

IURIS DICTIO

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO



Enero 2007

IURIS DICTIO

Año VII, N° 10

Iuris Dictio

Revista del Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito

Año VII, Nº 10

Quito, Enero 2007

Director:
Fabián Corral Burbano de Lara

Editor:
Diego Pérez Ordóñez

Consejo Editorial:
Fabián Corral Burbano de Lara
Diego Pérez Ordóñez
Álvaro Galindo

Diagramación, impresión:
Ediciones Abya-Yala

Las opiniones de los colaboradores de la Revista del Colegio de Jurisprudencia no implican que el Colegio de Jurisprudencia ni la Universidad San Francisco de Quito necesariamente estén de acuerdo con ellas.

EDITORIAL	5
<hr/>	
SECCIÓN MONOGRÁFICA "DERECHO, COMERCIO INTERNACIONAL E INVERSIONES"	
<hr/>	
<i>Farith Simon</i> Globalización, pluralismo jurídico y derechos humanos	7
<i>María Gabriela Jijón Ch.</i> Solución de controversias en materia de inversiones	11
<i>Isabel Albornoz Garzón</i> El sistema de solución de controversias del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos	19
<i>César Montaña Galarza</i> El potencial Tratado de Libre Comercio entre Ecuador y los Estados Unidos frente al Derecho Comunitario Andino	27
<i>Cabezas & Wray abogados</i> El caso Oxy: 12 tesis equivocadas	35
<i>Jorje H. Zalles</i> La importancia y el real significado del consenso	43
<hr/>	
SECCIÓN LIBRE	
<hr/>	
<i>Ricardo Reveco Urzúa</i> Una aproximación al conflicto de interés en el Código Civil chileno	52
<i>David A. Sperber</i> El gobierno corporativo, ¿en el Ecuador?	73
<i>Sebastián Ignacio Donoso Bustamante</i> Hacia la creación de un sistema <i>sui generis</i> para la protección de los conocimientos tradicionales en el derecho ecuatoriano	95
<i>Marta Gonzalo Quiroga</i> Guía práctica de un procedimiento arbitral conforme al sistema español	112
<i>Rosa Ventas Sastre</i> Tratamiento jurídico-penal de las imprudencias sanitarias con resultado de muerte o lesiones en el derecho español	119
<i>Fabián Corral B.</i> Dimensión política del contrato	127
NUESTROS COLABORADORES	131

Globalización, pluralismo jurídico y derechos humanos

Farith Simon

El gran reto para los Estados nacionales, y para la comunidad internacional, es promover la constitución de verdaderos estados democráticos en los que se pueda conciliar los aspectos formales con los sustanciales de la democracia.

"Reivindico valores como la libertad y la justicia como un algo único, pues no hay libertad sin justicia, ni justicia sin libertad. Lo hago frente a la preponderancia aplastante del dinero, valor supremo por el que se miden y se valoran las cosas y las genes. Reivindico la justicia y la libertad, porque reivindico la vida. Reivindico a la humanidad en su sentido más amplio. Reivindico a los humanos y a la naturaleza, que nos acoge y de la que formamos parte. Reivindico el realismo de soñar en un futuro donde la vida sea mejor y las relaciones más justas, más ricas y positivas, y siempre en paz. Y sobre todo, como un derecho que todo lo condiciona, reivindico el conocimiento como el pilar fundamental que nos sustenta y que nos caracteriza positivamente como especie. Que esto sea digno de reconocimiento es algo que debería hacernos reflexionar acerca del mundo en que vivimos y de los valores que lo mueven".

Joan Manuel Serrat*

Al preparar este trabajo sobre globalización, pluralismo jurídico y derechos humanos me he encontrado con una literatura abiertamente contradictoria, en la que se puede encontrar información que considera que la globalización de los mercados es incompatible con los derechos humanos, hasta el otro extremo representado por el "Consenso de Washington" en el que se plantea que existe una relación directa entre el libre mercado (la base de la globalización económica), "derechos humanos, buen gobierno y democracia".

Las dos perspectivas, y las múltiples visiones intermedias, podrían ser estudiadas y desarrolladas ampliamente, sin embargo este trabajo tiene un objetivo modesto, presentar unas pocas ideas sobre la relación globalización, derechos humanos y universalismo, y obviamente, pluralismo jurídico.

En el marco de este trabajo "globalización" se entiende por aquellas tendencias o procesos que hacen del mundo un lugar más interdependiente (Twining, 120), por lo tanto incluye¹, pero no exclusivamente, a los aspectos

tecnológicos (en particular los temas de la informática y el Internet); a los económicos (capital, información y transportes baratos); al intercambio de bienes, servicios y operaciones financieras (transferencia rápida de recursos, o producción y transporte de bienes a cualquier parte del mundo); al político (la existencia de un modelo hegemónico de organización política); y por supuesto, a la globalización del derecho.

Pese a la diversidad de enfoques respecto de la **globalización** algunos autores consideran que existen algunos "puntos de encuentro" entre todos ellos: la globalización no es un fenómeno reciente, ya que se presenta al menos desde hace dos siglos; que la relación entre los niveles "local" y "global" se presenta con niveles importantes de fluidez y complejidad; que existen algunas áreas, como la comunicación y la ecología, en las que se han dado grandes avances; que existe un cambio radical en lo referente a los límites nacionales; y, que a pesar de que los Estados-Nación, no son los únicos agentes transnacionales importantes, no existe evidencia de que estos sean reemplazados por alguna forma de gobierno mundial o que estos desaparezcan (Twining, Derecho y Globalización, 120).

En lo referido a la globalización y el derecho surgen dos temas, el normativo y el moral.

En cuanto a lo **normativo**, aparecen problemas concretos respecto a la producción, circulación y recepción de las normas jurídicas estatales, especialmente por la "...separación del derecho respecto de sus condiciones particulares de producción, es decir, al momento en que éste realiza su carácter universal y absoluto" (Guardiola y Sandoval, 27) y las "consecuencias [que] tales procesos [tienen] respecto de las posibilidades de 'supervivencia cultural' de subjetividades políticas, jurídicas y sociales no modernas y subalternas" (27). Esta separación entre el lugar de producción de las normas y el de recepción no es "natural" e "irreversible", al contrario debe ser entendido como un proceso impuesto y por tanto reversible.

El resultado de este proceso de globalización es la convivencia de diversas regulaciones normativas en un

mismo espacio territorial, y no necesariamente normas que tienen como fuente el Estado o la aceptación de este para que tengan vigencia.

Esta convivencia de diversos ordenamientos nos lleva necesariamente a la noción de **pluralismo jurídico** entendido como la posibilidad de que varios órdenes jurídicos pueden convivir en un mismo espacio y tiempo², negando la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas (Borello³, 1). Esto no es una novedad en sí mismo, ya que la discusión sobre las relaciones del derecho nacional con el derecho internacional público se han venido dando con frecuencia y amplitud durante mucho tiempo, pero no se ha puesto en duda la necesidad de aceptación estatal para la incorporación de esas normas.

Es necesario recordar que el monopolio estatal en la producción de normas surge de la mano del apareamiento del Estado nacional, momento a partir del cual se niega la posibilidad de que cualquier otra instancia no estatal pueda generar normas. La costumbre se aceptaba como una fuente secundaria, siempre que la ley expresamente así lo autorizara y generalmente si no existía una norma de carácter estatal aplicable a un caso en concreto⁴.

No es posible detenernos a analizar aquellas escuelas de pensamiento que defienden el hecho de que toda organización es capaz de generar normas, o las que sostienen que independientemente del reconocimiento constitucional de la existencia de una pluralidad jurídica buena parte de los conflictos se resolvían, y muchos sostienen que se resuelven, por medio de normas no estatales, nuestro objetivo es llamar la atención sobre la conciencia actual de la pluralidad jurídica que ha dado como resultado el reconocimiento cada vez más amplio, por parte del Estado, del valor de otros ordenamientos jurídicos de origen no estatal y su relación con el proceso de globalización y los derechos humanos.

Para el caso de nuestro país, fundamentalmente pero no exclusivamente⁵, a partir de la afirmación constitucional de su carácter multicultural, el Estado reconoce normativamente⁶ la existencia de este pluralismo jurídico, al que necesariamente debemos llamar "pluralismo jurídico de Estado". Esta denominación se corresponde a la vía de legitimación asumida para esos "otros" ordenamientos, ya que es el propio ordenamiento jurídico estatal el que legitima estas normas para ser aplicadas en la resolución de conflictos de los miembros de una comunidad en particular.

Con el proceso de globalización ya no conviven únicamente reglas de origen nacional con las de derecho internacional público y las aplicables a grupos en particular a nivel local, actualmente se puede hablar de "transnacionalización" del derecho (gracias a una categoría acuñada por Santos) que se manifiesta en siete tipos⁷:

La transnacionalización del derecho del Estado-Nación. Por ejemplo, movimientos para armonizar o para unificar las ramas del derecho municipal (sic) y programas de ajuste estructural, encabezados por la Banca Mundial (sic), el FMI, y donantes de Occidente, que utilizan la 'condicionalidad' como una palanca para introducir ideas "modernas", típicamente capitalistas, de dere-

cho comercial, "buen gobierno, derechos humanos y democracia".

El desarrollo de regímenes jurídicos de integración regional. El derecho de la Unión Europea es hasta la fecha el más desarrollado⁸.

La regulación comercial transnacional, que incluye mucho del derecho no estatal, el cual Santos denomina "Derecho propio del capital global" [...] *lex mercatoria* como una forma de derecho no estatal, pero este campo importante de la justicia privada también involucra al arbitrio comercial internacional, la Organización World Trade y otros procesos instituciones más o menos ocultos, a través de los cuales se conducen las relaciones comerciales transnacionales.

"*La Ley de las personas en constante peregrinación*", esto equivale a la regulación y a los derechos de los inmigrantes, los refugiados y de las personas desplazadas [...] En esta rúbrica debe incluirse la situación de los gitanos, de los pastores y otros nómadas.

Bajo la rúbrica "Antiguos agravios y nuevas solidaridades", Santos se está refiriendo al *Derecho de los indígenas* [...].

El tópico del cosmopolitismo y *derechos humanos* abarca temas... sobre el desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos, sino que también vincula problemáticas fundamentales sobre el universalismo, el relativismo cultural, la autodeterminación, relaciones entre "desarrollo" y derechos humanos, y las posibilidades emancipatorias de un nuevo portafolio posmoderno o 'generación' de derechos humanos.

Por último el derecho, que Santos llama, auténticamente global, posible dentro de una vaga idea de *herencia común de la humanidad (ius humanitatis)*. Con esto se alude en primera instancia a la asignación de territorios y recursos en este y otros planetas de los cuales no se hayan apropiado hasta el momento ni las Naciones-Estado ni los empresarios capitalistas [...].

Ahora bien, en el ámbito moral, es decir en los objetivos de las normas, si han existido a lo largo de la historia de la humanidad consistentes esfuerzos por encontrar referencias de carácter universal (global). En este sentido es claro el papel jugado por el "derecho natural, el utilitarismo clásico, el kantianismo, y las teorías modernas de los derechos humanos" (Twining, 142).

En la época contemporánea los derechos humanos, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, son la primera manifestación de "globalización" del derecho y de ciertos valores "morales" que estos derechos representan, principalmente por su pretensión de universalidad. Este instrumento parte del reconocimiento de que todos los seres humanos son iguales y por tanto son titulares de los derechos sin considerar su origen nacional, pertenencia étnica, género, origen nacional, cultura, etc. Esta igualdad parte del reconocimiento de la dignidad intrínseca de cada persona.

El principio de universalidad de los derechos humanos se encuentra cuestionado por varios sectores por considerar que desconoce las diferencias y particularidades que existen entre los seres humanos, especialmente en dos aspectos: el género⁹ y la cultura.

Estas críticas parten de la afirmación de que la Declaración fue redactada por el grupo de países vencedores en la Segunda Guerra Mundial y sus aliados, quienes impusieron en el texto su punto de vista sobre los derechos y sus formas de protección. Esto en términos concretos implicó (de acuerdo a los sectores más críticos) utilizar a la sociedad occidental, su cultura, estructura política y social como modelo ideal con alcance universal.

Siguiendo a Pérez Luño¹⁰ (27), las tres principales fuentes de crítica al universalismo¹¹ son:

- a) En un sentido filosófico, frente a los valores de la modernidad y de la racionalidad, la universalidad y la igualdad, la condición posmoderna considera como valores alternativos las pulsiones emocionales, el particularismo y la diferencia;
- b) En un sentido político, ya que el relativismo cultural cuestiona que tanto en lo político y en lo cultural no se puede admitir que existan modelos o parámetros por medio de los cuales se juzguen a otras culturas o modelos políticos. En estas críticas se incluyen aquellas que alegan que la existencia de estos modelos tienen por objetivo eliminar las diferencias entre pueblos y culturas para asegurar la globalización económica, y por tanto crear "hábitos de consumo"; y,
- c) En un sentido jurídico, a nivel nacional las constituciones tienen una importante diversidad en la manera en que se regulan los derechos y los mecanismos de protección, al mismo tiempo que existen profundas diferencias de la forma y los recursos que tienen los estados para dar efectividad a los derechos, lo cual no es compatible con la idea de universalidad.

El mismo autor considera que frente a estas críticas existen "buenas razones" para la existencia del universalismo como "nota definitoria de los derechos humanos":

- a) Los principios de la posmodernidad no son superiores, necesariamente, a los principios de la modernidad, el comunitarismo (frente al individualismo) suele plantear un hecho "éticamente inaceptable es que la apelación a la diferencia tiende siempre a establecer discriminaciones a favor de quienes la postulan";
- b) El derecho a la diferencia, que es la base del reconocimiento del relativismo cultural, no puede soslayar o aceptar modelos políticos que esconden dictaduras o tiranías que se sostienen en esta pluralidad, o prácticas que son dramáticas violaciones a la libertad, igualdad y dignidad humana, las que se argumentan legítimas en nombre de la diversidad de culturas. En cuanto al llamado eurocentrismo u occidentalismo, se recuerda que experiencias del mundo occidental han moldeado algunos de los derechos y estas no son necesariamente positivas;
- c) El autor para desvanecer estas críticas hace una distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales. Respecto de los primeros, dice que "son aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas en el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los derechos fundamentales[...] no todos los derechos humanos son objetos de recepción en los ordenamientos jurídicos estatales[...] incluso los derechos humanos reco-

nocidos como derechos fundamentales pueden gozar de distintos mecanismos de garantías... el carácter de la universalidad se postula como condición deontológica de los derechos humanos, pero no de los derechos fundamentales..." (30).

Ni los colectivismos, ni el mercado, pueden desconocer la importancia de cada uno de los seres humanos, quienes no pueden ser considerados "medios", sino un "fin". El reconocimiento de que cada miembro de la especie humana es una "finalidad en si mismo" es uno de los fundamentos más importantes de los derechos humanos¹². De hecho este reconocimiento es el que hace que las diferencias sean respetadas y valoradas y por tanto que las "mayorías" y/o grupos de poder, no puedan desconocer en función de sus intereses, deseos y convicciones los requerimientos de individuos o grupos de población que viven o piensan de manera distinta¹³.

Este reconocimiento a la "individualidad" significa rechazar visiones utilitaristas de la vida social "que considere que un acto es correcto cuando maximiza la felicidad general" (Gargarella, 25)¹⁴ porque se "... tiende a ver a la sociedad como un cuerpo, en donde resulta posible sacrificar a unas partes en virtud de las restantes". En palabras del mismo autor, esto que en principio nos parece razonable (asegurar la felicidad de la mayoría sin importar los sacrificios de las minorías) debe ser "... tildado como ilegítimo porque desconoce, lo que Rawls denomina, la independencia y separabilidad entre las personas: el hecho de que cada individuo debe ser respetado como ser autónomo, distinto de, y tan digno como, los demás." (26).

Los derechos humanos requieren necesariamente de la existencia de una sociedad democrática en la que las libertades individuales sean respetadas, pero al mismo tiempo que no se olvide que la Declaración Universal de Derechos humanos establece que:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad¹⁵.

Considero, aunque se puede tachar de ingenuidad a una perspectiva así, que tanto los límites para el pluralismo jurídico, que parte del reconocimiento de las particularidades, como para la globalización, que se cree niega esas particularidades, son los derechos humanos.

En este contexto el gran reto para los Estados nacionales, y para la comunidad internacional, es promover la constitución de verdaderos estados democráticos en los que se pueda conciliar los aspectos formales con los sustanciales de la democracia. Los aspectos sustanciales de la democracia implica que los derechos y las libertades sean los límites a la democracia de las mayorías y al ejercicio del poder, y por otro lado, que la concreción de los derechos sean los objetivos de la actividad estatal, superando el aspecto puramente procedimental de la democracia (su aspecto formal), es decir las formas de elección de los gobernantes.

Termino este trabajo citando al filósofo Ernesto Garzón Valdés¹⁶:

...la génesis de los derechos humanos, tal como fueron formulados por quienes comprendieron la necesidad de contar con una base ética mínima que hiciera posible la convivencia pacífica entre culturas diferentes, está la idea de que todo ser humano racional tiene que aceptar

dos proposiciones centrales: el derecho a la autodefensa y la prohibición de dañar arbitrariamente o innecesariamente a sus semejantes [...]. Si se toman en cuenta estos dos principios que apuntan a las necesidades universales de toda sociedad, no cuesta mucho inferir un buen catálogo de derechos humanos, también universales, formulables desde la posición de imparcialidad...

Notas

- * Palabras que pronunció Joan Manuel Serrat, durante el homenaje que le tributó la Universidad Complutense de Madrid al entregarle el Doctorado Honoris Causa.
- 1 Excepto la globalización del derecho las restantes dimensiones son expuestas por Susan George en *¿Globalización de los Derechos Humanos?*, publicado en "La Globalización de Derechos Humanos". Varios Autores. Editorial Crítica. Barcelona.
- 2 Para varios autores, entre ellos William Twining, la coexistencia de múltiples ordenamientos legales y múltiples sistemas o cuerpos de reglas son hechos sociales, por tanto el pluralismo jurídico no es una escuela o perspectiva, sino un fenómeno o un concepto (Twining, 260).
- 3 Raúl Borello. Ponencia: "Sobre el pluralismo jurídico". Presentado en XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Mimeo s/f.
- 4 Código Civil "Art. 2.- La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella".
- 5 Nos parece que un ejemplo del reconocimiento de la posibilidad de aplicación de otras reglas no estatales a la solución de conflictos, distintas a las de los pueblos ancestrales, se encuentra en el artículo 191 de la Constitución norma en la que se reconoce "De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales" (el resaltado es nuestro).
- 6 Aunque el antecedente es la aprobación del Convenio 169 de la OIT.
- 7 Reproducimos en esta sección lo presentado por William Twining en "Globalización, postmodernismo y pluralismo: Santos, Haak y Calvino", *Derecho y Globalización*, pág. 283.
- 8 Obviamente para el caso de nuestra región las normas de la Comunidad Andina de Naciones.
- 9 Otras críticas de naturaleza relevante que cuestionan al principio de igualdad, como negador de las diferencias entre seres humanos provienen de los movimientos feministas que consideran que "Si bien es cierto que la Declaración Universal de Derechos Humanos sí incluyó a las mujeres en su concepción de igualdad, la que se establece ahí tiene como referente al hombre. Prueba de ello es que no se tradujeron en derechos muchas de las necesidades de las mujeres. Por ejemplo, no se reconocen los derechos sexuales y reproductivos a pesar de que la maternidad y la reproducción han sido utilizadas para definir el rol de las mujeres en nuestras sociedades y para negarnos el desempeño de otra serie de roles." (Facio, 217).
- 10 Antonio Pérez Luño. *La Universalidad de los Derechos Humanos*. Publicado en *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*. Publicado por la Universidad Internacional de Andalucía. Huelva. 2001.
- 11 El principio de universalidad de derechos humanos fue recogido en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, aprobadas por consenso en el marco de la segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, introduciendo en la declaración los llamados "particularismos": "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos..." (Declaración y Programa de Acción de Viena. Parte I, párrafo 5)
- 12 No es el interés de este trabajo discutir si son legítimas fundamentaciones absolutas de los derechos humanos o si existe una sola fundamentación.
- 13 Para Luigi Ferrajoli, "La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual del valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás". Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid. 1999.
- 14 Roberto Gargarella. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Paidós. Buenos Aires. 1999.
- 15 Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- 16 Ernesto Garzón Valdés. *Cinco confusiones morales acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*. Publicado en *CLAVES de Razón Práctica*. No. 74 (Julio/Agosto 1997), págs. 10-23.

Solución de Controversias en Materia de Inversiones

María Gabriela Jijón Ch.

El arbitraje internacional entre Estados e inversionistas privados sigue siendo un tema polémico, por al gran crecimiento que ha tenido el CIADI y porque existe todavía una tensión entre los intereses privados que guían a los inversionistas frente a los intereses públicos estatales.

I.- La Institución del Arbitraje Internacional

En la situación socio-política en la que vivimos, resulta desafiante buscar y analizar mecanismos alternativos a la justicia ordinaria para la solución de los conflictos que se suscitan dentro del país. Ecuador está atrapado en una de las crisis más graves de la historia. Se ha vulnerado el ordenamiento jurídico, desde su base constitucional; rige una justicia politizada y corrupta que no otorga las garantías básicas de independencia, eficacia y predictibilidad.

Resulta por ello un reto analizar nuevos medios para la solución de conflictos. Entre ellos, el arbitraje que en los últimos tiempos ha cobrado gran relevancia para los Estados, sobre todo como medio para promover inversiones extranjeras que sin lugar a dudas, son muy importantes para las economías de los países en desarrollo como el Ecuador.

Debemos propiciar y promover los medios adecuados para el ingreso de capitales extranjeros bajo un marco legal predecible y transparente que ofrezca seguridad jurídica a dichas inversiones. Por ello he considerado importante realizar un estudio sobre la competencia de uno de los foros internacionales más recurridos en materia de arbitraje de inversiones como es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, conocido como CIADI.

El CIADI nace como una propuesta planteada por el Banco Mundial y se consolida a través del Convenio de Washington en 1965, el cual se conoce como: *El Convenio en Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados* que entra en vigor el 14 de octubre de 1966.¹ El CIADI fue creado como una herramienta legítima para atraer capital internacional, ofreciendo al inversionista un foro imparcial alejado de las manipulaciones políticas, para el arreglo de disputas que se puedan generar entre un Estado y un inversionista.

El sometimiento de las disputas ante el CIADI resulta beneficioso para el inversionista si consideramos que de esta forma se asegura que una vez que el Estado se ha sometido al arbitraje, éste no podrá retractarse. Al mismo tiempo es positivo para el Estado, ya que al ofrecer un clima de confianza para los inversionistas y asegurar imparcialidad al momento de resolver los conflictos, incrementa la posibilidad de ingreso de inversiones extranjeras a sus fronteras y evita que el país al cual pertenece el inversionista pueda ejercer protección diplomática² o someta sus controversias a tribunales de otros Estados miembros.³

Los Estados buscan en la actualidad celebrar tratados y convenios que faciliten la relación entre los mismos, estimulando un ambiente cálido para los inversionistas. Así encontramos que los Tratados Bilaterales de Inversiones conocidos como TBI's o por sus siglas en inglés como BIT's, tienen como objetivo otorgar un tratamiento no discriminatorio y seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros, impidiendo que la protección de las inversiones pueda ser arbitrariamente retirada por un Estado de manera unilateral y evitando que la única alternativa posible de resolver una violación a una de las garantías a la inversión, se encuentre en manos de los tribunales internos del país receptor de la inversión. En los últimos años se ha dado un incremento gradual en la suscripción de los TBI's por parte de los Estados.

Los TBI's recogen ciertas protecciones mínimas que permiten crear un espacio de confianza y protección para los inversionistas dentro del territorio de los Estados. Como algunos expertos sostienen:

*Los TBI's se han convertido en una fuente de verdadera protección para los derechos de los inversionistas.*⁴

Del mismo modo benefician al Estado con el flujo de ingresos de capital a su territorio, fortaleciendo sus mecanismos legales y fomentando la seguridad jurídica dentro de su ordenamiento, lo que le permite ser parte de la economía global.

Es interesante observar que en los últimos años el número de casos originados por violaciones o supuestas violaciones a los TBI's presentados ante el CIADI han incrementado notablemente de 5 casos presentados hasta el año 1994 a 160 casos hasta noviembre de 2004. Más de la mitad (92) de las demandas de las que se tiene conocimiento fueron interpuestas en los tres últimos años.⁵ El informe anual del Secretario General Adjunto del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones conocido como CIADI de ese entonces, Antonio Parra, solo en el año 2004 se presentaron 30 casos nuevos, lo cual muestra un incremento del 15% respecto a los casos registrados el año anterior. De igual forma se pudo verificar hasta junio del 2004, 159 casos en total ante el CIADI, provenientes no solo de Tratados Bilaterales de Inversiones, tratados plurilaterales o tratados regionales, sino también de legislaciones internas o cláusulas de inversiones dentro de contratos de inversión. Es importante recalcar que el número de Países Miembros también se incrementó en el 2004 a 140.⁶

II.- La Controversia que ha surgido dentro del Arbitraje Internacional con relación a las Inversiones

La Jurisdicción del Centro y la Competencia por parte de los tribunales del CIADI ha despertado gran interés en los últimos años, sobre todo generando el complicado debate en torno al alcance de la jurisdicción del CIADI con relación al concepto de inversión.

En efecto, pese a que el Art. 25 del Convenio del CIADI recoge los requisitos para que este organismo asuma jurisdicción sobre los litigios en ningún momento define los términos que se encuentran recogidos bajo esta normativa. Un claro ejemplo que se estudiará con detenimiento, es el concepto de "inversión." Su falta de definición ha generado una discusión entre las partes de los procesos arbitrales por su relación con la jurisdicción del CIADI.

II.1.- Razón de Ser de la Disputa

El arbitraje internacional entre los Estados y los inversionistas privados sigue siendo un tema controversial. Esto se debe entre otras cosas, no solo al gran crecimiento que ha tenido el CIADI en los últimos años y la gran cantidad de casos sometidos a este Centro a raíz de la crisis financiera en Argentina sino, principalmente, porque existe todavía una tensión entre los intereses privados que guían a los inversionistas frente a los intereses públicos de los Estados que luchan por defenderse al amparo de la justicia que emana de su soberanía.⁷

La resistencia de los Estados al sometimiento de sus controversias al arbitraje internacional, en parte puede explicarse debido a un proceso de evolución del Estado como actor dentro del derecho internacional. En el Siglo XIX, al ser los Estados considerados los sujetos más importantes dentro del marco del ordenamiento jurídico internacional, no existía una participación directa de los in-

dividuos o personas jurídicas privadas en litigios contra los Estados; debían hacerlo a través de sus Estados de origen. Existían una serie de mecanismos de protección utilizados por los Estados: la protección diplomática, o la responsabilidad del Estado por daños y perjuicios ocasionados a personas o bienes, los cuales se hacían efectivos con el uso de la fuerza.⁸

Las normas de protección diplomática, exigían que se diera un agotamiento previo de los recursos internos, en miras a proteger la soberanía del Estado y tratar de resolver el conflicto dentro de su propio ordenamiento jurídico interno. Si este mecanismo no funcionaba, se permitía solamente al Estado del cual eran parte los afectados, recurrir al derecho internacional.⁹ Sin embargo pese a que todavía existen muchos elementos de este antiguo sistema, el derecho internacional ha sufrido un considerable cambio en los últimos años, en parte gracias al fenómeno de la globalización.¹⁰

Uno de los cambios más significativos, ha sido la importancia que ha adquirido el individuo dentro del escenario jurídico internacional y la posibilidad de que él, por sí mismo, haga valer sus derechos sin tener que hacerlo a través del Estado del cual es parte.

Sin embargo debido a la validación de este nuevo sujeto dentro del contexto internacional, ha surgido una gran discrepancia entre aquellos que dan prioridad a los intereses privados de estos particulares y aquellos que otorgan más valor a los intereses públicos de los Estados. En cada caso y según su ubicación frente al litigio concreto, varían los mecanismos y estrategias utilizados para evadir o forzar el sometimiento de las controversias a la jurisdicción de tribunales del CIADI.

II.1.1.- Perspectiva del Estado

El Estado tiene una tendencia a nacionalizar los contratos suscritos con los inversionistas, tratando de privilegiar su soberanía y así evitar estar sometido a leyes internacionales que en muchas ocasiones resultan ser desconocidas por sus funcionarios y por tanto constituye un terreno peligroso donde transitar. Normalmente, las naciones establecen que la ley aplicable al contrato debe ser la del Estado huésped de la inversión y así cualquier disputa que pueda surgir de tal inversión debe ser resuelta por sus tribunales internos. La filosofía que justifica esta actitud se basa, en que, así como el inversor va a su territorio con el objetivo de hacer dinero y sacar provecho de sus recursos naturales, de la misma forma deben someterse también a las leyes internas del Estado receptor de la inversión, quien podrá ejercer un control más riguroso sobre sus actividades.¹¹

De esta forma, los Estados utilizan una serie de técnicas que es necesario que se expliquen por la importancia que luego tienen al dictaminar la jurisdicción del CIADI en materia de inversiones, como nos comentan algunos autores.

Cremades y Cairns explican que los Estados pueden, en principio, a través de la elección de la jurisdicción, utilizar dos técnicas que se derivan de consideraciones relacionadas con la soberanía de los Estados y de las ba-

ses de la doctrina Calvo,¹² donde se busca resolver las controversias derivadas de inversiones a través de los tribunales internos.

La primera técnica consiste en incluir en los TBI's una cláusula que exija el previo agotamiento de los recursos internos para luego poder recurrir al arbitraje internacional. La aplicación de una cláusula semejante se discute en el caso *Maffezini v. España*¹³, donde el Tribunal consideró que:

*Al incluir esta cláusula en el TBI, España y Argentina, ...quisieron dar a sus respectivos tribunales la oportunidad, dentro del plazo de los 18 meses, de solucionar la controversia antes de que ésta pudiera ser sometida al arbitraje internacional.*¹⁴

Una segunda técnica favorece a los Estados, consiste en establecer una disposición en los TBI's, que instituya el consentimiento previo del Estado receptor para someterse al foro internacional una vez que surja la controversia. El Estado huésped se reserva el derecho a prestar su consentimiento y por tanto a escoger el arbitraje al cual deban someterse las controversias que deriven de la inversión. Como establecen Cremades y Cairns:

*El balance se desplaza a favor del Estado, que tiene un privilegio para arbitrar una controversia de inversión si el inversor elige esta opción, pero no la obligación de hacerlo así.*¹⁵

II.1.2.- Perspectiva del Inversionista

Por el contrario, los inversionistas tratan de llevar los conflictos al plano internacional, presionando para que los Estados se sometan al arbitraje internacional, debido a la imparcialidad tanto jurídica como política que el arbitraje internacional ofrece al momento de resolver la disputa.

La filosofía del inversionista se sustenta en que al llevar capital al Estado huésped, esto conlleva un crecimiento económico que fomenta el desarrollo, la innovación de tecnología, capital, y diversificación para ese Estado. De la misma manera considera que la ley más justa al tratarse de dos legislaciones distintas, es la ley internacional, y que los conflictos deben solucionarse por tribunales independientes y confiables como aquellos constituidos bajo el CIADI.

Para conseguir que los conflictos alcancen la jurisdicción del CIADI, los inversionistas utilizan estrategias y argumentos que pasamos a analizar. La primera es conseguir, a través de su propio Estado, que los TBI's otorguen la mayor amplitud posible al sometimiento de las disputas que surjan de una inversión.

Esto se logra gracias a la "oferta abierta" que los Estados otorgan al momento de suscribir los TBI's. Sobre esta oferta de arbitraje, en el caso *Lanco International Inc v. República de Argentina*,¹⁶ el Tribunal expresó:

*El consentimiento para arbitrar en el TBI constituía una oferta abierta a los inversores. Esta oferta era aceptada por el inversor al indicar por escrito su elección del arbitraje como forma de resolución de controversias.*¹⁷

Por otro lado encontramos que los inversionistas hacen uso de las llamadas "cláusulas paraguas"¹⁸ de los TBI's. Estas cláusulas consisten en disposiciones que obligan al Estado huésped a respetar cualquier acuerdo

respecto a inversiones que se encuentre enmarcado dentro del TBI. De esta forma el momento en que dicho Estado incumple un contrato de inversión este se equipara a un incumplimiento de un tratado, como es un TBI.

La discusión sobre la jurisdicción del CIADI no es puramente jurídica, sino que existen razones de carácter político e intereses de los Estados e inversionistas que fomentan esa discusión. La falta de claridad de las normas jurídicas aplicables: el propio Convenio, los TBI's, los Contratos de Inversión y las decisiones de los Tribunales Arbitrales, complican aún más el panorama.

II.2.- Manejo del Concepto de Inversión por las Partes con el Objetivo de Forzar o Evadir la Jurisdicción del CIADI

Uno de los puntos centrales de estas discusiones es el concepto de inversión y la necesidad o no, de definir de manera clara y categórica este término para conseguir mayor consenso de los tribunales arbitrales. Pasemos a analizar el tema.

Frente al término inversión se ha suscitado una controversia a lo largo de los años respecto a si se debe o no precisar dicho término debido a que el Convenio del CIADI no ofrece definición alguna. Surge una discusión entre aquellos autores que se inclinan por el criterio objetivo y sostienen que se debe delimitar dicho concepto, mientras que hay otros autores que apoyan el criterio consensual y consideran que se debe dejar a las partes que estas definan el concepto de inversión dentro de los TBI's. Con el objetivo de tener mayor precisión sobre estas dos posiciones, he considerado importante detenerme en los argumentos en que se apoyan cada una de ellas.

La decisión del Convenio de no definir inversión, sostienen algunos tratadistas, se debe a que este concepto debe adecuarse a las diferentes exigencias que se imponen día a día, y por ende debe definirse en términos extensos dentro de los TBI's u otros instrumentos internacionales. De tal manera el concepto de inversión evolucionará paralelamente a las actividades realizadas por los inversionistas dentro de los Estados extranjeros. Así, en un comienzo, explica Delaume, la inversión extranjera se caracterizaba por ser directa y consistía entre otras cosas en las concesiones, joint ventures y préstamos internacionales. A medida que pasaron los años, las inversiones se transformaron en acoplamientos a nuevas participaciones de carácter indirecto, como es la transferencia del know-how, leasing internacional, contratos de servicios, entre otros.¹⁹

Por el contrario, existen autores que sostienen que es necesario definir el concepto de inversión ya que una definición amplia, como consta en la mayoría de TBI's, conduce a fallos contradictorios dentro de los propios tribunales del CIADI, respecto a considerarse competentes o no en cada caso, lo que muestra una clara inconsistencia con el propósito del propio Convenio.

Es importante recalcar que la tesis del Estado Ecuatoriano se inclina por el criterio objetivo, sosteniendo que:

El término inversión tiene, en el Art. 25 del Convenio CIADI, un significado objetivo, que debe ser respetado

cuando, de establecer la jurisdicción del CIADI, se trata. Además consideran que si bien es cierto que la jurisprudencia, ante la ausencia de una definición, se ha inclinado por dar al término inversión una interpretación extensiva, sin embargo piensan que por más amplia que sea la extensión, no puede llegar al extremo de forzar el sentido o de exceder el razonable ámbito significativo del propio término.²⁰

Sin embargo, luego de un arduo intento de la Comisión Redactora del Convenio CIADI por delimitar este concepto, se llegó a la conclusión que todas las definiciones eran vagas e imprecisas y que por lo tanto era mejor dejar en manos de las partes esta delimitación. El Reporte de los Directores Ejecutivos dijo:

*Ningún intento fue realizado por definir el término inversión, dados los elementos esenciales de consenso por las partes, y el mecanismo a través de los cuales los Estados Contratantes pueden de manera anticipada, hacer conocer que consideran someter al Centro al Art. 25.4.*²¹

III.- Acerca de la Legalización y su Aplicación dentro del Contexto Socio-Político del Ecuador

Frente a esta ausencia de definición del término "inversión dentro del Convenio, los tribunales del CIADI se han visto ante la problemática de resolver en cada caso si existe o no inversión, con el objetivo de poder declararse competentes para resolver el mismo.

El concepto de inversión tiene un alcance amplio dentro de los márgenes del CIADI, siendo los propios Estados quienes delimitan este campo, generalmente a través de los TBI's. Sin embargo, se ha considerado de manera general a la inversión, como:

*A la casi totalidad de transacciones internacionales conocidas, aunque necesariamente escapan del conocimiento de esta institución, disputas puramente políticas, económicas y comerciales, como, por ejemplo, la simple venta de bienes.*²²

En el caso de Ecuador los TBI's ratificados por éste, conservan el mismo lineamiento en la definición de inversión. Todos mantienen una definición abierta de "inversión" encontrando frases como: *comprende toda clase de bienes, en especial...*, *incluye en particular, pero no exclusivamente...* o *finalmente inversión significa todo tipo de inversión tales como...*, seguido por una lista ejemplificativa de activos, derechos e intereses.

Como comenta Dolzer y Stevens:

*El resultado al que se llega es una definición muy amplia de inversión con arreglo a la cual, todo aquello que tenga valor económico, prácticamente sin limitación..., puede ser protegido por el TBI, lo que asegura una flexibilidad máxima en la aplicación de los TBI.*²³

Así pese a que los parámetros para calificar inversión son bastante bastos, no podemos desnaturalizar el concepto de inversión. Este criterio ha sido reiterado por la doctrina internacional²⁴ y recogido en varios fallos del CIADI²⁵, donde tanto los tribunales que se declararon competentes como los que desecharon el caso por falta de

jurisdicción, reconocen el contenido objetivo del término "inversión".²⁶

Un caso reciente que aborda esta discusión dentro de la jurisprudencia del CIADI es *Baylinder v. Pakistán*. El Tribunal se remite a fallos anteriores del CIADI, donde se analiza si existe o no una inversión en base al Art. 25 del Convenio del CIADI. Así los árbitros citan el caso *Autopista Concesionada de Venezuela c. Venezuela*, donde la disputa surge de la construcción de una autopista. El Tribunal en este último caso mencionado dijo:

*La construcción de una carretera implica comprometer los recursos trascendentales durante período prolongados, lo cual claramente califica como inversión en base al Art. 25 del Convenio del CIADI.*²⁷

Es interesante mencionar que en este último caso el Tribunal dijo, que si bien el espíritu mismo del Convenio no quería dar una definición para este término, y prefirieron otorgar amplias facultades a las partes para que éstas proporcionaran una definición, esto se debía hacer siempre que los criterios convenidos entre las mismas fueren razonables y no contradijeren los fines del propio Convenio.

En referencia a lo anterior, el Tribunal cita las palabras del Consejero Jurídico del Banco Mundial en 1963, y la persona quien presidió las reuniones consultivas para el anteproyecto del Convenio, el Dr. Aaron Broches, quien dijo:

*Al final, el esfuerzo por divisar una definición generalmente aceptada para el término inversión fue rechazado debido al elemento esencial del consentimiento de las partes. Considero que esta fue una decisión sabia, relacionada por completo con el carácter consensual que tiene el Convenio, que deja un gran margen de discreción para las partes. Sin embargo es importante mencionar, como ya he mencionado en otra ocasión, que esta discreción no puede ser ilimitada y no puede ser ejercitada hasta el punto de ser completamente inconsistente con el propósito del Convenio.*²⁸

De igual manera en el caso *Baylinder v. Pakistán* el Tribunal se remite al caso *Salini Construttori v. Marruecos*²⁹ donde se consideró que el término inversión presupone la existencia de ciertos elementos recogidos por Tribunales, tanto en el caso *Fedax v. Venezuela* como también en *Joy Mining v. Egipto*.³⁰ Paso a referirme a esos elementos:

1.- Tiempo

El elemento tiempo, como menciona el Tribunal en el caso *Baylinder v. Pakistán* es justamente el parámetro que permite diferenciar a una inversión de una simple transacción comercial. El Tribunal en el caso *Fedax v. Venezuela* dijo:

Los préstamos de largo plazo, precisamente contrapuestos a las operaciones comerciales de poca duración, fueron incluidos en el concepto de inversión en los orígenes del Convenio.

*Esto se puede ver claramente en el primer borrador del Convenio en el que se dice: Inversión significa cualquier contribución de dinero o de otras acciones de valor económico por un período indefinido o si el período es definido por no menos de cinco años.*³¹

2.- Aporte substancial del inversor para el Estado Receptor

El aporte puede ser de conocimiento, de equipo, de personal o de carácter económico.³²

3.- Riesgo

El Tribunal en el caso *Baylinder v. Pakistán* dijo que el elemento riesgo puede ser medido en función, de que al tratarse de un contrato de largo tiempo, donde el costo total no puede ser establecido con anticipación, se crea un factor de riesgo para el proyecto que se quiere llevar a cabo.³³

4.- Regularidad de Beneficio y Rendimiento del Proyecto llevado a cabo por el Inversor.

Se refiere a un ingreso periódico cuantitativo periódico obtenido del proyecto que está ejecutando el inversor. En el caso *Joy Mining v. Egipto*, el Tribunal consideró que no existía una regularidad de beneficio y rendimiento considerando que el pago del precio fue hecho en su totalidad en una etapa anterior a la ejecución del proyecto minero.³⁴

5.- El proyecto debe significar un desarrollo para el Estado Receptor.

Este elemento se encuentra recogido en el preámbulo del Convenio así como en el Reporte de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial. Este desarrollo puede ser medido en términos de desarrollo global económico, tecnológico y en general de cualquier tipo para la nación, sin embargo este debe ser tomado en cuenta en razón de la totalidad del proyecto y no de una simple fracción del mismo.³⁵

En cuanto a la extensión de estos parámetros, como bien mencionan los Tribunales, estos deberán ser analizados dependiendo de cada caso en concreto.³⁶ El Tribunal en el caso *Baylinder v. Pakistán* dijo:

*Estos elementos pueden ser muy relacionados entre ellos, y deben ser examinados en su totalidad, y normalmente dependerán de las circunstancias de cada caso.*³⁷

Así encontramos que el análisis de los fallos de los Tribunales del CIADI, antes mencionados, respecto al término inversión muestra claramente la tendencia por considerar que pese a no existir una definición del Convenio, y dejar que sean las partes las que delimiten el concepto dentro de los TBI's con la amplitud que estimen conveniente, no se puede negar que dicho término evidentemente tenga un contenido objetivo establecido por el Art. 25 del Convenio, delimitado por ciertos parámetros que permiten caracterizar a una inversión de manera general.

Pese a que es evidente que existe un gran progreso del arbitraje internacional; sin embargo en el Ecuador todavía nos queda un largo camino por recorrer. Debemos estar conscientes que el arbitraje es más que un mecanismo adecuado para descongestionar el trabajo de los despachos judiciales internos. El arbitraje es un mecanismo que se adecua a las exigencias de la globalización y de la comunidad internacional.

El éxito del arbitraje, por tanto, está ligado a la apertura que tengamos frente a los cambios y a nuestra preparación para poder asumir su desafío. El acceso a los mercados y el crecimiento del Ecuador, depende en gran parte del flujo de capital que exista dentro de nuestras fronteras, pero esto solo podrá darse si contamos con un ordenamiento jurídico fortalecido y eficiente que ofrezca seguridad jurídica y un ambiente propicio al crecimiento económico de la nación.

Resulta necesario ofrecer a los inversionistas un foro adecuado para la resolución de las disputas que surjan de inversiones en el Ecuador. El sistema arbitral del CIADI ofrece una alternativa válida que brinda seguridad jurídica³⁸ e imparcialidad³⁹ para el inversionista al momento de encontrarse frente a una controversia con el Estado ecuatoriano.

Así comparto al igual que muchos doctrinarios y árbitros internacionales que los cinco parámetros antes mencionado, bajo los que considero se puede delimitar el término "inversión" son los que se encuentran recogidos en la doctrina⁴⁰ y en la jurisprudencia del CIADI⁴¹. El fundamento de estos parámetros lo encontramos en el marco de los propios TBI's.⁴² y en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados.⁴³

Estos parámetros permiten diferenciar a una simple transacción comercial de una inversión.

Para finalizar quisiera invitar a todos a reflexionar en la importancia que tiene trabajar y encaminarnos hacia la internacionalización del derecho. Para ello debemos estar conscientes de las exigencias que se nos impone dentro de un mundo globalizado como el nuestro. Exigencias que implican modificar y actualizar nuestra normativa legal interna en miras de ofrecer un clima de seguridad jurídica para los inversionistas extranjeros que al traer capital dentro de nuestras fronteras, fomentan el crecimiento y el desarrollo económico de la nación.

Notas

- 1 Tawil, Guido Santiago. "Conferencia: El Arbitraje entre Inversores y los Estados. Tratados Bilaterales: Principales Características y Cuestiones Actuales". Quito, Ecuador: Seminario Arbitraje Comercial Internacional. 11 de marzo de 2005. Pág. 76.
- 2 Art. 27, numeral 1 del Convenio de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. 14 de octubre de 1966.
- 3 Cantuarias Salaverry, Fernando. "Condiciones para acceder al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)." Revista Iberoamericana de Arbitraje. 5 de marzo de 2004.
- 4 Sauvart, K and Weber, J. Occasional Note: "International Investment Dispute on the Rise." 29 November 2004. UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2004/2. Pág.6 (Traducción no Oficial.)
- 5 Informe Anual del CIADI del 1 de julio de 2002 al 30 de junio 2003 del Secretario General, Antonio R. Parra. Informe Anual del 1 de julio de 2003 a 30 de junio del 2004. del Secretario General, Roberto Dañino. Tomado de: <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998art/2004>. (Traducción no Oficial. El presente documento se presenta en la fecha antes indicada debido a los retrasos en la verificación de los datos que en él figuran.

Notas

- 6 Broches, A. "Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investments Disputes." Schulz, J & Van Den Berg. "The Art of Arbitration: liber amicorum Pieter Sanders." 1982, p.63. Tomado de Blackaby, Nigel. "El arbitraje según los tratados bilaterales de inversiones y tratados de libre comercio en América Latina." Revista Internacional de Arbitraje. Enero-Julio 2004. Pág. 24.
- 7 Silva Romero, Eduardo. "The Dialectic of International Arbitration Involving State Parties. Observation on the Applicable Law in State Contract Arbitration." ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 15/No. 2. Fall 2004. Pág. 80. (Traducción no Oficial).
- 8 Vives Chillán, Julio. A. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Madrid: Mc. Graw Hill, 1998. págs. 1-5.
- 9 *Ibidem*. págs. 1-5.
- 170 La globalización es el proceso por el que la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unifica mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económica y política que les dan un carácter global. Así, los modos de producción y de movimientos de capital se configuran a escala planetaria, mientras los gobiernos van perdiendo atribuciones ante lo que se ha denominado la sociedad en red. Tomado de: Enciclopedia Wikipedia. La Enciclopedia Libre. 20 de mayo de 2001. Disponibilidad: <http://es.wikipedia.org/wiki/wikipedia>.
- 11 Silva Romero, Eduardo. "The Dialectic of International Arbitration Involving State Parties. Observation on the Applicable Law in State Contract Arbitration." Pág. 80-81.
- 12 Denominada "la Doctrina Calvo", ya que el principal exponente de esta tendencia fue el internacionalista argentino Carlos Calvo, y que sostenía que los nacionales y los extranjeros debían tener los mismos derechos y ambos, en casos de controversia, estar sometidos a las cortes locales. Su objetivo era limitar la intervención de los Estados de origen de los extranjeros. Notas de cátedra de Solución de Controversias en Materia de Comercio e Inversiones y entrevistas a lo largo de la realización del presente trabajo con el Profesor Alvaro Galindo, Universidad San Francisco de Quito, verano de 2005.
- 13 Maffezini v. España. (Case No. ARB/97/7.)
- 14 *Ibidem*. párr. 24-37. Tomado de Cremades, Bernardo y Cairns, David. "Disputes Arising out of a Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues." Exempler provided in the Conference of International Commercial Arbitration in Latin America. New York: March 12, 2004. Pág. 92-104.
- 15 Cremades, Bernardo y Cairns, David. Op. Cit. Pág. 101.
- 16 Lanco International Inc v. República Argentina. (Caso No ARB/97/6)
17. *Ibidem*. Tomado de: Cremades, Bernardo y Cairns, A. Op. cit. Pág. 98-103.
- 18 Cláusulas de estabilización de los contratos.
- 19 Delaume, Georges. Experience with ICSID. En: AKSEN, Gerold & Robert B. Von Mehren. International Arbitration between Private Parties and Governments, Comparative Law and Practice Course Handbook Series, No. 399, U.S.A., 1982 Pág. 230. Tomado de Cantuarias Salaverri, Fernando. Op. Cit.
- 20 Dr. Alberto Wray, Dr. Ernesto Albán Ricaurte. Entrevista personal. 5 de octubre de 2005. Abogados que se encuentran actualmente defendiendo al Estado ecuatoriano en el caso MCI Power Group L.C. y New Turbine INC v. República del Ecuador. Caso todavía no resuelto por los Tribunales del CIADI.
- 21 History of the ICSID Convention. Volumen II-1 Washington: ICSID Publication, 1968(original) and reprinted in 2001." Pág. 22. (Traducción no Oficial).
- 22 United Nations Conference on Trade and Development. "Course on Dispute Settlement: International Center for Settlement of Investment Disputes." Disponible en: www.unctad.org/en/docs. págs. 17. Tomado de: *Ibidem*.
- 23 Dolzer & Stevens. "Bilateral Investment Treaty." La Haya: 1995. Pág. 25-31. Tomado de Cremades, Bernardo y Cairns, David. Op.cit. págs. 84.
24. Schreuer, Christoph H. "Foreign Investment Law Journal: Commentary on the ICSID Convention: Article 25." Vol. 11No.2 ICISD Review. United States: Fall 1996. Pág. 355-358. (Traducción no Oficial.)
- 25 Caso Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt. (Caso No. ARB/03/11) y Caso Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco. (Caso No. ARB/00/4), Caso IBM v. República del Ecuador (Caso No. ARB/02/10) Autopista Concesionaria de Venezuela C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela. (Caso No. ARB/00/5.) Fedax v. Venezuela. (Caso No. ARB/96,3, 1996). Baylinder Instar Turizm Ticarey ve Sanayi v. la República Islámica de Pakistán. (Caso No. ARB/ 03/ 29)
26. Como bien se menciona en el caso Joy Mining v. Egipto: El Tribunal está consiente que sino se hace una diferenciación entre un contrato ordinario de compra y venta, por más complejo que este sea, respecto de una inversión, se daría el resultado de que. todo contrato de compra y venta donde interviniera un agente del Estado podría considerarse una inversión. (Joy Mining v. Egipto. (Caso No. ARB/03/11) párr.58.

Notas

- 27 Baylinder Instar Turizm Ticarey ve Sanayi v. la República Islámica de Pakistán. (Caso No. ARB/ 03/ 29) (Traducción no Oficial.)
- 28 Ibidem. párr. 101
- 29 En este último caso mencionado, el Tribunal determinó que los derechos contractuales del demandante constituían una inversión sobre la base del Art. 25 del Convenio ya que dijo: "una inversión implica aportaciones, una cierta duración del contrato y una participación en los riesgos de la transacción (...) y (...) la aportación al desarrollo económico del Estado receptor." (Salini Costruttori v. Marruecos, párr. 52) Existía una contribución para el Estado receptor, considerando que se había aportado la construcción de una carretera en condiciones adecuadas. Concurría riesgo para el inversionista desde el punto de vista legal en cuanto a los contratos administrativos, donde el Estado Marrueco tenía el poder para dar por finalizando el contrato o modificar el mismo sin ningún tipo de ajuste de precios. (Salini Costruttori v. Marruecos, párr. 53-58)
- 30 El Tribunal en el caso Joy Mining v. Egipto dijo: "Las partes en una disputa no pueden, por contrato o por tratado, definir como inversión, para efectos de la jurisdicción del CIA-DI, algo que no satisfaga los requerimientos objetivos del Art. 25 de la Convención. De otra forma el artículo 25 y su sustento en el concepto de inversión, aunque no se haya definido específicamente, se tornarían en una provisión sin sentido." (párr. 50) Agregando que: "Las cinco características de una inversión que se citan a continuación han sido identificadas y aprobadas en términos similares aunque no idénticos por varios comentaristas y en un laudo reciente: (i) Una inversión tiene una cierta duración; (ii) Una inversión incluye una cierta regularidad de beneficio y rendimiento; (iii) Una inversión típica implica un elemento de riesgo para ambas partes; (iv) Una inversión normalmente implica un compromiso o aportación substanciales; (v) Una inversión deberá ser importante para el desarrollo del Estado receptor." Sin embargo esta última característica, como menciona Schreuer, no es un elemento general de todas las inversiones. (Schreuer, Christoph. Op. cit. párr. 119-124. Tomado de: Cremades, Bernardo y Cairns, David. Op. cit. Pág. 84-85. (Traducción no Oficial).
- 31 Fedax v. Venezuela. (Caso No. ARB/ 96/3) párr. 23. (Traducción no Oficial)
- 32 Baylinder v. Pakistán (Caso No. ARB/ 03/ 29) párr. 131. (Traducción no Oficial.)
- 33 Ibidem. párr. 136. (Traducción no Oficial.)
- 34 Joy Mining v. Egipto. (Caso No. ARB/ 03/11) párr. 57. (Traducción no Oficial.)
- 35 El Tribunal dijo: "El total del precio y las garantías bancaria es relativamente substancial, y es probablemente una contribución para el desarrollo de la operación minera, sin embargo representa tan solo un pequeño porcentaje de la totalidad del proyecto." (Joy Mining v. Egipto. Parr. 57)
- 36 Joy Mining v. Egipto. (Caso No. ARB/ 03/11) párr. 53. (Traducción no Oficial.)
- 37 Baylinder v. Pakistán. (Caso No. ARB/ 03/ 29) párr.130. (Traducción no Oficial.)
- 38 Principio de seguridad jurídica se encuentra amparado en el Art. 23, numeral 26 de la Constitución Política del Ecuador, R.O. 11 de agosto de 1998.
- 39 El principio de neutralidad dentro del arbitraje internacional se encuentra recogido en el Art. 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 145 de 4 de septiembre de 1997, el cual dice: "... Toda persona neutral o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero."
- 40 Schreuer, Christoph. Op.cit. pág. 140. y Cremades, Bernardo y Cairns, David. Op. cit. 84-85. (Traducción no Oficial). Es importante decir que el autor establece que estas características no deben ser vistas como requerimientos jurídicos sino como características típicas bajo el marco del Convenio. (Schreuer, pág. 140)
- 41 Caso Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt. (Caso No. ARB/03/11) y Caso Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco. (Caso No. ARB/00/4), Caso IBM v. República del Ecuador (Caso No. ARB/02/10) Autopista Concesionaria de Venezuela C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela. (Caso No. ARB/00/5.) Fedax v. Venezuela. (Caso No. ARB/96,3, 1996). Baylinder Instar Turizm Ticarey ve Sanayi v. la República Islámica de Pakistán. (Caso No. ARB/ 03/ 29)
- 42 Art.9.2 del TBI entre Estados Unidos y Ecuador: "El presente Tratado no impedirá que cualquiera de las partes prescriba trámites especiales con respecto al establecimiento de inversiones, pero dichos trámites no menoscabarán la esencia de cualquiera de los derechos que se enuncian en el presente Tratado."
- 43 Art. 27 de la Convención de Viena de los Tratados, mayo de 1969, :Principio del Derecho Interno y la Observancia de los Tratados: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado."

El sistema de solución de controversias del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos

Isabel Albornoz Garzón

El principal valor que aportaría el Capítulo de Solución de Controversias de un futuro TLC sería otorgar la certidumbre jurídica, bajo la expectativa de buscar el cumplimiento de los derechos adquiridos en la negociación de un potencial Tratado de Libre Comercio.

Antecedentes e introducción

La Comunidad Internacional, a través de la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas, decidió asumir como principio rector de las relaciones internacionales la solución pacífica de las controversias entre Estados. Este principio ha trascendido a la normativa internacional, en los foros de la Organización Mundial de Comercio (OMC), con la implementación de un sistema multilateral para la solución de las controversias comerciales. De hecho, ya en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) -en sus artículos XXII y XXIII- se establece la obligación de "brindar oportunidades adecuadas", en la celebración de consultas con el objeto de buscar una "solución satisfactoria" frente a las eventuales controversias que pudieran surgir. Normas muy similares también están presentes en los demás acuerdos de la OMC.

Un gran avance en el Derecho Comercial Internacional ha sido la entrada en vigencia del Entendimiento de Solución de Diferencias, en el marco de la OMC, gracias al cual se ha conseguido desarrollar la normativa mundial de comercio, a través de la jurisprudencia y doctrina que deriva de los diferentes paneles que han resuelto las diferencias comerciales generadas en el ámbito multilateral.

Los acuerdos de comercio aluden directamente a actividades económicas que están íntimamente ligadas a la supervivencia económica de los Estados. Por ello, uno de los objetivos de las normas internacionales de comercio es promover la asociación comercial, como un medio para favorecer el crecimiento económico, el desarrollo y la cooperación internacional. Al producirse una estrecha relación comercial, pueden surgir diferencias, debido a que en estas relaciones se pueden afectar intereses económicos específicos. Por esta razón, en todo acuerdo de comercio, sea en el ámbito bilateral o multilateral, deben existir necesariamente procedimientos jurídicos a través

del cual los Estados partes de dicho acuerdo resuelvan sus diferencias derivadas de su implementación. De esta manera se garantiza el cumplimiento de los compromisos asumidos en los acuerdos comerciales, a través de un sistema que tiene por objeto procurar una solución, justa, equitativa, satisfactoria para las partes y de ser caso, bajo un pronunciamiento objetivo y ajustado a derecho.

Con estos antecedentes es más que evidente que en los Tratados de Libre Comercio (TLC) se incluya un capítulo que trate sobre los procedimientos a los que los Estados Partes deciden someterse para resolver las controversias que puedan surgir en su implementación. El Capítulo sobre Solución de Controversias del potencial TLC con Estados Unidos es un conjunto de normas de carácter procesal, esto quiere decir que este capítulo comprende normativa de índole adjetiva, mientras que los demás capítulos conforman las normas de carácter sustantivo. La pertinencia para comprender estos aspectos es que en la fase de implementación del posible TLC, los abogados deben considerar en sus actuaciones cada una de las normas sustantivas, de las cuales derivarán derechos y obligaciones que se establecerán entre las Partes contratantes del TLC. La afectación eventual de esos derechos y obligaciones, sea por acción u omisión determinarán la posibilidad demandar su cumplimiento o al menos un resarcimiento de índole comercial o pecuniario.

El objeto de este trabajo es explicar los alcances del Capítulo sobre Solución de Controversias del TLC que Ecuador estuvo negociando con Estados Unidos, y que Colombia y Perú celebraron, es decir explicar los procedimientos, o las normas adjetivas, que estarán potencialmente disponibles para el Ecuador y las demás Partes de la negociación o celebración, para demandar sus derechos o para defender al Estado, una vez que se establezca una estrecha relación de carácter comercial con la implementación del TLC, materia que es de central importancia para los abogados del país, para quienes se abre un marco normativo que es necesario comprender y dominar.

Aproximación jurídica al capítulo de solución de controversias del Tratado

El Tratado de Libre Comercio es un acuerdo circunscrito en el ámbito del Derecho Internacional Público. La normativa que se establece en el TLC tiene por objeto regular las relaciones económicas y comerciales que se establecen en la zona de libre comercio en la que circularán libremente bienes, capitales y servicios entre posiblemente Ecuador, Perú, Colombia y Estados Unidos.

Este acuerdo está inmerso en el Derecho Internacional Público, por lo tanto, los actores por excelencia son los Estados. Esa es la primera particularidad del Capítulo sobre Solución de Controversias, pues los únicos actores admitidos para actuar como tales son los Estados contratantes del TLC, llamadas las "Partes", no y así las empresas individualmente consideradas, ni los particulares. Estos últimos pueden llegar a ser afectados por un incumplimiento del TLC, no obstante, para poder demandar los derechos adquiridos en el marco del Tratado, deberán recurrir a la administración central del Gobierno, para que en representación del Estado Parte, pueda actuar en busca del cumplimiento del derecho afectado.

En los artículos finales del Capítulo sobre solución de controversias se establece, además, que los particulares no tienen recurso de acción en su normativa interna contra otro Estado Parte, lo que ratifica lo anteriormente señalado. Sin embargo, en dichas disposiciones se establece que los Estados tienen la obligación de viabilizar el recurso de arbitraje y de otros medios alternativos para la solución de controversias entre los particulares. Este tema está cubierto en el Ecuador con la Ley de Arbitraje y Mediación.

El principio antes señalado tiene una sola excepción en el TLC y se refiere a las controversias que pueden surgir entre el inversionista y el Estado, para cuyo caso, el Capítulo que aborda la materia de inversiones prevé el recurso del arbitraje, en el cual puede actuar el inversionista, como actor principal contra el Estado y viceversa, recurriendo para el efecto a un arbitraje internacional. Esta excepción es extensible a su vez al Capítulo sobre Servicios Financieros, en los cuales el inversionista bancario aplica las normas del Capítulo sobre Inversiones para la resolución de las controversias que pudieran surgir por su implementación.

En general, el Capítulo sobre Solución de Diferencias del TLC cubre todos los demás capítulos del Tratado, ello implica que es un capítulo de aplicación transversal. Esto quiere decir que las garantías para perseguir el cumplimiento de las disposiciones de carácter sustantivo, contenidas en los demás capítulos están cubiertas por el de Solución de Controversias, con dos excepciones:

En el Capítulo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias para la solución de controversias que pudieran surgir por diferencias ligadas a estas materias, las Partes acuerdan recurrir directamente al mecanismo establecido en la OMC y no a los procedimientos establecidos en el Capítulo sobre Solución de Controversias.

La segunda excepción se refiere a la materia que puede ser demandada. En los Capítulos Laboral y Ambiental,

las Partes asumen la obligación de cumplir con su normativa interna, a efectos de no generar lo que se conoce como "dumping social o ambiental"¹, por lo tanto lo que se demanda no es la normativa del TLC, sino el cumplimiento de la normativa nacional.

En general el sistema de solución de controversias previsto en el TLC toma de las normas multilaterales los principios jurídicos básicos que deben guiar el proceso. Así mismo, la estructura del procedimiento y algunos recursos disponibles en el Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC, normas con las cuales el Ecuador ya está familiarizado, están presentes en el TLC.

No obstante, existen algunas peculiaridades que marcan diferencias sustanciales con el sistema previsto en el Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC. Una diferencia de esencia es que el TLC no prevé la creación de órganos multilaterales permanentes, con sede y personal internacional fijo. El TLC es un acuerdo cuya estructura institucional es ad hoc, y se basa en los mandatos otorgados en el propio Tratado. Por este motivo, los órganos que previstos para resolver las controversias, los cuales son la Comisión de Libre Comercio² en la fase de consultas y mediación y los paneles en la fase cuasijudicial, se activan con el único objetivo de contribuir a la resolución de la controversia y una vez cumplida su misión se disuelven. En ese contexto, una peculiaridad del procedimiento del TLC es que no admite la figura de la apelación, pues no hay órgano permanente ante el cual presentar la apelación, como ocurre en la OMC. Esto motiva que los procedimientos sean mucho más ágiles que los previstos en los foros multilaterales.

Además, el TLC añade algunas figuras al sistema de solución de controversias, tales como las compensaciones de índole monetaria o la activación del mecanismo para demandar por "medidas en proyecto" en la fase de consultas, figuras que actualmente no existen en el sistema de la OMC. La explicación sobre los alcances de estas figuras se explicará más adelante.

Con estos antecedentes, este artículo académico pretende informar a la colectividad interesada sobre los procedimientos previstos en el TLC para solución de controversias, con una breve sobre cada una de las fases y las peculiaridades de estos procedimientos.

Ambito de aplicación del TLC

El artículo 1 del Capítulo de Solución de Diferencias del TLC determina como obligación de las Partes, una vez que surjan controversias, la de realizar "todos los esfuerzos necesarios" y recurrir a todos los medios disponibles para alcanzar una "solución mutuamente satisfactoria" sobre cualquier asunto que pueda afectar el funcionamiento del TLC. Esta obligación marca el espíritu de todo el capítulo, puesto que el sistema del TLC se fundamenta en la búsqueda de soluciones negociadas, mutuamente satisfactorias, lo que hace a este sistema diferente a otros sistemas legales de solución de diferencias más rígidos, en los que los Estados acuerdan some-

terse a los pronunciamientos de tribunales o grupos arbitrales, aunque éstos no necesariamente satisfagan los intereses de todas las partes involucradas en la controversia. El enfoque del TLC es el de buscar en todo momento una resolución justa y equitativa para ambas partes. Al ser mutuamente satisfactoria, la solución puede ser definitiva y de carácter permanente en el tiempo. El principio de tener soluciones mutuamente satisfactorias se hace pertinente cuando la materia de la controversia es de índole comercial. Normalmente, un incumplimiento de un acuerdo comercial obedece a una presión de un sector vulnerable que se siente afectado por la competencia externa y que presiona por la adopción de medidas preventivas y restrictivas que no necesariamente se condicionan con las normas de la apertura. Esto no quiere decir que la adopción de dichas medidas de protección no sean legales, de hecho están previstas también en el TLC, no obstante suele surgir diferencias respecto de los fundamentos y los alcances de su adopción y de allí devienen las controversias por la interpretación de las normas de protección y sus alcances.

Las controversias pueden surgir también por la adopción de una "medida inconsistente" con el Tratado o por un "incumplimiento" del mismo. La primera figura se puede relacionar con acciones y omisiones, cuando se adopten medidas que no se amparan en normas del Tratado y por ende pueden dar lugar a violaciones. Lo segundo se refiere ya a hechos totalmente contradictorios con las normas del TLC, lo que podría ser demandado como violaciones notorias a la normativa.

La novedad introducida en el TLC es que también se puede invocar el mecanismo de solución de controversias, en la fase de consultas, mediación y de buenos oficios por un probable incumplimiento, lo que figura que en los acuerdos propuestos por Estados Unidos como "medidas en proyecto". Esta figura está íntimamente ligada a la obligación que adquieren las partes del TLC de actuar de manera transparente y por lo tanto de anunciar que se va a aplicar una medida restrictiva o que pueda afectar los derechos y obligaciones de las Partes. De hecho el TLC destina un capítulo con normativa sobre principios y procedimientos que aseguren la transparencia en el accionar de la administración pública ligada a actos de comercio y de inversión en todas las Partes. El Capítulo sobre Transparencia se relaciona con el Capítulo sobre Solución de Controversias cuando se abre la posibilidad que tienen las Partes de prevenir las controversias, al demandar consultas e inclusive la actuación de la Comisión de Libre Comercio, antes de que una medida administrativa pueda afectar el correcto funcionamiento del TLC y los intereses específicos amparados por el Tratado. De esta manera se permite, tanto al demandante como al demandado, prevenir la adopción de una medida que puede generar una restricción injusta, por lo tanto se previene la afectación directa al comercio. El Estado que va a implementar la medida, tendrá todos los elementos de juicio necesarios para adoptar la medida de manera coherente con el Tratado, considerando inclusive los elementos esgrimidos por los afectados por la adopción de la medida. Este elemento permitirá limitar el ac-

cionar arbitrario del Estado, tanto en Ecuador como en Estados Unidos. Una ventaja adicional también es la obligación de la administración pública de responder a todos los requerimientos de los particulares, según lo determina el capítulo de Transparencia, lo que implicará también en los Estados Unidos el acceso a canales adecuados para intercambiar información, canales que actualmente no están disponibles con la facilidad debida para el Ecuador.

A las figuras anteriores se añade también la posibilidad de demandar "anulación y menoscabo por no infracción". Esta figura viene del artículo XXIII del GATT y también ha sido desarrollada en el artículo 26 del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC. El TLC determina que una Parte puede demandar que el "beneficio que razonablemente esperaba recibir" está siendo anulado o menoscabado por una medida que "no es inconsistente" con el Tratado.

Una medida adoptada por un Estado puede dejar sin efecto un derecho adquirido en la negociación de un acuerdo comercial, a esto se le liga a la "anulación del derecho adquirido". Así mismo, una medida adoptada por un Estado puede afectar el cumplimiento del tal derecho o disminuir los beneficios alcanzados en una negociación de un acuerdo comercial, a esto se le llama "menoscabo del derecho adquirido".

Esta figura que se puede demandar en la OMC está ligada al incumplimiento flagrante, como a una afectación de derechos sin infracción. La anulación y menoscabo sin infracción es una figura cuyo objeto está íntimamente ligado a asegurar que el comercio no se vea afectado entre las partes de un acuerdo comercial. Su inspiración en el marco del GATT de 1947 fue la de que los Estados podían aplicar medidas no arancelarias que podrían afectar el comercio, tales como restricciones de índole sanitario o fitosanitario u obstáculos técnicos al comercio, entre muchos otros tipos de restricciones para arancelarias. Siendo esas medidas legales, puede ocurrir que un Estado tenga la tentación de recurrir a estos mecanismos para impedir el libre comercio. A esto se conoce como medidas encubiertas de comercio. El objeto por lo tanto de la anulación y menoscabo no está orientado en si a levantar la medida, sino a buscar una compensación por el derecho que ha sido anulado o menoscabado. Normalmente esa compensación debe darse en comercio. Esto lo ratifica el artículo 26, párrafo 1, literal b)³ y la jurisprudencia generada en la OMC.

En el TLC el objeto central de demandar anulación y menoscabo también es la búsqueda de una compensación mutuamente aceptable, aunque también es posible que la parte demandada decida levantar la medida, lo que inhibe la generación del resarcimiento.

A la figura de anulación y menoscabo cabe también la posibilidad de que los paneles se pronuncien, por pedido de una de las partes en la controversia, sobre el efecto comercial adverso que puede generar la medida en controversia. El objeto de que se mida el efecto comercial adverso está íntimamente ligado a la obtención de compensaciones por el daño generado.

Elección de foro y efectos de la elección de foro

El TLC es un acuerdo que pretende hacer más estrechos lazos de índole comercial entre sus Partes. No obstante, el TLC es un conjunto de normativas que coexistirán junto a otros acuerdos comerciales que también regularán las relaciones comerciales entre las mismas partes. Para el caso que nos ocupa, Colombia, Ecuador, Estados Unidos y Perú son miembros de la OMC, y, a su vez, los tres países andinos también son miembros de la Comunidad Andina (CAN).

Todos esos foros de comercio tienen mecanismos para la resolver las controversias comerciales de sus Partes contratantes. Por ello, el TLC admite la posibilidad de que las Partes del TLC escojan el foro en el cual deseen dirimir sus controversias, con el compromiso de que dicho foro sea excluyente de los demás. El entendido de todos los negociadores del TLC es que, una vez que se ha iniciado la fase cuasijudicial, es decir la fase del Panel, se ha radicado competencia y por lo tanto las Partes asumen el compromiso de no someter el mismo caso a otro foro diferente.

Los tres países andinos partes de esta negociación a su vez incluyeron en esta parte del Tratado la obligación que les compete como miembros de la Comunidad Andina, de recurrir para la solución de las controversias que pudieran surgir entre sí, al Tribunal de Justicia de la CAN, siempre y cuando se vea afectado el ordenamiento jurídico andino, ratificando de tal manera la obligación asumida en el artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN.⁴ Esto implica que si no hay afectación del ordenamiento jurídico de la CAN, los tres países andinos pueden demandar el cumplimiento de las normas del TLC, no cubiertas en ordenamiento jurídico de la CAN.

En general, la elección de foro se da básicamente por la normativa cuyo cumplimiento se demanda.

Fases de arreglo amigables

Las fases de arreglo de las controversias a las que se les puede llamar de amigables son las consultas directas y el recuso a la Comisión de Libre Comercio para que haga gestiones de buenos oficios, conciliación y mediación o para que recurra al apoyo de grupos técnicos que aporten soluciones para las controversias.

La fase de las consultas es la primera instancia en la que se relacionan directamente las diferentes oficinas designadas como puntos de contacto en los diferentes capítulos del TLC, así por ejemplo, si surge una controversia por un asunto ligado a una norma técnica, tendría que tomar conocimiento de la materia el Instituto Ecuatoriano de Normalización (INEN), el cual se comunicaría con su contraparte en Estados Unidos.

La solicitud de consultas debe formularse por escrito, lo que le da un nivel de formalidad básico y deja constancia del pedido. Pueden realizarse de manera presencial o por otros medios técnicos, como video conferencias.

En base a la reunión de los técnicos, la controversia puede ser absuelta y superada. De hecho, la mayor parte de controversias normalmente se resuelven en este nivel. Si la controversia no logra resolverse porque persiste una diferencia de criterio en el nivel técnico, pasado el plazo de 60 días, contados a partir de la entrega de solicitud de consultas y 15 días cuando las consultas se refieran a bienes perecederos, una de las Partes puede solicitar que se reúna la Comisión de Libre Comercio, que es el órgano de administración del Tratado, compuesto por los Ministros de Comercio Exterior de las Partes del TLC. Para el caso de las controversias, la Comisión estará conformada exclusivamente por los Ministros de las Partes que están en controversia.

