



**UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO**

**FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO**

**INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL  
VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE  
ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR**

**AUTOR:**

**NINO PAOLO ROMERO OREJUELA**

**TUTOR:**

**MGS. OSCAR DEL BRUTTO ANDRADE**

**SAMBORONDÓN, 10 DE ENERO DE 2018**

# INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

## **Inconstitucionalidad por permitir el levantamiento del velo societario en instancia administrativa**

**Nino Romero Orejuela**

**Universidad de Especialidades Espíritu Santo – Ecuador, nronero@uees.edu.ec,**

**Facultad de Derecho, Política y Desarrollo, Edificio E, Universidad de**

**Especialidades Espíritu Santo, Km 2,5 Vía La Puntilla – Samborondón.**

### **Resumen**

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se ha permitido de forma inconstitucional el levantamiento del velo societario en instancia administrativa vulnerando derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República. Los jueces de coactiva argumentando sus actuaciones en la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, proceden a levantar el velo societario en instancia administrativa realizando el procedimiento incorrecto, puesto que para levantar el velo societario de una o varias compañías es necesario la declaración previa por parte de un juez de lo civil y mercantil de que la compañía deudora ha incurrido en fraude o abuso del derecho. El Código Orgánico Administrativo es la norma que regulará el ejercicio de las instituciones las cuales conforman el sector público dentro de esta norma jurídica en una disposición general se puede establecer un procedimiento específico a seguir para proceder a levantar el velo societario de persona jurídica evitando la vulneración de derechos constitucionales.

***Palabras claves:** velo societario, instancia administrativa, norma, procedimiento específico, derechos constitucionales, jueces de coactiva, responsabilidad limitada.*

# INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

## **Abstract**

In the Ecuadorian legal system, the removal of the corporate veil in administrative instance has been unconstitutionally allowed, violating fundamental rights established and guaranteed by the Constitution of the Republic. The Organic Administrative Code is the standard responsible for regulating the exercise of the administrative function of the bodies that make up the public sector, within this standard in a general provision, you can establish a specific procedure that must be followed to lift the veil of one or several companies, avoiding the violation of constitutional rights.

**Keywords:** *corporate veil, administrative instance, rule, specific procedure, constitutional rights, coercive judges, limited liability.*

# INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

## Introducción

El velo societario o también llamado división de patrimonios, es un beneficio que gozan las personas jurídicas. Dicho beneficio es parte de la naturaleza jurídica de las compañías, puede definirse también como la cortina imaginaria que divide el patrimonio de una compañía con el de sus socios. Mediante la publicación de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, se ha permitido que los llamados jueces de coactiva ordenen el levantamiento del velo societario en instancia administrativa, sin previa orden judicial. Esto procede en contra de las compañías que mantengan valores pendientes de pago con instituciones del Estado. Los jueces de coactiva fundamentan su actuación en el primer artículo de esta Ley, la cual reza lo siguiente:

**Art. 1.-** Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no solo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso 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. Se exceptúa de lo previsto en este inciso a los accionistas que posean menos del 6% del capital accionario de las sociedades anónimas inscritas en el Catastro Público del Mercado de Valores, siempre que hubieren adquirido estas acciones a través de las Bolsas de Valores,

## INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

o a través de herencias, donaciones o legados, y siempre y cuando no hubieren participado en la administración de la sociedad anónima.

Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán, motivadamente, ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros existan indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos, lo cual deberá constar en el proceso y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación. Igual atribución tendrán las autoridades de trabajo o los jueces del trabajo para ejecutar las sentencias dictadas dentro de los conflictos colectivos o individuales de trabajo, en su orden. (Art. 1 LODDL, de 26 de septiembre).

A pesar de que los jueces de coactiva actúan con base en la ley señalada, la doctrina explica los casos en los que procede el levantamiento del velo, como señala Santiago Andrade Ubidia en su obra “El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana”. El autor manifiesta que se pueden presentar dos clases de anomalías, cuando “se utiliza la figura societaria en fraude a la ley, para alcanzar una meta prohibida por el ordenamiento legal, o que se la emplee abusando del derecho.” (Andrade, 2010, pág. 16). Sin embargo, para determinar que una compañía ha incurrido en uno de estos casos, es necesario seguir un procedimiento de inoponibilidad a la personalidad jurídica, el cual debe ser declarado únicamente por vía judicial.

