

# IURIS DICTIO

Año 16. Febrero-Julio, 2015

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA  
UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

## **Iuris Dictio**

(ISSN 1390-6402)

Colegio de Jurisprudencia  
de la  
Universidad San Francisco de Quito.  
Quito-Ecuador.  
Año 16.

### **Comité Editorial**

Fabián Corral

Luis Parraguez

Farith Simon

### **Editor**

Diego Pérez

### **Asistente de edición**

María Bernarda Carpio

Catalogación en la fuente. Biblioteca Universidad San Francisco de Quito

Iuris Dictio [PUBLICACIÓN PERIÓDICA] / Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito ; Editor, Diego Pérez Ordóñez. – Año 1, no. 1 (ene. 2000)- . – Quito : Universidad San Francisco de Quito, 2000- v.

Semestral  
ISSN: 1390-6402

1. Jurisprudencia – Ecuador – Publicaciones seriadas. – 2. Interpretación del derecho – Publicaciones seriadas. – I. Universidad San Francisco de Quito. Colegio de Jurisprudencia. – II. Pérez Ordóñez, Diego, ed.

LC: KHK 10 .I97

CDD: 340.05

## **Revisores externos**

*Dr. César Montaña*

Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar

*Ximena Bustamante*

LLM Universidad Pepperdine, profesora de Derecho civil  
de la Universidad San Francisco de Quito

*Dr. Santiago Andrade Ubidia*

Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar.  
Ex ministro de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador.

*Chisty Chiang*

Ph.D. University of Durham, United Kingdom

*Nuno Pires de Carvalho*

J.S.D. Acting Director, Division of Intellectual Property  
and Competition Policy

## **Normas para la publicación de artículos en la Revista Iuris Dictio**

La Revista Iuris Dictio (ISSN 1390-6402) es una publicación semestral del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, que contiene trabajos de académicos, profesionales y estudiantes, en los que se analizan temas de relevancia para el desarrollo del conocimiento jurídico.

Se encuentra indexada en Latindex y por un acuerdo con VLex la versión electrónica está disponible en 129 países. Los trabajos que se sometan a la Revista deben ser inéditos y pueden consistir en ensayos, análisis de jurisprudencia y reseñas bibliográficas. Excepcionalmente el Comité Editorial podrá autorizar la inclusión de trabajos ya publicados, cuando considere que son de gran relevancia científica. Deberán cumplir, además, los requisitos de estilo que correspondan a cada clase de trabajo. Tratándose de ensayos, deben tener una extensión de no menor de 10 ni mayor de 40 páginas, en formato A4, letra Times New Roman 12 puntos o Arial 11 puntos. En el caso de las reseñas bibliográficas la extensión máxima es de 10 pp., en formato de página A4, letra Times New Roman 12 puntos o Arial 11 puntos, interlineado doble, numeración consecutiva de páginas. El artículo debe tener un título, la referencia a la afiliación académica del autor y datos de contacto, como un correo electrónico (requisito optativo); un resumen en español e inglés de no más de 250 palabras y un sumario del artículo en español e inglés. El envío del artículo para consideración de la Revista supone la autorización de publicación y la aceptación de las reglas aplicables para el efecto. Los trabajos pueden ser enviados a [jurisprudencia@usfq.edu.ec](mailto:jurisprudencia@usfq.edu.ec).

### **Revisión por pares**

Una vez recibido el artículo el Comité Editorial realizará una evaluación inicial y de cumplirse las condiciones generales para la presentación de artículos se lo remitirá a un evaluador externo especialista en el tema que corresponda, que emitirá su informe dentro de los 30 días siguientes con alguna de las siguientes recomendaciones: publicación sin cambios, publicación con modificaciones y no publicación. La recomendación se notificará al autor.

## Índice

Patentes sobre ADN. Estudio de Caso: Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc .....	15
<b>Sophia Espinosa Coloma</b>	
Development of Mediation Practice in the United States .....	35
<b>Jay Folberg</b>	
Futuro del derecho del mercado financiero: regulación, desregulación, neo-regulación y soft law.....	41
<b>Jaime Vintimilla Saldaña</b>	
Daño moral por incumplimiento de contrato. Comentario a Sentencia de Corte Nacional de Justicia de Ecuador de 8 de septiembre 2010 .....	55
<b>Daniela Páez Salgado</b>	
Exploitation of Works Derived from Indigenous Traditional Cultural Expressions Through a License-to-Read Model on the Digital Book Platform. An Aspect under the Taiwan Copyright Act.....	79
<b>Ping-Hsun Chen</b>	
La protección del testador vulnerable .....	95
<b>Antoni Vaquer Aloy</b>	
La Constitución Económica del Ecuador.....	127
<b>Jaime Vintimilla Saldaña</b>	
Respuesta valorativa de compatibilidad entre la teoría del delito y la teoría del caso: Armonía del derecho penal y el sistema adversarial penal .....	149
<b>Xavier F. Andrade Castillo</b>	
La responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares.....	171
<b>Luis Parraguez Ruiz</b>	
La reacción jurídica del Ecuador ante la Primera Guerra Mundial: de la neutralidad a la ruptura de relaciones .....	211
<b>Dr. Farith Simon Campaña</b>	



# Patentes sobre ADN

Estudio de Caso: Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc.

**Sophia Espinosa Coloma**

## Resumen

La industria biotecnológica es un área que día a día va ganando mayor impacto en sectores claves como el farmacéutico, salud, agrícola, alimenticio entre otros. Esto ha dado lugar a que algunos países decidan otorgar patentes sobre genes o secuencias de genes aislados y/o purificados, con el fin de fomentar la innovación en este campo. La sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso de Myriad Genetics marca una nueva pauta para el tratamiento de invenciones biotecnológicas. De esta manera, al excluir los genes y secuencias de genes aislados y/o purificados de la protección de patentes, se cambian los estándares de desarrollo de la industria biotecnológica. Este artículo realiza un estudio sobre la sentencia mencionada, la pertinencia de otorgar patentes sobre genes y sus efectos en la industria mundial.

**Palabras clave:** Patentes, Genes, Biotecnología, Materia Patentable, Invenciones.

## Abstract

The biotechnology industry is an area that has been gaining importance and having greater impact in key sectors, such as pharmaceutical, health and food industries. As a result, some countries, in order to create incentives, decided to grant patents on isolated and/or purified genes and gene sequences. In the Myriad Genetics case, the US Supreme Court stated a new holding on the patentable subject matter and set a new standard for the treatment of biotechnological inventions. Thus, by excluding isolated and/or purified genes and gene sequences from patentability, the Court changed the development path of the biotechnology industry. This study analyzes the above mentioned Supreme Court's holding, the appropriateness of granting patents on genes and the effects on the biotechnology industry globally.