A esta fase se le puede llamar la instancia política para la resolución de la controversia y en ella, los Ministros por sí mismos pueden buscar una solución mutuamente aceptable. No obstante, los Ministros de Comercio, que en definitiva pueden tener el interés de que su posición sea la asumida también tienen la posibilidad, prevista en el Tratado, de recurrir a terceros neutrales para que éstos apoyen la resolución de la controversia, a través de los mecanismos de conciliación, mediación y buenos oficios. Esto implica que esos terceros, que pueden ser representantes de otros Estados, expertos en la materia de la controversia o personas de gran prestigio, aporten a las dos Partes propuestas de transacción. Si bien la mediación y los buenos oficios no son procedimientos comunes en la resolución de las controversias comerciales internacionales, puede constituir un procedimiento apropiado, toda vez que el objeto central del sistema del TLC es el de buscar soluciones mutuamente aceptables. El procedimiento podría ser más simple y expedito.

La Comisión de Libre Comercio tiene el plazo de 30 días para aportar soluciones a la controversia aunque este plazo puede ser diferente si así lo acuerdan las Partes. Para el caso de bienes perecederos, la Comisión tiene el plazo de 15 días adicionales a los 15 días de las consultas técnicas para pronunciarse.

Es importante señalar que siendo el TLC entre Colombia, quizá a futuro Ecuador, Estados Unidos y Perú un acuerdo multilateral, en estas fases es factible que participen como consultantes varias Partes, para tratar un mismo asunto o un asunto similar y también que uno de los cuatro países solicite intervenir como tercero interesado, lo que implica que la controversia eventualmente puede afectarle, sin estar directamente involucrado en la ella. Esta es la figura de las tercerías, que también está presente en el ámbito multilateral de la OMC.

La fase cuasijudicial

Cuando la controversia no logra ser superada en las dos fases anteriores, las Partes que participaron en calidad de consultantes, están facultadas para solicitar por escrito a la parte demanda la convocatoria de un Panel.

El Panel en el TLC está conformado por tres panelistas. El Tratado dispone como requisitos para ser panelista los siguientes:

- “(a) tener conocimientos especializados o experiencia en Derecho, comercio internacional, otros asuntos de este Tratado, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales;
- (b) ser seleccionados estrictamente en función de su objetividad, imparcialidad, confiabilidad, y buen juicio;
- (c) ser independientes, no tener vinculación con cualquiera de las Partes, y no recibir instrucciones de las mismas; cumplir el código de conducta que establezca la Comisión.”⁵

Los Panelistas pueden ser seleccionados por las Partes en la Controversia. Dos de ellos pueden ser nacionales de una de las Partes, no obstante, el que hará las veces del Presidente del Panel debe ser de una nacionalidad diferente a la de las Partes en controversia. Los panelistas también pueden ser seleccionados por sorteo, de una lista “indicativa”, a la que se puede recurrir, transcurrido el plazo de 15 días de la solicitud del Panel, cuando una de las Partes se inhibe de designar el panelista que le corresponde. Esto le da automaticidad al sistema de solución de controversias y evita las demoras premeditadas que podrían darse con el fin de alargar innecesariamente el proceso. En el TLC que están negociando los tres países andinos con Estados Unidos se acordó que la lista indicativa tenga un carácter supletorio a la inacción, es decir que no es obligatorio tomar a los panelistas designados en la lista. Por lo tanto, las Partes pueden escoger a la persona que consideren más idónea. Sin embargo, las Partes pueden también recusar un árbitro si consideran que no reúne uno de los requisitos arriba señalados.

Las Partes en controversia pueden acordar el mandato que se le otorga al Panel aunque el Tratado también prevé como contenido mínimo de mandato lo siguiente:

“Examinar, a la luz de las disposiciones aplicables de este Tratado, el asunto a que se hace referencia en la solicitud de establecimiento del panel y emitir las conclusiones, determinaciones y recomendaciones según lo dispuesto en los Artículos X.10.6 (se refiere a la solicitud de un pronunciamiento sobre el efecto comercial advero) y X.13.3 (se refiere al contenido del informe inicial) y presentar los informes escritos a que se hace referencia en los Artículos X.13 (informe inicial) y X.14 (informe final).”

El Tratado establece la obligación de que se realice “al menos” una audiencia en la que serán escuchadas las Partes en controversia. Las audiencias tienen el carácter público. A su vez las Partes tienen derecho a presentar por una vez sus alegatos por escrito y la Parte demandada a presentar su contrarréplica por escrito. Así mismo, el acceso a dicha información está garantizado a las Partes y los escritos deben tener también carácter público. El Panel asume la obligación de dar el trato confidencial a toda aquella información que se le otorgue con tal carácter, previendo la oportunidad de las Partes de defenderse frente a tal información.

En el procedimiento, también se establece la figura de intervención de terceros interesados, en calidad de “amicus curiae” y la aceptación de su intervención es atribución exclusiva de los panelistas.

El Panel tiene el plazo de 120 días, contados a partir de la solicitud de su instalación, para dirimir la controversia. Luego de ese plazo el Panel debe presentar un informe inicial, que contiene el criterio preliminar de los pa-

nelistas, sobre la controversia, al igual que lo previsto en los foros de la OMC. En este criterio, los Panelistas deben pronunciarse si hubo o no violación o incumplimiento del TLC y si se ha producido o no anulación y menoscabo de un derecho y, en caso de que las Partes en controversia lo hayan solicitado, un pronunciamiento sobre el efecto comercial adverso generado por la medida y una propuesta de arreglo. Frente a este pronunciamiento, las Partes pueden presentar ante por escrito a panel sus observaciones y sus solicitudes de aclaración en un plazo de 14 días. El Panel debe pronunciarse por escrito en el informe sobre estas solicitudes en el informe final y, de ser el caso, reconsiderar su informe.

En el plazo de 30 días de enviado el informe inicial, el Panel debe emitir su informe final, el cual debe hacer público, pasados 15 días de haberse recibido. Inmediatamente después de recibido el informe final las Partes deben acordar la solución de la controversia. Por lo tanto, el Panel simplemente emite un criterio, donde se puede confirmar si hubo o no violación o anulación y menoscabo. El Tratado prevé que la solución será, “siempre que sea posible”, eliminar la disconformidad con el Tratado o la medida que genera la anulación y menoscabo. El Panel, a solicitud de las Partes puede formular también la forma como puede resolverse la controversia

El proceso de incumplimiento y la suspensión de beneficios

Si no logra acordarse la solución, las Partes en la controversia inician el proceso de incumplimiento y por lo tanto deben negociar compensaciones comerciales de carácter temporal, hasta que la parte demanda se ponga en conformidad con el TLC. En caso de que las compensaciones no se ejecuten o que simplemente la parte que debía ponerse en conformidad, no lo haga, la Parte reclamante notificará su intención de suspender beneficios.

La suspensión de beneficios son lo que algunos le llaman los “dientes del sistema” o el único mecanismo que hace coercitivo el procedimiento. Una característica del Derecho Internacional Público en general es que no es un derecho coercitivo. En los acuerdos comerciales la única coerción posible es la suspensión de beneficios, que implica castigar a un sector que se estaba beneficiando de la apertura. La coerción recae en la mayor parte de los casos contra un sector económico o productivo que tiene un alto porcentaje de participación en el mercado de la Parte reclamante, sector al que se le limitará un derecho ganado en la negociación. Por lo tanto, ese sector afectado motivará al interior del Estado sancionado que la medida que generó la sanción sea levantada y que el Estado demandado se ponga en conformidad con el TLC, para no perder los beneficios de acceso con los que contaba en el mercado de la Parte reclamante que aplica la sanción. Es importante señalar que aún en el sistema de solución de controversias previsto en la CAN, sigue siendo la suspensión de beneficios la sanción mayor. En la UE se recurre a multas, es decir sanciones pecuniarias que pueden au-

mentar si la Parte incumplidora no paga. En todo caso, la suspensión de beneficios tiene por objeto que el Estado que cae en la figura de incumplimiento (equivalente a un desacato), cumpla con la obligación de cumplir el Tratado o de compensar si ha asumido esa obligación.

En el TLC con los Estados Unidos, la suspensión de beneficios involucra un problema para los tres países andinos y es que la relación económica y comercial con el primero es asimétrica. Cuando los demandados sean los países andinos, la suspensión de beneficios puede traer costos elevados. Por esta razón, los tres países andinos lograron que se introdujera una norma que limite la suspensión de beneficios, de tal forma que éste sea equivalente al perjuicio económico que generó el incumplimiento. Por otro lado, se introdujo también una norma para que la suspensión de beneficios se aplique en la medida de lo posible en el mismo sector donde se generó el incumplimiento y solo si ello no resulta eficaz, en otro sector. Esta fórmula también está presente en el CAFTA y responde a un reconocimiento a la asimetría económica existente.

El procedimiento del TLC prevé la posibilidad de recurrir al mismo Panel, en caso de que una Parte considere que la suspensión de beneficios es manifiestamente excesiva, en cuyo caso, el Panel se pronunciará sobre el nivel más justo, tomando en cuenta los parámetros antes señalados.

El TLC introduce la posibilidad de que la Parte demanda inhiba la suspensión de beneficios, con el pago de una multa o sanción pecuniaria, la cual puede ser definida de común acuerdo. Si este acuerdo no se logra, el Panel también tendría que pronunciarse, determinando un monto equivalente al perjuicio generado y si ello no es aceptado, hasta un 50% del total que representaría el monto total de la suspensión de beneficios.

Para el caso de que las controversias por incumplimientos de normativas ambientales y laborales nacionales, la sanción que prevé el TLC también es de carácter pecuniario. Su objeto es que el monto respectivo debe quedar en el Estado demandado, con el objeto de que financie proyectos sociales o ambientales que ayuden a ese país a cumplir con su normativa nacional, para cuyo caso, la Comisión de Libre Comercio determinará los proyectos a los que se destinarán esos dineros. El máximo de la multa que puede ser determinada por el Panel es de US\$ 15'000.000. Estas son figuras introducidas por exigencia del Congreso de los Estados Unidos. No se tienen antecedentes sobre su implementación.

Finalmente, el sistema de solución de controversias del TLC prevé que si una parte considera que ha cumplido con la medida o que ha eliminado la situación que generaba anulación y menoscabo, puede solicitar la reconstitución del Panel, con el objeto de que la Parte reclamante deje sin efecto la suspensión de beneficios y los restituya al sector afectado.

Conclusiones

El principal valor que aporta el Capítulo de Solución de Controversias es el de otorgar la certidumbre jurídi-

ca, bajo la expectativa de buscar el cumplimiento de los derechos adquiridos en la negociación del TLC. Esta garantía es indispensable cuando se establecen estrechos vínculos comerciales y económicos, de los cuales es probable que surjan diferencias. De hecho esto contribuye a eliminar en las relaciones comerciales la arbitrariedad y garantiza que las medidas sean sujetas a derecho y así se preservan los derechos y las obligaciones asumidos en el TLC.

Una de las características más importantes de este acuerdo es la automaticidad del sistema de solución de controversias, que está garantizada por el cumplimiento de varias instancias y plazos específicos que aseguran celeridad en los procedimientos y certidumbre respecto de los mismos. También es positivo el hecho de que las partes deban esforzarse en todo momento en acordar soluciones mutuamente satisfactorias, lo que puede permitir una solución definitiva que se pueda sostener en el tiempo.

El TLC trae figuras novedosas. Una de esas figuras que tienen una cualidad preventiva de gran valor es la posibilidad de demandar medidas en proyecto. Otra figura novedosa es la compensación monetaria, cuya aplicación no es común en los sistemas de solución de controversias comerciales. De hecho, no existen muchos antecedentes en su implementación. Esta figura puede desequilibrar el proceso, pues es más probable que la economía más grande tienda a pagar sus incumplimientos. No obstante, una de las reflexiones al respecto es que los incumplimientos pueden llegar a sostenerse en el tiempo, sin posibilidad de que la suspensión de beneficios de economías pequeñas logre el efecto deseado, levantar la medida que genera la violación, razón por la cual el pago puede ser una alternativa preferente. No obstante esto trae otro problema y es la forma como ese fondo tendría que ser administrado al interior del país que va a recibir el pago. Al no tener un antecedente histórico sobre su implementación, los Estados que se vieran compelidos a aplicar estas figuras tendrán que ser creativos respecto de la operatividad de los fondos en beneficio de los sectores afectados por los incumplimientos.

Como se mencionó al inicio de este trabajo, es fundamental que los abogados interesados en estas materias conozcan a cabalidad todas las normas del posible TLC, es decir los capítulos que contienen los derechos sustantivos, que serán las materias que se demandarán. Para el efecto, en el Ecuador se debe hacer un esfuerzo por difundir la normativa del TLC y también la de la OMC y de la CAN, con el objeto de defender mejores los intereses nacionales y escoger los foros más idóneos para demandar sus derechos, a la luz de las normas de procedimiento que dichos acuerdos proveen. Este es un esfuerzo del que se debe tener conciencia en el nivel gubernamental, en el nivel privado y en el nivel académico, con el objeto de contribuir a lograr una mejor inserción económica y comercial del Ecuador coherente y ajustada a derecho.

Notas

- 1 Significa que los costos de producción son más bajos porque se utilizan métodos de producción o tecnología que no respetan al medio ambiente o no evitan daños al entorno – industrias sucias; y, para el caso laboral, cuando el irrespeto de los derechos fundamentales del trabajador no son respetados, por ejemplo un pago por debajo del salario mínimo vital para cada actividad o cuando se emplean trabajo infantil, entre otras situaciones que implican violación de derechos de los trabajadores.
- 2 Conformada por los Ministros de Comercio Exterior de las Partes en controversia.
- 3 Artículo 26, párrafo 1, literal b) cuando se haya llegado a la conclusión de que una medida anula o menoscaba ventajas resultantes del acuerdo abarcado pertinente, o compromete el logro de objetivos de dicho acuerdo, sin infracción de sus disposiciones, no habrá obligación de revocar esa medida. Sin embargo, en tales casos, el grupo especial o el Órgano de Apelación recomendarán que el Miembro de que se trate realice un ajuste mutuamente satisfactorio;
- 4 Artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN: “Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado.”
- 5 Artículo 8 del TLC entre Colombia, Ecuador, Estados Unidos y Perú.

El potencial Tratado de Libre Comercio entre Ecuador y los Estados Unidos frente al Derecho Comunitario Andino

César Montaña Galarza

Al parecer, como alternativa de supervivencia, a la Comunidad Andina le tocará entrar en un complejo y a lo mejor insuperable proceso de revisión de su sistema jurídico de tal forma de transformarlo y ponerlo a punto con el marco jurídico de los diferentes tratados de libre comercio suscritos por sus estados miembros.

Introducción

Es dable que para abordar el espinoso tema relacionado con las imbricaciones entre el sistema jurídico de la Comunidad Andina (CAN) y las normas jurídicas del posible tratado de libre comercio (TLC) entre Ecuador y los Estados Unidos de Norteamérica (EEUU), se empiece por revisar algunas particularidades que hacen separadamente al derecho comunitario y al derecho internacional. En seguida de manera somera aludiré a algunos rasgos comunes y característicos de los tratados de libre comercio. Una vez auscultadas las disciplinas jurídicas que interesan para este ensayo y las particularidades de un posible acuerdo de liberalización comercial, pasaré a explicar de qué manera se considera al derecho internacional en el contexto andino de integración, para así entrar a concluir acerca de cómo los países miembros de la Comunidad Andina (CAN) que firmen o hayan firmado acuerdo comerciales con terceros estados no miembros deberán actuar, por un lado, frente a las normas jurídicas adoptadas en el contexto andino de integración (derecho comunitario originario y derivado) y, por el otro, frente a las disposiciones jurídicas que se incorporen en el tratado de libre comercio, de tal manera que no incurran en incumplimientos de obligaciones asumidas en los espacios supranacional e internacional, respectivamente.

Las normas jurídicas de la Comunidad Andina

La Comunidad Andina encarna un proceso de integración que lleva un poco más de treinta y seis años a cuestas. Posee dos instrumentos primordiales que sirven para que los países miembros (PPMM) logren avances y conquistas en los campos político, económico y social. Se

trata de una parte, de un sistema institucional funcional a los objetivos de la integración, que está compuesto por órganos e instituciones supranacionales, que gozan de poderes de decisión y normativos específicos, según las competencias atribuidas desde los estados partes del Acuerdo de Cartagena (AC), que constituye el tratado originario o fundacional de la CAN junto con el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (TCTJAC); de otra, de un sistema jurídico que se desarrolla según determinaciones de los órganos de los que emana y que persiguen la profundización del proceso, por ejemplo, dar el salto de un área de libre comercio a una unión aduanera y de ésta a un mercado común; siempre en coherencia con los convenios originarios.

Como consta más arriba, el AC es la norma base de la Comunidad Andina, un tratado o convenio internacional multilateral vigente en el territorio de cada uno de los estados miembros. En este instrumento internacional se han creado órganos e instituciones de la integración, los más importantes de corte político-intergubernamental antes que totalmente comunitarios. Forman lo que en el ámbito andino de la integración se conoce como el Sistema Andino de Integración (SAI), a la luz del AC (arts. 5, 6).

Las normas jurídicas que emanan de los órganos comunitarios dotados para ello se conocen genéricamente como derecho derivado, secundario o institucional. Se trata de las *decisiones* que adopta el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de las *decisiones* de la Comisión y, de las *resoluciones* de la Secretaría General (antes Junta del Acuerdo de Cartagena).

Tanto en la experiencia europea de integración como en la andina, las normas jurídicas que sirven al propósito integrador gozan de los principios de primacía, aplicabilidad inmediata o directa y, de efecto directo; lo que quiere decir que el derecho comunitario prevalece sobre el derecho interno salvo sobre la Constitución, se aplica directa e inmediatamente en los estados miembros desde su publicación en el órgano oficial de difusión de la Comunidad (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena) a menos

que la propia norma jurídica determine otra situación y, tiene la capacidad de crear derechos y obligaciones para los particulares de los estados miembros, quienes pueden reclamar a sus propio jueces la aplicación de la disposición jurídica que les beneficie, en su orden.

Prácticamente la mayoría de atributos del derecho comunitario ha sido construida por vía pretoriana, primero por las manifestaciones jurisdiccionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y, más adelante, por las del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (TJAC). De allí que se trate de una rama jurídica joven que apenas acumula poco más de medio siglo de desarrollo.

La norma base o fundacional del ordenamiento jurídico comunitario es un tratado internacional, mientras que las normas de derecho comunitario derivado o secundario son aquellas adoptadas por los órganos supranacionales competentes, en consecuencia del instrumento originario. Se ha dicho con razón que la norma fundacional es de corte programático (tratado marco), porque contiene las determinaciones generales para el desarrollo del proceso, mientras que las disposiciones secundarias sirven para ejecutar avances puntuales en aras de consolidar los objetivos del proceso, que constan en el tratado originario.

Para cerrar esta parte diré que el sistema jurídico de la integración o comunitario entra a formar parte del sistema jurídico estatal de los PPMM tal como lo hace el derecho internacional, en el caso ecuatoriano, supraordenado respecto de las leyes y normas jurídicas de menor rango, e infraordenado a la Constitución Política de la República.

A partir de ello se tiene que el tratado fundacional de la Comunidad goza de doble naturaleza, en este sentido, es al mismo tiempo un instrumento de derecho internacional así como la fuente generatriz del derecho comunitario. Mientras que el derecho comunitario derivado constituye un cúmulo de normas jurídicas de creación institucional descentralizada, útil sobre todo para lograr los avances del proceso en vía de profundización o de ampliación.

Las normas de derecho económico internacional contenidas en los acuerdos de libre comercio

La doctrina afín al proceso integracionista europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo a lo largo de los años se han venido asegurando de afirmar que el derecho comunitario es un derecho autónomo e independiente del derecho internacional, producto de sus propias fuentes y, que goza de los principios de primacía, aplicabilidad inmediata y directa y de efecto directo.

A diferencia del derecho comunitario creado primordialmente para que los estados se integren o unifiquen, el derecho internacional se presenta como una disciplina jurídica que sirve para que los sujetos que forman la sociedad internacional se relacionen, sea en vía de cooperación, coordinación, o pacificación. Pero tienen razón quienes ven en el derecho comunitario una nueva especie de derecho internacional, aquel que sirve a los sujetos de

la sociedad internacional para que se integren o unifiquen, permitiendo el ejercicio en conjunto de competencias soberanas antes radicadas en los estados.

También es cierto que el derecho comunitario sirve para concretar aspectos más específicos que interesan a un grupo de países que pretenden actuar comunitariamente, deponiendo intereses individuales ante los que interesan al grupo. El derecho internacional clásico por su naturaleza, falta de coactividad y efectividad frente a los estados no serviría para alcanzar los objetivos de la integración, a saber: lograr el desarrollo armónico de los países y elevar el nivel de bienestar económico y social de los pueblos de esos países.

Siempre he pensado que lo que es regla en el derecho comunitario es la excepción en el derecho internacional, por ejemplo: toda norma jurídica comunitaria —salvo que las mismas normas determinen algo diferente— goza de primacía, aplicabilidad inmediata y directa y de efecto directo, mientras que, excepcionalmente una norma jurídica de derecho internacional tiene tales efectos (caso de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas). Usualmente en las relaciones de derecho internacional no se da el traslado de competencias que se experimenta en el contexto comunitario (competencias de atribución).

Aquellas disposiciones jurídicas que se contienen en un tratado de libre comercio son de derecho internacional económico, regidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, además deben observar las determinaciones y lineamientos del Acuerdo General sobre Aranceles y comercio (GATT) de 1947, suscrito por varios países y que dio origen a la Organización Mundial de Comercio (OMC), instituida en 1994, de la cual Ecuador es parte desde el 1 de enero de 1996.

Los acuerdos de libre comercio

Los tratados que persiguen la liberalización comercial lo hacen estableciendo reglas y normas para eliminar obstáculos al intercambio comercial, consolidar el acceso a bienes y servicios y favorecer la atracción de inversión privada, todo ello con la posibilidad de generar plazas de empleo, modernizar el aparato productivo, mejorar los niveles de vida de la población, promover las inversiones nacionales y foráneas, ampliar mercados, promover el crecimiento económico, establecer disposiciones legales que regulen las áreas relacionadas con el comercio, garantizar los derechos de personas o empresas a invertir, promover condiciones para una competencia justa.

A partir de la suscripción de un acuerdo de libre comercio, como el que se podría retomar con los EEUU, Ecuador accedería a derechos en el comercio mundial que debería profundizar mediante acuerdos o esquemas de integración económica como en la Comunidad Andina, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Muchos países del orbe han suscrito acuerdos de libre comercio, en América se pueden citar los acordados entre Chile y Estados Unidos, Perú, Colombia y Estados

Unidos y, el denominado Acuerdo de Libre Comercio Centroamérica - República Dominicana - Estados Unidos (CAFTA).

El 2 de octubre de 2003 el ex Presidente Lucio Gutiérrez, expuso formalmente al Primer Mandatario de los Estados Unidos, el deseo de iniciar negociaciones de un acuerdo de libre comercio. Así el 18 de noviembre del mismo año, el representante comercial de la potencia del norte, Robert Zoellick, anunció y notificó al Congreso de ese país, la decisión de negociar un tratado de libre comercio con Ecuador, Colombia y Perú. En Cartagena de Indias, el 18 de mayo de 2005, los tres países andinos conjuntamente con los Estados Unidos, iniciaron oficialmente la Primera Ronda de Negociaciones del TLC. En la actualidad Perú y Colombia han firmado con los EEUU, y las negociaciones con Ecuador se han interrumpido.

En los casos recién citados se trata de acuerdos bilaterales, lo que quiere decir que al menos a mediano plazo, desde la perspectiva de la Comunidad Andina, no se podrá suscribir un tratado multilateral de libre comercio con los EEUU, ni tampoco un tratado bilateral entre la CAN y los EEUU.

Un tratado de libre comercio permite que dos o más países establezcan reglas y normas para el libre intercambio de productos, servicios e inversiones; tiene como objetivos: ampliar mercados, generar trabajo, promover el crecimiento económico, eliminar el pago de aranceles (impuestos) a la importación de productos así como toda medida que impida o dificulte el intercambio comercial, establecer disposiciones legales que regulen las áreas relacionadas con el comercio, garantizar los derechos de personas o empresas a invertir en el país socio, establecer disposiciones que regulen el comercio de servicios, asegurar el cumplimiento de los derechos y obligaciones negociadas, estableciendo un mecanismo de solución rápida a problemas que surjan en el comercio de productos, servicios o en inversiones, promover condiciones para una competencia justa, incrementar las oportunidades de inversión nacional e internacional.

Los beneficios que acarrearía un tratado de ese tipo son: permitirá crear plazas de trabajo, combatir la pobreza y evitar la migración, mejorará el comercio internacional ecuatoriano promoviendo las exportaciones, garantizará el acceso de productos ecuatorianos al mercado de los Estados Unidos, incrementará la producción de bienes exportables, captará capitales externos para los sectores productivos, promoverá la transferencia de tecnología, mejorará la calidad de los productos de exportación, aprovechando ventajas competitivas. Desde la perspectiva del consumidor este se verá beneficiado al recibir variedad y mejor calidad en productos y servicios, así mismo con la reducción de precios en productos importados y nacionales. El productor se beneficiará porque al existir mayor competitividad, se obligará a producir bienes con alta calidad que tendrán mayor demanda en el mercado. Tiene un mercado potencial de 280 millones de personas. Permitirá la importación de insumos y materias primas de mejor calidad para la industria y a menores costos. Desde la óptica de país, se podrá superar las limi-

taciones territoriales y de mercado. Se abren importantes oportunidades de comercio y empleo, aumentará el interés de los inversionistas en el Ecuador. Se crean nuevas fuentes de transferencia de tecnología.

El Derecho Comunitario Andino y las normas jurídicas de los tratados de libre comercio

Para desarrollar este acápite es válido revisar la relación entre el derecho internacional y el derecho comunitario. Está aceptado a nivel doctrinario¹ y jurisprudencial en las experiencias de integración europea y andina que el derecho internacional general es fuente del derecho comunitario. De allí que los tratados y convenios posteriores a la entrada de un País Miembro al proceso de integración no pueden contravenir a los tratados fundacionales de la Comunidad y, aquellos suscritos antes de la entrada al grupo de integración deben ser renegociados o denunciados por el Estado que se adhiere al grupo. De esta manera, el nuevo Estado Miembro no mantendrá normas de instrumentos internacionales por él suscritos que sean incompatibles con el ordenamiento jurídico de la Comunidad.

En el caso europeo, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo realiza una especie de control *a priori* del tratado que va a suscribir un Estado Miembro con otro que no lo es, de esa forma se cuida que ningún Estado Miembro mantenga en vigencia acuerdos internacionales con terceros estados que contravengan las disposiciones jurídicas de la Comunidad. Un mecanismo semejante no se ha instituido en manos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, lo que puede ocasionar una pérdida de control de la Organización respecto de las obligaciones jurídicas internacionales que ejecutan sus Países Miembros con terceros estados.

De otro lado, se puede ver a las normas jurídicas de un contexto de integración comunitaria como "especiales" frente a las del derecho internacional, de allí que entonces se aplicaría la regla que dice que "la norma especial prevalece sobre la general".

Efectivamente, las normas contenidas en tratados y convenios internacionales suscritos por los estados miembros sobre diversas materias resultan ser generales al lado de aquellas que se negocian e incluyen en un acuerdo de integración, pues los procesos de integración son llevados a cabo por organizaciones internacionales especializadas, de integración o unificación de estados unidos por múltiples vínculos comunes (la región, la cultura, el sistema económico, la ideología política, la historia, etc.), según gran parte de la doctrina actual del derecho internacional público; mientras que las normas jurídicas gestadas en organizaciones internacionales específicas, tradicionales, no tendrían igual alcance ni naturaleza que las primeras, entre varias razones porque están formadas por estados diversos y heterogéneos que poseen pocos rasgos compartidos.

Ya en el ámbito jurisprudencial andino cabe anotar algunas precisiones que muestran la posición prevalente del

derecho comunitario sobre el derecho internacional;² antes de ello aclaro que no sucede lo mismo en todos los contextos de integración, por ejemplo, en el CAFTA se aceptó la subordinación de la normativa centroamericana a los compromisos asumidos en el marco del tratado de libre comercio con los EEUU, el art. 1.3.2. del CAFTA dice:

Para mayor certeza, nada en este Tratado impedirá a las Partes Centroamericanas mantener sus instrumentos jurídicos existentes de la integración Centroamericana, adoptar nuevos instrumentos jurídicos de integración, o adoptar medidas para fortalecer y profundizar esos instrumentos, *siempre y cuando esos instrumentos y medidas no sean inconsistentes con este Tratado.* (Lo subrayado me pertenece).

La suscripción de un tratado de libre comercio por parte de los países andinos con una cláusula de subordinación similar a la referida requeriría una profunda modificación del sistema jurídico e institucional de la Comunidad Andina, sobre todo en lo que respecta a la transferencia del ejercicio de competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales que opera en el sistema comunitario (supranacionalidad); la autonomía del Derecho Comunitario respecto del Derecho interno y al Derecho internacional convencional de los Países Miembros; la aplicación inmediata, directa y la primacía del ordenamiento comunitario; y la exclusividad de jurisdicción prevista en el Tratado del Tribunal de Justicia de la CAN. No subordinar el Acuerdo de Cartagena al tratado de libre comercio es indispensable para poder avanzar en el proceso de profundización de su integración comercial.³

Como decía, reiterada jurisprudencia andina ha mantenido la preferencia del ordenamiento jurídico andino frente al derecho internacional, así en la Sentencia No. 2-N-86, proceso seguido por la República de Colombia contra la Resolución 253 de la Junta del Acuerdo de Cartagena (hoy Secretaría General de la CAN), la corte comunitaria alude las características del derecho comunitario andino y la observancia que del mismo deben hacer los estados miembros:

...el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros, y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo, los mismo que por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de derecho cual es la constituida en el Pacto Andino. Esta consideración sobre la debida relevancia en las previsiones del Tratado Constitutivo del Tribunal, que al haberlo instituido como el órgano jurisdiccional con capacidad para declarar el derecho comunitario, dirimir controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente, es decir, como órgano del control de legalidad en el Acuerdo, en su artículo 5 es taxativo al disponer que "Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación."⁴

En el proceso 10-IP-95 el TJAC señaló la preeminencia del derecho de la Comunidad Andina sobre otros ordenamientos jurídicos en los temas que son de su competencia, esto porque ha operado la traslación del ejercicio de las competencias en determinadas materias desde los estados miembros hacia los órganos supranacionales.⁵ Manteniendo la misma línea de opinión, el Tribunal andino se expresó en la sentencia del proceso 30-IP-98.⁶

En la sentencia del proceso 1-IP-96, el Tribunal analiza expresamente dos ordenamientos jurídicos distintos: el internacional y el comunitario, para establecer sus relaciones, y dijo:

La doctrina y la jurisprudencia europeas que son pioneras en la creación y aplicación del derecho comunitario, dentro del propósito de formar una comunidad de naciones como el Mercado Común Europeo y la Unión Europea, coinciden en señalar que en el complejo mundo de las relaciones internacionales, el fenómeno comunitario se vierte o es prohiado por un ordenamiento jurídico nuevo que da origen a una comunidad de derecho con características propias y cierto grado de autonomía en sus relaciones con el derecho internacional que la jurisprudencia europea ha dado en llamar el particularismo del derecho puesto al servicio del interés común de los países que se asocian.

En esta misma sentencia también ha dicho el Tribunal que en lo que concierne a la relación propiamente dicha entre el ordenamiento comunitario y el internacional, éste es una de las fuentes de aquel, pero que de ello no se deriva que la Comunidad quede obligada por el citado ordenamiento. Agregó:

En el caso de los tratados internacionales suscritos por los países miembros para la regulación de determinadas actividades jurídico-económicas, como la protección a la propiedad industrial, puede afirmarse que en la medida en que la comunidad supranacional asume la competencia *ratione materiae* para regular este aspecto de la vida económica, el derecho comunitario se vincula al tratado internacional de tal manera que éste le puede servir de fuente para desarrollar su actividad reguladora, sin que pueda decirse, sin embargo, que el derecho comunitario se subordina a aquél. Por el contrario, toda vez que el tratado internacional pasa a formar parte del ordenamiento jurídico aplicable en todos y cada uno de los Países Miembros, conservando el derecho comunitario —por aplicación de sus características "existenciales" de obligatoriedad, efecto directo y preeminencia— la específica de aplicabilidad preferente sobre el ordenamiento interno del país respectivo.⁷

Con la sentencia del proceso 1-AI-96 el Tribunal abordó el problema del conflicto entre una norma comunitaria y un acuerdo bilateral de un País Miembro con terceros países. Trata sobre la firma de un convenio en materia de propiedad industrial entre los gobiernos de Ecuador y Estados Unidos de Norteamérica que estaba en contra de la Decisión 344 de ese entonces (hoy Decisión 486 de la Comisión, que establece el régimen común sobre propiedad industrial). En la ocasión la corte manifestó entre otras cosas, lo siguiente:

La Junta, con relación a esta aseveración desea hacer notar a ese honorable Tribunal que el Derecho Internacio-

nal Consuetudinario, recogido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que la existencia de un Tratado con un tercer país no puede ser alegada por un Estado como base para justificar el incumplimiento de compromisos internacionales válidamente adquiridos con otros Estados. De la misma manera al amparo de la existencia de tal Tratado, no puede pretenderse invalidar o desconocer el ejercicio de derechos conferidos a los demás Países Miembros y a los órganos comunitarios por los Tratados que conforman el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena.⁸

En la sentencia del proceso 7-AI-98 el Tribunal aclara sobre la imposibilidad de que los Países miembros aleguen el incumplimiento del ordenamiento jurídico andino a pretexto de cumplir normas jurídicas de la Organización Mundial de Comercio:

Otro de los argumentos de la demandada hace referencia al hecho de que el Decreto 1207 de 1998 "guarda conformidad en los límites que le impone su Nivel de Consolidación de los Aranceles en la OMC, que es de 10 puntos sobre el Arancel Externo Común y que no es aplicable a los Países Miembros de la Comunidad Andina". Argumento que para el Tribunal resulta inaceptable al suponer la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos diferentes de carácter internacional que permitirían que los Países Miembros justificaran sus actuaciones a su elección, sujetándose al que encontraran más conveniente y dejando de cumplir el que les resultara desfavorable. Debe recordarse que, precisamente en relación con el Arancel Externo Común, el artículo 98 del Tratado de manera categórica y en procura de la intangibilidad del Arancel Externo Común por razón de acuerdos realizados por los Países Miembros con terceros, contiene la obligación de que aquellos "se comprometen a celebrar las consultas necesarias en el seno de la Comisión antes de adquirir compromisos de carácter arancelario con países ajenos a la subregión". De este compromiso resulta, en primer lugar, la necesaria multilateralidad para el manejo del instrumento en cuestión, así como la primacía de lo acordado comunitariamente con respecto a otros compromisos y a otras posibilidades que se tengan por cualquier País Miembro en razón de estar inscrito, bilateral o multilateralmente, en otros regímenes jurídicos internacionales.

En otras palabras, la obligación que tiene la República del Ecuador de respetar y cumplir lo acordado en el seno de la Comisión al contribuir a la expedición de la Decisión 370 por medio de la cual se adoptó el Arancel Externo Común, no puede ser soslayada bajo el argumento de que los sobre-aranceles impuestos son incompatibles con los niveles que se han negociado en el seno de la Organización Mundial de Comercio. La circunstancia de que los Países Miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a su vez a la Organización Mundial de Comercio no los exime de obedecer las normas comunitarias andinas, so pretexto de que se está incumpliendo con las de dicha organización o que se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella. Ello sería ni más ni menos que negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino que, como se ha dicho es preponderante no sólo respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros, sino de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a que estos pertenezcan.⁹

Así mismo, de conformidad con la jurisprudencia del TJAC, los acuerdos internacionales o tratados que celebren los estados miembros con otras organizaciones tienen una jerarquía menor que el acervo comunitario, así lo refiere Rodrigo Garrón Bozo¹⁰, en atención a la Sentencia No. 51-AI-2002, *Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador*.

En suma, la jurisprudencia andina afianza la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho internacional en la primacía y aplicabilidad directa e inmediata del ordenamiento jurídico de la Comunidad respecto del derecho nacional de los estados miembros, así como en las obligaciones que tienen los estados miembros de hacer todo lo que sea necesario para cumplir las obligaciones derivadas de la integración andina y a no hacer nada que entorpezca la vigencia del sistema jurídico comunitario por ejemplo mediante la adopción de medidas administrativas, legislativas o judiciales atentatorias al ordenamiento jurídico de la CAN.

El sistema jurídico de la Comunidad Andina y los tratados de libre comercio que negocian bilateralmente sus estados miembros con terceros estados

Para todo este acápite seguiré el documento antes referido que realizó la Secretaría General de la CAN, mediante el cual se analiza las distintas disciplinas comerciales que se negocian en el TLC con los Estados Unidos y su eventual impacto en la normativa andina. Allí se dice que se identifica varios tipos de efectos de un TLC sobre la normativa comunitaria, así en algunos casos el TLC llevaría a una colisión de compromisos, en otros, surge la necesidad de hacer ajustes para actualizar la normativa andina, o el TLC complementa y propicia una mejora. También se identifican casos en que las disciplinas TLC suplen vacíos que estimulan la profundización de los compromisos andinos y, en otros, la norma andina es más profunda. Se indica además que inevitablemente, así no se afecte la normativa andina vigente, también se han identificado algunos casos de efectos adversos sobre desarrollos normativos futuros de interés comunitario.

Según el estudio, el análisis en su conjunto de las disciplinas mostró, en términos generales, que el TLC no alteraría de manera importante las reglas del juego para las relaciones entre los países miembros. La Decisión 598 adoptada por el Consejo Ampliado de Ministros de Relaciones Exteriores con la Comisión, contribuye significativamente a ello, sobre todo a tenor de lo dispuesto en el art. 2 que dice:

De no ser posible, por cualquier motivo, negociar comunitariamente, los Países Miembros podrán adelantar negociaciones bilaterales con terceros países. En este caso, los Países Miembros participantes deberán:

- a) *Preservar el ordenamiento jurídico andino en las relaciones entre los Países Miembros de la Comunidad Andina.*

- b) Tomar en cuenta las sensibilidades comerciales presentadas por los otros socios andinos, en las ofertas de liberación comercial.
- c) Mantener un apropiado intercambio de información y consultas en el desarrollo de las negociaciones, en un marco de transparencia y solidaridad. (El subrayado me pertenece).

El análisis indica que se notan indicios que las disciplinas TLC podrían ayudar a mejorar dichas reglas del juego, actualizándolas en algunos casos, y en otros promoviendo mayores compromisos intra andinos, a saber:

Obstáculos Técnicos al Comercio, no se observan colisiones y ambas normativas siguen parámetros similares con la OMC. En varios aspectos la norma andina es más avanzada y evoluciona a compromisos de transparencia y reconocimiento mutuo. En otros, la adopción de algunos estándares del CAFTA mejoraría los compromisos andinos.

Medidas sanitarias y fitosanitarias, siguen los parámetros OMC. La norma andina es más profunda y completa.

Competencia, la norma andina está en revisión, lo que dificulta identificar eventuales efectos de lo que se pacte entre los países andinos con Estados Unidos en el TLC, aunque pudiera adelantarse que los ámbitos de aplicación podrían coincidir cuando empresas de dos o más países miembros de la Comunidad Andina sean afectados por conductas anticompetitivas de efecto transfronterizo que involucren a Estados Unidos, o sean el origen de las mismas.

Salvaguardia, que rige para el comercio intracomunitario, necesita alcanzar estándares similares a los acuerdos negociados en los últimos años en la región, como por ejemplo el CAFTA. Con la actual normativa podrían darse mejores tratamientos a terceros países que a los andinos debido a la mayor flexibilidad de las disposiciones comunitarias para adoptar medidas transitorias de protección. Si el TLC de Ecuador con Estados Unidos mantiene compromisos similares a CAFTA en defensa comercial, se hace necesario prever las correcciones a nivel andino para evitar las inconsistencias que se anuncian. De otra parte, respecto a la normativa comunitaria frente a terceros países, los países andinos que negocian el TLC deben evaluar si un acuerdo similar al CAFTA podría dejarles la posibilidad de aplicar medidas de urgencia para defender sus exportaciones en el mercado del otro socio andino.

Reglas de origen, las bases de las normas CAFTA y andina son diferentes mas no excluyentes ni contradictorias. Varios elementos son comunes y algunos compromisos del origen de nueva generación son recomendables para el andino.

Servicios, no existen normas andinas sectoriales, salvo algunos casos específicos, como las telecomunicaciones y el transporte y por lo tanto el análisis no se aplica a la contradicción con la norma marco sobre servicios, frente a la firma de un Acuerdo del tipo CAFTA, sino a las posibilidades frente a dicho Acuerdo de cumplir con el objetivo del mercado común andino de servicios. En

efecto, las características de la normativa y compromisos andinos, hasta ahora referidos fundamentalmente al acceso a mercados, hacen que no haya elementos en el CAFTA cuya adopción por los Países Miembros eventualmente pudiesen contrariar o vulnerar una norma comunitaria, no obstante que algunos de los principios del CAFTA contienen matices que los diferencian de los mismos principios en el régimen comunitario. El análisis llama la atención sobre que eventuales compromisos en reglamentación nacional pudiesen dificultar la adopción de programas comunitarios de complementación industrial.

Telecomunicaciones, es compatible con las normas andinas relativas al sector, al no encontrarse disposiciones discrepantes de fondo.

Inversiones, al momento se cuenta con cuatro fuentes positivas de derecho: la normativa nacional, la normativa comunitaria, los acuerdos bilaterales y el acuerdo de la OMC. En las disciplinas relativas a garantías de la inversión, los compromisos del TLC con Estados Unidos no son incompatibles con la norma andina para el tratamiento de las inversiones entre los países miembros y más bien podría contribuir a homologar su tratamiento en la subregión. Sin embargo, se registran importantes diferencias en lo relativo al tratamiento de los contratos de licencia y de transferencia de tecnología. El TLC extendería el alcance y cobertura de la protección de inversiones, pero asimismo restringiría sustantivamente los márgenes de adopción de políticas nacionales en particular en lo relativo a requisitos de desempeño y el concepto de expropiación indirecta.

Contratación Pública, no hay por el momento compromisos comunitarios, salvo el trato nacional explícito en servicios por la vía de la Decisión 439. En cualquier caso, las disciplinas que se asuman en acceso en un TLC, extensivas por NMF a los socios andinos, se pueden considerar un avance y dejan espacio para aplicar compromisos más profundos entre los Países Miembros. En materia de procedimientos es recomendable que los países andinos asuman compromisos básicos de transparencia. Sin embargo existen disposiciones en el CAFTA que impedirían a futuro la aplicación de políticas públicas nacionales vigentes.

Ambiente, el capítulo respectivo del CAFTA no presenta discrepancias con la normativa comunitaria existente, ya que en sustancia insta a las partes a cumplir con las legislaciones ambientales nacionales y somete a solución de controversias el incumplimiento sistemático de dicha legislación. No obstante, es de advertir que debido a que los Países Miembros de la Comunidad Andina han desarrollado compromisos importantes en materia de acceso a los recursos genéticos y protección del conocimiento tradicional, existen incompatibilidades con el patentamiento de las plantas y animales previsto en el capítulo sobre Propiedad Intelectual del CAFTA.

Propiedad Intelectual, debido a que por mandato del Acuerdo de Cartagena, esta materia se encuentra regulada por regímenes comunes, es probablemente el campo sometido al mayor impacto normativo. Los parámetros observados en los TLCs indican que se registrarían importantes diferencias en particular en lo que respecta a

patentes, datos de prueba farmacéuticos y agroquímicos, y acceso a recursos genéticos. En lo relativo a los derechos de autor y observancia, si bien el impacto normativo no sería tan sustantivo, sería necesario prestar atención a la sostenibilidad de las obligaciones a asumir y sus costos de implementación y cumplimiento.

En la idea de negociar un TLC con Estados Unidos se presentaban tres posibles escenarios: un solo TLC plurilateral que establezca derechos y obligaciones entre todas las partes contratantes, varios TLCs bilaterales, un solo TLC bilateral en el que participen Estados Unidos por una parte y, los países andinos por la otra.

La primera alternativa consistiría en que el TLC generaría derechos y obligaciones para todas las partes entre sí, es decir, no solo entre Estados Unidos y los países andinos, sino también entre éstos (esquema de negociación empleado en el CAFTA). En este supuesto se presentaría una coexistencia de dos regímenes jurídicos paralelos que regularían las relaciones comerciales entre países de la subregión andina. Además, los países andinos, en teoría, podrían elegir entre acudir al sistema de solución de controversias del TLC o a las previsiones del Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. En este caso, si el TLC plurilateral no prevé una disposición específica que regule las relaciones entre el TLC y el derecho comunitario, se aplicaría lo dispuesto en el art. 30.3 CVDT, que dice:

Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

Es decir, la suscripción de TLC plurilateral tendría graves inconvenientes en el sistema comunitario andino, en la medida en que coexistirían dos regímenes distintos con la consecuente inseguridad jurídica sobre la normativa aplicable y, más aún, con la posibilidad de dejar sin aplicación el ordenamiento jurídico subregional para las relaciones entre algunos países andinos.

Asimismo, en materia de solución de controversias, se estaría vulnerando el principio de la exclusividad de la jurisdicción del Tribunal Andino establecida en el art. 42 de su Tratado constitutivo, que impide a los países miembros, en sus relaciones entre sí y sobre las materias reguladas por el derecho comunitario, someterse a un sistema de solución de controversias distinto al andino.

Artículo 42.- Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado.

En el segundo caso, si los países andinos celebran individualmente varios TLCs con Estados Unidos (Como ha sucedido hasta ahora en dos casos), no se presentarían los problemas del caso precedente en relación con la coexistencia de dos regímenes jurídicos distintos para regular una misma materia entre los países de la región, pero igualmente se presentaría una fractura a los principios del sistema jurídico institucional de la Comunidad Andina, debido a que al acordar normas de diferente alcance en

cada uno de los acuerdos bilaterales, sería muy difícil compatibilizar la normativa andina a los resultados de cada negociación y, varios de los regímenes comunes perderían su naturaleza armonizadora o unificadora. Esta es la modalidad adoptada por Colombia, Ecuador y Perú al negociar cada uno su acuerdo de libre comercio con la potencia del norte.

El tercer caso, la participación conjunta de los países andinos, o de algunos de ellos, en la negociación con Estados Unidos, no tendría los inconvenientes de un tratado plurilateral, puesto que no afectaría los principios en los que se basa el sistema jurídico institucional de la Comunidad Andina. En este escenario, los países andinos que suscriban el TLC, en sus relaciones entre sí y con los demás miembros de la Comunidad Andina, continuarían aplicando el derecho comunitario y los conflictos que se presenten se resolverían de conformidad con el Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

Sin embargo, para evitar inconvenientes similares a los que presenta la firma de varios TLCs bilaterales, hubiese sido necesario que los países andinos que negocian el TLC mantengan posiciones coordinadas e incluso conjuntas en el proceso, de manera que la normativa del tratado de liberación comercial sea la misma y con obligaciones iguales para todos los países miembros. Esto facilitaría la adecuación de las normas andinas a los resultados de la negociación.

Con independencia de la estructura jurídica plurilateral o bilateral que adopte el tratado de libre comercio, resulta palpable que para que los países andinos puedan cumplir tanto los compromisos que asuman con Estados Unidos y, simultáneamente, las normas comunitarias vigentes en la subregión para terceros países, será necesario que los órganos competentes de la Comunidad Andina expidan en determinados y específicos casos, actos que permitan armonizar la normativa a las obligaciones que se deriven del TLC.

Finalmente, podría ser deseable que se incluya la figura de la eventual adhesión a ese instrumento internacional de los países miembros de la Comunidad Andina que no están negociando el TLC, con la finalidad de asegurar el mayor grado posible de coherencia en las políticas comerciales de los países andinos frente a Estados Unidos.

Conclusiones

Por vía de la jurisprudencia supranacional en la experiencia de integración comunitaria andina –y también en la del viejo continente-, el derecho internacional de los países miembros es desplazado por el sistema jurídico comunitario, cuestión que debe mirarse como una ineludible condición para el desarrollo conjunto de países identificados por múltiples rasgos comunes ante la vorágine globalizadora del libre mercado.

No se debe desconocer la importancia de los EEUU como socio comercial de los países miembros de la CAN, como conjunto e individualmente.

La cuestión se debate además entre el cuidado de los intereses de los países miembros como actores asociados en la Comunidad y, al mismo tiempo, como entidades soberanas e independientes en el contexto cosmopolita, lo que puede acarrear el surgimiento de obstáculos al proceso e incumplimientos de la normativa jurídica andina. Al efecto, conviene tener en cuenta lo dispuesto por el art. 86 AC, que expresa:

Los Países Miembros se comprometen a no alterar unilateralmente los gravámenes del Arancel Externo Común. Igualmente, se comprometen a celebrar las consultas necesarias en el seno de la Comisión antes de adquirir compromisos de carácter arancelario con países ajenos a la Subregión. La Comisión, previa propuesta de la Secretaría General y mediante Decisión, se pronunciará sobre dichas consultas y fijará los términos a los que deberán sujetarse los compromisos de carácter arancelario.

Al parecer, como alternativa de supervivencia a la Comunidad Andina le tocará entrar en un complejo y a lo mejor insuperable proceso de revisión de su sistema jurídico de tal forma de transformarlo y ponerlo a punto con el marco jurídico de los diferentes tratados de libre comercio suscritos por sus estados miembros. Queda entonces la posibilidad de que el "principio de especialidad" atribuido por vía pretoriana al derecho comunitario como

elemento determinante de su preeminencia frente al derecho internacional, ceda su posición a la curiosa naturaleza homogenizadora de este último, por cierto, escasamente legitimada desde una óptica democrática del mundo jurídico.

Resulta claro que de las tres posibles alternativas de negociación de un tratado de libre comercio con los EEUU, los socios andinos: Colombia, Ecuador y Perú, escogieron la menos conveniente (negociación de varios acuerdos bilaterales), lo que seguramente ocasionará remesones al frágil proceso de integración andina, debido a la existencia simultánea de varios tratados bilaterales.

Para concluir, en aras de alcanzar la seguridad jurídica internacional y, de que los estados puedan organizarse soberana y comunitariamente para lograr su desarrollo y mejor posicionamiento en el contexto mundial, de suscribirse un tratado de libre comercio entre Ecuador y los EEUU, se debe evitar a toda costa la subordinación del ordenamiento jurídico andino al citado instrumento internacional, así se podrá profundizar en la integración, hacer respetar la soberanía puesta en comunidad y, al mismo tiempo, evitar ser acusados por mantener un sistema jurídico comunitario contrario a las normas jurídicas y a los principios del TLC.

Notas

- 1 Desde mi perspectiva, el derecho comunitario adquiere un carácter de supremacía por sobre los tratados internacionales en el entendido de que estos forman parte de un derecho casuístico originado por los estados y no por entes autónomos y descentralizados creados a partir de un nuevo ejercicio de competencias soberanas por parte de los estados que contratan, como ocurre con la experiencia comunitaria. Además, las normas jurídicas comunitarias poseen sentido finalista, pues están orientadas al bien común de los miembros de la Comunidad; en cambio, las normas de derecho internacional solo se encaminan a satisfacer intereses propios de los estados contratantes. Esta diferencia permite identificar un primer parámetro para evaluar el carácter preferente del que deben gozar las normas comunitarias en caso de conflicto. Las normas jurídicas internacionales resultan de negociaciones para autolimitar la soberanía de los estados con respecto a casos concretos; en cambio, las normas del sistema jurídico comunitario coadyuvan al desarrollo de un nuevo modo de interacción de los estados, ejerciendo en común las competencias soberanas atribuidas a la Comunidad. De ahí el carácter preferente que tendrían las normas jurídicas comunitarias. Adicionalmente, se debe considerar a los instrumentos con los que cuenta el derecho comunitario para hacer cumplir sus preceptos. La creación de comunidades internacionales implica entre otras cuestiones, contar con entes autónomos capaces de crear normas jurídicas derivadas, así como también de hacerlas cumplir, tal es el caso del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.
- 2 Véase al respecto, María Cecilia Pérez Aponte, "Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en relación a la conexión entre derecho de la integración y derecho internacional público", en *Foro Revista de Derecho*, No. 2, Quito, UASB-Ecuador / CEN, 2003-2004, pp. 225 ss.
- 3 Cfr. Secretaría General de la Comunidad Andina, "Análisis de las diferentes disciplinas comerciales que se negocian en el TLC con Estados Unidos y su posible impacto en la normativa andina", Documentos Informativos SG/di 657, 31/08/2004, p. 8.
- 4 Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 21, de 15 de julio de 1987.
- 5 Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 412, de 26 de febrero de 1999.
- 6 Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 475, de 1 de septiembre de 1999.
- 7 Véase al respecto, Guillermo Chahín Lizcano, "Criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", en *Testimonio Comunitario*, Quito, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004, p. 251.
- 8 Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 238, de 4 de diciembre de 1996.
- 9 Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 490, de 4 de octubre de 1999.
- 10 Rodrigo Garrón Bozo, *Jerarquía de los Tratados y del Derecho Comunitario*, La Paz, Azul, 2005, p. 51.

Cabezas & Wray Abogados

El Caso Oxy: 12 tesis equivocadas

Este documento fue preparado por la firma Cabezas & Wray abogados. La firma estuvo a cargo de la defensa de la República del Ecuador frente a la demanda internacional ante el CIADI presentada por la compañía Occidental. La firma renunció a la defensa del caso a partir del mes de septiembre de 2006.

- Los que sostienen que el Ecuador no debe comparecer al arbitraje iniciado por la petrolera Occidental, están equivocados.
- Jurídicamente, esta posición es absurda.
- A continuación se explica por qué.

Arbitraje, ¿sí o no?

Para que una controversia pueda resolverse mediante arbitraje, se requiere el consentimiento de las dos partes.

En su solicitud de arbitraje, la compañía Occidental sostiene que Petroecuador dio su consentimiento en la cláusula 20.3 del Contrato de Participación firmado en 1999 y que la República del Ecuador lo dio en el Artículo VI(4) del Tratado Bilateral para la Protección Recíproca de Inversiones celebrado con los Estados Unidos.

El Ecuador, por su parte, considera que esas manifestaciones de consentimiento, aunque existen, no pueden ser invocadas en este caso porque el mismo Contrato de Participación, en la cláusula 21.4 excluye del arbitraje a las cuestiones relacionadas con la declaratoria de caducidad de la concesión y dispone que sean resueltas por la justicia ordinaria, específicamente por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Estos argumentos del Ecuador son válidos. La cuestión es ¿ante quién deben presentarse y defenderse? Hay quien ha sostenido que como no hay consentimiento, simplemente habría que rechazar el arbitraje, impugnar el registro de la solicitud y no comparecer ante el CIADI. Los abogados de Cabezas & Wray que estuvieron a cargo de la defensa del Estado afirman en cambio que eso no es procesalmente posible y que el único escenario ante el cual el Ecuador puede defenderse con éxito es el Tribunal Arbitral que para el conocimiento del caso se conformará, de todas maneras, de acuerdo a las reglas del CIADI.

A continuación se examinan, una por una, las falsas tesis que esgrimen quienes consideran que no debemos comparecer al arbitraje y se explica en qué consisten sus errores desde el punto de vista jurídico.

Estas tesis falsas son las siguientes:

1. El Ecuador no tiene por qué someterse a un tribunal extranjero y renunciar de esta forma su soberanía como Estado.
2. El CIADI no debió registrar la solicitud de arbitraje, porque ni el Estado ecuatoriano ni Petroecuador han dado su consentimiento para que esta controversia se someta a la resolución de un tribunal de arbitraje del CIADI y sin ese consentimiento, el arbitraje no procede.
3. El Ecuador debió oponerse al registro de la solicitud de arbitraje, con base en lo dispuesto por el Artículo 36 del Convenio del CIADI.
4. Una vez registrada la solicitud de arbitraje, el Ecuador debió impugnar el registro para evitar que el arbitraje continúe.
5. El Ecuador debió presentar un recurso de inadmisibilidad de la solicitud de arbitraje.
6. El Ecuador no ha dado su consentimiento para el arbitraje ante el CIADI.
7. El CIADI no tiene jurisdicción sobre el caso, porque el contrato con Occidental excluye del arbitraje las cuestiones relacionadas con la caducidad, las cuales deben ventilarse en el Ecuador ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
8. Designar un árbitro significa aceptar la procedencia del arbitraje.
9. Los tribunales del CIADI favorecen siempre al inversionista.
10. El arbitraje no puede continuar sin la comparecencia del Ecuador.
11. El laudo que dicte un Tribunal del CIADI no podría ejecutarse a menos que los tribunales de justicia ecuatorianos lo acepten, cosa que no harán porque sería contrario al orden público.

12. El caso Occidental está cerrado. La caducidad de la concesión fue declarada legalmente conforme a la ley ecuatoriana y nada hay que discutir.

Tesis equivocada 1

El Ecuador no tiene por qué someterse a un tribunal extranjero como el del CIADI y renunciar de esta forma a su soberanía como Estado.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es un organismo internacional creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, en vigor desde 1966, conocido también como el Convenio de Washington o el Convenio CIADI (1). Este Convenio consta promulgado en el Registro Oficial No. 386 del 3 de marzo de 1986 y fue ratificado por el Congreso del Ecuador el 6 de abril de 2001.

Según el artículo 163 de la Constitución Política, las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgadas en el Registro Oficial, forman parte del ordenamiento jurídico de la República e incluso prevalecen sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía.

En consecuencia, el Convenio CIADI forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sus normas obligan al Estado porque éste así lo quiso, en ejercicio de su soberanía y porque así lo dispone expresamente su propia Constitución Política.

Tesis equivocada 2

El CIADI no debió registrar la solicitud de arbitraje, porque ni el Estado ecuatoriano ni Petroecuador han dado su consentimiento para que esta controversia se someta a la resolución de un tribunal de arbitraje del CIADI. Sin ese consentimiento, el arbitraje no procede.

Como se sabe, la compañía Occidental sostiene que Petroecuador dio su consentimiento en la cláusula 20.3 del Contrato de Participación y que la República del Ecuador lo dio en el Artículo VI (4) del Tratado Bilateral para la Protección Recíproca de Inversiones celebrado con los Estados Unidos.

El Ecuador, por su parte, considera que esas manifestaciones de consentimiento, aunque existen, no pueden ser invocadas en este caso, porque en otra cláusula del mismo Contrato de Participación se excluye del arbitraje a las cuestiones relacionadas con la declaratoria de caducidad de la concesión.

Desde el punto de vista procesal, tienen efectos distintos la inexistencia de consentimiento, por un lado, y la existencia de un consentimiento limitado a ciertas materias o prestado con excepción de ciertas materias, por otro.

La inexistencia es una cuestión susceptible de resolverse *prima facie*, es decir, a primera vista, porque queda desvirtuada con la simple presentación de un documento

en el cual conste una manifestación de consentimiento para el arbitraje. Es una cuestión de hecho.

En cambio, establecer los límites del consentimiento, es decir identificar las materias no comprendidas en el consentimiento prestado con limitaciones o bajo ciertas condiciones, es una cuestión o un problema de derecho, no de simple hecho, porque para arribar a una conclusión se requiere de un análisis y de un razonamiento de carácter jurídico.

Los argumentos que existen para sostener la impertinencia del arbitraje con respecto de las cuestiones relacionadas con la caducidad del contrato, son plenamente válidos. Pero desde el punto de vista procesal, no tienen incidencia alguna en lo referente al registro de la solicitud de arbitraje, porque son cuestiones de derecho para cuyo análisis no tiene facultades la Secretaría General del CIADI, que es el órgano administrativo encargado del Registro.

Una vez presentada la solicitud de arbitraje a la Secretaría del CIADI, ésta debe decidir si la registra o no. El registro solamente puede ser negado si la controversia cae *manifiestamente* fuera de la jurisdicción del CIADI, según el artículo 36 (3) del Convenio, que dice:

El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro.

¿Cómo ha de entenderse la expresión *manifiestamente*? Según el Diccionario, es lo que queda en evidencia a simple vista.

Si bien es cierto que para proceder al registro el Secretario General debe verificar, entre otros requisitos, la existencia del consentimiento, esta verificación no comprende el análisis de argumentos de derecho, porque es una facultad expresamente reservada al Tribunal por el artículo 41 del Convenio del CIADI, que dice:

- (1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.
- (2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

La Secretaría General no sustituye al Tribunal, ni puede ejercitar funciones propias de un árbitro. El CIADI, técnicamente, es solamente un centro que administra un sistema de arbitraje, de manera que las facultades de la Secretaría son de orden administrativo y no alcanzan al análisis y resolución de argumentos de derecho. La facultad de *filtrar* las solicitudes no va más allá de un examen *prima facie*, puramente formal, del cumplimiento de los requisitos exigidos por el Convenio del CIADI.

El Profesor Christoph Schreuer, catedrático de la Universidad de Viena y uno de los comentaristas más destacados del Convenio CIADI, dice al respecto que "el Secretario General, al examinar las solicitudes, no desempeña una función judicial. Negará el registro solamente si la falta de jurisdicción es tan obvia que la solicitud no merece ninguna consideración por un tribunal" (2).

En otro pasaje, refiriéndose a la misma situación, Schreuer aclara que "si el Secretario General tiene dudas al respecto, registrará la solicitud" (3).

Entendida en este contexto, la verificación del requisito del consentimiento queda satisfecha con la constatación de la existencia formal de un documento en el cual ese consentimiento esté manifestado. Cualquier argumentación respecto del alcance del documento, o acerca de si ese consentimiento ha sido válidamente prestado para el caso concreto, le corresponde al Tribunal Arbitral, según expresa previsión del artículo 41 del Convenio. El Profesor Christoph Schreuer, al referirse a esta disposición, observa que tiene dos propósitos:

El propósito fundamental del artículo 41 es no permitir que se frustre un procedimiento de arbitraje a través de la negación unilateral de la competencia del tribunal por una de las partes", y agrega luego: "Un efecto secundario del artículo 41 es el de darle al tribunal un poder exclusivo para decidir los asuntos sobre jurisdicción en relación a otros órganos de decisión, por ejemplo, el poder dado al Secretario General del CIADI en el artículo 36 (3) (del Convenio CIADI) (4).

En definitiva, las atribuciones confiadas a la Secretaría General por el Artículo 36, que son de carácter administrativo, no pueden interferir con las que al Tribunal le otorga el Artículo 41, porque el conocimiento de cuestiones de derecho propuestas por las partes es en cualquier sistema procesal, una atribución propia del juez, no del secretario. Así lo advierte el Informe presentado para la aprobación del Convenio de Washington, que se considera la interpretación oficial acerca de su contenido y alcance. Refiriéndose a este artículo y relacionándolo con las facultades de la Secretaría General, dice el Informe, en su Párrafo 38:

El Artículo 41 reitera el reconocido principio de que los tribunales internacionales son los llamados a resolver sobre su propia competencia; y el Artículo 32 aplica el mismo principio a las Comisiones de Conciliación. En relación a esto, se debe hacer notar que la facultad del Secretario General para rechazar el registro de una solicitud de conciliación o de arbitraje (véase el párrafo 20 de este Informe) se define en forma tan limitada que no interfiera con la prerrogativa de las Comisiones y los Tribunales de determinar su propia competencia y, por otra parte, dicho registro de la solicitud por el Secretario General no impide, desde luego, que la Comisión o el Tribunal decida que la diferencia cae fuera de la jurisdicción del Centro (5).

No cabe la menor duda, entonces, de que la tesis según la cual la invocación de argumentos de derecho derivados del contrato o de cualquier otro documento habría evitado el registro de la solicitud de arbitraje y, por ende, el arbitraje mismo, es totalmente errónea.

Tesis equivocada 3

El Ecuador debió oponerse al registro de la solicitud de arbitraje, con base en lo dispuesto por el Artículo 36 del Convenio del CIADI.

Aparte de lo ya dicho respecto al ámbito extremadamente limitado de las facultades confiadas a la Secretaría General y a la imposibilidad de que ésta pueda conocer y dar valor a argumentos de derecho, hay un impedimento procesal de elemental comprensión: no está prevista en el sistema del CIADI —ni podría estarlo en sistema alguno— la posibilidad de que la parte demandada pueda oponerse a que se presente la demanda o, en el caso, a que se admita a trámite el pedido en cuya virtud se da inicio al procedimiento.

Si la parte contra la cual se va a presentar una reclamación pudiera oponerse, mediante algún tipo de trámite administrativo previo, a que el procedimiento se inicie, el órgano administrativo, en este caso, la Secretaría General, tendría más poder que el Tribunal mismo y el sistema resultaría poco confiable.

Por este motivo, tanto el Convenio del CIADI en su artículo 36 (3), como la Regla de Iniciación 6 (1)(b) prevén que la decisión respecto del Registro debe basarse exclusivamente en la información y documentos presentados por los solicitantes (6). En consecuencia, aunque el CIADI toma conocimiento del criterio de la otra parte respecto de la solicitud de arbitraje, no está prevista la posibilidad de que la parte contra la cual se dirige la reclamación pueda oponerse al registro, ni existe tampoco un trámite para dar curso a tal oposición.

De otro lado, hay que tener en cuenta que el Registro no es sino la admisión del reclamo a trámite y su único efecto es marcar el inicio del procedimiento. El Registro no prejuzga sobre el contenido de la solicitud, ni siquiera sobre la pertinencia del arbitraje, la jurisdicción del CIADI o la competencia del Tribunal y mucho menos sobre el derecho de las partes envueltas en la controversia. Por eso, si bien la decisión del Secretario General acerca del acto de Registro es definitiva, no impide que el Tribunal concluya que la solicitud no debió registrarse, por tratarse de una controversia que manifiestamente cae fuera de los límites del CIADI (7) o porque la manifestación de consentimiento invocada no es válida o es insuficiente para el caso o, en fin, porque existe cualquier otro motivo que impida establecer la jurisdicción del CIADI o la competencia del Tribunal Arbitral.

Tesis equivocada 4

Una vez registrada la solicitud de arbitraje, el Ecuador debió impugnar el registro para evitar que el arbitraje continúe.

Aunque no se denomina así en la terminología procesal, existe la posibilidad de *impugnar* el Registro, pero la impugnación debe presentarse ante el Tribunal, no ante los órganos administrativos del CIADI.

La que ofrece esta posibilidad es la Regla de Arbitraje 41 (5), que dice:

Salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares, una parte podrá, a más tardar 30 días después de la constitución del Tribunal, y en cualquier caso antes de la primera sesión del Tribunal, oponer una excepción rela-

tiva a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. La parte deberá especificar, tan precisamente como sea posible, el fundamento de su excepción. El Tribunal, después de dar a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción, deberá, en su primera sesión o prontamente después, notificar a las partes su decisión sobre la excepción.

Si en efecto se trata de una controversia que manifiestamente está fuera de la jurisdicción del CIADI, aunque la Secretaría General haya opinado lo contrario, bien podría el Tribunal, al amparo de este procedimiento, corregir el error. Pero, como se ve, se trata de una alegación que debe presentarse ante el Tribunal, dentro de los treinta días posteriores a su conformación, no ante la Secretaría General ni ante cualquiera otro de los órganos administrativos del CIADI.

Tesis equivocada 5

El Ecuador debió presentar un recurso de inadmisibilidad de la solicitud de arbitraje.

A menos que se le quiera denominar así al procedimiento previsto en la Regla de Arbitraje 41 (5), ya descrito, tal recurso de inadmisibilidad, simplemente, no existe.

¿En qué norma está previsto ese recurso? ¿Cuál es la autoridad que debe conocerlo y resolverlo? ¿Hasta cuándo se lo puede proponer? Son preguntas elementales que deberían responder quienes sostienen que dentro del sistema CIADI existe un recurso llamado de inadmisibilidad, el cual, además, tendría la virtud de impedir la prosecución del arbitraje y suspender, aparentemente, todos los plazos.

No deja de extrañar, por cierto, que habiendo un recurso tan útil y eficaz, ¡jamás haya sido planteado por país alguno en toda la historia del CIADI!

La razón es simple: el recurso de inadmisibilidad no existe. No hay norma alguna que los establezca. Su existencia sería contraria a los principios más elementales del Derecho Procesal, porque tendría la finalidad de impedir, a espaldas del juez, la iniciación de un reclamo. Se trata de un invento de alguien a quien le sobra osadía, pero que desconoce totalmente el sistema.

Tesis equivocada 6

El Ecuador no ha dado su consentimiento para el arbitraje ante el CIADI.

Como se explicó antes, la inexistencia de consentimiento, es decir la ausencia de cualquier manifestación de consentimiento, tiene efectos procesales bien definidos en cualquier sistema de arbitraje, porque el problema se reduce a la constatación física de un hecho: la existencia o no de un documento en el cual conste manifestado el consentimiento.

En cambio, puede ocurrir que haya una manifestación de consentimiento, pero que, por diversas razones, ese consentimiento no comprenda o excluya determinadas

materias o que no sea aplicable a ese caso en particular. Esta ya no es una cuestión de hecho, sino una conclusión de derecho, a la que se llega luego de un análisis jurídico del documento o documentos que deban confrontarse.

Como cuestión meramente formal, la existencia —o la ausencia— de un documento en el que conste manifestado el consentimiento, puede ser constatada por la Secretaría General en ejercicio de sus facultades de orden administrativo. Si el documento no se presenta en respaldo de una solicitud de arbitraje, el consentimiento se entiende inexistente y el Registro de la solicitud no procede.

Al contrario, cuando se trata de identificar si determinadas materias caen o no dentro del consentimiento cuya manifestación consta por escrito, o si ese consentimiento es o no aplicable al caso, ya no se está ante una simple cuestión de hecho, sino ante un problema de derecho que solamente puede ser resuelto por el Tribunal, no por la Secretaría.

En este contexto debe entenderse el artículo VI (4) del Tratado Bilateral para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Ecuador y los Estados Unidos (8). La manifestación de consentimiento que allí consta, sirve para entender cumplido el requisito formal que permite el Registro, pero no significa que comprenda necesariamente las materias envueltas en la controversia o que sea aplicable al caso. Esta última es una cuestión de derecho que deberá ser resuelta en su momento por el Tribunal.

Dice el citado Artículo VI (4) del Tratado celebrado entre Ecuador y Estados Unidos:

Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, según el párrafo 3.

A pesar de la claridad del texto, hay quien pretende argumentar que la remisión al párrafo 3 del mismo artículo, conlleva una exigencia de una nueva manifestación de consentimiento, dada expresamente para el caso. No es así. Para demostrarlo, basta examinar el alcance y significado de los cuatro primeros numerales del artículo VI, que son los pertinentes al tema.

Texto del artículo

Resumen del contenido

1. A efectos del presente Artículo una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a:
 - a) un acuerdo de inversión concertado entre esa Parte y dicho nacional o sociedad;
 - b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, o
 - c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.
1. Define lo que ha de entenderse como una diferencia en materia de inversión, que es el tipo de controversia

susceptible de someterse a una de las vías de solución descritas en los numerales siguientes.

De paso, conviene advertir que cuando el texto alude a "las Partes", se refiere a los estados suscriptores del Tratado, es decir Ecuador y los Estados Unidos. En cambio, el texto utiliza la expresión "un nacional o sociedad" de la otra parte, para referirse al inversionista, que puede ser una persona natural o una persona jurídica.

2. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:

- a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia, o
- b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido, o
- c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.

2. Se presentan aquí tres vías de solución para las controversias que surjan en relación con la inversión.

Pero, además, se establece que, si la controversia no se soluciona amigablemente, quien escoge la vía es el inversionista o, como dice el texto del artículo "*la sociedad o el nacional interesado*".

Escoger a cuál de las tres vías se somete la controversia es, entonces, una facultad del inversionista.

3.

a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2, y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar por consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:

- i) Del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("el Centro") establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 ("Convenio del CIADI"), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; o
- ii) Del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a éste; o
- iii) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o
- iv) De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convengan las partes en la diferencia.

b) Una vez que la sociedad o el nacional interesado dé su consentimiento, cualquiera de las partes en la diferencia podrá iniciar el arbitraje según la opción especificada en el consentimiento.

3. Establece el arbitraje como la tercera vía de solución. En concordancia con el numeral anterior, escoger esta vía es una prerrogativa del inversionista.

Como el arbitraje requiere del consentimiento de los dos contendientes, en este numeral se le exige al inversionista que al optar por esta vía consienta por escrito en someter la controversia a cualquiera de los sistemas de arbitraje mencionados en la disposición. Específicamente, la opción se ejercita mediante esa manifestación de consentimiento del inversionista.

Si se requiere del consentimiento de ambos contendientes ¿Por qué se dirige en este numeral la exigencia a solamente uno de ellos, el inversionista?

La respuesta es sencilla: porque en el numeral siguiente consta ya, manifestado anticipadamente, el consentimiento del Estado receptor de la inversión.

4. Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, según el párrafo 3.

