudador cumpla las funciones arriba indicadas, resulta imperioso subrayar el hecho de que todas ellas son propias de una ulterior potestad del juez en general, aquella de ejecutar lo juzgado. Es decir, cumpliría funciones de una fase ejecutiva. Tal condición marca el inicio en nuestra duda sobre si la coactiva es de naturaleza jurisdiccional y, por lo tanto, sobre la legitimidad de denominarle “Juez” al respectivo funcionario recaudador que se encarga de este procedimiento.

De lo hasta aquí revisado podemos ver que a diferencia de la jurisdicción, en la coactiva no interviene ningún tercero imparcial. Ningún oficial ajeno a la controversia, por así llamarla, declara la existencia de un derecho ni ordena el cumplimiento de otro previamente reconocido entre dos partes distintas a él. Es el mismo Estado quien decide cobrar lo que se le adeuda. Es por esto que, para Francisco Guerrero (2004, pág. 27), el Estado “en ejercicio de la jurisdicción coactiva (...) asume la calidad de juez y es además parte”.

Si las instituciones de la Administración Pública actúan por sí mismas en miras de sus propios intereses, y no recurren a un oficial ajeno a éstas para que garantice la tutela de sus derechos, como ya lo hemos visto, lo que estas instituciones realizan es una manifestación de sí mismas, de su voluntad. La indicada manifestación de su voluntad la evidenciamos desde el inicio del procedimiento coactivo. Francisco Guerrero Celi (2004, pág. 27) y nuestra Corte (Katiah Arce vs. Tribunal Distrital Contencioso Administrativo, 2009) refieren sobre el auto u orden de pago que son propios del derecho administrativo; que responden a actuaciones que recaen sobre un administrado en específico: el deudor. Y que, además, conllevan efectos directos, esto es el pago de lo adeudado. Por lo tanto, éste auto de pago no es sino un acto administrativo.

Así mismo, vale recordar que este procedimiento es ejercido, conforme el art. 942 del C.P.C. (2005), de forma privativa “por los respectivos empleados recaudadores de las instituciones” previstas con dicha facultad. El mismo art. 942 (C.P.C., 2005) indica que estos funcionarios recaudadores tienen la “calidad de Jueces Especiales, denominándoselos Jueces de Coactiva”. Aun

así, Francisco Guerrero (2004, pág. 27) sostiene que “los actos por medio de los cuales se materializa el procedimiento coactivo son de índole administrativa, ejecutados por funcionarios recaudadores, quienes no dictan sentencia”. Por tal razón, la Corte Constitucional refiere que los “empleados recaudadores (...) son funcionarios administrativos que deben aplicar las disposiciones de esa sección (de la Jurisdicción Coactiva –Sección 31 del Título II del Código de Procedimiento Civil) y, en su falta, las reglas generales del Código Procesal, incluso, las de la Ley Orgánica de la Institución y sus Estatutos y Reglamentos” (Katiah Arce vs. Tribunal Distrital Contencioso Administrativo, 2009). Aplicar Leyes Orgánicas, Estatutos o Reglamentos de otras instituciones que no sean propias de la función judicial implica no actuar dentro de las potestades jurisdiccionales, sino en ejercicio de facultades administrativas.

Entonces debemos pensar –y concluir- que la naturaleza de la coactiva no responde a una de tipo jurisdiccional; sino que se enmarca dentro de las actuaciones propias de la Administración Pública, es decir, dentro de una forma de emanación de su voluntad. Por ello, tampoco es acertado denominar a los funcionarios recaudadores como jueces, ya que, por su condición y sus actuaciones, simplemente no lo son. Y es por todo esto que la Corte Constitucional se ha pronunciado en razón de 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 lo juzgado. La coactiva, por último, no es otra cosa que una manifestación de la autotutela administrativa en una fase ejecutiva (Katiah Arce vs. Tribunal Distrital Contencioso Administrativo, 2009).

Toda vez que se ha dicho que el auto de pago con el cual se inicia el proceso coactivo es, en verdad, un acto administrativo, corresponde en el siguiente acápite desarrollar en breve en qué consiste el acto administrativo y qué consecuencias jurisdiccionales puede acarrear en el marco de las garantías constitucionales ante abusos por parte de la administración pública.

### **3.2.1. Acto administrativo**

Jaime Orlando Santofimio (2003, pág. 121) enmarca al acto administrativo o decisión administrativa dentro de una de las “formas de expresión jurídica institucional de las autoridades y los particulares con funciones administrativas”. Esto es una de las formas de actuación de la administración pública<sup>30</sup>. En éste contexto, considero suficientes las palabras de Leo Rosenberg (1955, pág. 47) al explicar en qué consiste la Administración Pública:

(...) es toda la restante actividad del Estado, fuera de la legislación y la justicia (en su estricto sentido); es la función del poder público al servicio de las tareas y fines generales del Estado para la satisfacción de los intereses y necesidades culturales de la comunidad.

Santofimio (2003, págs. 121-123), declara que el origen del acto administrativo lo encontramos en los efectos jurídicos que generó la Revolución Francesa: producto de la división de poderes, los revolucionarios burgueses buscaron institucionalizar una forma de actuación propia de la administración, evidentemente distinta a la judicial, pero con similares efectos para su cumplimiento. No obstante, expresiones como los “actos el Rey, actos de la Corona, actos del fisco” aludían a funciones semejantes (Santofimio, 2003, pág. 123). Lo cual nos hace pensar que el supuesto logro revolucionario se reduce a un simple cambio de denominación.

El mismo autor (Santofimio, 2003, pág. 131), indica que el acto administrativo es “toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendientes a la producción de efectos jurídicos”. Por su parte, Roberto Dromi (2004, pág. 263) entiende al acto administrativo como “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”. Éste criterio lo encontramos dentro del artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (E.R.J.A.F.E., 2002), norma principal en la materia.

---

<sup>30</sup> Las otras formas de actuación administrativa son: el hecho administrativo, el acto de simple administración, el acto normativo o el contrato administrativo.

En virtud del art. 68 del E.R.J.A.F.E. (2002), “los actos administrativos se presumen legítimos”, razón por la cual están llamados a ser cumplidos. Tal presunción de legitimidad comporta, en el decir de Roberto Dromi (2004, pág. 379), la “validez del acto administrativo, mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente. (...) también llamada presunción de legalidad”. A pesar de ello, para que el acto administrativo se revista de plena validez el art. 66 del E.R.J.A.F.E. (2002) ordena que “deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación”. Condición que también la encontramos presente en las normas correspondientes al procedimiento coactivo. Entonces, una vez que el administrado haya sido notificado, y por la presunción de legitimidad característica del acto administrativo, conforme el art. 124 E.R.J.A.F.E. (2002), “los actos de la Administración Pública serán ejecutivos (...). Se entiende por ejecutividad la obligación que tienen los administrados de cumplir lo dispuesto en el acto administrativo”.

Por lo hasta aquí visto, podemos anotar que el acto administrativo se caracteriza por:

1. Provenir en forma unilateral de una institución de la Administración Pública en ejercicio de sus facultades administrativas propias.
2. Contiene una manifestación de la voluntad de la Administración Pública.
3. Genera efectos jurídicos directos sobre determinado administrado, o su conjunto claramente identificado; es decir, efectos individuales.
4. Está dotado de la presunción de legalidad y, por tanto, es de carácter ejecutivo. Lo que deviene en su inmediato cumplimiento.

Por consiguiente, ya que la orden de pago con la que se inicia el procedimiento coactivo proviene exclusivamente desde la autoridad de una determinada institución que forma parte de la Administración Pública, orden que contiene el deseo o manifestación de que a la institución le sea satisfecha la deuda que se mantiene en su favor por parte de un determinado sujeto –administrado- y, por lo tanto, al sujeto administrado le genera directamente la obligación de pagar o

que dimita bienes para el pago de lo adeudado, considero que tal procedimiento coactivo es un acto administrativo.