J.S.D. Washington University in St. Louis. Profesora de Derecho de Competencia, Propiedad Intelectual e Investigación Jurídica del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

**Key words:** Patents, Genes, Biotechnology, Patentable Material, Inventions.

## Sumario

**I.** Association for molecular pathology v. Myriad Genetics, INC. **II.** Patentabilidad de genes, material genético y secuencias genéticas. **III.** Conclusiones

## INTRODUCCIÓN

La biotecnología es un tipo de tecnología que ha alcanzado un significativo crecimiento en los últimos años. De esta manera, cada vez más industrias incorporan a la biotecnología como mecanismo fundamental para la elaboración de sus productos y procesos. De ahí que la biotecnología, hoy en día, se constituye en una pieza clave para las industrias farmacéuticas, alimenticias, agrícolas, de cosméticos, entre otros. El auge de la biotecnología ha dado lugar a que exista un interés mundial por proveerla, con mecanismos adecuados para su protección, como son los derechos de propiedad intelectual.

La creciente demanda ha marcado la importancia a nivel comercial de este tipo de tecnología, ha dado lugar a que algunos países otorguen una protección muy amplia a las innovaciones biotecnológicas. Este es el caso de Estados Unidos, que teniendo como objetivo estimular la invención dentro de esta creciente industria, extendió la protección bajo el derecho de patentes sobre genes y material genético, que ha sido purificado y aislado, por considerarse que estos desarrollos cumplían con los requisitos de patentabilidad exigidos por la normativa.

The human genome contains an estimated 30,000 to 35,000 genes from which more than 100,000 proteins can be derived.<sup>3</sup> Between 1980 and 2001, the U.S. Patent and Trademark Office (USPTO) awarded over 8,000 patents on genes and genetic material, including at least 1,500 claiming sequences of human genetic material. This trend continues following the simultaneous publications of the preliminary sequence of the human genome in 2001, with thousands of human gene patent applications awaiting examination in the United States alone, and a mere three prominent U.S. biotechnology companies having filed applications on a total of over 20,000 full-length human gene sequences. With such a vast number of scientists, research institutions, hospitals, and corporations seeking exclusive control over products naturally contained within the human body, concerns over the patenting of this genetic material are gaining momentum and are now the source of extensive international debate.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Jordan Paradise, "European Opposition to Exclusive Control Over Predictive Breast Cancer Testing and the Inherent Implications for U.S. Patent Law and Public Policy: A Case Study of the Myriad Genetics' BRCA Patent Controversy", *Food and Drug Law Journal*, Volume 59, Number 1, (2004), pp.133-134.

Sin duda alguna, esta creciente explosión de patentes sobre genes y material genético generó una controversia a nivel mundial, incluyendo en el debate factores como la presión económica de las crecientes empresas biotecnológicas. No obstante, la sentencia dictada por la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso ASSOCIATION FOR MOLECULAR PATHOLOGY et al., Petitioners v. MYRIAD GENETICS, INC., et al., dada el 13 de junio de 2013 marca, sin duda alguna, un nuevo referente en el tratamiento de las innovaciones biotecnológicas, dando un giro al otorgamiento de patentes sobre genes y material genético, y delimitando el alcance de la materia objeto de protección bajo el derecho de patente. A continuación procederemos a realizar un análisis sobre la sentencia.

## **I. ASSOCIATION FOR MOLECULAR PATHOLOGY v. MYRIAD GENETICS, INC.**

Myriad Genetics es una compañía biofarmacéutica y genómica fundada en 1991, que tiene como principal objetivo el realizar investigación sobre el rol que juegan los genes en las enfermedades del ser humano. De esta manera, utiliza esta información para desarrollar productos de diagnóstico molecular, que permiten determinar el riesgo de una persona para desarrollar la enfermedad, a fin de prevenir o retrasar su apareamiento.<sup>2</sup>

Myriad began life as a gene discovery company, "focused on the discovery and commercialization of genes involved in major common disorders including cancer and heart disease." This initial focus was possible because researchers were able to access and link important genealogical and medical databases. The Utah Population Database, developed as part of Skolnick's Ph.D. research in the early 1970s, contained information on 200,000 Mormon family groups and most of the 1.6 million descendants of the initial 10,000 settlers of Utah. This database was then linked to the Utah Cancer Registry (which contains more than 100,000 entries), and resulted in 40,000 cross-linked entries. Researchers at Myriad have been involved in discovering various disease susceptibility genes and have developed or are in the process of developing a range of genetic susceptibility tests. Myriad has commercially available genetic tests for hereditary non-polyposis colorectal cancer (*Colaris*), hereditary breast and ovarian cancer (*BRACAnalysis*), cardiovascular disease (*CardiaRisk*), and melanoma (*Melaris*), while their test for prostate cancer (*Prolaris*) is still in development. Myriad is also conducting research into genes associated with lung cancer, obesity, asthma, osteoporosis, and central nervous system disorders such as depression and dementia.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Myriad Genetics, Home page, <http://www.myriad.com/history-2/> (acceso:10/09/2013)

<sup>3</sup> Bryn Williams-Jones, "History of a Gene Patent: Tracing the Development and Application of Commercial BRCA Testing", *Health Law Journal*, Vol. 10, (2002), pp.129-130.

Dentro de las principales áreas de investigación de Myriad Genetics se encuentra la determinación de genes hereditarios de cáncer de mama y ovarios (BRCA1 y BRCA2). Así, una vez que Myriad determinó la localización precisa y la secuencia de los genes BRCA1 y BRCA2, procedió a obtener varias patentes sobre estas invenciones.<sup>4</sup> "Myriad claims patents on the isolated BRCA genes along with cDNA, which is a synthetic product that mirrors the coding sections of the BRCA genes, and "primers" used in diagnostics."<sup>5</sup> Estas patentes le otorgaban a Myriad el derecho exclusivo para aislar y purificar los genes BRCA1 y BRCA2, logrando así tener control sobre las aplicaciones que podrían desarrollarse con base en esta información.<sup>6</sup>

Ante esta situación organizaciones médicas, investigadores, pacientes iniciaron una acción en contra de Myriad Genetics y de la oficina de patentes, "challenging validity of patents for isolated deoxyribonucleic acid (DNA) sequences associated with predisposition to breast cancers and ovarian cancers and for diagnostic methods of identifying mutations in those DNA sequences."<sup>7</sup>

La Corte Suprema de Estados Unidos en una sentencia histórica deja sentado que: "...we hold that a naturally occurring DNA segment is a product of nature and not patent eligible merely because it has been isolated, but that cDNA is patent eligible because it is not naturally occurring."<sup>8</sup> Esta decisión afecta, significativamente, el alcance de la materia susceptible de obtener una protección bajo el derecho de patentes. De ahí, que sin duda esta posición de la Corte Suprema traerá importantes cambios en el desarrollo de la industria biotecnológica, no solo de productos relacionados con la salud humana, sino también con la industria agrícola y de alimentos; y, en fin con cualquier área que comprometa la utilización de genes o material genético para el desarrollo de innovaciones en el campo de la biotecnología. Como se puede dilucidar en este caso, el principal problema jurídico que la Corte tuvo que resolver fue determinar si la secuencia de genes humanos aislada, era susceptible de protección bajo el derecho de patentes.

El Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual rela-

---

4 United States Supreme Court. *Association for Molecular Pathology et al., Petitioners v .Myriad Genetics, Inc., et al.*, No. 12-398, 13 de junio de 2013. 2013 WL 2631062, p.5

Mutations in these genes can dramatically increase an individual's risk of developing breast and ovarian cancer. The average American woman has a 12- to 13-percent risk of developing breast cancer, but for women with certain genetic mutations, the risk can range between 50 and 80 percent for breast cancer and between 20 and 50 percent for ovarian cancer. Before Myriad's discovery of the BRCA1 and BRCA2 genes, scientists knew that heredity played a role in establishing a woman's risk of developing breast and ovarian cancer, but they did not know which genes were associated with those cancers.

5 Jonathan Goddard and Zachary Glantz. *Association for Molecular Pathology et al., Petitioners v .Myriad Genetics, Inc.* <http://www.law.cornell.edu/supct/cert/12-398>(acceso:07/09/2013).

6 United States Supreme Court. *Association for Molecular Pathology et al., Petitioners v .Myriad Genetics, Inc., et al.*, No. 12-398, 13 de junio de 2013. 2013 WL 2631062, p.3.

7 *Ibid.*

8 United States Supreme Court. *Association for Molecular Pathology et al., Petitioners v .Myriad Genetics, Inc., et al.*, No. 12-398, 13 de junio de 2013. 2013 WL 2631062, p.4.

cionados con el comercio (ADPIC) , instrumento que establece los estándares mínimos de protección para las creaciones del intelecto humano, bajo los derechos de propiedad intelectual; en su Art. 27.1 al definir ala material patentable señala que "Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial(...)"<sup>9</sup> Este artículo, no solo establece los requisitos fundamentales de patentabilidad como son la novedad, actividad inventiva y aplicación industrial; sino que al establecer la protección para todos los campos de la tecnología, lo que se pretende es incluir dentro de esta protección a la biotecnología, abriendo la posibilidad de obtener patentes sobre invenciones biotecnológicas.

Las invenciones biotecnológicas al comprender la manipulación de materia viviente, como lo es la genética,<sup>10</sup> han sido sujetas a un gran debate por la serie de implicaciones éticas, morales y sociales. De ahí, que el ADPIC al incluir este tipo de tecnología abre paso a una nueva era para la industria biotecnológica, en la que este sector puede obtener beneficio de los derechos de exclusividad otorgados, a través, de los derechos de propiedad intelectual, convirtiéndose éstos en un estímulo para los inventores.

Biotechnology distinguishes itself from the traditional mechanical and chemical arts that undergird patent law doctrines. Self-replicating biotechnological inventions pose unique problems, not only because the product duplicates itself for competitors as well as for consumers, but because the concept of patenting a living creature cuts against patent law's mechanically based norms. Moreover, the puzzle of distinguishing the man-made from the natural challenges the definitions that both patent doctrine and traditional science impose on the resulting organisms.<sup>11</sup>

De esta manera, la norma señalada anteriormente trata de asegurar que los países miembros de la OMC otorguen patentes a cualquier invención que cumpla con los requisitos de patentabilidad, sin importar el campo de la tecnología. Consecuentemente, las innovaciones biotecnológicas pueden protegerse bajo el derecho de patentes. No obstante, la biotecnología es un área que hasta cierto grado, también, puede ser excluida de patentabilidad bajo el ADPIC, dadas las exclusiones al respecto, contenidas en el Art. 27 numerales 2 y 3.<sup>12</sup>

---

9 Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (1994). Artículo 27.1.

10 Hugh B. Wellons *et al.* *Biotechnology and the Law*. USA: American Bar Association, 2007, pp.4-5.

11 Yusing Ko, "An Economic Analysis of Biotechnology Patent Protection", *The Yale Law Journal*, Vol. 102: 777 (1992), p.777.

12 Sophia Espinosa Coloma. *Legal protection of ecuadorian biodiversity and traditional knowledge: the existing intellectual property rights system vs. A sui generis system*. Tesis doctoral. Washington University in St. Louis. St. Louis, 2010, p.362.

While TRIPS does not allow WTO members to exclude biotechnological inventions from their patent systems in any explicit sense, Article 27.3(b) allows them to use their discretion in determining the extent to which inventions in this technological field can be protected. The problem facing developing countries is that if they lack a clear idea of how biotechnology can benefit their economies and improve the lives of their citizens, they are in no position to design an IPR system to promote welfare-enhancing biotechnological innovation. Moreover, many of these countries have no biotechnology industries to speak of, and there is every reason to be highly skeptical that such businesses will spring up just because life-forms and micro- and non-biological processes can be patented.<sup>13</sup>

Por tanto, es fundamental conocer el alcance de las disposiciones contenidas en el Art. 27, numerales 2 y 3 del ADPIC. En estas disposiciones se incorporan las llamadas flexibilidades del ADPIC, dentro de las que encontramos las exclusiones de patentabilidad. Éstas dan la posibilidad a los estados miembros que excluyan de patentabilidad a ciertas invenciones, de conformidad con sus requerimientos y realidades nacionales. Así,

2. Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones, cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación.<sup>14</sup>

3 Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad:

- a) Los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales;
- b) Las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.<sup>15</sup>

---

13 Graham Dutfield, Lois Muraguri & Florian Lerveve, *Exploring the Flexibilities of TRIPS to Promote Biotechnology Capacity Building and Appropriate Technology Transfer* (2006), p.11-12. <http://oro.open.ac.uk/11422/1/WP-7FinalReport.pdf> (acceso:30/08/2013).

14 Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (1994). Artículo 27.2

15 *Id.*, Artículo 27.3.