Ese consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme al párrafo 3, cumplirá el requisito de:

- a) Un "consentimiento por escrito" de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro) y a efectos de las normas del Mecanismo Complementario, y
- b) Un "acuerdo por escrito" a efectos del Artículo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 ("Convención de Nueva York").

4. Como se ve, el texto liga el consentimiento del Estado (que se presta en este Párrafo) con la opción que escoja el inversionista. En otros términos, lo que dice es que si el inversionista escoge la opción del arbitraje UNCITRAL, a ello consiente el Estado. Si el inversionista escoge la opción de un arbitraje CIADI, también consiente en ello el Estado.

Por esa razón, la parte final del párrafo 4 dice que ambas expresiones de consentimiento –la del inversionista, concretada en la opción que haya escogido y la del Estado expresada por anticipado en la primera parte del Párrafo 4–, hará las veces o deberá tenerse como la manifestación de consentimiento conjunto exigido por los dos instrumentos internacionales que menciona: el Convenio del CIADI y su mecanismo complementario y la Convención de Nueva York.

Como se ve, el texto liga el consentimiento del Estado prestado en el párrafo 4, con la opción que escoja el inversionista de entre las varias que en el párrafo 3 se ofrecen como vías para la solución de las controversias que surjan en relación con su inversión. Si la posibilidad de escoger la opción arbitral le está vedada al inversionista por cualquier razón –por ejemplo, por haber acordado en un contrato someter la controversia a otra vía–, tal cuestión no puede considerarse que aparezca manifiestamente de los documentos en cuestión, porque depende de un análisis jurídico acerca del sentido y alcance de las disposiciones de cada instrumento. Por eso, la posibilidad de invocar válidamente para el caso concreto el consentimiento prestado en el Tratado, como se ha

explicado, no consiste en una mera cuestión de hecho, sino que es una cuestión de derecho que deberá ser resuelta por el Tribunal, no por la Secretaría del CIADI al momento del Registro.

Tesis equivocada 7

El CIADI no tiene jurisdicción sobre el caso, porque el contrato de Occidental excluye del arbitraje las cuestiones relacionadas con la caducidad, las cuales deben ventilarse en el Ecuador ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

La solicitud de arbitraje no se refiere exclusivamente a cuestiones relacionadas con la caducidad de la concesión. Hay reclamaciones de Occidental que nada tienen que ver con la caducidad, por ejemplo la relativa a la interferencia del Estado en el contrato, supuestamente producida por la aprobación de las últimas reformas a la Ley de Hidrocarburos.

Al haber una reclamación no excluida del arbitraje, el argumento que aquí se analiza deja de ser eficaz como fundamento para desconocer la jurisdicción del CIADI. Por consiguiente, aunque es cierto que según el contrato entre Petroecuador y Occidental el arbitraje no procede respecto de la caducidad, tal argumento conduce a cuestionar la competencia del Tribunal, no la pertinencia del arbitraje en su totalidad. Falta de jurisdicción no es lo mismo que incompetencia.

Es así que las disposiciones del contrato de participación no excluyen el arbitraje. Sirven para limitar el ámbito de competencia del tribunal de arbitraje, excluyendo de dicho ámbito las cuestiones relacionadas con la caducidad del contrato. No sirven para evitar el arbitraje como tal.

Tesis equivocada 8

Designar un árbitro significa aceptar la procedencia del arbitraje.

No es así, ni en el sistema CIADI, ni en ningún otro sistema de arbitraje en el mundo.

De las mismas disposiciones ya citadas tanto del Convenio del CIADI como de las Reglas de Arbitraje, se concluye sin reserva que al participar en las decisiones relativas a la conformación del Tribunal, inclusive mediante la designación de un árbitro, las partes ejercitan un derecho que no interfiere con la posibilidad de que formulen luego las excepciones que crean procedentes, ni siquiera las relativas a la pertinencia del arbitraje, a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal.

El artículo 41 del Convenio del CIADI reconoce la posibilidad de que una parte pueda alegar ante el Tribunal que la controversia cae fuera de los límites de su jurisdicción o que por cualquier razón el Tribunal carece de competencia para resolverla. A su vez, la Regla de Arbitraje 41 establece que tales alegaciones podrán presentarse hasta el último día del plazo fijado para contestar la de-

manda, si se trata de excepciones a la jurisdicción, o dentro de los 30 días posteriores a la conformación del Tribunal si la alegación consiste en que la reclamación carece manifiestamente de mérito, todo ello a pesar de que se trata de un tribunal conformado con intervención de las partes, según el Artículo 37 del Convenio y la Regla de Arbitraje número 1, que expresamente llama a las partes a constituir el Tribunal con toda diligencia, en cuanto se les notifique el Registro de la Solicitud de Arbitraje.

En la historia del arbitraje internacional, no hay un solo caso en el cual un Tribunal haya rechazado una alegación de incompetencia o de falta de jurisdicción, invocando como fundamento el hecho de que la parte demandada haya participado en la conformación del tribunal o haya designado a uno de los árbitros.

Al contrario, son frecuentes los casos en los cuales los tribunales se declaran incompetentes o reconocen que carecen de jurisdicción, a pesar de la participación del demandado en las decisiones relativas a la conformación del Tribunal. Así ocurrió por ejemplo en el caso en el cual la compañía canadiense EnCana reclamó la devolución del llamado IVA petrolero: el Ecuador designó a uno de los árbitros. Lo hizo por tres ocasiones, debido a que los dos primeros designados renunciaron a su cargo después de haberlo desempeñado por poco tiempo (Párrafo 3 del laudo). Luego Ecuador alegó que el Tribunal no tenía competencia para conocer de cuestiones tributarias, pues no estaban comprendidas entre las susceptibles de resolverse por arbitraje, según las disposiciones del Tratado sobre Inversiones celebrado entre Ecuador y Canadá (Párrafo 8). Finalmente, el Tribunal aceptó la alegación del Ecuador y se declaró incompetente (Párrafo 168) (9).

Para mencionar solamente uno de entre los fallos recientes redactados en español dentro del sistema CIADI, puede verse el dictado en el caso de *Empresas Lucchetti y Lucchetti Perú contra Perú*. El Tribunal, designado con la concurrencia de las partes (Párrafo 8) estimó que la reclamación planteada por *Lucchetti* "no está abarcada por el consentimiento del Perú a una jurisdicción internacional enmarcada en el Convenio Bilateral" por lo cual se declaró incompetente para conocer sobre el fondo de la controversia (10). El argumento es idéntico al del Ecuador y fue aceptado unánimemente por el Tribunal a pesar de que el Perú, el Estado demandado, intervino en la conformación del Tribunal y designó a uno de los árbitros.

Tesis equivocada 9

Los tribunales del CIADI siempre favorecen al inversionista.

Estadísticamente, en cualquier sistema local o nacional de administración de justicia, el porcentaje de casos en los que los jueces o tribunales dan la razón al reclamante, tiende a ser mayor. Es más, los especialistas consideran a esta tendencia como una característica positiva del sistema, porque muestra que se ha logrado disuadir en mayor porcentaje los reclamos infundados.

No es esta, sin embargo, la realidad del CIADI. Según la encuesta realizada por dicho Centro en 2004, en el 49%

del total de casos presentados, los tribunales dieron la razón al Estado. En el 17% de los casos, hubo un acuerdo transaccional entre las partes y solamente en el 22% se dio una sentencia favorable al inversionista. El porcentaje restante (12%) corresponde a casos discontinuados, es decir que no prosiguieron por desistimiento o abandono.

Tesis equivocada 10

El arbitraje no podrá continuar sin la comparecencia del Ecuador.

Todo lo contrario. Si el Ecuador no comparece al arbitraje y no se defiende, el procedimiento avanzará, concluirá más rápidamente y con mayores probabilidades de que se acepten las pretensiones de Occidental, dada la falta de contradictor. El párrafo 2 del artículo 45 del Convenio del CIADI es suficientemente explícito:

Si una parte dejare de comparecer o no hiciere uso de su derecho, podrá la otra parte, en cualquier estado del procedimiento, instar del Tribunal que resuelva los puntos controvertidos y dicte el laudo. Antes de dictar el laudo el Tribunal, previa notificación, concederá un período de gracia a la parte que no haya comparecido o no haya hecho uso de sus derechos, salvo que esté convencido que dicha parte no tiene intenciones de hacerlo.

Tesis equivocada 11

El laudo que dicte un tribunal del CIADI, una vez registrada la solicitud, no podría ejecutarse a menos que los tribunales de justicia ecuatorianos lo acepten, cosa que no harán porque sería contrario al orden público.

No es así. Según el artículo 54 del Convenio CIADI, "todo Estado contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de su territorio las obligaciones pecuniaras impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firma dictada por un tribunal existente en dicho Estado". En consecuencia, el laudo podría ejecutarse mediante los tribunales de justicia de cualquiera de los países signatarios del Convenio del CIADI, como si se tratara de una sentencia dictada por sus propios tribunales. Esto significa que al tener un laudo que le favorezca, el inversionista podría acudir a los órganos de administración de justicia de cualquier Estado en el cual el Ecuador tenga bienes.

Tesis equivocada 12

El caso Occidental está cerrado. La caducidad de la concesión fue declarada legalmente conforme a la ley ecuatoriana y nada hay que discutir.

Es cierto que la caducidad de la concesión fue declarada legalmente y que Occidental no tiene la razón.

¿Qué debe hacer una persona cuando es demandada a pesar de tener la razón? Por infundada que sea la demanda, esa persona tiene que acudir ante el juez y defenderse.

De igual manera, ante una demanda presentada ante un tribunal establecido en virtud de normas de derecho internacional que forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el Ecuador debe hacer valer sus derechos y defenderse ante ese tribunal.

No puede dejar de hacerlo, si quiere que su razón prevalezca, conforme se acaba de demostrar.

Notas

- (1) El texto completo del Convenio se puede consultar en:
<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partA.htm>
- (2) The ICSID Convention: A Commentary, Christoph H. Schreuer, página 933, párrafo 139 (La traducción es nuestra).
- (3) Christoph H. Schreuer, página 462, párrafo 54
- (4) Christoph H. Schreuer, op. cit. página 522, párrafos 5 y 7. (La traducción es nuestra. Énfasis añadido).
- (5) El texto completo del Informe puede consultarse en:
<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partB.htm>
- (6) Dicen estas disposiciones, en su parte pertinente: Art 36 (3) del Convenio: "El Secretario General registrará la solicitud salvo que, **de la información contenida en dicha solicitud**, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro". (El subrayado no está en el original). La Regla de Iniciación 6 (1)(b) dispone que si el Secretario General "**en base a la información contenida en la solicitud**" concluye "que la diferencia está manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro", deberá en cuanto pueda "notificar a las partes su denegación de registro de la solicitud y las razones en que se funda". (Las negritas no están en el original). El texto completo puede consultarse en: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partD.htm>
- (7) CIADI, Reglas de Arbitraje, 41 (6). El texto completo se puede consultar en:
<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partF.htm>
- (8) El texto completo del Tratado puede consultarse en:
<http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=S&sLink=http://www.sice.oas.org/defaults.asp>
- (9) El texto completo del laudo puede consultarse en:
<http://ita.law.uvic.ca/documents/Encana-PartialAwardonJurisdiction.pdf>
- (10) El texto completo del laudo puede consultarse en:
<http://ita.law.uvic.ca/documents/lucchetti-spanish.pdf>

La importancia y el real significado del consenso

Jorje H. Zalles

Para que puedan darse consensos reales, se requieren actitudes particulares de cuatro tipos: hacia el 'otro', hacia la relación con el 'otro', hacia la posibilidad de que otros tengan criterios, valores, opiniones y aspiraciones diferentes de las propias, y hacia la importancia o la necesidad de que se satisfagan las propias aspiraciones.

Introducción

El presente artículo explora algunos aspectos importantes del concepto 'consenso'. Comienza con una exploración de la particular importancia del mismo desde la perspectiva global, la local, al interior de las muchas sociedades que en este artículo son calificadas de 'disfuncionales', y la específicamente ecuatoriana. Desde esta última perspectiva, se exploran dos casos —el del potencial Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y el de los recientes esfuerzos por instrumentar una reforma política— que ilustran algunas de las serias dificultades contra las cuales pueden estrellarse los intentos por instituir procesos de diálogo y de construcción de consensos.

Se presentan a continuación algunas reflexiones acerca del consenso: se exploran varias posibles maneras de entenderlo, aquella que se propone como la más conveniente, la muy importante diferencia entre decisiones tomadas por votación y aquellas tomadas por consenso y la esencia psicológica del consenso. Finalmente, se presentan algunas reflexiones sobre el desafío que representa tratar de llegar a que los conflictos internos de las sociedades humanas sean resueltos, de manera sistemática y habitual, por la vía del diálogo y del consenso.

II. Particular importancia del consenso

1. La perspectiva global

Las sociedades y los grupos humanos han tendido siempre a dividirse en facciones que, salvo posibles y honrosas excepciones, han buscado triunfar la una sobre la otra antes que conciliar sus diferencias. La lectura de la historia de cualquier pueblo, en cualquier época, revela evidencias de intensas, sangrientas y destructivas luchas

intestinas, producto de la gran dificultad —sino de la inhabilidad— de miembros de una misma sociedad para identificar no solo los puntos de controversia entre ellos sino, también, las creencias y los valores, las interdependencias, los afectos y los intereses que tienen en común, sobre base de los cuales pudiesen haber construido acuerdos que, en vez de llevarles a la destrucción mutua, habrían viabilizado el funcionamiento armónico del grupo. Algunos de los más connotados ejemplos derivaron en procesos de explosión social que hemos denominado históricamente "revoluciones": entre otras, la Francesa de 1789, la Mexicana de 1910, la Rusa de 1917. Otras confrontaciones más prolongadas, que involucraron la potencial disolución de estados-naciones, han sido denominadas "guerras civiles": la de Estados Unidos, de 1861-1865, la Española de 1933-1936. Queda para otro ámbito y momento la interesante exploración de cuáles son las características distintivas de uno y otro tipo de proceso que justifican el uno o el otro apelativo. Para los efectos de este artículo, lo importante no radica en las diferencias entre ambos, sino en el hecho que, en ambos casos, miembros de una misma sociedad, unidos por lazos de sangre, idioma, creencias, tradiciones e instituciones comunes, se dejaron arrastrar a la confrontación violenta y mutuamente destructiva por sus diferencias respecto de uno o más temas de creencia, de política social o de relacionamiento entre sub-grupos.

Las sociedades contemporáneas no son, en ese sentido, diferentes de las de épocas anteriores. Hoy, como ayer, la confrontación entre facciones de una misma sociedad es muy grande, en muchas sociedades en el mundo. En algunos casos, esas confrontaciones internas se dan con altísimos niveles de violencia —Colombia, Irak, Irlanda del Norte, Ruanda, Sierra Leona, Sri Lanka, Sudán— y en muchos otros, aunque con menores niveles de violencia, con muy altos grados de confrontación basada en visiones sumo cero¹ que tornan difícil y, tal parece a veces, imposible, la toma de decisiones sociales consensuadas.

En el mundo contemporáneo están presentes, además, por lo menos dos circunstancias que hacen una funda-

mental diferencia entre las actuales confrontaciones sociales internas y las que tuvieron lugar en épocas pasadas: primero, los muy altos grados de interconexión e interdependencia entre todas las sociedades humanas y, segundo, la existencia de potenciales de destrucción masiva nunca antes imaginados.

En el pasado, eventos traumáticos en la vida de una sociedad en particular podían tener, y de hecho casi siempre tenían alguna repercusión en otras. La Revolución Francesa incuestionablemente influyó en las demás sociedades de Europa y en las de América, y la Revolución Rusa tuvo un ámbito de influencia probablemente mayor aún, como también la tuvo, casi seguramente, la Guerra Civil Española. Pero parece razonable plantear que es mayor hoy la influencia sobre las demás sociedades de cualquier evento traumático en casi cualquier parte del mundo que la que tuvieron eventos similares en el pasado. Para plantear solo un ejemplo, la acrecentada amenaza de guerra civil que surgió en Irak hace pocos meses a raíz de la destrucción de la Mezquita del Imán Alí, centro del culto de los musulmanes chiítas, inmediatamente causó un aumento en el precio del petróleo en los mercados internacionales y trajo toda clase de repercusiones en las economías de todos los países del mundo. Al aumentar el precio del petróleo, subieron los fletes marítimos, afectando el precio del banano ecuatoriano en Europa, la competitividad del camarón mexicano en Rusia, los precios de la gasolina en Estados Unidos, afectando a la baja la disponibilidad de los norteamericanos a viajar por el mundo, lo cual afectará negativamente, en el próximo verano boreal, los ingresos por turismo de México, España y Grecia, y así sucesivamente, en cadenas de relación causa-efecto casi infinitas. Las repercusiones de situaciones de violencia interna en casi cualquier país pueden, además, ser no solo coyunturales, como las recién descritas, sino también estructurales, con múltiples e importantes implicaciones a más largo plazo para todas las sociedades del mundo. Una de las fascinantes consecuencias de la actual escalada de los precios internacionales del petróleo, que, aunque no ha sido causada exclusivamente por el continuado drama en Irak, ciertamente ha recibido un importante impulso del mismo, ha sido la creciente atención que el mundo entero ha comenzado a poner en el etanol como combustible alternativo.² Además, los efectos sobre otras sociedades de conflictos internos violentos no se limitan a los económicos, que son tal vez los más evidentes. El conocimiento detallado e instantáneo de las atrocidades, el sufrimiento, el dolor y la desesperanza de otros pueblos que permite la tecnología de las comunicaciones hace que podamos condolernos de y reflexionar acerca de la violencia y sus consecuencias, no importa a qué distancia de nosotros esté ocurriendo ni cuán aislados pretendamos estar de ella, como nunca antes había sido posible, incrementando la posibilidad de que el dolor de cualquier otro pueblo sea sentido como un dolor propio y así ayude a cambiar perspectivas, actitudes y comportamientos.

Por otro lado, entre los múltiples efectos que los eventos de confrontación violenta en una sociedad en particular pueden tener, en mayor grado hoy que antes, sobre las

demás sociedades del mundo, ninguno es tan potencialmente catastrófico como el que tendría el que una o más facciones en cualquiera de esos conflictos haga uso de armas de destrucción masiva, químicas, biológicas o nucleares. Si esto fuese a ocurrir, no solo afectaría al enemigo específico contra el cual se habrían de usar tales armas, sino que afectaría también a las poblaciones de muchos otros y, en el peor de los extremos, de todos los países del mundo. El riesgo de que esto ocurra ha crecido exponencialmente desde que se usaron gases de mostaza en la Primera Guerra Mundial, entre 1914 y 1918, y desde el lanzamiento de las primeras bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki en agosto de 1945. A ese desmedido aumento del riesgo han contribuido, entre otros factores, la relativa facilidad con la que se pueden fabricar armas de destrucción masiva de los varios tipos, la amplia difusión de la tecnología para hacerlo, y, en el caso específico de las armas nucleares, la disponibilidad de ellas en el mercado negro internacional, puestas en venta por ex militares de la fenecida Unión Soviética que las han robado de los antiguos arsenales.

Desde la perspectiva global, habida cuenta tanto de la interconexión y la interdependencia cada vez mayores entre todas las sociedades del mundo y también de los enormes riesgos para toda la humanidad que acompañan a toda confrontación violenta al interior de cualquiera de ellas, es evidente el imperativo, mayor hoy que en cualquier momento de la historia humana, por que en cada sociedad se desarrollen, en grados no conocidos antes, tanto la voluntad como la capacidad para resolver los diversos tipos de disputas que pueden fraccionar a cualquier sociedad, a través del diálogo y la construcción de consensos.

2. La perspectiva local en las sociedades disfuncionales

El término 'sociedades disfuncionales', que propongo extrapolar que a las realidades sociales a partir del conocido término psicológico '*familias disfuncionales*', busca describir, de una manera más completa y apropiada de lo que las describe el término 'sociedades subdesarrolladas', la realidad calamitosa en la que se encuentran un amplio número de sociedades en todas las regiones del mundo. El concepto del 'subdesarrollo' adolece del doble defecto de, primero, estar asociado en las mentes de muchos con una visión excesivamente si no exclusivamente económica del bienestar humano y, segundo, con el hecho que resulta difícil precisar, para efectos del contraste implícito, qué significa 'desarrollo'.

La sociedad ecuatoriana, las demás sociedades andinas, la mayoría de otras sociedades latinoamericanas, muchas sociedades del sudeste asiático, la mayoría de las sociedades africanas y hasta algunas sociedades europeas pueden razonablemente ser descritas como disfuncionales: adolecen de altos niveles de pobreza y de indigencia, altas tasas de mortalidad infantil, altos índices de enfermedades crónicas incluidas algunas que en otras partes del mundo han sido erradicadas, altos niveles de desnutrición, enormes deficiencias en los servicios de salud, en

la educación y en el acceso a la justicia, altos índices de corrupción gubernamental y judicial, enorme inestabilidad política y fragilidad institucional, bajas tasas de ahorro interno y de inversión y, en consecuencia de ellas, altas tasas de desempleo que, en toda su actual gravedad, son aún más graves cuando se considera la distribución por edades de las poblaciones, la cual significa que, en los próximos años, irán ingresando crecientes números de jóvenes a la población adulta en busca de trabajo, con una alta probabilidad de ver frustrada esa búsqueda.

A este catálogo de males se agregan, en muchas de las sociedades disfuncionales del mundo incluidas, muy en especial, las de los países andinos, los centroamericanos y México, las tensiones inherentes a la cohabitación entre los grupos indígenas y los grupos blanco mestizos, dos conjuntos sociales esencialmente antagónicas entre sí. Dicha cohabitación, no exenta de interdependencia, conlleva, como es ampliamente conocido, enormes cargas de racismo, de desprecios mutuos, de búsqueda de privilegios indebidos y de otras realidades socio-psicológicas esencialmente antidemocráticas.

En estas sociedades disfuncionales, en las que habita un alto porcentaje de toda la población mundial, está aún más presente que en las otras, que pudiesen ser descritas como funcionales, la tendencia a la confrontación intolerante y violenta. No todas las confrontaciones de este tipo ocurren en las sociedades disfuncionales, como lo evidencian, para dar un ejemplo, las dos sucesivas olas de violencia que han conmocionado a Francia en los últimos meses, la primera en relación con las deplorables condiciones en las que viven los inmigrantes en ese país, y la segunda vinculada a la fallida reforma laboral inicialmente propuesta y finalmente abandonada por el gobierno del Primer Ministro Dominique de Villepin. Sin embargo, si no son todas, puede razonablemente afirmarse que son muchas más las diferencias que derivan en bloqueos inmanejables y en confrontaciones violentas las que se dan en las sociedades disfuncionales antes que en las más funcionales, que ocupan los primeros lugares en el ordenamiento de países de acuerdo a sus índices de bienestar humano.³

En estas sociedades disfuncionales surge un enorme imperativo, adicional a los ya planteados desde una perspectiva global, en favor de buscar la construcción y la consolidación de consensos básicos: es el imperativo *moral* de encontrar soluciones a los enormes problemas catalogados más arriba.

3. La perspectiva ecuatoriana

La ausencia de soluciones y, como consecuencia de ella, la tendencia del Ecuador a no avanzar en los indicadores del bienestar humano no pueden ser razonablemente atribuidas a una carencia de diagnósticos adecuados ni de propuestas y prescripciones razonables. Parece más dable afirmar, más bien, que es el bloqueo mutuo que ejercen de manera sistemática los diversos sectores sociales el que impide que la sociedad ecuatoriana avance en la lucha contra los diversos males sociales que la tornan disfuncional. Dos recientes procesos, relacionados, res-

pectivamente, al potencial Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y a la frustrada reforma política, ilustran lo afirmado con meridiana claridad.

El caso del TLC

Desde que empezó a tomar forma en el Ecuador la idea de negociar un potencial Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, el camino lógico habría sido que los grupos empresariales, los exportadores y los demás sectores que favorecían la idea y veían sus potenciales beneficios se hubiesen sentado a dialogar con otros grupos —agricultores, ganaderos, sindicatos, grupos indígenas— que se sentían amenazados por el TLC o que se oponían a él sobre bases más bien ideológicas. ¿Dialogar para qué? Para definir las condiciones bajo las cuales (i) el TLC pudiese ser potencialmente beneficioso para más sectores de la sociedad y (ii) se pudiesen paliar los efectos en los sectores que serían afectados negativamente. Es evidente que existen sectores de la sociedad ecuatoriana para los cuales serían amenazantes tanto la apertura del comercio como la implantación de otras reformas que el TLC implicaría. Es evidente, también, que el aseguramiento del acceso al más importante mercado de exportación del país, la creación de condiciones favorables para la inversión y la consecuente creación de más puestos de trabajo, la erradicación del trabajo infantil para que esos jóvenes puedan dedicarse a estudiar, entre otros resultados, serían muy positivos no solo para los sectores directamente beneficiados sino para la sociedad ecuatoriana en su conjunto. El principal desafío era, desde un principio, encontrar los medios a través de los cuales los potenciales beneficiarios pudieran ayudar a paliar las amenazas y los riesgos para quienes pudiesen verse afectados negativamente, y así llegar a grandes consensos nacionales en relación con el posible TLC.

Pero no se siguió ese camino constructivo. Al contrario, desde muy temprano en el proceso, el tema del TLC fue enmarcado, en el Ecuador, en términos de la directa oposición entre quienes estaban a favor y quienes estaban en contra, en ambos casos sobre base de argumentos esencialmente *a priori*, siguiendo la perversa lógica de Carl Schmitt, quien en uno de los textos clásicos de la teoría política escribió, en 1932:

La distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de *amigo* y *enemigo*. (...) La oposición o el antagonismo constituye la más intensa y extrema de todas las oposiciones, y cualquier antagonismo concreto se aproximará tanto más a lo político cuanto mayor sea su cercanía al punto extremo, esto es, a la distinción entre amigo y enemigo.⁴

Es justo anotar que se dieron algunos intentos por llevar al debate hacia un análisis conjunto, entre los diversos actores involucrados, de cómo hacer más viable y mutuamente beneficioso un eventual TLC, pero ninguno de esos intentos tuvo éxito.⁵ Al contrario, a medida que fueron avanzando las negociaciones con Estados Unidos, crecieron las intransigencias, y las confrontaciones culminaron, en abril de 2006, en una movilización liderada

por las dirigencias indígenas que resultó en el bloqueo de gran parte del país, sustanciales pérdidas económicas y mayor endurecimiento de las posiciones antagónicas.

El caso de la reforma política

Parecida fue la suerte de la reforma política que comenzó a gestarse en el Ecuador, en abril de 2005, a partir de la oferta del Presidente de la República, Dr. Alfredo Palacio, de "refundar el país".

Luego de algunas acciones iniciales, no enmarcadas en ninguna estrategia clara, el Presidente encomendó el tema de la reforma política, en mayo de 2005, al Vicepresidente de la República y Presidente del Consejo Nacional de Modernización del Estado, CONAM, Dr. Alejandro Serrano Aguilar, bajo cuya guía se elaboró el Sistema de Concertación Ciudadana que se puso en marcha hacia fines de mayo del mismo año. Bajo el lema "El Gobierno te escucha", dicho Sistema invitó a toda la ciudadanía a plantear inquietudes, aspectos de la realidad política y administrativa que merecerían reformas, y propuestas concretas para éstas.⁶

No obstante sustancial escepticismo en diversos sectores sociales, políticos, académicos y de la prensa,⁷ esa invitación a la ciudadanía recibió una respuesta muy significativa. El informe elaborado al respecto por el CONAM da cuenta de que:

El Sistema de Concertación Ciudadana recibió un total de 52.415 propuestas ciudadanas (...) y 178.515 expresiones de acuerdo, dejando un total de 230.930 participaciones de la ciudadanía en el lapso de 30 días, entre el 15 de junio al 15 de julio de 2005.⁸

Tal vez más importante que los números, evidentemente respetables, es el hecho que 4 partidos políticos y 26 movimientos sociales y/o políticos, incluidos algunos que inicialmente se habían mostrado escépticos del Sistema, presentaron propuestas escritas, algunas muy extensas y detalladas, poniendo claramente en evidencia su interés en participar en un proceso de construcción de una reforma política consensuada.⁹ Además, el Vicepresidente de la República y la Directora Ejecutiva del CONAM recibieron múltiples expresiones de complacencia y de felicitación por el simple hecho que, por primera vez en la historia del Ecuador, se pedía la intervención directa e irrestricta de toda la ciudadanía en la construcción de esa posible reforma consensuada.

Estaba previsto que las inquietudes y propuestas presentadas servirían de base, previa priorización que también se realizaría con intervención ciudadana, y también previo amplio diálogo con grupos de la sociedad civil y con los partidos políticos, para la eventual definición de: (i) reformas que se pudieran realizar por acción administrativa directa; (ii) otras que requerirían de acción legislativa; (iii) una o más que pudieran requerir de Consulta Popular previa a la modificación de la Constitución; y, por último, (iv) temas que pudiesen convertirse en materia de Políticas de Estado a largo plazo.

Pero el auspicioso comienzo del Sistema de Concertación Ciudadana fue seguido de prontas decepciones. A fines de julio de 2005, una semana después de haberse

completado la recepción de las más de 230.000 participaciones ciudadanas que reporta el CONAM, el Presidente de la República envió una propuesta de reformas constitucionales al Congreso Nacional que guardaba poca relación con esas propuestas ciudadanas y echaba por la borda el proceso previsto de diálogos y de concertación.¹⁰ A ese remezón siguieron varias escaramuzas presidenciales con el Congreso Nacional, convocatorias desde el Ejecutivo a levantamientos populares, propuestas de Asamblea Constituyente —en suma, una serie de confrontaciones que dejaron en el camino cualquier real posibilidad de construir la reforma política consensuada que por breves momentos pareció, más que un mero sueño, una real posibilidad.

3. La evidente necesidad de resolver disputas sociales

Es evidente que, desde las perspectivas tanto global como nacional y concretamente ecuatoriana, es eminentemente necesario el desarrollo de una mayor voluntad y una mejor capacidad para resolver diferencias internas por la vía del diálogo. En lo global, lo sugieren claramente la interdependencia del mundo contemporáneo y los riesgos de que el intenso escalamiento de algún conflicto interno nos arrastre a todos a una catástrofe. En los ámbitos más inmediatos, experiencias como las vividas con el TLC y la reforma política en el Ecuador sustentan claramente la afirmación, hecha más arriba, de que, más que otros factores, es el bloqueo mutuo entre diversos sectores el que impide que las sociedades avancen en la lucha contra los males que las tornan disfuncionales.

Ese desarrollo de mayor voluntad y mayor capacidad para resolver diferencias internas requiere de muchos y muy complejos procesos, que incluyen el derribamiento de considerables barreras conceptuales y de actitudes, acerca de los cuales he escrito extensamente.¹¹ Algunos de los elementos más críticos de estos procesos se refieren a cómo se concibe el consenso, a la real comprensión de su significado en términos psicológicos, y a los cambios fundamentales que se requieren para su concepción, comprensión y construcción efectivas. En la sección III de este artículo, a continuación, centro nuestra atención en esos temas.

III. Reflexiones sobre el consenso

1. El concepto en sí

Como muchos otros conceptos importantes y de frecuente uso, 'consenso' es susceptible de varias acepciones, incluidas: (i) unanimidad de criterios; (ii) una decisión tomada por una figura de autoridad, pero previa consulta con asesores o con personas afectadas;¹² y (iii) un curso de acción al cual no se opone ninguna de las partes involucradas o que, como lo plantea Lawrence Susskind, es la opción "con la cual todos pueden vivir."¹³

La última es la forma de entender 'consenso' que me parece más útil. Claramente, la primera —unanimidad de

critérios- es muy difícil si no imposible de lograr y es, además, poco deseable salvo en circunstancias muy especiales. La segunda –decisión autocrática aunque sea previamente consultada- pudiera tener algún viso o apariencia de ‘consenso’ pero esa apariencia es engañosa: opinar no es sinónimo de participar en una decisión con activa anuencia. Pero aquella opción ‘con la cual todos pueden vivir’ que en el extremo pudiera significar que nadie está realmente satisfecho pero, por otro lado, tampoco hay nadie tan profundamente *insatisfecho* que esté dispuesto a oponerse con fuerza a lo acordado, sí constituye un razonable estándar mínimo si no de satisfacción, al menos de aceptabilidad.

El primer peldaño de la larga escalera hacia la funcionalidad social que debemos trepar quienes creemos que es vitalmente necesario encontrar maneras de resolver los conflictos sociales es, propongo, el de concebir ‘consenso’ en estos términos eminentemente realistas.

La diferencia entre el consenso y la decisión por mayoría

Una decisión tomada por consenso, entendido éste en los términos recién plantados, es claramente diferente de otra tomada por votación que es ganada por una mayoría. Dos de las principales fuentes de esa diferencia merecen especial atención.

Primero, son fundamentalmente diferentes las maneras de llegar a las respectivas decisiones. El debate, si es que lo hay (que no siempre es el caso) previo a una decisión por votación es esencialmente polémico y contestatario, como lo son, típicamente, los que caracterizan a procesos electorales, no solo de las autoridades en los países democráticos, sino también al interior de gremios, asociaciones, partidos políticos, etc. Esos debates con frecuencia están signados no solo por la afirmación de la validez de las propias propuestas sino, también, por la desvalorización de las premisas, las aspiraciones y las propuestas de los ‘otros’ e, incluso, por la deslegitimación personal de esos ‘otros’, los oponentes en el debate. Al contrario, un consenso se construye a base de la legitimación del ‘otro’ y de la búsqueda de aquellas provisiones de un eventual acuerdo que le permitan concluir que “puede vivir” con él.

Segundo, son diferentes las consecuencias para la unidad grupal de la una y de la otra manera de llegar a una decisión. Una votación resulta en una mayoría que *gana* y cuyos miembros quedan satisfechos, y en una minoría que *pierde* y cuyos miembros quedan insatisfechos. En grupos caracterizados por altos niveles de madurez, homogeneidad de aspiraciones e intereses y consensos básicos reflejados en, por ejemplo, una constitución (sea escrita como la de Estados Unidos o no escrita como la del Reino Unido de Gran Bretaña) la generación de ‘ganadores’ y de ‘perdedores’ no conlleva un peligro significativo de fractura del grupo y, al contrario, lo que tiende a suceder es la alternancia en el ejercicio del poder.¹⁴ Pero en sociedades menos homogéneas, divididas por líneas de fractura étnicas, religiosas, ideológicas o regionales y caracterizadas por bajos niveles de madurez y de consensos institucionales, como es frecuentemente el caso en

sociedades disfuncionales incluidas las andinas, el tener ‘ganadores’ y ‘perdedores’ es potencialmente más peligroso. Los ‘ganadores’ pueden apropiarse del poder con ánimo revanchista, excluir a los perdedores de los beneficios que ofrece la sociedad y, en el extremo, imponer la denominada “tiranía de la mayoría” en virtud de la cual ésta puede intentar marginar totalmente y hasta destruir a la minoría. Del otro lado, la construcción de consensos tiende mucho más claramente al mantenimiento de la unidad grupal, pues es, por definición, incluyente: es precisamente en aras de la unidad grupal y la inclusión de todos los miembros del grupo en la toma de decisiones, por sobre todo, que se justifica aquel proceso, que a veces puede resultar largo y arduo, de negociar con quienes aún no están convencidos, hasta que se den las condiciones con las cuales acepten que “pueden vivir”.

3. La esencia del consenso en términos psicológicos

Para que puedan darse consensos reales, se requieren actitudes particulares de cuatro tipos, que exploro en esta sección: hacia el ‘otro’, hacia el relacionamiento con el ‘otro’, hacia la posibilidad de que otros tengan criterios, valores, opiniones y aspiraciones diferentes de las propias, y hacia la importancia o la necesidad de que se satisfagan las propias aspiraciones.

Primero, para que pueda construirse un consenso válido, la actitud hacia el ‘otro’ individuo o el ‘otro’ grupo, cualesquiera que estos sean, tiene que ser una de respeto, cuya esencia es la creencia de que ese ‘otro’ tiene exactamente el mismo derecho que el que tiene uno mismo a la satisfacción de sus necesidades, sus intereses y sus aspiraciones. En ausencia de esta actitud de esencial respecto, pueden darse los fenómenos de desprecio y de marginación que han mostrado, históricamente, el blanco hacia el negro en casi todos los rincones del mundo, el blanco y el mestizo hacia el indígena en el continente americano, el hombre hacia la mujer, los adultos hacia los jóvenes, y así, sucesivamente, hasta el doloroso infinito. En el extremo, la ausencia de respeto hacia el otro puede incluso permitir, cuando las decisiones sociales son tomadas por una mayoría, que ésta ejerza la tiranía sobre la minoría ‘perdedora’ a la que hice referencia más arriba.

Segundo, para la construcción de consensos válidos también es necesaria una actitud ‘suma positiva’, y no ‘suma cero’ en las relaciones con las demás personas y/o los demás grupos. Aun en condiciones de respeto mutuo, entendidos en los términos del párrafo anterior, puede darse (y con frecuencia se da) que una persona convierta al intercambio de ideas, perspectivas y propuestas en una competencia ‘suma cero’ por ver quién gana o cuáles ideas y propuestas se imponen, en lugar de ver en ese intercambio una valiosa oportunidad para hacer honor al sentido etimológico del término ‘diálogo’ (*dia-logos*) que significa la construcción de una verdad entre dos, y así poder encontrar los puntos de coincidencia que permitan, en efecto, consensuar.

Tercero, es también necesario que, en estrecha relación con la actitud ‘suma positiva’ a la que me refería en el párrafo anterior, las personas acepten y hasta celebren

que otros tengan creencias, valores y actitudes diferentes de las propias y renuncian a cualquier pretensión a la propiedad de la verdad. Es evidente la dificultad de construir consensos con personas que consideran que hay solo una respuesta válida –la suya- a cualquier problema o interrogante. Al contrario, la persona abierta a legitimar diversos enfoques, creencias y posible respuestas es la única candidata idónea para un proceso de construcción de consensos.

Cuarto y último, un proceso válido de construcción de consensos requiere que quienes estén intentando construirlo tengan un razonable nivel de flexibilidad respecto de cuán necesario es satisfacer sus necesidades, sus intereses o sus aspiraciones. Esta flexibilidad, que está estrechamente vinculada a la actitud ‘suma positiva’ mencionada recién, implica, por un lado, una voluntad de renunciamiento, al menos parcial, a la satisfacción de las propias necesidades y aspiraciones y, por otro, una clara priorización de los propios valores sin la cual se hace muy difícil si no imposible hacer esa fijación de prioridades. En un nivel psicológico aún más profundo, la flexibilidad respecto de la propia satisfacción, cuya necesidad planteo, demanda altos niveles de madurez y de razonabilidad, sin las cuales una persona no puede ni sentir la necesaria voluntad de renuncia ni definir las prioridades entre sus valores que hacen posible sentirla.

IV. “Un desafío de largo aliento”¹⁵

Tomará tiempo y demandará grandes esfuerzos, en muchas sociedades del mundo contemporáneo, llegar a aquel momento en el cual será lo natural, en el habitual convivir social, sentarse a dialogar, buscar activamente la más amplia inclusión posible, y construir consensos con los cuales “todos pueden vivir”. Dicho esto, es interesante preguntarnos cómo vamos avanzando, en ese largo y azaroso camino, en el Ecuador.

Ciertamente podemos afirmar que estamos mejor que en las épocas de la peor violencia social y política que ha vivido el país, cuyas condiciones, aunque en otro contexto –el de la Revolución Mexicana de 1910- describe de manera extraordinariamente vívida por el genial artista mexicano José Clemente Orozco, calificándolas de “sainete, drama y barbarie:

La tragedia desgarraba todo a nuestro alrededor. Tropas iban por la vía férrea al matadero. Los trenes eran

volados. Se fusilaba en el atrio de la parroquia a infelices peones zapatistas que caían prisioneros de los carrancistas. Se acostumbraba la gente a la matanza, el egoísmo más despiadado, al hartazgo de los sentidos, a la animalidad pura, sin tapujos. Las poblaciones pequeñas eran asaltadas y se cometían toda clase de excesos. Los trenes que venían de los campos de batalla vaciaban en la estación de Orizaba sus cargamentos de heridos y de tropas cansadas, agotadas, hechas pedazos, sudorosas, deshilachadas.

En lo político, otra guerra sin cuartel, otra lucha por el poder y la riqueza. Subdivisión al infinito de las facciones, deseos incontenibles de venganza. Intrigas subterráneas entre los amigos de hoy, enemigos mañana, dispuestos a exterminarse mutuamente llegada la hora.¹⁶ También creo que vamos superando las condiciones de hace 50 años que describe el ex-presidente doctor Rodrigo Borja:

La política de ese tiempo era completamente primitiva. Las campañas electorales nunca se saldaban con menos de veinte muertos y decenas de heridos a bala. Impedir físicamente la entrada del candidato a una ciudad era la consigna. Recuerdo que en 1956 para la entrada a Quito del doctor Raúl Clemente Huerta, candidato del Frente Democrático Nacional, fue necesario formar un batallón universitario de trescientos garroteros, al mando del dirigente socialista Alberto Cabeza de Vaca, que nos congregamos en la Plaza de Santo Domingo y le abrimos paso a palazo limpio por toda la Calle Guayaquil. (...) La jornada fue durísima y dejó un saldo de centenares de cabezas rotas de lado y lado. El propio candidato a la Vicepresidencia por el Frente Democrático, José María Plaza, recibió una pedrada en la frente y llegó bañado en sangre a la Plaza del Teatro. Los enfrentamientos a garrotazo limpio fueron brutales (...) ¡Qué salvajismo!¹⁷

En la actualidad, comienzan a darse muestras de verdadero progreso en el Ecuador que permiten abrigar alguna esperanza. En los últimos meses una amplia gama de dirigentes políticos y sociales, incluyendo al propio ex presidente Palacio, y algunas instituciones importantes del país han hecho llamados al diálogo y a la construcción de acuerdos y consensos nacionales, lo cual sugiere que la idea comienza a madurar en la sociedad ecuatoriana.¹⁸ Más alentador aún, comienzan a verse procesos reales de diálogo.¹⁹

Notas

- 1 El concepto ‘suma cero’ sintetiza una las maneras de entender el posible desenlace de la relación entre partes en conflicto: o gana la parte A y pierde la parte B (G,P) o, vice versa, gana B y pierde A (P,G). Véase al respecto Zalles, Jorje H., *Barreras al diálogo y al consenso: Diagnóstico y posibles respuestas*, Quito y Bogotá, Editorial NORMA, 2004, Capítulo 6, “Pensamiento y esquemas suma cero”, pp. 101-110, y también, Zalles, Jorje H., Zalles, Jorje H., “Suma cero, la tradición contenciosa y las teorías contemporáneas de resolución de conflictos” en *Iuris Dictio*, Vol. 1, No. 2, julio del 2000, pp. 65-74.
- 2 El titular de un reciente artículo de periódico reporta que la nueva Presidenta Ejecutiva de Archer-Daniels Midlands Co. (ADM), gigante norteamericano de productos agrícolas “apostará a los biocombustibles”. El texto del artículo agrega que “Gran parte de la tarea de [Patricia] Woertz (la nueva Presidenta Ejecutiva) consistirá en abrir el negocio de transformar los cultivos en productos industriales más rentables, que en su mayoría serían alternativas a los actuales derivados de petróleo. Ahora que el presidente de Estados Uni-

Notas

- dos George W. Bush promociona el etanol derivado de plantas como un combustible alternativo que terminaría con la 'adicción' estadounidense al petróleo extranjero, los bio-productos de repente son el último grito." "Presidenta ejecutiva de gigante agrícola ADM apostará a los biocombustibles" por Scott Kilman y Joann S. Lublin de "The Wall Street Journal", en "EL COMERCIO", Quito, Lunes 1 de mayo de 2006, p. 11.
- 3 Véanse los *Informes sobre el desarrollo humano* publicados anualmente por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. El índice del desarrollo humano incluye las siguientes variables: esperanza de vida al nacer; tasa de alfabetización de adultos; tasa bruta de matriculación; PIB per cápita; índice de esperanza; e índice de escolaridad. Los 10 países con los mejores índices en 2005 fueron: 1 Noruega, 2 Islandia, 3 Australia, 4 Luxemburgo, 5 Canadá, 6 Suecia, 7 Suiza, 8 Irlanda, 9 Bélgica, 10 Estados Unidos. Los 5 países andinos ocupan los siguientes puestos entre los 193 países incluidos en el Informe para 2005: 69 Colombia, 75 Venezuela, 79 Perú, 82 Ecuador y 113 Bolivia.
 - 4 Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, (Edición de 1932), Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 56 y 59.
 - 5 En época de la Ministra Ivonne Baki (2003-2005), el Ministerio de Comercio Exterior y el Consejo de Comercio Exterior e Inversiones, COMEXI tuvieron la intención de propiciar un proceso de diálogos y construcción de consensos entre actores sociales y agentes económicos interesados en y/o potencialmente afectados por el futuro TLC, pero a la postre no se llevó a cabo ningún proceso de esa naturaleza.
 - 6 Viví muy de cerca este capítulo de la vida socio-política del Ecuador. Como asesor de la Vicepresidencia de la República y del CONAM, a partir de mediados de mayo de 2005, participé activamente en el diseño y la puesta en marcha del Sistema de Concertación Ciudadana.
 - 7 Una muestra de este escepticismo puede verse en un artículo publicado por mi estimado amigo, el brillante analista político Dr. Simón Pachano de FLACSO Ecuador, quien en evidente irónico y bajo el título "1-800 Reforma", escribió en parte: "Se repite incansablemente que todos los errores de la democracia representativa pueden ser evitados y solucionados con la democracia participativa, aunque nunca quede claro qué se entiende por ésta y menos aún cuáles son los males de la primera. Simplemente se repite porque hay que hacerlo, porque hay un contagio de *participacionismo* aun en aquellos que no están dispuestos a darse la molestia de asistir siquiera a las reuniones del comité de padres de familia o de la asamblea de mejoras barriales. Debido a la forma en que se produjo el cambio de gobierno, el contagio ha llegado hasta los más altos niveles. Así, gracias a las enormes ventajas del *participacionismo*, ahora se ha descubierto que la mejor manera de hacer una reforma política, es decir, de transformar nada más y nada menos que las bases y la estructura del Estado, es sentándose al final de una línea telefónica para recibir pacientemente las ideas que se plasmarán en disposiciones constitucionales y en leyes. Ideas que vendrán, desde luego, de una sociedad profundamente conocedora de los asuntos constitucionales, de la relación entre poderes, de los sistemas de partidos, de la legislación electoral y de todas esas banalidades que han ocupado durante siglos a asambleas constituyentes y a parlamentos en el mundo entero. En consecuencia, ya que la voz del pueblo es la voz de Dios y dado que Dios es infalible, no habrá riesgo de errores, excepto por supuesto los que se produzcan por interferencias, por caída del sistema, por pinchazos, por cruces de líneas o por número equivocado." Simón Pachano, Diario HOY, 20 de junio de 2005, p. 5A.
 - 8 Vicepresidencia de la República del Ecuador y Consejo Nacional de Modernización del Estado, CONAM, *Resultados del Sistema de Concertación Ciudadana (Documento de Trabajo)*, Quito, octubre de 2005, p. 3.
 - 9 Los 4 partidos que presentaron propuestas al Sistema fueron Democracia Popular, Izquierda Democrática, el Movimiento Popular Democrático y el Partido Socialista Ecuatoriano. Los 26 movimientos fueron, en orden alfabético: Asamblea Ciudadana por un Nuevo Ecuador, Asamblea de Mujeres de la Ciudad de Quito, Asamblea Los Forajidos, Asamblea por la Refundación de la República, Ciudadanía Ecuador, Comité de Renovación de Izquierda, Democracia Ahora, Ecuador Decide, Foro Ciudadano, Frente Ecuatoriano por la Acción Ética (FEPAE), Grupo Ciudadano Patria Nueva, Movimiento Victorioso Revolucionario, Movimiento Político Revolución Intelectual del Pueblo, Movimiento Ecuador Decide Frente de Defensa del Seguro Social, Movimiento Nacional Fuerza XXI, Movimiento Libertario, Movimiento Montalvino, Movimiento Nacional Fuerza Ciudadana, Movimiento por las Autonomías, Participación Ciudadana, Participación Ciudadana Loja, Participación Ciudadana Provinciales, Red Ciudadana para el Cambio, Ruptura de los 25, Unión de Dirigentes y Unión de Dirigentes Populares del Guayas. Agradezco al Dr. Mario Piñeiro, Coordinador General del Sistema, por haberme proporcionado esta valiosa información.

Notas

- 10 Ante esa acción abiertamente contraria al espíritu y a la intención de una real concertación, renuncié a la asesoría que brindé con gran satisfacción, durante 2 meses, al Gobierno Nacional. Cabe aclarar que de la acción presidencial y de las actitudes que refleja no participaron, en modo alguno, ni el Sr. Vicepresidente de la República, Dr. Serrano Aguilar, ni la Directora Ejecutiva del CONAM, Dra. Alexandra Pérez Salazar.
 - 11 Zalles, *Barreras al diálogo y al consenso*, op. cit.
 - 12 *Ibid.*, p. 123.
 - 13 *Ibid.*, pp. 127-129.
 - 14 Un claro ejemplo de tal alternancia en el poder se está gestando en la actualidad en Gran Bretaña: luego de un significativo triunfo en las urnas en mayo de 2005 que dio un tercer mandato como Primer Ministro a Tony Blair, las elecciones municipales de mayo de 2006 señalan un fuerte movimiento pendular de las preferencias del electorado: los Conservadores ganaron el 41% del voto, los Demócratas Liberales el 27% y el Partido Laborista de Blair solo el 26%.
 - 15 Coloco esta excelente frase entre comillas porque no es original mía: fue acuñada por un periodista cuyo nombre lamentablemente no registré ni se publicó, quien me hizo una entrevista publicada bajo el título "El diálogo: un desafío de largo aliento" en EL COMERCIO de Quito el Domingo 1 de abril de 2001, p. C6.
 - 16 Orozco, José Clemente, *Autobiografía*, México D.F., Ediciones Era, 1970, p.45.
 - 17 Borja, Rodrigo, *recovecos de la historia*, Quito, Editorial Planeta del Ecuador, S.A., 2003, pp 58-59.
 - 18 En diciembre de 2005, la Cámara de Comercio de Quito convocó a un representativo grupo de personalidades ecuatorianas para dar inicio a un proceso cuya intención era construir un "Acuerdo Nacional para la Gobernabilidad". Lamentablemente, esa valiosa iniciativa no ha sido plasmada. Más recientemente, un grupo de 10 instituciones de la sociedad civil ha convocado a otras similares a que se unan, hasta conformar un grupo de al menos 100 instituciones, para identificar, en conjunto, "12 temas urgentes para una democracia verdadera".
 - 19 Un excelente ejemplo es el diálogo convocado por el Coronel Luis Garzón, Comandante de la Brigada Blindada Galápagos con sede en Riobamba, en su calidad de máxima autoridad en la Provincia de Chimborazo durante el Estado de Emergencia que el Gobierno Nacional había decretado a raíz del más reciente paro indígena en contra del TLC. El Coronel Garzón reunió a dirigentes de los movimientos indígenas, de los gremios de la producción y de otros sectores sociales de la Provincia, quienes resolvieron que el paro se deponga en esa Provincia y dieron inicio a un proceso de continuados contactos que pudiera introducir una totalmente nueva dinámica en las relaciones entre sectores sociales que nunca antes se habían sentado a dialogar. Véase "El diálogo fue la llave para el desbloqueo de vías", EL COMERCIO, Quito, Sábado 25 de marzo de 2006, p. 20.
-

SECCIÓN LIBRE

RICARDO REVECO URZÚA

Una aproximación al conflicto de interés
en el Código Civil chileno

DAVID A. SPERBER

El gobierno corporativo, ¿en el Ecuador?

SEBASTIÁN IGNACIO DONOSO BUSTAMANTE

Hacia la creación de un sistema sui generis para
la protección de los conocimientos tradicionales
en el derecho ecuatoriano

MARTA GONZALO QUIROGA

Guía práctica de un procedimiento arbitral
conforme al sistema español

ROSA VENTAS SASTRE

Tratamiento jurídico-penal de las imprudencias sanitarias
con resultado de muerte o lesiones en el derecho español

FABIÁN CORRAL B.

Dimensión política del contrato

Una aproximación al conflicto de interés en el Código Civil chileno

Ricardo Reveco Urzúa

El presente ensayo aborda el conflicto de interés desde la perspectiva del derecho civil. El conflicto de intereses aparece regulado en el fenómeno de la autocontratación a través de la técnica de la prohibición, entre otras, como también en el establecimiento de ciertos deberes de lealtad en las relaciones jurídicas de confianza, a través de la obligación de abstenerse de priorizar el interés propio por sobre el interés administrado. Se demuestra así, que el Código de Bello reacciona en contra de todas aquellas conductas ejecutadas con conflictos de interés, vulnerando el deber de lealtad y consecuentemente, el principio de la buena fe contractual. Por último, se concluye que el derecho común establece normas supletorias aplicables en todos aquellos casos en que no exista regulación específica.

I.- Introducción

Cada vez asume mayor importancia lo que se ha venido denominando "conflicto de interés", es decir, aquellas situaciones en las que la satisfacción del interés de uno de los sujetos de una relación obligatoria supone el sacrificio del interés del otro¹, particularmente, cuando además se infringen deberes de lealtad y se abusa de una situación de confianza.

Aún cuando el conflicto de intereses se le ha vinculado a la administración y más particularmente a la corrupción de agentes públicos, las diversas hipótesis que se regulan hoy en día no sólo dicen relación con los organismos públicos sino que también en todo ámbito de "situaciones en que aparecen en contradicción los intereses propios de un sujeto con los de otra persona a la cual aquél debe representar, defender, o al menos, respetar"².

Por ello, entonces el fenómeno del conflicto de intereses no sólo aparece en el ámbito de lo público sino que también, y cada vez con mayor vigor en las relaciones entre privados, de ahí nuestro interés en precisar el alcance de la regulación que establece el Código de Bello para resolver los conflictos de intereses.

Desde luego cabe adelantar, que al Derecho le repugna la explotación de un conflicto de interés, con infracción de estos especiales deberes de lealtad, confianza o fidelidad, pues éstos llaman a quienes tienen una posición de ventaja respecto de otro sujeto, a un abuso que las más de las veces pasa inadvertido: implican usualmente un abuso de confianza; en otros un abuso de los conocimien-

tos técnicos y experticias de quienes los cometen; un uso desviado del poder que ostentan y sobre todo, porque implican un perjuicio para aquel en cuyo beneficio se ha establecido la regulación del conflicto de interés, es decir, derechamente se genera una exacción de riqueza que beneficia a quien abusa y perjudica al cliente, administrado o representado.

Frente a ello, el Derecho no se queda impávido, sino que los regula: en algunos casos en forma *ex ante* establecerá estrictos deberes de cuidado, de diligencia y de lealtad, incompatibilidades y prohibiciones especiales; en otros casos, corregirá la actuación con conflicto de interés, a través del expediente de alguna sanción de ineficacia (nulidades, inoponibilidades), y en todo caso, en forma *ex post* y con el objeto de remediar los daños y las exacciones pecuniarias, establecerá la obligación de indemnizar los perjuicios provocados por quien explotó el conflicto de interés en su propio beneficio.

Podemos sostener así, que el Derecho establece normas de probidad entre los sujetos, crea procedimientos especiales para evitar que dichos conflictos se generen (artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas) y agencias estatales destinadas especialmente a su control (algunas superintendencias), como ocurre en el moderno derecho comercial y económico, pero también el derecho común entrega reglas preventivas y posteriores para impedir o hacer desaparecer los nocivos efectos que las conductas con conflictos de interés pueden generar a quienes en cuyo beneficio se encuentran establecidas.

El presente texto pretende analizar si desde la perspectiva del derecho común es posible o no, jurídicamente, establecer algún principio o principios frente a la infracción a un conflicto de interés, es decir, si existen, en

las reglas que informan al derecho común contenido en el Código Civil, algunos preceptos, criterios o patrones que permitan resolver aquellos casos en que exista un conflicto de interés, y se explotó en beneficio y en desmedro del otro sujeto de la relación jurídica.

Cabe prevenir que las ideas aquí vertidas no tienen la pretensión de agotar la cuestión jurídica que se plantea, sino tan solo perfilar algunas líneas de argumentación que demuestran que algunas instituciones y ciertas regulaciones contenidas en el Código Civil chileno aplican y dan soluciones concretas teniendo como fundamentación, implícita y explícitamente en algunos casos, la existencia de un conflicto de interés, cuya explotación el Derecho rechaza.

II.- De los conflictos de interés en general

a) Delimitación del concepto de conflicto de interés

a.1.) Conflicto de interés y derechos subjetivos

La primera delimitación conceptual que debemos realizar es la referida a la relación que existe entre derechos subjetivos y conflictos de intereses.

El derecho subjetivo implica un poder que se reconoce a sus titulares de inclinar a su favor el respectivo conflicto de intereses, afectando así los intereses de terceros. Es decir, el Derecho a través de los derechos subjetivos opta por un interés por sobre otro, el titular de dicho derecho podrá exigir que su interés prevalezca por sobre el ajeno, ya que el ordenamiento jurídico le ampara³. A veces, supondrá o implicará "que el conflicto con otros derechos exija comparar los bienes e intereses en conflicto, recurriendo a los principios jurídicos reconocidos y al valor abstracto y concreto de los bienes en juego (que justifican el reconocimiento de los derechos en colisión)"⁴.

Como puede establecerse, esta relación es demasiado genérica para el objeto de este estudio, en realidad, el conflicto de intereses que pretendemos analizar es el referido en determinadas y especiales relaciones jurídicas, como quedará claro más adelante.

a.2.) Conflicto de interés y los intereses en el contrato bilateral

Como segunda idea a establecer, es que la contraposición de intereses es esencial en los *contratos bilaterales*, su estructura da cuenta de dicho fenómeno, y desde la perspectiva valorativa es positivo o beneficioso jurídica y económicamente que así ocurra, ya que le dan movilidad y dinamismo a la economía y por cierto al tráfico jurídico⁵, consecuentemente.

En los contratos bilaterales ambas partes se obligan recíprocamente (artículo 1440), su estructura se denomina *sinalagmática* en términos que supone confrontación de intereses diversos de cada una de las partes, y dicha estructura bilateral contagia a todo el iter contractual desde el nacimiento, cumplimiento y término de la relación

obligatoria (a través de los expedientes de la causa del negocio (que debe ser común); de la interdependencia de las obligaciones, de la condición resolutoria tácita y sus efectos, de la denominada teoría de los riesgos y de la teoría de la imprevisión). Esta estructura –repetimos– es positiva valorativamente, puesto que las partes, se supone, negociaron libremente, en un perfecto y teórico plano de igualdad, con la información necesaria, sin vicio alguno que afectara su voluntad, por lo que se estima que el resultado de dicha contratación es justo, eficiente individual (maximización) y colectivamente.

Por lo tanto, cuando se plantea la idea de *conflicto de intereses* se trata de un concepto distinto al beneficioso fenómeno de la contratación bilateral o sinalagmática⁶. Entramos por tanto, a delimitar qué conflicto de intereses es el relevante para los efectos de este estudio.

a.3.) Los conflictos de interés en la representación legal y convencional

Tratando de dilucidar la idea que hay detrás del *conflicto de intereses estricto sensu*, se ha señalado que "se trata de posturas antagónicas que no pueden ser atendidas a la vez sin que una de ellas resulte perjudicada..., la sola idea de conflicto hace referencia a la situación de peligro para los intereses del representado"⁷, por lo que desde una perspectiva general se trata de situaciones en las que un sujeto se enfrenta a dos intereses contrapuestos (el propio y el ajeno)⁸ y en donde necesariamente el beneficio de uno implica el perjuicio de otro, esto es, un *juego de suma cero*. Precisamente en este punto se encuentra el fundamento por el que el ordenamiento jurídico debe dar una respuesta *ex ante* y otra *ex post* a dichas infracciones: se deberá impedir que se explote un conflicto de interés, y en caso que ocurra, se deberá remediar y sancionar.

Pero desde una perspectiva más específica, el conflicto de intereses requiere que exista: **a)** un sujeto que gestione un negocio o un patrimonio ajeno al suyo, ya sea por disposición de la ley (como lo son los casos de las representaciones legales de los incapaces absolutos o relativos) o de un contrato, el que usualmente implicará una especial relación de confianza en virtud de la naturaleza del contrato o del servicio que se presta con ocasión de dicho contrato (como lo son los casos del contrato de mandato, comisión, corretaje, sociedad, etc); **b)** que en dicha relación jurídica existan intereses contrapuestos e incompatibles (por tanto, no habrá conflicto de intereses cuando se trate de intereses concurrentes, paralelos o comunes, e incluso, distintos, siempre que sean compatibles)⁹, de modo que sea posible que se produzca el conflicto que el Derecho teme que ocurra: el dilema del gestor de posponer el interés ajeno en pro del interés propio. Existirá infracción al deber de lealtad, cuando se explote el conflicto de interés, cuando se posponga el interés ajeno al propio. En estos casos, en la relación misma, se protege al sujeto que encomienda o delega la gestión del negocio en virtud de la confianza que deposita en el agente.

Como se verá más adelante, la hipótesis típica en donde el Derecho supone que es posible el peligro de explo-

tar el conflicto de intereses, posponiendo los intereses del representado por los propios, es en el fenómeno de la *autocontratación* o contrato consigo mismo. El caso más típico y elemental que el legislador regula es el del padre de familia que vende bienes del hijo a quien representa legalmente, adquiriéndolos a nombre propio, o el caso del tutor o curador que compra los bienes raíces de propiedad de su pupilo, o que los toma en arriendo. La sanción en estos casos, será drástica, la ineficacia del autocontrato celebrado con conflicto de interés (hay una infracción a norma prohibitiva).

Pero la cuestión es bastante más compleja que el clásico ejemplo de la autocontratación; pensemos ahora qué remedio legal habrá para todos aquellos casos en que no hay norma prohibitiva que sancione al autocontrato y en que efectivamente exista conflicto de interés que se explota en perjuicio del representado. O, de otro lado, pensemos en el administrador de una sociedad que se fija una renta o remuneración abusiva respecto de las rentas de mercado, o del que hace perder la oportunidad de un negocio a la sociedad colectiva civil, adquiriendo para sí dicha oportunidad y perjudicando a la sociedad, como por ejemplo, el del geólogo contratado para prospectar unos terrenos en busca de mineral, que hallándolo, entrega la información a un tercero relacionado para que se aproveche de la oportunidad, constituyendo la respectiva pertenencia. Aquí hay infracción a la relación de confianza, se actúa deslealmente, posponiéndose el interés ajeno al propio.

Frente a la gama de alternativas que es posible plantear en que se genera un conflicto de interés, cabe adelantar que el ordenamiento jurídico no tiene una respuesta única o uniforme frente a este tipo de situaciones, sino que habrá que establecer la naturaleza del conflicto, de la relación jurídica, el tipo de infracción y la forma en que el Derecho lo repudia. En este artículo, como hemos sostenido, pretenderemos insinuar líneas, patrones y algunos principios que es posible derivar del Código Civil.

a.4.) Los conflicto de interés como protección de intereses de diversos terceros

Esta última situación implica conflictos de diversa índole, pero todos englobados dentro de un general concepto de conflicto de intereses. Pensemos en el caso de los acreedores que tienen intereses diversos sobre la cosa (por ejemplo, el acreedor hipotecario sobre el bien que sacará a remate y el promitente comprador sobre la cosa que se rematará), del que se colude para perjudicar a su principal o de aquel directorio que perjudica a los accionistas minoritarios de una sociedad anónima.

En estas situaciones, no necesariamente se dará el fenómeno de la autocontratación, pero no por ello podrá defraudarse la relación de confianza que une a las partes. ¿Significa acaso que no existe una regulación supletoria de las normas especiales de la relación? En estos casos, consideramos que las reglas que deben regular la situación emanan del deber de lealtad o de fidelidad que existe en la relación jurídica y que ha sido ignorada por la doctrina nacional aún cuando el principio de la buena fe

permite fundarlo dentro de las relaciones jurídicas obligatorias, integrando el contenido de los deberes y obligaciones como veremos más adelante. Pero bien, puede ocurrir que el conflicto de intereses se genere respecto de terceros, acreedores, en donde una de las partes negocia incompatiblemente con un relacionado para perjudicar al tercero acreedor, cuestión que implicará volver al derecho subjetivo y al conflicto de intereses para poder inclinar el amparo del Derecho al interés que se considere prevalente, ya sea a través del fraude a la ley, acción pauliana, acción de simulación, entre otros institutos.

En conclusión, analizaremos aquellos casos en que se plantea el dilema, ser fiel a la confianza que se ha depositado en el agente, favoreciendo los intereses del principal o bien, posponer dichos intereses. Creemos que el Derecho opta por el principal o representado: por lo que el agente, frente al dilema, deberá actuar en beneficio del principal por la especial relación que se ha configurado; deberá posponer su interés personal y propio en beneficio del interés del principal (representado o mandante).

b) Fundamentos de la regulación legal del conflicto de interés

Existen distintos puntos de vista que justifican la intervención del Derecho para regular los potenciales conflictos de interés, sancionarlos en caso que ocurran (ineficacia, sanción penal, administrativa, disciplinaria) y dejar indemne a quien fue víctima de la actuación realizada en conflicto de interés.

Como primer argumento para regular los conflictos de interés, y desde la perspectiva de los sujetos mismos de la regulación, cabe señalar que el Derecho observa un potencial perjuicio o daño al representado que carece de los medios, capacidad o potencialidades para actuar personal o directamente en la administración de sus negocios o negocio particular y específico. Esta perspectiva justifica especialmente la intervención del Derecho en el caso de los representantes legales de los incapaces, ya que esta regulación viene necesariamente a complementar a las normas que establecieron la incapacidad de ejercicio. En otros términos, estas normas que establecen y repudian la ejecución de un acto o contrato en conflicto de interés entre el representante y representado permiten una perfecta protección del sujeto incapacitado¹⁰.

En segundo lugar, las normas que regulan los conflictos de interés tienen como objetivo proteger la confianza en determinadas relaciones jurídicas donde dicho elemento (confianza) ocupa un lugar primordial. Pensemos en los casos de representación convencional o en la judicial, en donde la confianza es un elemento fundamental de la relación jurídica; se pretende precisamente que quienes representan dichos intereses no abusen de la confianza que en ellos se ha depositado, ya sea por razones externas al negocio (amistad, etc.), o de experticia o de especiales conocimientos del agente (mandato comercial, corretaje comercial, mandato judicial, etc.). Se busca así que no se abuse de la confianza y del especial poder que ostenta el representante respecto del representado, que no se aproveche de dicha condición privilegiada por la con-

fianza o los conocimientos, ya sea robando oportunidades de negocios del representado, utilizando información privilegiada, etc.

En tercer lugar, pero ahora desde una perspectiva sistémica, con la regulación de los conflictos de interés se pretende que el sistema en su conjunto funcione adecuadamente, ya que "los efectos de los conflictos de interés...., las más de las veces hay exacción de riquezas del mercado, que asigna los recursos en forma distorsionada y al sistema en general, ya que se hace perder confianza a quienes actúan en el sistema, transparencia y credibilidad al mismo"¹¹. En dicho mérito, el Derecho debe intervenir, tanto para prevenir que no se afecte el funcionamiento del mercado¹² como para sancionar a quienes hayan actuado con conflicto de interés, afectando al mercado, y con ello a los particulares.

En definitiva, las normas sobre conflictos de interés pretenderán impedir el dilema de posponer el interés ajeno al propio (su finalidad es "no enfrentar el interés con el deber"¹³), y en caso que así ocurra, reaccionar contra el acto, el beneficio, el perjuicio y el título mismo que se ostenta, es decir, hacer gravosa la tentación de sacrificar el interés del representado en beneficio del propio, y remediar la situación del principal una vez que se materialice dicha conducta abusiva.

c) El auge de la regulación público-económica del conflicto de interés

Ha sido la regulación económica (derecho comercial y económico) la rama del Derecho que más ha abundado en torno al conflicto de interés¹⁴, baste para ello, analizar las diversas normativas sectoriales que han establecido estrictas reglas que gobiernan la actuación de aquellos sujetos que administran patrimonios de terceros o ejecutan actos jurídicos a nombre de éstos, por cuenta y riesgo de éstos, estableciendo especiales deberes de lealtad y de cuidado que deben guiar la conducta de los sujetos; elevando estándares de responsabilidad y procedimientos especiales para impedir actuaciones con conflictos de interés.

c.1.) Ley N° 18.046, Ley de sociedades anónimas

La Ley de Sociedades Anónimas con precisión regula la actuación del directorio, de los directores y los ejecutivos que intervienen en la administración de la sociedad, se establecen deberes de lealtad, un estricto régimen de responsabilidad y rigurosos estándares de cuidado, se pone preeminencia en el interés social, véanse los artículos 42, 44 y 89¹⁵.

c.2.) Decreto Ley N° 3.500, sobre Administradora de Fondos de Pensiones

Un caso interesante se observa en la normativa que revolucionó en Chile el sistema de administración de fondos de pensiones, el Decreto Ley N° 3.500, que luego de

una modificación legal incorporó diversas normas para impedir y sancionar casos de conflictos de interés que pueden darse en el seno de la administradora de fondos de pensiones.

En efecto, el nuevo título XIV del Decreto Ley N° 3.500, destina diversas secciones para regular el conflicto de interés, fijar la responsabilidad de las Administradoras en la gestión de los fondos de pensiones, establecer las actividades que les son prohibidas a las AFP y otros párrafos destinados a establecer normas sobre votación para elegir directores, sanciones y procedimientos.

Particularmente, interesan los preceptos que regulan la actuación de la AFP con terceros (artículo 147), la contratación con personas relacionadas (artículo 150), la realización de inversiones inadecuadas (artículo 150), la autocontratación (artículo 150 y 152) y el uso de la información privilegiada (artículo 151 y 152) entre otros¹⁶.

Además dicha regulación establece una norma general (artículo 147)¹⁷ que dispone la forma en que las AFP deben conducirse frente a los conflictos de interés con el fondo administrado, estableciendo una regla general que impone, por un lado, la obligación de realizar todas las gestiones que sean necesarias para cautelar la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad de las inversiones y por otro, la de atender exclusivamente el interés de los fondos por sobre los propios en virtud del deber de lealtad que les asiste¹⁸.

c.3.) Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores

El objetivo de la ley de mercado de valores es que todos los agentes (emisores, inversionista e intermediarios) que participan en el mercado de capitales lo hagan en pie de igualdad, garantizándose en lo posible el mayor acceso a la información (artículo 10 y 12), pero particularmente pretende la eficiencia en el mercado de los valores. Así, diversas normas promueven la transparencia en el mercado, estableciendo la obligación de informar acerca de todo hecho o antecedente que un hombre juicioso consideraría importante para sus decisiones de inversión (artículos 9 y 164); informar acerca de intención de toma de control (artículo 54); información verídica (artículo 64); los artículos 52 y 53 declaran contrarios a la ley, tanto efectuar transacciones en valores con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios; obligación de indemnizar los perjuicios derivados de la infracción de ley (artículo 55); uso de información privilegiada (artículo 85); regulación de la situación de agentes de valores y corredores de bolsa, procurando evitar conflictos de interés con ciertos emisores de valores de oferta pública, ordenando informar determinadas incompatibilidades a sus clientes y abstenerse de realizar directa o indirectamente, cualquier operación o transacción de acciones emitidas por dicho emisor (artículo 168); obligación de realizar operaciones en forma independiente, separada y autónoma de cualquier otra actividad de la misma naturaleza, desarrollada por inversionistas institucionales u otros intermediarios de valores (artículo 169); obligación de indemnizar los perjuicios provocados con infracción al título XXI, de la información privilegiada, y

multa a beneficio fiscal del monto pecuniario obtenido a través de las transacciones de valores del emisor que se trate (artículo 172) e inscripción especial de los valores que se posean a nombre propio pero por cuenta de terceros (artículo 179).

c.4.) Conclusiones acerca de la regulación sectorial¹⁹

A título de conclusión, cabe indicar que las regulaciones económicas han abordado en forma moderna el conflicto de intereses, estableciendo normas claras que miran más que a la relación directa entre los sujetos que intervienen en el mercado (aún cuando han establecido procedimientos, responsabilidad, estándares de diligencia y acciones para hacer efectivos dicha responsabilidad), al sistema en su conjunto, protegiéndolo por razones de transparencia, estabilidad y eficiencia desde la perspectiva del orden público económico. Lo que queda por ver entonces es cómo se aplicarán estas normas por los tribunales de justicia que son los llamados a juzgar las conductas contrarias a dichos principios.

III.-Conflictos de Interés y algunos principios del Código Civil chileno

a) Planteamiento general del problema: ¿hay en el Código Civil regulación supletoria de los conflictos de interés?

El Derecho Civil, que constituye el derecho común, regula en forma aislada y poco sistemática los conflictos de intereses, pero de ello no se deriva que no puedan establecerse algunos principios generales en torno a la regulación que el mismo dispone para el conflicto de interés.