Ahora bien, todo acto administrativo puede ser impugnado en sede administrativa o judicial -Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo-, siendo la primera opcional para el administrado que se sienta agraviado (art. 69, E.R.J.A.F.E., 2002).

En consecuencia, y retomando nuestro acometido de la coactiva, si el coactivado considera que la orden de pago le genera algún agravio ilegítimo, podrá proponer excepciones; mismas que, permitirán trasladar este procedimiento desde lo administrativo hacia lo Jurisdiccional (Sánchez Zuraty, 2008, pág. 47). Es por ello que el art 968 del C.P.C. (2005) señala que “serán admisibles las excepciones que se deduzcan en juicio coactivo”. Empero, el mismo artículo permite suspender la ejecución coactiva mediante “consignación de la cantidad a que asciende la deuda, sus intereses y costas, aún en el caso de que dichas excepciones propuestas versaren sobre falsificación de documentos o sobre prescripción de la acción” (Art. 968, C.P.C., 2005). Al respecto es menester advertir que dicha “consignación no significa pago” (Art. 968, C.P.C., 2005).

La antigua Corte Suprema de Justicia (Resolución Juicios de Excepciones a la Coactiva, 2004, pág. 10), mediante “resolución que tiene el carácter de obligatorio, mientras la ley no disponga lo contrario”, se ha pronunciado en razón de:

Que los juicios de excepciones a la coactiva (...) corresponde conocer a los jueces de lo civil, salvo los que procedan de resoluciones en firme de la Controría General del Estado, que compete a la jurisdicción contencioso-administrativa por disponerlo el Art. 7 del Decreto Supremo N° 611 de 21 de julio de 1975, promulgado en el Registro Oficial N°857 de 31 de los mismos mes y año, donde se establece un trámite especial, diferente del previsto en el Código de Procedimiento Civil, así como los expresamente determinados la ley (Resolución Juicios de Excepciones a la Coactiva, 2004, pág. 10).

Pero no solo se puede proponer excepciones dentro de un procedimiento coactivo, sino que, como menciona la Corte Constitucional (Katiah Arce vs.

Tribunal Distrital Contencioso Administrativo, 2009), “los actos de la autoridad que conoce tales procesos (coactivos) no se enmarcan en el concepto de decisiones jurisdiccionales, por tanto no están excluidos de la acción de amparo (acción de protección)”. Esta afirmación tiene su fundamento en el art. 88 de la C.R.E. (2008) que restringe a la acción de protección, entre otras, para “cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial (...)”. El mismo art. 88 (C.R.E., 2008) señala la finalidad buscada mediante la mencionada acción, esto es “el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Ya que el tema central que atañe a ésta disertación consiste en la violación al debido proceso cuando el erróneamente denominado juez de coactiva levanta el velo societario, en su momento el lector podrá notar en el capítulo siguiente la importancia que tiene la acción de protección antes indicada. Por consiguiente, el capítulo que sigue se encargará de descubrir cómo es que a aquel simple funcionario recaudador, quien debe cumplir funciones meramente administrativas, se le ha atribuido facultades tan delicadas que corresponden exclusivamente a la autoridad jurisdiccional.

## **CAPÍTULO IV.-**

### **PROBLEMAS QUE SURGEN DE LA APLICACIÓN DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO POR PARTE DEL JUEZ DE COACTIVAS.-**

Hasta aquí me he limitado en resumir la naturaleza jurídica de las compañías anónimas y de responsabilidad limitada, de la doctrina del levantamiento del velo societario y de la coactiva. Sobre estos tres aspectos del mundo jurídico, el lector podrá notar que constituyen presupuestos para el análisis central que ocupa a esta tesis.

Hemos visto que esos dos tipos societarios son personas jurídicas con personalidad propia: que son sujetos de derecho distintos de quienes la componen o actúan a través de ella y, por ende, titulares de un patrimonio exclusivo de ellas. En otras palabras, el Estado les ha reconocido legítimamente derechos. En cuanto a la doctrina del levantamiento del velo societario conocemos que es aplicable únicamente por orden judicial, mediando el debido proceso y como consecuencia del abuso de la persona jurídica por parte de sus accionistas, administradores o cualquier otra persona que, debidamente facultado, actúe en su nombre y representación. Por su parte, la coactiva no es sino un procedimiento administrativo que, al caso ecuatoriano, busca cobrar toda acreencia que se le deba a las instituciones del Estado. Este procedimiento, en virtud de los principios de autotutela y legitimidad de los que goza la Administración Pública y sus actos, respectivamente, permite a los funcionarios recaudadores de cada institución cobrar directamente tales acreencias sin la necesidad de acudir a un proceso declarativo previo.

El propósito de esta disertación, como lo he hecho notar oportunamente, no es cuestionar ni el reconocimiento de aquellas compañías como sujetos de derecho distintos de quienes la componen, ni lo oportuno de levantar el velo

societario cuando hay abuso de la persona jurídica. Mucho menos se discute la necesidad del procedimiento coactivo.

Lo que el presente texto critica son dos aspectos, uno presupuesto de otro: primero, que en ocasión del proceso coactivo, a aquellos funcionarios recaudadores que se encarga del mismo se les denomine jueces; y, segundo, que los mencionados funcionarios puedan aplicar el levantamiento del velo societario. El ordenamiento jurídico ecuatoriano, que en ocasiones luce tan basto y amplio, nos presenta ciertas contradicciones entre sí y entre éste con la doctrina del Derecho. Una de éstas contradicciones, como ya lo hemos visto, es que a un funcionario recaudador, quien está llamado a cumplir únicamente funciones administrativas, se le denomine “Juez”. Además, producto de tal equívoca denominación, normativamente se le atribuya ciertas facultades que, por su naturaleza, deban estar reservadas con exclusividad para aquellos que están investidos de verdadera jurisdicción.

En éste contexto, al amparo de varias normas positivas, se ha facultado al funcionario coactivo a levantar el velo societario. En otras palabras, se le permite a un funcionario administrativo decidir sobre el derecho, reconocido previamente por el Estado en favor de las personas jurídicas (que para efectos de ésta disertación, y de forma más concreta, en relación a las compañías anónimas y de responsabilidad limitada), a gozar de un patrimonio exclusivo de ellas. O sea, le ha sido permitido al funcionario en cuestión tener autoridad jurisdiccional.

Así, encontramos que el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales (L.O.D.D.L., 2012), la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Financiera (L.O.C.C.F, 2014) y el artículo 40 de la Ley General de Seguros (L.G.S., 2006), modificada e incorporada como el Libro III por el Código Orgánico Monetario y Financiero (C.O.M.F., 2014), facultan al funcionario coactivo a levantar el velo societario conforme el siguiente detalle:

- ❖ Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales (L.O.D.D.L., 2012).-

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 sólo 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 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 (...).**<sup>31</sup>

❖ Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Financiera (L.O.C.C.F, 2014).-

**Art. 1.- Terminación de los contratos de fideicomiso y registro de bienes.- Los fideicomisos constituidos por las instituciones financieras extintas, sus compañías domiciliadas en el extranjero, empresas vinculadas o por compañías deudoras inactivas,** cuyos activos debieron ser transferidos al Banco Central del Ecuador en virtud de la resolución de la Junta Bancaria No. JB-2009-1427 (RO 51 de 21 de octubre de 2009), así como aquellos fideicomisos que contengan bienes que fueron entregados en dación en pago al Banco Central del Ecuador se terminarán de pleno derecho (...).<sup>32</sup>

DISPOSICIONES GENERALES.- (...)

Segunda: El efecto de la extinción de las acreencias previsto en el artículo 11 de esta Ley, **no releva del pago de sus obligaciones por concepto de déficit patrimonial a los ex accionistas** que representaban el 6% o más del capital accionario de cada una de las instituciones financieras extintas, **sus ex representantes legales y ex principales administradores**, en los términos previstos en el artículo 8 de la Ley Reformatoria a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiera y a la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributaria Financiera, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 659, de 12 de marzo de 2012.<sup>33</sup>

❖ Ley General de Seguros (L.G.S., 2006).-

**Art. 40.- (...)** Las multas impuestas a la compañía<sup>34</sup> (por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros), su **representante legal, administradores, directores, empleados o funcionarios, se harán**

---

<sup>31</sup> El resaltado es propio.