De lo establecido en esta norma, básicamente, se puede establecer que el Artículo 27.3 (b) representa un mayor riesgo a la industria biotecnológica, por el tipo de invenciones desarrolladas en este campo. "From its beginnings in the use of micro-organisms as a factory for the production of compounds of interest, modern biotechnology evolved toward the use of life forms as such with enhanced capabilities. Breakthroughs such as the discovery of *Bacterium tumefaciens* allowed biotechnology to affect much bigger organisms, plants in that case."<sup>16</sup>

De la lectura del Artículo 27.3 (b), se puede concluir que las siguientes invenciones pueden ser materia patentable y no pueden ser excluidas de la patentabilidad: los microorganismos, los procedimientos no biológicos o microbiológicos, los procedimientos esencialmente biológicos que no estén destinados a la producción de plantas y animales, y las obtenciones vegetales (pueden ser protegidas mediante patentes o mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y éste).<sup>17</sup>

Por tanto, el Artículo 27.3 (b) deja un cierto grado de flexibilidad en dos áreas específicas: "(i) the optional subject matter exceptions, specifically plants, animals and essential biological processes for the production of plants and animals; and (ii) the possibility to define these terms and others such as micro-organism in a variety of ways."<sup>18</sup> De esta manera, las legislaciones nacionales pueden hacer uso de estas flexibilidades para ajustar los estándares de propiedad intelectual a su realidad tecnológica, económica, política y social.

---

16 Graham Dutfield, Lois Muraguri & Florian Leverage, *Exploring the Flexibilities of TRIPS to Promote Biotechnology Capacity Building and Appropriate Technology Transfer*. *Op.cit.*, p. 8.

17 *Id.*, p.51.

18 *Id.*, p.2.

**Table 1: Biotech patenting in TRIPS: what must be provided and what may not be<sup>19</sup>**

MUST PROVIDE	MAY EXCLUDE	UNMENTIONED
1. Microorganisms 3. Microbiological processes 4. Non-biological processes 6. Plant varieties (either by patents or by an effective <i>sui generis</i> system or by any combination thereof)	2. Animals and plants (including plant varieties) 5. Essentially biological processes for the production of plants and animals	7. Genes

En consecuencia, se puede afirmar que un punto trascendental para cualquier país es determinar el alcance de protección de los derechos de propiedad intelectual y, en este caso, de los derechos de patentes. En razón de que estos parámetros marcarán la materia objeto de protección y por tanto delimitarán un mayor o menor espacio la explotación comercial, y el ejercicio de derechos exclusivos que otorga el derecho de patentes a su titular, hecho que es fundamental para determinar el grado de incentivos que poseen los investigadores en esta área.

The most important issue in this debate is determining the patent's proper scope. Under U.S. law, a patent guarantees the holder a monopoly in the product for seventeen years. The economic power a patent confers depends on its scope. The broader the scope, the wider the market within which the patent holder can exercise monopoly power. Broader scope confers power to exclude a greater range of competing products and processes from the market. Since scope determines the extent to which the patent holder may exclusively exploit or improve products and processes, scope determination decisively impacts the progress of biotechnology.<sup>20</sup>

En el caso de Estados Unidos, la Constitución otorga al Congreso el "...power to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries."<sup>21</sup> De lo que se desprende que el principal objetivo de la normativa de propiedad intelectual es dotar a los inventores/creadores con una justa recompensa por su esfuerzo realizado para la elaboración de nuevas creaciones que beneficien a la sociedad.

<sup>19</sup> *Id.*, p.53.

<sup>20</sup> Yusing Ko, "An Economic Analysis of Biotechnology Patent Protection", *The Yale Law Journal. Op. cit.*, p.778.

<sup>21</sup> U.S. Constitution. Article. I, Section 8, cl. 8. June 21st1788.

En el área de patentes, la Sección 101 del *Patent Act* establece que: "Whoever invents or discovers any new and useful ... composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title."<sup>22</sup> Esta norma ha sido interpretada en el sentido de que las leyes de la naturaleza, los fenómenos naturales y las ideas abstractas no son patentables.

We have "long held that this provision contains an important implicit exception[:] Laws of nature, natural phenomena, and abstract ideas are not patentable." *Mayo*, 566 U.S., at — (slip op., at 1) (internal quotation marks and brackets omitted). Rather, " 'they are the basic tools of scientific and technological work' " that lie beyond the domain of patent protection. *Id.*, at — (slip op., at 2). As the Court has explained, without this exception, there would be considerable danger that the grant of patents would "tie up" the use of such tools and thereby "inhibit future innovation premised upon them." *Id.*, at — (slip op., at 17).<sup>23</sup>

Entonces, surge una interrogante, hasta qué punto los genes, secuencias de genes o material genético que ha sido purificado y aislado encajan dentro de esta excepción, convirtiéndose en materia no patentable? Para contestar esta pregunta es importante verificar el estándar de patentabilidad utilizado en Estados Unidos. Este estándar fue dado a partir del caso *Diamond v. Chakabarty*, que es una decisión histórica en el área de propiedad intelectual. En este caso, la Corte Suprema de Estados Unidos estableció que microorganismos vivos desarrollados por el ser humano, constituyen materia patentable bajo la Sección 101 de la *US Patent Act*<sup>24</sup>. Así, la Corte establece que una patente puede ser obtenida sobre "anything under the sun that is made by man."<sup>25</sup>

Este estándar de patentabilidad adoptado por Estados Unidos, es bastante amplio, lo que dio lugar al otorgamiento de un sinnúmero de patentes que se consideraban consistentes con este criterio. Es el caso de las patentes sobre genes o secuencias de genes aislados o purificados, en razón de que se consideraba que el gen, secuencia o material genético no se encontraba de forma aislada y purificada en la naturaleza, de ahí, que gracias al esfuerzo e intelecto humano, se logra tener esta materia en este estado, por lo que el otorgamiento de un derecho de patentes es posible y hasta cierto punto necesario.

(...) longstanding judicial precedent has consistently held that the purification of a natural product from its native environment can confer

---

<sup>22</sup> 35 U.S.C. § 101.

<sup>23</sup> United States Supreme Court. *Association for Molecular Pathology et al., Petitioners v. Myriad Genetics, Inc., et al.*, No. 12-398, 13 de junio de 2013. 2013 WL 2631062, p.8.

<sup>24</sup> United States Supreme Court. *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 1980.

<sup>25</sup> *Id.*, p.309.

patentability on the purified biomolecule.<sup>26</sup> Citing to this precedent, the USPTO has taken the position that isolated or recombinant forms of naturally occurring genes are patentable, as are synthetic polynucleotides corresponding in structure to native genes, and the courts have shown no inclination to overrule the patent office in this regard.<sup>27</sup>

Con estos antecedentes, Myriad Genetics, argumentó que las moléculas de ADN contenidas en sus patentes no se encuentran en estado natural, por lo que su existencia se debe fundamentalmente al trabajo de sus investigadores y no a un fenómeno de la naturaleza. De esta manera, Myriad se acoge a la línea de pensamiento antes señalada y establece que el acto de separar una secuencia de ADN comprende una utilización suficiente del ingenio humano, por lo que los requisitos de novedad, utilidad y no obviedad estarían satisfechos, dando así lugar al otorgamiento de un derecho de patentes. Asimismo, señaló que las nuevas moléculas elaboradas en los laboratorios de Myriad poseen una utilidad significativa, que no se encuentra en el ADN nativo. Así, solo las moléculas aisladas permiten determinar la predisposición de los pacientes al cáncer de mama o de ovarios.<sup>28</sup>

De igual manera, Myriad fundamenta su posición en el hecho de que la oficina de patentes de Estados Unidos USPTO ha venido concediendo patentes sobre este tipo de material desde hace algunos años, sentando así un precedente para el tratamiento de estas invenciones.