Muy por el contrario, el Código de Bello toma una posición que abiertamente rechaza la posposición del deber en beneficio del propio interés; en otros casos, agrava la responsabilidad del representante y en otros, ordena la ineficacia del negocio celebrado con infracción del deber de conducción leal y en conflicto de interés. En todo caso, siempre impondrá, en forma *ex post*, la obligación de resarcir el perjuicio provocado y también, según sea el caso, la remoción del agente que abuso de la confianza del principal.

En efecto, hemos encontrado diversos casos de aplicación de reglas especiales para regular los conflictos de interés en el Código Civil:

a) En algunos casos, el Código prohíbe la realización de determinados actos cuando hay presumiblemente un conflicto de interés (y un peligro cierto de daño) entre quien administra (y además su núcleo más cercano) y el administrado. Particularmente prohíbe la autocontratación en algunos casos de representación legal y convencional, por lo que partiremos analizando dichas hipótesis, las sanciones que implica la realización de dichos autocontratos, los efectos indemniza-

torios de dichas actuaciones que el legislador considera ilícitas y la remoción del representante legal o convencional en cuestión;

b) Además estudiaremos que en la ejecución de un acto en desmedro del interés del principal (representado o mandante) también hay una explotación de un conflicto de interés, el que se verifica por la infracción del deber de lealtad o fidelidad que existe en la relación jurídica. En este caso, se impondrá la obligación de indemnizar los perjuicios que de dicha infracción derivan, sin perjuicio de otros efectos, como veremos más adelante.

Cabe indicar que los casos que se analizarán a continuación –autocontratación y representación– corresponden a los denominados *derechos función*, es decir, aquellos derechos que no están establecidos en beneficio del titular del derecho sino de un tercero. La característica de los derechos función es que “atribuyen al titular una potestad cuyo fin es proteger los intereses de un incapaz (como el derecho de tuición que el padre, la madre o el tutor tienen sobre el menor) o gestionar un patrimonio ajeno (como los que tienen los administradores de una persona jurídica)”²⁰, por eso se sostiene que son derechos potestativos, dado que confieren competencias para realizar ciertos actos, pero en función del tercero: “en la medida que la función forma parte del contenido del derecho, si el titular desvía su ejercicio hacia su propio beneficio se infringe el contenido atributivo del derecho”²¹. Estos derechos están integrados por una especial disposición a favor del tercero en cuyo beneficio se han establecido, y como enseña BARROS, la desviación del poder no está cautelada por la norma²².

b) Los casos de autocontratos, conflicto de interés y limitación jurídica

b.1.) De la autocontratación en general

De las distintas hipótesis de conflicto de intereses que se indicaron precedentemente, el autocontrato o contrato consigo mismo es el caso sobre el que más se ha indagado por la dogmática del derecho privado chileno en torno al conflicto de intereses.

Recordemos que el autocontrato o contrato consigo mismo es un acto jurídico que una persona celebra consigo misma, sin que sea menester la concurrencia de otra, y en el cual ella actúa, a la vez, ya sea como parte directa y como representante de la otra; ya sea como representante de ambas partes; ya sea como titular de dos patrimonios (o de dos fracciones de un mismo patrimonio) sometidos a regímenes jurídicos diferentes²³.

El conflicto de intereses ha sido tratado tangencialmente por la dogmática nacional al momento de estudiar, analizar y establecer la posibilidad jurídica de la *autocontratación*. El primer tratadista nacional en poner realmente el acento en esta categoría contractual fue el decano Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ. En su monografía acerca del contrato consigo mismo, concluyó que la autocontratación es posible jurídicamente siempre que no exista una

prohibición legal que lo impida y, faltando dicha prohibición legal, cuando no exista un conflicto u oposición de intereses entre el representante y el representado, por lo que habrá conflicto de interés siempre que la realización del acto pueda acarrear un perjuicio para el segundo²⁴. De ahí que el decano concluya que “si su realización (se refiere al autocontrato) puede acarrear un perjuicio para el representado, si, por su naturaleza o importancia, hace posible el temor de que el representante sacrifique su deber a su propio interés, la jurisprudencia, apoyada por la doctrina, no vacila en declararlo inadmisibles, aun a falta de texto expreso²⁵”.

El Derecho reacciona, según lo anterior, estableciendo algunas prohibiciones especiales de autocontratar cada vez que hay peligro de conflicto de interés, ésta es una técnica jurídica antigua, otro tanto son las incompatibilidades jurídicas, pero ésta es la técnica que nuestro Código utiliza. De ahí que el sistema y análisis dogmático se realice en base a prohibiciones, particularmente de las *prohibiciones especiales* a las que hace mención el artículo 1447 en su inciso final, que no hace sino reconocer la existencia de eventuales conflictos de intereses entre sujetos que el Derecho rechaza. Por ello Alessandri sostiene que “Como todos estos preceptos se fundan en el conflicto de intereses que ordinariamente origina el acto consigo mismo, creemos que cada vez que él se presente, no será posible su celebración, aunque no exista un texto expreso que lo prohíba²⁶, afirmación que como veremos más adelante ha sido atemperado por alguna doctrina más moderna y por la jurisprudencia. Otros, en caso de faltar texto expreso que condene la autocontratación, sostienen algo similar pero fundado en los principios de la buena fe y la prohibición del enriquecimiento sin causa, es decir, el límite a la autocontratación estará en aquellos casos en que se infrinja uno de estos principios generales del derecho, pasando a ser ilícita²⁷, línea de argumentación que nos permitirá basar el segundo punto de este estudio como lo es el deber de lealtad que se deben los contratantes.

b.2.) De la autocontratación de los representantes legales en el Código Civil

Del conjunto de normas civiles que tratan del conflicto de intereses para aquellos sujetos que administran un patrimonio ajeno (casos de representación legal directamente, cargos de carácter públicos, tutor o curador) o en que se encomienda la ejecución de un encargo (mandato), se concluye el principio de que el representante o mandatario, jamás puede ejecutar un acto, en la representación invocada, que le cause o le pueda causar perjuicios a su representando. La legislación común establece que el representante tiene vedado realizar una acción, aún en cumplimiento de su encargo, en virtud de la cual, sacrifique el interés del representante en beneficio de su propio provecho, lo que traerá efectos en la posibilidad jurídica de la autocontratación.

Por ello, Alessandri señala que “como todos estos preceptos se fundan en el conflicto de intereses que ordinariamente origina el acto consigo mismo, creemos que ca-

da vez que él se presente, no será posible su celebración, aunque no exista texto expreso que lo prohíba²⁸”, de modo que si no puede celebrarse dicho negocio, más aún lo serán aquellos casos en que habiendo sido celebrado y encomendado el negocio, el representante en ejecución del mismo, “desvía su ejecución” para beneficiarse a costa del interés del representado²⁹.

Frente a lo anterior y con el objeto de impedir o evitar el dilema de la posposición del interés ajeno al propio, es que se han creado “precauciones legales, como la exigencia de una aprobación por el interesado o por otro medio³⁰, que constituyen posiciones más modernas de enfrentar en la representación los problemas de la autocontratación y del conflicto de intereses, pero siempre “reconociéndolas con limitaciones y precauciones³¹, sin que opere absolutamente el principio de la libertad contractual.

Nuestro plan de exposición para este punto implica analizar la autocontratación y su posibilidad jurídica en la representación legal, en la representación convencional, en la representación de personas jurídicas, y en cada caso indicar la forma en que el ordenamiento del derecho civil reacciona frente al fenómeno de la autocontratación y los conflictos de interés.

1.- Administración y representación legal de los padres respecto de los bienes del hijo

Cabe distinguir dos materias diversas referidas a los padres y los bienes del hijo; una es la administración que el padre realiza de los bienes que son de propiedad del hijo y, por otro lado, la representación legal que al mismo le corresponde desempeñar.

Sobre el primer punto, el Código Civil establece que el padre disfruta del derecho legal de goce sobre los bienes del hijo (artículo 250), consecuentemente debe administrarlos (artículo 253) y responde de dicha administración hasta de culpa leve (artículo 256), estando en todo caso privado de la facultad de enajenar o gravar los bienes raíces del hijo, ni sus derechos hereditarios, sin autorización del juez con conocimiento de causa (artículo 254) y respecto de la facultad de celebrar donaciones, arrendamiento por largo tiempo o aceptar o repudiar herencias, deberá ceñirse a las normas establecidas para los tutores o curadores (artículo 255). Perderá dicho derecho legal de goce en aquellos casos en que se haya hecho culpable de dolo o de grave negligencia habitual, establecida por sentencia judicial (artículo 257).

Respecto de la representación legal (artículo 43), y la posibilidad de la autocontratación del padre de familia en tanto representante legal del hijo de familia, se ha sostenido acertadamente que por regla general, la autocontratación del padre de familia y su hijo es válida³². El mismo análisis se realiza cuando celebra un autocontrato en representación legal del hijo de familia y de un tercero (en calidad de mandatario de éste)³³.

La excepción a dicha autorización o posibilidad de autocontratar será cuando existe una norma prohibitiva de la autocontratación (puesto que en estos casos la ley presume el peligro jurídico y económico que entraña el conflicto de interés), como ocurre con el artículo 1796,

dentro del contrato de compraventa, que prohíbe absolutamente el contrato de venta entre padre e hijo de familia, caso en el cual, la autocontratación ejecutada estará afectada de un vicio de nulidad absoluta por razón de objeto ilícito (contrato prohibido)³⁴. Debemos además agregar los casos en que existe o puede existir oposición de intereses entre el padre o madre de familia y el hijo: en estos casos las normas "prescriben el nombramiento de un curador especial para el hijo³⁵", tales como los artículos 124, 130, 188, 253, 263 (litigio entre padre de familia e hijo de familia) y otros. Reiteramos, la sanción en caso de infracción de una norma prohibitiva (artículo 1796) será la nulidad absoluta, y en el caso de infracción a la norma imperativa (designación de curadores especiales) será la nulidad relativa por estar establecida en razón a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan (artículo 1682).

El problema se produce en todos aquellos casos en que no existe una norma prohibitiva de la autocontratación o bien un precepto que especialmente disponga la designación de curador especial, pero en donde sí exista o puede existir conflicto de intereses en el autocontrato. Algunos autores sostienen que la prohibición se aplicará por analogía (aún cuando no haya prohibición legal expresa). Así, se sostiene por algunos que "pero si existe oposición de intereses entre el padre y el hijo de familia, si los de uno y otro son divergentes, circunstancia que los jueces del fondo decidirán soberanamente en caso de controversia al respecto, el acto consigo mismo no es posible entre ellos³⁶", pero otros sostienen que no se pueden aplicar analógicamente norma prohibitivas, principio al cual adherimos puesto que las prohibiciones deben ser interpretadas en forma restrictiva y no hay vicio de nulidad ahí donde la ley no lo dispone³⁷. Por lo tanto, no habrá sanción de ineficacia al autocontrato ejecutado en conflicto de interés por el padre de familia, pero de ello no se deriva que no exista alguna sanción en caso que el negocio en definitiva dañe patrimonialmente el menor representado, puesto que frente al conflicto de interés se impone un mayor nivel de cuidado del padre de familia, por los especiales deberes de lealtad que el mismo debe desempeñar, por lo que la infracción al deber de diligencia y lealtad con que debe conducirse el representante legal del hijo de familia provocará la obligación de indemnizar los perjuicios provocados al administrado, precisamente por esa mala conducción de su representante legal, sin perjuicio de la remoción del mismo o de otros vicios que puedan afectar a los negocios celebrados por el representante legal (dolo, causa ilícita, simulación, entre otros).

2.- *Administración del marido de los bienes de la sociedad conyugal y de los bienes propios de la mujer*

Desde luego cabe advertir que las conclusiones y la casuística que antiguamente analizaban los tratadistas que estudiaron la autocontratación se han modificado en razón de las diversas reformas legales acerca de la capacidad de ejercicio de la mujer casada en sociedad conyugal como al régimen patrimonial de sociedad conyugal dentro del matrimonio³⁸.

Sin perjuicio de ello, creemos que aún mantiene validez la afirmación de que la autocontratación está admitida en forma general ya que existen normas especiales que lo prohíben en determinados casos³⁹, de modo que en todos aquellos no expresamente prohibidos el marido puede autocontratar⁴⁰.

Los casos de prohibición de autocontratación entre marido y mujer se encuentran expresamente indicados en los siguientes artículos: 675 respecto de la donación irrevocable entre cónyuges en tanto no transfiere el dominio entre éstos, 1137 y 1138 respecto de las donaciones que serán siempre revocables entre cónyuges, y 1796 y 1899 respecto de la compraventa y la permuta entre cónyuges no separados judicialmente. Dado que dichas normas son prohibitivas en forma absoluta, la celebración de dichos autocontratos implica la celebración de un contrato prohibido, por lo que habrá nulidad absoluta por objeto ilícito (artículos 1466 y 1682)⁴¹.

ALESSANDRI en su monografía de la autocontratación plantea que en todos aquellos casos en que exista conflicto de intereses entre marido y mujer, habrá nulidad relativa, así sostiene que "por consiguiente, el marido podrá celebrar consigo mismo un contrato en que actúe por sí mismo y como representante legal de su mujer, siempre que entre ambos no exista oposición de intereses, en cuyo caso en el instrumento en que conste comparecerá en su doble carácter de marido y parte. Si la hay, no será posible el autocontrato; y si de hecho se celebra, es nulo relativamente⁴²", pero, como indicamos precedentemente, desde el año 1989 el marido ya no es representante legal de la mujer y no operará, por lo tanto, la representación de la mujer dado que es plenamente capaz, por lo que dicha afirmación perdió la vigencia que podría tener.

Por lo tanto, el análisis actual de la cuestión debe ponderar tres situaciones en que el fenómeno de la autocontratación podría tener relevancia. Estos son: a) en la administración ordinaria del marido de los bienes sociales en el régimen de sociedad conyugal; b) en la administración ordinaria del marido del haber propio de la mujer en el régimen de sociedad conyugal, y c) en la administración extraordinaria de la mujer curadora del marido. En el primer caso, no es posible la autocontratación, dado que los bienes del marido y los de la sociedad conyugal conforman un solo patrimonio, como lo dispone el artículo 1750, por lo que carece de sentido que el marido autocontrate consigo mismo si en realidad, es uno solo el patrimonio que administra. En el segundo caso, es decir, administración de bienes propios de la mujer por el marido, sólo cabe la posibilidad de la autocontratación respecto de los bienes muebles de la mujer, ya que respecto de los inmuebles requiere autorización de la mujer para su enajenación^{43,44}. Particularmente, en el caso de los bienes muebles podría darse el caso de que el marido autocontrate y aumente el haber social para efectos de acrecentar las ganancias de la sociedad conyugal, pero en dicho caso, operaría la nulidad absoluta del artículo 1796 en el caso que el autocontrato sea de compraventa o permuta. Para otro tipo de operaciones (mutuos, comodatos), es decir, donde no se celebre un contrato de compraventa y permuta, la mujer efectivamente sale perjudicada. Por úl-

timo, respecto de la administración extraordinaria de la mujer curadora del marido, ésta pasará a administrar la sociedad conyugal, y operarán iguales reglas que las que gobiernan la administración del marido (artículo 1759), pero dado que el marido no puede siquiera administrar sus bienes, se requerirá por parte de la mujer curadora la autorización judicial para disponer (enajenar onerosa o gratuitamente, gravar voluntariamente y promesas de dichos actos) los bienes raíces sociales (mismo artículo). Respecto de los bienes propios del marido, se aplican las reglas de las curadorías, operando por lo tanto, plenamente el fenómeno de la autocontratación y de la representación legal de la curadora, por lo que se emplean los principios que se estudiarán en el siguiente número (inciso final del artículo 1759).

3.- *La representación legal de los tutores y curadores*

Las normas básicas para analizar la autocontratación y su posibilidad jurídica en el caso de los tutores y curadores son los artículos 410 y 412 del Código Civil. El primero de estos preceptos dispone que el guardador tanto para cubrir las anticipaciones en dineros del pupilo como para ser pagado o restituido de cualquier bien del pupilo, deberá obtener la autorización de otros curadores o del juez en subsidio. En la misma línea, el artículo 412 prohíbe en forma general, todo acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador o su núcleo cercano, salvo que medie autorización de los otros tutores o curadores generales, que no estén implicados de la misma manera, o por el juez en subsidio. Finalmente, el mismo artículo prohíbe la compraventa y arriendos de bienes raíces del pupilo, ya directamente por el tutor o curador o a través de su cónyuge, ascendientes y descendientes del tutor o curador.

De la lectura de los citados preceptos, se concluye a este respecto que todo autocontrato del tutor o curador en calidad de tal es prohibido⁴⁵ y, para celebrar alguno de los actos o contratos en que exista conflicto de interés con alguna de las personas vinculadas a éste y que aparecen indicadas en el artículo 412, requerirá la autorización expresa y previa de los otros tutores o curadores generales o del juez en subsidio. Por eso se sostiene que "de las disposiciones transcritas aparece claramente que el guardador, en su calidad de tal, no puede autocontratar. Teme la ley, con razón, que el guardador sacrifique el deber por su interés pecuniario y exige, en consecuencia, que todo contrato que se celebre entre él y el pupilo se haga con autorización de los demás guardadores no implicados o del juez en subsidio"⁴⁶.

En estos casos, sin que medie la autorización de los curadores generales o del juez en subsidio, y aún con esta autorización en los casos del artículo 412 inciso 2°, dado que implican un conflicto de interés (inclusive cuando el negocio fuere notablemente beneficioso para el pupilo), la ley opta por la nulidad de dicho acto.

Habrà nulidad absoluta por causa de objeto ilícito por infracción de una norma prohibitiva (como lo es el artículo 412 inciso segundo) o bien nulidad relativa o rescisión en el caso de infracción de una formalidad estableci-

da en atención a la calidad de las partes (falta de las autorizaciones indicadas en los artículos 410 y 412 inciso 1°). En ambos casos, procederá la ineficacia del negocio celebrado, y, la restitución al estado anterior en que se encontrarían las partes en caso de no haberse celebrado el negocio, con la consecuencial aplicación de las prestaciones mutuas e indemnizaciones de rigor (1687 y ss.), sin perjuicio de la remoción del tutor o curador, y la responsabilidad civil indemnizatoria que dispone expresamente el artículo 544 del Código Civil⁴⁷.

b.3.) *De la autocontratación de los representantes convencionales en el Código Civil*

La situación de los representantes convencionales y particularmente del mandato civil son interesantes por cuanto los principios que en ellos se expliciten pueden aplicarse a otras situaciones, como ocurre en la sociedad civil, en los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros y en los casos que indica el artículo 1800 (sindicatos, albaceas).

En estos casos, la representación ha sido establecida en virtud del principio de la libertad contractual y no por disposición de la ley como ocurre con las representaciones legales que el mismo Código define. Habitualmente no se entra en detalles al momento de pactar dichos contratos, por lo que deberán integrar las obligaciones expresas que de dichas relaciones jurídicas emanan, con el deber de lealtad en virtud de la buena fe objetiva (contractual), artículo 1546, cuestión que analizaremos más adelante.

1) *La autocontratación en el mandato civil*

Previo al punto en análisis, cabe recordar que el mandato es un contrato en virtud del cual el mandante confía la gestión de uno o más negocios al mandatario, por su cuenta y riesgo (artículo 2116). La confianza es estructural al contrato de mandato, y por eso, es que emanan deberes especiales de lealtad y cuidado.

En principio, la autocontratación no es prohibida entre el mandante y el mandatario, ya que se entiende que el mandante puede limitar las facultades que le entrega a su mandatario⁴⁸, y éste debe estarse a las instrucciones y facultades que su mandante le otorgó (artículo 2131), así "la autocontratación será posible si se autoriza expresa o implícitamente (artículo 1545), y no lo será en caso contrario"⁴⁹.

El punto que trataremos de dilucidar será determinar qué ocurre en aquellos casos no especialmente legislados, y particularmente, qué ocurrirá con aquellos autocontratos celebrados por el mandatario con abierto conflicto entre los intereses propios y los del mandante, pero antes de ello, abordaremos los casos en que el legislador reguló específicamente la situación de la autocontratación en el contrato de mandato, estos son el autocontrato de compraventa y el mutuo o préstamo de dinero, que pasaremos a analizar a continuación:

1.1.) El autocontrato de compraventa

El artículo 2144 dispone que prohíbe al mandatario comprar las cosas que se le hayan ordenado vender, y tampoco podrá vender de lo suyo al mandante lo que se le ha ordenado comprar, a menos que exista aprobación expresa del mandante.

La razón del precepto se encuentra en el hecho de que el mandatario se aproveche para venderse a un precio inferior al que se podría obtener de un tercero y a la inversa, para que le venda lo suyo al mandante por un precio superior al que un tercero estaría dispuesto a pedir⁵⁰, es decir, en que anteponga el interés personal por sobre el interés del mandante representado. En realidad, la aprobación expresa del mandante implica que no existe autocontrato sino que derechamente un contrato de compraventa entre mandante y mandatario⁵¹, reiteramos no hay contrato consigo mismo⁵². Obviamente, está sancionada según las reglas generales, el uso de un palo blanco o interpósita persona (fraude a la ley y simulación) por parte del mandatario para vulnerar la prohibición legal.

La infracción al artículo 2144 acarrea la nulidad relativa del autocontrato de compraventa⁵³, ya que la norma es imperativa (requiere de la aprobación expresa del mandante de modo que es un requisito para la validez del autocontrato de compraventa), y se encuentra establecida en consideración de la calidad de la persona (mandatario), para evitar precisamente que se genere el dilema de posponer el interés propio al interés ajeno administrado por el mandatario⁵⁴.

En todo caso, un fallo de la Corte Suprema resolvió que la sanción a la infracción al artículo 2144 es la inoponibilidad del autocontrato bajo la hipótesis de exceso de facultades del mandatario⁵⁵. A nuestro juicio dicho fallo es erróneo e implica una confusión elemental de nuestra Corte: no es un problema de inoponibilidad, dado que hay norma imperativa infringida (no prohibitiva) establecida en razón de la calidad del mandante, de modo que no se está en el ámbito de aplicación del artículo 2160 (exceso de poder-inoponibilidad al mandante)

1.2.) El autocontrato de préstamo de dinero

Por otro lado, el artículo 2145 establece que "el mandatario encargado de tomar dinero prestado podrá prestarlo él mismo al interés designado por el mandante, o a falta de esta designación al interés corriente; pero facultado a colocar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí sin aprobación del mandante".

La norma citada prohíbe al mandatario constituirse en deudor del mandante cuanto éste le ha ordenado colocar dinero a interés, ya que en este último caso, la confianza depositada en el mandatario no alcanza a la solvencia económica de éste⁵⁶; considera el legislador que existe una tentación para el mandatario de posponer el interés del mandante a su propio provecho, por lo que regula especialmente la situación.

Pero además establece una limitación para el mandatario cuando él mismo presta dinero al mandante. En este caso, no puede cobrar más que el interés corriente, ya que de contrario, es decir, en caso que el interés sea superior al corriente, infringe el mandato legal del artículo

2145, de modo que el citado autocontrato le será inoponible al mandante (artículo 2160) dado que éste se extralimitó en sus facultades⁵⁷.

Al igual que en el caso anterior, la infracción a la norma en cuestión (tomar prestado dinero del mandante o autocontrato de mutuo de dinero) acarreará la nulidad relativa del autocontrato⁵⁸, puesto que la aprobación expresa o tácita del mandante es un requisito para el contrato de mutuo que mira a la calidad de la parte (artículo 1682)⁵⁹.

1.3.) Autocontratación del mandante, conflicto de interés y la regla general

Para comprender adecuadamente cómo reacciona el Código frente al autocontrato en el contrato de mandato y al conflicto de intereses, cabe hacer diversas distinciones: se partirá analizando qué acontece cuando el mandante prohibió convencionalmente la autocontratación; asimismo se analizará la situación que se genera cuando no existe dicha prohibición (ni legal ni convencional) y el mandatario ejecuta un autocontrato pero en conflicto con los intereses del mandante, y, por último, se estudiará cuando estando autorizado a autocontratar, el negocio celebrado en ejecución de dicha autorización, genera perjuicios al mandante por efectos del conflicto de intereses.

Respecto del primer punto, debemos dejar en claro que existiendo prohibición convencional de autocontratar, el mandatario que ejecuta el autocontrato incumple las reglas e instrucciones del mandato, por lo que el resultado de dicha infracción contractual será la inoponibilidad del autocontrato al mandante, por vulneración al artículo 2154 en relación al 2160 del Código Civil, ya que se entiende que el mandatario obró fuera de sus facultades, por lo que no obliga al mandante⁶⁰.

Luego, y respecto de aquellos casos en que no existe prohibición legal (artículo 2144 y 2145), ni convencional, se entiende que el mandatario podrá autocontratar, conclusión unánime dentro de la doctrina nacional⁶¹.

La discusión se hace más compleja al analizar aquellos casos en que no existe prohibición legal y tampoco convencional, pero en donde el mandatario ejecutó un autocontrato que implica oposición de intereses entre mandante y mandatario. En general, se sostiene que no será posible la autocontratación en dicho caso⁶², pero los autores difirieron en torno a la sanción de ineficacia del autocontrato ejecutado en conflicto de intereses.

En efecto, la primera tesis en torno a la sanción al autocontrato sostiene que siempre que exista o pueda existir un conflicto de interés en la celebración de un autocontrato por parte del mandatario, la sanción legal será la nulidad relativa. Así lo enseña el decano ALESSANDRI en su texto acerca del autocontrato, el que agrega que serán los jueces del fondo los que deberán establecer soberanamente, como cuestión de hecho, la existencia de un conflicto de interés (es decir, se establezca que el mandatario obró con conflicto de intereses que explotó en su beneficio), y los negocios celebrados serán nulos relativamente y generarán la responsabilidad civil del mandatario por los perjuicios provocados a su principal en caso de existir éstos⁶³.

La segunda tesis al respecto es de LEÓN, quien enseña que “debe entenderse que hay una prohibición tácita o presunta del mandante; y, en consecuencia, un acto celebrado en esas condiciones no afectaría al mandante, puesto que el mandatario no habría actuado “dentro de los límites de su mandato (artículo 2160)”⁶⁴, por lo que la sanción sería la inoponibilidad del autocontrato celebrado en conflicto de interés del mandante y del mandatario.

Por último, STITCHKIN sostiene que en el caso en estudio “cabe aplicar aquí la prescripción del artículo 2149, según la cual el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante, pues la autocontratación en tales condiciones importa un daño al mandante en beneficio particular del mandatario. Por otro parte, el artículo 2134 dispone que la recta ejecución del mandato comprende no sólo la substancia del negocio encomendado, “sino los medios por los cuales ha querido que se lleve a cabo”. Si el autocontrato, por ser peligroso para el mandante, no ha podido ser querido por éste como medio de ejecución del negocio encomendado, es evidente que al celebrarlo el mandatario infringe el contrato y es responsable de los perjuicios. Aparte de que el mandatario no sería obligado por ese acto, pues el mandatario habría excedido los límites de sus poderes en los mismos términos que si se le hubiere prohibido explícitamente, artículo 2160”⁶⁵. El autor en estudio sostiene que en este caso, no basta la existencia de un conflicto de intereses en abstracto para efectos de establecer la sanción de inoponibilidad, sino que es necesario además que se causen perjuicios al mandante, ya que las razones no serían de orden público sino que privado, por lo que faltando daño, el mandante no tiene interés en la acción⁶⁶.

Creemos que no existiendo ni prohibición ni autorización para autocontratar, el mandatario podrá ejecutar autocontrato, pero jamás podrá posponer el interés del mandante a los suyos propios, por ello, son inoponibles en virtud del artículo 2160 del Código Civil, por exceso de poder, ya que del contrato de mandato se derivan deberes de lealtad, confianza o fidelidad que deben ser respetados por el mandatario ya que integran el contrato y son ley para las partes. Una actuación desleal del mandatario contra el mandante no puede ser amparada por la ley del contrato, implican un exceso de poder, aún basándose en autorizaciones tácitas o expresas del mandante, puesto que otra conclusión al respecto atentaría contra el principio de la buena fe contractual (que para estos efectos, es parte integrante del contenido normativo del contrato de mandato, artículo 1546) y, además vulneraría el principio jurídico de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo (artículo 1465, 1468, 1683)⁶⁷. Evidentemente, además quedará a salvo la acción de indemnización de perjuicios contra el mandatario (artículo 2154); el mandante podrá dispensarse de cumplir las obligaciones derivadas del contrato de mandato (artículo 2158), y por último, autorizará la terminación –revocación– del contrato de mandato (artículo 2165)⁶⁸.

Por último, queda por analizar el caso en que se haya autorizado expresamente al mandatario a autocontratar, pero el autocontrato genera perjuicios al mandante. En

este caso, el negocio será válido⁶⁹, salvo que se establezca la existencia de algún vicio de nulidad del negocio (mandato o autocontrato expresamente autorizado), según las reglas generales, pensando en el dolo, hay que recordar que jamás podrá condonarse el dolo futuro (1465), aún cuando se haya autorizado la autocontratación⁷⁰. En todo caso, y aún cuando se deba respetar el autocontrato, quedará la acción de perjuicios por incumplimiento del contrato de mandato por el mandatario.

2) Administración de personas jurídicas

Respecto de la administración de personas, hay acuerdo en que se aplican los mismos principios antes indicados, de lo que se sigue que la autocontratación debe considerarse admitida⁷¹.

Para el caso de las personas jurídicas sin fines de lucro, el artículo 552 dispone que en el exceso de poder no obligan a la fundación o corporación, de modo que se aplican iguales conclusiones que las indicadas para el caso del mandato (artículos 2154 y 2160), y, para el caso de la sociedad civil, se aplican las reglas del mandato, por lo que los artículos 2144 al 2149 del Código Civil tienen relevancia para estos efectos⁷².

Por último, resulta interesante de destacar la regulación comercial dictada acerca de las sociedades individuales de responsabilidad limitada, Ley N°19.857. En efecto, el artículo 10 de la citada ley dispone que “Los actos y contratos que el titular de la empresa individual celebre con su patrimonio no comprometido en la empresa, por una parte, y con el patrimonio de la empresa, por la otra, sólo tendrán valor si constan por escrito y desde que se protocolicen ante notario público. Estos actos y contratos se anotarán al margen de la inscripción estatutaria dentro del plazo de sesenta días contados desde su otorgamiento. / La pena del delito contemplado en el número 2° del artículo 471 del Código Penal, se aplicará aumentada en un grado si fuere cometido por el titular de una empresa individual de responsabilidad limitada”, por lo que ha regulado especialmente la situación de la autocontratación en este tipo de personas jurídicas. En el caso indicado, se optó por aceptar la validez de dichos autocontratos, estableciendo los requisitos para que los mismos tengan valor y creando un agravante penal para quienes utilicen la figura para fines defraudatorios de sus acreedores⁷³.

b.4.) Conflicto de interés y otros casos del Código Civil y del Código de Comercio

Además de las hipótesis referidas a la autocontratación, hemos encontrado otros preceptos en que de alguna forma se enfrenta un interés ajeno al propio y se plantea el que hemos denominado “dilema de posponer el interés ajeno al propio”.

En el ámbito del derecho civil, cabe agregar el contrato de comodato o préstamo de uso que es otro buen ejemplo⁷⁴. La norma de interés en este contrato la encontramos en el artículo 2178 N°3 del Código Civil que dispone que el comodatario es responsable del caso fortuito

“cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya”, es decir, se aumenta el nivel de responsabilidad, haciéndolo cargo del caso fortuito inclusive⁷⁵.

Aquí, el comodatario se enfrenta al siguiente dilema frente al caso fortuito o fuerza mayor, salvar una cosa de su propiedad o bien salvar la cosa ajena que ha sido facilitada para su uso gratuitamente. La norma resuelve el dilema recurriendo a la idea “deliberadamente”, cuando el deudor “deliberadamente” hace primar su interés (cosa propia) por sobre el interés ajeno (cosa prestada). “Deliberadamente” significa que “a sabiendas” ha optado por salvar su cosa pudiendo hacer lo propio con la ajena que ha sido facilitada gratuitamente.

En el Código de Comercio, cabe agregar los casos de los comisionistas y comisionados, en donde el comisionista no puede, salvo autorización expresa, realizar autocontratos, ya que la ley comercial frente al conflicto de interés, toma la opción más drástica, considerando dicha actuación como una prohibición que no puede ser utilizada en beneficio del comisionista y en perjuicio del comitente⁷⁶.

En efecto, el principio del artículo 271 del Código de Comercio es más estricto en materia comercial que en materia civil, la prohibición legal es general, y la solución es lógica, ya que “se justifica esta solución por los peligros que tal operación encierra. El comisionista, a diferencia del mandatario ordinario, es un comerciante que va tras lucro mercantil. Siendo así hay más probabilidades de que sacrifique el interés de su comitente al suyo propio”⁷⁷.

b.5.) Conclusiones especiales frente a la autocontratación civil: la autocontratación y la prevención y reacción orgánica del Código Civil frente al conflicto de interés

Tal como indicamos, en los casos citados, tanto de representación legal y convencional, el Código Civil adopta una posición acerca del conflicto de intereses: reacción contra éstos.

Cabe desde luego señalar que dicha reacción no es uniforme, sino que variará según la entidad del conflicto de interés, la posición que tenga el representante y representado, el tipo de representación y el contrato que al respecto exista. La prevención y reacción irá en algunos casos contra la eficacia del acto o contrato ejecutado en conflicto de interés, en otros casos, implicará la obligación de indemnizar los perjuicios que se generan con dicho acto en infracción al conflicto de interés y, por último, autorizará la remoción (revocación en su caso) del representante que obró en perjuicio del representado. Seguiremos el mismo orden para exponer estas conclusiones.

1) Normas preventivas de los conflictos de interés en la autocontratación

El modelo típico de regulación preventiva de los conflictos de interés en la autocontratación recurre a la lógica de las prohibiciones e incompatibilidades para desem-

ñar determinados cargos o funciones. Estas normas tienen como primera finalidad prevenir o impedir que en ciertos casos se autocontrate, por lo que usualmente, en los casos legislados, la violación de la prohibición implicará la nulidad absoluta del acto o contrato, particularmente en las representaciones legales de terceros ya estudiadas⁷⁸. Complementando las prohibiciones, se establece la responsabilidad civil, incluso penal, de los representantes, la agravación de responsabilidad, el establecimiento de cauciones y fianzas (tutores y curadores), entre otras medidas preventivas además de la técnica de la prohibición absoluta.

2) Sanciones de ineficacia al autocontrato ejecutado en conflicto de interés: diversas hipótesis y la regulación general

Respecto de las sanciones de ineficacia del acto celebrado con explotación del conflicto de interés por el representante a través de la figura del autocontrato, existen diversas formas en que se sanciona dicho acto. En todo caso, creemos que la conclusión es diversa según sea el interés de que se trata⁷⁹, ya que por cierto no podemos asimilar la protección que le otorga el legislador al incapaz de las que le entrega al privado que recurre a la representación convencional, como el mandante. Por ello, más que dar una regla uniforme de reacción contra el autocontrato, lo que habrá que establecer es la importancia de la reglamentación, y, en base a ella, establecer la sanción. Así se sostiene desde antiguo “las atenuaciones así aportadas al principio de libertad de contratar consigo mismo y el dominio de aplicación de éste varían, por otro parte, según la índole de la misión del representante: protección legal de los incapaces, representación convencional de los particulares, en fin, gestión de los intereses de una persona jurídica”⁸⁰.

2.1) Ineficacia por nulidad absoluta o relativa.

La alternativa de la nulidad absoluta está presente en las autocontrataciones con infracciones a normas prohibitivas (imposibilidad absoluta), como los casos de los artículos 1796 y 412 inciso 2º, entre otros.

La opción de la nulidad relativa estará presente en los casos donde es posible jurídicamente la autocontratación, pero donde la exigencia (habitualmente aprobación, autorización o formalidad) está establecida en la ley y no en el contrato que regula la relación jurídica⁸¹. Cuando la prohibición es contractual, la sanción será la inoponibilidad (cuando hay exceso de poder) como en el mandato.

Creemos, por el sistema de nulidades de nuestro Código, que no es posible establecer como criterio general la nulidad relativa en caso de autocontratación con conflicto de intereses, dado que las sanciones de nulidad no pueden ser creadas en forma analógica y sin texto que expresamente configure la sanción específica, así lo enseña acertadamente LÓPEZ, para quien estas normas deben “interpretarse en sentido estricto”⁸².

Aún cuando puede considerarse abusiva la actuación del representante que actúa en conflicto de interés, la salida no es la nulidad relativa del contrato, dicha situación

debe ser resuelta por la vía de la inoponibilidad aún cuando algunos han planteado que podría resolverse por la vía del vicio de dolo del representante en la formación del consentimiento del contrato⁸³. Sin embargo, dicha solución (sanción de ineficacia vía dolo contractual) tiene el inconveniente técnico-jurídico de que esta solución choca con los principios del dolo como vicio del consentimiento: en realidad, la institución está configurada para el cocontratante del agente provocador del engaño, y no para el mandante del agente del dolo, quien no tendría esta acción de nulidad relativa por este defecto.

2.2) Ineficacia por inoponibilidad

La ineficacia del autocontrato a través de la inoponibilidad se dará en todos aquellos casos en que la prohibición de autocontratar sea establecida convencionalmente o en aquellos en donde no exista prohibición pero se explote un conflicto de interés en perjuicio del mandante⁸⁴. Habrá, en estos casos, infracción al principio de la buena fe y del deber de lealtad⁸⁵.

3) *Indemnización de perjuicios y explotación de conflicto de interés*

En los casos citados, sin perjuicio de la sanción de ineficacia que afectará al autocontrato mismo, surge el derecho del representado para ser indemnizado de los daños y perjuicios que la actuación de su representante le haya provocado, según los regímenes de responsabilidad civil que corresponda (contractual o extracontractual).

El fundamento de la obligación de indemnización de perjuicios por explotación del conflicto de interés estará en la especial relación que vincule a las partes, por ejemplo, en el caso de los tutores o curadores, la norma clave será el artículo 544; en el caso del mandatario la norma esencial será de naturaleza contractual (particularmente aplicables serán los artículos 2129, 2154, 2160 y 2161 inciso 2°), dejando a salvo, por cierto, la persecución criminal por los delitos cometidos por el representante que desvió el poder a fines indebidos. La indemnización deberá comprender la restitución del monto pagado por la operación celebrada en conflicto de intereses, lo que supondrá indemnizar el daño emergente, el lucro cesante y en la medida que sean previsibles y propios de la relación jurídica, los daños morales causados al representado (artículo 1558).

El efecto restitutorio de la nulidad alegada del autocontrato, cuando dicha sanción sea la que corresponda, implicará restituir a las partes al estado anterior (artículo 1687), lo que supone además dejarlas indemnes, y restituir la posesión de la cosa que haya sido transferida a causa del autocontrato cuando el título (autocontrato) era traslativo de dominio (efecto de la nulidad respecto de terceros por efecto de la acción reivindicatoria, artículo 1689), pero en todo caso la posesión del representante estará amparada en un título injusto (artículo 704 N°3), igual conclusión cuando se trate de aquellos casos estudiados anteriormente donde la sanción de ineficacia sea la inoponibilidad, pero en este caso el título es injusto porque ha sido "conferido por una persona en calidad de

mandatario o representante legal de otra sin serlo", artículo 704 N°2.

4) *Remoción del representante legal y convencional*

Por último, es evidente que el representante que actuó en infracción a los deberes que le imponía la relación jurídica, como ocurre en la ejecución de un autocontrato con conflicto de interés y perjuicio directo al representado, deberá cesar en la ejecución de la representación que ostentaba⁸⁶.

c) *Los conflictos de interés y la infracción al deber de lealtad*

Un segundo punto vinculado al conflicto de intereses en las normas que informan el derecho común del Código de Bello lo encontramos en el *deber de lealtad*. Cabe desde luego adelantar que esta cuestión ha pasado generalmente desapercibida para la doctrina, pero, sin lugar a dudas, puede tener una aplicación de mayor extensión que el fenómeno de la autocontratación.

En efecto, el rol del deber de lealtad es primordial en ciertas relaciones jurídicas caracterizadas por la fidelidad, reciprocidad y confianza. La vinculación al análisis de los conflictos de interés en el Código Civil está dada porque el deber de lealtad impone una serie de deberes de conducta caracterizados por la fidelidad, deberes que se ven infringidos precisamente cuando un sujeto, aprovechándose de dicha relación de confianza, abusa realizando actuaciones en perjuicio del principal o representado, posponiendo el interés administrado por el propio del administrador (el conflicto de interés es evidente).

Dicha conducta es a todas luces desleal, implica un abuso de confianza, y por cierto vulnera el principio normativo e integrador de las relaciones contractuales de la buena fe.

c.1.) *Del deber de lealtad en general*

Tal como insinuamos, la cuestión del deber de lealtad, su contenido, alcances y fundamentos no ha sido estudiado con detención por la doctrina nacional⁸⁷. Dicho silencio no ha sido óbice para que nuestros tribunales le apliquen en materia laboral para complementar -con los deberes éticos jurídicos- la relación laboral entre empleador y trabajador^{88,89}; también en los deberes recíprocos de lealtad entre los miembros de una corporación⁹⁰, e incluso en el mandato comercial, cuando el mandatario prioriza su interés por sobre los del mandante, reteniendo indebidamente dineros de éste para seguridad de eventuales incumplimientos⁹¹, aplicando en consecuencia, el deber de no priorizar el interés propio y sacrificar el ajeno que está siendo administrado.

El deber de lealtad "se construye sobre la base de un principio básico, el de prioridad del interés del cliente, lo que implicará que los intermediarios jamás deben anteponer los intereses propios a los de sus clientes, lo que quiere decir que debe existir una clara parcialidad a favor del cliente"⁹² y de *imparcialidad* entre distintos clientes con diversos intereses que están siendo representados por el agente.

De ahí que el deber de lealtad se presente usualmente en las relaciones jurídicas en que el elemento confianza es estructural, cuestión que no sólo aparece en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha relación, sino que se proyecta en diversas materias del iter contractual. El caso emblemático es el contrato de mandato en virtud del cual se confía la gestión de uno o más negocios (artículo 2116)⁹³.

c.2) Fundamentos del deber de lealtad

Los fundamentos del deber de lealtad emanan de la confianza que se ha depositado en el agente por parte del principal, a mayor libertad y discrecionalidad del mandatario, mayor deberá ser la contrapartida de fidelidad que le debe a su mandante⁹⁴⁻⁹⁵.

La lealtad deriva del acto de confianza originario que estatuye la especial relación jurídica que se crea⁹⁶, que podrá ser la ley o el contrato, como en el mandato, en el fenómeno de la representación legal y convencional, o en los servicios profesionales de gestión de negocios ajenos, etc.

Normativamente, se incorpora supletoriamente a la relación jurídica en virtud de los deberes y obligaciones que emanan de la *buena fe objetiva contractual*, ya que en todo contrato se imponen deberes de conducta más allá de lo expresamente pactado⁹⁷, sin perjuicio de que en otros casos, directamente es la ley la que impone actuar lealmente, como en el caso del artículo 42 de la Ley de Sociedades Anónimas o de todos aquellos que administran fondos o patrimonios de terceros⁹⁸.

c.3.) Implicancias normativas contractuales del deber de lealtad

El principal efecto del deber de lealtad consiste en que obliga a actuar fielmente al mandante o principal, velar por sus intereses por sobre otros intereses. De este principal efecto se derivarán las demás consecuencias. Ser leal al representado implica informar determinados hechos que puedan perjudicarlo, pero sobre todo no priorizar otro interés que el que está siendo administrado, es decir, abstenerse de realizar actos que vayan contra el interés del principal⁹⁹, y, por cierto, no aprovecharse ni abusar de la posición para obtener un provecho personal indebido¹⁰⁰⁻¹⁰¹.

Quien infringe el deber de lealtad, vulnera los deberes que le impone la relación jurídica que le une con su principal, pero lo relevante es que abusa del *derecho-función* que le asiste. Dicho abuso es ilícito, ya que desvió el poder que ostentaba para fines no cubiertos por el derecho subjetivo mismo, de modo que no podrá ser amparado por el Derecho, deberá remediar los perjuicios provocados a su principal y restituir lo apropiado indebidamente en virtud de la desviación del poder con que ha actuado ilícitamente.

c.4) Reconocimiento normativo del principio de no priorizar otro interés

El deber de lealtad supone priorizar el interés del representado por sobre el propio, como ya lo hemos reiterado, cuestión que ha sido reconocida por la jurisprudencia en el caso ya citado acerca del mandato comercial¹⁰².

En todo caso, creemos que dicho principio derivado del deber de lealtad se encuentra diversos preceptos, pero particularmente en las normas que regulan el contrato de mandato, así, cabe citar al artículo 2146 inciso segundo, precepto que dispone que colocando el mandatario el dinero a mayor interés que el designado por el mandante, deberá abonárselo íntegramente; al artículo 2147 que le prohíbe al mandatario apropiarse lo que exceda al beneficio o minore el gravamen designado en el mandato y misma conclusión se aplica a la administración de sociedades, por efecto del mandato de sus representantes¹⁰³. En estos casos, el mandatario no puede quedarse con el exceso o provecho, porque eso implica desconocer el deber de lealtad que debe a su mandante.

Por lo tanto, el principio tiene plena vigencia en nuestro ordenamiento¹⁰⁴, lo que ha sido además recogido por la jurisprudencia nacional en el fallo citado.

c.5) La obligación de indemnizar, el deber de lealtad y otros puntos

La infracción al deber de lealtad se dará en todos aquellos casos en que se actúe deslealmente, pero particularmente cuando se priorice un interés ajeno al del mandante de donde se derivará la obligación de indemnizar los perjuicios causados a éste. En estos casos, se dirá que se infringió la obligación de fidelidad emanada de la relación jurídica, habitualmente convencional, sin perjuicio de las sanciones administrativas (a través de las agencias a cargo del mercado en que se actúa), disciplinarias (en caso de pertenencia a una asociación gremial) o penales (en caso de existir delito especial asociado a la conducta)¹⁰⁵.

Respecto del elemento subjetivo para efectos de configurar la obligación de indemnizar los perjuicios se ha señalado que bastará, en los casos de abuso del *derecho-función*, acreditar "el hecho de actuar de un modo contrario a la moral o a la buena fe" que configura "una infracción objetiva a los deberes de conducta inexcusables que una persona razonable tiene que observar en sus relaciones con los demás"¹⁰⁶.

Para que se produzca el efecto normativo indeseado (infracción al deber de lealtad) se requiere una actuación del agente (o una abstención, no haber realizado cierta acción debida, como haber impedir la conducta, etc), un abuso de la situación que ostenta (desviación del poder) y la infracción a la obligación derivada de la relación jurídica (deber de lealtad) a través de la priorización de otros intereses que los debidos (diversos de los intereses del representado o principal).

Hipótesis típicas de conflictos de interés en la administración de negocios ajenos son el fenómeno de autocontratación; de la fijación de la remuneración (y en general las modificaciones de las condiciones de su contrato, blindándose de medidas del principal); de la apropiación de oportunidades de negocios del principal, etc¹⁰⁷, y en todos estos casos, la obligación de lealtad está siendo infringida por el agente, quien deberá remediar los perjuicios provocados a su principal, según las reglas generales del régimen que gobierne la relación obligacional (legal o contractual).

IV.- Conclusiones generales: La reacción del derecho frente al conflicto de interés

A través del presente ensayo nos hemos aproximado a la forma en que el Código de Bello abordó el conflicto de interés, tanto desde la perspectiva de la autocontratación como de la existencia de algunas obligaciones (como el deber de lealtad) que se incorporan a la relación jurídica en virtud del principio de la buena fe contractual (artículo 1546) y que precisamente delimitan el conflicto de intereses en el derecho común.

La conclusión, por tanto, es que el Código tiene normas que regulan el conflicto de interés: la importancia de estas normas es capital, ya que son supletorias para todos aquellos casos en que no existan normas especiales (particularmente en las normas del derecho económico) que regulen los conflictos de interés.

El deber de la dogmática del derecho privado será avanzar en estas líneas de estudio. En este punto, se nota un considerable atraso frente a la jurisprudencia de los tribunales de justicia que cada día deberán ir aplicando los principios aludidos frente al conflicto de intereses, todo demuestra que los mercados se irán profundizando, por lo que cada vez se plantearán cuestiones de conflictos de interés.

En definitiva, siempre existirá la tentación de resolver indebidamente el dilema que hemos planteado: posponer el interés ajeno al lucro propio. Es el rol del Derecho reaccionar contra estas conductas abusivas, ya que carece de amparo quien abusa de una posición de confianza, con infracción al deber de lealtad y consecuentemente con conflicto de intereses.

No es más que el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

Notas

- 1 Saavedra Galleguillos, Francisco, *Teoría del Consentimiento*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1994, p. 481.
- 2 Jiménez B., Gonzalo, *El uso ilegal de información privilegiada en el derecho chileno*, Tesis de grado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1995, p. 7, citado por Tocornal, María de los Ángeles, *Análisis y evolución de los conflictos de interés en el mercado de valores y su perspectiva desde el Derecho Comparado*, Tesis de Grado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003, p. 28.
- 3 Sobre el punto, Barros Bourie, Enrique, *Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso del derecho*. Santiago de Chile, Revista Derecho y Humanidades, 1999, N°7, p. 11-12.
- 4 Barros, op. cit., p. 13.
- 5 En general, cabe señalar que es necesario que existan intereses contrapuestos entre las partes de un negocio jurídico, que un sujeto desee vender una cosa porque está necesitado de dinero y que otro requiera de la cosa. Lo anterior es esencial para la economía de mercado y para el dinamismo jurídico, puesto que de contrario no existiría intercambio de bienes, ni servicios, no existiría movilidad. Por ello, el gran motor del tráfico económico y jurídico es precisamente la existencia de distintos intereses de los sujetos, y de necesidades a satisfacer por éstos.
- 6 En todo caso, es posible suponer casos en que exista interacción entre ambas figuras (contratación sinalagmática y conflictos de intereses en sentido estricto), por ejemplo, en las relaciones jurídicas de confianza, como en el caso del mandato, que es un contrato bilateral en que se encomienda la gestión de un asunto a una persona de confianza, precisamente a raíz del cumplimiento de dicho contrato de mandato puede ocurrir la explotación de un conflicto de interés en donde el mandatario infrinja su deber de lealtad, posponiendo el interés de su mandante en pro de su beneficio propio.
- 7 Saavedra, op. cit., p. 481.
- 8 Por lo tanto, no puede haber conflicto de intereses, desde el fenómeno de la autocontratación, cuando el administrador de una sociedad aparece en el negocio representando a la sociedad y a sí mismo simultáneamente, pero en el mismo rol jurídico. Pero bien puede ocurrir que exista conflicto de intereses cuando se gestionen intereses de terceros y se es parcial respecto de uno de éstos, aquí el gestor es parcial respecto de un interés, perjudicando el otro.
- 9 Saavedra, op. cit., p. 481
- 10 Las normas que regulan los conflictos de interés, tienen por objeto proteger al representado, cliente o administrado, son en cierto sentido, el necesario complemento de las normas que establecen la incapacidad jurídica de los representados (piénsese en los incapaces absolutos y en los relativos), ya que no sólo se les reconoce una capacidad disminuida (o falta de voluntad jurídica en el caso de los incapaces absolutos) sino que se pretende con estas normas protegerlos de los propios sujetos que concretamente debiesen protegerlos. De otro lado, puede sostenerse con corrección que estas normas pretenden "evitar que puedan -los representados- ser víctimas del representante que pospone su interés", Alessandri, op. cit., N°23, p. 73
- 11 Tocornal, op. cit., p. 28.
- 12 Sobre este punto, la citada autora analiza diversos sistemas que pueden presentarse para resolver la cuestión que se analiza, algunos que recurren a la autorregulación, en donde los

Notas

- propios grupos deben encargarse de sus regulaciones; también es posible pensar en un sistema puro de regulación, en donde el Estado ejerce un estricto control y vigilancia en el sistema en general y, por último, un sistema mixto, donde se adopta un modelo legislativo en el cual se combine la regulación de los sujetos participantes con la normativa estatal institutiva de obligaciones fundamentalmente de divulgación informativa, y de un organismo público independiente, esencialmente contralor del mercado, Tocornal, op. cit., p. 86 y ss.
- 13 Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo VI, Cultural S.A., Habana, 1936, N°68, p. 94.
 - 14 Sin perjuicio del Derecho Administrativo que han hecho lo propio con los principios de probidad administrativa de los funcionarios públicos, incompatibilidades, delitos funcionarios, etc.
 - 15 Sobre los conflictos de intereses y la sociedad anónima, véase el texto de Lyon Puelma, Alberto, *Conflictos de intereses en las sociedades*, en Revista Chilena de Derecho, Volumen 29, N°1, pp. 47-93 (2002) y Zegers, Matías y Arteaga, Ignacio, *Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América*, en Revista Chilena de Derecho, 2004, volumen 31, N°2, pp. 239 a 268.
 - 16 Así, Tocornal, op. cit, p. 97 indica que “los artículos 151 y 154 del DL 3500 procuran impedir la práctica del *Frontrunning* en el campo de las administradoras de fondos de pensión. Estas normas pretenden impedir que las personas que conozcan los proyectos de inversión de dichas administradoras se adelanten a éstas y adquieran para sí los valores que van a ser objeto de inversión de esas entidades, para luego vendérselos a ellas a un precio superior al normal del mercado”. Por otro lado, el artículo 154 establece una serie de prohibiciones para las AFP y para las personas que participen en las decisiones de inversión del Fondo o que, en razón de su cargo, ocupación, tengan acceso a la información sobre dichas inversiones.
 - 17 El citado artículo 147 dispone que: “Las Administradoras deberán efectuar todas las gestiones que sean necesarias, para cautelar la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad en las inversiones de los Fondos que administran. En cumplimiento de sus funciones, atenderán exclusivamente al interés de los Fondos y asegurarán que todas las operaciones de adquisición y enajenación de títulos con recursos de los mismos, se realicen con dicho objetivo. /Las Administradoras responderán hasta de culpa leve por los perjuicios que causaren a los Fondos por el incumplimiento de cualquier de sus obligaciones”.
 - 18 En todo caso, la regulación en estudio está destinada a normar la situación entre los fondos y la administradora o la administradora y sus ejecutivos, pero no se pone en la situación individual entre los pensionados directamente y la propia administradora, en virtud de este especialísimo contrato de afiliación (forzoso), cuestión que creemos queda entregada al derecho común, pero con dicha norma general como telón de fondo de la relación jurídica afiliado y AFP.
 - 19 No pretendemos ser exhaustivos al momento de indicar la normativa económica que regula en sus diversas hipótesis los deberes de lealtad y los conflictos de interés, pero además de las leyes arriba indicadas, debemos citar las siguientes: a) en la Ley N°18.815, sobre fondos de inversión, los artículos 7 inciso 1° y 14 (prohibición para la Administradora de invertir los recursos del fondo en cuotas de otro fondo administrado por ésta, prohibición de efectuar transacciones con sus personas relacionadas y deudoras de la administradora); b) la Ley N°18.657, sobre fondos de inversión de capital extranjero; c) la Ley N°18.851, sobre fondos de inversión; d) el D.S. N°249, sobre fondos mutuos, artículo 10; e) el D.S. N°1019, sobre administradoras de fondos mutuos, artículos 12 a, 13 números 3 y 5, entre otras.
 - 20 Barros, op. cit., p.13
 - 21 Barros, op. cit., p.13
 - 22 Barros, op. cit., p.31
 - 23 López Santa María, Jorge, *Los Contratos*. Parte General, Santiago de Chile, 2001, Editorial Jurídica de Chile, N°37, p. 221.
 - 24 Alessandri Rodríguez, Arturo, *La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo*, Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1931, p. 22. En el mismo sentido, Saavedra, op. cit., p. 480.
 - 25 Alessandri, op. cit., N°8, p. 23.
 - 26 Alessandri, op. cit., p. 26
 - 27 Otero, op. cit., p. 141, quien agrega “La aplicación de los señalados principios, inevitablemente, nos lleva a concluir que la autocontratación, fuera de los casos en que la ley así lo establece expresamente, no puede ser aceptada cuando haya sido prohibida al representante por su representado y en aquellos casos en que ella se traduzca en perjuicios para el representado o uno de los representados, siempre que ellos sean consecuencia directa de un conflicto de intereses entre los titulares de los patrimonios involucrados”.

Notas

- 28 Alessandri, op. cit., N°23, p. 73.
- 29 Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría General de los actos o negocios jurídicos*, Tercera Edición, Colombia, Editorial Temis S.A., N°422, p. 359, sostienen que “con el mismo propósito de impugnar el autocontrato, se suele poner de manifiesto el conflicto de intereses que éste de ordinario implica y que induciría al representante a sacrificar el del representado en provecho del suyo propio, como cuando, por ejemplo, pudiendo obtener mejores condiciones con un tercero para la venta encomendada, el representante pacta consigo mismo otras condiciones inferiores, ya ciñéndose a las pretensiones mínimas del representado, o hasta induciéndolo a rebajarlas. Se dice que esta “la influencia indebida”, ha determinado a varias legislaciones, como la alemana y la suiza y al derecho inglés, a prohibir en general el autocontrato.
- 30 Ospina, op. cit., N°422, p. 359
- 31 Ospina, op. cit., N°423, p. 361.
- 32 Cfr. León Hurtado, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago de Chile, 1991, Editorial Jurídica de Chile, N°223 b), Saavedra, op. cit., p. 486 y López, op. cit., N°37, p. 225.
- 33 Saavedra, op. cit., p. 486. En todo caso, cabe señalar que estas prohibiciones no operan para el caso en que el padre o madre de familia autocontratan como mandatarios de terceros, incluso otros hijos. Sobre el punto, León, op. cit., N°225, p. 220, enseña que “pueden vender o arrendar a uno de los hijos los bienes de otro de ellos. No hay aquí ninguna prohibición, pues el padre o madre, si bien autocontratan, no son partes del acto, no actúan en su propio interés”.
- 34 Mismo efecto se produce para el caso de la permuta, por remisión normativa (artículo 1899).
- 35 Alessandri, op. cit., N°44, p. 100.
- 36 Alessandri, op. cit., N°45 p. 102. En el mismo sentido León, op. cit., N°223 b), p. 219, quien explícitamente no opta por la nulidad del autocontrato, sino que indica que deberá designarse un curador especial para impedir la oposición de intereses entre representante y representado.
- 37 López, op. cit., p. 224.
- 38 Cabe en todo caso indicar que en la sociedad conyugal el marido ya no es representante legal de la mujer en el entendido que ésta es plenamente capaz desde la modificación legal (Ley 18.802 de 9 de junio de 1989), por lo que a este respecto se han reducido las hipótesis de autocontratación.
- 39 Saavedra, op. cit., p. 487.
- 40 Alessandri, op. cit., N°55, p. 107
- 41 En el mismo sentido, Alessandri, op. cit., N°58, p. 111, quien cita fallo de la Corte Suprema, RDJ, tomo 19, Segunda Parte, Sección Primera, p. 128 y otras en nota a pié de página 112, con la excepción de las donaciones, las que siempre serán revocables.
- 42 Alessandri, op. cit., N°55, p. 108.
- 43 Dentro del régimen de sociedad conyugal, le corresponderá al marido recabar la autorización específica y expresa (artículo 1754) de la mujer para determinados actos referidos a ciertos bienes (enajenación o gravamen de bienes raíces propio de la mujer, nombramiento de partidor, partición de la herencia, arriendo de determinados bienes por ciertos períodos de tiempos). En estos casos, la falta de dicha autorización implicará la nulidad relativa del acto o contrato, pero no por la existencia de conflicto de intereses sino que por la falta de consentimiento del dueño de dichos bienes.
- 44 La mayoría de los autores se inclina por indicar que la omisión del consentimiento de la mujer está sancionada por la nulidad relativa, en este sentido ROZAS VIAL, p. 57, enseña “si el marido celebra cualquiera de los actos para los que la ley exige autorización de la mujer o del juez sin obtenerla, el acto es nulo relativamente”. En el mismo sentido, ROSSEL SAAVEDRA, *Manual de Derecho de Familia*, Séptima Edición actualizada por las profesoras Martinic y Weinstein, N°208, p. 139. Aún cuando otros autores, como Rodríguez Grez, sostiene que la sanción sería la nulidad absoluta, así indica que “la recta interpretación del artículo comentado obliga a considerarlo en función de los elementos esenciales del acto jurídico y, enfrenteado a este hecho, deberá llagarse a la conclusión de que si el marido grava o enajena un bien propio de la mujer sin su “voluntad”, estará ausente el consentimiento para gravar o enajenar y el acto por lo mismo, será jurídicamente inexistente”, en *Regímenes Patrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 134. Sin perjuicio de ello, nos atrevemos a señalar que, en estricto rigor, la sanción a dicho acto de disposición debería haber sido la inoponibilidad por inconcurrencia de la voluntad del dueño del bien (1815 del Código Civil), al igual que en el caso de la inoponibilidad de los actos ejecutados por el mandatario fuera de sus facultades; sanción que jurídicamente es más grave que la nulidad relativa desde el momento que no se sana por el transcurso del tiempo y tampoco requiere de ese requisito especial que opera como legitimante activa para demandar, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva por parte del terce-

Notas

- ro, sobre el punto, véase Reveco Urzúa, Ricardo, *Las formalidades en la teoría general del acto jurídico y su aplicación al art. 1 inciso 4° del D.L. N°3.516*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Memoria de Prueba, 2001, p. 114.
- 45 En ese sentido, véase León, op. cit., N°218, p. 216, quien enseña que “Debemos insistir en que a los guardadores les está prohibida la autocontratación, porque la ley no les permite actuar en doble carácter de parte y de representantes legales y exige otra voluntad expresa (de otros guardadores no implicados o del juez en subsidio), de modo que el guardador podrá contratar con el pupilo, pero no autocontratar... Por eso consideramos que no es efectivo lo que afirma Claro Solar en orden a que la norma es que los curadores pueden autocontratar si obtienen la autorización exigida por los artículos citados...”.
- 46 León, op. Cit., N°218, p. 215.
- 47 En todo caso, esta situación no cubre el caso del guardador que ejerce dos curatelas o del que actúa como mandatario de un tercero, casos en los cuales no procederían las sanciones arriba indicadas. Sobre el punto, León, op. Cit., N°221 y 222, p. 218 y ss.
- 48 Según Planiol, op. cit., N°71, p. 97, en el derecho francés para los representantes convencionales opera el principio por el cual “el mandatario puede celebrar por su cuenta y consigo mismo la operación jurídica que le ha sido encargada como representante; por ejemplo, un arrendamiento, de cosas o de servicios, préstamos, etc. *A fortiori* podrá adquirir directamente del mandante dueño de sus derechos o del representante de éste encargado de vender, el bien del cual solamente era administrados”.
- 49 León, op. cit. N°227, p. 220.
- 50 Ospina, op. cit., N°428, p. 363. En el mismo sentido León, op. cit. N°228, p. 221, quien agrega que “se advierte claramente que la prohibición de la ley está establecida en resguardo de los derechos del mandante, ya que el mandante podrá aprovecharse de su situación y venderle al mandante al precio máximo que éste haya fijado para la compra, o comprarle a mandante al precio mínimo que éste le haya señalado para la venta”.
- 51 La jurisprudencia ha resuelto que la existencia de un mandato general con administración de bienes implica autorizar la autocontratación, C. Temuco, 29 de Abril de 1986, J. N°38, p. 32 (considerando 5 y 6).
- 52 León, op. cit. N°228, p. 221, quien agrega que aún cuando exista conflicto de interés será válida la transacción aprobada por el mandante, sin perjuicio de otros vicios que puedan afectar al negocio, tales como lesión u otros.
- 53 En ese sentido la sentencia de la Corte de Santiago de 2 de agosto de 1989, R., t. 86, sección 2ª, p. 78, ya que el vicio mira a la calidad del mandante que inviste una de las partes, con el propósito de proteger sus intereses y en su favor, pudiendo dicho vicio sanearse por ratificación del mandante y puede ser alegado por éste y sus herederos.
- 54 León, op. cit. N°228, p. 222, quien agrega además que “Como consecuencia, sólo podrán invocarla el mandante, sus herederos o cesionarios, se podrá ratificar, no se suspende”.
- 55 RDJ, t. XCVIII, N°3, sección 1, casación en el fondo, 9 de Julio de 2001, “Herrera con Inversiones Otoñal Ltda”.
- 56 Ospina, op. cit., N°428, p. 363.
- 57 León, op. cit., N°229, p. 222.
- 58 Saavedra, op. cit., p. 488. En el mismo sentido, León, op. cit., N°229, p. 223.
- 59 Stitchkin, op. cit., N°144, p. 306, señala que el acto es inoponible al mandante, pero no indica las razones de dicha afirmación.
- 60 Saavedra, op. cit., p. 488, y Stitchkin, op. cit., N°145, p. 307 que señala “si el mandante le ha prohibido la ejecución de actos jurídicos consigo mismo y el mandatario contraviene la prohibición, excede los límites de sus facultades, no obliga al mandante y queda responsable de los perjuicios, artículos 2154 inciso primero y 2160 inciso primero”.
- 61 En el mismo sentido, entre otros, Stitchkin, op. cit., N°142, p. 301. Asimismo, Saavedra, op. cit., p. 488, indica que “no existe en nuestra legislación civil ninguna disposición general que prohíba en términos generales el autocontrato del mandatario; por lo que debe entenderse admitido; salvo que así se hubiere prohibido en el propio mandato; o, que el autocontrato se refiera a la compra por parte del mandatario de las cosas que el mandante le haya ordenado vender, o para vender de lo suyo al mandante cuando éste le haya ordenado comprar (art. 2144) o, para que se refiera a un autocontrato de un mutuo de dinero, si el mandatario actúa como mutuario (art. 2145). Sin embargo, el negocio podrá realizarse válidamente, en el caso del artículo 2144 con la aprobación expresa del mandante, y en el caso del artículo 2145, con la aprobación expresa o tácita del mandante”. A la misma conclusión ha arribado la doctrina colombiana, para quienes “la regla general es la de que el mandatario sí puede contratar consigo mismo el negocio encomendado, mientras la ley no se lo prohíba o exija aprobación del mandante, como los casos contemplados por los artículos 2170 y 2171”, véase Ospina, op. cit., N°428, p. 363. Por último, cabe señalar que Alessandri Besa, *La Nulidad*, N°987, p. 853, citado por León, op. cit., N°228, p. 222, indica que: “En la extralimitación de facultades, el mandatario carece de poder pa-

Notas

- ra representar y obligar a su mandante porque éste no le ha dado esas atribuciones. El mandatario que ejecuta un acto rebasando los límites de su mandato no infringe ninguna disposición legal; el acto es válido, pero inoponible al mandante.
- 62 León, op. cit. N°231, p. 224.
- 63 Alessandri, op. cit., N°64, p. 119, quien indica que “Si el autocontrato del mandatario puede significar un peligro para el mandante, por el conflicto de intereses que provoca, tampoco le es lícita su celebración, aunque no exista una prohibición formal al respecto. En este caso, existe, en realidad, una prohibición tácita o presunta del mandante, que consideró innecesario expresar, porque, conociendo el conflicto de intereses que necesariamente provocaría el autocontrato, no pudo admitir la posibilidad de que el mandatario, que estaba obligado a ejecutar leal y fielmente su mandato, procurando obtenerle el mayor beneficio posible, se apartara del cumplimiento de su deber para beneficiarse a sí mismo con el negocio encomendado”. Agrega asimismo que el mandatario “no puede contratar consigo mismo: 1°.- cuando el mandante se lo ha prohibido expresamente; 2° cuando el auto contrato constituya un peligro para él por el conflicto de intereses que suscita, en cuyo caso hay una prohibición tácita o presunta; y 3° cuando la ley se lo prohíbe”, op. cit. N°62, p. 118.
- 64 León, op. cit. N°231, p. 224.
- 65 Stitchkin B, David, *El mandato civil*, Santiago de Chile, 1989, Editorial Jurídica de Chile, N°142, p. 302. León, op. cit., N°228, p. 224 en nota a pie de página indica que la interpretación del artículo 2149 se refiere a otra materia, como lo es el perjuicio que pueda derivarse del negocio mismo encomendado sin considerar la intervención del mandatario, queda claro el principio de la prohibición tácita de ejecución de un autocontrato en conflicto de intereses del artículo 2134, indica “aquí aparece la voluntad tácita o presunta del mandante de que el mandatario no autocontrate si ello va en perjuicio del mandante”.
- 66 Stitchkin, op. cit. N°142, p. 302.
- 67 Una tesis similar, concluyendo en todo caso la nulidad del autocontrato, la plantea Saavedra, op. cit., p. 482, pero no fundamenta el vicio de nulidad que afectaría al autocontrato: “La relación representativa, tal como ya vimos, tiene su fundamento en la confianza y fidelidad que debe existir entre representante y representado. Por ello, cuando el gestor, utilizando su poder de representación, autocontrata colisionando los intereses de su poderdante, está utilizando su poder para una finalidad distinta de la perseguida por su poderdante y en función de unos intereses también distintos. Por tanto, el contenido del autocontrato, fuera de toda duda, no debe significarle perjuicio alguno al representado; lo que, normalmente, ocurrirá cuando existan circunstancias y límites objetivos que eliminen cualquier conflicto de interés; caso contrario, el acto es anulable”
- 68 Resulta interesante la sanción que establece el artículo 2156 del Código Civil en tanto obliga al mandante que utilizó dineros del mandante en su propia utilidad. Al efecto, la norma será que “debe al mandante los intereses corrientes de dineros que éste haya empleado en utilidad propia”, de lo que sigue que el mismo infringió una norma anterior, y por eso se encuentra en mora desde dicho momento, debiendo los intereses desde que desvió el uso de los recursos que le proporcionó el mandante.
- 69 Así también Alessandri, op. cit., N°67, p. 122, dado que el mandante es soberano al respecto y su voluntad debe acatarse.
- 70 Alessandri, op. cit., N°67, p. 122.
- 71 Saavedra, op. cit., p. 488
- 72 Así lo ha resuelto la jurisprudencia nacional. Véase la sentencia de la Corte Suprema, casación en el fondo, 9 de Julio de 2001, “Herrera con Inversiones Otoñal”, ya citada, pero la Corte incurre en el error de calificar la sanción de ineficacia como inoponibilidad en circunstancias que correspondía aplicar la nulidad relativa del autocontrato (artículo 2144).
- 73 Sobre el punto, se discute en torno a la naturaleza de los requisitos indicados en el artículo 10, es decir, se trata de requisitos de validez del autocontrato o sólo de oponibilidad a los terceros. Véase la discusión al respecto en González Castillo, Joel, *Empresas Individuales de Responsabilidad limitada*, Lexisnexis, 2003, p. 71; Concha Gutiérrez, Carlos, *La empresa individual de responsabilidad limitada*, en Revista del Abogado, N°27, Santiago, abril de 2003; y Prado Puga, Arturo, *Aspectos comerciales de las empresas individuales de responsabilidad limitada*, en Seminario Empresas Individuales de responsabilidad limitada E.I.R.L., Ley N°19.857, Santiago, abril 2003.
- 74 El contrato de comodato o préstamo de uso es un contrato real en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso.
- 75 En la historia del precepto en comento (Proyecto de 1842, tít. XXIX,) el N° 3 decía: “Cuando ha podido preservar de un accidente previsto la cosa prestada, empleando la suya, o si no pudiendo preservar más que una sola de ellas, ha preferido la suya”, lo que in-

Notas

- clusiva da a entender que el deudor se hacía responsable por culpa, sin recurrir al adjetivo “deliberadamente”.
- 76 Alessandri, op. Cit., N°94, p. 148: “La situación del comisionista por lo que hace a su facultad de celebrar actos jurídicos consigo mismo, es enteramente opuesta a la del mandatario, porque mientras la regla general al respecto de éste es que pueda contratar consigo mismo, salvo que el mandante o la ley se lo prohíban, por lo general, no puede constituirse contraparte en el contrato que se le ha encargado celebrar, a menos que el comitente le dé autorización formal al efecto”.
- 77 Alessandri, op. Cit., N°96, p. 150. Igualmente se trata el caso del corredor, como mandato comercial, la prohibición es absoluta, no puede celebrar ningún autocontrato, así lo disponen los artículo 57 y la sanción será la nulidad absoluta, véase al respecto Saavedra, op. cit., p. 489; León, op. cit., N°235, p. 226.
- 78 Barcia Lehmann, Rodrigo, *Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico*, en Temas de Responsabilidad Civil, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colecciones de Derecho Privado, Santiago de Chile, 2004, Editorial Universidad Diego Portales, p. 135, encuentra fundamentos de dos tipos para la existencia de este tipo de normas, a saber: las partes no están en condiciones *ex - ante* de acceder a toda la información de lo que pueda suceder *ex - post*; y, la necesidad de certeza que requiere el Derecho de los Contratos para desarrollar, evitando fraude a terceros.
- 79 Así, Ospina, op. cit. N°430, p. 364 enseñan que “es absoluta cuando la prohibición obedece a la defensa del orden público o de terceros, y es relativa cuando se endereza a la protección del interés privado de alguna de las partes”.
- 80 Planiol-Ripert, op. cit., N°69, p. 96.
- 81 Saavedra, op. cit., p. 485.
- 82 López Santa María, Jorge, *Los contratos*. Parte General, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 224. Concluye analizando el caso de la compraventa, artículo 1796, que “La prohibición es, en este precepto, exclusivamente aplicable a la compraventa. Por lo cual, en principio, son válidos otros autocontratos entre tales personas”.
- 83 Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo VI, Cultural S.A, Habana, 1936, N°69, p. 95, quienes agregan “que los abusos, en caso de darse, nunca quedarán impunes, ya que el representante está obligado a rendir cuentas de su gestión, siendo responsable del cumplimiento de su misión respecto al representado. Por tanto, si dio preferencia a sus intereses sobre su deber, el representado podrá anular el acto viciado de abuso o dolo, que resultará en su perjuicio, o al menos obtener la reparación pecuniaria adecuada al perjuicio sufrido”
- 84 Otero Alvarado, Gerardo, *La autocontratación o el contrato consigo mismo*. Contratos. Coordinación Enrique Barros Bourie. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 143-144, cito textual: “un nuevo problema se presenta relativo a la sanción aplicable en el caso de una autocontratación que no sea aceptable como consecuencia de los principios de buena fe y no enriquecimiento sin causa a costa ajena, a que nos hemos referido precedentemente. En estos casos, no tratándose de impedimentos legales, nos inclinamos por pensar que la sanción procedente no sería la nulidad sino la inoponibilidad para aquel que prohibió la autocontratación o para el representado que resultó perjudicado como consecuencia directa de una contraposición de intereses entre los titulares de los patrimonios involucrados. Además, la inoponibilidad aparece como la sanción más adecuada, toda vez que, por una parte, el que prohibió la autocontratación o el que resultaría perjudicado por la contraposición de intereses no se ve alcanzado por los efectos del contrato en cuestión a menos que consienta en ello, y, por otra, éste será válido, con las consecuencias que ello trae consigo”.
- 85 Cfr. Saavedra, op. cit., p. 481. En efecto, sostiene que “la autocontratación prohibida por el poderdante constituye un supuesto de abuso y no un exceso de poder, porque no es lo mismo un abuso en la representación, que un ejercicio extralimitado de la misma. En efecto, tal como ya vimos, abuso en la representación significa utilizar el poder con una finalidad y unos intereses distintos de los del poderdante; en cambio, la extralimitación supone solamente un traspaso de los límites formales del respectivo poder. El apoderado ha de actuar siempre dentro de los límites que la propio representación le impone: la tutela del representado y el ejercicio de la representación conforme a la buena fe”.
- 86 Esa es la fórmula que establece nuestro Código, así véase el caso del tutor y curador (remoción por fraude o culpa grave en el ejercicio de su cargo, artículo 539 N°2), para el padre de familia respecto del hijo sujeto a patria potestad (derecho a quitar la administración por dolo o grave negligencia habitual, artículo 257), mandatario (revocación del artículo 2165), para el albacea (remoción por culpa grave o dolo del artículo 1300), entre otros casos.
- 87 Sólo en forma residual en los textos de derecho civil, más en el derecho comercial y económico ha sido abordado pero sin profundizar el fundamento de derecho común del deber en cuestión, particularmente véase Zegers, Matías y Arteaga, Ignacio, *Interés social*,

Notas

deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América, en *Revista Chilena de Derecho*, 2004, volumen 31, N°2, pp. 239 a 268.