### **Consecuencias de la aplicación de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales**

La Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales otorga a las instituciones del Estado que poseen jurisdicción coactiva la facultad de ejercer la acción

## INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

coactiva en contra de “todos los obligados por ley” (Art. 1 LODDL, de 26 de septiembre). Los obligados por ley, a los que se hace referencia en el artículo 1 de la ley mencionada, son los obligados solidarios y los subsidiarios, como ejemplo del primer grupo tenemos al representante legal de una compañía, mientras que en el segundo grupo se encuentran por ejemplo el garante de un préstamo de un tercero, que en caso de que este incumpla, deberá responder con sus bienes. El artículo 1 de esta ley establece que, en caso de personas jurídicas utilizadas para defraudar, las instituciones públicas que poseen jurisdicción coactiva podrán llegar hasta el último nivel de propiedad, y que este nivel recaerá siempre en personas naturales.

Tradicionalmente se ha entendido que la compañía es una persona distinta a sus socios individualmente considerados. Esto quiere decir, en su nivel más básico, que el patrimonio de la compañía se distingue del patrimonio individual de los socios. Por lo tanto, las deudas de la compañía no podían demandarse a los socios, ni las deudas de los socios podían demandarse a la compañía (Cuevas, 1997, pág. 551).

Con el paso del tiempo se empezó a aceptar en la jurisprudencia la posibilidad de que, si había fraude debidamente probado en juicio, los acreedores de la compañía podían levantar el velo societario y de esta forma dirigirse a los socios, con la finalidad de que esas personas respondan como las verdaderas partes de la relación jurídica que quisieron eludir (Parducci, 2001, pág. 113). Se trata de una excepción a la regla de separación de patrimonios entre sociedad y socios.

La Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales va más allá. Esta ley no reconoce el procedimiento previo necesario para el levantamiento del velo societario. La ley se limita a permitir a las instituciones con coactiva demandar a los socios por las deudas de la compañía, en los casos de personas jurídicas usadas para

## INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

defraudar, pero no establece como paso previo la declaratoria judicial de fraude. Semejante disposición viola derechos constitucionales. En concreto, vulnera el derecho al debido proceso, derecho a la seguridad jurídica y derecho a la propiedad privada, consagrados en los artículos 76, 82 y 321 de la Constitución, respectivamente.

### **Velo societario. Concepto e importancia.**

Velo societario es el término usado para describir la separación que existe entre una compañía y sus socios (Murray, 2016, pág. 1). La separación a la que se hace referencia en el concepto antes mencionado es de gran importancia, como lo explica el autor colombiano Francisco Reyes Villamizar mediante su obra denominada “Derecho Societario” manifestando que “la limitación de la responsabilidad en la sociedad es el más grande descubrimiento individual de los tiempos modernos” (Reyes, 2014, pág. 258).

El autor Eduardo Carmigniani define a la separación de patrimonios como “un verdadero privilegio que el Estado concede para fomentar ciertas actividades de gran riesgo, consideradas beneficiosas para la comunidad.” (Carmigniani, 2001, pág. 111). El velo societario permite que exista armonía y estabilidad entre los intereses de los accionistas y los administradores de una empresa, reduciendo los costos de agencia.

Los profesores americanos Frank Easterbrook y Daniel Fischel, en su clásico artículo “Limited Liability and the Corporate Veil” (1985), explican que la responsabilidad limitada no es absolutamente limitada, ya que los jueces en ciertos casos permiten que el velo corporativo sea perforado, concluyen que el velo societario incentiva la inversión que, de otro modo, no existiría (Easterbrook & Fischel, 1985, págs. 89-93).

# INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

## **Levantamiento del velo societario**

El autor ecuatoriano Santiago Andrade Ubidia define el levantamiento del velo como:

El instrumento procesal que permite al juez dentro de un proceso, en situaciones excepcionales y frente a una conducta que sin lugar a dudas manifiesta la voluntad de cometer un fraude a la ley o un abuso del derecho, mediante la utilización desviada de una forma asociativa, desestimar la personalidad jurídica de la forma societaria empleada y penetrando en la interioridad para descubrir la real naturaleza de los intereses individuales que se ocultan tras la forma desestimada (Andrade, 2010, pág. 192).

El autor Alfonso Montoya, a través de la obra denominada Derecho Societario, cita a Fernando De Trazegnies, quien explica que el levantamiento del velo societario puede ser admitido únicamente como un recuso excepcional, puesto que, si se generalizara, “implicaría la destrucción de la forma societaria de responsabilidad limitada.” (Montoya, 2011, pág. 487). El levantamiento del velo societario supone ignorar la separación patrimonial entre la compañía y sus socios. Levantar el velo permite que los acreedores de la compañía se dirijan directamente contra los socios de la compañía para reclamar el cobro de sus acreencias (Parducci, 2001, pág. 110).