Two years after Chakrabarty, the USPTO granted the first human DNA-related patents. (...) Over the next 30-plus years, the USPTO and the courts reinforced the rule of patent eligibility for isolated DNA molecules, recognizing that creating a particular novel isolated molecule represents a patentable advancement over what existed in nature. See *Amgen, Inc. v. Chugai Pharm. Co.* 972 F.2d 1200, 1206 (Fed. Cir, 1991). The USPTO has granted over 40,000 patents drawn to genetic material, almost 3,000 of which are specifically directed to isolated DNA molecules.<sup>29</sup>

---

26 *Cfr.* Utility Examination Guidelines, p. 1093. For example, in 1873 Louis Pasteur received U.S. Patent No. 141,072, claiming "yeast, free from organic germs of disease, as an article of manufacture." U.S. Patent No. 141,072 (filed July 15, 1873). Since then, the courts have upheld the validity of claims directed to purified adrenalin and prostaglandin, noting that the isolated forms of these molecules do not exist in nature and have substantial therapeutic utility. See, e.g., *In re Bergstrom*, 427 F.2d 1394, 1397 (C.C.P.A. 1970); *Parke-Davis & Co. v. H.K. Mulford Co.*, 189 F. 95, 103 (S.D.N.Y. 1911). Purified native proteins are also routinely patented. See, e.g., *Amgen, Inc. v. Chugai Pharm. Co.*, 927 F.2d 1200, 1202-04, 1219 (Fed. Cir 1991) (alleging infringement of U.S. Patent No. 4,677,195, which claims purified erythropoietin); *Scripps Clinic & Research Found. v. Genentech, Inc.*, 927 F.2d 1565, 1568, 1581-82 (Fed. Cir. 1991) (alleging infringement of U.S. Reissue Patent No. 32,011, which claims purified Factor VIII:C).

27 Christopher M. Holman, "The impact of human gene patents on innovation and access: a survey of human gene patent litigation", *UMKC Law Review* (2007), p.311, <http://ssrn.com/abstract=1090562>.

28 Association for Molecular Pathology et al., *Petitioners v. Myriad Genetics, Inc., et al.*, Brief of the respondent, pp.1-11, 34-35, [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme\\_court\\_preview/briefs-v2/12-398\\_resp.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs-v2/12-398_resp.authcheckdam.pdf) (acceso:08/09/2013).

29 *Id.*, p.3.

No obstante, a pesar de lo planteado por Myriad Genetics, la Corte Suprema de Estados Unidos, al analizar el problema jurídico consistente determinar si las patentes otorgadas a Myriad sobre las secuencias de material genético aislado, constituyen materia de patentabilidad, o por el contrario encajan en la excepción dada a la sección 101 del *Patent Act*, y por tanto caerían dentro de lo considerado como un fenómeno de la naturaleza, que no es susceptible de protección bajo el derecho de patentes; decide optar por una línea de análisis diferente a la hasta aquí realizada en esta área. De esta manera, la Corte Suprema concluye que bajo ningún motivo se podría considerar que Myriad creó o alteró la información genética contenida en los genes BRCA1 y BRCA2, por tanto, el principal aporte de Myriad es determinar la localización y secuencia genética de estos genes dentro de los cromosomas. De ahí que, no podría establecer que Myriad ha contribuido con una invención que ha alterado o mejorado algo ya existente en la naturaleza, por tanto, el aislamiento de esta secuencia genética no puede ser protegida bajo el derecho de patentes, en virtud de que no se puede hablar de un acto de invención.<sup>30</sup>

It is undisputed that Myriad did not create or alter any of the genetic information encoded in the BRCA1 and BRCA2 genes. The location and order of the nucleotides existed in nature before Myriad found them. Nor did Myriad create or alter the genetic structure of DNA. Instead, Myriad's principal contribution was uncovering the precise location and genetic sequence of the BRCA1 and BRCA2 genes within chromosomes 17 and 13. The question is whether this renders the genes patentable. (...) Myriad recognizes that our decision in *Chakrabarty* is central to this inquiry. Brief for Respondents 14, 23–27. In *Chakrabarty*, scientists added four plasmids to a bacterium, which enabled it to break down various components of crude oil. 447 U.S., at 305, and n. 1. The Court held that the modified bacterium was patentable. It explained that the patent claim was "not to a hitherto unknown natural phenomenon, but to a nonnaturally occurring manufacture or composition of matter—a product of human ingenuity 'having a distinctive name, character [and] use.'" *Id.*, at 309–310 (quoting *Hartranft v. Wiegmann*, 121 U.S. 609, 615, 7 S.Ct. 1240, 30 L.Ed. 1012 (1887); alteration in original). The *Chakrabarty* bacterium was new "with markedly different characteristics from any found in nature," 447 U.S., at 310, due to the additional plasmids and resultant "capacity for degrading oil." *Id.*, at 305, n. 1. In this case, by contrast, Myriad did not create anything. To be sure, it found an important and useful gene, but separating that gene from its surrounding genetic material is not an act of invention. (...) Nor do we consider the patentability of DNA in which the order of the naturally occurring nucleotides has been altered. Scientific altera-

---

<sup>30</sup> United States Supreme Court. *Association for Molecular Pathology et al., Petitioners v. Myriad Genetics, Inc., et al.*, No. 12-398, 13 de junio de 2013. 2013 WL 2631062, pp.4-10.

tion of the genetic code presents a different inquiry, and we express no opinion about the application of § 101 to such endeavors. We merely hold that genes and the information they encode are not patent eligible under § 101 simply because they have been isolated from the surrounding genetic material.<sup>31</sup>

De esta manera, la Corte Suprema de Estados Unidos, por medio de esta sentencia, establece un nuevo parámetro para la evaluación del cumplimiento de los requisitos de patentabilidad: novedad, utilidad y no obviedad. Así lo que, hasta hace poco, había constituido una regla, por cuya aplicación era posible el otorgamiento de patentes sobre genes, secuencias de genes y material genético purificado y/o aislado, por considerarse que existía suficiente actividad inventiva, ha quedado en el pasado. La nueva interpretación realizada por la Corte Suprema deja claro que los genes, secuencias genéticas y material genético no son materia patentable por el simple hecho de ser aislados, por cuanto no se ha producido una alteración a la información contenida por estos genes, estando ésta en el mismo estado que provee la naturaleza. Por tanto, la sentencia dada en este caso no prohíbe la patentabilidad de genes en términos absolutos, solo de aquellos que se encuentran en estado natural, aún cuando hayan sido sometidos a un proceso de purificación y/o aislamiento. De ahí, que la Corte Suprema considera que el ADN complementario, sí puede ser objeto de protección bajo el derecho de patentes, por cuanto éste ha sido alterado por el ser humano, existiendo así una innovación y dando lugar a un producto que no existe en la naturaleza.