<sup>32</sup> El resaltado es propio.

<sup>33</sup> El resaltado es propio.

<sup>34</sup> En concordancia con el Art. 1 del mismo cuerpo normativo (L.G.S., 2006), se entendería que tales compañías son las que que “integran el sistema de seguro privado”, criterio que deberá entenderse para el resto de normas citadas que se encuentran en el Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero (Ley General de Seguros).

**efectivas mediante títulos que podrán cobrarse a través de la jurisdicción coactiva o por cualquier otro medio.**<sup>35</sup>

**Art. 60.- (...)**

A partir de la liquidación (forzosa de una entidad controlada), se consideran de plazo vencido y son exigibles las operaciones activas con personas vinculadas<sup>36</sup> a la entidad, sin necesidad de requerimiento. **En caso de falta de pago, el liquidador cobrará la obligación mediante coactiva, pudiendo sujetarse a los principios y procedimientos de la Ley de Defensa de los Derechos Laborales**”<sup>37</sup>.

**Art. 64.- (...)** Con la finalidad de concluir los procesos de liquidación (voluntarios y forzosos), el Superintendente (de Compañías, Valores y Seguros) de acuerdo con las normas que dicte la Junta podrá autorizar o disponer que los activos y pasivos de entidades que se encuentren en liquidación, sean aportados temporal o irrevocablemente a un fideicomiso de modo que puedan ser administrados conjuntamente los activos y pasivos provenientes de dichas entidades, con el encargo de cumplir con el pago de obligaciones en la medida que se realicen los activos. **La Superintendencia continuará ejerciendo la jurisdicción coactiva por cuenta del fideicomiso**, a fin de que lo que se recaude le sea entregado a para cumplir con aquellas obligaciones.<sup>38</sup>

**Art. ....- Los representantes legales o convencionales, vocales del directorio, administradores, y accionistas con 12% o más de participación en el capital, o que ejerzan influencia significativa en la administración, serán responsables personal y pecuniariamente por el déficit que se determine para cubrir los pasivos de la entidad en liquidación. Para el cobro de esta obligación, el Superintendente (de Compañías, Valores y Seguros) podrá hacerlo mediante coactiva**, previa resolución debidamente motivada cuya impugnación no suspenderá la orden de cobro.<sup>39</sup>

❖ Código Orgánico Monetario y Financiero (C.O.M.F., 2014).-

**Art. 267.-** Forma de aplicación de las sanciones. Las multas impuestas a las entidades financieras, una vez en firme, se harán efectivas mediante débitos de las cuentas que posean las entidades financieras en el Banco Central del Ecuador.

---

<sup>35</sup> “Art. 40.- (...) La imposición de las sanciones dispuestas en ésta Ley, es independiente de cualquier otra sanción que se pudiera aplicar por actos violatorios de otras disposiciones y no limitan la aplicación de las sanciones civiles o penales que correspondan de conformidad con la ley” (L.G.S., 2006). El resaltado es propio.

<sup>36</sup> Por personas vinculadas, conforme el art. 215 del C.O.M.F. (2014), aquellas personas naturales o jurídicas que forman parte de la administración de la entidad o sus propietarios.

<sup>37</sup> El resaltado es propio.

<sup>38</sup> El resaltado es propio.

<sup>39</sup> Seguido del Art. 65 de la L.G.S. El resaltado es propio.

En caso de no poder efectuar el débito señalado en el inciso precedente, el organismo de control emitirá el título de crédito correspondiente, que **podrá ser cobrado administrativamente por vía coactiva** o por vía judicial.

**Las multas impuestas a los administradores, funcionarios o empleados de una entidad financiera se harán efectivas mediante títulos que podrán cobrarse a través de la jurisdicción coactiva** o por cualquier otro medio.<sup>40</sup>

DISPOSICIONES TRANSITORIAS (...)

Trigésima sexta.- Jurisdicción coactiva: (...)

**Los procesos coactivos se iniciarán contra los accionistas que representaban el seis por ciento (6%) o más del capital accionario al momento de someterse la institución financiera al proceso de restructuración, saneamiento o liquidación forzosa, así como contra el principal administrador y representante legal.**

La Superintendencia de Bancos determinará las calidades referidas en el inciso anterior, y **podrá dictar medidas cautelares reales, dentro de la coactiva, sobre los bienes que de público conocimiento son de propiedad de aquellos accionistas, administradores o representante legal**, en su caso. (...)

En el caso de que las entidades de control determinaren responsabilidades de administradores temporales y liquidadores, otórgase la misma jurisdicción coactiva a la Superintendencia de Bancos para que ejerza en contra de dichos funcionarios.<sup>41</sup>

Como el lector podrá notar, no solo la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales le permite al “Juez de coactivas” levantar el velo societario y seguir contra los propietarios de compañías, sino que también las demás normas antes citadas textualmente permiten extender también la responsabilidad hasta los administradores y representantes legales de las compañías, principalmente de compañías que forman o formaron parte del Sistema Financiero o del Sistema de Seguros Privados, por medio del procedimiento coactivo. Es decir, para estos últimos casos, el funcionario recaudador podrá valerse de dichas normas y, además, del artículo primero de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales y levantar el velo societario de compañías trasladando la responsabilidad por las obligaciones

---

<sup>40</sup> El resaltado es propio.

<sup>41</sup> El resaltado es propio.

contraídas por las compañías hacia sus representantes legales, administradores o liquidadores, según corresponda.

#### **4.1. Funcionario con jurisdicción coactiva: juez y parte**

Como ya hemos visto, “el procedimiento coactivo tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a sus instituciones” (Art. 941, C.P.C., 2005). Éste procedimiento, conforme el art. 942 (C.P.C., 2005) se encuentra a cargo de “los respectivos empleados recaudadores de las instituciones indicadas”. Así, el cobro coactivo se inicia con la respectiva orden de pago por parte de los respectivos funcionarios recaudadores, “quienes, a no dudarlo, son funcionarios administrativos” (Katiah Arce vs. Tribunal Distrital Contencioso Administrativo, 2009), pues pertenecen a las instituciones de la Administración Pública.

Sin embargo, el art. 942 del C.P.C. (2005) determina que “los servidores o servidoras recaudadores (...) tendrán la calidad de Jueces Especiales, denominándose los Jueces de Coactiva”. Con ésta disposición del art. 942, el C.P.C. pasa por alto el requisito de independencia que debe caracterizar al juez con respecto de los otros poderes o funciones del Estado (Calamandrei, 1962, págs. 40-41). Dicho requisito, conforme el decir de Francesco Carnelutti (1944, pág. 211), permite al juez decidir sobre la pretensión discutida en el litigio de un proceso de conocimiento, la satisfacción de la pretensión insatisfecha en el proceso ejecutivo, y las funciones referentes al proceso voluntario.

Ahora bien, dentro de estos procesos de conocimientos, encontramos la *acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica*, introducida por el art. 17 de la Ley de Compañías (1999) y desarrollada desde el art. 412-F del Código de Procedimiento Civil (2005). Tal acción judicial pretende, según Carmen Boldó Roda, citada por Pablo Ortiz García (2003, pág. 575), “prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas y los bienes que se amparan bajo su cobertura”. En otras

palabras, se busca desplazar la responsabilidad por las obligaciones contraídas a nombre de la persona jurídica hacia los accionistas o administradores quienes, de forma ilegítima, contrajeron tales obligaciones en beneficio propio y en perjuicio de la persona jurídica.