La autora colombiana Marcela Anzola, en su obra denominada Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas, citando a Jaime Arrubla explica el levantamiento del velo de la siguiente forma “Si una persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez puede desestimarla para que no prospere el resultado contrario a derecho que se persigue.” (Anzola, 2010, pág. 61).



## INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

Para el autor peruano Henry Carhuatocto Sandoval, la desestimación a la personalidad jurídica solo procede en ciertas situaciones, explica que su aplicación modificará las reglas de imputación, puesto a que se le atribuirá las consecuencias que normalmente solo debería asumir la persona jurídica a los socios, “siempre y cuando se constate el fraude a la ley, abuso del derecho, fraude contractual o daño a tercero” (Carhuatocto, 2005, pág. 65).

### **Constitucionalidad de la separación de patrimonios**

El velo societario se asienta en tres derechos constitucionales: la seguridad jurídica, el debido proceso y propiedad privada. Vamos a analizarlos en orden.

#### **Seguridad jurídica.**

La seguridad jurídica garantiza que toda actuación realizada por los distintos poderes públicos, será siempre respetando lo consagrado en la Constitución (Cueva, 2016, pág. 7). El derecho a la seguridad jurídica que se encuentra establecido en el artículo 82 de la Constitución, se fundamenta en “el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.” (Art. 82 CRE, 2008).

En *Diners Club del Ecuador S.A. contra Mariscos de Chupadores Chupamar S.A. y Leonel Baquerizo Luque*. La Corte Suprema de Justicia del Ecuador se refirió al levantamiento del velo societario y a la seguridad jurídica; señaló que el procedimiento de inoponibilidad de la personalidad jurídica, es considerado una situación extrema, la cual debe ser analizada con mucho cuidado, puesto que se pone en riesgo el derecho a la seguridad jurídica (CSJ 17/01 de 21 de marzo). En efecto, si la ley establece la separación patrimonial entre la sociedad y sus socios, y, con ello, promueve la

## INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

inversión, una alteración a esa separación patrimonial debe ser excepcional y muy bien meditada o atentaría contra la seguridad jurídica.

### **Debido proceso.**

El derecho al debido proceso, es un derecho fundamental, según Jorge Zavala Egas “este se resume en que todo proceso o en cualquier proceso, si se prefiere, se cumplan las garantías constitucionales que rigen el Derecho Procesal.” (Zavala, 2002, pág. 21). Para Rafael Oyarte “las normas del debido proceso deben ser observadas, valga la redundancia, en todo proceso.” (Oyarte, 2016, pág. 4). El mismo autor, explica que las normas constitucionales son de aplicación directa, no son simples enunciados, estas deben aplicarse aun cuando el legislador no las haya desarrollado (2016, pág. 8).

Dentro del derecho al debido proceso que se encuentra consagrado en la Constitución en el artículo 76, numeral 7, se manifiestan las garantías que incluirán el derecho a la defensa, donde se especifica de forma precisa que nadie podrá ser privado, de este derecho fundamental. Al igual que las instituciones estatales pueden ejercer el derecho de cobro de valores adeudados, el debido proceso manifiesta que, es también necesario, que la parte accionada cuente con la oportunidad plena de contestar. Puesto que, la inoponibilidad a la personalidad jurídica, es un procedimiento judicial establecido, es fundamental que la parte demandada sea escuchada.

En *Rubén Morán Buenaño contra Ricardo Onofre González y Leopoldo Morán Intriago*, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en la sentencia de casación explica que la impugnación debía realizarse en contra del Sindicato General de Choferes Profesionales del Guayas, respetando así el debido proceso, que a su vez incluye el derecho a la defensa de la persona jurídica (CSJ 17/99 de 8 de julio).

## INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

### **Propiedad privada.**

La Constitución de la República reconoce y garantiza el derecho a la propiedad, entre las formas se encuentra la de propiedad privada. Este es un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico ecuatoriano. (Eguiguren, 2008, pág. 41). Las compañías, como atributo de su personalidad jurídica, les hace ser susceptible de derechos y obligaciones, en palabras del autor Víctor Castrillón, cuando se crea una compañía, “se da lugar al surgimiento de una persona jurídica distinta de los miembros que la componen, con personalidad jurídica y patrimonio propio” (Castrillón, 2014, pág. 28). Es necesario recordar que se trata de dos personas completamente diferentes, la persona jurídica y sus socios. (Borda, 2008, pág. 193). Producto de la personalidad jurídica existe una individualidad de derecho distinta de los asociados, por lo tanto, se da una separación de patrimonios entre la compañía y las personas naturales relacionadas con ella, el patrimonio es propiedad privada de cada persona. (Calvo & Puente, 2014, pág. 49).

El autor Hans Kelsen en su obra denominada Teoría Pura del Derecho, se refiere a la división del patrimonio; explica que cuando una compañía incumple una obligación, la ejecución forzada de la misma será dirigida contra su propiedad y no contra la propiedad de sus socios (Kelsen, 2010, pág. 106).

En *José Miguel Massuh Buraye en contra de Roberto Massuh Dumani y la compañía de Desarrollo Industrial del Ecuador DIDESA S.A.*, la Corte Suprema del Ecuador mediante sentencia se refiere a la división de patrimonios, señala que la sociedad tiene capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones. Esta característica independiza la actividad social de la actividad individual de los socios, separa jurídicamente las situaciones creadas del uno y del otro, y separa el patrimonio

## INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

comprometido en el desarrollo de los mismos. La sociedad tiene un patrimonio propio, el cual es distinto al patrimonio de sus socios (CSJ 135/2003 de 18 de julio).

### **Los denominados Jueces de Coactiva**

La doctrina ha optado por definir de la forma más sencilla a este tipo de funcionarios. El doctor Jorge Egas, citando al autor César Drouet explica que la definición de estos servidores se resume a “simplemente empleados recaudadores.” (Egas, 2016, pág. 106). Los autores peruanos Roxana González y José Nava a través de su obra denominada “Cobranza Coactiva” quienes se refieren al juez de coactiva como, ejecutor coactivo, lo definen de la siguiente manera “es un funcionario de la Administración Tributaria, nombrado específicamente para garantizar el normal funcionamiento de la cobranza coactiva.” (González & Nava, 2010, pág. 78).

Los funcionarios encargados de la cobranza coactiva no constituyen una figura moderna, tanto así que podemos remontarnos a la antigua Roma, donde ya existían funcionarios con características similares, los cuales eran denominados “coactores”. Los coactores eran las personas designadas para tener a su cargo el cuidado y administración del tesoro imperial. Con el paso del tiempo, al igual que todo lo demás, este cargo fue evolucionando hasta llegar a lo que ahora conocemos como jueces de coactiva, sin embargo, su naturaleza sigue siendo la misma, recaudadores de tributos. (González & Nava, 2010, pág. 78).

Entre las funciones de los llamados jueces de coactiva, tenemos las siguientes:

- 1) Verificar la existencia de la deuda
- 2) Ordenar, las medidas precautelares

## INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

- 3) Ejecutar las garantías otorgadas en favor de la institución acreedora
- 4) Suspender o concluir el juicio coactivo (González & Nava, 2010, pág. 79).

Como puede observarse, las funciones detalladas radican en el objetivo principal de los jueces de coactiva, el cual es, la recaudación de valores adeudados. Para la doctrina está mal utilizado el término “jueces de coactiva”, puesto que dichos funcionarios no cumplen con la finalidad de jueces. El concepto de jurisdicción que se encuentra en el artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial, puede resumirse de la siguiente manera “la jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución” (Art. 150 COFJ, de 9 de marzo). Por lo tanto, para ostentar la calidad de juez es necesario formar parte de los órganos jurisdiccionales.

Los ejecutores de coactiva, son también popularmente conocidos como jueces de coactiva. Esta figura de jueces de coactiva existe en Ecuador desde el año 1974, puesto que, en la ya derogada Ley Orgánica de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial número 636 de 11 de septiembre de 1974, se encontraba manifestado en su artículo 3 lo siguiente:

Los jueces son: de jurisdicción legal y de jurisdicción convencional; y, los primeros: jueces ordinarios y jueces especiales. Son jueces ordinarios Los Ministros de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores, los jueces de lo penal y los de lo civil. Los tenientes políticos, además de sus funciones específicas, ejercerán jurisdicción de conformidad con esta Ley. Son jueces especiales los de trabajo, de inquilinato, de tránsito, los que ejercen jurisdicción coactiva, los de

## INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

policía y los demás establecidos por leyes especiales. Son jueces de jurisdicción convencional los árbitros (Art. 3 LOFJ, de 11 de septiembre).