- 88 RDJ, t. XCVII, N°3, sec. 3°, de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 13 de Octubre de 2000, cuyo considerando 7° reproducimos a continuación: "7°.- La moderna doctrina relativa al derecho de las obligaciones viene haciendo objeto de consideración creciente el dualismo "deberes de prestación-deberes de conducta", en orden a enfatizar en qué medida la relación obligacional que emana de un contrato, el de trabajo, en la especie, además de sus posiciones activas y pasivas de crédito y débito, tiene la virtualidad de establecer o hacer exigibles ciertos comportamientos —de acción o de omisión— que se adicionan a los deberes primarios de connotación patrimonial impuestos por la ley, calificando o descalificando el cumplimiento íntegro y oportuno de éstas, deberes de conducta que tienen una connotación ética, introduciendo pautas axiológicas al contenido obligacional propiamente patrimonial del contrato. La fuerte injerencia que los principios éticos ejercen en el ámbito laboral obedece, en primer término, a la especial naturaleza que reviste la relación que surge de la celebración de un contrato de trabajo, el que origina una relación jurídico-personal, esencialmente de confianza, debido a que la relación laboral involucra a dos sujetos que han convenido, sobre bases de solidaridad y colaboración, complementar y aunar sus fuerzas para enfrentar el destino común elegido, y no a sujetos extraños o desvinculados que, por circunstancias accidentales y transitorias, se encuentran vinculados contractualmente. De otra parte, la existencia y cumplimiento de las obligaciones de contenido ético jurídico emanan de la aplicación, en el ámbito laboral, de un principio general del derecho, cual es la ejecución de buena fe de los contratos, expresamente consagrado en el artículo 1546 del Código Civil. Entre los comportamientos o deberes éticos que el contrato de trabajo impone a las partes merece especial consideración el deber de "lealtad" o de "fidelidad", que constituye un deber recíproco, en cuanto resulta exigible tanto al trabajador como al empleador, cuya forma de cumplimiento es diferente según la parte obligada de que se trate. Así, en lo que interesa, la lealtad o fidelidad obliga al empleador, en el marco de la relación de trabajo, a prestar protección y asistencia al trabajador y a suprimir todo aquello que sea apto para causarle algún perjuicio en sus intereses, especialmente en su salud...".
- 89 En un fallo de la Corte Suprema, casación en el fondo de 28 de mayo de 2002, causa Valdés con Servicios S.A.I.C., se dispuso "En el caso en examen, los jueces del mérito no ponderaron y valoraron toda la prueba que obra en el proceso —cláusula contractual que prohíbe al trabajador ejecutar negociaciones dentro del giro del negocio del empleador, y declaraciones, en causa penal, de la demandante, de su marido y de un tercero, que configuran la actuación que le estaba prohibida a aquélla de acuerdo con la mencionada cláusula contractual— vicio que influye en lo dispositivo del fallo y que faculta al tribunal superior para invalidar de oficio la sentencia recurrida, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil".
- 90 R.D.J., t. LXXXII, N°2, secc. 2°, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 22 de abril de 1985, caratulados "Rodríguez y otros con Directorio de la Federación de Rodeo de Chile.
- 91 Causa caratulada "Comercial Agropecuaria Menichetti S.A.I. con Banco del Estado de Chile", sobre Amparo Económico/Ley N° 18.971, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 26 de enero de 1995. En el considerando 8° se señala: "Que conforme a lo señalado, respecto de la Sociedad recurrente el Banco del Estado de Chile tiene la calidad de mandatario y, habiendo percibido el crédito que se obligó a garantizar, sólo le corresponde ponerlo a disposición de su mandante, sin que pueda servirle de excusa sobre el particular, eventuales incumplimientos de obligaciones de lo convenido por las partes, ya que si así fuere, debe ventilar estos asuntos en la sede jurisdiccional correspondiente. De otra manera, sería permitirle que solucionara su conflicto de intereses aprovechando la situación de preeminencia en que se encuentra en relación al deudor, ya que no resulta concebible que un mandatario mantenga en su poder dineros de su mandante indefinidamente para seguridad de una operación crediticia en que tiene interés".
- 92 Tocornal, op. Cit., p. 97.
- 93 Sobre el punto, Stitchkin, op. cit., N°26, p. 32, quien indica que el mandato es un contrato de confianza, y que de aquellas circunstancias se derivan una serie de consecuencias, como la facultad de revocación del mandato, la intransmisibilidad de las obligaciones del mandatario, la muerte como factor de término del contrato, pero llama la atención que no cite la obligación de lealtad del mandatario frente al mandante.
- 94 La importancia de la confianza dentro de la administración de las sociedades y corporaciones es un elemento clave, "generar confianza, entonces, implica otorgar certeza sobre algún acontecimiento futuro (v.gr., la eficiencia y seguridad de la empresa) y es hacer desaparecer la incertidumbre, es poder anticiparse a la misma y comportarse como si ese fu-

Notas

- turo fuera cierto y minimizando las situaciones de riesgo". Luego, la confianza tiene un valor económico, el mercado debe crear confianza, ya que facilita la gobernabilidad de la función de gestión económica, reduce gastos de recopilación de información, y quien infringe la confianza actuando deslealmente, deberá reparar los daños. Sobre el punto, véase Ghersi, Carlos Alberto, *Cuantificación económica: daños por gestión empresarial: responsabilidad de directores, administradores y representantes*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 74 y siguientes.
- 95 Mismo efecto se produce con el carácter de profesionales especialistas frente al lego, sobre el punto, véase Stiglitz, Ruben y Stiglitz Gabriel, *Responsabilidad precontractual: incumplimiento del deber de información*, Abeledo-Perrot, 1992, Buenos Aires, p. 68: "Pero lo cierto es que el carácter de especialista acrecienta el deber y agrava su responsabilidad; al ilustrado se le exigirá que tome la iniciativa y el criterio de apreciación en el punto será más severo. Y si la relación está basada en la confianza, se acentuará aún más".
- 96 Zegers, Matías y Arteaga Ignacio, op. cit., p. 263. Los autores indican que "El deber de obrar con lealtad es la contrapartida de la confianza depositada por los accionistas en la designación, y se vincula con el conjunto de facultades de las cuales ha sido investido el director para el cumplimiento del objeto social: facultades que han de ser ejercidas en el interés social".
- 97 Como enseña Barros, op. cit., p. 20, la función de la buena fe "es completar el contenido del contrato, más allá de lo expresamente pactado o previsto por la ley, con el contenido normativo que se entiende atendida la naturaleza de la obligación o lo que establece la costumbre".
- 98 Véase los casos indicados en el punto referido a la regulación económica del presente texto.
- 99 Zegers, Matías y Arteaga Ignacio, op. cit., p. 250, señalan que "esta obligación tiene también un lado pasivo (en las sociedad anónimas) que es abstenerse de realizar un acto que vaya en contra del interés de la misma (sociedad)", y luego agregan que "este deber tiene un principio expreso reconocido en el caso de los conflictos de interés".
- 100 Ib. Idem, p. 254.
- 101 Ver Tocornal, op. cit., 27, la autora señala que "podemos decir que el deber de lealtad es el deber general que tienen los administradores de abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a costa de la sociedad. El deber de lealtad se entiende desde la perspectiva particular del principio de prioridad del interés del cliente, que es tanto como decir que los intermediarios deberán abstenerse de anteponer los intereses propios a los de su cliente. Si esto no es así estamos frente a una nueva dimensión del problema: los conflictos de interés".
- 102 Causa caratulada "Comercial Agropecuaria Menichetti S.A.I. con Banco del Estado de Chile", sobre Amparo Económico/Ley N° 18.971, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 26 de enero de 1995.
- 103 Alfaro Águila-Real, Jesús, *La prohibición de autocontratar de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, p. 12.
- 104 Otros preceptos siguen la misma línea argumental, como el artículo 2125 (evitación de perjuicios aún en caso de no aceptación o excusa del encargo realizado a quienes se encargan de negocios ajenos) 2149 (abstenerse de cumplir mandato cuando es perjudicial al mandante), artículo 2150 (adoptar medidas conservativas aún en caso de imposibilidad de obrar con arreglo a las instrucciones del mandato) y artículo 2167 (renuncia del mandatario y evitación de perjuicios). Mismos casos se dan para el caso del mandato comercial (comisión), particularmente interesan los artículos 233 (contrato de confianza), artículo 251 (distracción de fondos e indemnización de perjuicios), artículo 271 (representación de intereses incompatibles y autocontratación prohibida), artículo 278 (derecho exclusivo a remuneración, jamás a cualquier provecho) y la sanción del artículo 276 (limitación de la remuneración a la mitad).
- 105 En la Ley de Sociedades Anónimas la responsabilidad por infracción al deber de lealtad deriva en la responsabilidad solidaria de los directores, artículo 41.
- 106 Barros, op. cit., N°42, p. 37, quien indica entonces que "resulta obligado a indemnizar quien daña a otro en un ejercicio abusivo de su derecho, sea que haya actuado con dolo, sea que simplemente haya incurrido en infracción de un deber de cuidado, esto es, con negligencia".
- 107 Alfaro Águila-Real, op. cit., p. 2, quien cita en esto a Clark, Corporate Law, pp. 142.

El Gobierno Corporativo, ¿en el Ecuador?

David A. Sperber

El término gobierno corporativo es análogo al gobierno de las naciones o de las ciudades, y en nuestro caso al régimen de las empresas. Es el conjunto de elementos que rodean e interactúan en la política de la sociedad mercantil, y su pleno funcionamiento con el fin de obtener las mayores utilidades corporativas a corto y largo plazo.

I. Introducción

Nadie olvidará el llamado "salvataje bancario" (1998) y el mal denominado "feriado bancario" (8-III-1999), que conllevó al congelamiento de fondos y la crisis financiera más importante del Ecuador. El feriado bancario y la hibernación de las cuentas fue la crónica de la caída anunciada del presidente Jamil Mahuad¹; cuando la moneda del "sucre", creada en 1884, pasaría al olvido por el cambio y legalización al dólar estadounidense como única moneda de curso legal². Esta crisis resaltó la quiebra, liquidación y estatización de la banca ecuatoriana incluyendo a los Bancos del Azuay, Continental, Pacífico, Popular, La Previsora, Progreso, de Préstamos, Filanbanco, Tungurahua, etc.³ Millones de cuenta ahorristas perdieron sus inversiones o pasaron a recibir "su dinero" a cuentagotas, mientras la mayoría de los banqueros-propietarios (accionistas de control) y gerentes, se dieron a la fuga y refugiándose en el extranjero. Los banqueros fueron perseguidos por la justicia y enjuiciados por delitos perseguibles de oficio, en especial bajo la figura penal del peculado⁴. Sin embargo, ningún acreedor o accionista que demandó por la vía procesal civil ordinaria, ha obtenido una sentencia favorable por quebrantamiento de los deberes fiduciarios de los administradores de la banca cerrada.

En otros países también ocurren escándalos corporativos y bancarios. Tenemos, por citar algunos, la crisis financiera asiática de 1998, y más reciente, la debacle de Enron (EE.UU.), Worldcom (EE.UU.), Marconi (UK), Royal Ahold (Holanda), ABB (Suecia), Parmalat (Italia), Volkswagen (Alemania), BBVA (España), Sibneft (Rusia), Daewoo (Corea del Sur), Koito Manufacturing Ltd. (Japón), TV Azteca (Méjico), etc. De aquí, emergió una importante crítica sobre los directores y supervisores corporativos, que tienen el papel de *gatekeepers* o fiscalizadores de las sociedades.

Es aquí donde entra el gobierno corporativo o *corporate governance*, tema principal de este trabajo. El título I presentó la introducción. El título II definirá y enmarcará al gobierno corporativo en el mundo y en nuestro país. A continuación el título III discurre sobre las más relevantes teorías de gobierno corporativo, y las teorías de gestión de las empresas. El título IV profundiza los principales dilemas del gobierno corporativo para las compañías ecuatorianas. Por último, el título V concluye y presenta las recomendaciones.

II. Concepto de Gobierno Corporativo y Códigos de Buen Gobierno

Richard EELLS fue el primero en utilizar la terminología "gobierno de la buena empresa o gobierno corporativo"⁵ (GC) para referirse al gobierno societario. Empero, no existe una definición única de ésta materia, por lo que incluimos entre las más destacadas las siguientes: Andrei SHLIFER y Robert W. VISHNY definen al gobierno corporativo, como las formas y medios a través de los cuales quienes proporcionan fondos financieros se aseguran de una retribución adecuada a sus inversiones⁶. Para Luigi ZINGALES, el gobierno corporativo es el complejo conjunto de circunstancias que configuran la negociación a posteriori de las cuasi-rentas generadas por la compañía⁷. También está expresión de GC, que alude a un movimiento de reforma de la estructura del poder decisorio en las grandes sociedades anónimas. Dicho movimiento se concreta en la propuesta de un amplio conjunto de medidas, que tiene por objeto remediar los problemas derivados de la disociación, existente en las referidas sociedades, entre *propiedad* (accionistas) y *poder* (administradores ejecutivos), para de ese modo garantizar una gestión social eficiente⁸.

El término gobierno corporativo es análogo al gobierno de las naciones o de las ciudades, y en nuestro caso al

régimen de las empresas. Definimos al GC como el conjunto de elementos que rodean e interactúan en la política de la sociedad mercantil, y su pleno funcionamiento con el fin de obtener las mayores utilidades corporativas a corto y largo plazo (beneficios presentes y futuros), donde intervienen, chocan y afectan su actividad de particular manera los socios (propietarios) y los administradores u órgano de administración (gestores), donde a su vez participan los acreedores, los trabajadores, los auditores externos, los reguladores de bolsa, los tribunales de justicia, el Estado, los clientes y el mismo mercado. El gobierno corporativo afecta, en lo principal, a sociedades bursátiles, pero su aplicación no es exclusiva o excluyente a sociedades anónimas cerradas y a compañías de responsabilidad limitada.

La normatividad jurídica que enmarca de manera cardinal el Derecho de Sociedades ecuatoriano son la Ley de Compañías (LC⁹); Ley de Mercado de Valores (LMV¹⁰); Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (LGISF¹¹); Reglamentos y resoluciones de la Superintendencia de Compañías¹²; Reglamentos y resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros; Reglamentos y resoluciones del Consejo Nacional de Valores (CNV¹³); Código de Comercio (CCom¹⁴); Código Civil (CC¹⁵); Estatuto de la Bolsa de Valores¹⁶; y, Estatuto social de cada empresa.

Desde el punto de vista metodológico, el movimiento de metamorfosis del gobierno de las sociedades, ha sido canalizado por medio de los denominados *códigos de mejores prácticas corporativas* o *códigos éticos de buen gobierno* (CGC), que han proliferado en muchos países en los últimos años, como ha sido por ejemplo en: Alemania¹⁷, Australia¹⁸, Bangladesh¹⁹, Brasil²⁰, China²¹, Colombia²², España²³, Francia²⁴, Italia²⁵, Japón²⁶, México²⁷, los Países Bajos²⁸, Perú²⁹, el Reino Unido (UK³⁰), la Unión Europea³¹, etc. Los EE.UU. aprobaron la Sarbanes-Oxley Act (2002)³², la cual modificó normas de aplicación por parte de sociedades cotizadas, y entre otras medidas, obligó la creación de un comité de auditoría (*audit committee*), un comité de elección y retribución a los directivos (*nominating committee*), y la duración, nombramiento y rotación de los auditores externos.

En el contexto de nuestra nación, el Comité Ejecutivo Nacional de Buen Gobierno Corporativo (CEN), aprobó y adoptó el 13-I-2005, el *Código de Buen Gobierno Corporativo*, con el patrocinio de la Corporación Andina de Fomento (CAF), la Bolsa de Valores de Quito (BVQ), entre otros³³; basándose en los *Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo* o *Código Andino de Gobierno Corporativo* (CAGC) presentado por la CAF en 2004. El CAGC es un código voluntario donde las empresas que se adscriben y se comprometen a aplicar unas buenas prácticas corporativas³⁴.

El Código de Buen Gobierno Corporativo Ecuatoriano (CEC) contiene las 51 medidas o recomendaciones tomadas del CAGC, el cual está basado en el *White Paper* sobre Gobierno Corporativo en América Latina (2000, 2004), elaborado por la Organización para la

Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), y otros CGC ya citados.

El CEC regula, en lo principal: 1. Los derechos y trato equitativo de los accionistas, en especial el de los accionistas minoritarios. 2. La integración y las reuniones de la Junta General de Accionistas o de Socios. 3. La composición del directorio o junta directiva. 4. La responsabilidad de los administradores, directores y altos ejecutivos. 5. La publicidad, transparencia informativa y comunicación de los hechos corporativos. 6. El control e información de los estados contables-financieros. 7. El papel de los auditores externos. 8. La función de los grupos de control. 9. La elaboración, aprobación y publicación de un informe anual de CG. 10. El uso de arbitraje como mecanismo de solución de controversias entre la sociedad y los accionistas.

El buen GC es crítico para el sector privado que está encaminado hacia al crecimiento económico y al mejoramiento del bienestar, que depende del incremento de las inversiones, eficiencia del mercado de capitales y desempeño de las compañías³⁵.

III. Teorías de Gobierno Corporativo y Teorías de Gestión de las Sociedades

1. Teorías de Gobierno Corporativo

¿Porqué algunos países tienen mercados de capital más grandes que otros? (véase el Gráfico 1). Algunas teorías intentan explicar este vital asunto. Emerge entonces la pregunta, ¿cómo los países pueden implantar un mejor sistema de GC? Antes de describir las teorías de GC, existen en el mundo dos mecanismos generalizados para la obtención del financiamiento del capital societario, mecanismos que se han desarrollado a base de propias circunstancias culturales, sociales e históricas. Estos dos mecanismos prevalecientes son: (i) la banca ("*Bank centered*" system) o, (ii) el mercado de capitales ("*Market centered*" system).

(i) Primero, el marco corporativo asiático, hispano y europeo-continental se organizó en el "control-interno" ("*insider/control-oriented*") de las sociedades mercantiles, bajo la supervisión del banco gestor versus el gobierno corporativo sajón, caracterizado por un "control-externo" ("*outsider/arm's-length*")³⁶. En el primer caso, los recursos dinerarios en países como Ecuador, Francia, Italia y Japón, el canon es la banca universal que presta todos los servicios financieros, incluyendo los fondos mutuos y prestaciones de inversión, a través de filiales o sociedades del mismo banco³⁷. Las características privativas de los países civilistas luego de la posguerra, promovió la creación de grupos de sociedades por medio de participaciones recíprocas (*cross-shareholdings*), y la necesidad de proteger la promesa del empleo de por vida de los trabajadores, conllevando al blindaje de los administradores y accionistas de control; como sucede en el *chaebol* coreano³⁸, el *keiretsu* y el *mochiai* japonés³⁹.

En consecuencia, la banca se conformó en el principal contingente de supervisión y control de las compañías, disciplinando a los directores o gerentes de las personas jurídicas (y sus grupos empresariales), por medio de la degradación de los préstamos financieros o de los escándalos corporativos. Es así que el sistema de 'bancos' denota el control concentrado de familias en grandes empresas y 'holdings' como sucede en Austria, Canadá, Italia y Alemania⁴⁰. Hoy en día, por citar el caso germano, el acceso a la información interna de una empresa la obtienen los acreedores al ser miembros con voto del consejo de supervisión (*supervisory board*)⁴¹. Aunque éste tipo de vigilancia del contingente bancario, en la práctica, ha sido efímera generando un mal desempeño de las compañías, como es el caso japonés⁴².

- (ii) Por otra parte y como segundo mecanismo, los Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU.) y el Reino Unido (UK), se construyeron bajo la fundación de un mercado de capital (*capital market or market centered economy*), donde los dispersos accionistas necesitaban mayores y mejores incentivos para protegerse -ellos mismos- de los administradores, puesto que no lo harían los bancos (ya que no controlan a sus clientes-sociedades). En los países sajones, la activa supervisión por parte de dichos accionistas dispersos se da por medio del otorgamiento de gran información al público y al mercado de valores sobre el estado de las sociedades, y la posible presión externa de los accionistas utilizando los tribunales. Como explica *Law & Finance*, los derechos de voto de un accionista (*one-share-one-vote*; o una-acción-un-voto) son desiguales entre los variados regímenes corporativos diseñados para proteger el control familiar⁴³. Por ejemplo, el FMI y el Banco Mundial recomendaron *a posteriori* a la crisis financiera Asiática (1997-1998), además de políticas macroeconómicas tradicionales (como la reducción del déficit público gubernamental), reformar la estructura del sistema de gobierno corporativo hacia el *modelo norteamericano*⁴⁴. Equivalentemente, los cambios tecnológicos y la globalización de la economía están pujando, en todo el mundo, por un modelo de capitalismo de mercado y de gobierno corporativo al estilo estadounidense⁴⁵. Sin embargo, la correcta crítica a este sistema bursátil, es el enfoque a corto plazo del crecimiento de las utilidades y dividendos trimestrales contra una política corporativa alemana y japonesa orientada al largo plazo⁴⁶.

Las tres teorías que a continuación explicaré son cardinales para el GC0, presentadas por la doctrina: (1) Mark ROE, (2) John COFFEE, y (3) Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES, Andrei SHLEIFER y Robert W. VISHNY (LLSV).

A. Teoría Política

El profesor de Harvard, Mark ROE, representa a la "teoría política" (*political theory*) de GC, para explicar porqué la tradición política-europea-continental de la "democracia social" (*social democracies*), elude la sepa-

ración entre propiedad y control en una empresa⁴⁷. Existe suficientes datos empíricos sobre el sistema de "control a través de la banca" de los mercados de capital, que viene perjudicando a las economías japonesa y alemana, al impedir el desarrollo de nuevos negocios⁴⁸. ROE argumenta que en países con democracias sociales fuertes, tales como Alemania, Francia, Italia y Suecia, la política nacional presiona a las empresas a crecer para evitar bajas en la economía nacional; y así evitar interrumpir las buenas condiciones de empleo general. Los administradores renuncian a nuevas oportunidades comerciales y los accionistas a una mayor percepción de utilidades (maximización de beneficios), para poder mantener un bajo desempleo por política nacional; esto abre el debate y el problema entre los sueldos de los trabajadores y administradores, frente a los intereses de los accionistas⁴⁹. En cambio, en los EE.UU., por su naturaleza de una política de libre mercado, incluyendo la política laboral que es apática en inmiscuirse en la administración de las corporaciones⁵⁰, pero a cambio ha implementado mecanismos que disciplinan a los administradores, y en particular una contabilidad transparente, fuertes incentivos en la remuneración de los administradores y directores, fusiones o tomas hostiles de control, y fuertes normas donde prima los intereses de los accionistas. Mientras que, los países civilistas mantienen dispositivos débiles de control; en tal ambiente, la concentración de capital se convierte en la debida reacción de defensa del capital por parte de los accionistas de control sobre los administradores. En los EE.UU. se constituyó un papel limitado al control por parte de los órganos gubernamentales a las instituciones financieras, efecto de la separación de la propiedad y control, pues dicha limitación al sistema financiero no era tan sólo el artefacto de carácter económico y político-populista, sino también el marco general de separación de poderes del sistema federal frente al sistema estatal⁵¹.

B. Teoría de las Instituciones

El profesor John COFFEE⁵² de la Universidad de Columbia, argumenta que (a) el crecimiento de las Bolas de Valores y, (b) la ampliación correlativa de la dispersión de accionistas en las sociedades, son consecuencia directa del surgimiento del sector privado. Estos inversionistas privados en gran parte son libres de una directa interferencia o ingerencia gubernamental, y no por la presencia de determinadas protecciones a los inversores o por la preexistencia de normas-reglas legales o jurídicas. Mientras que la protección legal puede ser importante, tal protección puede no ser necesaria, hasta el punto en el que las *Instituciones* autorreguladoras pueden, con facilidad, desarrollar substitutos de garantía y salvaguardia; en el caso societario, salvaguardia de los accionistas. Dicho autor, al mismo tiempo opina que, el carácter descentralizado de la *common law* facilita la aparición de Instituciones privadas, en las que se incluyen normas particulares que imponen las bolsas de valores, y los mecanismos de la vinculación de inversión con la banca. Por otro lado, los sistemas civilistas tienden a poner a éstas Instituciones de control bajo el ineficiente control del Estado.

C. Teoría del Origen Legal

LLSV declaran que el sistema jurídico anglosajón supera al sistema jurídico civil en la protección de los derechos de los accionistas minoritarios, ya que se da una aplicación más amplia de la hipótesis "*law matters*", o lo que es lo mismo, el reconocimiento de diferencias legales en diversos países -y que en muchos casos han sido transplantados de unos países a otros (porque la mayoría de leyes no son creadas desde cero)- de una de las cinco familias o tradiciones legales⁵³. Es así que aparecen diferencias sistemáticas entre los distintos países que provienen de cada familia jurídica, en especial en la naturaleza de protección legal de los accionistas minoritarios y de los acreedores, relacionados con el origen de sus leyes corporativas y bursátiles⁵⁴. En particular, los países del *common law* ostentan una mejor protección legal de los inversionistas que los países del *civil law*, particularmente los países franceses de tradición del Código Napoleónico⁵⁵. Además cabe destacar, que en el mundo corporativo se subdivide hoy, en sistemas rivales de propiedad dispersada y concentrada, con diversas estructuras de gobierno corporativo con particularidades en cada uno de ellos⁵⁶. Con ello, los países sajones proveen mejores derechos a los accionistas minoritarios, animando y generando así un mayor crecimiento del mercado de capitales, conllevando a una mayor dispersión de la propiedad accionaria⁵⁷; clara evidencia de ello ha sido *una-acción-un-voto*.

Los cuatro economistas en mención (LLSV)⁵⁸, explican que:

- (i) Un sistema concentrado de propiedad (*concentrated ownership system*) con un modesto desempeño del mercado de capitales, se caracteriza por estar controlado por un accionista de control, por un débil gobierno bursátil, altas ventajas privadas de control, y bajos estándares de apertura y transparencia del acceso de información; pero con la posibilidad de existir un papel sustitutivo de supervisión desempeñado por la banca; y,
- (ii) Un sistema disperso de propiedad (*dispersed ownership system*) se caracteriza por carecer de un único accionista de control, por poseer mercados bursátiles fuertes, estándares de accesos de información rigurosos y transparentes, donde el regulador bursátil constituye un importante mecanismo disciplinario y de control corporativo.

El estándar de protección legal parece depender de la naturaleza y de los orígenes de cada sistema legislativo de las naciones. Por lo tanto, LA PORTA *et al.* concluyen que, las diferencias en la estructura de la propiedad societaria están estrechamente correlacionadas con el impacto de las protecciones jurídicas otorgadas a los accionistas de minoría y minoritarios. Asimismo, "más del 70% de las diferencias (sistemáticas) sobre la valoración del voto de los accionistas, se explica por la calidad de la protección de los inversionistas que no controlan la sociedad, determinado por las leyes de cada país, sus derechos existentes en caso de haber una transferencia de control, y el grado de la aplicación y cumplimiento de la ley"⁵⁹.

La hipótesis que la "ley es relevante" (*law matters*)⁶⁰ postula en lo esencial, que el desarrollo económico, particularmente en economías en transición, depende de la protección y de la aplicación de los derechos de los accionistas minoritarios⁶¹. Por el contrario, Bernard BLACK estima que ésta hipótesis de la importancia de las leyes corporativas es una cuestión trivial⁶², y Frank EASTERBROOK ha observado que las diferencias de gobierno corporativo a nivel internacional son atribuibles más a las diferencias en los mercados financieros que a las diferencias en la propia legislación⁶³. Continuando con esta tendencia, catedráticos norteamericanos han reconocido que la Ley es solamente una imposición que regula el comportamiento. Otros académicos incluyen esta referencia a los mercados bursátiles, que están regulados a través de (a) mecanismos de determinación de precios y, (b) normas sociales, que gozan de aplicación debido a su poder de coerción y sanción⁶⁴. Catedráticos, como los ya referidos en las anteriores Teorías Política e Institucional (BLACK, GILSON, COFFEE, EASTERBROOK, etc.), dudan que los impedimentos o las restricciones legales puedan servir como el pilar central de una teoría sobre la pasividad de los accionistas.

2. Teorías de Gestión de las Sociedades

En una sociedad anónima abierta, como consecuencia de la disociación entre propietarios -llámense accionistas, dueños o inversores- y quienes la administran, es ya una noción bien conocida. Este fundamento inició con la legendaria advertencia de Adam SMITH en la 'Riqueza de las Naciones' (*The Wealth of Nations*) sobre los inminentes problemas que resultarían del manejo de empresas de capital por quienes no fueren sus propietarios (*diffuse stock ownership*)⁶⁵. Luego, el paradigma BERLEMEANS⁶⁶ (1932), redactado durante la profundidad de la gran depresión estadounidense (1929), reflexionó sobre los peligros y problemas surgidos por la dispersión de la propiedad entre los socios de una compañía y sus administradores. Esto es, el riesgo de que los recursos financieros invertidos -o capital social-, sean aprovechados en beneficio propio de los mandatarios o miembros del órgano social contra los intereses de los socios y acreedores. Todo ello tuvo un impacto inmediato y profundo en la legislación americana diseñada para proteger a los accionistas *difusos* o pequeños, que se verían enfrentados a los administradores. La base del paradigma BERLEMEANS sigue siendo, hasta hoy en día y en principio, la médula angular de la reglamentación bursátil en el mundo (p.e. CAC 40, DAX, FTSE, H. SENG, IBEX, NASDAQ, NIKKEI, NYSE, etc.). Empero, en la mayoría de sociedades bursátiles alrededor del globo, prevalece la presencia de un accionista de control⁶⁷ (individual o familiar); por lo que el mencionado paradigma BERLEMEANS, sobre la difusión de la propiedad, no impacta de manera equiparable en el planeta⁶⁸, a excepción de EE.UU. y UK⁶⁹.

En conjunto a todo ello, en nuestro país no tenemos la noción clara de que debe primar: ¿Los intereses de los accionistas? o ¿Los intereses de los administradores? Se-

gún HANSMANN y KRAAKMAN, alrededor del planeta los sistemas de GC están convergiendo hacia el modelo corporativo orientado en los accionistas⁷⁰, que ha sido el patrón dominante en UK y los EE.UU. desde el caso *Reylon* de 1986⁷¹. En la misma línea Roberta ROMANO, profesora de la Universidad de Yale, afirma que “los congresistas estadounidense tienden a adoptar legislación que maximizan la riqueza de los accionistas”⁷²; y parte de la actual literatura sobre la materia asume que los mercados financieros están convergiendo hacia el modelo Norteamericano de “primacía del accionista”⁷³. En el mismo sentido, el principal tribunal estadounidense en materia societaria, el Tribunal de Chancery (*Delaware Court of Chancery*), ha definido de modo afín que “los directores tienen la obligación de procurar, dentro del marco de la ley, maximizar de forma duradera los intereses de los accionistas [...]”⁷⁴. A pesar de ocasionales discusiones académicas afirmando lo contrario, la norma sobre la maximización de los beneficios de los accionistas es *norma* incuestionable en los EE.UU.⁷⁵. Sin embargo, nuestra jurisprudencia no se ha pronunciado al respecto, y esperamos que en caso de hacerlo, se inclinen por la primacía de los accionistas.

Dentro de las teorías sobre los gestores de la empresa, las principales son: A. La Teoría clásica del Mandato. B. La Teoría moderna del Órgano. C. La posición ecuatoriana.

A. La Teoría clásica del Mandato

Los cuerpos legales han enfocado el conflicto de la naturaleza jurídica de la relación que media entre los administradores y la compañía a través del mandato. Como antecedente a nuestro Código de Comercio, el “Art. 22 de la Ley francesa de 24-VII-1867, definía los administradores como mandatarios a plazo, revocables, asalariados o gratuitos, elegidos entre los socios. Pero la sentencia gala de 4-VI-1946, después de declarar que los órganos de la sociedad anónima ‘están jerarquizados’, concluye que la administración la ejerce el Directorio o Consejo elegido por la Junta, sin que ésta pueda arrogarse las prerrogativas de aquél”⁷⁶. Paralelamente, nuestro Código Civil (Art. 2020; ex Art. 2047), define al mandato como “un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”. El Código de Comercio, a su vez establece que el factor (gerente de una empresa, o establecimiento mercantil o fabril, o de un ramo de ellos) es quien administra por cuenta del dueño, y se confiere su cargo por la figura del mandato⁷⁷.

B. La Teoría del Órgano

Aunque los administradores ejerzan su cargo por designación de la Asamblea General o de la Junta Directiva (Art. 231.1 de la LC⁷⁸), ellos actúan por propia autoridad. El órgano de administración de la empresa es el receptor del deber de realizar y materializar la actividad económica que constituye el objeto social. Así como en la representación negocial voluntaria concurren dos voluntades:

la del representante y la del representado. En la representación del administrador, en cambio, existe una sola voluntad, la voluntad del órgano; que es el instrumento mediante el cual se manifiesta la voluntad de la sociedad. La representación orgánica, constituye una secuela necesaria de la organización de la persona jurídica. Más que la manifestación de un derecho ajeno, es la expresión de un derecho propio del representante, anejo al cargo que ostenta⁷⁹; porque según la teoría del órgano, los actos cometidos por los administradores en la esfera de sus atribuciones son actos de la compañía y no de las personas físicas que representan. La relación existente entre persona jurídica y órgano en general, es una relación denominada orgánica, para expresar que existe una compenetración entre persona jurídica y órgano (directorio), como la que hay entre representante y representado, cada uno de los cuales tiene su propia voluntad y libertad⁸⁰. Esta teoría del órgano, se manifiesta por la actuación de dos elementos: primero, el carácter objetivo (la norma), y segundo el subjetivo (los directores), quienes están legitimados para actuar en virtud de la norma (Ley, estatuto social), y los propios deberes fiduciarios.

C. La posición ecuatoriana

Como vimos, nuestra legislación aparenta el seguimiento de la doctrina clásica del mandato, porque define con claridad a los administradores como mandatarios amovibles⁸¹. A su vez, el Art. 255 de la LC impone a los administradores la misma responsabilidad que para los mandatarios. Empero, debe resaltarse que nuestra Ley de Sociedades, en parte, se separa de dicha teoría clásica, porque mientras que en el mandato civil y comercial el mandatario está obligado a proseguir con las instrucciones concretas del mandante (representación negocial), el poder de representar a la compañía supone una representación necesaria; puesto que en toda compañía debe existir un administrador para el cumplimiento de los objetivos sociales, tanto en la fase fundacional⁸² como en el curso de la sociedad *in bonis*⁸³, no pudiendo funcionar sin éste cargo; algo que no ocurre en el mandato civil. Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, declarando que el director-gerente no tiene relación de dependencia sino de representación de la empresa, lo que es evidente si se toma en cuenta que tratándose de una persona jurídica, su forma de actuar es, forzosamente, a través de una tercera persona (representante legal); al respecto, el tratadista Luis Claro Solar, luego de exponer la Teoría de la Representación y la Teoría del Órgano, concluye que la persona jurídica no puede existir sin la cualidad de poder ser representada judicial o extrajudicialmente, cualidad que nuestro Código incluye como esencial en la definición de persona jurídica⁸⁴.

El ligamen del administrador deriva de su condición de órgano, contrario a lo que ocurre en la sociedad de personas o comandita simple⁸⁵, donde el administrador está ligado a ella por un vínculo asociativo al ser socio de la misma⁸⁶. En la sociedad de capitales el administrador cumple una función especializada y técnica que le ha sido confiada, y por ello perciben una remuneración⁸⁷;

mientras que, en las sociedades personalistas los administradores, salvo pacto en contrario, no obtienen compensación. Paralelamente, en sociedades supercapitalizadas, la confianza personal con los gestores se disipa o desvanece, al no existir una unión de lazos personales o familiaridad con los accionistas-capitalistas, que suelen permanecer en el anonimato hasta la celebración de la Junta. Conjuntamente, el Art. 252 de la LC declara que “[...] si la representación recayere sobre un organismo social, éste actuará por medio de un presidente”; siendo aquí, cuando la diligencia del mandatario es sustituida por la actuación orgánica. Sin olvidar que algunas reglas del mandato son supletorias cuando sea necesario. De igual manera, por ejemplo en España, la teoría del mandatario-administrador se considera hoy en día superada⁸⁸.

IV. Los problemas de Gobierno Corporativo en la actual legislación ecuatoriana

En gran medida, los CGC nacen por la falta de transparencia en el manejo del patrimonio de las empresas, los débiles controles externos (auditores externos, CNV, Superintendencias, etc.) e internos (Junta General de Accionistas, comisarios, socios, etc.); en este trabajo, nos enfocaremos en los controladores internos.

Por clasificación normativa existen tres niveles de protección: (1) la Ley; (2) la Autorregulación; y, (3) Cumplir o informar:

1. **Ley.**- Este es el nivel más fuerte de cumplimiento, por cuanto la legislación ostenta carácter general (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones), y es obligatoria a todas las sociedades y sus administradores. En nuestro país podemos subdividir en leyes aplicables a las sociedades, y leyes aplicables a las compañías que negocian en Bolsa.
2. **Autorregulación.**- La autorregulación es la asunción voluntaria por parte de las empresas, por lo general las sociedades cotizadas, que reforman sus estatutos sociales para adecuar sus conductas a las normas recomendadas por las autoridades o grupos empresariales. A éste rango pertenece el CEC.
3. **Cumplir o informar (*comply or disclose*).**- En vez de que las empresas busquen evadir o esquivar algunas reglamentaciones, y se prefiera la veraz información para los inversores, cabe la posibilidad en ciertos casos de cumplir con las regulaciones bursátiles o informar al público los motivos por los que se ha preferido no seguir un determinado lineamiento⁸⁹. Ésta es una normativa intermedia entre la Ley y la autorregulación.

Debemos resaltar que dentro de los entes externos, los auditores de cuentas⁹⁰ están obligados a fiscalizar los estados financieros, puesto que las sociedades bursátiles son compelidas a contar con el informe de dichos auditores⁹¹. Los auditores externos aplican las Normas Ecuatorianas de Auditoría (NEA), pero ésta normativa no posee los estándares mínimos exigidos por las “normas in-

ternacionales de auditoría”⁹². A su vez, los dos órganos gubernamentales de vigilancia de sociedades bursátiles son: (1) la Superintendencia de Bancos y Seguros⁹³; y, (2) el Consejo Nacional de Valores⁹⁴. Si bien dichas instituciones ejecutan una buena labor, los requerimientos mínimos de información por parte de las sociedades bursátiles ecuatorianas al público aún son débiles respecto de otros países⁹⁵. Por otra parte, dentro de los entes internos tenemos a los accionistas, a la Junta General, los administradores, el directorio (organismos directivos de la compañía), y los comisarios; subsidiariamente están los acreedores sociales.

1. Los Accionistas

En la actual legislación, el marco general de derechos de los accionistas lo concede la *acción* (valor o título valor). La acción confiere a su titular legítimo la calidad de accionista y le atribuye, como mínimo, los derechos fundamentales que de ella se derivan y se establecen en la LC (Art. 178). El Art. 207.1 adjudica a su titular legítimo la condición de socio confiriéndole los derechos -más *no obligaciones*- reconocidos en la Ley y en los Estatutos⁹⁶. La única excepción *legal*, es el requerimiento de todo accionista de realizar el pago del importe de la porción del capital, que le corresponde desembolsar (Art. 218)⁹⁷. La acción como conjunto de derechos integrantes de la condición de accionista, bajo la catalogación por el contenido⁹⁸ en las sociedades bursátiles se dividen en: (1) derechos patrimoniales o económicos (Alemania: *wert, vermogen, eigennutzlicherechte*; EE.UU y UK: *patrimonial rights*), y en (2) derechos administrativos o políticos (Alemania: *herrschafts, mitterwaltungs, gemeinnutzliche rechte*; EE.UU. y UK: *political rights*).

Los derechos económicos son aquellos que, como su nombre lo indican, poseen un carácter dinerario por el propio fin de lucro de las sociedades mercantiles; aún cuando existen hoy en día determinadas excepciones. A su vez esta es una diferencia relevante frente a las sociedades personalistas, puesto que las compañías de capital constituyen -en esencia- siempre un organismo económico. Dentro de los derechos patrimoniales, los socios gozan de:

1. El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales, en caso de existirlos (Arts. 207.2 y 208).
2. El dividendo acordado en la Junta General es una deuda de dinero (Art. 209).
3. El derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación (Art. 207.2).

En cambio, los derechos políticos permiten a los accionistas su participación directa en la vida de la sociedad, en especial facultan su asistencia, intervención y sufragio en las Juntas, obtención de información de los aspectos corporativos y los libros contables-financieros, entre los más significativos. Algunos de los derechos políticos son:

1. Asistir, intervenir en las juntas generales y votar cuando sus acciones le concedan el derecho a voto (Art. 207.4).
2. Integrar los órganos de administración o de fiscalización de la compañía (Art. 207.5).

3. Tener preferencia para la suscripción de acciones (Art. 207.6).
4. Examinar los libros y documentos de la compañía relativos a la administración social (Arts. 15 y 248).
5. Denunciar irregularidades a los Comisarios (Art. 214).
6. Impugnar las resoluciones de la Junta General y demás organismos de la compañía, con el 25% del capital (Arts. 207.7 y 249).

No olvidemos que el primer fin de los inversionistas en sociedades supercapitalizadas es el reparto de dividendos y el incremento del precio de mercado de las acciones. Tanto los dividendos ordinarios y los extraordinarios son rendimientos procedentes del capital mobiliario, o retribuciones a los partícipes del capital social. El Tribunal Supremo Español estima que las acciones ordinarias confieren a su titular el derecho a percibir dividendos, que es un derecho concreto que posee cada socio sobre su cuota de beneficio repartible tras el acuerdo decidido por la Junta⁹⁹, comenzando su exigibilidad, bien a partir de ese momento o, transcurrido el plazo que la Junta de Accionistas señale al órgano de administración para poner al cobro los dividendos acordados. En el reparto de dividendos hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que se obtiene sólo desde que hay un acuerdo de la Junta General. El tránsito del derecho abstracto al concreto corresponde por votación a la Junta General, órgano soberano de formación de la voluntad general. Por citar un informe, el *McKinsey Global Investor Opinion Survey* demostró que el 15% de los inversionistas institucionales, estiman al GC más importante que los estados financieros de las empresas; y el 22% de estos inversores está dispuesto a pagar un 19% más por el valor de las acciones. Esto refleja, que los inversores sí pagan por mejoras en el GC de las compañías¹⁰⁰.

Los accionistas son los propietarios de la sociedad en mayor o en menor medida, puesto que la S.A. de capital está formada por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones (Art. 143 de la LC). Podemos clasificar a los accionistas por el poder que poseen en la compañía, que además refleja ciertos derechos para supervisar la gestión de la sociedad: a) Accionistas de control (ADC); b) Accionistas de minoría; y, c) Accionistas minoritarios.

Los primeros, los ADC o accionistas titulares de partes significativas, ostentan -en la praxis- frente a los otros accionistas, y por reconocerse el derecho de la mayoría, entre otros derechos:

- a) La facultad de nombrar y separar a los administradores y miembros del Directorio en cualquier momento (Art. 231 de la LC);
- b) Modificar los Estatutos sociales;
- c) Declarar el reparto de los beneficios o utilidades;
- d) Determinar las reservas voluntarias;
- e) Negar o bloquear peticiones de la minoría;
- f) Nombrar a los comisarios; (etc.)

Ecuador no tiene una definición de ADC, sin embargo se puede desprender del Art. 36 de la LMV¹⁰¹ y del derecho comparado un concepto de *control*. De estas normas, se entiende que existe control, cuando un individuo

o sociedad posee y ejerce la supremacía o dominio de una sociedad en alguno de los casos siguientes:

- (a) Posee la mayoría de los derechos de voto, directamente o indirectamente por acuerdos con otros accionistas; o,
- (b) Posee el poder para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del Consejo u órgano de administración.

Complementariamente, en derecho comparado, por ejemplo la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (28-I-2003), dispone en su primer artículo que existe control cuando "la actuación de una persona o de varias concertadamente para asegurarse una posición dominante sobre la oferta o demanda de un instrumento financiero con el resultado de fijación, de forma directa o indirecta, de precios de compra o de venta o de otras condiciones de transacción no equitativas". A su vez, la Sociedad Europea (SE) en su considerando decimoquinto declara que, "los derechos y las obligaciones relativos a la protección de los accionistas minoritarios y de terceros que incumben a una empresa por el hecho de ejercer un control sobre otra empresa sometida a una legislación diferente están regulados, en virtud de las normas y los principios generales del Derecho internacional privado, por el ordenamiento jurídico al que esté sometida la empresa controlada"¹⁰².

Por su parte, los denominados *accionistas de minoría* o llamados *derechos de minoría cualificada*¹⁰³, se incluyen en el tema más amplio de la tutela de la minoría en la sociedad anónima, intentando reducir y limitar el abuso de poder del ADC (que lo anglosajones denominan *fraud on minority*). La tutela de la minoría, en sentido estricto, son aquellos derechos o facultades concedidos al socio o socios que alcanzan una determinada participación en el capital o por factor numérico; o en palabras de la doctrina alemana, "derechos de minoría en sentido técnico"¹⁰⁴. Esta minoría tiene derecho, en lo principal:

- a) El derecho de información sobre lo que está ocurriendo en la sociedad (Arts. 15 y 248 de la LC; Arts. 13, 14, 17, 18, 19, 24 y ss. de la LMV), y sin que pueda ser negada por el presidente de la Junta con el 25% del capital¹⁰⁵ (Art. 248 de la LC);
- b) Denunciar a la JG fundadas sospechas por actitud negligente de los comisarios, con el 20% (Art. 284);
- c) Solicitar a la Superintendencia de Compañías que designe un perito para la comprobación de la verdad del balance y demás documentos presentados por el administrador, con por lo menos el 20% (Art. 299).
- d) Pedir la convocatoria a JG extraordinaria, cuando la solicite al menos el 25% capital social (Art. 213).
- e) Prorrogar la celebración de la Junta con el 25% del capital;
- f) Apelar las decisiones de la mayoría ante la Corte Superior, con por lo menos el 25% del capital (Arts. 249 y 250).
- g) Oponerse a transigir o renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad (ASR) o acción de responsabilidad contra los administradores, con el apoyo del 10% de los socios (Art. 272);
- h) Solicitar a la Superintendencia de Compañías que nombre al interventor, con por lo menos 10% del capital (Art. 354);

En cambio, los accionistas minoritarios (socios más dispersados) tienen en la praxis derechos muy limitados, aunque pueden asociarse o agruparse, denominado este derecho de agrupación de acciones, para llegar a conformarse en minoría e incluso convertirse en ADC. En lo más relevante, la Ley otorga a los accionistas minoritarios:

- a) El derecho de información sobre lo que está ocurriendo en la sociedad (Arts. 15 y 248 de la LC; Arts. 13, 14, 17, 18, 19, 24 y ss. de la LMV); y solicitar información y aclaraciones de las cuentas anuales y del informe de auditoría;
- b) La calidad de socio (Arts. 178 y 207.1);
- c) Negociar libremente las acciones (Art. 207.8).
- d) Participar en los beneficios sociales, debiendo observarse igualdad de tratamiento para los accionistas de la misma clase (Art. 207.2);
- e) El derecho a asistir y a votar en las Juntas Generales (Art. 207.4);
- f) El derecho a pedir la convocatoria judicial de la Junta (Art. 212);
- g) El derecho de agrupación de acciones;
- h) El derecho a hacerse representar;
- i) Integrar los órganos de administración o de fiscalización de la compañía si fueren elegidos en la forma prescrita por la ley y los estatutos (Art. 207.5);
- j) Gozar de preferencia para la suscripción de acciones en el caso de aumento de capital (Art. 207.6);
- k) El derecho a mantener su participación en la sociedad en caso de transformación o fusión (Art. 334);
- l) En caso de oponerse o estar disconformes con transformación, fusión o escisión, tienen derecho de separarse de la compañía (Art. 332);
- m) El derecho a pedir la convocatoria de la Junta General, cuando se estime que existe causa legítima de disolución de la sociedad (Art. 359);
- n) El derecho de separación en los supuestos de sustitución del objeto, de transformación de sociedad anónima en sociedad colectiva o comanditaria, y de transferencia del domicilio social al extranjero (Art. 332 y ss).
- o) Participar en la distribución del acervo social, en caso de liquidación de la compañía (Art. 207.3);
- p) Impugnar las resoluciones de la junta general y demás organismos de la compañía en los casos y en la forma establecida en los Arts. 215 y, no podrá ejercer este derecho el accionista que estuviere en mora en el pago de sus aportes (Art. 207.7).

De la enumeración descrita, aparentan ser muchos los derechos de los accionistas minoritarios; aunque, en lo principal, existen dos problemas. Primero, el legislador no ha regulado los medios para controlar los posibles abusos por parte de los accionistas de minoría. Así, junto al peligro de abuso de la mayoría, que suele preocupar a la doctrina, es posible plantearse el riesgo del abuso de la minoría; probablemente ello se deba a la muy escasa utilización de estos derechos, sobre todo en las grandes sociedades abiertas donde su ejercicio resulta extremadamente difícil¹⁰⁶. Segundo, la dificultad que existe para ejercer en realidad todos los derechos de accionistas. Se desprende que la intención de algunos de derechos de minoría, es multiplicar los supuestos de posibles conflictos

entre la mayoría y la minoría, para lograr una superior *judicialización* de la vida social-empresarial, aunque en nuestro sistema normativo sigue siendo *efímera* ésta *judicialización* para el caso de sociedades bursátiles, por los fuertes impedimentos para poder demandar a los administradores, y no hablemos si quiera de los ADC. Como veremos, el impedimento más grande es la carencia de adecuados mecanismos disponibles a los accionistas minoritarios para supervisar la gestión de los administradores, directores y comisarios.

Los administradores no se encuentran inmunes por los actos y omisiones que en el ejercicio de su cargo hayan cometido o dejado de cometer (Art. 255). Para ello, la normativa establece un procedimiento especial, por el cual, la sociedad puede demandar a sus directivos, gerentes y consejeros. Ésta acción, en Ecuador, está determinada en el Art. 215 de la LC y conceptualizada como Acción Social de Responsabilidad (ASR). En otros países existe el mismo proceso, como por ejemplo: Albania, Argentina, Australia, Austria, Hong-Kong, Vietnam¹⁰⁷, etc.

El Art. 264 impone la responsabilidad de los administradores en el ámbito general de "triple requisito clásico de la teoría civil de la responsabilidad por daño, entre los cuales se integra el de la *culpa*"¹⁰⁸. La responsabilidad por *culpa* está sujeta a la teoría general del ilícito civil, y sin excepción de ningún tipo respecto del grado de culpabilidad exigible¹⁰⁹. En nuestro ordenamiento mercantil, la temática sobre el problema de la responsabilidad de los administradores de las sociedades, ha venido manteniendo una postura benevolente, consistente en no imputarles responsabilidad por toda posible falta de diligencia, sino exclusivamente por *culpa lata* o *levis in abstracto* (dolo o negligencia grave). Hoy se aplica la exigencia para los administradores de la sociedad anónima un nivel de diligencia más elevado y específico que el del *bonus paterfamilias*, o negligencia ordinaria. En el sistema civilista comparado, algunos tratadistas como Eduardo POLO, en la actualidad subrayan que una vez suprimida la exigencia de la negligencia grave para la imputación de responsabilidad a los administradores que ahora responderá por las llamadas *faltas de gestión*. De la propia dicción del Art. 133 de la Ley de Sociedades Anónima española (LSA), la diligencia exigible al administrador de un ordenado empresario y representante leal se refiere a una diligencia específica (no a una diligencia ordinaria) con la que se debe desempeñar el cargo de administrador. La LSA no requiere ningún tipo de capacitación o entrenamiento para ser administrador (cargo de gestión) o empresario, aunque su *profesionalidad* debe ser entendida asimismo como *competencia profesional*, que ha de exigirse indudablemente en función de la capacitación técnica y profesional de los administradores o del consejo en su conjunto, se encuentra implícita en la apelación al ordenado empresario como criterio para medir la diligencia exigible al administrador, aplicable al mismo nivel de atención, prudencia, dedicación y competencia que se predicen del empresario ordenado; cualidades precisas pretendidas para aquellos que se dedican al mismo género de comercio que la sociedad¹¹⁰. Los administradores responderán no sólo por el daño derivado en relación de

causa a efecto de un comportamiento malicioso, abusivo o gravemente negligente¹¹. Aunque es necesario demostrar que la exigencia para la efectividad de la responsabilidad extracontractual o *aquiliانا*, requiere de los siguientes elementos: a) una acción u omisión ilícitas, con la consiguiente situación de culpabilidad; b) la producción de un daño o daño efectivo; y, c) un nexo causal entre la acción u omisión culpable y el daño producido o la existencia de causalidad suficiente¹².

Sólo la Junta puede remover a los administradores y más miembros de los organismos de administración, aún cuando el asunto no figure en el orden del día (Arts. 234 y 270). Queda claro, que es la Junta General es la única que puede destituir a los administradores-directores y en cualquier momento por mayoría simple (siempre que los estatutos no impongan un porcentaje superior).

Las dificultades más grandes en nuestro sistema para aplicar la ASR son:

- a) Poseer o representar al menos 25% del capital pagado (Art. 215): que en sociedades supercapitalizadas es elevada en exceso, y apenas suelen mantener éste porcentaje los bloques de control. En cambio en otros países, y por citar el caso francés¹³ en el cual existe proporcionalidad entre el valor de la sociedad y el porcentaje mínimo requerido para iniciar una ASR, hasta mantener un mínimo un 1% del capital social. Incluso, lo más aconsejable sería iniciar la ASR contra los administradores o los accionistas, con una (1) sola acción, como acontece en Australia, Barbados, EE.UU., entre otros.
- b) Depósito de acciones: significa que no puede el demandante transferirlas o enajenarlas hasta la culminación del proceso, lo cual provoca que un socio quede congelado (*freeze-in*) con las acciones-valores empresa, hasta que la Corte resuelva la contienda legal materia del juicio.
- c) Carga de la prueba del actor: el demandante tiene la carga probatoria sobre lo alegado¹⁴, o lo que es lo mismo, la carga de la prueba a cargo del accionista-actor bajo la locución *iudex iudicet secundum allegata et probata partium*¹⁵.
- d) El ADC puede transigir la responsabilidad de los administradores: esto puede ocurrir antes de la aprobación de su responsabilidad en la Junta General, como después de haber sido aprobada en ella (Art. 272¹⁶); en el segundo caso, condicionando la oposición de al menos el 10% de los socios. Además, el ADC en ningún momento está limitado de ejercer el voto en la Asamblea General, aún cuando mantenga un conflicto de interés entre el gestor y la sociedad. Juntamente, el Art. 265.3 expone que la responsabilidad de los administradores frente a la compañía quedará extinguida por aprobación de la gestión, o por renuncia expresa a la acción, o por transacción acordada por la Junta.
- e) Aún si la minoría prevalece en la ASR y el administrador es removido de su cargo (Art. 272), nada imposibilita a que el ADC de volver a nombrar al mismo administrador.
- f) Inclusive, la responsabilidad de los administradores frente a la compañía quedará extinguida cuando ellos hagan constar su inconformidad a los comisarios, en el plazo de 10 días, si estuviesen exentos de culpa (Art. 264).
- g) No son testigos idóneos los socios entre si por falta de imparcialidad: “insólito” pero cierto, “el socio por su coasociado o por la sociedad” (Art. 216.11; ex Art. 220.11 del CPC); menguando en muchos casos la declaración y participación de los otros socios contra el ADC o contra el socio-administrador. Se podría hablar, en sentido estricto, que esta norma se restringe sólo a las sociedades en comandita y compañía limitada, al referirse al “socio” y no al “accionista” que aplica a las sociedades anónimas, pero en no hay jurisprudencia que ratifique esta tesis; y la “sociedad” se emplea a todas las empresas descritas en la LC.
- h) No puede el accionista apelar de las resoluciones que establezcan la responsabilidad de los administradores o comisarios en una ASR (Art. 249): sólo pueden recurrir de la sentencia los propios demandados, generando indefensión a los accionistas minoritarios y a la propia sociedad, al impedirseles apelar la decisión del primer Tribunal. El Art. 250 declara que “de la sentencia de la Corte Superior podrá interponerse el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia”; pero en ningún momento está claro si la presentación del recurso extraordinario lo puede interponer sólo el administrador-demandado, o si también lo puede hacer el demandante. Siguiendo el Art. 216 para la impugnación de los acuerdos sociales, expone que “de la sentencia pronunciada por la Corte Superior podrá interponerse el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia”; por analogía, también se aplica este supuesto para la ASR.
- i) Las acciones concedidas en se sustanciará en juicio verbal sumario (Arts. 216 y 249).
- j) Al menos en el Ecuador, la transferencia de acciones no son bloqueadas antes de la Asamblea, o es indispensable su deposito varios días antes de su celebración.

Similarmente, los actos de la sociedad, ya sean de la Junta General o del directorio, pueden ser objetados por los accionistas. La *impugnación* de los acuerdos sociales permite a cualquier accionista una fiscalización jurisdiccional de las decisiones tomadas por los órganos sociales, que han tomado sus decisiones por mayoría, para poder así formar la voluntad social. La voluntad social se impone a todos los accionistas, pero sólo si la Junta ha actuado dentro de sus competencias y respetando los límites impuestos por la Ley, los estatutos y el interés social; si los acuerdos no respetan cualquiera de estos límites, el accionista podrá impugnar los actos sociales¹⁷. El Art. 215 requiere para poder gozar de legitimación activa, representar por lo menos 25% del capital social, y se ejercerá este derecho de igual modo que la ASR dispuesta en el Art. 249.

Los problemas para aplicar la impugnación de los actos sociales, en relación con los ya descritos en la ASR, son:

- a) Poseer o representar al menos 25% del capital pagado (Arts. 215 y 249): se exige este elevado porcentaje. En otros países, España por ejemplo, requiere que los socios posean tan solo 1 acción¹⁸.

- b) Depósito de acciones; Carga de la prueba del actor; El ADC puede transigir la responsabilidad de los administradores; No son testigos idóneos por falta de imparcialidad; No puede el accionista apelar de las resoluciones que establezcan la responsabilidad de los administradores o comisarios; Este proceso se sustanciará en juicio verbal sumario; *vid supra*.
- c) Para la impugnación es requisito presentar la demanda dentro del plazo (no término) de 30 días, a partir de la fecha del acuerdo o resolución; tiempo que es a nuestro parecer corto.

En nuestro país, los accionistas careen de dos procesos esenciales para proteger a la sociedad y sus propios derechos: estos son el "proceso derivado" o *derivative suit*, y la "acción de clase o de grupo" o *class action suit*¹¹⁹. El primero, el *derivative suit*¹²⁰ busca que el accionista demande en nombre de la compañía por daños causados a ésta, ya que defiende sus propios intereses de manera indirecta; y para iniciar esta acción, no se requiere aprobación de la Junta de Socios. Este mecanismo permite que cualquier socio demande a los administradores por dolo o negligencia en su gestión, procurando mayor beneficio general de la empresa. El segundo, en el *class action*¹²¹ para los asuntos mercantiles y societarios, un solo demandante estaría facultado para representar a todos los accionistas (minoritarios) que pueden verse perjudicados por una misma causa o motivo. En Ecuador, sólo cabe la acumulación de acciones o acumulación de procesos, pero implica que cada accionista perjudicado se presente como co-peticionario (Art. 71; ex Art. 75 del CPC).

Por todo lo expresado, es inminente la posibilidad que los accionistas supervisen la administración de las sociedades, a través de la judicialización de las decisiones corporativas. Recordando que en última medida, el poder judicial tiene la competencia de examinar y resolver sobre las resoluciones y decisiones de los dos órganos gubernamentales, la Superintendencia de Compañías y el CNV¹²², a más de la Junta General (Art. 249).

2. La Junta General

La Junta General de Accionistas o Asamblea General de Socios es el máximo órgano de la compañía, cuando es legalmente convocada (Art. 230), y ellas pueden ser ordinarias, extraordinarias o universales (Art. 233 y ss.). La Asamblea General tiene la facultad y poderes para resolver, por mayoría, todos los asuntos relativos a los negocios sociales, y para tomar las decisiones que juzgue convenientes en defensa de la empresa¹²³.

Nuestra legislación no está adecuada para limitar el voto de los bloques de control, en los supuestos de conflicto de intereses entre la sociedad y dichos accionistas de control (ADC)¹²⁴; otros países como España¹²⁵, Egipto¹²⁶, Finlandia¹²⁷ y Japón¹²⁸ siguen el mismo sistema. En cambio, disímil es lo que ocurre por ejemplo en Singapur¹²⁹, donde los accionistas minoritarios y los ADC están impedidos de votar cuando tengan ellos una posible disyuntiva con la sociedad. En EE.UU., en cambio, cuando exista conflicto de intereses por un acuerdo votado en JG o entre partes relacionadas, está obligado el ADC be-

neficiado, de probar él, que el acuerdo fue ejecutado en el mejor interés de la corporación¹³⁰. En Nueva Zelanda es requisito el informe de un perito independiente anterior a la aprobación bajo estos supuestos¹³¹. Y en UK, el ADC no debe ejercer sus derechos de voto de manera que discrimine a la minoría para expropiarles sus derechos de propiedad¹³².

Otro elemento interesante en nuestro Derecho, es la falta del voto a distancia¹³³ o *proxy voting*, en el cual los accionistas que no acuden en persona a la Junta General, pueden ejercer su derecho de voto por diferentes medios, como son p.e. el correo postal, el fax o el correo electrónico. Incluso, debe prohibirse que los votos en blanco o las delegaciones de voto en blanco, a favor de miembros del Directorio o de las fondos de inversión.

3. Los Administradores

Aunque la Junta General es el órgano supremo de la empresa, la gran parte de las decisiones es delegada al Directorio y a los administradores, por el inconveniente que significaría el tener convocado a todos los accionistas para cada decisión a resolverse por ella. Por eso, es preciso que la administración de una corporación esté encomendada a una o un pequeño grupo de personas. De ahí tenemos a dos órganos de distinta jerarquía, la Junta y los administradores, que actúan por separado. En nuestro país no es obligatoria la existencia de un Directorio para las sociedades abiertas, por lo que su creación y funcionamiento está especificada en los Estatutos. Lo que la LC exige, es que en el contrato social aparezca con claridad quién o quiénes tienen la representación judicial y extrajudicial, y si la representación recayere sobre un organismo social, éste actuará por medio de un presidente (Art. 252). Los directores o consejeros están sujetos a los mismos deberes y obligaciones que cualquier administrador. Para garantizar la correcta actuación de los consejeros y los administradores, la normativa establece que ellos son responsables de sus actos u omisiones en el ejercicio de sus funciones.

Los administradores (gerente, gerente general, presidente, etc.) y los directores miembros del consejo de administración¹³⁴ tienen dos deberes esenciales. Estos son el deber de diligencia y el deber de lealtad, interpretados por la jurisprudencia comparada como la conducta de un *ordenado comerciante-empresario* y de un *representante leal*¹³⁵. Estos dos deberes son los deberes fiduciarios, que afectan de manera directa en la actividad y en el comportamiento de los administradores. Correspondientemente, la *especialización funcional* consiste en atribuir la función de administrar en sentido amplio la empresa a cualquier persona, ya sea física o jurídica, con independencia de que ostente simultáneamente o no la condición de accionista; no existiendo una clara delimitación de competencias entre la Junta General y los administradores¹³⁶. En resumen, los deberes fiduciarios son los vínculos de confianza derivados de la clásica doctrina de la *fiduciary duty* que impone a los gestores una actuación directa frente a los socios de buena fe y sin fraude¹³⁷.

El ordenado empresario busca el buen desempeño y la carencia de negligencia en la actividad de los administradores, y un representante leal es la protección de posibles conflictos de intereses entre la sociedad y sus encargados; siendo estos deberes el paradigma y correlato del buen padre de familia¹³⁸. Este deber de ordenado empresario, que nuestra Ley de Compañías habla de una “gestión con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente” (Art. 262), permite una elástica aplicación a las exigencias específicas de la actividad desarrollada por cada sociedad singularmente considerada, donde los administradores no pueden ejecutar operaciones ajenas al objeto social; ya que hacerlo significa violación de las obligaciones de administración y del mandato que tuvieren (Art. 261).

En cambio, el deber del representante leal advierte una medida de competencia profesional presunta que exige la observación y cuidado primordial de los intereses del administrador, aunque no está expresado en nuestra LC. Por ejemplo, el reformado Art. 127 *ter* de la LSA española define el deber de lealtad como:

1. Los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas. [...]
2. Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador.
3. Los administradores deberán comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener, con el interés de la sociedad. En caso de conflicto, el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera. En todo caso, las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los administradores de la sociedad serán objeto de información en el informe anual de gobierno corporativo.
4. Los administradores deberán comunicar la participación que tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, así como los cargos o las funciones que en ella ejerzan, así como la realización por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social. Dicha información se incluirá en la memoria.

Apenas el Art. 135 del CCom, “prohíbe a los factores y dependientes traficar por su cuenta y tomar interés, en nombre propio o ajeno, en negociaciones del mismo género que las del establecimiento en que sirven, a menos que fueren expresamente autorizados para ello. En caso de contravención se aplicarán al principal las utilidades

que produzcan las negociaciones, quedando las pérdidas por cuenta de aquellos”. Empero, es una interpretación extensiva de la Ley mercantil, y más importante aún, no tenemos jurisprudencia que recalque en nuestro ordenamiento jurídico ésta posibilidad. Por ello, entendemos que en realidad no existe en nuestra legislación de un verdadero deber de lealtad.

A su vez, los administradores están prohibidos de negociar o contratar por cuenta propia, directa o indirectamente, con la compañía que administren (Art. 261), y conforme al Art. 243, los “miembros de los organismos administrativos y de fiscalización y los administradores no pueden votar: 1. En la aprobación de los balances; 2. En las deliberaciones respecto a su responsabilidad; y, 3. En las operaciones en las que tengan intereses opuestos a los de la compañía”. Aunque, “en caso de contravenirse a esta disposición, la resolución será nula [sólo] cuando sin el voto de los funcionarios precitados no se habría logrado la mayoría requerida”.

4. Los Comisarios

Los comisarios, socios o no, nombrados por la Junta General o en el contrato de constitución de la compañía (Art. 274). Ellos gozan del derecho ilimitado de inspección y vigilancia sobre todas las operaciones sociales, sin dependencia de la administración y en interés de la compañía. Además, los comisarios serán temporales y amovibles. Los primordiales y deberes de los comisarios son:

1. Emitir un informe anual de su gestión (Art. 15).
2. Tienen el deber de acudir a las Juntas Generales, aunque su inasistencia no será causal de diferimiento de la reunión (Art. 242).
3. Disfrutan de la facultad de convocar a Junta General (extraordinaria) con el carácter de urgente, y su reunión no podrá ser diferida (Arts. 236 y 248).
4. Deben convocar a la Junta General a cuando falte el administrador, y el estatuto no prevea la forma de sustituirle (Art. 266).
5. No pueden representar a otros accionistas (Art. 211).
6. Deben recibir la memoria razonada acerca de la situación de la compañía por parte de los administradores (Art. 263.4).
7. Están obligados a informar oportunamente a la Superintendencia de Compañías sobre las observaciones que formulare y les fueren notificadas (Art. 288).

Positivo es que los comisarios no puedan delegar el ejercicio de su cargo; y, que tampoco puedan representar a los accionistas en la Junta General (Art. 280.2 y 280.3). Aunque el Art. 280.1 prohíbe a los comisarios a “formar parte de los órganos de administración de la compañía”; lo que en de verdad debería decir es que tienen prohibida la votación en las resoluciones, mas no su asistencia. Los comisarios en la actual legislación padecen de cuatro problemas esenciales:

- a) Los comisarios no asisten a las reuniones de Directorio; y en la *praxis*, no están en realidad al tanto de todo lo que ocurre en la empresa.

- b) Los términos de inhabilidad e independencia para ser comisario, respecto de los miembros del Directorio son limitados (Art. 275).
- c) Falta de independencia con los ADC, a menos de que estos sean su cónyuge o familiares (Art. 275.3).
- d) Los accionistas minoritarios no pueden nombrar a uno de los comisarios.

Por otra parte, los comisarios podrían ser el contrapeso de los administradores e incluso de los ADC; parecido a lo que ocurre con la comisión o comité de auditoría estadounidense (*audit committee*)¹³⁹, donde éste comité elige, evalúa, nombra y reemplaza a los auditores externos, y fiscaliza la labor del Directorio. Indispensable a su vez que todos sus miembros son independientes de la administración. De igual manera, la medida 40 del CAGC estima que debe conformarse comisiones para ejercer ciertas funciones, siendo las más frecuentes la Comisión de Auditoría y la Comisión de Nombramientos y Remuneraciones y, en función de las características del negocio; y estas comisiones estén conformadas por miembros externos¹⁴⁰. No obstante en la actualidad, las compañías pueden designar para su fiscalización y control consejos de vigilancia o de inspección, en cuyo caso se extenderán a éstos las disposiciones que establecen los derechos, obligaciones y responsabilidades de los comisarios (Art. 287). Incluso, los comisarios podrían tener la labor de recomendar la elección y retribución a los directivos (*nominating committee*)¹⁴¹.