La Corte y la doctrina entienden que tal accionar ha sido ilegítimo cuando se ha procedido con abuso de la persona jurídica (Diners Club S.A. vs. Chupamar S.A., 2001). Sobre esto, Juan Trujillo Espinel (2011, pág. 63) nos introduce en las tres grandes categorías que Serick agrupa a este abuso de la persona jurídica: “fraude a la ley, la violación de obligaciones contractuales y el perjuicio fraudulento a terceros”. En consecuencia, esta *acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica* tiene como propósito determinar si en verdad existió o no el abuso de la persona jurídica; y, de encontrarse tal abuso, proceder al levantamiento del velo societario. Es por esto que la doctrina referida es de carácter excepcional y deberá ser ordenada por quien responda a la naturaleza de un Juez (Andrade Ubidia, 2009, pág. 7).

Ahora bien, en el marco de los cobros coactivos, encontramos que el funcionario coactivo ha sido revestido de la facultad para determinar que la responsabilidad por las obligaciones de una compañía sea imputables a sus propietarios, a sus administradores o a sus representantes legales. Con ésta potestad, el mencionado funcionario podrá pasar por alto el derecho de la persona jurídica a gozar de un patrimonio propio y exclusivo de ella, que no podrá ser confundido con el de quienes la conforman. En otras palabras, le está facultado levantar el velo societario.

Como ya vimos al inicio del presente capítulo, existen algunas normas que otorgan tal facultad al funcionario coactivo; las más relevantes las transcribo nuevamente:

- a) El art. 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales (2012):

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 sólo 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 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**<sup>42</sup>.

- b) Los arts. 40 y 60 de la Ley General de Seguros, actual Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero (2014):

**Art. 40.-** (...) Las multas impuestas a la compañía<sup>43</sup> (por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros), su **representante legal, administradores, directores, empleados o funcionarios, se harán efectivas mediante títulos que podrán cobrarse a través de la jurisdicción coactiva** o por cualquier otro medio.<sup>44</sup>

**Art. 60.-** (...)

A partir de la liquidación (forzosa de una entidad controlada), se consideran de plazo vencido y son exigibles las operaciones activas con personas vinculadas a la entidad, sin necesidad de requerimiento. **En caso de falta de pago, el liquidador cobrará la obligación mediante coactiva, pudiendo sujetarse a los principios y procedimientos de la Ley de Defensa de los Derechos Laborales**".<sup>45</sup>

- c) El art. 1 y la Disposición General Segunda de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Financiera (L.O.C.C.F, 2014):

**Art. 1.-** Terminación de los contratos de fideicomiso y registro de bienes.- **Los fideicomisos constituidos por las instituciones financieras extintas, sus compañías domiciliadas en el extranjero, empresas vinculadas** o por compañías deudoras inactivas, cuyos activos debieron ser transferidos al Banco Central del Ecuador en virtud de la resolución de la Junta Bancaria No. JB-2009-1427 (RO 51 de 21 de octubre de 2009), así como aquellos fideicomisos que contengan bienes que fueron entregados en dación en pago al Banco Central del Ecuador **se terminarán de pleno derecho** (...).<sup>46</sup>

DISPOSICIONES GENERALES.- (...)

---

<sup>42</sup> El resaltado es propio.

<sup>43</sup> Las que que "integran el sistema de seguro privado".

<sup>44</sup> El resaltado es propio.

<sup>45</sup> El resaltado es propio.

<sup>46</sup> El resaltado es propio.

Segunda: El efecto de la extinción de las acreencias previsto en el artículo 11 de esta Ley, **no releva del pago de sus obligaciones por concepto de déficit patrimonial a los ex accionistas que representaban el 6% o más del capital accionario de cada una de las instituciones financieras extintas, sus ex representantes legales y ex principales administradores**, en los términos previstos en el artículo 8 de la Ley Reformatoria a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiera y a la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributaria Financiera, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 659, de 12 de marzo de 2012.<sup>47</sup>

Lo que éstas normas nos propone es que al “Juez de Coactivas”, es decir, un funcionario administrativo recaudador, quien tienen facultades coactivas, le está facultado aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario sobre una persona jurídica que mantiene una acreencia vencida en favor de la Institución de la Administración Pública, institución a la que pertenece el mencionado funcionario. En ocasión a esta facultad, Santiago Andrade Ubidia (Andrade Ubidia, 2009, pág. 15) sostiene que:

La autoridad administrativa no la puede aplicar, ya se trata de dejar sin efecto la ficción legal de la persona jurídica y el privilegio de la limitación de la responsabilidad, o sea, de privar de un derecho por considerarse que se lo ha mal empleado en burla de la ley o en abuso del derecho, materia que pertenece al ámbito exclusivo y excluyente del poder judicial.

Por consiguiente, al levantar el velo societario, este funcionario administrativo ejercería las facultades de las que está dotado un Juez, quien se entiende es un tercero imparcial dentro de una controversia. Y, ya que el funcionario representa a la Institución adeudada, en aplicación de la doctrina referida, la parte que reclama un derecho (la Institución pública) se convierte también en juez. Éste supuesto nos pone ante la circunstancia de que un empleado administrativo tiene la calidad de juez, rompiendo, además, el principio de separación de poderes entre la justicia y la administración:

Las autoridades administrativas defienden los intereses unilaterales del Estado, por lo que dependen del gobierno en ejercicio y están obligadas a seguir sus instrucciones; mientras que los tribunales, como guardianes del ordenamiento jurídico y de la justicia objetiva deben mantenerse libres de la influencia de los titulares del poder y de las concepciones políticas vigentes (Rosenberg, 1955, pág. 49).

---

<sup>47</sup> El resaltado es propio.

Entonces, como lo he mostrado a lo largo de ésta disertación, al ser levantado el velo societario de una compañía por parte de un funcionario coactivo, nos encontramos ante lo que responde a la naturaleza de un acto administrativo en el que se restringe y suprime derechos. Lo cual, a su vez, es la hipótesis que contempla el art. 31 de del Código Orgánico de la Función Judicial (2009)<sup>48</sup> referente a la impugnación en sede judicial de los actos administrativos. La consecuencia directa de ello es la acción de protección contenida en el art. 88 de la C.R.E. (2008), misma que “podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial”.

El hecho de que al acreedor no satisfecho –institución del sector público con facultades coactivas- se le permita “hacer justicia por mano propia”, mediante la facilidad de que éste levante el velo societario de las compañías que le adeudan, provoca que se vulnere el derecho al Juez Natural, reconocido en el art. 76.7.K de la C.R.E. (2008): “Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente”.

## **4.2. Violación del derecho al juez natural**

Mediante un simple ejercicio mental, podemos inferir que existe una violación del derecho al juez natural cuando determinada persona no es sometida, dentro de un proceso jurisdiccional, ante un juez “independiente, imparcial y competente”, derecho que lo encontramos consagrado en el art. 76.7.K de la C.R.E. (2008). Repasemos una vez más las razones por las cuales este “juez de coactivas” no es ni independiente ni imparcial, por lo que no debe ser

---

<sup>48</sup> Art. 31.- PRINCIPIO DE IMPUGNABILIDAD EN SEDE JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.- Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional (C.O.F.J., 2009).

considerado como Juez; muchísimo menos es competente para levantar el velo societario dentro de un proceso coactivo.

David Vallespín Pérez (2002, pág. 71), citando a Antonio Agúndez, indica respecto del Juez que “ha de gozar de independencia judicial, a fin de que pueda ejercer su función sin temor ni favor, protegido de toda injerencia extraña”. Al hablar de los funcionarios con jurisdicción coactiva “se trata de empleados de la administración pública” (Katiah Arce vs. Tribunal Distrital Contencioso Administrativo, 2009): son “funcionarios administrativos”, quienes deben responder a los intereses de la institución a la que pertenecen, así como también están obligados a obedecer a sus autoridades jerárquicas superiores. En otras palabras, el funcionario coactivo carece de independencia porque siempre está sometido a las órdenes de sus superiores y no tiene imparcialidad toda vez que mantiene los mismos intereses de la institución a la que pertenece, es decir, que se le pague lo adeudado. Por ello, la Corte indica que tales funcionarios “carecen de la necesaria imparcialidad (e independencia) de la que deben estar investidos quienes administran justicia y tienen la calidad de jueces” (Katiah Arce vs. Tribunal Distrital Contencioso Administrativo, 2009). Imparcialidad que constituye la “manifestación más importante de su idoneidad” (Vallespín, 2002, pág. 71).