DNA does not present the same obstacles to patentability as naturally occurring, isolated DNA segments. As already explained, creation of a cDNA sequence from mRNA results in an exons-only molecule that is not naturally occurring. Petitioners concede that cDNA differs from natural DNA in that "the non-coding regions have been removed." Brief for Petitioners 49. They nevertheless argue that cDNA is not patent eligible because "[t]he nucleotide sequence of cDNA is dictated by nature, not by the lab technician." *Id.*, at 51. That may be so, but the lab technician unquestionably creates something new when cDNA is made. cDNA retains the naturally occurring exons of DNA, but it is distinct from the DNA from which it was derived. As a result, cDNA is not a "product of nature" and is patent eligible under § 101, except insofar as very short series of DNA may have no intervening introns to remove when creating cDNA. In that situation, a short strand of cDNA may be indistinguishable from natural DNA.<sup>32</sup>

---

31 *Id.*, pp. 8-10.

32 *Id.*, p.10.

## II. PATENTABILIDAD DE GENES, MATERIAL GENÉTICO Y SECUENCIAS GENÉTICAS

Como se ha establecido la sentencia del caso Association for Molecular Pathology et al., Petitioners v. Myriad Genetics, Inc. marca una nueva era en el tratamiento de patentes biotecnológicas en Estados Unidos, delimitando el alcance de la materia patentable. Sin embargo, es importante resaltar que la antigua línea de tratamiento de estos adelantos generó un impacto en el tratamiento de innovaciones tecnológicas a nivel mundial.

Como consecuencia de esto, muchas naciones adoptaron el criterio de que si el material genético, gen o secuencia de genes purificados y/o aislados cumplía con los requisitos de patentabilidad como son la novedad, actividad inventiva y aplicación industrial, podían ser objeto de protección bajo el derecho de patentes. Es el caso de la Comunidad Europea, que en su Directiva 98/44 relativa a la protección jurídica de las invenciones tecnológicas, en su Art. 3.2 establece como materia patentable a "La materia biológica aislada de su entorno natural o producida por medio de un procedimiento técnico podrá ser objeto de una invención, aun cuando ya exista anteriormente en estado natural."<sup>33</sup> Asimismo, el Art. 5.2 determina que: "Un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen, podrá considerarse como una invención patentable, aun en el caso de que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural."<sup>34</sup>

(...) la legislación, las oficinas de patentes y los tribunales han adoptado un criterio técnico con el fin de adoptar las secuencias de adn en el sistema de patentes. Por un lado, con el fin de determinar si las secuencias de adn son patentables, el sistema de patentes hace la diferencia entre un descubrimiento (o un producto de la naturaleza) y una invención. Así, los países desarrollados han encontrado una forma para establecer si el adn es una invención; esto es a través de la implementación de un criterio técnico que consiste en el aislamiento y la purificación del adn. El aislamiento corresponde al momento en el cual el adn es sintetizado o copiado y purificado por lo general, lo que lo convierte en recombinante, mientras que el proceso de purificación es aquel mediante el cual el adn es removido físicamente, pero es alterado de la forma como ocurre naturalmente (*in situ*).<sup>35</sup>

---

33 Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. Artículo 3.2 de 6 de julio de 1998.

34 *Id.*, Artículo 5.2.

35 Carlos Augusto Conde Gutiérrez, "Patentando ADN", *Revista de la Propiedad Inmaterial* No. 15 (2011), pp. 49-50.

Esta postura se ve respaldada principalmente por dos argumentos: El primero, vinculado con la esencia de los derechos de propiedad intelectual, que se traduce en la generación de estímulos a los autores e inventores. Así, el derecho de patentes otorga a su titular un derecho de exclusividad, que le permite excluir a terceros del uso y aprovechamiento de la invención protegida. El principal objetivo del derecho de patentes es proveer al inventor con un incentivo para que continúe contribuyendo con el desarrollo de nuevos productos y procesos que beneficien a la sociedad en general. De esta manera, el derecho de patentes considera que el inventor ha destinado tiempo, esfuerzo, conocimiento, dinero entre otros, para el desarrollo de una invención, de ahí que sería ilegítimo que la sociedad se beneficie de este nuevo aporte sin compensar al inventor por su trabajo. La biotecnología sin duda ha contribuido con el mejoramiento de la calidad de vida, gracias a la elaboración de nuevos productos. De ahí, que dada la importancia de la biotecnología para el desarrollo de los sectores farmacéutico, salud, agrícola, de alimentos, entre otros, exista una necesidad de fortalecer a esta industria, mediante la generación de incentivos que aseguren un continuo desarrollo de invenciones en esta área.

Recombinant DNA technology promises to impact a wide variety of areas; its force has already been felt in the fields of environmental protection, agriculture, and health care. For example, patents have issued for bacteria transfected with genes enabling them to degrade oil and other toxins, for agricultural pesticidal bacteria, as well as for mammals that are particularly susceptible to certain types of cancer. Perhaps the most significant consequence of recombinant DNA technology is the ability to mass produce proteins that constitute the active ingredient of drugs used to treat some of the most serious diseases of our time.<sup>36</sup>

El segundo argumento para la existencia y promoción del derecho de patentes es la llamada tragedia de los comunes. Esta teoría establece que existen recursos limitados para la satisfacción de necesidades ilimitadas. De ahí que al permitir un libre acceso a estos recursos se dará lugar a una sobreexplotación de éstos, la que causará la extinción del recurso en detrimento de la sociedad. De ahí que, la creación de derechos de propiedad permite asegurar la existencia de estos recursos, indispensables para la humanidad. Esta teoría se puede aplicar de igual manera a los derechos de propiedad intelectual, de ahí que la existencia de estos sea fundamental para asegurar que el activo intangible no desaparezca.