5. Los Acreedores

Los acreedores de una empresa pueden demandar a los administradores por los daños y perjuicios causados por dolo, abuso de facultades, negligencia grave o incumplimiento de la ley o del contrato social, y también responderán frente a los acreedores de la compañía y a los socios de ésta, cuando hubieren lesionado directamente los intereses de cualquiera de ellos (Art. 128). Igualmente, los accionistas responderán ante los acreedores en la medida en que hubieren percibido pagos de la misma con infracción de las disposiciones de la LC; aunque no será aplicable cuando de buena fe hubieren percibido los socios cantidades como participación de beneficios (Art. 220). Asimismo, las resoluciones de la Asamblea serán nulas cuando ella dicte disposiciones que violaren la protección de los acreedores (Arts. 221 y 247.5). Estas normas parecen defender de forma adecuada los intereses de los acreedores, pero debemos resaltar que los acreedores no pueden convocar una Junta General, ni siquiera para la aprobación del balance anual. Exclusivamente, "los accionistas que representen por lo menos el 25% del capital social podrán pedir, por escrito, en cualquier tiempo, al administrador o a los organismos directivos de la compañía, la convocatoria a una Junta para tratar de los asuntos que indiquen en su petición; y si el administrador o el organismo directivo rehusare hacer la convocatoria o no la hicieren dentro del plazo de 15 días, contados desde el recibo de la petición, podrán recurrir al Superintendente de Compañías, solicitando dicha convocatoria" (Art. 213; vid. Art. 119). En otras legislaciones, los accionistas pue-

den convocara a una Junta de Accionistas con un porcentaje mínimo de acciones¹⁴², e incluso demandar subsidiariamente a los administradores¹⁴³.

VI. Conclusiones y Recomendaciones

1. Conclusiones

El actual Código Ecuatoriano de Buen Gobierno Corporativo (CEC) presenta 51 recomendaciones de buen gobierno corporativo. Es un primer paso positivo, aunque las recomendaciones son meramente simples invitaciones o "música celestial", al carecer de un carácter vinculativo y obligatorio para los empresarios, directores y accionistas de control. Dichas recomendaciones sólo se convierten en mandato para aquellas compañías que las implementen en sus estatutos sociales; pero aún ésta protección es muy débil, puesto que nada impide a que el accionista de control o una simple mayoría de socios reforme los estatutos a su conveniencia cuando lo estime conveniente a su gusto o arbitrio, para no cumplir las disposiciones estatutarias. Incluso en nuestro país, donde la violación de las normas estatutarias no es sancionada, ya que con los actuales medios disponibles a los accionistas de minoría, es imperioso gozar de legitimidad activa para demandar a la sociedad; no hablemos si quiera de demandar a los bloques de control.

La falta de adecuados controles corporativos disponibles a los accionistas minoritarios genera grave indefensión de sus legítimos intereses. Inclusive, los accionistas son acreedores de última (sexta) categoría¹⁴⁴.

En materia de mercado de valores, nuestro país todavía está "en pañales" frente a otros países latinoamericanos, no hablar siquiera de mercados más desarrollados. Una adecuada regulación normativa de la legislación societaria y de mercado de valores, encaminada a la protección de los accionistas minoritarios, en resumen, un mejor gobierno corporativo, sí otorga mayores incentivos para ampliar y desarrollar el mercado de capitales.

2. Recomendaciones

Respecto de los Accionistas

- Los accionistas minoritarios deben poseer el derecho de elegir al menos a uno de los comisarios, y a un miembro del órgano de administración.
- Todos los derechos de los accionistas de minoría deben ser accesibles a todos los accionistas minoritarios; es decir, que los porcentajes mínimos para ejercer algunos derechos de minoría deben ser eliminados, en especial, el de la impugnación de los actos sociales y de la ASR.
- Al requerirse una sola acción para entablar la ASR o impugnación, se eliminaría el elevado depósito de valores, y así evitar el *freeze-in* de los socios peticionarios.
- Los administradores deben tener la carga de la prueba por sus posibles faltas de gestión.

- La transacción de la responsabilidad de los administradores por la Junta General debe requerir de aprobación judicial, donde el juez debe verificar que el acuerdo se otorga en el mejor beneficio de la compañía. A su vez, el ADC o cualquier accionista no podrá votar si tiene algún conflicto de interés con el gestor y la empresa.
- Tiene que eliminarse que los únicos que pueden apelar y casar la sentencia, que impone la responsabilidad de los gestores, sean los propios administradores (Art. 249).
- Del mismo modo, debe descartarse el Art. 264 de la LC, que extingue la responsabilidad de los administradores cuando ellos hagan constar su inconformidad de una decisión a los comisarios; y, el Art. 216.11 del CPC que declara que no son testigos idóneos por falta de imparcialidad, "el socio por su coasociado o por la sociedad".
- Debe crearse un mecanismo que habilite el *derivative suit*.
- Debe permitirse la acción de clase o de grupo (*class action suit*), para casos societarios.

Respecto de la Junta General

- Prohibir el voto de los accionistas, por sí o por interpuesta persona, cuando tengan conflictos de intereses directos o indirectos.
- En caso de haber existido el voto de los accionistas en disyuntiva, la resolución es nula si perjudica a la sociedad o a los demás accionistas; y la carga de la prueba se invierte, donde el accionista con posible conflicto debe probar que fue tomada y ejecutada en el mejor interés de la compañía.
- Permitir el voto a distancia, como es el sufragio por medios telemáticos.
- La creación de un reglamento claro de la Junta General.

Respecto de los Administradores

- En sociedades supercapitalizadas, por Ley debería existir un Directorio u órgano semejante.
- El Directorio de una sociedad supercapitalizada debe estar conformado por al menos 3 miembros y con un máximo de 11; con sus correspondientes suplentes. La mitad más uno deben ser directores independientes y externos.
- Los accionistas de minoría deben tener la facultad de nombrar al menos un Director; y sólo ellos o el juez competente pueden revocar su cargo.
- El gerente general (CEO) no debe ser parte del Directorio, pero debe participar en él siempre que lo exija el órgano de administración.
- El Director que disienta de una decisión "importante", o que una resolución pueda causar un daño grave e irreparable a la sociedad, debería tener él el deber de recu-

rrir ante la justicia ordinaria para impedir la consecución de la decisión de la mayoría, ya sea del Directorio o de la Junta.

- Divulgación obligatoria de las actas y resoluciones de Directorio.
- Tiene que definirse con claridad un deber de lealtad.
- Debe prohibirse a los administradores asistir, participar o influir a los demás administradores o socios en las reuniones para decidir sobre operaciones o acuerdos cuando tengan conflicto de intereses.
- Los administradores son responsables de los daños y perjuicios por violación de sus deberes fiduciarios.
- Tiene que limitarse la información reservada que pueden acordar el 75% de los administradores (LMV Art. 26); y los hechos generales deben ser informados al regulador de bolsa.
- La creación de un reglamento del Directorio.

Respecto de los Comisarios

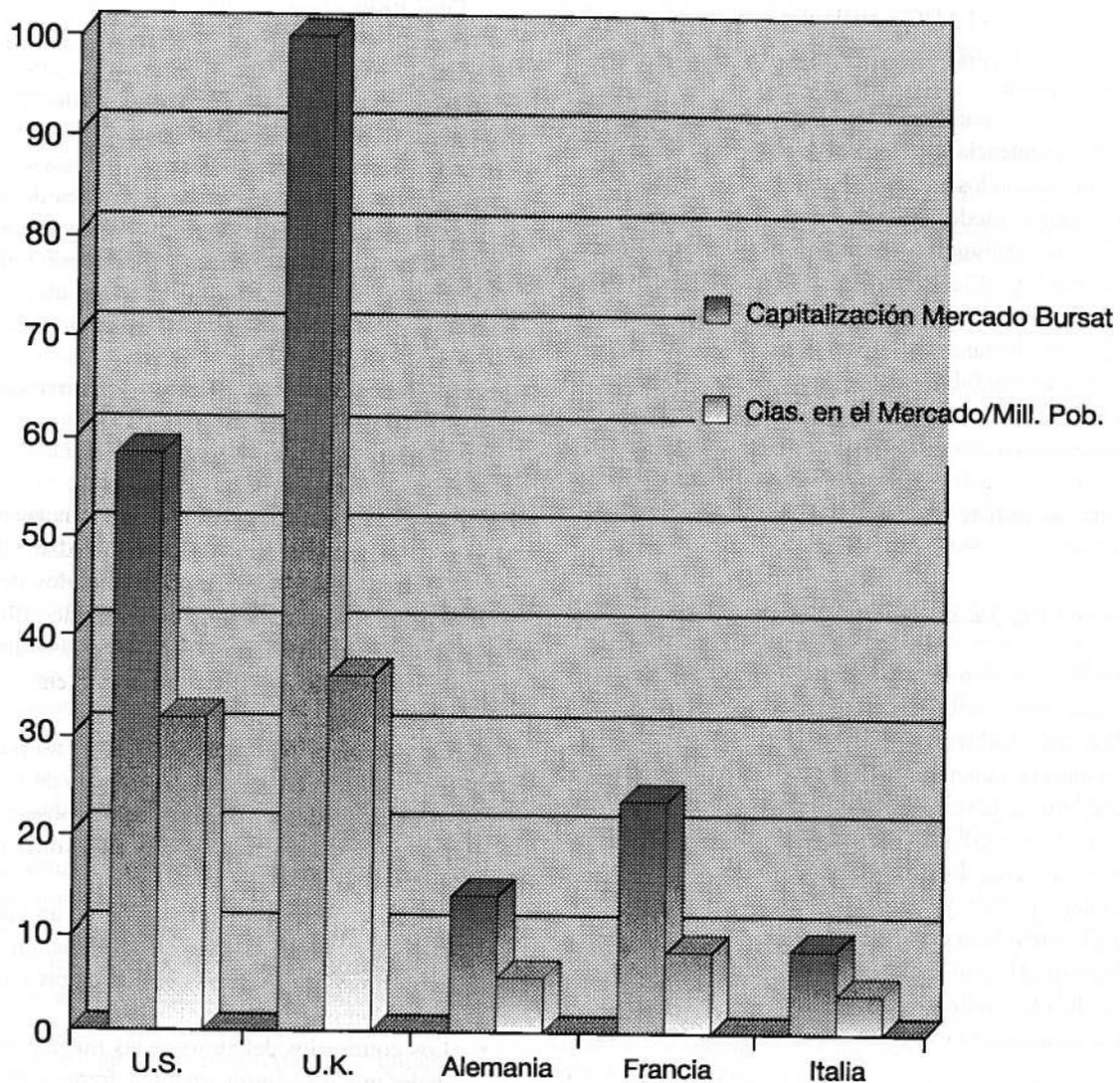
- Los comisarios deben ser externos e independientes del consejo de administración, de la sociedad y de los ADC.
- Los comisarios deben estar prohibidos de ser accionistas de la compañía o sus sucursales-filiales, y que no hayan tenido cargo alguno en la sociedad con 3 años de anticipación al nombramiento, y tampoco pueden poseer "partes beneficiarias".
- La remuneración de los comisarios no puede ser determinado en relación al desempeño de la compañía.
- Los accionistas de minoría deben poseer el derecho de nombrar a un comisario; y éste sólo puede ser removido por esta minoría.
- Debe ser obligatorio la creación de un comité de auditoría y de un comité de nominación-retribución, conformado en exclusiva por Directores independientes y Comisarios independientes.
- Los comisarios deben tener las mismas responsabilidades que los administradores, frente a los accionistas y frente a terceros.
- Los comisarios deberían acudir obligatoriamente a todas las reuniones del Directorio y de la JG.

Respecto de los Acreedores

- Los acreedores deben tener acceso a la misma información disponible para los accionistas (Arts. 15 y 248 de la LC; Arts. 13 y ss. de la LMV).
- Los acreedores deben gozar de legitimidad activa para iniciar una ASR y la impugnación de los acuerdos sociales, sin otro requisito que demostrar la deuda con la sociedad y el posible riesgo que puede acarrear para sus intereses las decisiones tomadas por los órganos corporativos.
- Asimismo, debe ampliárseles la legitimidad para los ya recomendados *derivative suit* y *class action*.

VI. GRÁFICO 1

Capitalización de los Mercados de Capital en países industrializados y el número de Compañías



Fuente: MORCK Randall, BERNARD Yeung and WAYNE Yu, *The Information Content of Stock Markets: Why Do Emerging Markets Have Synchronous Stock Price Movements?*, Journal of Financial Economics 53, 215-60 (2000)

Abreviaturas

ADC	Accionista de Control
ASR	Acción Social de Responsabilidad
CAGC	Código Andino de Gobierno Corporativo
CEc	Código Ecuatoriano de Buen Gobierno Corporativo
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CPC	Código de Procedimiento Civil
ESP	España
LC	Ley de Compañías
OECD	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
STS	Sentencia del Tribunal Supremo Español

Notas

- 1 Vid. p.e. Comisión Andina de Juristas, Cronología Andina - Ecuador (XII-1999), <http://www.cajpe.org.pe/cronolog/dicce3.htm>: "Luego de casi dos meses de investigaciones, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción censuró la aceptación por parte de la campaña presidencial de Jamil Mahuad de 3.1 millones de dólares de Fernando Aspiazu y canalizados por él, cuando el mencionado ciudadano era propietario de uno de los bancos más grandes del país (Banco del Progreso) y había comprado una empresa que mantiene un litigio de cuentas con el Estado (Emelec)".
- 2 El 9-I-2000, el Dr. Jamil Mahuad W. adoptó la dolarización como moneda de curso legal; ésta decisión fue ratificada el 22-I-2000 por el nuevo Presidente de la República, Dr. Gustavo Noboa B.
- 3 Vid. sobre la crisis económica, p.e.: ACOSTA Alberto, Ecuador, ¡La dolarización es una bomba de tiempo!, 25-X-2002 http://www.revistainterforum.com/espanol/articulos/110302neg_dolar_ecuador.html; BUSTAMANTE Fernando, Economía, política y familia en la sociedad ecuatoriana: en torno a una crisis bancaria en Ecuador, DEBATE N° 53, visitado 11-VI-2005. <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate213.htm>; RUIZ ALONSO María José, Ecuador se levanta contra su peor crisis económica, América Economía, <http://www.americaeconomica.com/repot/reportecuador.htm>; visitado 12-II-2005.
- 4 Art. 257 del Código Penal (CP): Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de 4 a 8 años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que hubiere abusado de dineros públicos o privados [...]. Art. 257A del CP (Incorporado por el Art. 20 de la Ley 1999-26): Serán reprimidos con reclusión de 4 a 8 años las personas descritas en el artículo anterior que, abusando de sus calidades, hubieren actuado dolosamente para obtener o conceder créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que dolosamente hayan intervenido para el cometimiento de este ilícito y a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero.
Además, los casos más sonados por la quiebra bancaria, posterior detención y privación de la libertad, son los de Alejandro Peñafiel y Fernando Aspiazu.
- 5 EELLS Richard Sedic, *The meaning of modern business: an introduction to the philosophy of large corporate enterprise*, Columbia University Press, New York (1960)
- 6 SHLEIFER Andrei and VISHNY Robert W., *A Survey of Corporate Governance*, 52 *Journal of Finance* 737 (1997). En el mismo sentido ISKANDER Magdi, MEYERMAN Gerald, GRAY Dale and HAGAN Sean, *Corporate restructuring and governance in East Asia*, *Finance and Development* 36 (1999)
- 7 ZINGALES Luigi, *Corporate Governance*, *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law* (1998)
- 8 Vid. AA.VV., *Diccionario Jurídico* (2002) pp. 371-372.
- 9 Ley de Compañías; LC R.O. 312, de 5-XI-1999.
- 10 Ley de Mercado de Valores; LMV Ley 107, R.O. 367, de 23-VII-1998.
- 11 Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; LGISF (10-I-2001), Ley 2002-67 R.O. 250, de 23-I-2001; Comisión de Legislación y Codificación, de 10-I-2001.
- 12 Vid. p.e. Normas para la presentación de los estados financieros consolidados de acuerdo con la norma ecuatoriana de contabilidad no. 19 y auditados de acuerdo con las normas ecuatorianas de auditoría, R.O. 33, de 5-III-2003, Res. 03.Q.IC1.002; Resolución para aumento de capital de sociedades extranjeras al menos US\$ 2000, Res. SC.ICQ.2004.
- 13 Vid. p.e. Reglamento de Funcionamiento del Consejo Nacional de Valores (CNV) 1 R.O. 353 de 4-I-2000; Reglamento de Inscripción en el Registro del Mercado de Valores y de la Información Pública, Resolución CNV 93-002.
- 14 Código de Comercio; CCom R.O. Sup 1202, de 20-VIII-1960.
- 15 Código Civil; CC R.O. Sup 46, de 24-VI-2005.
- 16 P.e. Estatutos de la Corporación Civil Bolsa de Valores de Quito (BVQ), 3-X-2002.
- 17 Alemania, German Corporate Governance Code o *The Cromme Code* (26-II-2002 y 21-V-2003)
- 18 Australia, *Principles of Good Corporate Governance and Best Practice Recommendations* (III-2003); *A guide for fund managers and corporations* (1-XII-2002); Horwath Corporate Governance Report (2002)
- 19 Bangladesh, *The Code of Corporate Governance* (III-2004)
- 20 Brasil, *Code of Best Practice of Corporate Governance* (30-III-2004); *Recomendações sobre Governança Corporativa* (VI-2002)
- 21 China, *Code of Corporate Governance for Listed Companies* (7-I-2001)
- 22 Colombia, *Principios y Marco de referencia para la elaboración de un código de buen gobierno corporativo* (VIII-2002)

Notas

- 23 España, El Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas o Informe Aldama (8-I-2003); el Informe y Código Olivencia, el Gobierno de las sociedades cotizadas (26-II-1998); la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades (28-II-1997)
- 24 Francia, *Recommandations sur le gouvernement d'entreprise* (III-2004); *The Corporate Governance of Listed Corporations* (X-2003); *Promoting Better Corporate Governance In Listed Companies* (23-IX-2002); *Vienot II Report* (VII-1999); *Vienot I Report* (VI-1995)
- 25 Italia, *il Codice di Autodisciplina delle società quotate rivisitato* (VII-2002); *The Preda Code o Report & Code of Conduct* (X-1999)
- 26 Japón, *Principles of Corporate Governance for Listed Companies* (16-IV-2004)
- 27 México, *Código de Mejores Prácticas Corporativas* (VII-1999)
- 28 Los Países Bajos, *SCGOP Handbook of Corporate Governance* (2004); *The Dutch corporate governance code* (9-XII-2003)
- 29 Perú, *Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas* (VII-2002); *Código de Buen Gobierno Corporativo para Empresas Emisoras de Valores* (XI-2001)
- 30 Reino Unido, *The Combined Code on Corporate Governance* (23-VII-2003); También, *CACG Guidelines: Principles for Corporate Governance in the Commonwealth* (XI-1999)
- 31 La UE aprobó el Informe Winter, *Report of the high level group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe* (2002)
- 32 *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745, 30-VII-2002.
- 33 El CEN se constituyó en Quito (VI-2004) y está integrado por las bolsas de Valores de Guayaquil y Quito, los principales gremios de la producción en los sectores industrial, comercial y de la construcción, por las superintendencias de Compañías y de Bancos, la Asociación de Bancos Privados, el Fondo de Solidaridad, la Asociación de Compañías Administradoras de Fondos y Fideicomisos, la Asociación de Mutualistas, la Asociación de Casas de Valores ASOCAVAL, etc.; la Bolsa de Valores de Quito ejerce la secretaría técnica del CEN. Vid. también, *Diario La Hora*, Quito - Lunes, 13-VI-2005; <http://www.lahora.com.ec/noticiacompleta.asp?noid=270904>
- 34 Vid. Comunidad Andina, *Prensa*, visitado 1-VI-2005, <http://www.comunidadandina.org/prensa/noticias/17-1-05.htm>
- 35 Vid. *White Paper* sobre Gobierno Corporativo en América Latina, elaborado por la OECD (2004) p.4
- 36 Vid. BERGLOF Erik, *A Note on the Typology of Financial Systems*, in *Comparative Corporate Governance: Essays and Materials* 151-164, Klaus J. Hopt and Eddy Wymeersch eds. (1997)
- 37 Vid. p.e. DELAVENNE Françoise, *Open-End Mutual Funds in France*, in *Funds and Portfolio Management Institutions: An International Survey*, Stefano Preda ed. (1991); JENKINSON T. and LJUNGQVIST A. P., *Going Public: The Theory and Evidence on How Companies Raise Public Finance*, Oxford, Oxford University Press (2001); ADAMS Michael, *Cross Holdings in Germany*, 155 *J. Institutional & Theo. Econ.* 80 (1999); GILSON Ronald J., *Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function*, 49 *American Journal of Comparative Law* 329 (2001)
- 38 YEOL KWON Jae, *The Internal Division of Powers in Corporate Governance: A Comparative Approach to the South Korean Statutory Scheme*, 12 *Minn. J. Global Trade* 299 (2003)
- 39 Vid. p.e. MILHAUPT Curtis J., *Symposium Norms & corporate law: creative norm destruction: the evolution of nonlegal rules in Japanese corporate governance*, 149 *U. Pa. L. Rev.* 2083 (2001), p. 2090; GILSON Ronald J. and ROE Mark J., *Understanding the Japanese Keiretsu: Overlaps between Corporate Governance and Industrial Organization*, 102 *YALE L.J.* 871, 899 (1993); HOSHI Takeo, *Japanese Corporate Governance as a System*, en *Comparative corporate governance: the state of the art and emerging research*, Hopt Klaus J. et al. eds. (1998); GILSON Ronald J. & ROE Mark J., *Lifetime Employment: Labor, Peace, and the Evolution of Japanese Corporate Governance*, 99 *Colum. L. Rev.* 508 (1999). MILHAUPT Curtis J., *A Relational Theory of Japanese Corporate Governance: Contract, Culture, and the Rule of Law*, 37 *HARV. INT'L Law Journal* 3 (1996)
- 40 Cf. BECHT Marco and BOEHMER Ekkehart, *Ownership and Voting Power in Germany*, in *The Control of Corporate Europe*, preliminary version, available at www.ecgn.ulb.ac.be/book (10-V-2002). También vid. BURKART Mike, ELLINGSEN Tore y GIANNETTI Mariassunta, *What You Sell is what You Lend? Explaining Trade Credit Contracts*, ECGI - Finance Working Paper 71 (2005) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=618544
- 41 DIETL Helmut M., *Capital Markets and Corporate Governance in Japan, Germany, and the United States* (1998) pp. 122 - 126. Los países germanos mantienen Consejos de Ad-

Notas

- ministración de dos niveles, que separan las funciones de supervisión y gestión en diferentes organismos. Este sistema dual, por lo general cuentan con un "Consejo de Supervisión" compuesto por miembros no ejecutivos del Consejo, y un "Consejo de Administración" formado en su totalidad por directivos.
- 42 Vid. MASAHIKO Aoki, The Japanese Firm as a System of Attributes: A Survey and Research Agenda, in *The Japanese Firm: The Sources of Competitive Strength*, Masahiko Aoki & Ronald Dore eds. (1994)
 - 43 LA PORTA Rafael, LOPEZ-DE-SILANES Florencio, SHLEIFER Andrei and VISHNY Robert W., Law and Finance, *Journal of Political Economy*, 106 (1998)
 - 44 See e.g. LANE Timothy et al., IMF- Supported Programs in Indonesia, Korea, and Thailand, Int'l Monetary Fund Occasional Paper No. 178 pp. 72-73 (1999); Asia Pacific Talks Vow Tough Action on Economic Crisis, N.Y. Times, Nov. 26, 1997, p. A1; Bratton William A. and McCahery Joseph A., Comparative Corporate Governance and the Theory of the Firm: The Case Against Global Cross Reference, 38 J. Col. J. Transnat'l L. 213, 236, 238 (1999) pp. 213, 236, 238.
 - 45 FANTO James A., The Role of Corporate Law in French Corporate Governance, 31 Cornell Int'l L.J. 31 (1998)
 - 46 Vid. EDWARDS Jeremy and FISHER Klaus, Banks, Finance and Investment in Germany (1994); citado por BROWN J. Robert, Jr., Of Brokers, Banks and the Case for Regulatory Intervention in the Russian Securities Markets, 32 Stan. J Int'l L. 185 (1996). También vid. BLACK Bernard and GILSON Ronald, Venture Capital and the Structure of Capital Markets: Banks Versus Stock Markets, 47 J. Fin. Econ. 47 (1998)
 - 47 Vid. ROE Mark J., Political Preconditions to Separating Ownership from Corporate Control, 53 Stanford Law Review 539 (2000)
 - 48 ROE Mark J., Strong Managers, Weak Owners: The Political Roots of American Corporate Finance (1994) p. 256.
 - 49 ROE Mark J., Political Preconditions to Separating Ownership from Corporate Control, 53 Stanford Law Review 539 (2000)
 - 50 ROE Mark J., A Political Theory of American Corporate Finance, 91 Colum. L. Rev. 10 (1991)
 - 51 Vid. CANTILLO Simon Miguel, The Rise and Fall of Bank Control in the United States, 88 Am. Econ. Rev. 1077 (1998) pp. 1077 - 1079
 - 52 Cf. COFFEE John C. Jr., The Rise of Dispersed Ownership: The Role of Law in the Separation of Ownership and Control, 111 Yale Law Journal 1 (2001b). También véase, COFFEE John C. Jr., Symposium Norms and Corporate Law: Do Norms Matter? A Cross-Country Evaluation, 149 U. Pa. L. Rev. 2151 (2001c); BLACK Bernard and COFFEE John C., Jr., Hail Britannia? Institutional Investor Behavior under Limited Regulation, 92 Mich. L. Rev. (1997)
 - 53 LA PORTA Rafael, LOPEZ-DE-SILANES Florencio and SHLEIFER Andrei (LA PORTA *et al.*), What Works in Securities Laws?, Working Paper Harvard University and NBER Working Paper No. 9882 (2003); WATSON Alan, *Legal Transplants: An approach to Comparative Law*, Charlottesville, VA: University of Virginia Press (1974). Cabe resaltar, que dichas tradiciones legales en el mundo se dividen en dos grupos: los países del sistema jurídico anglosajón o *common law*, y los países del sistema jurídico civilista o *civil law*, donde estos últimos a su vez se subdividen en el sistema germánico, escandinavo, francés y socialista; Vid. GLAESER Edward and SHLEIFER Andrei, Legal Origins, Q. J. Econ. 117 (2002): Mayormente aceptada es la división en estas cinco orígenes de las tradiciones legales: *English, German, Scandinavian, French and Socialist legal origins*.
 - 54 Vid. Id.
 - 55 Vid. LA PORTA *et al.*, What Works in Securities Laws?, Working Paper Harvard University and NBER Working Paper No. 9882 (2003); LA PORTA *et al.*, Investor Protection and Corporate Valuation, *Journal of Finance* (2002)
 - 56 Vid. COFFEE John C. Jr., Privatization and Corporate Governance: The Lessons from Securities Market Failure, 25 J. Corp. L. 1, 1 (1999b)
 - 57 Vid. LA PORTA *et al.*, Investor Protection and Corporate Valuation, *Journal of Finance* (2002); LA PORTA *et al.*, Legal Determinants of External Finance, 52 *Journal of Finance*, 1131 (1997). También, Also, SHLEIFER Andrei and WOLFENZON Daniel, Investor Protection and Equity Markets (April 2, 2002)
 - 58 Vid. LA PORTA *et al.*, Corporate Ownership Around the World, 54 *Journal of Finance*, 471 (1999)
 - 59 Vid. NENOVA Tatiana, The Value of Corporate Votes and Control Benefits: A Cross-country Analysis (SSRN Working Paper (2000)), available at :papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=237809
 - 60 Vid. p.e. COFFEE John C. Jr., Symposium Norms and Corporate Law: Do Norms Matter? A Cross-Country Evaluation, 149 U. Pa. L. Rev. 2151 (2001). De acuerdo con Step-

Notas

- hen J. CHOI (2002), John COFFEE Jr. acuñó el término "law matters" en *Privatization and Corporate Governance: The Lessons from Securities Market Failure* (1999).
- 61 Vid. COFFEE John C. Jr., *The Future as History: The Prospects for Global Convergence in Corporate Governance and its Implications*, 93 *Northwestern U. Law Rev.* (1999); e CHEFFINS Brian R., *Corporate Law and Ownership Structure A Darwinian Link?* (2002)
- 62 BLACK Bernard, *Is Corporate Law Trivial?: A Political and Economic Analysis*, 84 *NW. U. L. Rev.* 542 (1990b)
- 63 EASTERBROOK Frank H., *International Corporate Differences: Market or Law?*, *Journal of Applied Corporate Finance* 9 (1997)
- 64 See LESSIG Lawrence, *Social Meaning and Social Norms*, 144 *U. Pa. L. Rev.* 2181 (1996); CHEFFINS Brian R., *Does Law Matter?: The Separation of Ownership and Control in the United Kingdom* (2000)
- 65 SMITH Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Chicago, IL, University of Chicago Press (1776, [1976])
- 66 BERLE Adolf and MEANS Gardiner C., *The Modern Corporation and Private Property*, MacMillan, New York (1932); Revised Ed. Harcourt, Brace & World (1968)
- 67 LA PORTA *et al.*, *Corporate ownership around the world*, *Journal of Finance* 54, 471-517 (1999)
- 68 Vid. p.e. LA PORTA *et al.*, *Investor Protection and Corporate Valuation*, *The Journal of Finance*, LVII 3 (2002)
- 69 Sin embargo cabe destacar que importantes empresas estadounidenses como Wal-Mart y Ford Co. poseen una 'familia de control' que además tienen lazos de parentesco con los Consejeros Ejecutivos. Lo mismo sucede en UK.
- 70 HANSMANN Henry and KRAAKMAN Reinier, *The End of History for Corporate Law*, 89 *Georgetown Law Journal* 439 (2001) p. 469, *standard shareholder-oriented model of the corporate firm*; Vid. también MILHAUPT Curtis J., *The Evolution Of Nonlegal Rules In Japanese Corporate Governance*, *Symposium Norms & Corporate Law: Creative Norm Destruction*, 149 *U. Pa. L. Rev.* 2083 (2001); BLAIR Margaret M. and STOUT Lynn A., *A Team Production Theory of Corporate Law*, *Virginia Law Review* 85 *Va. L. Rev.* 247 (1999)
- 71 *US Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173, 176 n.3 (Del. 1986)
- 72 ROMANO Roberta, *A Cautionary Note on Drawing Lessons from Comparative Corporate Law*, 102 *Yale Law Journal* 2021 (1993)
- 73 Vid. p.e. BAINBRIDGE Stephen M., *The Globalization of Corporate and Securities Laws in the Twenty-first Century: Director v. Shareholder Primacy in the Convergence Debate*, 16 *Transnat'l Law* 45 (2002)
- 74 *U.S. Katz v. Oak Indus Inc.*, 508 A.2d 873, 879 Del. Ch. 1989
- 75 Vid. BAINBRIDGE Stephen M., *Independent Directors and the ALI Corporate Governance Project*, 61 *Geo. Wash. L. Rev.* 1034 (1993); también vid. MILLON David, *New Game Plan or Business as Usual? A Critique of the Team Production Model of Corporate Law*, 86 *Va. L. Rev.* 1001, 1003 (2000)
- 76 Alejandro BÉRGAMO, *Sociedades Anónimas (Las Acciones)*, Madrid (1970) Tomo I, CAP VI, p. 10.
- 77 Vid. Arts. 117 y 138 del CCom. Vid. *Representación en sociedad mercantil*, *Gaceta Judicial* año XXV, Serie 4 No. 194, p. 1554 (Quito, 23-X-1925); *Factores de comercio*, *Gaceta Judicial* año XXXVII, Serie V No. 151, p. 3670 (Quito, 29-VII-1938); *Factor mercantil*, *Gaceta Judicial* año LXXV, Serie XII No. 7, p. 1516 (Quito, 16-XII-1974). Vid. también, CC Art. 1992: [...] Es sociedad colectiva aquella en que todos los socios administran por sí o por un mandatario elegido de común acuerdo.
- 78 Art. 231.1 de la LC: [...] Es de competencia de la junta general: Nombrar y remover a los miembros de los organismos administrativos de la compañía, comisarios, o cualquier otro personero o funcionario cuyo cargo hubiere sido creado por el estatuto, y designar o remover a los administradores, si en el estatuto no se confiere esta facultad a otro organismo. Similar es p.e. la designación de albacea testamentario (Art. 1315 y ss. del CC).
- 79 Vid. Alejandro BÉRGAMO, *Sociedades Anónimas (Las Acciones)*, Madrid (1970) Tomo I, CAP VI, p. 14.
- 80 Vid. *Id.* pp. 15 y 16.
- 81 Art. 144 de la LC; vid. también, Art. 2020 y ss. del CC; Arts. 117 y 138 del CCom.
- 82 Art. 144 de la LC: La sociedad anónima se administra por mandatarios amovibles; Art. 150 de la LC: La escritura de fundación contendrá: [...] 8. La forma de administración y las facultades de los administradores; 10.: La forma de designación de los administradores y la clara enunciación de los funcionarios que tengan la representación legal de la compañía; Art. 252. La Superintendencia de Compañías no aprobará la constitución de

Notas

- una compañía anónima si del contrato social no aparece claramente determinado quién o quiénes tienen su representación judicial y extrajudicial. Esta representación podrá ser confiada a directores, gerentes, administradores u otros agentes. Si la representación recae sobre un organismo social, éste actuará por medio de un presidente.
- 83 Art. 251 de la LC: El contrato social fijará la estructura administrativa de la compañía; Art. 253: La representación de la compañía se extenderá a todos los asuntos relacionados con su giro o tráfico, en operaciones comerciales o civiles, incluyendo la constitución de prendas de toda clase. El contrato podrá limitar esta facultad [...]; También, el Art. 231.1
- 84 Vid. Tribunal Distrital de lo Fiscal, 1ª Sala en Quito, 14-III-1986; caso *Compañía La Portuguesa S. A. contra el Director General de Rentas*.
- 85 Vid. Art. 59 y ss. de la LC. Art. 59: La compañía en comandita simple existe bajo una razón social y se contrae entre uno o varios socios solidaria e ilimitadamente responsables y otro u otros, simples suministradores de fondos, llamados socios comanditarios, cuya responsabilidad se limita al monto de sus aportes.
- 86 Art. 65 de la LC: Salvo pacto en contrario, la designación de administradores se hará por mayoría de votos de los socios solidariamente responsables y la designación sólo podrá recaer en uno de éstos. Además, el Art. 64 de la misma norma: Cuando en una compañía en comandita simple hubiere dos o más socios nombrados en la razón social y solidarios, ya administren los negocios de la compañía todos juntos, o ya uno o varios por todos, regirán respecto de éstos las reglas de la compañía en nombre colectivo, y respecto de los meros suministradores de fondos, las de la compañía en comandita simple.
- 87 Art. 231.3: [corresponde a la JG] Fijar la retribución de los comisarios, administradores e integrantes de los organismos de administración y fiscalización, cuando no estuviere determinada en los estatutos o su señalamiento no corresponda a otro organismo o funcionario.
- 88 Vid. p.e. SANCHEZ-CALERO Guilarte, El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada, RDM, 246, oct-dic. (2002); URÍA Rodrigo, MENÉNDEZ M. Aurelio y MUÑOZ P. José, La junta general de accionistas, en Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, dirigida por Uría, Menéndez y Olivencia, Ed. Civitas, Madrid T. V (1992); CACHÓN BLANCO José Enrique, Derecho del Mercado de Valores, Ed. Dykinson, Tomo I, Madrid, (1992)
- 89 Vid. p.e. UK "City Code" on Takeovers and Mergers.
- 90 Superintendencia de Compañías, Res. 02.Q.ICI.007 (23-IV-2002) R.O. 564: Reglamento para la calificación y registro de las personas naturales y jurídicas que ejerzan actividades de auditoría externa. Derogada Res. 87.1.6.3.00004 (20-III-1987) R.O. 652: Normas para la calificación y registro de las personas naturales y jurídicas que ejerzan actividades de auditoría externa.
- 91 Superintendencia de Compañías, Res. 02.Q.ICI.012 (11-VII-2002) R.O. 621: Normas sobre montos mínimos de activos en los casos de auditoría externa obligatoria. Derogadas Res. 02.Q.ICI.004 (26-III-2002) R.O. 555: Normas sobre montos mínimos de activos para contratación de auditoría externa obligatoria. Derogadas Res. 87.1.6.3.00003 (20-III-1987) R.O. 652, modificada por la Res 88.1.6.3.00011 (26-XII-1988) R.O. 101: Compañías, personas jurídicas y asociaciones, que están obligadas a someter sus estados financieros anuales al dictamen de auditoría externa.
- 92 Vid. International Accounting and Auditing Trends, Center for International Financial Analysis & Research; quienes establecen un ranking de 90 elementos que se incluyen u omiten en la presentación de los estados financieros. También, vid. Jonathan HAY, Andrei SHLEIFER and Robert W. VISHNY, Toward a Theory of Legal Reform, European Economic Review 40 (May 1996) 559-67.
- 93 LGISF *passim*, Art. 1: "[...] la Superintendencia de Bancos, entidad encargada de la supervisión y control del sistema financiero [...] tiene] la protección de los intereses del público". Vid. <https://www.superban.gov.ec/> En el caso de los bancos privados, también están controlados por la Junta Bancaria y de manera indirecta por el Banco Central.
- 94 LMV Título II, Del Consejo Nacional de Valores; Título III, De las atribuciones y funciones de la Superintendencia de Compañías en el mercado de valores.
- 95 Vid. LA PORTA *et al.*, What Works in Securities Laws?, Journal of Finance, forthcoming (2005); este trabajo hace una comparación entre 49 países, incluyendo Ecuador.
- 96 Cabe resaltar que los Estatutos sociales pueden establecer y agregar obligaciones a los accionistas; p.e. Art. 217: Ningún accionista podrá ser obligado a aumentar su aporte, salvo disposición en contrario de los estatutos. También, vid. ESP STS 18-III-2002, RJ 2002/2850, Recurso de Casación 3100/1996. Sin embargo, por el carácter apático, anónimo e impersonal de las sociedades anónimas bursátiles, éste supuesto es difícil que ocurra en sociedades abiertas.
- 97 El accionista debe aportar a la compañía la porción de capital por él suscrito y no desembolsado, en la forma prevista en el estatuto o, en su defecto, de acuerdo con lo que dispongan las juntas generales (Art. 218).

Notas

- 98 Otra clasificación de los derechos de los accionistas puede ser: Por la subordinación a la voluntad colectiva colegiada; o por el modo de ejercicio. Vid. al respecto BÉRGAMO Alejandro, *Sociedades Anónimas (Las Acciones)*, Prensa Castellana, Tomo I, Madrid (1970) quien a su vez cita exhaustivamente la doctrina alemana sobre el tema.
- 99 Vid. ESP SSTS 30-XI-1971, RJ 1971/5019; 10-X-1996, RJ 1996/7063; 19-III-1997, RJ 1997/1721, entre otras.
- 100 Vid. McKinsey Global Investor Opinion Survey on Corporate Governance, Key Findings, Exhibits 1 to 4 (July 2002); disponible en: www.mckinsey.com
- 101 Art. 36 de la LMV. Toma de Control: Las personas naturales o jurídicas que directa o indirectamente deseen tomar el control de una sociedad, inscrita en el Registro del Mercado de Valores, sujeta al control de la Superintendencia de Compañías o de Bancos, sea mediante una o varias adquisiciones que individualmente o en conjunto impliquen la toma de control de una sociedad, deberán informar a la sociedad, al público y a cada una de las bolsas de la transacción que pretende efectuar, con una anticipación de por lo menos siete días hábiles a la fecha en que se efectuará la negociación. El C.N.V. normará el contenido y forma de la información que deberá proporcionar. Este aviso tendrá una vigencia de 30 días. En dicha información se indicará, al menos, el precio, plazo, término, forma de pago y demás condiciones de la negociación a efectuarse, cualquiera que sea la forma de adquisición de las acciones incluidas las que pudieran realizar por suscripción directa.
- 102 Reglamento (CE) 2157/2001, del Consejo de 8-X-2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).
- 103 Vid. JUSTE MENCÍA Javier, *Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima*, Ed. Aranzadi, Navarra (1995) p. 29: "Esta terminología ha sido empleada fundamentalmente en Italia".
- 104 Vid. p.e. SCHMIDT K., *Gesellschaftsrecht*, Berlín (1991) p. 385; WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Manchen (1980); WILHELM *Das neue Aktiengesetz*, en AG 8 (1965) p. 217; Citados por JUSTE MENCÍA Javier, *Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima* (1995) p. 70.
- 105 En España éste derecho se denomina "información cualificada" (ESP STS 12-VI-1997).
- 106 Vid. JUSTE MENDA Javier, *Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima*, p. 142.
- 107 Albania, *Commercial Companies Law (CCL)* n. 7638, 19-XI-1992. Argentina, *Código de Procedimiento Civil y Comercial Arts.* 168, 169; *Ley de Compañías Arts.* 15, 54, 59, 254, 270, 276, 280, 296, 298. Requiere el 5% de las acciones. Australia, *Companies Act* especially Pt 9.4B. Requiere 1 acción para iniciar la ASR. Austria, *Ley de Sociedades Bursátiles (Aktiengesetz o AktG §§ 84, 99, 102 - 124)*. Requiere aprobación de la JG. Hong-Kong, *Sect.5A Companies Ordinance (Vid Foss v. Harbottle (1843) UK)*. Vietnam, *Ordinance on Procedure for settlement of economic disputes Arts.* 12, 31, 33.
- 108 ESP STS 1-III-2004, 158/2004, RJ 2004/802.
- 109 Vid. HURTADO COBLES José, *La Responsabilidad de los Administradores Societarios en el Ámbito Civil y Social (Estudio de su problemática en la praxis judicial)* Ed. Atelier, Barcelona (1998) p. 78.
- 110 Vid. POLO Eduardo, *Los Administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima* (1992) pp. 130-134.
- 111 Vid. ESP Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) Baleares 437/2003 (Sección 5ª) 13-X-2003 (JUR 204/75208)
- 112 Vid. ESP SSTS 28-II-1996, RJ 1996/1608; 27-XII-1996, RJ 1996/9377; 31-I-1997, RJ 197/254; 16-II-2004, RJ 2004/648, 87/2004, Recurso de casación 1345/1998.
- 113 Francia, *Código de Comercio Art.* 225-120.
- 114 Vid. CPC aprobado el 26-IV-2005. Además vid. p.e. ESP SSTS 25-IV-1990, RJ 1990/2802; 26-XI-1993, RL 1993/9137; 21-VII-1998, RJ 1998/6746; 26-XI-1999, RJ 1999/8435.
- 115 Vid. AA.VV. *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona (2000) T. I. pp. 821 - 829.
- 116 Art. 272 de la LC: La acción de responsabilidad contra los administradores o miembros de los consejos de administración, vigilancia o directorios, será entablada por la compañía, previo acuerdo de la Junta General, el mismo que puede ser adoptado aunque no figure en el orden del día. La JG designará a la persona que haya de ejercer la acción correspondiente. En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello accionistas que representen la décima parte del capital pagado, por lo menos. El acuerdo de promover la acción o de transigir implica la destitución de los respectivos administradores.
- 117 Vid. LOJENDIO OSBORNE Ignacio, *La Junta General de Accionistas* (2003) p. 332.
- 118 ESP Art. 117 de la LSA.

Notas

- 119 Vid. La Constitución Política (1998) permite las acciones de grupo por la violación de derechos u obligaciones ambientales (Art. 91)
- 120 Vid. p.e. EE.UU. Chancery Court Ch. Ct. R. 23.1; 8 Del. C. § 327; *Lewis v. Anderson*, 477 A.2d 1040 (Del. 1984); *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779 (Del. 1981); *Spiegel v. Buntrock*, 571 A.2d 767 (Del. 1990); *In re Oracle Corp. Deriv. Litig.*, Consol. C.A. No. 18751, Strine, V.C. (Del. Ch. June 13, 2003, revised June 17, 2003).
- 121 Vid. p.e. EE.UU. Chancery Court Ch. Ct. R. 23; *TCW Technology Partnership Ltd. v. Intermedia Comm., Inc.*, C.A. Nos. 18336, 18289, 18293, (Del. Ch. Oct. 17, 2000); *Gaffin v. Teledyne*, 611 A.2d 467, 472 (Del. 1992); *In re Triarc Companies, Inc. Class and Derivative Litig.*, 791 A.2d 872 (Del. Ch. 2001). Vid. p.e. ANGIOLILLO Bruce D., Settlement Issues In Securities Class Actions: The Defense Perspective Securities Litigation, Practising Law Institute (2002); BARKIN Samuel L. and ZWEIFACH Lawrence J., Recent Developments in the Settlement of Securities Class Actions, 33rd Annual Institute on Securities Regulation, Practising Law Institute (2001); CHOI Stephen J., The Evidence on Securities Class Actions, UC Berkeley School (2004) SSRN Working Paper <http://ssrn.com/abstract=528145>; DREYFUSS Richard H., Class Action Judgment Enforcement In Italy: Procedural "Due Process" Requirements, 10 Tul. J. Int'l & Comp. L. 5 (2002)
- 122 El Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, R.O. S-144 (18-VIII-2000): Los tribunales distritales de lo Contencioso-Administrativo conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos, expedidos, suscritos o producidos por las instituciones del Estado, salvo los derivados de controversias sometidas a mediación y arbitraje de conformidad con la ley. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las instituciones del Estado el agotamiento o reclamo en la vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado, siempre y cuando lo ejerciera dentro del término de 90 días.
- 123 Vid. Art. 231 de la LC.
- 124 Ecuador, Arts. 247, 253, 261, 263, 265 de la LC.
- 125 España, Ley de Sociedades Anónimas LSA (1989) Art. 217.
- 126 Egipto, Ley de Compañías Arts. 77 y 79.
- 127 Finlandia, Companies Act, Section 9:1, 9:3.
- 128 Japón, Código de Comercio, Arts. 260.2.1, 230-10.
- 129 Singapur, Companies Act, Section 216.
- 130 US *Kahn v. Tremont Corp.*, 694 A.2d 422, 428 (Del. 1997); *Kahn v. Lynch Communication Sys.*, 638 A.2d 1110, 1117 (Del. 1994).
- 131 Nueva Zelanda, New Zealand Stock Exchange Listing Rules- NZSE LR 2.2.2, 9.1.1, 9.2.1, 6.1.2, 9.2.5, 10.
- 132 Vid. UK *North-West Transportation Co Ltd v Beatty* (1887) 12 App Cas 589: "A majority shareholder should not exercise its votes in a manner which discriminates against the minority so as to expropriate property rights".
- 133 Vid. Arts. 207.4, 239, 241. También, CAGC medida 14; CalPERS principles (2005).
- 134 La definición de administradores, consejeros, directivos debería incluir a los administradores de hecho y de derecho; términos incorporados p.e. en la Directiva 2003/6/CE, Art. 1: 1) Persona que ejerce un cargo directivo en un emisor: persona que es a) miembro de los órganos de administración, gestión o supervisión del emisor; b) responsable de alto nivel que, sin ser miembro de los órganos mencionados en la letra a) tiene habitualmente acceso a la información privilegiada relacionada, directa o indirectamente, con el emisor y competencia para adoptar decisiones de gestión que afecten al desarrollo futuro y a las perspectivas empresariales de ese emisor. 2) Persona estrechamente relacionada con una persona que ejerza un cargo directivo en un emisor de instrumentos financieros: a) el cónyuge de la persona que ejerza un cargo directivo o cualquier persona relacionada con ella considerada como equivalente al cónyuge por la legislación nacional; b) con arreglo a la legislación nacional, los hijos a cargo de la persona que ejerza un cargo directivo; c) otros parientes de la persona que ejerza un cargo directivo que vivan en su hogar por un período mínimo de un año; d) cualquier persona jurídica, fideicomiso (*trust*) o asociación, en la que ocupe un cargo directivo una persona citada en el apartado 1 del presente artículo o en las letras (a) (b) y c) del presente apartado, o que esté directa o indirectamente controlada por esta persona, o que se haya creado para beneficio de esa persona, o cuyos intereses económicos sean en gran medida equivalentes a los de esa persona.
- 135 Sobre ambos deberes fiduciarios: vid. p.e. ESP SSTS 28-II-1996, RJ 1996/1608; 22-VI-1995, RJ 1995/5179; 25-V-1993, RJ 1993/3736; 4-XI-1991, RJ 1991/8143; SAP Baleares 13-X-2003, AC 437/2003 (JUR 2004/75208)
- 136 Vid. LLEBOT MAJO José Oriol, Los Deberes de los Administradores de la Sociedad Anónima, Ed. Civitas, Madrid (1996) p. 38.
- 137 Vid. SÁNCHEZ Aníbal, La Acción y los Derechos del Accionista (1994) p. 173.

Notas

- 138ESP SAP Aragón 887/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) 5-XII-2003.
- 139EE.UU. 8 Del. C. §§ 141, 151; Listed Company Manual § 303.01; Section 10A of the 1934 Act.
- 140Bolivia, Ley del BONOSOL, Art. 21: Del Comité de Auditoría: I. En las sociedades en las que los Fondos de Pensiones tengan al menos un veinte por ciento (20%) del Capital Social, el Directorio designará un Comité de Auditoría conformado por tres miembros independientes, dos de los cuales serán obligatoriamente directores que representen a los socios minoritarios. II. El Comité de Auditoría tiene las siguientes atribuciones: a) examinar los Estados Financieros, b) proponer a la Junta General Ordinaria de Accionistas la designación de los Auditores Externos, c) revisar periódicamente las remuneraciones de los ejecutivos, d) examinar y evaluar los contratos y operaciones con partes relacionadas con el socio que ejerce el control de la administración, e) controlar el área de Auditoría Interna de la empresa. Citado en la CAGC p. 52.
- 141Vid. p.e. UK Cadbury Committee; Alemania Bosch Committee; UE Informe Winter, BE.UU. Sarbanes-Oxley Act (2002)
- 142Vid. p.e. ESP: Los accionistas deben poseer o representar al menos el 5% de las acciones para convocar a la Junta General (Art. 100 de la LSA). Además, respecto de los acreedores el Tribunal Supremo declaró que la "responsabilidad por el daño causado a los intereses de la Sociedad, la concede en último lugar a los acreedores con el triple condonamiento de que tienda a reconstruir el patrimonio social, no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos"; ESP STS 21-V-1985, RJ 1985/2406.
- 143ESP: Respecto de los acreedores el Tribunal Supremo declaró que la "responsabilidad por el daño causado a los intereses de la Sociedad, la concede en último lugar a los acreedores con el triple condonamiento de que tienda a reconstruir el patrimonio social, no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos"; ESP STS 21-V-1985, RJ 1985/2406.
- 144Vid. CC Tmulo XXXIX, De la prelación de Créditos; Art. 398 de la LC: En el caso de que la compañía disponga de bienes, el liquidador observará las reglas siguientes: [...] 16. Distribuir entre los socios o accionistas el remanente del haber social.

Hacia la creación de un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales en el derecho ecuatoriano

Sebastián Ignacio
Donoso Bustamante

A partir de la definición de conocimientos tradicionales, primero en su acepción en el lenguaje cotidiano, luego en su definición antropológica y finalmente a partir de la definición jurídica del término, este artículo examina el hecho de que la tradición legislativa ecuatoriana no ha existido interés por otorgar protección legal para los conocimientos tradicionales

Resumen

Hay personas que consideran que los conocimientos tradicionales no deben ser protegidos porque son de dominio público. La posición más justa y jurídicamente correcta es aquella que se inclina por otorgarles protección, porque no son de dominio público sino de dominio de los miembros de las comunidades que los generaron: son derechos colectivos. A partir de las últimas décadas las comunidades indígenas están siendo violentadas por personas que se apropian de sus conocimientos tradicionales con intereses lucrativos

Partiendo del supuesto de que se requiere de la creación de un sistema nuevo para dar protección intelectual a los conocimientos tradicionales, este artículo esboza cuáles deberían ser características de este sistema, que no se halla descrito ni normado en la ley.

Se plantea la hipótesis de que la protección intelectual de los conocimientos tradicionales es una necesidad imperante para Ecuador. Esta hipótesis ha generado las siguientes interrogantes cuyas posibles respuestas se analizan a lo largo del artículo:

- a) *Quizás es posible dar de una verdadera protección a los conocimientos tradicionales en base a las categorías de protección existentes en nuestra legislación.*
- b) *Sin embargo, podría ser que las categorías existentes no sean suficientes para garantizar una verdadera protección para estas formas de propiedad intelectual.*
- c) *En este caso, deberíamos pensar en crear una nueva categoría o sistema, que debe tener unas características plazos y condiciones especiales y específicas, de su propia naturaleza o sui generis.*

¿Qué son los conocimientos tradicionales?

El desarrollo de un concepto jurídico debe comenzar por la definición etimológica del término, es decir su acepción común en el lenguaje castellano. El término *conocimientos tradicionales* está compuesto de dos palabras, que el diccionario de la Real Academia de de Lengua define como:

- *Conocimiento: Acción o efecto de conocer. 2. Entendimiento, inteligencia, razón natural. 7. Noción, ciencia, sabiduría.¹*
- *Tradicional: Perteneciente o relativo a la tradición. 2. Que se transmite por medio de ella. 3. Que sigue las ideas, normas o costumbres del pasado.²*

El concepto de *tradicional* a su vez nos remite al término *tradicción*, que el diccionario define así:

- *Tradicción: Transmisión de noticias, composiciones literarias, doctrinas, ritos, costumbres, etc., hecha de generación en generación. 2. Noticia de un hecho antiguo transmitido de este modo. 3. Doctrina, costumbre, etc., conservada en un pueblo por transmisión de padres a hijos. 4. Elaboración literaria, en prosa o verso, de un suceso transmitido por tradición oral.³*

Así, para el lenguaje coloquial los conocimientos tradicionales son un conjunto de noticias, composiciones literarias, doctrinas, costumbre, ritos, entre otros, transmitidos de generación en generación y entendidos de forma inteligente por un grupo humano determinado.

Pero el concepto coloquial de conocimientos tradicionales, siendo inherente a la cultura humana, aún resulta ambiguo, por lo que es necesario precisarlo buscando su significado para la antropología. Esta ciencia desarrolló el concepto de *tradiciones*, entendido de la siguiente manera:

- **Tradiciones.**- *Las tradiciones son valores, creencias, reglas y pautas de conducta que son compartidas por un grupo y transmitidas de generación en generación como parte integrante del proceso de socialización. Las tradiciones proporcionan a una sociedad una normativa de comportamiento cotidiano a la vez que sus conceptos de moralidad: las reglas del bien y el mal. Una tradición explica a los miembros de una sociedad cuál es el comportamiento correcto y, asimismo, por qué es justo hacer lo conveniente en cada circunstancia. Esta definición es lo que se ha convenido en llamar visión del Universo (Weltanschauung), y ésta abarca desde la naturaleza de las cosas a las preguntas carentes de respuesta sobre la vida y la muerte.*

En las sociedades relativamente homogéneas, la tradición es a veces la única forma aceptable de hacer las cosas. Las costumbres y los valores raramente son discutidos; las tradiciones son respetadas porque así lo hicieron los antepasados, y es por ello que adquirieron su reputación de sagradas. Por otra parte, las tradiciones de los grupos primitivos son orales y pueden adaptarse a las exigencias del momento. Tampoco es indispensable que una tradición sea totalmente lógica, coherente o incluso que se base en hechos reales. En las sociedades complejas, las tradiciones pierden su relevancia al perpetuarse varias de ellas entre los diferentes subgrupos y existir una tendencia manifiesta a discutir la validez de una tradición determinada, en tanto que único sistema de explicación.”⁴

En términos antropológicos, para los pueblos indígenas de la amazonía ecuatoriana “se denomina como ‘conocimientos tradicionales’ a aquellos que poseen los pueblos indígenas y comunidades locales transmitidos de generación en generación, habitualmente de manera oral y desarrollados al margen del sistema de educación formal que imparten los Estados.”⁵

Para otros grupos indígenas y campesinos, hay consenso en que, por conocimientos tradicionales se entiende a “*todos aquellos conocimientos, costumbres y creencias (materiales y espirituales) que son transmitidos verbalmente, de generación, en el seno de un pueblo o una comunidad*”.⁶

El problema que surge para el derecho con las definiciones anteriores es que la elaboración jurídica de un concepto para los *conocimientos tradicionales*, en función de la protección intelectual que se les quiere otorgar, deberá tomar en consideración un sistema valorativo de pruebas que los indígenas y campesinos deberán ofrecer a fin de demostrar la autenticidad de las tradiciones que deseen proteger.

En términos jurídicos, el grado de precisión y detalle que se le proporcione al concepto de conocimientos tradicionales delimitará concretamente cuál es la materia protegida por el derecho. En sentido inverso, partiendo del objeto al que se quiere proteger, se puede elaborar una definición más general o una más concreta. También puede tomarse por separado los elementos que componen la acepción coloquial de conocimientos tradicionales, elaborar una definición jurídica para cada uno de ellos, y

darles distintos grados de protección, sin perder de vista la idea general del objeto.

Los conocimientos tradicionales en la Constitución

El sistema de propiedad intelectual fue creado para ofrecer una protección a las distintas formas de expresión de la creación intelectual, que son bienes intangibles, asimilables a las *cosas incorporales* definidas en el Código Civil ecuatoriano. El hecho de ser un orden jurídico que protege exclusivamente creaciones del intelecto, o formas de expresión de las ideas, le hace ser un *sistema sui generis* dentro de los principios de nuestra estructura jurídica de herencia romana.

Sin embargo, sus parámetros actuales no prevén mecanismos de protección para todas las formas de creación intelectual. Es especialmente notorio que no se protegen como tales a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afro ecuatorianas y campesinas.

La razón básica de este vacío jurídico radica en el hecho de que durante mucho tiempo el legislador ecuatoriano pensó que los conocimientos tradicionales eran de dominio público. Este concepto fue revisado debido a los abusos que se han presentado a partir del descubrimiento de los grandes beneficios económicos que pueden obtenerse de su explotación. Sin embargo, las propias comunidades creadoras de los conocimientos son en parte responsables de esa errada concepción, pues han sostenido de forma consistente que “*el conocimiento tradicional es compartido, pertenece al colectivo, es solidario y no se vende*” y que “*...se adquiere por la voz de la naturaleza.*”⁷

Estas ideas plantean el primer problema para proteger los conocimientos tradicionales, ya que la teoría de la propiedad intelectual para la sociedad occidental, tal como la conocemos, se fundamenta en la idea de *propiedad privada*. Mientras tanto, para los pueblos indígenas, los conocimientos tradicionales se amparan en una idea de *propiedad colectiva*.

Pero fueron los abusos de gente inescrupulosa que ha pretendido apropiarse de los conocimientos tradicionales vulnerando los derechos de las comunidades, lo que llevó a los pueblos indígenas organizados a plantear nuevas alternativas de protección a través del establecimiento de un sistema *sui generis* que organice los derechos relacionados con la autodeterminación a las tierras y territorios, al desarrollo, al medio ambiente, a la libertad de religión, al consentimiento previo e informado, a la propiedad intelectual, al patrimonio cultural, a la privacidad y a la confidencialidad entre otros, de los pueblos indígenas y comunidades locales.

Frente a esta necesidad fáctica de reconocimiento de derechos por parte de las comunidades, está el hecho jurídico de que resulta a todas luces inconstitucional que el estado ecuatoriano deniegue justicia a sus ciudadanos. Por lo tanto es necesario solucionar el problema revisando los conceptos tradicionales de la propiedad intelectual

y ajustándolos a las necesidades culturales y a la idiosincrasia de los pueblos indígenas, campesinos y afroecuatorianos. Ahí radica la necesidad de crear un sistema sui generis de protección intelectual para los conocimientos de los pueblos, quienes han proporcionado los elementos para ello, mismos que deben ser traducidos a los términos jurídicos apropiados e incorporados al sistema.

Ante las urgentes demandas, la Asamblea Nacional Constituyente reunida en 1998 incluyó en la Constitución algunos parámetros que necesariamente deben ser desarrollados a través de los distintos cuerpos legales previstos en nuestro ordenamiento jurídico. En primer término fue necesario que el constituyente reconozca expresamente que los conocimientos tradicionales son propiedad efectiva de las comunidades indígenas, campesinas y afroecuatorianas. Para ello, surgió en el ordenamiento jurídico ecuatoriano un concepto novedoso para la doctrina de la propiedad intelectual: *el de la propiedad intelectual compartida o colectiva*. Este reconocimiento implica la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones con relación a la propiedad colectiva.

En segundo lugar era imprescindible reivindicar el hecho de que los conocimientos tradicionales tienen sustento en la ciencia. Esto se tradujo en el reconocimiento del valor científico de tales saberes mediante la legitimación constitucional de la práctica de la medicina tradicional, la obligación estatal de protegerla con leyes y cooperar para financiar su desarrollo. Así lo establece el artículo 44 de la Carta Magna:

Art. 44.- *El estado formulará la política nacional de salud y vigilará su aplicación; controlará el funcionamiento de las entidades del sector; reconocerá, respetará y promoverá el desarrollo de las medicinas tradicional y alternativa, cuyo ejercicio será regulado por la ley, e impulsará el avance científico-tecnológico en el área de la salud, con sujeción a principios bioéticos.*

En el mismo sentido, el artículo 80, que establece el fomento por parte del estado hacia la ciencia y la tecnología, en el inciso segundo dice:

Art. 80.- *Garantizará la libertad de las actividades científicas y tecnológicas y la protección legal de sus resultados, así como el conocimiento ancestral colectivo.*

Una vez establecido el concepto de propiedad intelectual colectiva, y reivindicado constitucionalmente el valor científico de los conocimientos tradicionales, el constituyente estableció el reconocimiento por parte del estado de que la propiedad de estos conocimientos corresponde a los pueblos indígenas, lo que excluye cualquier hipótesis en el sentido de que son de *dominio público*.

Siendo la ecuatoriana una de las cartas magnas latinoamericanas más vanguardistas en materia de derechos sociales, incorpora normas jurídicas nuevas en nuestro sistema para garantizar derechos a los grupos vulnerables que hasta hace poco eran impensables. El artículo 84, numerales 4, 5, 6 y 9, dice:

Art. 84.- *El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:*

4. *Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.*

5. *Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.*

6. *Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.*

9. *A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.*

El artículo 85 hace extensivo este reconocimiento de derechos colectivos a los pueblos afro ecuatorianos.

Los conocimientos tradicionales están estrechamente vinculados a un territorio, pues son producto de la relación entre el grupo humano con el medio ambiente que le rodea. La integridad y preservación de los territorios en donde se desarrollan los conocimientos tradicionales está igualmente protegida en el numeral 2 del artículo 84, según el cual la propiedad de las tierras comunitarias, es un derecho inalienable, inembargable e indivisible, con la sola excepción de la facultad del estado para declarar su utilidad pública.

Estas mismas son las características que deben regir un sistema sui generis de protección de la propiedad intelectual colectiva, lo que pone en evidencia que sus fines, función, efectos y características son distintos a los de la propiedad intelectual individual.

Todos estos principios constitucionales implican que los legisladores deben expedir una legislación que desarrolle la reivindicación del valor científico del conocimiento tradicional, regule su uso y diversos intercambios, fomente su desarrollo, garantice la investigación y proteja a los científicos y a sus resultados. Ahí radica la facultad y la obligación de desarrollar el tan necesario sistema sui generis de protección de los conocimientos tradicionales.

La protección de los conocimientos tradicionales en la Ley de Propiedad Intelectual

En consecuencia con los principios establecidos en la Constitución de 1998, fue menester que la Ley de Propiedad Intelectual, publicada en el Registro Oficial No. 320 del 19 de mayo de 1998, incorporara normas sobre la protección de los conocimientos tradicionales dentro de su articulado, y así lo intentó al definir dentro del artículo 7 las expresiones del folclor:

Art. 7.- *Expresiones del folclor: Producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias y artísticas, creadas en el territorio nacional, por autores no*

conocidos o que no se identifiquen, que se presuman nacionales del país, de sus comunidades étnicas, y se transmitan de generación en generación, de manera que reflejen las expectativas artísticas o literarias tradicionales de una comunidad.

Pero además de esta definición, existe la norma del artículo 377, concordante con la anterior que sirve de base para la creación de un sistema sui generis de protección para los conocimientos tradicionales:

Art. 377.- *Se establece un sistema sui generis de derechos intelectuales colectivos de las etnias y comunidades locales.*

Su protección, mecanismos de valoración y aplicación se sujetarán a una ley especial que se dictará para el efecto.

Evidentemente este artículo es la base legal para el establecimiento de un sistema sui generis de protección que puede ser traducido en una ley especial para la materia o en una reforma a la Ley de Propiedad Intelectual. También cabe mencionar que el último inciso del artículo 9 de la ley de propiedad intelectual se manda respetar los derechos intelectuales de las comunidades tradicionales, conforme a las convenciones internacionales, cuando uno o más elementos de su cultura son utilizados por terceros en obras derivadas:

Art. 9.- *Las creaciones o adaptaciones, esto es, basadas en la tradición, expresadas en un grupo de individuos que reflejan las expresiones de una comunidad, su identidad, sus valores, transmitidos oralmente, por imitación o por otros medios, ya sea que utilicen lenguaje literario, música, juegos, mitología, rituales, costumbres, artesanías, arquitectura u otras artes, deberán respetar los derechos de las comunidades de conformidad a la Convención que previene la exportación, importación, transferencia de la propiedad cultural y a los instrumentos acordados bajo los auspicios de la OMPI para la protección de las expresiones en contra de la explotación ilícita.*

Es así como a partir de los artículos mencionados se puede plantear soluciones más concretas, dentro del marco de un sistema sui generis, para el problema de la protección intelectual de los conocimientos tradicionales.

Debate entre la protección de los conocimientos tradicionales a través de un sistema convencional de propiedad intelectual tradicional y un sistema sui generis

Considerando la necesidad de ofrecer protección intelectual a los conocimientos tradicionales, surgió el debate en torno a si es factible protegerlos dentro de las categorías existentes de la propiedad intelectual, como derechos de autor y propiedad industrial, o si es necesaria la creación de un sistema sui generis que ofrezca una protección global del conocimiento tradicional, atendiendo a su naturaleza misma, no solo en el contexto cultural en que fueron concebidos, sino además en su proceso de formación.

Tomando en consideración que un conocimiento tradicional está conformado por un conjunto de elementos, se plantea la posibilidad de ofrecer una protección individual a cada uno de ellos dentro de las categorías existentes de la propiedad intelectual. Sin embargo, en el marco del Comité Intergubernamental de la OMPI que regula las discusiones sobre la materia, la posición más sólida es la que sostiene la necesidad imperiosa de crear un sistema sui generis de protección que abarque al conocimiento en su totalidad, a partir de una catalogación de los conocimientos en una base de datos.⁸

El registro en una base de datos de los conocimientos tradicionales permitiría controlar el acceso y evitar la apropiación indebida de los conocimientos registrados. La idea subyacente de la base de datos, además de ofrecer una protección para los titulares de los conocimientos, es regular el acceso equitativo de terceras personas interesadas en aprovechar su utilidad científica, cultural y comercial. También facilitaría el seguimiento científico y tecnológico del desarrollo de nuevos productos o procedimientos mejorados a partir de un conocimiento tradicional registrado, permitiendo un reparto equitativo de los beneficios entre la comunidad titular del conocimiento y la persona que desarrolla el producto o el proceso a partir de él.⁹

Previo a cualquier manipulación de los conocimientos tradicionales por parte de terceros, el consentimiento informado previo de los titulares para el acceso sería estrictamente controlado a través de acuerdos contractuales o por medio de licencias que especifiquen, entre otros, el alcance de los derechos patrimoniales, los beneficios, duración, buen uso, limitaciones, y prohibición de futuras transferencias. Además, la existencia de una base de datos de conocimientos tradicionales facilitaría la aplicación de sanciones para quienes, amparándose en la propiedad intelectual, pretendan obtener registros sin considerar el derecho de los titulares.¹⁰

El desarrollo de un sistema sui generis de protección para los conocimientos tradicionales es plenamente factible, si se considera cómo la propiedad intelectual ha evolucionado en las últimas décadas para adecuarse a la realidad cambiante. Como ejemplo están los cambios que ha tenido que adoptar el sistema tradicional de patentes frente al desarrollo de la biotecnología. En el derecho de la propiedad intelectual, se considera a un sistema como sui generis cuando acondiciona diversas características propias de los sistemas tradicionales de protección a una forma novedosa de creación intelectual. La forma como la OMPI concibe los sistemas sui generis es la siguiente:

"...La protección sui generis ofrece a los miembros una mayor flexibilidad para adaptarse a las circunstancias particulares que surjan de las características técnicas de las invenciones en el ámbito de las obtenciones vegetales, tales como la innovación y la divulgación. Cualquier referencia a un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales no implica que se deba crear un mecanismo jurídico a partir de la nada. La propiedad intelectual en esencia abarca la protección de activos intangibles, confiriendo a sus titulares el derecho de decir no a terceros que quieran utilizar, reproducir

cir o fijar el objeto de protección sin autorización, así como el derecho a decir si a aquellas personas que soliciten acceso autorizado a tal o cual objeto protegido."¹¹

El debate sobre la conveniencia de un sistema sui generis de protección, frente a los sistemas tradicionales, plantea la posibilidad de que, en efecto, algunos aspectos del conocimiento tradicional puedan ser efectivamente protegidos mediante las formas convencionales. La OMPI ha ejemplificado, por medio de una historia, cómo un conocimiento tradicional está compuesto por varios elementos que pueden ser protegidos por las formas conocidas de la propiedad intelectual. Pero no rechaza la viabilidad de crear sistemas sui generis de protección que se ajusten de mejor manera a este tipo de conocimientos:

"Una breve fábula puede ayudarnos a demostrar la naturaleza de los conocimientos tradicionales y la disponibilidad de mecanismos de propiedad intelectual que se adapten a sus características. Imaginemos que un miembro de una tribu amazónica no se siente bien y solicita los servicios médicos del pajé o chaman. El chaman, luego de examinar al paciente, va a su jardín (muchos chamanes de la selva tropical amazónica cultivan sus propias plantas) y recoge algunas semillas y frutos de diferentes plantas. Mezcla esos ingredientes de acuerdo a un método que solo él conoce y prepara una pócima de acuerdo a una receta solamente conocida por él. Mientras prepara la pócima y posteriormente mientras se la da al paciente (en una dosis también prescrita por él), el pajé reza a los dioses de la jungla e interpreta una danza religiosa. También es posible que inhale el humo de las hojas de una planta mágica. La pócima se sirve y se guarda en un recipiente con dibujos simbólicos y el pajé viste su atuendo ceremonial para proceder a la curación. En ciertas culturas el pajé no se considera un curandero sino el instrumento a través del cual los dioses curan al paciente."¹²

A partir del ejemplo, y tomando en consideración los términos de referencia del Comité Intergubernamental, se concluye:

1. Los 'conocimientos tradicionales' que posee el chamán, en general, son la combinación de todos los elementos descritos.
2. Considerando cada elemento por separado, es posible proteger a la mayoría, si no a todos, utilizando los mecanismos de propiedad intelectual existentes en nuestra legislación.
3. Las distintas variedades vegetales utilizadas por el pajé para la preparación de la pócima curativa pueden ser protegidas con arreglo al sistema de obtenciones vegetales, siempre que sean especies novedosas, estables, homogéneas y distintivas en sus características.
4. La pócima curativa, y la fórmula para su preparación, podrían ser objeto de una patente, siempre que no hayan sido divulgadas con anterioridad y se pruebe la actividad inventiva, la novedad y la posibilidad de aplicación industrial.
5. El uso y la dosis en que se administra la bebida también son susceptibles de protección mediante una patente, siempre que la legislación haga posible patentar la sustancia para nuevos usos y métodos terapéuticos inventivos.
6. Los rezos del chamán, una vez fijados por escrito, podrían estar amparados dentro del régimen del derecho de autor, considerando que el artículo 15.4 del Convenio de Berna otorga protección a las obras de autores desconocidos que no hayan sido publicadas.
7. La interpretación o ejecución sonora de los rezos, una vez fijada mediante grabación, puede ser protegida por derechos conexos derivados del derecho de autor, y el chamán, en su calidad de intérprete, podría beneficiarse del derecho de autorizar la fijación de su interpretación, o su ejecución pública de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 del Tratado sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas.
8. El recipiente que contiene la sustancia curativa también podría ser patentado o protegido mediante un certificado de modelo de utilidad o de diseño industrial, siempre y cuando sea novedoso e inventivo.
9. Los diseños dibujados en el recipiente y el atuendo que utiliza el chamán durante la ceremonia curativa también pueden ser susceptibles de protección mediante los sistemas de derecho de autor y derechos conexos, o de diseños industriales.¹³

La posibilidad de optar por una de las herramientas que constan en la legislación para proteger separadamente los distintos elementos que conforman un conocimiento tradicional, depende de que se cumplan los requisitos de ley para la protección intelectual, de acuerdo con la naturaleza misma de cada elemento y a las características de cada sistema.

Evidentemente hay elementos del conocimiento tradicional que estarían mejor protegidos por el régimen de propiedad industrial y otros que se ajustan más al del derecho de autor. En el primer caso podría pensarse en protegerlos como marcas, nombres comerciales o patentes de invención. Para las dos primeras opciones, que son marcas y nombres comerciales, es necesario que previamente exista mayor desarrollo de doctrina y jurisprudencia porque actualmente resulta difícil pretender enmarcar unos conocimientos tan amplios como los tradicionales, que incluyen una diversidad heterogénea de elementos, dentro de alguna de las categorías internacionales de la Clasificación de Niza, que establece una protección limitada para productos específicos, a todas luces insuficiente para la amplitud conceptual de lo que se busca proteger como "conocimientos tradicionales".