Como se puede observar la Ley citada en el párrafo anterior, les otorgaba la calidad de jueces, más adelante el Código de Procedimiento Civil de 1987, en su artículo 994, denominó a los jueces de coactiva simplemente como empleados recaudadores de las instituciones del sector público que por Ley tenían jurisdicción coactiva (Art. 994 CPC, de 18 de mayo). Sin embargo, la Ley Orgánica de la Función Judicial de 1974 seguía vigente, por lo tanto los empleados recaudadores seguían ostentando la calidad de jueces; con la publicación del Código de Procedimiento Civil en el año 2005, se los continúa llamando jueces de coactiva como lo explica Jorge Egas, en su obra denominada “Derecho Societario” citando al ya derogado Código de Procedimiento Civil, que en su artículo 942 manifestaba lo siguiente “los servidores o servidoras, recaudadores mencionados en este artículo tendrán la calidad de jueces especiales denominándose los Jueces de Coactiva” (Egas, 2016, pág. 111).

Con la publicación de la Constitución de la República el 20 de octubre de 2008, esto no cambiaba puesto que en su artículo 167 manifiesta 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” (Art. 167 CRE, 2008), y como se explicó anteriormente los “jueces de coactiva” eran parte de la Función Judicial. Sin embargo, todo esto cambia a partir del 9 de marzo de 2009, cuando se publica el Código Orgánico de la Función Judicial, que, en sus Disposiciones Derogatorias y Reformatorias, en el numeral 1, deroga la “Ley Orgánica de la Función Judicial, promulgada en el Registro Oficial 636 el 11 de septiembre de 1974 y todas sus reformas y resoluciones interpretativas” (COFJ, de 9 de marzo). El mismo Código

## INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

mencionado, detalla los órganos que conforman la Función Judicial en su artículo 38 el cual reza lo siguiente:

Integran la Función Judicial y se denominan, en general, servidores de la Función Judicial:

1. Las juezas y jueces; las conjuetas y los conjueces, y demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en la Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales, tribunales y juzgados de primer nivel;
2. Las juezas y jueces temporales, mientras estén encargados de la unidad;
3. Las vocales y los vocales, y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en el Consejo de la Judicatura;
4. La Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora o Defensor Público General, y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en la Fiscalía General del Estado y en la Defensoría Pública;
5. Las notarias y los notarios y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en los órganos auxiliares de la Función Judicial; y,
6. Quienes sean designados servidoras y servidores judiciales provisionales para prestar servicios en los órganos de la Función Judicial. (Art. 38 COFJ, de 9 de marzo).

Lo explicado tiene la finalidad de demostrar que los ejecutores de coactiva, actualmente son empleados recaudadores, y no cumplen con la calidad de jueces, por lo tanto, no tienen capacidad de administrar justicia, es por esto que a pesar de que la Ley

## INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales les otorgue la competencia para llevar a cabo un procedimiento coactivo, y así llegar incluso a los socios de una compañía, para que estos respondan con sus propios bienes, dicho procedimiento es inconstitucional.

### **Sobre la inconstitucionalidad e ilegalidad de la norma y su aplicación por parte de la administración**

En el desarrollo del presente trabajo se ha explicado los derechos constitucionales sobre los cuales se asienta el velo societario, estos son, la seguridad jurídica, el debido proceso y propiedad privada. Sin embargo, los derechos antes mencionados se vulneran al permitir el levantamiento del velo societario en instancia administrativa. Según lo manifestado en la Ley de Compañías, existe un procedimiento establecido para levantar el velo societario de una compañía, el procedimiento ordinario.

El problema radica cuando en la presente norma jurídica, en su artículo 17, específicamente en su tercer párrafo se encuentra el siguiente fragmento “Salvo los casos excepcionales expresamente determinados en la ley, la inoponibilidad a la persona jurídica solamente podrá declararse judicialmente.” (Art. 17 LC, de 5 de noviembre). De esta forma se produce una contradicción, ya que se establece un procedimiento determinado para la inoponibilidad a la persona jurídica, y al mismo tiempo se permite, mediante ley, que el levantamiento se lo realice por otra vía que no sea la judicial.

Entonces se puede plantear la siguiente pregunta: ¿Cuál es el procedimiento correcto para el levantamiento del velo societario?



## INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

Para responder esta pregunta es necesario tener en cuenta los derechos que hemos venido señalando en el desarrollo del trabajo, ya que con el levantamiento del velo societario por vía administrativa se producen una serie de vulneraciones que a continuación se procede a detallar:

1. El derecho a la seguridad jurídica. –Los ejecutores coactivos no están facultados por la Constitución de la República para administrar justicia. Si la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos laborales les otorga dicha facultad, esta Ley es contraria a lo que establece la Constitución, y si dicho cuerpo normativo es contrario a la Norma Suprema, no debe ser aplicada, ya que la Constitución es de mayor jerarquía. Es así que los ejecutores coactivos carecen de jurisdicción, por lo tanto, no son autoridad competente; al intentar administrar justicia éstos vulneran el derecho a la seguridad jurídica.

Es necesario señalar que el hecho de que la Ley objeto del problema otorgue a un funcionario facultades que no le corresponden, constituye una violación al artículo 424 de la Constitución de la República, el cual establece la supremacía constitucional, y explica que cualquier otra norma del ordenamiento jurídico “deberá mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica” (Art. 424 CRE, 2008).

2. El derecho al debido proceso. El problema en el procedimiento coactivo radica en que la institución del sector público emite el auto de pago, realiza un procedimiento, ordena medidas precautelares y puede ejecutarlas, todo esto lo hace una sola parte del proceso. Es así como el ejecutor coactivo, sin tener jurisdicción, intenta administrar justicia; en este caso el Estado pasa a

## INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

ser lo que se conoce como “juez y parte” sin que el procedimiento sea administrado por un juez con jurisdicción necesaria. El interés principal del Estado es la recaudación de los valores adeudados, entonces el coactivado no está siendo juzgado por un juez “independiente e imparcial” como garantiza la Constitución en su artículo 76, (Art. 76 CRE,2008). Ahora, puede existir un proceso ordinario que sirve para pausar la ejecución coactiva como es el procedimiento ordinario de excepciones a la coactiva, sin embargo, el hecho de que el ejecutor coactivo declare la existencia de un derecho y una obligación, sin estar facultado por la Constitución para hacerlo, constituye el problema en concreto.

3. El derecho a la propiedad privada. – Finalmente, las consecuencias de la aplicación errónea de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, se hacen visibles ante un derecho real, como es el derecho a la propiedad privada. Entonces si todo el procedimiento es incorrecto, también lo será su ejecución. Mediante la ley objeto del problema se vulnera el derecho de propiedad privada, ya que las personas jurídicas gozan de un patrimonio distinto al de sus socios, y son ellos los que responderán con su patrimonio personal. De esta forma, los socios sufren las consecuencias de una deuda adquirida por otra persona, es decir responden por deuda ajena con bienes propios, sin su consentimiento para aquello, a diferencia del garante que otorga su consentimiento para responder con sus bienes en caso de incumplimiento del deudor principal. Por lo tanto, todo lo que deriva de esta Ley es inconstitucional.

## INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

### **La ineficacia del procedimiento ordinario de excepciones a la coactiva frente a la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica para la Defensa de Derechos Laborales**

Si bien es cierto existe el procedimiento de excepciones a la coactiva el cual se encuentra en el artículo 315 del Código Orgánico General de Procesos, el problema radica cuando en su artículo 317 del mismo cuerpo normativo, establece que “para que el trámite de las excepciones suspenda la ejecución coactiva, será necesaria la consignación de la cantidad a que asciende la deuda, sus intereses y costas” (Art. 315 COGEP, de 22 de mayo), esto quiere decir que si el coactivado no cuenta con la cantidad de dinero para consignar estos valores, su procedimiento de coactiva continuará, es aquí cuando carece de eficacia el procedimiento de excepciones a la coactiva, adicional es necesario mencionar que las excepciones a la coactiva se tramitarán en procedimiento ordinario, el cual constituye un procedimiento de conocimiento, dicho procedimiento cuenta con dos audiencias, siendo este el un procedimiento extenso, por lo tanto si se presentan excepciones y no se tiene el dinero para consignar, lo más probable es que se ejecuten los bienes, del coactivado.

El Estado a través de sus instituciones con jurisdicción coactiva, aplicando la Ley en cuestión, ubican al ciudadano en una situación complicada en la que éste debe consignar el valor adeudado por otra persona (para el caso de personas jurídicas), para poder detener un procedimiento seguido por un funcionario que no es juez, y que no está facultado para administrar justicia, todo esto con la finalidad de no perder sus bienes propios, entonces si se sigue un procedimiento coactivo a los socios de una compañía por deudas de ésta, se debería probar que dicha compañía ha sido utilizada para defraudar, esto no se hace en el procedimiento coactivo, tampoco es una de las causales para probar que la compañía no ha sido utilizada con fines fraudulentos.

## INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

Adicional el hecho de que el ciudadano tenga que probar esto ante una autoridad sin jurisdicción, ya constituye una vulneración a sus derechos constitucionales sin embargo en el juicio de coactiva no se trata esto, y en el remedio judicial que es las excepciones a la coactiva, no se podrá demandar esto, puesto a que las causales son taxativas, y ninguna de estas establece la demostración de que una compañía no ha sido utilizada con fines fraudulentos, vulnerando así mi derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva.

Cuando la institución no prueba el fraude de la persona jurídica previo a todo esto, y sin embargo esta actúa en contra de los socios, está procediendo de forma contraria al principio de presunción de inocencia, que en palabras del autor Jorge Zavala Egas en su obra denominada “Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica” explica la aplicación del mismo, “la presunción de inocencia, como garantía del debido proceso, es aplicable a todas las ramas del Derecho en que resulte la aplicación de una sanción o una limitación de derechos como consecuencia de una conducta sancionable por vía administrativa” (Zavala, 2010, pág. 319).

Dado que el procedimiento coactivo implica una sanción y también limitación de derechos al momento de ordenar medidas precautelares, no se respeta el principio explicado en el párrafo anterior, pues se está asumiendo que una compañía ha sido utilizada para defraudar, sin que previamente sea probado. Carece de sentido que el coactivado tenga que consignar un valor, para detener un procedimiento coactivo y ahí recién poder ser parte de un procedimiento justo, precedido por un juez con jurisdicción.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, existe la acción pública de inconstitucionalidad, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 135 manifiesta las reglas generales de dicha acción, el

## INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

artículo explica lo siguiente: “Procederá la acción de inconstitucionalidad respecto a cualquier acto normativo o administrativo de carácter general que vulnere normas constitucionales” (Art.135 LOGJCC, de 22 de octubre). El autor Boris Barrios González, define el procedimiento de inconstitucionalidad como “actos concatenados que llevan al demandante y al juez hasta resolver la posible incompatibilidad de una ley, norma o acto con la constitución” (Barrios, 2016, pág. 168).

En consecuencia, es indiferente la existencia de un procedimiento que ponga en pausa la ejecución coactiva, ya que este supone una consignación que no todos los ciudadanos están en la capacidad de otorgarla, por lo tanto, dicho procedimiento no es el remedio jurídico para el presente problema. Conforme a lo que se ha expuesto, el contenido la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, no guarda relación con lo garantizado por la Constitución de la República, es una norma contraria, que otorga facultades no correspondientes a un empleado administrativo, que coloca al ciudadano en una situación en la que corre el riesgo de perder sus bienes, que en ciertos casos puede llegar a ser por una deuda adquirida por otra persona, es decir la persona jurídica, por lo cual, debería ser declarada inconstitucional.

### **Conclusiones**

Las conclusiones a las que se ha podido llegar en el presente trabajo son las siguientes:

La persona jurídica goza de una personalidad jurídica, la cual le otorga la calidad de una persona diferente de sus socios, es por esto que las compañías pueden ser titulares de un patrimonio distinto al patrimonio personal de sus socios. El velo societario o división de patrimonios, constituye una figura de gran importancia para el desarrollo económico ya que fomenta la inversión, este beneficio es otorgado por el

## INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

Estado a manera de compensación por las actividades, consideradas riesgosas, que han aportado un vertiginoso desarrollo en el mundo contemporáneo.

Se puede permitir levantar el velo de una compañía como una herramienta excepcional, esto quiere decir que solo en ciertas situaciones determinadas como es el caso de abuso del derecho, se puede ordenar la inoponibilidad a la personalidad jurídica, esto debería ser declarado únicamente por un juez de lo civil y mercantil, quien posee la capacidad jurisdiccional necesaria.

La posible solución sería declarar la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales. Esto se puede realizar mediante una acción pública de inconstitucionalidad, la cual se presenta ante la Corte Constitucional, puesto que según el artículo 436 de la Constitución, es una de las atribuciones de esta institución conocer y resolver este tipo de acciones. Con la solución planteada se pretende resolver el problema presentado con la finalidad de evitar la vulneración de los derechos constitucionales, los cuales son afectados al permitir el levantamiento del velo societario en instancia administrativa.

# INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

## Referencias Bibliográficas

- Andrade, S. (12 de Diciembre de 2010). El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana. *Foro Revista de Derecho*, 16.
- Anzola, G. M. (2010). *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Barrios, B. (2016). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Borda, G. A. (2008). *Teoría del Derecho Civil*. Buenos Aires: La Ley.
- Calvo, O., & Puente, A. (2014). *Derecho Mercantil*. México, D.F.: Limusa, S.A.
- Carhuatocto, H. (2005). *La Utilización Fraudulenta de la Persona Jurídica*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Carmigniani, E. (2001). Desestimación de la personalidad jurídica por abuso. En E. R. Parducci, *Derecho Societario* (pág. 111). Guayaquil: Edino.
- Castrillón, V. (2014). *Sociedades Mercantiles*. México, D.F.: Porrúa S.A.
- Cueva, L. (2016). *Jurisprudencia de la Corte Constitucional Tomo IX*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- Cuevas, G. C. (1997). *Derecho Societario*. Buenos Aires: Heliasta.
- Easterbrook, F., & Fischel, D. (1985). Limited Liability and the Corporation. *University of Chicago Law Review* 89, 25 - 27.
- Egas, J. (2016). *Derecho Societario*. Guayaquil: Edino.
- Eguiguren, G. (2008). *Derecho de propiedad en el Ecuador*. Quito: Corporación Editorial Nacional.
- González, R., & Nava, J. (2010). *¿ Y después de la deuda tributaria qué? Cobranza Coactiva*. Lima: JURISTA EDITORES E.I.R.L.
- Kelsen, H. (2010). *Teoría pura del derecho*. Bogotá : LIBRO HIDALGO.
- Montoya, A. (2011). *Derecho Societario*. Lima: San Marcos.
- Murray, J. (6 de Noviembre de 2016). *the balance*. Obtenido de <https://www.thebalance.com/piercing-the-corporate-veil-definition-398410>
- Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso*. Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Parducci, E. R. (2001). *Derecho Societario*. Guayaquil: Edino.
- Reyes, F. (2014). *Derecho Societario Tomo I*. Bogotá: Temis S.A.
- Uría, R., & Aurelio, M. (2006). *Curso de Derecho Mercantil I*. Madrid: Aranzadi, S.A.
- Zavala, J. (2002). *Derecho Constitucional* . Guayaquil: Edino.
- Zavala, J. (2010). *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil: Edilex S.A.

# INCONSTITUCIONALIDAD POR PERMITIR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA

## **Jurisprudencia y Leyes**

- Ecuador. Ley Orgánica de 26 de septiembre, para la Defensa de los Derechos Laborales. Registro Oficial, 26 de septiembre de 2012. Num 797. Art 1, pag 6.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial, 20 de octubre de 2008. Num 449.
- Ecuador. Corte Suprema de Justicia (Primera Sala de lo Civil y Mercantil) SER 17-GJ 5/01, de 21 de marzo.
- Ecuador. Corte Suprema de Justicia (Primera Sala de lo Civil y Mercantil) SER 17-GJ 1/99, de 8 de julio.
- Ecuador. Corte Suprema de Justicia (Primera Sala de lo Civil y Mercantil) Exp. De casación 135/03, de 18 de julio.
- Ecuador. Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial, 9 de marzo de 2009. Núm. 544. Art 150, pág. 45.
- Ecuador. Ley Orgánica de 11 de septiembre, de la Función Judicial. Registro Oficial, 11 de septiembre de 1974. Núm. 636. Art 3, pág. 1.
- Ecuador. Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial, 18 de mayo de 1987. Núm. 687. Art, 994 Pág. 154.
- Ecuador. Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial, 9 de marzo de 2009. Núm. 544. pág. 113.
- Ecuador. Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial, 9 de marzo de 2009. Núm. 544. Art 38, pág. 14-15.
- Ecuador. Ley de Compañías de 05 de noviembre. Registro Oficial 05 de noviembre de 1999. Núm. 312. Art 17, pág. 7.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial, 20 de octubre de 2008. Núm. 449. Art 424, pág. 200.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial, 20 de octubre de 2008. Núm. 449. Art 76, pág. 37-38.
- Ecuador. Ley Orgánica de 22 de octubre, de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial, 22 de octubre de 2009. Núm. 52. Art 135, pág. 39.
- Ecuador. Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial, 22 de mayo de 2015. Num. 506. Art 315.