Además, el funcionario con jurisdicción coactiva no puede ser nunca competente, pues la competencia la tienen quienes en verdad son jueces; toda vez que ésta “es la medida dentro de la cual la referida potestad (de jurisdicción) está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados” (Art. 1, C.P.C., 2005)<sup>49</sup>. Entonces, si decimos que el funcionario con facultades coactivas no es un Juez, como ya lo habíamos visto, también podemos afirmar que no es competente para proceder a levantar el velo societario, aun cuando el art. 1 de la L.O.D.D.L. (2012) así lo faculte.

Decimos que no debe levantar el velo societario porque al hacerlo, implica “dejar sin efecto la ficción legal de la persona jurídica y el privilegio de la

---

<sup>49</sup> Su distribución, conforme el mismo art. 1 del C.P.C. (2005), se la hace en “razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados”.

limitación de la responsabilidad, o sea, de privar de un derecho” (Andrade Ubidia, 2009, pág. 15). Lo cual, según la Suprema Corte de Justicia de México, citada por José Ovalle Favela (1996, pág. 66) le es exclusivo al “Poder Judicial privar a las personas de sus posesiones, previo el juicio correspondiente y con entera sujeción a las leyes”. Es por ello que las autoridades administrativas (...) no podían realizar por sí mismas actos de privación de posesiones o derechos (Ovalle Favela, 1996, pág. 66). Incluso, si hacemos un estudio global de nuestro ordenamiento jurídico, el art. 17 de la Ley de Compañías (1999) señala que ésta facultad para conocer sobre la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica le corresponde a un juez de lo civil y mercantil, no a un funcionario coactivo que está lejos de ser un Juez.

Por tanto, ya que este presunto “juez de coactivas” carece de independencia, imparcialidad y competencia, estamos frente al incumplimiento del derecho al juez natural. Incumplir con este derecho implica la vulneración en el debido proceso, puesto que el referido principio del juez natural constituye uno de los más importantes principios que informan al mencionado debido proceso (LACAMSA S.A. vs. BANCO PICHINCHA C.A., 2012). Pero tal vulneración en el debido proceso no sólo se da por la falta del juez natural, sino que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999) en criterio vertido en su Opinión Consultiva 16/99, señala que para la existencia del debido proceso, es indispensable “que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”. Por lo visto anteriormente, en el caso del levantamiento del velo societario por parte del juez de coactivas, dentro de un proceso coactivo, no es que un tercero imparcial lo efectúa, sino el mismo interesado en la causa – ¡juez y parte!-. Por consiguiente, nos encontramos frente, a más, frente a una violación a la igualdad procesal; que, al igual que la vulneración al juez natural, también vulnera el debido proceso.

Tanto la vulneración del juez natural, como la desigualdad procesal, provoca que el justiciable –entiéndase como compañía coactivada- se encuentre en indefensión ante las facultades extremadamente amplias de las que goza el funcionario coactivo. En consecuencia, vulnerar el debido proceso, supone

afectar el derecho de defensa, en virtud de que “el debido proceso es la institucionalización del derecho de defensa” (LACAMSA S.A. vs. BANCO PICHINCHA C.A., 2012). Es decir, el derecho de defensa, que se efectiviza mediante el debido proceso, deja de ser respetado cuando el funcionario coactivo ordena el levantamiento del velo societario.

Ante las vulneraciones arriba expuestas de los derechos constitucionalmente reconocidos, el afectado puede interponer acción de protección. Y debe ser aceptada dicha acción de protección pues, estamos frente actuaciones que tienen su génesis en actos administrativos, nacidos de funcionarios administrativos en ejercicio de sus funciones administrativas, quienes, al levantar el velo societario, pretenden conocer sobre derechos reconocidos previamente. Es entonces que se cumple el requisito expuesto en el art. 88 de nuestra Carta Magna (C.R.E., 2008): la existencia de “una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial”.

## **CONCLUSIONES.-**

A lo largo del presente trabajo se ha evidenciado la impertinencia jurídica de que aquel que erróneamente es denominado juez de coactivas (funcionario recaudador) aplique la doctrina del levantamiento del velo societario. Para tal propósito, se debió dar un primer paso hacia la exposición doctrinaria de la persona jurídica –con especial atención en los tipos societarios de las compañías anónimas y de responsabilidad limitada. A continuación, se evidenció los fundamentos, causales y procedimientos que se deben observar para que el juez proceda a levantar el velo societario. El estudio continúa con la determinación de la coactiva: su naturaleza jurídica y diferenciación con respecto del proceso jurisdiccional. Para finalizar se vislumbraron los derechos y principios que sufren menoscabo si el funcionario recaudador decidiera extender los supuestos de responsabilidad desde la compañía hacia sus socios, administradores o representantes legales.

En el inicio de ésta disertación se evidenció como punto de partida para la actuación del derecho a la existencia de las relaciones jurídicas. Éstas, a su vez, se originan por la interacción entre los sujetos de derecho. Uno de ellos es la persona jurídica, que consiste en la unión de personas y/o capitales para un fin concreto. Entre otras, la persona jurídica puede ser una compañía mercantil. Su principal característica es que sus socios unen determinados capitales para emprender en un(os) determinado(s) negocio(s) y repartirse los beneficios económicos que se generen. A ello se lo conoce como el lucro. Dos de los tipos de personas jurídicas con fines de lucro más comunes en el mundo son las compañías anónimas y de responsabilidad limitada.

Sobre estos dos tipos societarios, y la persona jurídica en general, también quedó claro que el Derecho la reconoce como un ente que posee personalidad jurídica por sí misma –reconocida a partir de su respectiva inscripción. Como consecuencia del reconocimiento de su personalidad jurídica, le son reconocidos ciertos atributos propios de su naturaleza, los cuales son: nombre, nacionalidad, domicilio, capacidad, autonomía y patrimonio.

El nombre o razón social que les asiste, les permite ser identificadas de entre todo el conjunto de ellas; su nacionalidad y domicilio determinan las leyes bajo las cuales surgen y se rigen; su capacidad le permiten ser actor en las relaciones jurídicas, empero por medio de un representante legal; mientras que su autonomía implica que tal actuación es propia de la persona jurídica y no es imputable ni a quienes la conforman ni a quienes la representa.

Efecto de su autonomía o hermetismo, la persona jurídica es titular de un patrimonio que le es exclusivo de ella, y que surge a partir de los aportes sociales que han sido dados por los respectivos socios. Al referido patrimonio se lo califica como autónomo respecto de otros sujetos de derecho que no sea esa persona jurídica a la que le pertenece. Entonces, un patrimonio autónomo supone la no confusión entre el patrimonio de la compañía y los patrimonios de quienes se han juntado para constituir la o de quienes dirigen su marcha. Además, respecto del mencionado patrimonio de los dos tipos societarios objeto del presente estudio existe el beneficio de la responsabilidad limitada para quienes se asocian. Éste último supone que los socios son responsables hasta por el monto de sus aportes sociales. Es decir, informa que si los derechos y obligaciones son propios de la persona jurídica, no se los puede extender hacia los sujetos de derecho que la conformaron; ni hacia aquellos que la administran o la representan.

Sobre el mencionado patrimonio, se vislumbró que no solo implica la titularidad de derechos y obligaciones, sino que también consiste en la aptitud para ejercerlos y adquirirlas, respectivamente. Entre los principales derechos del patrimonio autónomo de aquellas compañías figuran, pero sin limitarse, que su autonomía o hermetismo sea respetada y que en el momento en que cualquiera de sus derechos sea sometido a la decisión de una autoridad, tal decisión debe ser adoptada mediando el debido proceso. En contraposición, de entre sus principales obligaciones, se desprende que la persona jurídica debe actuar conforme a derecho; entendiéndose que de no hacerlo, se expone a las correspondientes consecuencias.