En cuanto a las patentes de invención, es claro que se pueden patentar productos o sustancias a las que se accede a través de los conocimientos tradicionales. De hecho, casos como el de la patente del principio activo *epibatidina*, proveniente del veneno segregado por la piel de la rana *Epipedibates tricolor*, o de la patente de la *ayahuasca*, demuestran el riesgo de que los conocimientos tradicionales sean patentados por terceras personas inescrupulosas y con afán de lucro, en clara violación de los derechos de las comunidades indígenas amazónicas.¹⁴

En la región andina, para evitar este tipo de problemas, la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones en el artículo 3 exige el respeto a las normas universales de acceso a los conocimientos tradicionales y a los recursos genéticos asociados con ellos, como considera-

ciones fundamentales para que el sistema de propiedad intelectual pueda otorgarles la protección necesaria:

Artículo 3.- *Los países miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de materiales obtenidos de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional. Los países miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales sobre sus conocimientos colectivos.*¹⁵

Lamentablemente los países andinos carecen de normativa local que regule estos procedimientos, por lo que la protección intelectual requiere la aplicación directa de la normativa de los tratados internacionales. Además, el hecho de que lo que se patenta de acuerdo a nuestra legislación son las invenciones muy puntuales, derivadas de conocimientos tradicionales específicos, el marco legal de la protección a través de patente también resulta insuficiente para dar protección intelectual a un conocimiento tradicional como un todo holístico.

En cuanto a la figura del derecho de autor como posibilidad para proteger los conocimientos tradicionales, según el primer inciso del artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual:

Art. 8.- *La protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera sea su género, su forma de expresión, mérito o finalidad. Los derechos reconocidos por el presente título son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra y su goce o ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad...*

El derecho de autor otorga una protección a la creación intelectual de un autor y a la forma cómo éste ha concebido o expresado su idea. La obra protegida debe tener como característica la pertenencia al ámbito literario o artístico, en cualquier forma de expresión, y esta idea puede resultar lo suficientemente amplia para incluir a ciertos conocimientos tradicionales, pues podría concebirse una protección global señalando específicamente que esa protección se hace extensiva para cualquier forma de expresión artística de los conocimientos.

Además, la obra protegida debe gozar de originalidad, la cual depende del grado de individualización que la obra tenga dentro del campo artístico o cultural. Esto quiere decir que debe diferenciarse de otras obras conocidas y representar el trabajo intelectual realizado por su autor. Es importante mencionar que al hablar de la originalidad de una obra protegida por derechos de autor no se hace referencia a lo novedosa que podría ser esa obra, como ocurre en el caso de las invenciones donde la novedad es un requisito para el reconocimiento de la patente. Es decir que la originalidad en el marco de los derechos de autor solamente requiere que la obra demuestre un nivel

de discernimiento por parte de su creador, que evidencie un trabajo intelectual superior y diferente del trabajo desplegado en otras creaciones.¹⁶

Estos elementos también se ajustan a los conocimientos tradicionales, que evidentemente gozan de una originalidad que se remonta a períodos ancestrales, considerando además que esa originalidad se mantiene siempre, porque los conocimientos se actualizan y perfeccionan de forma permanente conforme interactúan y se desarrollan con su entorno las comunidades creadoras.¹⁷

Sin embargo, el ámbito de la protección de los derechos de autor tiene un concepto que riñe con la idea de los conocimientos tradicionales en su concepción del titular de los derechos. Esta dicotomía se produce porque la legislación pretende singularizar los derechos de autor en una persona, mientras que los conocimientos tradicionales son de tipo comunitario, y así están reconocidos en la Constitución y en la Ley de Propiedad Intelectual.¹⁸

La Ley de Propiedad Intelectual, al definir al *autor* en el artículo 7, inciso segundo, establece que éste debe ser una persona natural:

Art. 7.- Autor: *persona natural que realiza la creación intelectual.*

En nuestro sistema jurídico, la única excepción a este principio, en la cual una persona jurídica puede ser considerada como autor de una obra es cuando ésta haya sido creada bajo relación de dependencia laboral, según el artículo 16:

Art. 16.- *Salvo en pacto en contrario bajo disposición especial contenida en el presente libro, la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral corresponderá al empleador quien estará autorizado a ejercer los derechos morales para la explotación de la obra.*

Sobre la base de estas ideas podemos categorizar las limitaciones que presentan los mecanismos existentes de propiedad intelectual y que reducen su eficacia para proveer de protección a los conocimientos tradicionales:

a) **Novedad.-** En este aspecto se percibe claramente una limitación, especialmente en lo que se refiere a las patentes, debido a que es difícil determinar si un conocimiento tradicional es patrimonio excluyente de una comunidad específica, o es de dominio público. Esto es porque al ser tradicional, resulta evidente que el conocimiento es antiguo y por lo tanto es difícil saber a ciencia cierta cual es el momento de su origen ni cual es su grado en que ha sido socialmente difundido. En el ámbito de las patentes, la divulgación es la característica que determina el cumplimiento de los requisitos de novedad y actividad inventiva. Por otro lado, se puede argumentar que el conocimiento tradicional, por ser tradicional no es necesariamente antiguo.¹⁹ Así lo establece la OMPI cuando se refiere a la tradición en el contexto de los conocimientos tradicionales:

"La tradición, en el contexto de los conocimientos tradicionales, se refiere a la manera en que se elaboran dichos conocimientos y no a la fecha en que se elaboraron. Son conocimientos que se han desarrollado sobre la base de tradiciones de cierta comunidad o nación, por esta simple razón los conocimientos tradicionales son

impulsados culturalmente, no obstante las comunidades producen y seguirán produciendo cada día conocimientos tradicionales como respuesta a sus exigencias y necesidades medioambientales. Incluso los conocimientos tradicionales que sean 'antiguos', en el sentido de que hayan sido elaborados ayer o hace muchas generaciones, pueden ser nuevos para varios sectores de la propiedad intelectual. La novedad, por lo general, se ha definido mediante leyes en función de criterios más o menos precisos, según los cuales, el elemento específico en los conocimientos tradicionales se ha puesto a disposición del público en general."²⁰

b) Titularidad.- La limitación, en cuanto a la titularidad está en el hecho de que los conocimientos tradicionales son esencialmente de posesión colectiva, mientras que la legislación de propiedad intelectual, al estar basada en el concepto de propiedad privada, requiere necesariamente de la especificación e identificación del autor, creador, inventor y titular de los derechos de propiedad intelectual sobre un objeto que se quiere proteger.

c) Plazo.- Con la excepción notoria de los derechos morales del autor, todas las demás formas de protección intelectual tienen un plazo que, una vez que vencido, implica que el objeto protegido pasa, desde la esfera de la propiedad privada, al patrimonio público. En el caso de los conocimientos tradicionales el plazo limitado es incompatible con su naturaleza. Esto es debido a que son conocimientos en permanente desarrollo a través de las generaciones, y por lo tanto no pueden estar sujetos a una protección temporalmente limitada.

Como puede verse, la posibilidad de ofrecer una protección a los elementos de un conocimiento tradicional por separado resulta insuficiente dada su naturaleza. Es decir que pueden ser útiles para proteger separadamente los componentes de un conocimiento tradicional, pero no el conocimiento como un todo holístico, ya que no es la suma de sus componentes sino una combinación sistemática y coherente de elementos que forman una unidad indivisible dentro del contexto de una cultura. Por todas estas consideraciones es necesario crear un sistema sui generis que responda a la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales y pueda servir para darles una protección global.²¹

Hacia un sistema sui generis de protección intelectual de los conocimientos tradicionales

Los distintos trabajos de investigación que se han hecho sobre la necesidad de proteger los conocimientos tradicionales señalan la necesidad urgente e imprescindible de crear un sistema sui generis que garantice su efectiva protección intelectual dentro del mundo del derecho.²² El término *sui generis*, en latín tiene por significado: *único, de clase propia*. En el mismo sentido, en términos legales se lo entiende como: *único, peculiar, genérico, una clase por sí misma*. Como acertadamente lo señala Martha Isabel Gómez Lee, al hablar de un sistema sui generis:

"Se trata de un régimen de protección 'de su propio tipo'... esto es, una forma especial de protección para cautelar los intereses del grupo humano que genera una creación intelectual, de acuerdo con las características propias o particularidades del grupo humano, sin la orientación occidental típica de los mecanismos de protección vigentes. Por lo general, la necesidad de medidas sui generis surge de las deficiencias percibidas por comunidades y países en las medidas convencionales que no satisfacen el carácter holístico y único de la materia de los conocimientos tradicionales. El régimen para que sea sui generis debe contemplar mecanismos 'específicamente adaptados' que tomen en cuenta los factores religiosos, culturales, morales, sociales y ambientales ligados al conocimiento tradicional, tales como los que los conocimientos tradicionales son un legado o patrimonio colectivo, no están sometidos al método científico, aceptan la transmisión oral, están en evolución continua y los poseedores pueden ser colectivos e individuales."²³

En la quinta sesión del Comité OMPI, diez de sus miembros aportaron sus experiencias con medidas sui generis a fin de efectuar un análisis comparativo, que constituye la base de los elementos comunes de las medidas sui generis. En términos generales, los miembros coincidieron en que la protección internacional de los conocimientos tradicionales se centra en los mecanismos específicamente adaptados dentro de los sistemas jurídicos nacionales que den lugar a normas y principios internacionales. Si se optara por establecer un derecho único exclusivo respecto de los conocimientos tradicionales, según el Comité OMPI: *"Este derecho tendría que ser de propiedad y de ejercicio comunitario y estar asociado a cierta materia bien definida, y crear además la posibilidad de tomar medidas jurídicas para excluir a terceros de ciertos usos prescritos de los conocimientos tradicionales protegidos.*"²⁴

Estas conclusiones devienen del hecho notorio de que ninguna de las modalidades de la protección intelectual establecidas en la legislación y en la doctrina tradicional del derecho de propiedad intelectual e industrial se ajustan a las características únicas que definen y delimitan a los conocimientos tradicionales. En efecto, estos bienes tienen atributos propios que hacen necesario el desarrollo de un sistema sui generis de protección, aunque cabe recalcar que comparten ciertas similitudes con las categorías tradicionales, como se analizó previamente.

El desarrollo de un régimen sui generis o sistema particular de su propio tipo, debe tomar en cuenta los factores religiosos, culturales, morales, sociales y ambientales ligados al conocimiento tradicional y sus características. No se trata de un único enfoque, sino más bien de una multiplicidad de opciones en el sentido de que el conocimiento ancestral colectivo va más allá de la producción de una obra colectiva concebida por la ley, y tiene relación con un tipo particular de conocimiento dentro de un contexto histórico-social comunitario, cultural y geográfico en donde se hace imposible identificar al responsable, al director u organizador del proceso de la creación o la innovación. El enfoque indispensable de un sistema sui generis de protección a los conocimientos tradicionales es el del respeto a su naturaleza holística. Por tal motivo,

el sistema debe buscar una protección intelectual que abarque todos los componentes del conocimiento tradicional sin separarlos.

El sistema sui generis de protección intelectual debe ser defensivo, ya que pretende impedir la apropiación indebida o el uso ilícito y culturalmente ofensivo de los conocimientos tradicionales. Esto puede lograrse con el desarrollo de legislación a partir de un instrumento amplio como el Convenio de Diversidad Biológica y al manejo sustentable del medio ambiente, o regulando la comercialización de los conocimientos dentro de un contexto cultural mas limitado, de forma que se garantice su preservación.

Un punto de vista sostiene que el sistema debe incluir todos los conocimientos tradicionales sin limitación ni restricción alguna con respecto al objeto. Esto implica un espectro bastante amplio, pues abarca las obras científicas, creaciones técnicas, invenciones y diseños artísticos, musicales, interpretados o ejecutados, y cualquier otra modalidad similar de conocimiento. Es una posición que se mantiene en cuanto al objeto de la protección.²⁵ Por otro lado está la otra posición, que es la de limitar la protección intelectual al ámbito de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, dejando que las artesanías y las expresiones del folclor se aborden en disposiciones separadas. Esto sin perder de vista que, dado el carácter holístico de los conocimientos, la división de sus componentes debe hacerse previo análisis con los titulares.²⁶

Por tales motivos, es claro que un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales deberá respetar e incluir el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas. Sin embargo, los estudios sobre el derecho consuetudinario indígena demuestran que las normas no pueden aplicarse de manera rígida ni única a nivel local, y esto plantea un conflicto a la hora de pretender crear un sistema jurídico al estilo occidental pues:

*“los pueblos indígenas poseen su propio sistema local de jurisprudencia en cuanto a la clasificación de los diferentes tipos de conocimientos, los procesos apropiados para recibirlos y compartirlos, y los derechos y responsabilidades relacionados con su posesión. Todo intento de poner lineamientos uniformes para el reconocimiento de protección del conocimiento de los pueblos indígenas presenta el riesgo de convertir la rica diversidad de la jurisprudencia indígena en un modelo único que no contendrá de ninguna manera los valores, concepciones y leyes de cada sociedad indígena. Un mejor acercamiento de la comunidad internacional sería aceptar que el conocimiento tradicional tiene que ser conseguido y utilizado en conformidad con la ley y costumbres de los pueblos involucrados”.*²⁷

Además, un sistema sui generis debe enmarcarse dentro de los elementos que los pueblos y comunidades han definido como sus derechos colectivos primordiales:

- Autodeterminación.
- Aplicación de un concepto alternativo de desarrollo.
- Acceso y control de los recursos.
- Oposición a la enajenación de la vida.
- Revalorización y tratamiento de la relación conocimiento – trabajo, desde otra perspectiva.

- Redistribución justa y equitativa de los beneficios derivados de los recursos y del conocimiento a favor de las poblaciones.
- Intercambio equitativo bajo nuevos parámetros de relación entre los pueblos, regulados por los estados y el resto de la sociedad nacional en espacios de acercamiento intercultural.
- Reconocimiento por las sociedades nacionales de la importancia que tienen las acciones dirigidas a valorar la identidad y cultura indígenas.
- Fortalecimiento de una conciencia de responsabilidad de los pueblos y del papel singular que tienen en la conservación y aprovechamiento de los recursos naturales, respetando sus propias concepciones espirituales para el cuidado de la vida y del planeta.
- Establecimiento de alianzas para lograr acuerdos normativos interculturales.²⁸

La recopilación y evaluación de los sistemas sui generis que poseen las comunidades indígenas, ha permitido determinar varios enfoques dentro de sus sistemas de derecho consuetudinario que no son excluyentes y que pueden servir para la elaboración de un sistema sui generis nacional:

- Incorporar elementos sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica en la Ley de Propiedad Intelectual.
- Adoptar políticas para la protección de los conocimientos tradicionales y medidas elaboradas para responder a problemas específicos relacionados con la propiedad y acceso a los conocimientos tradicionales.
- Desarrollar un complejo marco legislativo, político y administrativo nacional para la conservación y utilización sostenible de los recursos biológicos, al que se incorporen las disposiciones correspondientes a la protección de los conocimientos tradicionales.
- Adoptar una ley completa sobre los derechos de las comunidades indígenas y locales que trate asuntos tales como los derechos territoriales y la gobernabilidad de las comunidades, y a la que también se incorporen disposiciones para la protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica y el acceso a los recursos genéticos.
- Adoptar una ley completa de protección del patrimonio cultural sui generis basada en un enfoque holístico. Esta propuesta tiene a su vez dos alternativas:
 1. Incorporar medidas para la protección de expresiones culturales tradicionales, expresiones del folclor y conocimientos tradicionales, o
 2. Incorporar disposiciones para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales relacionadas con la diversidad biológica.²⁹

Desde la perspectiva jurídica occidental, existen varias propuestas para crear un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales:

En primer lugar se plantea la modificación o ampliación del derecho de propiedad intelectual existente. Esta estrategia consiste en propiciar cambios fundamentales en los instrumentos internacionales y leyes nacionales. La pretensión es extender la protección intelectual a nuevas categorías, como lo son los conocimientos tradicionales.

Sin embargo, dadas las particularidades y características únicas de este tipo de propiedad intelectual, se considera necesario contar con normas especiales, ya que los conocimientos tradicionales, por su propia naturaleza, no pueden ser incluidos dentro los sistemas de pensamiento jurídico tradicional de las sociedades occidentales. Por ello, lo más lógico es pensar en la creación de una rama totalmente nueva del derecho de propiedad intelectual. Podría crearse una ley que desarrolle las circunstancias únicas y originales de los conocimientos tradicionales para brindarles una protección efectiva.

Esta propuesta es perfectamente viable si se considera los antecedentes de la creación de legislaciones especiales, inicialmente consideradas *sui generis*, para proteger innovaciones científicas y tecnológicas como los circuitos integrados y semiconductores empleados en la fabricación de equipos informáticos, y de los obtentores de variedades vegetales. Por tal razón, se busca ampliar los alcances e interpretación de ciertos instrumentos internacionales y promover su desarrollo en el ámbito legislativo nacional.

En segundo lugar, algunos autores proponen el desarrollo de alternativas a los conceptos clásicos de propiedad intelectual. Para ello existen dos procedimientos: el primero consiste en buscar lo que podría denominarse *sistemas de derecho anti - propiedad intelectual*, lo que implicaría boicotear los derechos de propiedad intelectual existentes. Esta propuesta radical implica crear sistemas de prevención de *'la usurpación, la comercialización y la privatización del conocimiento de las comunidades y proteger la integridad de dichas sociedades'*, por ejemplo con la publicación defensiva.

El segundo consiste en contemplar la viabilidad de *sistemas de extensión o cambios substanciales de los derechos de propiedad intelectual* incluyendo o subordinando estas leyes a los documentos de protección de los derechos humanos, al patrimonio cultural, la diversidad cultural y biológica. Así los pueblos indígenas podrían defenderse de los casos de uso no autorizado de sus conocimientos no solamente con los derechos de propiedad intelectual sino también invocando su salvaguardia frente a la violación de los derechos humanos básicos. Bajo esta categoría se ha propuesto incluir a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.³⁰

En tercer lugar se ha propuesto crear un fondo internacional de compensación por la utilización indebida de los conocimientos, prácticas y materiales culturales de carácter colectivo, impulsando la idea de un fondo global como *remuneración compensatoria*.³¹

En el mismo sentido, también se ha propuesto el establecimiento de un derecho de peaje como compensación por los beneficios que genera el traslado de información proveniente de conocimientos tradicionales al dominio público, que no está protegido por mecanismos de propiedad intelectual. El canon por la utilización del conocimiento indígena se establecería para la explotación de todo producto, invención, creaciones literarias, artísticas o musicales o de cualquier otra rama de la creación si hubieran sido generados como consecuencia del aporte del conocimiento indígena.

Esta compensación la tendrían que pagar las empresas o los estados que se beneficien de dicho aporte -en patentes o modelos de utilidad- en forma de un porcentaje fijo y proporcional para cada caso cuyos beneficiarios serían las comunidades indígenas. Es una idea interesante porque propone incorporar al sistema occidental un mecanismo de retribución, compensación y protección más que redefinir el sistema de propiedad intelectual.

Este derecho de peaje se basa en los escritos del profesor Jerome Reichman ha sugerido *un tercer paradigma de la propiedad intelectual*, abiertamente derivado de la clásica ley de secretos comerciales y de los principios anti-monopólicos que se aplican a la transferencia bipartita de conocimiento industrial no patentado. El régimen propuesto *"...pretende evadir las fallas del mercado, pero sin introducir las distorsiones características de los derechos de propiedad intelectual y sin perder los beneficios sociales pro-competitivos que resultan de la ley de secretos comerciales bajo condiciones óptimas. Resuelve el problema de libre tránsito que enfrentan números crecientes de inversionistas en conocimiento aplicado, al juntar directamente los prospectos de retorno de inversiones a corto plazo con la estipulación de una forma de innovación estandarizada, conjunto de reglas de libre aplicabilidad multi-partita aplicable a formas elegibles de innovación."*³²

Este régimen llamado de *responsabilidad compensatoria* está inspirado en el derecho de vecindad italiano que protege los proyectos de ingeniería. En los términos del artículo 99 de la Ley Italiana de Derecho de Autor de 1941, los autores de proyectos de ingeniería, u otras producciones análogas, que contribuyen novedosas -pero no obvias- soluciones a los problemas técnicos, tienen derecho a recibir una regalía razonable de terceras personas que explotan comercialmente sus contribuciones técnicas sin autorización. Este derecho a una *compensación equitativa* subsiste por veinte años después del registro.

Reichman ha argumentado que este régimen podría resolver algunas necesidades urgentes de los países en desarrollo:

*"Como con las innovaciones de pequeña escala, la meta es el recompensar a ambos primeros llegados (en este caso, la comunidad indígena relevante), y los segundos llegados (aquellos que construyen en la herencia cultural comunitaria), sin impedir el acceso al dominio público de la corriente de nuevos productos. Con pequeñas cantidades de manipulación, un régimen de responsabilidad compensatoria podría ser adaptado para alentar el uso del conocimiento tradicional sin negar a las comunidades indígenas relevantes el derecho a una porción justa de los ingresos."*³³

Este régimen podría funcionar bien con respecto al conocimiento ecológico tradicional. La legislación podría permitir que los *segundos llegados* exploten comercialmente los conocimientos sin autorización previa, pero estarían sujetos a la obligación de pagar una regalía razonable a una institución designada.

En cuarto lugar, otro proyecto consiste en crear mecanismos de protección del conocimiento tradicional a nivel nacional y local. Al respecto, cabe destacar las múlti-

ples actividades locales que llevan adelante algunas organizaciones indígenas y no gubernamentales nacionales e internacionales que son relevantes al constituir prácticas efectivas de protección alejadas del discurso de la burocracia internacional y de los gobiernos. Entre ellas se puede citar:

- La demarcación de territorios indígenas con inclusión de sitios sagrados, que permite a la vez crear una conciencia local propia en cada comunidad y llamar la atención a nivel nacional e internacional sobre estos territorios, con el objetivo de que sean considerados como lugares especiales, "ocupados", parte del patrimonio de los pueblos indígenas y de gran significado cultural y ecológico, en lugar de ser vistos como simples tierras vírgenes o baldías.
- Los registros de las comunidades, es decir un sistema en donde sus miembros elaboran un "registro" de todos los animales y plantas que conocen describiendo sus respectivos usos. Las comunidades pueden así decidir quien puede o no acceder al registro y bajo qué condiciones. Los registros pueden servir para reclamar los derechos sobre supuestos "descubrimientos" o como evidencias en casos litigiosos. Sin embargo, puede existir una distorsión en cuanto a la aplicación del sistema de registros por parte del gobierno, ya que los beneficios obtenidos podrían no ser invertidos en las comunidades, sino apropiados por el estado.³⁴

El grupo 8 (j) del Convenio de Diversidad Biológica ha propuesto una serie de elementos que considera indispensables para la elaboración de un sistema sui generis que pueda ser adaptado, según corresponda, a las necesidades y circunstancias nacionales, para servir de complemento o ser incorporado a los sistemas vigentes. Los principales elementos que el grupo considera que es preciso tener en cuenta en la elaboración de sistemas sui generis son:

1. Declaración de finalidad, objetivos y ámbito.
2. Claridad con respecto al título de propiedad de los conocimientos tradicionales y de los recursos biológicos tradicionales utilizados.
3. Conjunto de definiciones pertinente.
4. Reconocimiento de los elementos de leyes consuetudinarias pertinentes en relación con:
 - a. Derechos consuetudinarios relativos a conocimientos indígenas, tradicionales y locales;
 - b. Derechos consuetudinarios relativos a recursos biológicos, y
 - c. Procedimientos consuetudinarios que rigen los arreglos y el conocimiento para la utilización de los conocimientos tradicionales y de los recursos biológicos.
5. Un proceso y un conjunto de requisitos que rigen el consentimiento fundamentado previo, los términos mutuamente convenidos y la participación equitativa de los beneficios provenientes de los conocimientos tradicionales y de los recursos genéticos asociados.
6. Condiciones para la concesión de derechos.
7. Un sistema para el registro de conocimientos indígenas y locales.
8. Una autoridad competente para gestionar asuntos pertinentes de procedimientos administrativos para la

protección de los conocimientos tradicionales y los arreglos de participación en los beneficios.

9. Disposiciones relativas a la imposición y correcciones.
10. Relación con otras leyes.
11. Protecciones extraterritoriales.³⁵

Los elementos que componen los conocimientos tradicionales son de naturaleza variada. Pueden ser de naturaleza artística, literaria y cultural, entrelazados con elementos técnicos, comerciales y de aplicación industrial. Por tal motivo, el sistema sui generis que se adopte para la protección de estos conocimientos deberá incorporar elementos de los derechos de autor y conexos y de los derechos de propiedad industrial.

La protección a los conocimientos tradicionales debe abarcar los derechos morales, que permiten ofrecer una protección y conservación para la identidad cultural de las comunidades tradicionales, incluidos los elementos que no pueden ser comercializados o empleados industrialmente, además de los derechos materiales o patrimoniales.

Otra posibilidad que debe ser considerada dentro del sistema sui generis de protección es el derecho de ceder, transformar y conceder bajo licencia el contenido de las bases de datos de conocimientos tradicionales. Al respecto, debe considerarse que la naturaleza colectiva de los conocimientos no tiene que confundirse con el interés privado que éstos encierran. El interés privado no puede ni debe estar en conflicto con los intereses sociales en su conjunto. Por lo tanto, los derechos sobre los conocimientos tradicionales deberán estar sujetos a excepciones, como por ejemplo la utilización de las bases de datos por terceros con fines académicos y las licencias obligatorias.

En el campo comercial, es necesario que el sistema sui generis abarque también la posibilidad de que las comunidades titulares puedan, bajo el sistema de licencias o de acuerdos contractuales, ceder derechos patrimoniales para fines comerciales o investigativos, con clara especificación de la forma de distribución de los beneficios económicos o utilidades.

Un régimen sui generis alternativo para la protección de los conocimientos tradicionales propuesto por el profesor Peter Drahos, es el establecimiento de una *sociedad global de biocolección (GBS)*³⁶, posiblemente bajo el auspicio del Banco Mundial. La membresía estaría abierta sobre una base voluntaria para ambas: compañías y grupos que tengan reclamos sobre conocimientos ecológicos tradicionales y recursos genéticos.

El GBS actuaría como depositario de los registros comunitarios de tales conocimientos, y como el custodio de estos registros bajo estrictas obligaciones de confidencialidad. También podría asistir en las negociaciones entre compañías y grupos por el uso de los recursos genéticos, establecer estándares para tales contratos y proveer de un mecanismo de resolución de controversias. La ventaja del sistema es que hace innecesaria la obligación de un tratado internacional de derechos de propiedad intelectual para los recursos genéticos. También crearía un incentivo para que las compañías farmacéuticas se unan a los GBS, pues los costos de transacción por tratar con los GBS se-

rían más bajos que los asociados con las burocracias nacionales que administran las legislaciones nacionales.³⁷

Posibles elementos del sistema sui generis

A. El sistema de registro: Las bases de datos de conocimientos tradicionales.

Un requisito indispensable para que pueda operar el sistema sui generis de protección intelectual para los conocimientos tradicionales es el establecimiento y organización de toda la documentación relativa a ellos como objetos de derechos. La información organizada refleja la intención positiva de formalizar la protección de los conocimientos ancestrales, y la formalización determina si la protección se inicia por la vía de una base de datos, o a través de otro medio material.

Toda la información disponible públicamente en forma escrita, puede considerarse como parte del *estado de la técnica* en el ámbito de la propiedad industrial. Las búsquedas del estado de la técnica que realizan los examinadores de patentes han evolucionado de manera vertiginosa desde los formatos de papel hasta llegar a los medios electrónicos como Internet. En el caso de las solicitudes de patente en las que se reivindican invenciones relacionadas con conocimientos tradicionales, las búsquedas del estado de la técnica por Internet se realizan sin contar con herramientas eficaces para recuperar la documentación que se encuentra disponible en la red.

El Comité Intergubernamental de la OMPI sobre recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore, en la segunda sesión de diciembre del 2001, examinó un informe sobre la inclusión de los conocimientos tradicionales en el estado de la técnica. Ahí se establecieron varios grupos de trabajo con tareas específicas, entre ellas establecer el grado de viabilidad de un proceso de intercambio electrónico de datos de catalogación de conocimientos tradicionales y una biblioteca digital.

Fueron varios los delegados que se expresaron a favor del desarrollo de las bases de datos de conocimientos tradicionales en el estado de la técnica, consideradas como herramientas para su protección preventiva. Sin embargo señalaron la necesidad de proseguir simultáneamente con los debates sobre la protección jurídica positiva de los conocimientos tradicionales por medio de un sistema sui generis. Como resultado de las deliberaciones, los miembros aceptaron el establecimiento de una base de datos sobre conocimientos tradicionales, pero sus criterios diferían en los temas de costos, acceso, formas de utilización y protección del contenido de la base.

Es necesario tener presentes los conceptos de *protección preventiva* y *protección jurídica positiva*. En el ámbito de la medicina tradicional, el equipo especializado de la OMS distingue entre:

- a) Sistemas codificados de medicina tradicional: los que han sido divulgados en antiguos escritos y que pertenecen enteramente al dominio público.
- b) Conocimientos de medicina tradicional no codificados: los que no se han puesto por escrito, en general

siguen sin ser divulgados por los titulares, y se transmiten de generación en generación como tradiciones orales.

En el ámbito de la propiedad intelectual, esta distinción tiene consecuencias importantes con respecto a la creación y uso de bases de datos de conocimientos tradicionales. Por un lado, una base de datos de conocimientos en el estado de la técnica, permite evitar la reivindicación de invenciones basadas en conocimientos divulgados, en claro perjuicio de los derechos de las comunidades titulares. Así se impide el otorgamiento de una patente por el incumplimiento del requisito de la novedad debido a que los conocimientos están en el dominio público.

Por otro lado, pueden compilarse bases de datos que versen sobre conocimientos tradicionales no divulgados, cuyos titulares deciden colocarlos en una base de datos para salvaguardar sus derechos e intereses legítimos. En este caso resulta necesario fijar los conocimientos por medio de un registro digital o por escrito. Este tipo de base tiene una finalidad múltiple: permite a las comunidades el ejercicio pleno de sus derechos de propiedad intelectual sobre el contenido de la base, estableciendo el sistema sui generis de protección a través del registro, o mediante el régimen de propiedad intelectual vigente.

Estas bases también permiten que las comunidades autoricen el uso de su contenido a terceras personas, y adquieran derechos de propiedad intelectual cuando esas personas reivindiquen invenciones elaboradas a partir de los conocimientos registrados. Las comunidades pueden formalizar su consentimiento con la suscripción de acuerdos contractuales y licencias voluntarias u obligatorias, y obtener la justa remuneración económica. Los acuerdos versarían sobre los derechos patrimoniales que conforman el conjunto de elementos del conocimiento tradicional de una comunidad, dejando a salvo los derechos morales, que son exclusivos de la comunidad.

En el ámbito de la medicina tradicional basada en conocimientos relacionados con la diversidad biológica, es donde se han otorgado y revocado mayor número de títulos de propiedad industrial. Las revocaciones se han dado al comprobar, durante el examen de la solicitud, que los conocimientos tradicionales no habían sido divulgados como parte del estado de la técnica. El hecho de que no se incluyan los conocimientos tradicionales como parte del estado de la técnica pertinente durante el examen de una solicitud de patente "*es una cuestión que ha surgido la mayoría de veces en relación con la validez de las patentes, en comparación con otros derechos de propiedad industrial.*"³⁸

Como consecuencia de los foros y conferencias internacionales promovidas por del Comité Intergubernamental de la OMPI, la tendencia actual es crear un sistema de protección intelectual a partir del registro de una base de datos o un inventario general de conocimientos tradicionales, en el que conste una descripción detallada, de forma global y sistemática, de todos y cada uno de los conocimientos que posee cada una de las comunidades indígenas y locales de los países miembros. La idea subyacente es garantizar la protección intelectual de los conocimientos tradicionales por medio del respeto a los derechos de

las comunidades sobre las bases de datos y en contra del uso no autorizado o indebido de la información. Al igual que en el régimen del derecho de autor, sobre el conocimiento tradicional, la OMPI establece que *"no hay necesidad de fijar previamente la información como requisito para recibir protección."*³⁹

La base de datos propuesta, además de consagrar los típicos derechos intelectuales sobre los conocimientos tradicionales, que son originales por la selección o disposición de su contenido, tiene como características adicionales:

- La protección de la información no divulgada relativa a la organización de la información contenida en la base de datos y la existencia de derechos sobre los conocimientos efectivamente registrados.
- El derecho de exclusividad aplicable no solamente para la reproducción de la información sino también al uso de la información registrada.

Este tipo de sistema de registro permite la actualización y modificación del contenido de la base y la flexibilidad para agregar nueva información, evitando las formalidades del registro de un procedimiento nuevo. Así, por ejemplo los conocimientos ancestrales podrían protegerse por medio de dos derechos: el derecho de impedir la reproducción o fijación de los elementos literarios y artísticos y el de impedir el uso de los elementos técnicos del contenido de la base de datos.

El único requisito para la fijación de este inventario es que la descripción sea de fácil comprensión para un experto en la materia de manera que otra persona esté en capacidad para reproducirla. Para ello debe tenerse en cuenta la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales, que no es producto de un concepto jurídico sino de su propia naturaleza espiritual, cultural y empírica. Sin embargo, en ciertos casos, por razones económicas y culturales, se podría separar los elementos de un conocimiento tradicional, como lo han hecho algunas comunidades en el ámbito de las expresiones del folclor y de las artesanías. Sobre este aspecto, la OMPI señala que *"la naturaleza holística se torna en este punto más flexible respondiendo a necesidades de política"*.⁴⁰

La Secretaría del Comité Intergubernamental del la OMPI sobre recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor ha compilado un repertorio de bases de datos sobre conocimientos tradicionales con el objetivo de contar con una herramienta eficiente para quienes realizan *búsquedas en línea* del estado de la técnica. Los examinadores de patentes deben tener pleno acceso a las bases de datos que han sido compiladas con el consentimiento fundamentado previo de los titulares originales de los conocimientos tradicionales. Con esta base de datos se busca limitar el volumen de información sobre los conocimientos tradicionales que puede ser usada por los examinadores para solicitar el registro de patentes.

En un principio, la atención se centró en las bases de datos previamente existentes sobre conocimientos divulgados en el ámbito de la medicina tradicional, debido al hecho de que en esta área es donde un mayor número de patentes han sido revocadas, por causa de la incapacidad de los examinadores para identificar aquellos conocimientos incluidos en el estado de la técnica.

Es necesario evitar el registro de patentes basadas en conocimientos que no se encuentren en el estado de la técnica, y mantenerlos así para los exámenes de las futuras solicitudes de registro, que inclusive pueden provenir de los propios titulares de los conocimientos tradicionales. Esta limitación es importante para evitar posibles conflictos con los titulares que hayan dado su consentimiento fundamentado previo, y una vez incluidos los conocimientos en la base de datos, soliciten una patente y se enfrenten con la observación del estado de la técnica.

La legitimidad del sistema sui generis depende de que la base de datos haya sido elaborada con conocimientos que cuentan con el consentimiento previo de los titulares. Para la implementación y gestión de este sistema en el Ecuador, es necesario estudiar los casos previos existentes en China, India y Venezuela. En el área andina el mejor ejemplo es la base de datos de Bio Zulia de Venezuela, un importante modelo de conocimientos tradicionales no divulgados, de gran utilidad para *"...formar el mecanismo administrativo para la protección sui generis del contenido de la base de datos sobre conocimientos tradicionales."*⁴¹

Además del típico derecho de las bases de datos originarias, las de selección o las de disposición de sus contenidos, los sistemas de bases de datos sui generis se caracterizan por los siguientes elementos:

1. Ofrecen protección para la información no divulgada. Es decir que, siendo insuficiente el garantizar la protección de la información organizada que conforma la base de datos, además se protege el derecho a la no divulgación de los propios conocimientos tradicionales que tengan esa característica. La razón de ésta protección se debe a que si no se protege el objeto, no existiría estímulo alguno para transferir el conocimiento en caso de producirse alguna innovación, sistematización y especificación del conocimiento tradicional.
2. Permiten la existencia de derechos de exclusividad extendidos no solo hacia la reproducción, sino también al uso de la información registrada.⁴²

La base de datos es una parte fundamental del sistema sui generis de protección para los conocimientos tradicionales porque ofrece una protección previa para evitar su registro por terceros que no son sus titulares. Además posibilita la conservación y el mantenimiento de los conocimientos con la plena participación de las partes interesadas, especialmente las comunidades indígenas y locales, complementados con un control nacional e internacional sobre el uso de su contenido.

Gracias a un buen sistema de gestión de las bases de datos sui generis, los conocimientos tradicionales serían objeto de reconocimiento y respecto a nivel mundial. Además facilitarían el proceso de distribución equitativa de los beneficios derivados de su utilización, sin menoscabar la confidencialidad de los datos que sean secretos, según lo garantiza el ADPIC. Tanto la OMPI como las oficinas nacionales de propiedad intelectual deben buscar mecanismos adecuados para integrar las bases de datos sobre conocimientos tradicionales en los sistemas de información de propiedad intelectual.

El sistema sui generis no debe proteger solamente la selección creativa u original o la disposición del contenido, sino también el contenido mismo, siendo una protección en contra de la reproducción y el uso del contenido de las bases de datos y no simplemente contra su extracción o reutilización en el sentido de que estén disponibles para el público y cuya reproducción o uso no se encuentre autorizada. La idea de proteger el contenido de las bases de datos tanto como la base en sí responde más al sentido de protección de datos de prueba, mencionado en el artículo 39.3 del ADPIC:

*Art. 39.3.- Los Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán estos datos contra todo uso comercial desleal. Además, los Miembros protegerán estos datos contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal.*⁴³

El porqué de éste tipo de protección es por la naturaleza misma del contenido de la base de datos de conocimientos tradicionales y es por ello que se hace una equiparación con los mensajes de prueba y se busca una protección no solamente como base de datos (lo cual es viable no solamente a través de la normativa relativa al tema en instrumentos internacionales sino también a través de la Ley de Comercio Electrónico y mensajes de datos).

En este sentido, la protección se daría una vez que se ha efectivizado el registro de la base de datos o invenciones en la base, en el marco de un organismo gubernamental, en nuestro caso sería el IEPI, pero para hacer efectivo el registro es necesario un proceso previo, mismo que se traduce en un examen previo de la documentación, del invento, analizar requisitos básicos de comprensión y claridad y realizar una investigación en el seno de la comunidad y un análisis global que determine la transparencia y eficacia del trámite.

Este análisis formal podrá darse a través de una unidad administrativa específica que se debe incorporar dentro de la organización de la institución encargada de la administración y control de los derechos de propiedad intelectual, sujetos a un examen sustantivo. Ahora, en este punto, es necesario determinar que en cuanto a los costos del registro existen dos opiniones: la primera determina que la comunidad misma correrá con los gastos a través de la figura de una tasa, la segunda de forma gratuita.

Finalmente será necesario que la legislación de cada país regule aspectos tales como los de control preventivo de conocimientos tradicionales, para evitar una reivindicación infundada del objeto, para lo cual se deberá establecer parámetros y requisitos que deben cumplir el conjunto de elementos del conocimiento tradicional, relativos a la novedad comercial y aplicación industrial, terceros perjudicados y recursos administrativos. Una protección indefinida sería la respuesta a la naturaleza intergeneracional y la tendencia al incremento de los conoci-

mientos tradicionales, con un reconocimiento prolongado en cuanto a su aplicación industrial o comercial.

B. La propiedad de los conocimientos tradicionales

La doctrina tradicional de la propiedad intelectual, orientada hacia una calificación de la propiedad como *privada*, reconoce la producción del intelecto humano como un hecho eminentemente individual o individualizado. Cuando se trata de una persona jurídica, el reconocimiento de una creación, descubrimiento o invención científica como obra de carácter colectivo, se establece por la verificación de una suma intencionada de individuos unidos con el objetivo de producir la creación intelectual. Es en estos individuos en quienes se verifica el reconocimiento de los derechos de autor. Sin embargo, la doctrina tradicional no ha considerado la posibilidad de ofrecer el reconocimiento formal de la autoría de una creación intelectual como un hecho social o un fenómeno de la cultura y la tradición, cuyo titular sea la comunidad creadora, sin posibilidad cierta de determinar que un individuo o grupo específico de individuos sean los autores de tal creación.

Esta concepción propia de la doctrina tradicional, ha entrado en conflicto con los conceptos filosóficos y las necesidades de las comunidades indígenas, campesinas y afroecuatorianas, que demandan el reconocimiento universal de sus derechos intelectuales sobre los conocimientos de generación colectiva a través de la tradición y la cultura. Es decir que estos grupos de la sociedad ecuatoriana han planteado una nueva forma de concebir la propiedad intelectual, que es antagónica con los conceptos clásicos. Perciben sus conocimientos tradicionales como creaciones de carácter colectivo que van más allá de la suma de individuos, empresas o sectores, y que más bien son producto de complejos procesos de interacción social y desarrollo cultural, con vigencia histórica y validez propia.

Este tipo de conocimientos está concebido dentro de una dimensión distinta pero equivalente a la idea de propiedad privada tal como se define en el derecho tradicional europeo, que garantiza la supremacía del individuo como tal. La idea de propiedad individual en una comunidad indígena o campesina es diferente, pues al estar el individuo íntimamente ligado a su grupo por medio de la cultura y el territorio, sus saberes son siempre compartidos con sus congéneres, es decir que son conocimientos comunitarios. Entonces, los derechos que generan estas creaciones intelectuales no deben entenderse como propiedad del individuo, sino de la comunidad de la cual éste forma parte. El reconocimiento de la propiedad colectiva de los conocimientos tradicionales depende de una clara comprensión del hecho de que la forma como fueron generados es colectiva, y comunitaria, y que data de tiempos inmemoriales.

La propiedad intelectual colectiva de los conocimientos tradicionales cumple y ha cumplido un fin dentro de

cada comunidad indígena, campesina y afro americana, pues facilita la reproducción social y cultural de los pueblos y, consecuentemente, les permite mantener su cosmovisión, sus formas y medios de generar conocimientos y asegurar la base material de su existencia a través del manejo racional del territorio y la biodiversidad. Así, la vigencia de los conocimientos de la comunidad cumple la función de sostener un sistema de prácticas y costumbres tradicionales de acceso, uso y manejo de los recursos, de intercambio social de productos y conocimientos, de mecanismos para la toma de decisiones, de la organización social comunitaria, y del ejercicio de la autoridad. Sus efectos se evidencian en los beneficios generados para la colectividad, que son distribuidos de manera equitativa entre sus miembros. Y su pérdida es tan grave que podría implicar el fin de la existencia misma de la comunidad.

El debate planteado sobre el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos en la Constitución y en la ley, que incluyen la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos tradicionales, lleva aproximadamente una década en el Ecuador con algunos avances. Pero todavía queda mucho por hacer y poco tiempo, pues mientras que los pueblos indígenas demandan una pronta respuesta por parte de las instituciones del estado, cada día que pasa se evidencia con más fuerza el peligro de que, por falta de protección legal, se diluyan o desaparezcan los conocimientos tradicionales.

Al respecto, el Dr. Julio César Trujillo acertadamente afirma:

*"La preparación de proyectos de ley sobre propiedad intelectual del conocimiento ancestral colectivo y de las circunscripciones territoriales indígenas es tarea urgente. De estos proyectos, el relativo a la propiedad intelectual del conocimiento ancestral colectivo deberá crear desde la nada categorías e instituciones jurídicas acerca de los titulares del derecho, especies y naturaleza de los contratos posibles, beneficios económicos, modo de estipularlos y de garantizarlos, y derechos morales. Este trabajo, como ningún otro, va a necesitar la ayuda y el intercambio de experiencias con países y estudios de fuera del Ecuador. Aunque haya que enfrentar y vencer viejos y arraigados prejuicios el reconocimiento del derecho de las nacionalidades indígenas al conocimiento ancestral colectivo, tiene consecuencias en el orden interno del Ecuador y además en el internacional, por lo que en las declaraciones y tratados que va a celebrar el Ecuador, y en el cumplimiento de los que tenga celebrados, deberá consultar e integrar las misiones negociadoras, cuando sea el caso con una apropiada representación indígena."*⁴⁴

Un aspecto complicado de la protección de los conocimientos tradicionales es la posibilidad de que sean considerados de dominio público. En el caso en que la información sobre los conocimientos haya sido difundida tan ampliamente como para considerarse dentro del dominio público, podría ser muy difícil recuperarlos y darles una protección en el ámbito de la propiedad intelectual. Sin embargo, existe la posibilidad de que los miembros del Comité Intergubernamental los definan utilizando el término de *novedad comercial*, en cuyo caso se pueden pro-

teger los elementos de los conocimientos tradicionales que no hayan sido comercializados antes de la fecha de compilación de la base de datos sui generis.

Existe un criterio de protección basado en el aspecto estrictamente tradicional de los elementos del conocimiento tradicional. Según este enfoque, solamente pueden ser protegidos mediante un sistema sui generis aquellos elementos que todavía permanecen ligados a la identidad cultural ancestral de un pueblo. Otros elementos, tales como las artesanías, debido a su exposición permanente a un sistema agresivo de industrialización y comercialización, pueden haber perdido el vínculo de identidad y conexión cultural con el pueblo que les dio origen. En ese caso no sería factible colocarlos bajo el amparo de un sistema sui generis, aunque se puede optar por darles protección a través de otras formas de propiedad intelectual. Sin embargo, el criterio de dividir los conocimientos tradicionales entre *comerciales* y *no comerciales*, igual que en las consideraciones sobre los que son tradicionales y lo que no son, "*puede que sea contraria a la naturaleza holística e inseparable del conocimiento tradicional.*"⁴⁵

C. La territorialidad de los conocimientos tradicionales

Existen dos posibilidades en lo referente al aspecto territorial de los conocimientos tradicionales regionales:

- Los conocimientos pueden pertenecer a una comunidad que se extiende más allá de las fronteras nacionales, en cuyo caso la protección intelectual es de carácter territorial, por lo que la comunidad deberá solicitar, y obtener el reconocimiento respectivo de derechos en cada uno de los estados nacionales, o
- Pueden pertenecer a dos o más comunidades vecinas que comparten el mismo medio ambiente, la misma biodiversidad y similares tradiciones. En este caso, hay dos opciones:
 - a. Se puede establecer la co-titularidad de los derechos para las comunidades, o
 - b. Se puede dejar que cada comunidad solicite el reconocimiento de derechos por separado, y se les otorgue la titularidad conjunta.

Con respecto a lo anterior, el documento WIPO/GRTFK/IC/3/8 establece que:

*"Dado que la colusión entre competidores, especialmente en materia de fijación de precios, donde éstos tienen una particularidad significativa en el mercado, se considera una violación de la legislación anti-monopolio de los países de varios Miembros del Comité, esas legislaciones nacionales talvez deberían definir las excepciones correspondientes. Por otro lado, la competencia entre las comunidades tradicionales para designar y transferir conocimiento susceptibles de aplicación industrial provocará una reducción de los precios que habría de pagar por dichos conocimientos, ello para beneficio de los consumidores y podría ser que así lo prefieran algunos miembros del Comité..."*⁴⁶

D. La administración de los conocimientos tradicionales

Para solucionar el problema de la administración de los conocimientos tradicionales y las utilidades provenientes de su explotación comercial, se debería pensar en establecer un tipo de propiedad colectiva con un titular colectivo de derechos, que tenga el uso y el usufructo, pero no la disposición de los conocimientos tradicionales. Para este caso concreto, se podría crear *sociedades de gestión colectiva* similares a las que existen actualmente para gestionar los derechos de autor y que han tenido resultados positivos. Se trata de sociedades conformadas por cientos de autores, con personería jurídica, que, en representación de los artistas, cobran un derecho a los establecimientos de comercio por la ejecución de sus obras, y que después se distribuye equitativamente entre ellos.

Los capítulos dos y tres del Reglamento a la Ley de Propiedad Intelectual,⁴⁷ entre los artículos 18 y 35, regulan las sociedades de gestión colectiva y podrían servir de base para la creación de sociedades destinadas a la protección de los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, locales y afroecuatorianas, tanto en el ámbito moral como en el patrimonial, ya que les permitirían cobrar derechos por el uso de sus conocimientos y tutelar porque éstos sean utilizados de forma que no atenten contra la cultura de los pueblos que los crearon.

Existe la posibilidad de que el estado sea designado como custodio de los intereses y derechos de las comunidades titulares de los conocimientos tradicionales, pero esto deberá regularse a través de convenios o acuerdos entre el estado y los titulares.

Conclusiones

Este artículo comienza con la definición de conocimientos tradicionales y gira en torno a la hipótesis de que la protección intelectual de los mismos es una necesidad imperante para un país culturalmente rico como Ecuador. Para determinar la forma adecuada de proteger los conocimientos tradicionales, esta hipótesis ha generado las siguientes interrogantes:

- a) Quizás es posible dar de una verdadera protección a los conocimientos tradicionales en base a las categorías de protección existentes en nuestra legislación.
- b) Sin embargo, podría ser que las categorías existentes no sean suficientes para garantizar una verdadera protección para estas formas de propiedad intelectual.
- c) En este caso, deberíamos pensar en crear una nueva categoría o sistema, que debe tener unas características plazos y condiciones especiales y específicas, de su propia naturaleza o sui generis.

Para determinar si es posible ofrecer una verdadera protección a los conocimientos tradicionales sobre la base de las categorías de protección existentes en nuestra le-

gislación, se analiza los alcances de las normas pertinentes incluidas en la *Constitución* y la *Ley de Propiedad Intelectual*. Todos estos cuerpos normativos contienen disposiciones referentes a la protección de los conocimientos tradicionales, sin embargo, estas normas no son específicas ni desarrollan extensamente todos los aspectos necesarios para configurar una protección intelectual completa para esta forma de propiedad intelectual.

Por lo tanto, en primer lugar se concluye que no es posible proporcionar una protección integral a los conocimientos tradicionales en base a las categorías de protección existentes en nuestra legislación. Sin embargo, las normas incluidas en las leyes y tratados citados proporcionan la base jurídica más sólida para justificar la necesidad de desarrollar un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales.

En consecuencia, se comprueba la veracidad del supuesto de la segunda interrogante planteada, es decir que las categorías de propiedad intelectual existentes en la legislación no son suficientes para garantizar una verdadera protección de los conocimientos tradicionales.

El sistema sui generis de protección intelectual de los conocimientos tradicionales gira en torno a la interrogante del literal (c) pues plantea que deberíamos pensar en la creación de una nueva categoría o sistema, con características, plazos y condiciones especiales y específicas que respondan a la de naturaleza única de los conocimientos tradicionales. Las características y planteamientos de varios autores que han ido formando la doctrina que sustenta el sistema sui generis.

Finalmente se expone cuáles deben ser los elementos principales que debe tener el sistema sui generis de protección de los conocimientos tradicionales. Estos incluyen *las bases de datos de conocimientos tradicionales*, cuya creación se plantea como un mecanismo de organización y formalización de todo el bagaje de conocimientos que se desea proteger, y que se considera fundamental como punto de partida de un sistema sui generis de protección.

Al elaborar un registro detallado de conocimientos e incluirlos en una base de datos, se puede otorgar protección para la base de datos en sí, incluido todo su contenido, evitando el tener que solicitar el registro de cada conocimiento tradicional por separado, lo cual resulta prácticamente imposible debido al gran volumen de información del que se trata.

El literal B de esta sección trata acerca de la propiedad de los conocimientos tradicionales. Al respecto se propone el reconocimiento de que estos conocimientos son *propiedad intelectual colectiva* de las comunidades en donde fueron creados y se desarrollan. Este es un concepto novedoso considerando que la propiedad intelectual ha sido tradicionalmente concebida como una forma de propiedad privada que formaliza el derecho del autor o inventor, al reconocimiento de la paternidad de su obra y a una retribución económica, como persona y no como ente colectivo.

A continuación se plantea alternativas para el problema de la *territorialidad* de los conocimientos tradicionales, considerando que pueden pertenecer a una comuni-

dad que se extiende más allá de las fronteras nacionales, o que un mismo conocimiento sea reivindicado por varias comunidades diferentes. Finalmente, se propone una forma de administrar los conocimientos tradicionales mediante la creación de una o más sociedades de gestión colectivas especiales para el efecto.

Como conclusión final, a lo largo de este artículo se reconoce que para ciertos casos específicos es posible

proveer de cierto nivel de protección para los conocimientos tradicionales en base a las categorías de protección existentes en nuestra legislación. Sin embargo, estas normas resultan insuficientes para proveer a los conocimientos tradicionales la protección integral y completa que requieren dada su naturaleza holística, por lo que se requiere necesariamente del desarrollo de un sistema sui generis para su protección.

Notas

- 1 Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, vigésimo segunda edición, tomo I, Editorial Espasa – Calpe, Madrid, 2001, p. 627.
- 2 Idem, p. 2205
- 3 Idem.
- 4 Hunter, David E. y Phillip Whitten. Enciclopedia de la Antropología, Ediciones Bellaterra S.A., Barcelona, 1981, pp. 333 - 334 y pp. 340 – 341.
- 5 Cruz, Rodrigo de la, Noemi Paymal y Eduardo Sarmiento Meneses. Biodiversidad, Derechos Colectivos y Regimen Sui Generis de Propiedad Intelectual. COICA-OMAERE-OPIP, Quito, 1999, p. 9.
- 6 Tobon, Natalia. *Los Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina* en: Revista Derechos Intelectuales No. 10, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 2003, p. 136.
- 7 Tobon, Natalia, op. cit., p. 138.
- 8 Gómez Lee, Martha Isabel. Protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones TLC, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 114 - 115.
- 9 Visser, Coenraad J. "Making Intellectual Property Laws Work for Traditional Knowledge" En: J. Michael Finger y Philip Schuler (Editors). Poor People's Knowledge, Promoting Intellectual Property in Developing Countries, Oxford University Press y The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, Washington, 2004. p. 216. Sobre el trabajo que desarrolla el Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor de la OMPI respecto al desarrollo de bases de datos de Conocimientos Tradicionales se recomienda visitar en Internet: <http://www.wipo.int/tk/en/databases/databases.html>. Última revisión el 1 de mayo de 2006.
- 10 Tobon Natalia, op. cit., pp. 142 – 143.
- 11 OMPI. *Elementos de un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales*. Publicaciones de la OMPI, Ginebra, 2002, p. 9.
- 12 Ídem. p. 11.
- 13 Maldonado López, Galo. "Los recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor como nuevos objetos de protección dentro de la propiedad intelectual", tesina previa a la obtención de la licenciatura en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 2003, pp. 35 – 36.
- 14 Tobon, Natalia, op. cit., pp. 144-145. El análisis de estos casos se encuentra desarrollado en el capítulo I.4 titulado *La Biopiratería* de la tesis del autor, pp. 19 -25.
- 15 Decisión 486 de la CAN, Artículo 3, en Internet: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D486.htm>, última revisión el 1 de mayo de 2006.
- 16 Wüger, Daniel. "Prevention of Misappropriation of Intangible Cultural Heritage through Intellectual Property Laws" en: J. Michael Finger y Philip Schuler (Editors). Poor People's Knowledge, Promoting Intellectual Property in Developing Countries, Oxford University Press y The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, Washington, 2004, pp. 185 – 186.
- 17 Ídem.
- 18 Ídem.
- 19 Maldonado López, Galo, op. cit., p. 36.
- 20 OMPI. *Elementos de un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales*, op. cit., p. 12.
- 21 Ídem, p. 37.
- 22 Sobre la necesidad de un sistema sui generis para proteger los conocimientos tradicionales coinciden entre otros, además del autor de este trabajo, los siguientes: Gustavo Capdevile, Rodrigo de la Cruz, Gina Chávez Vallejo, Martha Isabel Gómez Lee, Galo Maldonado López, Diana Pombo, Natalia Tobon, Coenraad J. Visser, Joseph Henry Vogel y Daniel Wüger, cuyas obras se hallan mencionadas en la bibliografía de la tesis del autor.
- 23 Gómez Lee, Martha Isabel, op. cit., pp. 149-150.

Notas

- 24 Documento WIPO/GTRFK/IC/6/4, párr. 42, citado en: Gómez Lee, Martha Isabel, op. cit., p. 150.
- 25 Cruz, Rodrigo de la. *Protección a los Conocimientos Tradicionales* en Internet: www.comunidadandina.org/desarrollo/t4_ponencia2htm#Anchor-54710. Última revisión el 24 de febrero de 2005.
- 26 International Chamber of Commerce, Comisión sobre Propiedad Intelectual e Industrial, Sesión del 8 de octubre del 2001, Ginebra, Suiza, citado en: Tobon, Natalia, op. cit., p. 140.
- 27 Cruz, Rodrigo de la, Noemi Paymal y Eduardo Sarmiento Meneses. Biodiversidad, Derechos Colectivos y Régimen Sui Generis de Propiedad Intelectual. COICA-OMAERE-OPIP, Quito, 1999. p. 88.
- 28 Ídem, pp. 92 - 93.
- 29 Ídem.
- 30 Cruz, Rodrigo de la, Noemi Paymal y Eduardo Sarmiento Meneses, op. cit., pp. 83 - 86.
- 31 Ídem, pp. 86 - 87.
- 32 Visser, Coenraad J., op. cit., pp. 231 - 232.
- 33 Ídem, p. 231.
- 34 Ídem, pp. 87 - 88.
- 35 Gómez Lee, Martha Isabel, op. cit., p. 117.
- 36 GBS son las siglas en inglés de Global Biocollection Society.
- 37 Ídem, p. 232.
- 38 OMPI, *Lista de Tareas del Grupo de Trabajo sobre Normas y Documentos*, Publicaciones de la OMPI, Ginebra, 2002, párrafo 12.
- 39 OMPI, *Documento OMPI/GA/29/6*, Publicaciones de la OMPI, Ginebra, 2002, párrafo VI.
- 40 OMPI, *Elementos de un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales*, op. cit., p. 16.
- 41 OMPI, *Inventario de Bases de Datos en Línea de Catalogación de Conocimientos Tradicionales*, Publicaciones de la OMPI, Ginebra, 2002, p. 22.
- 42 Ídem, p. 43.
- 43 ADPIC, Artículo 39.3, en Internet: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_04d_s.htm, última revisión el 1 de mayo de 2006. Ver también: Correa, Carlos, op. cit., pp. 269 - 270.
- 44 Trujillo, Julio César. *Derechos colectivos de los pueblos indígenas: conceptos generales* en: De la Exclusión a la Participación, Pueblos Indígenas y sus Derechos Colectivos en el Ecuador, Ediciones ABYA - YALA, Quito, 2000, p. 27.
- 45 OMPI, *Propuesta de Plan de Desarrollo y Aplicación para el Proyecto de Biblioteca Digital de Propiedad Intelectual*, Publicaciones de la OMPI, Ginebra, 2002, fase I.
- 46 OMPI, Documento WIPO/GTRF/3/8, Publicaciones de la OMPI, Ginebra, 2002, p. 17.
- 47 Ley de Propiedad Intelectual, Reglamento y Legislación Conexa, actualizada a julio del 2002, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2002. pp. 4 - 9. El Reglamento a la Ley de Propiedad Intelectual se publicó en el Registro Oficial 120 de 1 de feb

Guía práctica de un procedimiento arbitral conforme al sistema español

Marta Gonzalo Quiroga

Se ha abierto una puerta a la esperanza de cara a conseguir que España se convierta en una sede de arbitraje internacional entre partes procedentes de países iberoamericanos, sin perjuicio de los procesos arbitrales que se ventilen en la Cámara de Comercio Internacional de París.

Introducción

Uno de los objetivos esenciales, sino el más, de la actual legislación española de arbitraje, Ley 60/2003, de arbitraje (LA)¹, es el de impulsar la armonización de las leyes de arbitraje. Con ello se pretende favorecer su difusión en la práctica, eminentemente empresarial, a través de la unidad y seguridad de criterios de aplicación. Así, la importancia de la armonización como primer objetivo perseguido por el legislador español se hace desde la convicción de que una mayor uniformidad en las leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias. Con este propósito la Ley española de arbitraje se inspiró en la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Internacional, elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985; tomando en consideración, además, los trabajos sucesivos emprendidos por aquella Comisión y, en particular, las leyes de arbitraje latinoamericanas, muchas de las cuales habían procedido ya a adoptar la Ley Modelo de la Uncitral tiempo atrás, resolviendo así muchos de los problemas que no teníamos solucionados en España con nuestra anterior legislación arbitral².

De este modo, la aplicación práctica por parte de los empresarios de la Ley española de arbitraje no dista, o al menos no debería distar en los aspectos esenciales, de la aplicación de las leyes de arbitraje latinoamericanas, entre las que se encuentra la moderna Ley de Arbitraje y Mediación que rige en Ecuador desde el 4 de Septiembre de 1997. Aplicación armonizada que se torna consustancial con otro de los objetivos básicos del actual sistema español en materia arbitral, cual es, el de hacer de España sede de arbitrajes internacionales con especial proyección en el área latinoamericana. De este modo, de cara a potenciar la práctica del arbitraje internacional en España y, en particular, que las sociedades y empresas multinacionales,

especialmente las procedentes de Latinoamérica, resuelvan sus litigios en nuestro país, hoy más que nunca está vigente la antigua idea de hacer de España un puente entre Europa y América Latina. Puente cimentado a través de las relaciones empresariales intercontinentales y la rápida y eficaz solución de sus litigios mediante arbitraje³.

Con estos objetivos, orientados fundamentalmente a la práctica, el presente trabajo pretende mostrar a los principales clientes del arbitraje, es decir, a los juristas y empresarios de uno y otro lado del atlántico, una especie de modelo o guía orientativa de un procedimiento arbitral. Para ello, se recorrerán los pasos esenciales que hay que fijar para dar lugar al procedimiento de arbitraje: aceptación; tipo de arbitraje; número de árbitros; secretaría del arbitraje; sede; idioma; notificaciones y comunicaciones; procedimiento del arbitraje: fijación del objeto de la controversia y de los hechos, prueba de los hechos; fase de argumentaciones jurídicas; laudo; modificación de los plazos; costas; honorarios; etc.

Todos los pasos están actualizados según la vigente Ley española de arbitraje: Ley 60/2003. No obstante, a efectos prácticos, se introducirán, las diferencias principales que sobre algunos puntos existen respecto a la anterior ley española de arbitraje de 1988. Ahora bien, en todo momento se tendrá en cuenta que se trata de una mera guía práctica. En consecuencia, ésta es susceptible de sufrir las variaciones pertinentes según las circunstancias del caso, los árbitros correspondientes, e incluso, cómo no, las preferencias de estos y de las propias partes, generalmente empresarios, puesto que no hay que olvidar que la piedra angular en todo procedimiento arbitral es la autonomía de la voluntad.

Autonomía de la voluntad y arbitraje AD HOC

Siguiendo el criterio orientador de la Ley Modelo, la actual legislación española de arbitraje otorga un papel

fundamental a la autonomía de la voluntad. Autonomía que se refleja, con especial intensidad, en la flexibilidad del procedimiento arbitral y en las reglas de interpretación de la legislación. En estas últimas, se especifica que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes directamente o, en su caso, de manera indirecta, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral (art. 4). Así pues, tal y como viene siendo práctica habitual, tanto en España como en la casi totalidad de las legislaciones arbitrales en el ámbito comparado, según lo decidan las partes en el convenio, el procedimiento arbitral puede ser administrado por una institución arbitral o *ad hoc*.

En el primer caso, el procedimiento de arbitraje se encuentra institucionalizado. Bastaría acudir al reglamento de la institución arbitral elegida libremente por las partes para observar el contenido del procedimiento que se va a desarrollar. Cada institución tiene sus reglas sobre el procedimiento reflejadas en sus correspondientes reglamentos. Normas que no ha sido necesario cambiar para adaptarlas a la actual legislación española de arbitraje. Ello se debe, en especial, al criterio que guía toda la LA 60/2003, junto al de la referida autonomía de la voluntad, cual es el de la flexibilidad, de la que se hace gala, en particular, en la regulación del procedimiento arbitral. En efecto, el Título V, arts. 24 al 33 de la ley española de arbitraje, regula las actuaciones arbitrales; procedimiento arbitral caracterizado por su extraordinaria flexibilidad al encontrarse limitado únicamente por el orden público procesal: principios de audiencia, contradicción e igualdad (art. 24).

Esta flexibilidad también guía el procedimiento de arbitraje *ad hoc*. Procedimiento que, a pesar de que en muchas ocasiones es más recomendable, tanto jurídica como económicamente, ya que se trata de un procedimiento que las partes diseñan "*a medida*", no es, sin embargo, uno de los procedimientos que más se den en la práctica. Ello se debe, fundamentalmente a que lejos de la comodidad que ofrece la institucionalización anterior, donde todo está fijado desde el inicio hasta el fin, someterse a un arbitraje *ad hoc* implica un trabajo mayor para las partes y los propios árbitros en el diseño y posterior desarrollo del mencionado procedimiento.

Por ello, con el propósito de facilitar la práctica del arbitraje en toda su amplitud, es decir, dando también facilidades para la práctica del arbitraje *ad hoc* y fomentando así la utilización del mismo por juristas y empresarios tanto españoles como iberoamericanos, a continuación, se ofrece un modelo de un procedimiento de arbitraje *ad hoc*, desde el inicio del procedimiento a las costas o el pago de los honorarios del árbitro o del colegio arbitral, en su caso.

Procedimiento arbitral

1. Inicio del procedimiento

En España, las reglas sobre el procedimiento arbitral (Título V, arts. 24 al 33 LA 60/2003) son dispositivas,

aplicables sólo si las partes no han acordado nada directamente o por su aceptación de un arbitraje institucional o de un reglamento arbitral, siempre y cuando garanticen las normas procesales básicas⁴. Para que el procedimiento de arbitraje se ponga en marcha lo normal es que éste se inicie de alguna de las dos formas siguientes. La primera, y más habitual, consiste en que una de las partes requiera a la otra, u otras, para proceder a someter la controversia al arbitraje pactado previamente mediante la cláusula compromisoria. La segunda, no hace necesario la previa existencia de un convenio arbitral para que el arbitraje dé lugar. Las partes pueden decidir en el mismo o posterior momento de plantearse la controversia, el someterse a un procedimiento de arbitraje materializando así el convenio⁵. En todo caso, ya se haya pactado antes o después, para que se inicie el procedimiento de arbitraje por supuesto que ha de existir un convenio que lo legitime.

Ahora bien, a diferencia de la legislación anterior, el inicio del arbitraje se establece en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje, salvo que las partes, siempre en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, hayan convenido otra cosa (art. 27). De este modo, siguiendo el criterio inspirador de la Ley Modelo, art. 21, el momento en que se entiende que el arbitraje comienza puede ser modificado por las partes conforme al referido ejercicio de la autonomía de la voluntad. Modificación que puede ser debida a que las partes la hayan pactado expresamente en el convenio arbitral o a que el reglamento de la institución arbitral al que se sometan o aquel al que encarguen la gestión del arbitraje, tenga previsto otro momento distinto para el inicio del arbitraje⁶.

No obstante, siguiendo el modo más habitual según el cuál el art. 27 LA tiene previsto el comienzo de las actuaciones arbitrales, es decir, en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje, surge la duda práctica de cómo y en qué forma ha de realizarse el referido requerimiento para que éste sea válido. La respuesta nos la da el propio art. 5 LA, que regula las notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos. De tal forma que, el requerimiento que desencadene el inicio del arbitraje se entenderá recibido el día en que se haya entregado en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección, siendo la forma de realizarlo, bien por telex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permita el envío y la recepción de escritos y documentos que dejen constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado (art. 5. a). También, la misma Ley de arbitraje nos indica qué ocurre en los supuestos en que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares. En estos casos, el requerimiento o la notificación o comunicación de cualquier otro tipo, "*se considerará recibida*" el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, ya sea en el último domicilio, o residencia habitual, dirección o establecimiento conocido del destinatario.

Precisamente, es éste último punto el que merece una mención particular a efectos prácticos, debido a que, en la actualidad, presenta una cierta problemática en España de cara a su repercusión práctica al estar siendo hoy cuestionado por el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto al plazo y modo de notificaciones establecido en el art. 5. a) LA.

2. Planteamiento actual de una cuestión de inconstitucionalidad al art. 5, apartado a) LA

A tan sólo un año de la entrada en vigor de la nueva legislación arbitral española, la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid (APM), ha promovido, el pasado 20 de abril de 2005, cuestión de inconstitucionalidad del art. 5, apartado a) de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, mediante Auto nº 4 recaído en el recurso de apelación 660/2003; por entender que, salvo mejor criterio del Tribunal Constitucional, el apartado a) del citado artículo 5, "*comporta inseguridad jurídica, desigualdad de las partes, y vulneración del derecho de defensa, proscritos constitucionalmente, en virtud de los artículos 9 y 14, en relación con el artículo 24 de nuestra Carta Magna*".

Sobre este particular, aunque por el momento se ha de esperar a la resolución del TC respecto a ésta cuestión, se ha de tener en cuenta que si tomamos en consideración que el citado artículo 5 es en realidad una adaptación del artículo 3 de la Ley Modelo de la Uncitral, es difícil que el Tribunal Constitucional español declare anticonstitucional una norma que toma como referente a la Ley Modelo, ya que sería tanto como decir que la Ley Modelo es anticonstitucional. Además, si bien, en la práctica del arbitraje se tiene la tendencia a acudir a las leyes procesales del Estado para cubrir los posibles vacíos o lagunas legales de la Ley de Arbitraje, es esta una postura que no siempre es correcta y que obedece a una excesiva judicialización de la institución arbitral. Por ello, en opinión de expertos constitucionalistas, resulta objetable que el Auto nº 44 de la APM, mantenga que el último inciso del art. 5, apartado a) LA 60/2003, no se adecue a las garantías formales y procesales a que se refieren los artículos 152.2º y 155.4, párrafo 2º en relación con los artículos 158 y 161 de la vigente LEC y, por tanto, presuponga que exista una vulneración de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE⁷

No obstante, en lo que concierne a la práctica del arbitraje especialmente internacional, la preocupación está en que dicha cuestión provoca de hecho una grave inseguridad legal susceptible de alejar a los clientes del arbitraje que en un primer momento han podido verse seducidos por el cambio ciertamente favorable al arbitraje producido en la vigente Ley española, 60/2003. Circunstancia, que previsiblemente permanecerá hasta el momento en que se resuelva la citada cuestión de constitucionalidad. Hecho que, en último lugar, podría llevar a los clientes del arbitraje, especialmente internacionales, a abstenerse de elegir nuestro país como sede de arbitrajes. Además, las perspectivas temporales para zanjar esta cuestión tampoco son muy favorables si nos atenemos a

la práctica seguida en estos casos los tribunales españoles. Y, es que, en líneas generales, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en España suele tardar aproximadamente tres años en resolverse. Lapso temporal que, de confirmarse, podría perjudicar la proyección internacional de nuestra institución arbitral; llevando, en último extremo, a suponer una pérdida de confianza de los operadores jurídicos en la misma.

Sin embargo, una vez realizadas estas reflexiones, no es menos cierto que desde nuestra perspectiva, el planteamiento de la citada cuestión de inconstitucionalidad no debería empañar el optimismo con el que ha sido recibida la actual ley española de arbitraje, avalado por la mayoría de comentarios favorables a la misma. En este sentido, se habrá de estar a la interpretación que hagan los jueces y tribunales españoles sobre este punto. Interpretación que, si se tienen en cuenta las muestras favorables hacia el arbitraje observadas en los últimos años y el buen entendimiento del mismo, se confía que siga siendo, en este sentido, realista y positiva, consecuente con la finalidad última de la propia Ley española 60/2003, de arbitraje, cual es, como se ha enunciado a lo largo del trabajo, la de potenciar la práctica del arbitraje, especialmente el internacional y en particular con el área latinoamericana, en España.

Guía práctica empresarial: modelo de un procedimiento de arbitraje AD HOC

En los siguientes epígrafes, se va a ofrecer un modelo o guía práctica de un procedimiento de arbitraje *ad hoc*, conforme a la reciente ley española de arbitraje 60/2003, señalando a su vez, las diferencias o principales cambios introducidos respecto a la anterior ley española de arbitraje de 1988. Esta guía o modelo, permitirá tener una referencia de cómo se articulan los procedimientos de arbitraje en España, para aquel estudioso jurídico, jurista o empresario, tanto europeo como latinoamericano, que quiera arbitrar en nuestro país o, simplemente, esté interesado en el modelo básico español para adaptarlo, después, a las peculiaridades de su sistema y de su legislación.