The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as

---

36 Michael S. Greenfield, "Recombinant DNA Technology: A Science Struggling with the Patent Law." *Stanford Law Review*, Vol 44, No.5, (1992) , pp.1051-1052, <http://www.jstor.org/stable/1228935> .

many cattle as possible on the commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching and disease keep the number of both men and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes a reality. At this point, the inherent logic of the commons remorselessly generates tragedy. (...) Adding together the component partial utilities, the rational herdsman concludes that the only sensible course for him to pursue is to add another animal to his herd. And another; and another....But this is the conclusion reached by each and every rational herdsman sharing a commons. Therein is the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit- in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all.<sup>37</sup>

La teoría de la tragedia de los comunes ha sido utilizada como uno de los argumentos base para promover la patentabilidad de genes o secuencias genéticas. En razón de que si no se da una protección bajo el derecho de patentes, esta información quedaría al alcance de todos, dando lugar a un posible uso abusivo que ocasione su extinción. Consecuentemente, el proporcionar derechos de patentes sobre genes o sus secuencias no solo incentiva a los investigadores a seguir trabajando, sino que asegura que el material genético no será sobreexplotado, asegurando así su mantenimiento para el desarrollo de nuevos estudios e innovaciones.

El proceso de concesión de patentes en las secuencias de adn se ha sustentado en lo que se denomina *Tragedy of Commons*. Mediante esta teoría se explica por qué un sistema en el que los recursos son compartidos por quienes estén interesados en ellos, lleva a la sobreexplotación de los recursos y a la falta de innovación (Heller y Eisenberg, 1998). Aunque esta teoría no se aplica exclusivamente a los derechos de propiedad intelectual, se ha utilizado para justificar la necesidad de que en la biotecnología se haga un tránsito de un modelo común (dominio público) a un modelo privado (patentes). En otras palabras, esta teoría explica cómo la propiedad privada (patentes) incentiva la innovación debido a que los recursos no están sujetos al uso excesivo por parte de diferentes titulares o actores (Leung, 2010). Esta teoría fue importante para justificar el modelo según en el cual los resulta-

---

37 Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons", *Science*, New Series, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), American Association for the Advancement of Science, p. 1244, <http://www.jstor.org/stable/1724745>

Cfr. Aristóteles observó que "lo que es común para la mayoría es de hecho objeto del menor cuidado. Todo mundo piensa principalmente en sí mismo, raras veces en el interés común"(Política, Libro 11, cap. 3).

dos de las investigaciones científicas financiadas con dinero de los contribuyentes pudiesen obtener protección por medio de patentes. Este modelo permitió el auge de la biotecnología durante la década de 1980 y alentó al capital privado a invertir en biotecnología.<sup>38</sup>

No obstante, en contraposición con esta postura, se encuentra la teoría de la tragedia del *anticommons*, que básicamente establece que una proliferación excesiva del derecho de patentes sobre genes, dará lugar a que todo este material pase a ser propiedad de personas determinadas, convirtiéndose en un obstáculo para el acceso. De esta manera, al estar los genes bajo el control del titular del derecho de patentes, todo quien desee tener acceso a esta información deberá pagar una regalía o suscribir una licencia de uso, hecho que puede deteriorar la investigación biotecnológica.

An anticommons is "a property regime in which multiple owners hold effective rights of exclusion in a scarce resource." Such scenarios, moreover, often result in underdevelopment of that resource. (...) Applied to biomedical research, the tragedy of the anticommons explains how patents may actually deter innovation. While earlier commentators focused on innovation as a unitary act by a single player, expositors of the tragedy of the anticommons recognize the multiparty, multiphase mechanics of contemporary research and development. Patents on upstream research tools can inhibit downstream research that depends upon those tools as critical inputs to experimentation. Thus, for example, patents on research tools necessary to screen therapeutic agents can inhibit a pharmaceutical company's efforts to develop marketable drugs. In short, "intellectual property rights have threatened to restrict access to materials and techniques that are critical for future research." While patents have contributed to unprecedented levels of investment in biomedical research and development, in the long run their exclusionary function may hinder rather than accelerate biomedical research.<sup>39</sup>

Este fenómeno se evidenció en el caso de Myriad Genetics, que al tener un derecho exclusivo sobre estas secuencias de ADN, impedía que otros realicen test para determinar la tendencia a desarrollar cáncer de mama y ovarios. Sin duda, en estos escenarios, el ejercicio legítimo de un derecho de propiedad intelectual, puede derivar en un perjuicio para el desarrollo de nuevas innovaciones, lo que en última instancia afecta a la sociedad que tiene menos opciones para satisfacer sus necesidades.

Myriad's patents would, if valid, give it the exclusive right to isolate an individual's BRCA1 and BRCA2 genes (or any strand of 15 or more

38 Carlos Augusto Conde Gutiérrez, "Patentando ADN", *Revista de la Propiedad Inmaterial...* Op. cit., p. 50.

39 Peter Lee, "Patents, Paradigm Shifts, and Progress in Biomedical Science", *The Yale Law Journal*, Vol. 114, No. 3 (Dec., 2004), The Yale Law Journal Company, Inc., pp.673-674 <http://www.jstor.org/stable/4135694>.

nucleotides within the genes) by breaking the covalent bonds that connect the DNA to the rest of the individual's genome. The patents would also give Myriad the exclusive right to synthetically create BRCA cDNA. In Myriad's view, manipulating BRCA DNA in either of these fashions triggers its "right to exclude others from making" its patented composition of matter under the Patent Act. 35 U.S.C. § 154(a)(1); see also § 271(a) ("[W]hoever without authority makes ... any patented invention ... infringes the patent"). But isolation is necessary to conduct genetic testing, and Myriad was not the only entity to offer BRCA testing after it discovered the genes. The University of Pennsylvania's Genetic Diagnostic Laboratory (GDL) and others provided genetic testing services to women. Petitioner Dr. Harry Ostrer, then a researcher at New York University School of Medicine, routinely sent his patients' DNA samples to GDL for testing. After learning of GDL's testing and Ostrer's activities, Myriad sent letters to them asserting that the genetic testing infringed Myriad's patents. App. 94–95 (Ostrer letter). In response, GDL agreed to stop testing and informed Ostrer that it would no longer accept patient samples. Myriad also filed patent infringement suits against other entities that performed BRCA testing, resulting in settlements in which the defendants agreed to cease all allegedly infringing activity. 689 F.3d, at 1315.<sup>40</sup>

### III. CONCLUSIONES

La decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Association for Molecular Pathology et al., Petitioners v. Myriad Genetics, Inc.*, se constituye en un nuevo hito dentro de la protección de innovaciones biotecnológicas bajo los derechos de patentes. De esta manera, al delimitar el criterio utilizado para definir la materia patentable, deja sentado que los procesos de aislamiento y purificación que se den sobre un gen, material genético o secuencia genética no satisfacen el requerimiento de actividad inventiva, por lo que el gen no puede ser objeto de patentabilidad, ya que su información no ha sido modificada, así es un producto de la naturaleza en la que el ser humano no ha aportado con su intelecto.