Sin duda alguna aquel beneficio de la responsabilidad limitada del que gozan los socios o accionistas de las compañías ha sido de vital importancia para el desarrollo económico en las sociedades. El mismo permite la realización de negocios de mayor envergadura y volumen; toda vez que incentiva al inversionista en cuanto arriesga sólo una parte de su patrimonio, reduce riesgos que no está dispuesto a asumirlos y promueve la generación de riqueza.

A pesar de que las legislaciones en general brindan (en mayor o menor medida) al empresario varios beneficios para invertir, vemos que un porcentaje de ellos sobrepasa los límites al asociarse. Unos cuantos de ellos pretenden obtener ilegítima e ilícitamente beneficios para sí mismos, aparentando que lo son en beneficio del patrimonio autónomo de las compañías. Se ha expuesto que, para lograr tales beneficios ilícitos e ilegítimos, los socios o administradores hacen que sean las compañías quienes actúen arriesgando exclusivamente el patrimonio de éstas últimas y no el de ellos. Así, tales actuaciones se pueden dar cuando a las compañías se las usa para defraudar a la ley, defraudar contractualmente o defraudar a terceros. Lo que se enmarca dentro del abuso de la persona jurídica.

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

Durante el segundo capítulo de ésta disertación se evidenció que tal abuso de la persona jurídica es utilizado para eludir ciertas responsabilidades; mismas que se espera sean asumidas por las compañías y, de no poder satisfacerlas, dejar en el aire so pretexto del beneficio de la responsabilidad limitada del que

gozan sus socios o accionistas. Lo cual significa que los socios o accionistas, e incluso los administradores o representantes legales de las compañías, hacen actuar a estas últimas en forma contraria a derecho. Incumpliendo así una de sus principales obligaciones al constituirla.

En respuesta al abuso de la persona jurídica, y para evitar que siga sucediendo, la jurisprudencia y la doctrina han optado por una solución en extremo excepcional: la doctrina del levantamiento del velo societario.

Como oportunamente se hizo notar, ésta doctrina tiene su fundamento en el ulterior fin del Derecho: la justicia. Implica que la forma societaria es dejada sin efecto y, con ella, el hermetismo de la persona jurídica. Lo que, a su vez, supone que la responsabilidad de la compañía por las obligaciones a su nombre adquiridas, siempre y cuando lo hayan sido con abuso de la persona jurídica, serán trasladada hacia sus socios o accionistas, sus administradores o representantes legales.

Entre las principales características de la doctrina en mención, resalta la necesidad de un examen de realidad, la orden judicial para aplicarla y su efecto es la extinción de la responsabilidad limitada. Como bien quedo anotado, su aplicación requiere de causales, mismas que deben ser estudiadas para determinar su real existencia. Es por ello que se reviste de excepcionalidad su aplicación. Pero en el presente estudio se advierte que no cualquier persona puede decidir sobre su aplicación, sino aquel oficial a quien se le confía el futuro de los derechos reconocidos a los sujetos de derecho: el Juez. Ya que el efecto que se produce al aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario es suspender un derecho previamente reconocido, y que únicamente le corresponde al Juez tal acometido, es que necesariamente se la puede aplicar mediando la correspondiente orden jurisdiccional.

En consecuencia, la doctrina del levantamiento del velo societario supone que las obligaciones de la compañía no solo serán satisfechas con su solo patrimonio, sino también con los patrimonios de los socios y de los

administradores o representantes legales que han actuado contrario a derecho, conforme determine el Juez.

Sin embargo, es imperioso advertir que se aclaró que aquel juez debe contar con todas las características del oficial encargado de impartir justicia: un tercero imparcial; un oficial investido de jurisdicción, cuyo único interés en la causa es la consecución de la justicia y que bajo ningún concepto puede o debe ser una de las partes que intervienen en la causa; así como la correcta observancia de las normas jurídicas.

Hemos visto que ésta doctrina se encuentra recogida en la legislación ecuatoriana. Sin embargo, la condición de que sea un juez quien aplique la doctrina en cuestión no se cumple a satisfacción. Por un lado el reformado art. 17 de la Ley de Compañías (1999) acertadamente ordena que sea el juez de lo civil y mercantil quien deba conocer sobre ésta “acción de inoponibilidad de la persona jurídica” y que lo ordene mediante la respectiva providencia. Por otro lado, el mismo artículo deja abierta la puerta para que la ley expresamente señale excepciones a ésta regla. Así encontramos que el funcionario recaudador de la coactiva también lo puede aplicar sin juicio previo. Toda vez que el principal propósito del presente estudio es dejar constancia que el erróneamente denominado juez de coactivas no debería aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario, a lo largo del tercer capítulo analicé la naturaleza jurídica de la coactiva.

Se dejó constancia que la coactiva pretende ser un mecanismo rápido mediante el cual la Administración Pública cobra lo que se le adeuda. En ese contexto, vemos que en nuestra legislación la coactiva no se limita al cobro de tributos, sino de toda deuda por cualquier concepto. Así, por su intermedio, la institución acreedora no se ve obligada a pasar ante los tribunales para que sus acreencias en mora les sean satisfechas, sino que directamente y sin intermedio de nadie las cobra.

Como lo determina el Código de Procedimiento Civil, el ejercicio del procedimiento coactivo es exclusivo de los funcionarios recaudadores de las

instituciones acreedoras (o su delegado). Al respecto de ellos, se constató que son funcionarios administrativos (y no jueces), pues son empleados de las instituciones acreedoras, quienes carecen de verdadera jurisdicción, quienes no necesariamente tienen conocimientos en derecho, pero sí tienen interés en que la deuda sea satisfecha y quienes conforman una de las partes directamente involucradas en la causa: la parte acreedora. Por lo tanto ni son jueces, ni son un tercero imparcial.

A pesar de ello, el legislador equivocadamente los ha denominado jueces de coactivas y, al procedimiento que efectúan lo conoce como jurisdicción coactiva. Éste procedimiento es absolutamente distante de aquellos con carácter jurisdiccional. Ya que se aclaró que no son jueces, también se aclara que no ejercen jurisdicción. Pues ésta última privativamente es ejercida por aquellos oficiales reconocidos por el ordenamiento jurídico y que cumplen con las características de ser un tercero imparcial que resuelve una controversia y ser ajenos a los sujetos activos y pasivos en el proceso jurisdiccional.

Se advirtió que los actos por medio de los cuales estos funcionarios recaudadores ejercen la coactiva son administrativos por su naturaleza. Éste procedimiento se activa con una orden de pago –a la cual se adjunta el título de crédito que se reviste con carácter de título ejecutivo. La mencionada orden de pago pretende que el coactivado pague o dimita bienes para el pago. Además, es emitida y ejercida por el funcionario recaudador (o su delegado) y, a toda luz, es una forma de expresión de la voluntad de la Administración Pública sobre un administrado en concreto. Hemos notado, pues, que dicha expresión de la voluntad genera efectos jurídicos directos sobre el administrado en cuestión: pagar lo adeudado. Razón por la cual es un acto administrativo.

De igual forma se constató que las posteriores actuaciones que se efectúen en el procedimiento coactivo, son actos que contienen la voluntad de una institución de la Administración Pública; emitidos por funcionarios administrativos en ejercicio de funciones administrativas; y que, por producir efectos jurídicos directos sobre un determinado administrado (el coactivado),

todos ellos son meramente actos administrativos y no jurisdiccionales, en virtud de los cuales el Estado cobra sus acreencias de forma rápida.

En consecuencia, se evidenció que los funcionarios recaudadores son funcionarios administrativos, que cumplen funciones administrativas y, en ejercicio de la coactiva, emiten actos administrativos; por lo que no pueden ser considerados jueces. Lo que, a su vez, impide que los mismos apliquen la doctrina del velo societario, conforme determina tal doctrina.