Así, la guía, aunque suficiente y completa en un sentido de mínimos, puede ser ampliada y, como se ha enunciado, es susceptible de sufrir las variaciones pertinentes según las circunstancias del caso, los árbitros correspondientes y las preferencias de estos y de las propias partes. A continuación, el recorrido que hay que fijar para dar lugar al procedimiento de arbitraje se detendrá en los siguientes pasos esenciales: aceptación; tipo de arbitraje; número de árbitros; secretaría del arbitraje; sede; idioma; notificaciones y comunicaciones; procedimiento del arbitraje: fijación del objeto de la controversia y de los hechos, prueba de los hechos; fase de argumentaciones jurídicas; laudo; modificación de los plazos; costas y honorarios.

Aceptación del arbitraje

Conforme a lo acordado durante la reunión preliminar mantenida el _____ (Poner fecha) a las _____ horas en _____ (Lugar), se detallan a continuación las Reglas de celebración del arbitraje en el asunto de referencia, a la vez que confirmo mi aceptación como Árbitro (Artículo 16 LA 60/2003).

IMPORTANCIA DE LA ACEPTACIÓN: Diferencias entre el Art. 22.1 de la Ley de Arbitraje 36/1988: “*El procedimiento arbitral comienza cuando los árbitros hayan notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje*”, con el art. 27 de la actual Ley: “*Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará el inicio del arbitraje*”, con las particularidades prácticas enunciadas en el apartado III. 2 a este respecto.

Tipo de Arbitraje

El arbitraje será _____ (institucional o, como en el caso *ad hoc*, es decir, diseñado en cuanto a su procedimiento por el árbitro y las partes para la resolución de la presente controversia).

El arbitraje será de derecho. Para la resolución de la controversia el árbitro aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas, incluyendo los usos y costumbres en el sector _____ (por ejemplo: los usos y costumbres de los contratos, del sector asegurador, transportes, etc., según el caso.)

El árbitro tendrá facultades de amigable componedor. Podrá preguntar en todo momento a las partes y a cualquier persona interesada en el proceso que comparezca durante el procedimiento arbitral.

En este apartado, hay que recabar que al contrario que ocurría en la Ley de arbitraje de 1988, que establecía como regla general el arbitraje de equidad (art. 4.2 LA 1988), Ahora, al igual que ocurre en la mayoría de la legislación comparada y en la propia Ley Modelo, art. 28.3; la Ley 60/2003 se posiciona claramente a favor del arbitraje de Derecho. La equidad sólo será admitida, a partir de ahora, si las partes hubieran autorizado a los árbitros expresamente para decidir en equidad, bien de forma expresa, o bien de forma indirecta, mediante la remisión a términos como “*decisión en conciencia*” o “*ex aequo et bono*”.

Número de Árbitros y Secretaría del Arbitraje

La controversia será resuelta por el árbitro único, (Artículo 12 y 13 LA 60/2003) D./Dña. _____, abogado/a del Ilustre Colegio de Abogados de _____ (Recordar que si en el caso el arbitraje fuese internacional no se precisaría que el árbitro fuese abogado ni que tampoco el colegio arbitral estuviese formado por abogados (art. 15.1).

En este punto, es aconsejable especificar todos los datos de interés profesional relacionados con el árbitro o ár-

bitros. Es decir, si tiene una especialización acreditada en un sector específico del campo al que se refiera el asunto, así como si es socio o integrante de algún despacho de abogados o cualquier otro cargo que desempeñe en el momento del arbitraje.

Las funciones de Secretaría, cuya sede será la misma que la del arbitraje, correrán a cargo de D./Dña. _____ (A continuación, se aconseja especificar categoría y puesto profesional)

Sede del Arbitraje

La sede del arbitraje se encontrará (Artículo 26 LA 60/2003) en el Despacho de abogados de _____

_____ situado en la siguiente dirección _____ Teléfono: _____ Fax _____ Correo electrónico _____

Se permite la celebración de audiencias y de deliberaciones en sede distinta a la del arbitraje. La determinación del lugar o sede es jurídicamente relevante en muchos aspectos, pero su fijación no debe suponer rigidez para el desarrollo del procedimiento (art. 26 LA60/2003)

Idioma del arbitraje

El idioma del arbitraje será el _____

Artículo 28 de la LA 60/2003: 1. “*Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas del arbitraje. A falta de acuerdo, decidirán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso. Salvo que en el acuerdo de las partes o en la decisión de los árbitros se haya previsto otra cosa, el idioma o los idiomas establecidos se utilizarán en los escritos de las partes, en las audiencias, en los laudos y en las decisiones o comunicaciones de los árbitros*”. 2. “*los árbitros, salvo oposición de alguna de las partes, podrán ordenar que, sin necesidad de proceder a su traducción, cualquier documento sea aportado o cualquier actuación realizada en idioma distinto del arbitraje*”.

Notificaciones y comunicaciones

Las notificaciones y comunicaciones (Artículo 5 LA 60/2003) entre el árbitro y las partes se realizarán por correo electrónico. Cuando una parte se dirija al árbitro lo hará con copia a la otra parte y a la Secretaría.

La única comunicación de las partes al árbitro de la que no se dará traslado a la otra parte es el escrito de descripción de la controversia.

Direcciones de correo electrónico de las partes a efecto de notificaciones y comunicaciones: (Ponerlas todas)

En este apartado es importante, a efectos prácticos, recabar en el planteamiento actual de una cuestión de inconstitucionalidad en lo que se refiere al plazo y modo de notificaciones establecido en el art. 5 apartado a) de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Cuestión de constitucionalidad promovida por la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid (APM), el pa-

sado 20 de abril de 2005, mediante Auto nº 4 recaído en el recurso de apelación 660/2003; por entender que salvo mejor criterio del Tribunal Constitucional, el apartado a) del citado artículo 5, “*comporta inseguridad jurídica, desigualdad de las partes, y vulneración del derecho de defensa, proscritos constitucionalmente, en virtud de los artículos 9 y 14, en relación con el artículo 24 de nuestra Carta Magna*”. Se ha de esperar, por tanto, al pronunciamiento que haga el TC sobre este punto.

Procedimiento del arbitraje

Las partes remitirán en un plazo de siete días naturales desde la recepción de las presentes reglas, (plazos según estime el árbitro), un escrito de descripción de la controversia _____ (Se aconseja aquí decir cómo se quiere que sea dicho escrito, por ejemplo: de no más de 5 folios a una cara, tipo de letra *Times New Roman* 12 e interlineado sencillo), en el que constará su nombre completo, calidad en la que intervienen y dirección. Todo ello es variable, según lo que considere el árbitro.

En el escrito manifestarán su voluntad inequívoca de someter la resolución de la controversia al arbitraje, formalizando así el convenio arbitral.

De igual modo, describirán la naturaleza y circunstancias de la controversia, pretensiones y adjuntarán los documentos que estimen oportunos. Conforme a lo acordado en la reunión preliminar, la parte _____ entregará copia del _____ (contrato, la póliza, etc. Es decir, del documento o documentos controvertidos en cuestión) aceptada por _____, así como copia del informe emitido por los peritos de seguros en relación con la presente controversia. Las partes podrán proponer la práctica de otras pruebas.

De estas comunicaciones no se dará traslado a la otra parte.

Fijación del objeto de la controversia y de los hechos. Prueba de los hechos

Diez días (por ejemplo) después de la finalización del plazo para la recepción de los escritos de exposición de la controversia, el día _____, a las _____ horas, se celebrará una reunión para fijar el objeto de la controversia y de los hechos, y practicar la prueba.

En la reunión, el árbitro expondrá los puntos de acuerdo y desacuerdo en relación con la fijación del objeto de la controversia y la determinación de los hechos. A continuación, el árbitro oírá contradictoriamente a las partes, primero al representante de _____ como reclamante y después al de _____ como demandado. Las partes expondrán cuál es, desde su punto de vista, el objeto de la controversia, su versión de los hechos y sus discrepancias y manifestarán su conformidad u oposición a la práctica de las prácticas propuestas.

El árbitro resolverá sobre la conveniencia de la práctica de las pruebas y se procederá a la práctica de las pruebas que el árbitro considere pertinentes.

En el plazo máximo de siete días desde la reunión y fijación del objeto de la controversia y de los hechos, es decir, con fecha límite el día _____, el árbitro enviará a las partes una comunicación en la que se delimitará el objeto de la controversia en relación con los hechos que considera probados.

Fase de Argumentaciones jurídicas

Siete días después de la finalización del plazo para la recepción de la anterior comunicación, el día _____, a las _____ horas, se celebrará una reunión en la que las partes argumentarán jurídicamente sus posiciones. Primero intervendrá el representante de _____ y después el del asegurador _____.
- En esta fase no se discutirá sobre los hechos.

Laudo

Si durante cualquier fase del procedimiento las partes llegaran a un acuerdo amistoso, el árbitro dictará un laudo que contendrá las circunstancias de tal arreglo. Aquí el árbitro manifiesta la posibilidad de hacer uso de sus facultades como amigable componedor. (También posibilidad de laudos por consenso y de laudos parciales) (Artículos 36, 37, 38 y 39 LA 60/2003)

El Título VI está dedicado al pronunciamiento del laudo y a la terminación de las actuaciones arbitrales. Las principales novedades versan aquí sobre la regulación de dos nuevos tipos de laudos: los laudos por consenso y los laudos parciales. Los primeros, permiten que si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, éstas podrán constar ese acuerdo en forma de laudo, siempre que el árbitro no aprecie motivo para oponerse (art. 36). El laudo o laudos parciales serán de gran utilidad para decidir diferentes cuestiones a lo largo de todo el proceso: la propia competencia de los árbitros, las medidas cautelares, el procedimiento, etc. (art. 37.1). Además, el laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo aunque la acción de anulación sólo cabe para los segundos (art. 40).

De no producirse lo anterior, en el plazo de veinte días (por ejemplo) desde la celebración de la reunión de exposición de las argumentaciones jurídicas, es decir, con fecha límite el día _____, el árbitro dictará un laudo motivado que contendrá un plazo para su ejecución y que, ya sin protocolización notarial (art. 37.8 LA 60/2003), será notificado a las partes.

Existen también novedades en cuanto al plazo para dictar el laudo y respecto a la ejecución inmediata de estos. El plazo para emitir el laudo, en defecto de acuerdo de las partes, se computará dentro de los seis meses siguientes desde la presentación de la contestación de la demanda arbitral o desde la expiración del plazo para presentarla. No obstante, a diferencia de la Ley anterior, donde el plazo debía ser de seis meses máximo, con la nueva Ley 60/2003, art. 37.2, el plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, salvo acuerdo en contrario de las partes y mediante decisión motivada, por un plazo no su-

perior a dos meses. Lo que hace un total de ocho meses de plazo máximo para dictar el laudo.

Modificación de los plazos

El árbitro podrá, de oficio o a instancia de alguna de las partes, prorrogar, acortar o suspender cualquiera de los anteriores plazos cuando el desarrollo del arbitraje así lo aconseje.

Costas

Las costas del arbitraje comprenderán los honorarios del Árbitro o Árbitros y cualquier otro gasto necesario para la realización del procedimiento arbitral. Las costas serán pagadas por partes iguales por las partes en litigio.

Honorarios

Los honorarios a percibir por la intervención del árbitro y del Secretario se calcularán con arreglo a una cuota horaria fijada de acuerdo a la experiencia y los trabajos a realizar por cada uno de ellos en el arbitraje. El árbitro tendrá una tarifa horaria de _____ Euros (o la moneda que se estipule) y el Secretario de _____ Euros. Los honorarios se facturarán por el Despacho _____.

Los gastos o suplidos que resulten necesarios serán objeto de facturación o cargo junto con las facturas.

Forma de pago: las cantidades que resulten de aplicar el anterior esquema, se abonarán, previa presentación de factura y deberán ir incrementadas con el importe del I.V.A. correspondiente.

Espero que lo anterior sea de vuestra conformidad, y quedo a la espera de los escritos de descripción del objeto de la controversia con fecha límite el _____ y a vuestra disposición para cualquier aclaración en relación con el presente convenio arbitral y reglas de arbitraje.

Atentamente:

Firma del Árbitro

Lugar y fecha

Conclusiones y propuestas

De cara a un futuro que ya es presente, la finalidad de la ley española de arbitraje 60/2003, se centra en un objetivo esencial meramente instrumental. Se trata de hacer de España sede de arbitrajes internacionales con especial proyección en el área latinoamericana. Es la antigua idea, trasladada aquí al sistema arbitral de utilizar a España como un verdadero puente entre Europa y América Latina. Puente cimentado a través de las relaciones empresariales intercontinentales y la rápida y eficaz solución de sus litigios mediante arbitraje. Idea que también había sido reflejada en todas las leyes españolas de arbitraje anteriores y que está siendo impulsada desde el ámbito del Derecho empresarial y, en particular, del Derecho del comercio y de los contratos.

De hecho, en España, desde finales del último medio siglo hasta la actualidad, hemos sido testigos privilegiados de una evolución cultural notable en el mundo del arbitraje. Con la aprobación y posterior entrada en vigor, el pasado 26 de marzo de 2004, de la Ley 60/2003, de arbitraje, se ha puesto de manifiesto como, en relativamente poco tiempo, se ha pasado de una fuerte prevención hacia la justicia arbitral, e incluso de su rechazo frontal como método alternativo de solución de controversias, a reconocer al arbitraje como el instrumento de justicia más adecuado para solucionar conflictos y, con ello, prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales estatales.

Según datos recientes, el arbitraje es el sistema de resolución de conflictos alternativo a la justicia estatal más usado por las empresas españolas, incrementándose su participación cada año. De hecho, el Tribunal de Barcelona administró en 2004 un 18% más de arbitrajes que en 2003 y cuenta, desde su fundación en 1989, con un número superior a 1300 arbitrajes que han pasado por dicho Tribunal. Si a éste incremento en la práctica arbitral española le unimos la política proarbitral abanderada por la nueva ley española de arbitraje 60/2003; el proyecto gubernamental de realizar una campaña institucional para concienciar a las empresas de las ventajas de la justicia arbitral; la puesta en marcha de un "Observatorio de arbitraje" donde puedan participar también empresarios; la creación, en junio de 2005, del "Club español de arbitraje" con el fin de promocionar a nuestro país como sede internacional en esta materia; y el dato de que Madrid, a principios de 2006, será la sede del Congreso Iberoamericano de Arbitraje, no es exagerado afirmar que, en España, el sector del arbitraje está viviendo un momento de auge sin precedentes. También, se ha observado como, en los últimos años, las empresas, Cámaras de Comercio, Colegios de Abogados e, incluso, distintas asociaciones privadas y los Colegios de Registradores y Notarios no cesan de organizar seminarios especializados para dar a conocer y fomentar el arbitraje en España.

En este sentido, el presente trabajo ha tenido el firme propósito de dar a conocer y difundir el arbitraje según el modelo español para contribuir, con ello, a su especial proyección latinoamericana en todos los ámbitos. De este modo, se persigue potenciar la práctica del arbitraje internacional en España y, en particular, se trata de promover la elección de España como sede de arbitrajes internacionales, especialmente utilizada por empresas latinoamericanas para que éstas resuelvan sus litigios en España.

Así, desde el punto de vista del Derecho aplicado a la empresa, con la ley española de arbitraje surge una nueva oportunidad muy importante que merece la pena valorar por varias circunstancias. En primer lugar, por los vínculos históricos y culturales entre España y los pueblos de América latina. En segundo lugar, por la facilidad en el idioma común y la reducción en costes de traducción que ello implica. Y, en tercer lugar, y muy especialmente, por las raíces en el ordenamiento jurídico. Conjunto de circunstancias que convierten a la plaza española en un lugar propicio para convertirse en centro de arbitraje internacional entre partes procedentes de países latinoame-

ricanos. El obstáculo que antes estaba en la legislación, hoy se salva gracias a la similitud de criterios, concepción y cultura arbitral existente entre la ley española de arbitraje y las leyes latinoamericanas.

De ahí que, de cara al cumplimiento de este objetivo esencial de promoción de España como sede internacional de arbitrajes, sea un tanto preocupante el actual planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto al plazo y modo de notificaciones establecido en el art. 5.ª LA, a través del Auto nº 4 recaído en el recurso de apelación 660/2003, de la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid (APM). Sin embargo, desde nuestra perspectiva, el planteamiento de la citada cuestión de inconstitucionalidad no debería empañar el optimismo con el que ha sido recibida la actual ley española de arbitraje y su inmejorable respuesta en la práctica. Se habrá de estar a la interpretación que hagan los jueces y tribunales españoles sobre este punto. Interpreta-

ción que si se tienen en cuenta las muestras favorables hacia el arbitraje observadas en los últimos años y el buen entendimiento del mismo, se confía que siga siendo, en este sentido, realista y positiva.

Con todo ello, se abre una puerta a la esperanza de cara a conseguir que España se convierta en una sede de arbitraje internacional entre partes procedentes de países iberoamericanos. No se trata de desmerecer con ello el prestigioso papel jugado hasta la fecha por la Cámara de Comercio Internacional de París, sino de establecer nuevos horizontes, consecuentes con la finalidad última de la propia Ley española 60/2003, de arbitraje, cual es, en general, la de potenciar la práctica del arbitraje internacional en España y, en particular, que las sociedades y empresas multinacionales, especialmente las procedentes del área latinoamericana, resuelvan sus litigios en nuestro país.

Notas

- 1 Publicada en el *Boletín Oficial del Estado español*, BOE, núm. 309, de 26 de diciembre de 2003 (<http://www.boe.es/boe/dias/2003-12-26/pdfs/A46097-46109.pdf>). Para un estudio de la ley en mayor profundidad, *vid.* la ingente cantidad de monografías y artículos publicados en relación con la Ley 60/2003 de arbitraje. Todos ellos enunciados en el trabajo de VERDERA Y TUELLS, E., *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación*, Discurso leído el 6 de junio de 2005, en el acto de su recepción como académico de número por el Excmo. Sr. D. Evelio Verdura y Tuells y Contestación del Excmo. Sr. D. Aurelio Menéndez Menéndez, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2005, 174 páginas.
- 2 *Vid.* al respecto, GONZALO QUIROGA, M., "Hacia la consolidación de una cultura arbitral en América Latina: la colaboración entre jueces y árbitros", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, (RCEA), vol. XV, 1999, pp. 339-352. Para un estudio de Derecho comparado de las distintas legislaciones arbitrales europeas y latinoamericanas que se encuentran armonizadas con la actual Ley española de arbitraje a través de la Ley Modelo, *vid.*, VERDERA Y TUELLS, E., *id. cit.*, p. 60.
- 3 Poniendo de relieve la vocación española de incrementar y potenciar sus relaciones comerciales internacionales a través de la nueva Ley española de arbitraje, con especial intensidad en el área latinoamericana, *cf.* GONZALO QUIROGA, M., "Latinoamérica en la nueva ley española de arbitraje", *Revista Jurídica de Ecuador, en prensa*.
- 4 Para un estudio general sobre el procedimiento arbitral conforme a la actual legislación española de arbitraje, *vid.* la monografía de CUCARELLA GALIANA, *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje)*, Madrid, *Studia Alabortiana*, 2004.
- 5 Sobre las distintas formas de dar comienzo el procedimiento de arbitraje, *vid.*, MUNNÉ CATARINA, "Efectos jurídicos derivados del inicio del arbitraje", *Anuario de Justicia Alternativa: Especial Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Tribunal Arbitral de Barcelona y Editorial Bosch, núm. 5. año. 2004, pp. 107-125.
- 6 En este sentido, *cf.*, CUCARELLA GALIANA, L.A., *El procedimiento...*, *op. cit.*, p. 153.
- 7 Así, según MERINO MERCHÁN J.F., en "Tiro a la línea de flotación de la nueva Ley de arbitraje", <http://www.injef.com>, 29-04-2005, p. 2. Argumentos que el citado autor destaca a su vez en "Minando el arbitraje", *Diario la Ley*, núm. 6289, 6 de julio de 2005, pp. 1-3.

Tratamiento jurídico-penal de las imprudencias sanitarias con resultado de muerte o lesiones en el derecho español

Rosa Ventas Sastre

La responsabilidad médica debe, en principio, ser proclamada cuando en el tratamiento médico, terapéutico o quirúrgico se incide en conductas descuidadas, que olvidando la *lex artis*, provoquen resultados lesivos.

I. Consideraciones previas

Han sido numerosas las aportaciones científicas sobre la doctrina general del Tribunal Supremo en materia de imprudencia¹. Por ello, a fin de evitar reiterarnos y extralimitarnos del tema objeto de estudio, hemos considerado más oportuno centrarnos, como piedra angular del presente trabajo, en el análisis de los aspectos más destacables de las imprudencias punibles en el ámbito de la actividad médico-sanitaria, con especial referencia a algunos de los casos más complejos enjuiciados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

II. El delito imprudente en la actividad sanitaria

Según la más moderna doctrina científico-penal, el delito imprudente en la actividad sanitaria requiere en la estructura de su tipo los siguientes elementos: a) La inobservancia de los deberes objetivos de cuidado que impone la concreta actividad; b) La producción de muerte o lesiones; c) Una relación de causa a efecto entre la conducta del agente y el resultado dañoso producido; d) Imputación objetiva del resultado².

En este sentido, debemos precisar que las infracciones dolosas se diferencian de las imprudentes no sólo en cuanto a la forma de culpabilidad, sino en que aquéllas admiten una imperfección del resultado querido, que en el caso de las imprudentes es impensable, ya que éstas sólo son punibles cuando se ha producido el resultado lesivo y, en concreto, en el ámbito médico-sanitario éste debe ser de muerte o lesiones.

Por consiguiente, no es suficiente con la realización de una conducta imprudente, sino que además se exige la producción de un resultado material perjudicial, en la medida que nos hallamos ante un delito de resultado material³.

II.1. La graduación de la imprudencia penal

La diferenciación entre las figuras de imprudencia⁴ siempre ha sido una tarea ardua⁵. Ciertamente existe un vacío legal o ausencia de regla alguna eficiente que sirva para modular la imprudencia. Sin embargo, desde antaño tanto la doctrina como la jurisprudencia han tratado de esclarecer esta cuestión, señalando que la distinción radicaba en la intensidad de la culpa, no en el hecho de que se hubiesen vulnerado o no preceptos de carácter reglamentario⁶. A su vez, hacían depender la intensidad de la culpa de la gravedad de la desatención de la conducta, poniendo ambas, culpa y desatención, en correlación directa⁷.

Hoy en día, las nuevas categorías legales de imprudencia grave y leve⁸, como señala la jurisprudencia más reciente⁹, deben ser puestas en relación con la entidad de la infracción del deber objetivo de cuidado, idea vertebral del concepto de imprudencia, toda vez que el tipo del injusto de estas infracciones se estructura sobre el elemento normativo de la infracción de una norma de cuidado.

A mayor abundamiento, también se ha destacado la importancia de que el Tribunal analizase, no sólo la mayor o menor intensidad de la falta de atención o cuidado en la actividad, sino también la mayor o menor representación del evento previsible y evitable de la infracción del deber normativo¹⁰.

En realidad, la graduación de la imprudencia entra de lleno en el ámbito de lo valorativo y axiológico, vedado inexorablemente al Órgano judicial, que tendrá que actuar con un pleno criterio de relativismo, en atención al caso concreto y circunstancias concurrentes. En este sentido, ante la falta de postulados estrictamente técnicos, las resoluciones judiciales se apoyan principalmente en consideraciones de justicia, equidad o sentido común, cuando no en meras razones de oportunidad. Todo ello conlleva, como peligro inherente, la posibilidad de incurrir en soluciones jurisprudenciales arbitrarias o contradictorias; de ahí la importancia de analizar escrupulosamente todos los condicionamientos y circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado. No obstante, no podemos obviar

las dificultades con las que se enfrentan los Tribunales a la hora de fijar unos parámetros claros de resolución, ya que los elementos jurídicamente relevantes varían dependiendo del caso en concreto.

II.2. La imprudencia profesional

En cuanto a la denominada imprudencia profesional¹¹, si bien la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en un principio usó esta agravación en un sentido excesivamente rigorista, aplicándose a todo profesional por el mero hecho de serlo, posteriormente restringió este concepto, poniendo el acento más en la imprudencia misma que en la condición del sujeto activo¹².

En cuanto a los requisitos que han de concurrir en el caso concreto para que se pueda apreciar imprudencia profesional, desde la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 29 de diciembre de 1975 se establece una exigencia plural: 1. En cuanto al sujeto activo, la realización de actos negligentes en el ejercicio de su profesión, de la cual hace su medio de vida ordinario y dedicación laboral. 2. La conducta pertenece a la serie de actos que de manera habitual se exigen y practican por los profesionales del ramo. 3. Sobre el resultado, es precisa la producción de muerte o lesiones graves. 4. En cuanto a la culpabilidad, es necesario que el resultado se produzca a consecuencia de impericia o negligencia profesional incompatible con la profesión, practicando ésta con manifiesta peligrosidad, caracterizada por un plus de culpa sobre la temeraria. 5. La apreciación de tales factores ha de realizarse con criterio de relatividad, ponderando, en todo caso, circunstancias, personas, y actividad profesional desarrollada.

La delimitación entre "imprudencia profesional"¹³ e "imprudencia del profesional"¹⁴ es esencial y trascendente, ya que sólo a la primera le es aplicable el plus agravatorio que señala el párrafo tercero del artículo 152 del vigente Código penal¹⁵. Ciertamente estos límites son confusos¹⁶, pero para apreciar tal agravación se ha exigido desde antaño que el resultado se origine a consecuencia de impericia o negligencia profesional¹⁷, inexcusable en su ejercicio, practicado éste con manifiesta peligrosidad. Esto es lo que representa el plus de agravación, pero, en ningún caso, debe operar de modo inmediato por el simple hecho de que la imprudencia provenga de un profesional.

III. La doctrina jurisprudencial sobre los principios generales de la imprudencia médica

La jurisprudencia ha elaborado una doctrina extensa y pormenorizada respecto de la imprudencia médica. Sobre este extremo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 4 de septiembre de 1991¹⁸ recoge un conjunto de principios generales sobre la materia, con independencia de

los diferentes casos enjuiciados, que pueden resumirse en los siguientes: 1. No se incrimina el error científico¹⁹. A mayor abundamiento, los errores de diagnóstico no son tipificables como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable²⁰. 2. Queda también al margen del ámbito penal la falta de extraordinaria pericia o cualificada especialización²¹. No obstante, debe sancionarse la equivocación inexcusable o la incuria sobresaliente, o cuando la falta de pericia sea de naturaleza extraordinaria o excepcional²². 3. La culpabilidad radica en que el facultativo pudo evitar el comportamiento causante del resultado lesivo²³. 4. En esta materia no se pueden establecer principios o generalizaciones inmutables²⁴. La determinación de responsabilidad ha de efectuarse teniendo en cuenta las situaciones concretas sometidas al enjuiciamiento²⁵, evitando las generalizaciones aplicables a todos los supuestos. 5. El deber de cuidado ha de establecerse primero, y posteriormente debe ser medido en función de todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, entre ellas la clase de actividad sobre la que se realiza el juicio de reprochabilidad, el riesgo o riesgos que comporta para las personas o las cosas, o la especialidad técnica o científica necesaria para el ejercicio profesional²⁶. 6. Si las deficiencias del instrumental médico no son imputables a los facultativos, o no consta que lo fueran, no puede apreciarse una conducta imprudente²⁷.

IV. El riesgo no permitido como criterio de determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado

Como ya hemos destacado anteriormente, la imprudencia entra de lleno en el ámbito de lo valorativo y axiológico, vedado inexorablemente al Órgano judicial, que tendrá que actuar con un pleno criterio de relativismo, en atención al caso concreto y circunstancias concurrentes. Ahora bien, esto no significa que el Órgano judicial tenga que hacer una ponderación de intereses, sino que tendrá que determinar cuál es el límite de lo tolerado o permitido. En este sentido, cuanto más aprecie la sociedad la utilidad de una determinada actividad, más riesgos estará dispuesta a aceptar. En numerosas ocasiones los niveles de permisividad de un riesgo determinado se halla en correlación directa con el avance tecnológico de un país y el estado de desarrollo de la ciencia; de ahí que algunos riesgos que antes eran prácticamente imposibles de permitir lleguen en un momento determinado a ser tolerados por el Ordenamiento jurídico.

El concepto de riesgo permitido implica que, además de los fines que se persiguen con una determinada actividad, hay que aceptar otra serie de consecuencias que no se persiguen. No obstante, lo que tolera la norma penal no son algunos niveles de riesgo, sino la configuración de determinadas conductas que conllevan inherentemente ciertos riesgos. Como señala BERNARDO FEIJÓO²⁸, no cabe hablar de un límite matemático o un nivel cuantitativamente fijo de riesgo cuyo traspaso determine la inter-

vención del Derecho penal. En este sentido, si una conducta se puede calificar como cuidadosa, el riesgo que la misma conlleve será tolerado por la norma penal, independientemente de la probabilidad de la lesión, mientras que si la conducta es descuidada ese riesgo ya no podrá ser tolerado.

En definitiva, el instituto del riesgo permitido es un elemento clave para imputar una responsabilidad por imprudencia, ya que sirve para valorar si ha existido una infracción del deber de cuidado, de no producirse dicha infracción no se podrá imputar un resultado a título de imprudencia; de ahí su importancia.

En nuestra sociedad cada vez existe una mayor planificación de riesgos en ámbitos especialmente peligrosos. De hecho, el Estado interviene de un modo intenso en actividades peligrosas con el fin de conseguir una estandarización mínima como medio para prevenir ciertos riesgos.

Iv.1. Riesgos en ámbitos profesionales con un estándar técnico : el estándar médico o *lex artis* en el caso de la medicina

Uno de los ejemplos más característicos de profesión carente de normas jurídicas de regulación, donde el Ordenamiento jurídico no tiene otra solución que acudir al estándar técnico, o a la opinión mayoritaria de los especialistas del ramo, como indicio para determinar el deber de cuidado, es la actividad médico-quirúrgica.

En este ámbito profesional, dado que se encuentra en continuo desarrollo científico³⁰, el Ordenamiento jurídico no puede establecer normas de actuación, ya que quedarían rápidamente obsoletas, además de la imposibilidad material de compendiar en normas jurídicas conocimientos tan prolijos como los de la Ciencia médica.

Consecuentemente, el Tribunal a la hora de valorar si el facultativo ha actuado dentro del riesgo permitido o, si por el contrario, ha infringido el deber de cuidado, por extralimitarse en dicho riesgo, tendrá que valerse del denominado estándar médico³¹. Este término no tiene una significación distinta a la *lex artis*³², cuyo uso es más habitual y representa el conjunto de reglas de la técnica vigentes en la profesión médica. En este sentido, tanto si se usa el término estándar médico como si se habla de *lex artis*, la observancia de la medicina debe realizarse en el momento en que se efectúa la intervención. Asimismo, el Tribunal deberá valorar otras circunstancias concretas como el lugar y el tiempo en que se efectúa dicha intervención³³, teniendo en cuenta no sólo los medios con que cuenta el profesional sanitario, sino también la urgencia de la misma, o las posibilidades de traslado a un centro con más recursos³⁴. La concurrencia de todas estas variables en la determinación del estándar médico o *lex artis* conforman la denominada *lex artis ad hoc*³⁵.

En el ámbito médico son de suma importancia los Protocolos y las Guías clínicas de actuación, en la medida que conforman la *lex artis* propiamente dicha. Son criterios científicos universales de actuación, realizados de

conformidad con la evolución de la tecnología y la práctica médica o evolución de la ciencia³⁶.

Así, por ejemplo, una actuación correcta en anestesiología se debe realizar de conformidad con los parámetros y estándares de la práctica clínica de esta especialidad. Éstos exigen inicialmente una evaluación preanestésica, que comprende: 1. La revisión de la historia clínica, que incluye datos objetivos diagnóstico (laboratorio, radiología etc) y revisión de hojas anteriores de anestesia, cuando sean pertinentes y estén disponibles; 2. Entrevista con el paciente, incluyendo historia de medicaciones y alergias, historia familiar de problemas anestésicos, hábitos (tabaco, alcohol etc.)³⁷.

La omisión³⁸ de estas actividades previas, exigidas por el estándar médico o *lex artis*, conlleva la infracción del deber objetivo de cuidado, traducido en la creación de un riesgo no permitido. En este caso, si se produce un resultado de muerte o lesiones, en directa relación de causalidad que exige la teoría de la imputación objetiva, surgirá una responsabilidad por imprudencia médica³⁹.

Otros de los parámetros en base a los que se debe practicar una correcta anestesiología son los estándares de anestesia para monitorización básica intraoperatoria, cuyo objetivo es la seguridad del paciente y la calidad de la anestesia. Este estándar establece la obligación de la presencia del anestesiólogo durante la realización de cualquier procedimiento de anestesia general o local, no pudiendo ser nunca reemplazada por la monitorización⁴⁰. Además, deberá contar con la ayuda de personal de enfermería experimentado en los momentos que sea necesario.

Pese a las obligaciones impuestas por dicho estándar, no son escasos los supuestos de imprudencias sanitarias⁴¹ con resultado de lesiones o muerte por ausentarse el anestesista en una operación quirúrgica⁴². En primer lugar, debemos precisar, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ⁴³, que el anestesista, en el cumplimiento de las obligaciones que le competen, es autónomo antes, durante y después de la operación quirúrgica⁴⁴, mientras que el cirujano es competente para la decisión sobre el si, el cómo y el cuándo de la operación. Las competencias de cada uno quedan articuladas en base al denominado principio de confianza⁴⁵. Ahora bien, excepcionalmente, cuando se produce una infracción del deber de cuidado por el anestesista, por ejemplo, o surgen dudas sobre su cualificación o fiabilidad, aparece un deber de cuidado, cuyo incumplimiento puede llevar a imputar el resultado lesivo al cirujano⁴⁶.

Como colofón, para valorar si ha existido una infracción del deber de cuidado en el campo de la medicina, ámbito con una *lex artis* bastante estandarizada, podemos destacar, a modo de conclusiones, lo siguiente: 1. La responsabilidad médica debe, en principio, ser proclamada cuando en el tratamiento médico, terapéutico o quirúrgico se incida en conductas descuidadas, que olvidando la *lex artis*, provoquen resultados lesivos; 2. Si el facultativo utiliza alguno de los remedios, técnicas o terapias admitidos como *lex artis* habrá actuado diligentemente; 3. La "libertad de tratamiento", "libertad de terapia" o "libertad de método" debe ser utilizada por el facultativo dentro de las coordenadas de la *lex artis*, de lo contrario infringirá el deber de cuidado.

V. Bibliografía citada

- BERNARDO FEIJÓO: *Resultado lesivo e imprudencia*, Barcelona, 2001.
- CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, 1998.
- GALÁN CORTES, J.: "La responsabilidad civil y penal del médico anestesista", en *La Ley*, 1995, pp. 1055-1073.
- GÓMEZ PAVÓN, P.: *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 2ª ed., Barcelona, 2004.
- JORGE BARREIRO, A.: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990, p. 49.
- LÓPEZ TIMONEDA, en *Responsabilidad del personal sanitario* (actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario, celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994), Consejo General del Poder Judicial. Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, pp. 59-70.
- MARTINEZ-CALCERRADA, L.: "Especial estudio de la denominada "lex artis ad hoc" en la función médica", en *Actualidad Civil*, 1986-1, pp. 1697-1709.
- MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. M.: *La responsabilidad del médico y del sanitario*, Madrid, 1990. Del mismo: MARTINEZ-PEREDA, J. M.: "La imprudencia punible del anestesista según la doctrina del Tribunal Supremo", en *Actualidad Penal*, 1994.1., pp. 283-291.
- ROMEO CASABONA, C. M.: *El médico y el Derecho penal*, Barcelona, 1981.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo", en *Derecho y Salud*, vol. 2, núm. 2, julio-diciembre 1994, pp. 57-69. Del mismo: "La responsabilidad penal del médico por omisión", en *La Ley*, 1987, pp. 955-966.
- SOLA RECHE, E./HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U./ROMEO CASABONA, C. M.: "La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español", en *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, XXII Coloquio de Derecho europeo, Universidad de La Laguna, 1993, pp. 99-120.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Responsabilidad penal del personal sanitario*, Navarra, 2003.

Notas

- 1 No obstante, conviene recordar que no toda imprudencia es relevante penalmente, tan sólo aquéllas que el legislador ha seleccionado, lo que significa que únicamente existirán delitos imprudentes en aquellos supuestos que la propia Ley indique. Con la dicción del artículo 12 del Código penal de 1995: "las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley", se establece un sistema de *numerus clausus*, quedando así eliminada la cláusula general o *numerus apertus* del sistema anterior, en el que se basaba la incriminación de los delitos imprudentes. Son numerosas las obras doctrinales sobre esta materia, entre otras, destacamos: CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, 1998; CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989. En sede jurisprudencial, sobre los elementos que la comisión de un delito imprudente exige, véanse, a título de ejemplo, SSTS de 16 de junio de 1987, 14 de septiembre de 1990, 24 de octubre de 1994, 25 de mayo de 1999, 23 de octubre de 2001 y 19 de julio de 2002.
- 2 STS de 13 de febrero de 1997.
- 3 Ya en la STS de 14 de febrero de 1991 se requiere "el daño o perjuicio concreto, sobrevenido como consecuencia de aquella conducta negligente, en su doble vertiente de falta de previsión o "deber de saber" y la falta de cuidado o "deber de evitar" añadiendo, a su vez, que "entre la actuación negligente y el resultado dañoso ha de mediar la correspondiente relación de causalidad, de causa a efecto, lo que a su vez generará la responsabilidad cuando el reproche sea imputable a persona determinada".
- 4 El legislador del Código penal de 1995 ha sustituido las figuras legales de imprudencia temeraria e imprudencia simple por las de grave y leve, otorgando a la primera el rango de delito, en el caso que nos ocupa arts. 142, 152 y 158, y reservando para la forma leve la sanción de falta, en este sentido art. 621.2 y 3. Ahora bien, esta correlación imprudencia grave-delito e imprudencia leve-falta se quiebra en el supuesto de las lesiones del art. 147.2, ya que si son causadas por imprudencia grave no se sancionan como delito sino como falta prevista en el art. 621.1 del Código penal.
- 5 Es doctrina reiterada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras SS de 28 de enero, 13 de noviembre y 13 de junio de 1981, 22 de abril de 1988, y 27 de noviembre de 2001, que las líneas divisorias de los diferentes grados de la imprudencia punible son tenues e imprecisos, ya que dependen de las circunstancias concurrentes. De ahí la importancia, como señala la citada STS de 22 de abril de 1988 de "que las Audiencias no pequen de una excesiva sobriedad al narrar o describir lo sucedido, sino que en el "factum" de sus sentencias, no regateen ni escatimen datos o pormenores sino que lo redacten minuciosamente y con toda prolijidad posible, facilitando, de ese modo, y haciendo funda-

Notas

- da y comprensible la delimitación, así como la calificación más certera y atinada”.
- 6 STS de 28 de enero de 1981. Como destaca la STS de 10 de octubre de 1998 “el texto vigente elude toda referencia a la infracción de reglamentos en la fijación de los criterios legales de la imprudencia, lo que ha sido saludado positivamente por la doctrina, en la medida que las previsiones reglamentarias pueden no corresponderse “per se” con las normas de cuidado, como ya había puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial”.
 - 7 Así, la desatención normal o debida, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, aproximándose, sin alcanzarla, a la cota exigida habitualmente en la vida social, conlleva una imprudencia simple con o sin infracción de reglamentos (STS de 14 de septiembre de 1990), mientras que si se dejaba de prestar la atención más elemental o indispensable, o bien existía omisión absoluta del deber de atención, se incurría en imprudencia temeraria (SSTS de 13 de marzo de 1982, 29 de marzo de 1988 y 28 de diciembre de 1990). Sobre la diferencia entre las antiguas categorías legales de simple imprudencia o negligencia sin infracción de reglamentos e imprudencia simple con infracción de reglamentos, véanse las SSTS de 13 de diciembre de 1974, 14 y 23 de abril de 1975, 14 de febrero, 3 de mayo y 18 de diciembre de 1978, 26 de abril de 1979, 9 de diciembre de 1981, 4 de julio de 1983, 22 de diciembre de 1984, 18 de diciembre de 1985, 13 de febrero de 1986 y 29 de marzo y 22 de abril de 1988.
 - 8 La actual figura de imprudencia grave se corresponde con la antigua imprudencia temeraria, esto es, con la más grave infracción del deber objetivo de cuidado, mientras que la imprudencia leve coincide con la anterior imprudencia simple, que en la modalidad de simple sin infracción de reglamentos, como destaca, con gran acierto, la STS de 10 de octubre de 1998 “prácticamente habría que estimarla situada extramuros del sistema penal, alojada dentro del Ordenamiento civil como respuesta más acorde con el principio de intervención mínima”.
 - 9 STS de 10 de octubre de 1998.
 - 10 SSTS de 11 de octubre de 1979, 19 de febrero de 1982 y 29 de marzo de 1988.
 - 11 La imprudencia profesional apareció en el Código penal de 1944 limitada a las infracciones cometidas con vehículo de motor. Con la revisión del Código penal por Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 se eliminó esta circunscripción al ámbito automovilístico, otorgando a la imprudencia profesional un carácter general cuando se produjera muerte o lesiones graves a consecuencia de impericia o negligencia profesional. Sobre la imprudencia profesional, véase por todos, MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. M.: *La responsabilidad del médico y del sanitario*, Madrid, 1990, pp. 55-83.
 - 12 Este cambio puede observarse, sobre todo, a partir de la STS de 30 de septiembre de 1959. Sobre la restricción en la aplicación de la agravante de imprudencia profesional indica la STS de 26 de abril de 1984 que “la culpa de un profesional anestesista no entraña, por sí sola, la impericia o negligencia profesional que, como agravante específica, se recoge en el párrafo segundo del artículo 565 del Código penal”. En el mismo sentido, la STS de 24 de noviembre de 1989 señala que “para la difícil tarea de diferenciar culpa del profesional y culpa profesional, la jurisprudencia ha venido a sentar al menos un claro criterio inspirador: el respeto al artículo 9.3 de la Constitución española exige evitar que se eleve a la categoría de ordinaria una agravación que legalmente aparece como excepcional”.
 - 13 La STS de 1 de diciembre de 1981 condena al Jefe de sección de anestesia de un Centro médico hospitalario como autor de un delito de imprudencia temeraria por negligencia profesional, con resultado de muerte. Reza la sentencia que “la culpa debe recibir el calificativo de profesional cuando el resultado, al cual debe ir ligada por relación causal inexcusable, se produzca a consecuencia de un acto profesional que sea en sí mismo imperito o negligente, dentro de la estructura de la actividad que en cada caso corresponde, es decir, un comportamiento incompatible con la profesión, con grave vulneración de las reglas llamadas de la *lex artis*”. Abundando aún más la STS de 22 de abril de 1988 señala que en la culpa profesional “el infractor incurre en un plus de antijuridicidad consecutivo a la inobservancia de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales, siendo totalmente imperdonable e indisciplinable que una persona que pertenece a la profesión o actividad de que se trate (...) proceda de un modo ignaro e inducto, mostrando ignorancia suma de las reglas fundamentales del ejercicio profesional”. La más reciente jurisprudencia se ha pronunciado en términos similares, así la STS de 27 de marzo de 2002, reproduciendo el contenido de la STS de 3 de octubre de 1997, establece que “la imprudencia profesional (relacionada con una intervención médica) se caracteriza por la inobservancia de las reglas de actuación, que vienen marcadas por lo que se conoce, en términos jurídicos, como *lex artis*, lo que conlleva un plus de antijuridicidad que explica la elevación penológica (...) La imprudencia profesional aparece claramente definida en aquellos casos en que se han omitido los conocimientos específicos que sólo tiene el sujeto por su especial formación”. La misma doctrina aparece recogida en SSTS de 8 de junio de 1994, 25 de mayo y 8 de noviembre de 1999 y 26 de febrero 2001. Además de la citada STS de

Notas

- 27 de marzo de 2002, otros ejemplos de fallo condenatorio por imprudencia profesional, en el ámbito médico, son la SSTS de 23 de octubre de 2001 y 19 de julio de 2002.
- 14 Señala la STS de 29 de marzo de 1988 que la culpa del profesional significa "imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél en el ejercicio de su arte u oficio". Una reiterada jurisprudencia ha abundado en la distinción entre "culpa profesional" y "culpa del profesional" (SSTS de 2 de enero y 24 de marzo de 1984, 23 de febrero y 30 de septiembre de 1985, 21 de febrero de 1986, 23 de julio de 1987, 29 de marzo y 27 de mayo de 1988, 5 de julio y 1 de diciembre de 1989, 24 de enero de 1990, 22 de septiembre de 1992, 7 de julio de 1993, 8 de junio de 1994, 21 de julio de 1995, 8 de mayo de 1997 y 16 de diciembre de 1997).
 - 15 En efecto, en caso de imprudencia profesional se aplicará la pena correspondiente a cada uno de los supuestos previstos en el artículo 152.1 del Código penal y, además, como establece el art. 152.3, "se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de uno a cuatro años".
 - 16 Así lo han declarado las SSTS de 28 de septiembre de 1987 y 29 de octubre de 1994. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo", en *Derecho y Salud*, vol. 2, núm. 2, julio-diciembre 1994, p. 68, ha puesto de relieve la dificultad de distinguir entre imprudencias profesionales e imprudencias no profesionales, esto es, comunes de los profesionales, lo que conlleva, como consecuencia lógica, que la jurisprudencia no aplique coherentemente su propio criterio distintivo, valga de ejemplo las SSTS de 26 de junio de 1980, 7 de julio de 1993 o 18 de noviembre de 1991.
 - 17 En este sentido, el artículo 565.2 del Código penal de 1973 preceptuaba: "Cuando se produjere muerte o lesiones con los resultados previstos en los artículos 418, 419 ó 421.2, a consecuencia de impericia o negligencia profesional, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo. Dichas penas se podrán elevar en uno o dos grados a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad". Así, pues, el Código penal de 1973 utilizaba junto al término "imprudencia" también los de "negligencia" e "impericia", términos que fueron eliminados por el legislador del Código penal de 1995. No obstante, señala GÓMEZ PAVÓN, P.: *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 2ª ed., Barcelona, 2004, p. 341, que la doctrina mayoritaria no ha distinguido entre impericia o negligencia, reconduciendo ambas a la falta de aptitud o actitud descuidada del profesional en el ejercicio de su profesión. Sobre este extremo, matizan SOLA RECHE, E./HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U./ROMEO CASABONA, C. M.: "La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español", en *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, XXII Coloquio de Derecho europeo, Universidad de La Laguna, 1993, p. 103, que el Código penal se refería con estas expresiones a la asunción de un riesgo excesivo, no permitido, infringiendo con ello unos deberes de cuidado, sin perjuicio de algunas diferencias de matiz cuando se trata de impericia y negligencia en el campo profesional, en otro caso, imprudencia y negligencia son términos sinónimos.
 - 18 En idénticos términos se han pronunciado las SSTS de 5 de julio de 1989 y 29 de febrero de 1996.
 - 19 SSTS de 10 de marzo de 1959 y 17 de julio de 1982.
 - 20 SSTS de 8 de octubre de 1963, 10 de abril de 1970, 30 de abril de 1979, 26 de octubre de 1981, 26 de octubre de 1983, 24 de noviembre de 1984, 7 de octubre y 22 de diciembre de 1986, 29 de marzo de 1988, 5 de mayo y 5 de julio de 1989 y 14 de febrero de 1991.
 - 21 STS de 10 de marzo de 1959, 8 de octubre de 1963, 5 de febrero y 8 de junio de 1981.
 - 22 STS de 5 de julio de 1989. Señala sobre el particular la STS de 26 de junio de 1980, que el otorgamiento de un título profesional, de conformidad con la normativa académica, crea una presunción de competencia que encuentra su fase negativa en la impericia, "entendiendo por tal la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate, y esa impericia puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia o en la defectuosa ejecución del acto requerido por la *Lex artis*".
 - 23 STS de 16 de abril de 1970, 26 de junio y 25 de noviembre de 1980, 5 de febrero y 8 de junio de 1981.
 - 24 STS de de 26 de junio y 25 de noviembre de 1980, 5 de febrero y 8 de junio de 1981 y 25 de enero de 1988.
 - 25 STS de 8 de junio de 1981.
 - 26 STS de 5 de mayo de 1989.
 - 27 Este último principio general ha sido extraído de la STS de 1 de diciembre de 1989, que también hace referencia a la doctrina del Alto Tribunal sobre la responsabilidad penal de los médicos.
 - 28 BERNARDO FEIJÓO: *Resultado lesivo e imprudencia*, Barcelona, 2001, p. 272.
 - 29 Sobre este extremo, señala BERNARDO FEIJÓO: *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., pp. 307 y ss., que estándar técnico no es lo mismo que riesgo permitido, por cuanto dicho

Notas

- estándar no responde a una aceptación colectiva, sólo a la opinión mayoritaria de los especialistas del ramo que lo han creado, lo utilizan o se benefician de dicho riesgo. En definitiva, el estándar técnico es de gran utilidad en la medida que sirve como instrumento de control del riesgo, pero ello no significa que el Ordenamiento jurídico lo haya tolerado, ya que no coincide ni en el fundamento ni en la legitimidad con el riesgo permitido.
- 30 También se ha pronunciado nuestro más Alto Tribunal sobre la problemática de la constante evolución de la Ciencia médica. Así, la STS de 26 de junio de 1980 establece como regla general "lo aventurado que significa el querer sentar como apotegma principios inmutables, debido, de una parte, al progreso constante en este campo". En idénticos términos se han pronunciado las SSTs de 15 de enero de 1986, 29 de marzo de 1988, que destaca la importancia de prestar cuidadosa atención a la *lex artis*, "sin sentar apotegmas absolutos, dada la evolución constante de la Ciencia médica" y 14 de febrero de 1991. Como señala la STS de 4 de septiembre de 1991 que, como ya hemos destacado, recoge una elaborada doctrina sobre la imprudencia médica, en esta materia no existen principios inmutables, ya que no se pueden realizar generalizaciones, sino que, por el contrario, se precisa una individualizada reflexión sobre el concreto supuesto enjuiciado.
- 31 Este término, cuyo uso ya es generalizado entre los juristas alemanes, comienza a ser utilizado por la doctrina penal española.
- 32 Sobre la *lex artis*, literalmente "ley del arte", ley artesanal o regla de la técnica de actuación de la profesión en cuestión, señala LÓPEZ TIMONEDA, en *Responsabilidad del personal sanitario* (actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario, celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994), Consejo General del Poder Judicial. Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, p. 59, que "la *lex artis* se refiere a una serie de reglas técnicas siguiendo los estándares aceptados y aprobados en el ejercicio de la profesión, teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones en que hubieron de efectuarse y la situación del paciente en cada caso; en definitiva, es hacer bien las cosas o realizar una actuación profesional correcta".
- 33 Sobre la importancia de valorar las circunstancias concretas de lugar y tiempo en el que se realiza la actividad médico-quirúrgica, cfr. JORGE BARREIRO, A.: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990, p. 49; ROMEO CASABONA, C. M.: *El médico y el Derecho penal*, Barcelona, 1981, pp. 245-247.
- 34 VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Responsabilidad penal del personal sanitario*, Navarra, 2003, p. 37.
- 35 Término acuñado por MARTINEZ-CALCERRADA, L.: "Especial estudio de la denominada "lex artis ad hoc" en la función médica", en *Actualidad Civil*, 1986-1, pp. 1697-1709. Este autor define este término como "el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia o arte médica, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos, estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)" (p. 1700).
- 36 Estos criterios de estandarización mínima han sido recogidos por LÓPEZ TIMONEDA, en *Responsabilidad del personal sanitario*, pp. 59 y ss.
- 37 "La correcta asistencia anestesiológica del paciente quirúrgico constituye una verdadera cadena asistencial que comienza con la preanestesia (consulta preanestésica), continua con la técnica anestésica, propiamente dicha, y no finaliza hasta el despertar del paciente en la unidad de recuperación postanestésica (URPA) ó unidad de reanimación; siendo todo este proceso de la competencia y responsabilidad exclusiva del médico especialista en anestesiología-reanimación". Cfr. LÓPEZ TIMONEDA, en *Responsabilidad del personal sanitario*, cit., p. 61.
- 38 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: "La responsabilidad penal del médico por omisión", en *La Ley*, 1987, pp. 955-966.
- 39 Valga de ejemplo la STS de 7 de diciembre de 1993 que declaró como hechos probados "a) El desconocimiento por el facultativo del grupo sanguíneo de la niña a la que practicó la intervención quirúrgica. b) La ausencia de análisis sanguíneos encaminados o dirigidos al diagnóstico de anemia (...) c) Que la niña fallecida tenía el grupo sanguíneo B y fue transfundida con plasma del grupo O y factor RH negativo (...)". La sentencia condena por imprudencia al facultativo que "no agotó las medidas de cuidado exigibles (...) por lo demás de rápida y fácil realización, como la comprobación analítica de la existencia de anemia, la del grupo sanguíneo del paciente (...)". Igualmente, la STS de 18 de marzo de 1993 condena por imprudencia temeraria al médico que no realizó las previas y

Notas

- oportunas pruebas alérgicas, y la STS de 9 de marzo de 2000, si bien no condena por imprudencia temeraria, puesto que el médico se informó de las posibles alergias a medicamentos por parte del fallecido, sin embargo si lo hace por simple imprudencia o negligencia, ya que el interrogatorio debió ser más completo e intenso.
- 40 Sobre la importancia de extremar al máximo la cautela y precaución en el acto de la anestesia se han pronunciado, entre otras muchas, las SSTS de 22 de abril de 1988 y 4 de septiembre de 1991.
- 41 Son varios los estudios realizados por la doctrina sobre la responsabilidad penal por imprudencia del médico anestesista. Por su interés destacamos, entre otros, los siguientes: MARTINEZ-PEREDA, J. M.: "La imprudencia punible del anestesista según la doctrina del Tribunal Supremo", en *Actualidad Penal*, 1994.1., pp. 283-291; GALÁN CORTES, J.: "La responsabilidad civil y penal del médico anestesista", en *La Ley*, 1995, pp. 1055-1073; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo", cit., pp. 57-69.
- 42 La STS de 1 de diciembre de 1989 condena como autor de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte al Jefe de sección de anestesia, que intervino en una operación quirúrgica en calidad de médico anestesista. Como relación de hechos señala la sentencia que el acusado "abandonó el quirófano sin dar cuenta a nadie durante diez minutos, por lo que tuvo que ser avisado por la ATS para que volviese a su puesto por haberse movido el enfermo para normalizar la situación. No obstante, volvió a ausentarse del quirófano de nuevo y hubo de ser buscado por la enfermera y tras una tercera ausencia de más de diez minutos cuando volvió de nuevo a su puesto en la operación (...) descubrió que el tubo nasotraqueal que suministraba oxígeno al paciente estaba desconectado, lo que provocó a la víctima el que quedara descerebrada y en estado crónico vegetativo, hasta su posterior fallecimiento". También resulta de interés referirnos a las SSTS de 7 de julio de 1993 y 18 de septiembre de 1989, condenando esta última por imprudencia al médico anestesista y a la enfermera que abandonaron la sala de despertar, falleciendo el paciente. Una condena similar se recoge en la STS de 26 de abril de 1994, donde el médico anestesista abandona la sala de despertar, sin que el paciente hubiera recuperado la conciencia, para asistir a otra operación durante media hora, tiempo durante el cual el paciente no estuvo vigilado ni controlado por otro facultativo.
- 43 SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo", cit., pp. 57 y 58.
- 44 Así también lo ha declarado la STS de 7 de julio de 1993, al consignar que "ni el conocimiento y consentimiento del cirujano-jefe de su ausencia sirve de causa exculpadora porque el anestesista asume, dentro del equipo médico de que forma parte, con plena autonomía y responsabilidad, todas las funciones que son de su competencia y atinentes a su especialidad".
- 45 El principio de confianza despliega su eficacia en aquellos casos donde con la actuación infractora de un sujeto se entremezclan otros participantes en la actividad en cuestión, a quienes también abarcará el peligro creado por dicha infracción. Cfr. Sobre este principio, CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, cit., pp. 327 y ss.
- 46 Así, por ejemplo, en un supuesto de operación quirúrgica donde el anestesista se ausenta por tener que atender simultáneamente a dos pacientes operados en quirófanos distintos, la STS de 11 de octubre de 1979 condena al Jefe de equipo por incurrir en la falta de atención que le era exigida, al no percatarse del estado cianótico de la víctima, y conocer y consentir tácitamente la ausencia del anestesista. Un supuesto similar ha sido enjuiciado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de septiembre de 1991, señalando que "el cirujano a quien corresponde una específica actividad sobre el paciente, conoce y tiene el deber de conocer los riesgos de las operaciones con anestesia general. Si tolera que no se conecte el aparato monitor y no lo conecta él y además permite la ausencia del anestesista consiente en su actuación quirúrgica un estado de riesgo determinante en adecuada relación causal del resultado final del fallecimiento del paciente". Como reza la STS de 24 de noviembre de 1989 "el procesado debió percibir el peligro que el acto médico y las negativas condiciones implicaba para la vida del paciente. La conducta imprudente del recurrente comienza por no controlar la conexión del monitor al inicio de la operación y en su tolerancia o consentimiento a que el anestesista abandonase el quirófano". Ha sido constante la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a la hora de exigir al cirujano, por su condición de experto, la obligación de conocer los riesgos que se producen en las intervenciones quirúrgicas efectuadas con anestesia general, SSTS de 26 de junio de 1980, 19 de febrero, 11 de junio de 1982 y 22 de abril de 1988.

Dimensión política del contrato

Fabián Corral B.

El desdoblamiento de las calidades del Estado -poder político y administración contratante- debe ser profundizado por el derecho político y por el derecho administrativo. La comprensión de este fenómeno contribuirá a legislar en forma apropiada, a negociar y ejecutar los tratados y convenios en forma más transparente, equitativa y segura para las partes.

I.- Ley, contrato y tratado

La gran coordenada que organiza la vida de las sociedades civilizadas está constituida por las líneas convergentes de la Ley, como expresión del poder político, y del contrato como manifestación de las voluntades de los asociados. Ley y contrato configuran el entramado en que tradicionalmente se han movido los países, las empresas y los ciudadanos. Hay que agregar, como factor, importante el de los convenios y tratados internacionales, antes generalmente reservados a regular las relaciones entre los estados y últimamente convertidos en un referente poderoso que influye sobre los vínculos jurídicos, aun entre las personas naturales.

Antes del desarrollo y la expansión de los tratados internacionales a las relaciones privadas, estaba claro que los contratos debían enmarcarse exclusivamente en la Ley, y que la Ley, en materia contractual, era fundamentalmente permisiva, salvo el caso de los contratos públicos, que siempre fueron muy regulados, primero por el Derecho Administrativo, y luego, cada vez más, por normativas especiales, como son, en el caso ecuatoriano, las de contratación pública y de Modernización del Estado e innumerables reglamentos. Los tratados al estilo del TLC modifican este esquema y desplazan al referente tradicional, que fue la Ley local, hasta convertirse dichos tratados en el eje fundamental de los esquemas contractuales y hasta en referente fundamental de la política y de la economía.

El desarrollo y auge de los tratados internacionales es una de las manifestaciones del proceso de "desnacionalización del derecho" y de internacionalización jurídica. Este es un hecho poco estudiado en el Ecuador, y que, sin embargo, está conmoviendo a los grandes referentes sobre los cuales se construyeron los ordenamientos jurídicos que, tradicionalmente, estuvieron marcados por el principio -predominante durante el tiempo del apogeo del

nacionalismo jurídico- de la territorialidad de la ley, del imperio de la norma nacional, del cual se desprende la ficción de conocimiento de la ley por todos los habitantes del Estado, presupuesto de su imperatividad.

Los modernos convenios internacionales generan una verdadera carga normativa vinculante para los estados y para sus habitantes, que no son obra del legislador local y que provienen de un proceso de negociación y posterior ratificación, en el cual el papel del Congreso no es analítico o formativo de la norma, como es lo tradicional, sino circunscrito exclusivamente al acto político de ratificación del texto del convenio. En ese caso, en estricto sentido jurídico, el Congreso no "forma" las reglas, simplemente las ratifica o no, sin posibilidad de introducir modificaciones a la voluntad concurrente de los Estados. Hay que observar que el negociador de un tratado o convenio -representante del Presidente de la República- es quien forma la voluntad del Estado obrado como una especie sui generis de "supralegislador", ya que lo que tal negociador convenga, de ser admitido por el Congreso, quien no tiene capacidad de reforma puntual de lo convenido, se superpondrá a las leyes de origen legislativo común.

Esta especie de sui generis sustitución de la potestad legislativa -dado que los tratados ya no se limitan a regular las relaciones de Estado a Estado, sino que se extienden a las relaciones jurídicas que involucran a sujetos de derecho privado- es tanto más importante si se considera que la Constitución Política, en el Art. 163, precisó un tema antes confuso y confirió a los convenios y tratados internacionales el estatus de normas supralegales, lo que significa que prevalecen absolutamente sobre toda la legislación local, inclusive sobre las leyes orgánicas. Además, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada recientemente por el Ecuador (julio 2003) dispone, primero, que los tratados deben cumplirse de buena fe (el pacta sunt servanda) y, segundo, que ningún Estado puede dejar de cumplir sus compromisos internacionales a pretexto de que una norma local se lo

impida. En mi opinión, en el concepto de "derecho local", está incluida la Constitución. Los dos principios corresponden al espíritu del derecho de los tratados, pero nunca han sido desarrollados suficientemente ni comprendidos en el Ecuador.

Uno de los temas que no se han estudiado es el de la función de las leyes nacionales cumplirán frente al mundo de los tratados y convenios. Con la prevalencia del tratado es probable que en el futuro, y cada vez más, las leyes locales, en importante medida, se limiten a "reglamentar" o desarrollar los grandes conceptos que consten en los instrumentos internacionales.

Otro tema que deriva de esta reflexión es el de la relación entre los tratados y la Constitución, estatuto legal este último, que según la doctrina política es la expresión de la soberanía y la manifestación de la independencia. En efecto, al menos en el ordenamiento jurídico del Ecuador, no existe consistente subordinación de los tratados a la Constitución. Al contrario, puede pensarse que hay una equiparación de jerarquías normativas. En efecto, si bien la Constitución establece que el Tribunal Constitucional debe informar al Congreso sobre la conformidad del Convenio con la Constitución, en el proceso de aprobación, (Art. 162), la misma norma establece que "la aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma."

Por otra parte, el Art. 274 de la Carta Política atribuye a los jueces y tribunales nacionales la potestad de declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico local contrario a la Constitución o a los tratados internacionales, de modo que el control difuso de la Constitución beneficia en igualdad de condiciones también a los instrumentos internacionales, lo que puede interpretarse como un caso de equiparación a la Constitución y no de subordinación normativa, de otro modo no se puede entender que para el control judicial puntual de la validez de una norma se de un tratamiento igual al estatuto constitucional y a los instrumentos internacionales.

Además, desde la perspectiva del control de la constitucionalidad, los tratados y convenios son inmunes a la acción del Tribunal Constitucional. En efecto, no consta entre las facultades del Tribunal (Art. 276 de la Constitución) la de declarar la inconstitucionalidad de un convenio o tratado, respecto de lo cual, además, ya hay jurisprudencia del mismo Tribunal que se declaró incompetente para examinar el contenido del convenio sobre el establecimiento de la Base norteamericana en Manta.

En síntesis, todos estos temas, permiten sostener que la evolución del ordenamiento jurídico nacional en la última década, apunta a la paulatina pero constante internacionalización del derecho y al crecimiento incuestionable de la fuerza normativa de los tratados, a lo que se suma la constante y evidente transferencia de jurisdicción en beneficio de los tribunales arbitrales internacionales. El examen de los más importantes contratos de concesión de servicios públicos y de explotación de recursos naturales, así como las normas relacionadas con el amparo de las inversiones extranjeras, muestra cómo se ha internacionalizado fuertemente esa tendencia.

II.- Contrato privado y contrato público

Tradicionalmente y antes de que Estado se convierta en protagonista y agente de la economía capitalista, el contrato era expresión de la voluntad de los particulares. La ley obraba sobre ellos exclusivamente como marco de referencia general cuya permisividad daba amplio campo a la iniciativa de los contratantes. Las relaciones civiles, comerciales, laborales, etc. se agotaban en esos instrumentos. En tanto que las manifestaciones del poder político se quedaban en la Constitución y en la ley.

Sin embargo, la expansión de las actividades estatales a ámbitos reservados a la empresa privada y, posteriormente, y a modo de reacción, con la incursión de la empresa en temas reservados a la administración pública (por ejemplo, la prestación de diversos servicios públicos a través de contratos de concesión), y aún antes, con el notable desarrollo del Derecho Administrativo, se generalizaron las figuras del contrato público y las normas de contratación estatal, en las que, a diferencia del contrato privado basado en igualdad de las partes, el Estado, por principio, se reserva derechos esenciales y hasta la posibilidad de concluir unilateralmente el contrato, bajo el principio del denominado "hecho del príncipe" o "hecho del Estado", es decir, la potestad de obrar unilateralmente frente al contratante privado por razones de orden público u otras previstas en la ley de contratación del Estado y hasta en el propio contrato.

Por principio, los contratos públicos, a diferencia de los privados, no se basan en la igualdad de los contratantes. El Estado casi siempre se reserva facultades que no quedan necesariamente incursas en las cláusulas contractuales. Sin embargo, este principio típico de la contratación estatal, se ha ido restringiendo a ámbitos muy específicos ante el triunfo y el predominio de estos otros: (i) el de la seguridad jurídica y (ii) el de la intangibilidad contractual.

Al pensar de algunos, en el Ecuador, la reserva de las potestades del Estado, al menos en materia de la concesión de servicios públicos, ya no existe desde que la Asamblea Constituyente de 1998 introdujo entre las normas constitucionales el principio de la intangibilidad contractual, según el cual los contratos no pueden ser modificados unilateralmente ni aún por ley posterior (Art. 249 CP), y el de que el Estado, "en contratos celebrados por inversionistas podrá establecer garantías y seguridades, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones..." (Art. 271 CP). Estas dos normas apuntan a lo que podría llamarse la "intangibilidad contractual".

Queda la duda de si, al tenor de esas disposiciones, el Estado estaría efectivamente imposibilitado de concluir unilateralmente los contratos incluso en circunstancias extraordinarias y por razones de orden público, dejando a salvo la indemnización de los daños y perjuicios provocados al contratante. El razonamiento apunta a que, si por Ley no se pueden modificar unilateralmente los contratos, tampoco se podría concluirlos mediante acto administrativo de menor jerarquía.

En mi opinión, la protección a la estabilidad contractual contenida en el Art. 249 de la Constitución, puso en grave entredicho tanto el hecho del príncipe o potestad estatal de modificación y terminación unilateral de los contratos y también el principio de la "imprevisibilidad" en la contratación. Este último principio permite que se modifiquen las cláusulas contractuales cuando se altera gravemente el equilibrio económico del negocio convenido. En ese caso, y al tenor del Art. 249 de la Constitución, la posibilidad de que el Estado modifique unilateralmente el contrato fundándose en razones de imprevisibilidad, no existe para las siguientes clases de contratos: los que se refieren a servicios públicos concesionados y aquellos que estén protegidos por contratos de protección de inversiones, al tenor del Art. 271 de la Constitución y de la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones. Así pues, la única forma que quedaría para modificar esos contratos es el acuerdo de las partes

Cuando los países enfrentan el proceso de globalización económica y jurídica, las autoridades del Ecuador deberían preocuparse por tan complejos temas, sin olvidar, por un lado, que son necesarias las inversiones y que la seguridad jurídica es un tema importante, porque sin confianza no hay inversión, pero tomando en cuenta que la naturaleza de los llamados "contratos administrativos", al menos en la doctrina, llevan implícita la reserva de potestades del Estado, ya que este tipo de instrumentos no puede equipararse con los contratos privados comunes, porque aluden a asuntos de interés colectivo, y porque además el Estado no puede jamás dejar de operar como organización política.

Otra consideración es que, existiendo las previsiones constitucionales aludidas, las Leyes que regulen los contratos públicos deben ser bien pensadas, y que los contratos deban ser pactados con extremo cuidado, responsabilidad y transparencia. Penosamente el sistema y las prácticas de contratación pública se quedaron anclados en el pasado y no consideran estas nuevas realidades ni advierten la evolución del derecho de los tratados, ni la globalización jurídica.

III.- La buena fe y su decadencia

Si hay un factor ético que constituye la base del sistema contractual, ese es la buena fe, esto es, la sana intención de los contratantes de acordar lo que acordaron y de ejecutar con la misma disposición lo convenido. La buena fe excluye el engaño y está reñida con la trampa, con el dolo contractual y aun con la negligencia o descuido.

Aquel principio, que viene de los romanos, debería ser la guía en las transacciones públicas y privadas, debería constituir la atmósfera de los contratos. Lamentablemente, eso no ocurre. Al contrario, se advierte una evidente decadencia de la buena fe como referente ético de los contratos y como práctica de los contratantes. Una de las facetas de la degradación legal que sufrimos precisamente está allí. Un número importante de litigios tiene alguna carga de mala fe, de ánimo fraudulento, lo que indi-

ca por dónde van los derroteros y por dónde deberían caminar los correctivos.

En la contratación pública este factor es doblemente importante, primero, porque están comprometidos la palabra y el prestigio del país, y en segundo lugar, porque no es posible el desarrollo de proyectos públicos sin una conducta consistente, constante y transparente que genere la indispensable confianza en las autoridades y en las instituciones. De allí que sea necesario, a la par que se legisle para darle sentido de equidad al principio de intangibilidad contractual, que se legisle también acerca de la buena fe en la ejecución de las transacciones públicas.

Seguridad jurídica, equilibrio de los contratos y buena fe en su elaboración, interpretación y ejecución son elementos inseparables, si queremos que, de verdad, el país mantenga su credibilidad y la empresa privada obre con transparencia.

Si vinculamos estos conceptos con las normas básicas que animan a los convenios internacionales, se verá que, como afirmé antes, la Convención de Viena incluyó entre sus principios esenciales el denominado "pacta sunt servanda", esto es, el principio de la buena fe entre los estados en la formulación, negociación y ejecución de los tratados y convenios internacionales.

IV.- El contrato como expresión política

Cuando el Estado, propietario de los grandes negocios del país, ha demostrado incapacidad de gestión y cuando paralelamente crecen las empresas privadas internacionales hasta alcanzar dimensiones que exceden los límites y presupuestos de los países, y si la tendencia de los mercados es a uniformar comportamientos, legislaciones y regulaciones, se hace necesario destacar la dimensión política de los contratos, tanto porque involucran a las organizaciones estatales cuando porque hay que reconocer que los agentes económicos, con frecuencia, son entes que tienen poder y gran capacidad de gestión ante los gobiernos de sus sitios de origen y de los lugares de inversión.

El contrato -antes pacto privado entre sujetos privados- con la evolución de la economía, el desarrollo tecnológico, las demandas sociales, el desbordamiento y anquilosamiento de los estados, se ha convertido en una expresión política sumamente importante, compleja y, a veces, difícil de comprender. La connotación política de los contratos administrativos es una evidencia innegable. Sin embargo y paradójicamente, en ellos el Estado queda colocado en las mismas condiciones que un ente común o una persona, de modo que la organización política desciende de los escalones del poder para situarse en un plano de igualdad. Lo mismo ocurre, y quizá con mayor dramatismo, en los casos en que los Estados son demandados ante los tribunales arbitrales internacionales, en los que al actor -una corporación privada- disputa con el ente político soberano, quien, sin embargo, queda en esa condición procesal despojado de las prerrogativas que derivan de su condición de ente político soberano e independiente.

La equiparación de los estados a las corporaciones y personas es uno de los eventos más complejos que ha traído consigo la globalización y el desarrollo tecnológico. El desdoblamiento de las calidades del Estado -poder político y administración contratante- debe ser profundizado por el derecho político y por el derecho administrativo. La comprensión de este fenómeno contribuirá a legislar en forma apropiada, a negociar y ejecutar los tratados y convenios en forma más transparente, equitativa y segura para las partes.

La forma como el Ecuador ha pactado contratos, celebrado y ratificado tratados y ejecutado e incumplido muchas veces sus obligaciones internacionales, revela un grave déficit de formación profesional de los administradores públicos y pone de manifiesto las consecuencias de la inestabilidad institucional, de la falta de comprensión objetiva y realista de los nuevos fenómenos ju-

rídicos, y del anclaje de la Administración pública en un "provincialismo jurídico" que aún tiene como referentes casi exclusivos los viejos cánones del derecho civil, las pautas procesales locales y los preceptos de la contratación pública referida exclusivamente a la ley vigente en el territorio.

La forma más idónea de afirmar la soberanía y la independencia del Estado en un agresivo e inevitable proceso de globalización, es articulando un moderno Derecho Administrativo, comprendiendo la dimensión e importancia del mundo de los tratados y convenios internacionales y adquiriendo conciencia de la necesidad de una mejor formación jurídica. La excesiva "ideologización" de estos temas, al contrario de lo que usualmente se cree, debilita la posición de la Administración y expone innecesariamente al país a conflictos que pueden precaverse y a riesgos que pueden evitarse.