A pesar de ello, algunas normas –como el art. 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales o los arts. 40 y 60 de la Ley General de Seguros- facultan a que estos supuestos jueces puedan levantar el velo societario. En otras palabras, tales normas conceden la autoridad a ciertos funcionarios administrativos –quienes no necesariamente son concededores del Derecho- a que puedan decidir sobre un derecho reconocido a la persona jurídica. ¡Se le permite al funcionario administrativo el ejercicio de las atribuciones exclusivas del Juez!

Mediante el cuarto capítulo del presente estudio se ha constatado las violaciones a los derechos que se producen si el funcionario recaudador aplica la doctrina del levantamiento del velo societario. Tales violaciones se concentran en la ausencia del juez natural de la compañía, en la desigualdad procesal a la que es sometida y en la afectación del derecho a la defensa en que se encuentra, todo lo cual desemboca en lesión al debido proceso por su falta de observancia.

A lo largo del tercer capítulo demostré que el funcionario coactivo responde a una naturaleza propia del derecho administrativo; que sus actuaciones dentro de un procedimiento coactivo, lejos de creérselas de carácter jurisdiccional, corresponden a actos administrativos emitidos en funciones netamente administrativas. En tal virtud, evidencié que no es correcto pensar que el mencionado funcionario sea un juez, ni siquiera uno con jurisdicción especial. Así lo afirmo pues, un juez es independiente de las partes, no tiene interés alguno en el propósito de la causa, y está investido de jurisdicción (que es

juzgar y ejecutar lo juzgado); mientras que el funcionario coactivo es efectivamente la parte acreedora, tiene el legítimo interés en que la obligación que originó la coactiva sea satisfecha y no reconoce ningún derecho, sino que, al ser la persona natural mediante la cual actúa la institución acreedora-titular del derecho, obliga a su directo cumplimiento sin acudir a un tercero facultado para dar respuesta a tal solicitud.

A pesar de que el mencionado funcionario es administrativo y no jurisdiccional, el ordenamiento jurídico le ha otorgado facultades para levantar el velo societario cuando se halle en plenas funciones coactivas, sin reparo en que ésta doctrina exige que sea un juez quien deba aplicarla, conforme demostré en el segundo capítulo. Por consiguiente, si el funcionario coactivo aplica la doctrina del levantamiento del velo societario, se está permitiendo que la institución acreedora pueda decidir sobre los derechos reconocidos a las compañías y, por tanto, ejercer las facultades exclusivas de un juez –sin que en verdad sea tal. Entonces, si el funcionario coactivo ejerce las facultades de un juez, sin serlo, la compañía titular del derecho que aquel entra a deliberar no es juzgada por quien debería hacerlo.

La compañía no es juzgada por su juez natural, ya que quien reclama la titularidad del derecho en cuestión (la obligación insatisfecha en la coactiva) hace las veces de juez: es decir, es juez y parte. Al converger en la misma persona una de las partes y quien decide, éste último deja de ser el juez independiente e imparcial; por ende, vemos que se viola el derecho al juez natural cuando el funcionario coactivo aplica la doctrina del levantamiento del velo societario.

Así mismo, el lector pudo constatar que en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario por parte del juez de coactiva, a la compañía en cuestión se le deja en desigualdad procesal. Si se dice que en un proceso existen dos partes que se someten a la decisión de un tercero ajeno al interés de cualquiera de ellas, entonces encontramos que aquellas dos partes que discuten se encuentran en igualdad procesal porque el que decide no tiene preferencia por ninguna de las dos. Pero si el que decide tiene el mismo interés

de una de las partes, y mucho más si es una de esas partes, la igualdad procesal a la que me referí simplemente no existe. Como oportunamente lo revisé, el funcionario coactivo efectivamente tiene un interés en la causa y actúa con las facultades de un juez. Es decir, que el interés del funcionario coactivo (quien también decide sobre aplicar o no aplicar la doctrina que estudiamos) es cobrar la deuda insatisfecha. Por ello, al erróneamente denominado juez de coactivas le es prácticamente imposible que actúe con imparcialidad y objetividad. Por lo cual, se configura plena desigualdad procesal en el supuesto referido.

Como consecuencia de la desigualdad procesal, se vislumbró que la compañía coactivada y levantada su velo societario se halla en indefensión. Tal condición es en razón de que la decisión tomada mediante acto administrativo de aplicar el levantamiento del velo societario, extiende inmediatamente la responsabilidad que pesa sobre el patrimonio de la compañía hacia el patrimonio de sus socios, administradores o representantes legales, según sea el caso. Lo cual surge a partir de que el acto administrativo goza de la presunción de legalidad, que a su vez implica que debe ser cumplido a la brevedad posible por creérselo conforme a derecho –mientras no se demuestre lo contrario. Por la indefensión y desigualdad procesal en que se deja a la compañía, así como por la ausencia del juez natural, se dejó constancia que su derecho a la defensa, también conocido como derecho de contradicción, es violado absolutamente. Toda vez que carece de un tercero imparcial que le permita oponerse a la pretensión de levantar el velo societario o ante quien presentar excepciones, pues quien decide aplicar la doctrina es quien así lo solicita.

En el mismo sentido se evidenció que tanto el derecho al juez natural, a la igualdad procesal como el derecho de contradicción forman parte integrante del derecho al debido proceso. Por tal motivo, si al menos uno de los derechos inicialmente mencionados es vulnerado, consecuentemente el derecho al debido proceso también lo es. En otras palabras, si un funcionario recaudador levanta el velo societario de una de las compañías objeto de éste estudio, nos

encontramos frente a una clara violación al debido proceso, la cual es originada por una decisión administrativa.

Por último, me permito proponer dos tipos de acciones encaminadas a dar una solución parcial y otra definitiva. Ésta pretende un proyecto de iniciativa legislativa, mientras que aquella refiere a la posibilidad de interponer una acción de protección.

Por todo lo hasta aquí expuesto, en ésta tesis se ha tenido como objetivo primordial evidenciar que el funcionario coactivo no debería aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario. Por consiguiente, aquel conjunto de normas oportunamente señaladas en el cuarto capítulo que permiten al funcionario coactivo levantar el velo societario deben ser modificadas con la premura que el caso lo amerita. Es decir, su eliminación por completo del ordenamiento jurídico y, con ello, la supresión de la facultad que actualmente tienen los funcionarios coactivos para levantar el velo societario. Dejando por lo tanto, dicha facultad exclusivamente para el juez.

Ya que dichas normas versan sobre derechos reconocidos, éstas están contenidas en leyes. Por lo que corresponde al legislativo tratar su reforma por medio de la iniciativa legislativa prevista en el art. 134 C.R.E. (2008). Sin embargo, de las cinco posibilidades de iniciativa legislativa que la mencionada norma prevé<sup>50</sup>, considero a la iniciativa legislativa ciudadana la mejor opción; ya que las demás opciones corresponden a instituciones del Estado, lo cual

---

<sup>50</sup> “Art. 134.- La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde:

1. A las asambleístas y los asambleístas, con el apoyo de una bancada legislativa o de al menos el cinco por ciento de los miembros de la Asamblea Nacional.
2. A la Presidenta o Presidente de la República.
3. A las otras funciones del Estado en los ámbitos de su competencia.
4. A la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en las materias que les corresponda de acuerdo con sus atribuciones.
5. A las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional.
6. Quienes presenten proyectos de ley de acuerdo con estas disposiciones podrán participar en su debate, personalmente o por medio de sus delegados” (Art. 88, C.R.E., 2008).

equivaldría a una automutilación de sus propias facultades si ellas mismas solicitaren la eliminación de tales facultades.

Mientras aquella reforma normativa no se suscite, la compañía cuyo velo societario ha sido levantado por un juez de coactivas tiene la opción de interponer una acción de protección. Ya que éste entramado de violaciones a derechos constitucionalmente reconocidos se produce por actos de autoridades no judiciales, sino administrativas, y por medio de actos administrativos, ésta garantía constitucional del art. 88 de la C.R.E. (2008) resulta ser la apropiada. Pues, permite “el amparo directo y eficaz de los derechos (Art. 88, C.R.E., 2008)” que se consideran vulnerados, entre otros, “por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial” (Art. 88, C.R.E., 2008). Criterio que lo recoge la Corte Constitucional en el caso Katiah Arce vs. Tribunal Distrital Contencioso Administrativo (2009).

## BIBLIOGRAFÍA.-

### • DOCTRINA.-

- Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. (2008). *Compañía de Responsabilidad Limitada: análisis sistemático de su normativa*. Quito: Ediciones Legales.
- Alegría, H. (1971). *Sociedades Anónimas*. Buenos Aires: Forum.
- Alessandri, A. (2011). *De los Contratos*. Santiago de Chile: Temis SA.
- Alessandri, A., & Somarriva, Manuel. (1945). *Curso de Derecho Civil* (Segunda ed., Vol. Tomo I Parte General y Las Personas). Santiago de Chile: Nascimento.
- Andrade Ubidia, S. (2009). El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana. *FORO: Revista de Derecho*, 7-35.
- Ávila Santamaría, R. (2012). *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Bayona, M. (2010). *El Proceso Coactivo en el Ecuador y su Jurisprudencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Boldó Roda, C. (2000). *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*. Navarra: Aranzadi SA.
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Bogotá.
- Calamandrei, P. (1962). *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Capilla Roncero, F. (1984). *La Persona Jurídica: funciones y disfunciones*. Madrid: TECNOS SA.
- Capilla Roncero, F. (1984). *La Persona Jurídica: funciones y disfunciones*. Madrid: TECNOS SA.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: UTEHA.
- Carrara, F. (2002). *Teoría de las personas*. México: Jurídica Universitaria.
- Cevallos, V. (2013). *Nuevo Compendio de Derecho Societario*. Quito: Jurídica del Ecuador.
- Claro Solar, L. (1942). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Segunda ed.). Santiago de Chile: Imprenta El Imperial.

- Córdoba, P. A. (2006). Derecho de sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad holding. *Revista de Derecho Privado*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (01 de Octubre de 1999). Opinión Consultiva 16/99.
- Dávila Torres, C. (2011). *Derecho Societario, Tomo 1*. Quito.
- De Castro y Bravo, F. (1984). *La persona jurídica*. Madrid: Civitas.
- De Pina, R. (1997). *Elementos de Derecho Mexicano* (Octava ed.). México: Porrúa.
- Dromi, R. (2004). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- García de Enterría, E., & Ramón Fernández, T. (2004). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Girón Tena, J. (1952). *Derecho de sociedades anónimas*. Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de Valladolid.
- Guerrero Celi, F. (2004). *La Acción Coactiva de la Contraloría General del Estado*. Quito: Contraloría General del Estado.
- Gutiérrez, L. (1988). *Derecho Mercantil: Contrato Societario y Derechos Individuales de los Accionistas*. Buenos Aires.
- Halperín, I. (1973). *Curso de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Depalma.
- Halperín, I., & Otaegui, J. C. (1998). *Sociedades Anónimas*. Buenos Aires: Depalma.
- Larrea Holguín, J. (1968). *Compendio de Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Le Pera, S. (1974). *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos.
- Mascheroni, F. (1973). *Manual de Sociedades Anónimas*. Buenos Aires: Cangallo.
- Mascheroni, F. (1985). *Manual de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Medina, J. E. (2010). *Derecho Civil: Aproximación al Derecho, derecho de personas* (Segunda ed.). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Merlyn, S. (2011). *Sujetos de la Relación Jurídica*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja.

- Nissen, R. A. (1998). *Curso de Derecho Societario* (Primera ed.). Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Olivos, L. F. (1969). *Las personas jurídicas y sus atributos*. Bogotá.
- Ortiz García, P. (2003). Desestimación de la persona jurídica. *Ruptura*(46), 571 - 581.
- Ovalle Favela, J. (1996). *Garantías Constitucionales del Proceso*. México.
- Peña Nossa, L. (2009). *De las Sociedades Comerciales* (Quinta ed.). Bogotá: Temis.
- Redenti, E. (1957). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Rosenberg, L. (1955). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Salgado, H. (2010). *Introducción al Derecho, Un esbozo de Teoría General del Derecho* (Segunda ed.). Quito: Colección Manuales Jurídicos.
- Sánchez Zuraty, M. (2008). *Jurisdicción Coactiva: teoría-práctica-jurisprudencia*. Quito: Jurídica del Ecuador.
- Santofimio, J. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. Tomo II). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Trujillo Espinel, J. (2011). *El abuso de la persona jurídica societaria. La doctrina del levantamiento del velo societario*. Lima: KL Servicios Gráficos SAC.
- Valencia Zea, A. (1957). *Derecho Civil*. Bogotá: Temis.
- Vallespín, D. (2002). *El Modelo Constitucional de Juicio Justo*. Barcelona: Atelier.

#### • SITIOS WEB.-

- Benalcázar, J. C. (17 de Julio de 2013). *Derecho Ecuador*. Recuperado el 16 de Febrero de 2015, de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/la-coactiva-iquestjuicio-o-procedimiento-administrativo>

## • **LEGISLACIÓN.-**

C.C. (s.f.). *Código Civil*.

C.D.C. (1960). *Código de Comercio*. Registro Oficial Suplemento 1202 de 20-ago-19260.

C.O.F.J. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. R.O. Suplemento 544 de 09-mar-2009.

C.O.M.F. (2014). *Código Orgánico Monetario y Financiero*. R.O. Suplemento 332 de 12-sep-2014.

C.P.C. (2005). *Código de Procedimiento Civil*. R.O. Suplemento 58 de 12-jul-2005.

C.R.E. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*.

E.R.J.A.F.E. (2002). *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. R.O.: 536 de 18-Marzo-2002.

L.D.C. (1999). *Ley de Compañías*. R.O. 312 de 05-nov-1999.

L.G.S. (2006). *Ley General de Seguros*. R.O. 403 de 23-nov-2006.

L.O.C.C.F. (2014). *Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Financiera*. R.O. Suplemento 188 de 20-feb-2014.

L.O.C.G.E. (2002). *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. R.O. Suplemento 595 de 22-jun-2002.

L.O.D.D.L. (2012). *Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales*. R.O. Suplemento 797 de 26-sep-2012.

L.O.F.O.S.S.B. (2014). *Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil*. Quito: R O Suplemento 249 de 20 de mayo de 2014.

L.V.S.P. (2003). *Ley de Vigilancia y Seguridad Privada*. R.O.: 130 de 22-Jul-2003.

## • **JURISPRUDENCIAS.-**

Diners Club del Ecuador Sociedad Financiera vs. Mariscos de Chupadores Chupamar S.A., Serie No. 17 Gaceta Judicial 5 de 21 de Marzo de 2001 (Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil 21 de Marzo de 2001).

Resolución Juicios de Excepciones a la Coctiva, Registro Oficial N° 418 de 10 de Septiembre de 2004 (Corte Suprema de Justicia 10 de Septiembre de 2004).

Katiah Arce vs. Tribunal Distrital Contencioso Administrativo, Resolución No. 736. R.O. Suplemento 23 de 08-dic-2009 (Corte Constitucional, Segunda Sala 08 de Diciembre de 2009).

Silvia Game vs. Procurador General del Estado, 0005-08-AN. Resolución No.002-09-SAN-CC R.O. Suplemento 566 de 8 de Abil de 2009 (Corte Constitucional, para el período de transición 02 de Abril de 2009).

LACAMSA S.A. vs. BANCO PICHINCHA C.A., Juicio No. 1261-2011 Recurso Extraordinario de Protección No. 112 R.O. Suplemento 165 de 20 de Enero de 2014 (Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Naiconal de Justicia 03 de Diciembre de 2012).