Para muchos, esta decisión se convierte en un obstáculo para el desarrollo de la industria biotecnológica, pues se elimina el incentivo de los inventores en lo referente a estos productos. No obstante, es importante señalar que la decisión de la Corte Suprema, únicamente, excluye de patentabilidad a los genes, secuencias genéticas y material genético que haya sido purificado y aislado, sin sufrir una modificación. Por tanto, los genes que además de ser

---

<sup>40</sup> United States Supreme Court. *Association for Molecular Pathology et al., Petitioners v. Myriad Genetics, Inc.*, et al., No. 12-398, 13 de junio de 2013. 2013 WL 2631062, p.6.

purificados y aislados hayan pasado por un proceso de transformación como es el caso de los cDNA, son susceptibles de protección. De ahí que esta sentencia, al afinar el alcance de la materia patentable, lo que hace es fomentar el crecimiento de la industria biotecnológica, pues considera a los genes, material genético y secuencias genéticas como herramientas comunes para el desarrollo de nuevas invenciones.

El impacto que genera esta sentencia no se da únicamente en Estados Unidos, por el contrario, es una decisión que marca el tratamiento de una industria trascendental como es la biotecnológica a nivel mundial. De esta manera, dentro de las principales consecuencias de esta decisión se puede establecer el efecto en los países industrializados que permiten la patentabilidad de genes y en los no industrializados.

Como se determinó anteriormente, la Comunidad Europea por medio de su Directiva 98/44, relativa a la protección de materias tecnológicas, permite la obtención de un derecho de patentes sobre materia biológica aislada aún cuando ya exista en la naturaleza. Esta norma, permitiría, de cumplirse, con los otros requisitos de patentabilidad, el otorgamiento de patentes sobre genes, material genético y secuencias genéticas aisladas. De ahí que se puede prever un desplazamiento de las industrias biotecnológicas a estas zonas geográficas, por tener un estándar más alto de protección en esta materia. Ahora bien, para que esto se produzca se tendrán que evaluar otros factores de carácter político, económico y legal.

Por otro lado, también es necesario evaluar el impacto de esta decisión en países en vías de desarrollo como el Ecuador. El Ecuador haciendo uso de las flexibilidades contenidas en los ADPIC, ha optado por prohibir la obtención del derecho de patentes sobre recursos genéticos en general. Esta posición se fundamenta en el hecho de que patentes sobre genes puede violar el orden público y la moralidad. Sin embargo, la decisión adoptada por Estados Unidos en el caso de Myriad Genetics, abre las puertas a nuevas posibilidades de investigación. En algunos escenarios, investigadores nacionales podrían haberse visto limitados en sus investigaciones por existir una patente sobre un gen o secuencia genética. Dada la sentencia de la Corte, estas patentes son nulas, por lo que entran al dominio público y se convierten en elementos de libre acceso para promover el desarrollo de nuevas invenciones. Esta es una oportunidad que no debe pasar desapercibida, ya que puede significar el fortalecimiento de nuestra industria biotecnológica.

De igual manera, cabe analizar el impacto de este caso en los diferentes sectores que hacen uso de la biotecnología, como son la industria farmacéutica, de la salud, alimenticia, agrícola, entre otras. La sentencia de Myriad Genetics excluye de la patentabilidad a los genes y secuencias de genes aislados, en términos generales. Así aún cuando, es una sentencia que trata sobre secuen-

cias de genes humanos, la forma en la que la Corte realiza su opinión no limita este criterio a este tipo de genes, por lo que los recursos genéticos de la biodiversidad también deberían ser tratados bajo este parámetro, lo que implicaría la nulidad de un sinnúmero de patentes en las industrias antes mencionadas. Este hecho, sin duda cambiará la forma en la que se realice el comercio nacional e internacional.

Finalmente, es importante señalar que la industria biotecnológica norteamericana, aún cuenta con un mecanismo de protección para los genes, secuencias genéticas y material genético aislado, este es la protección a través de los secretos industriales. El mayor riesgo que traería este tipo de sistema para la sociedad es que la información permanecería oculta, impidiendo así que pase al dominio público luego de vencido el tiempo de protección. De ahí que es importante, que luego de un período se realicen estudios sobre qué costo social fue mayor: mantener las patentes sobre este tipo de materia o protegerla bajo la figura de secretos industriales? Qué medida se constituirá en un mayor detrimento para el desarrollo de la ciencia y de la industria biotecnológica? Son interrogantes que solo el tiempo las podrá absolver.



# Development of Mediation Practice in the United States

**Jay Folberg**

## **Resumen**

En este artículo, el Decano Folberg describe el desarrollo de la mediación en los Estados Unidos. Hace décadas inició con experimentos tempranos llevados a cabo por cortes que buscaban reducir la carga de casos; y por programas comunitarios que buscaban proveer alternativas más baratas para quienes no podían pagar un abogado, o mejores alternativas para casos en los cuales la relación era un tema sensible, como divorcios o disputas laborales continuas. Hoy en día, la mediación es la principal manera de resolver disputas, y ha sido adoptada por todos los profesionales del Derecho. La Mediación es considerada una profesión en sí misma, proveyendo un servicio especializado para todas las áreas del Derecho, incluyendo casos comerciales altamente complejos. Este artículo ofrece una mirada al futuro del campo en nuestro país.

**Palabras clave:** Mediación, Historia, Estados Unidos, Profesión, Desarrollo, Futuro, Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, Resolución de Disputas

## **Abstract**

In this article Dean Folberg describes the evolution of mediation in the United States. Decades ago, it started with early experiments carried on by the courts to reduce caseloads; and by community based programs, to provide cheaper alternatives for people that could not afford a lawyer, or better alternatives for relationship sensitive cases as divorces or ongoing labor disputes. Today, it has become the main way to resolve disputes, and is embraced by all legal practitioners. Mediation is considered a profession in itself, providing a specialized service for all areas of the law, including highly complex commercial cases. This article provides a look into the future of the field in our country.

Former Dean and Professor Emeritus at the University of San Francisco School of Law. Coauthor of *Resolving Disputes; Theory, Practice and Law*, Aspen Publishers (2010), as well as other books on ADR. Mediator and arbitrator with JAMS and heads the JAMS Institute.

**Key words:** Mediation, History, United States, Profession, Development, Future, Alternative Dispute Resolution, Conflict Resolution

As interest in mediation increases in Ecuador, it may be helpful to know about the beginning of mediation practice in the United States and its evolution. Although mediation is now an important part of our legal culture in the US and used extensively to settle all types of legal claims, it required decades of experimentation and struggle before it was accepted as a better way to resolve disputes. Ecuador will find its own unique path to the use of mediation, but a look at the development of mediation in the US may help explain how and why mediation is now our dominant form of dispute resolution. This may also give a glimpse of the future in Ecuador, regardless of the path to get there.

Beginning in the 1960s the United States saw a flowering of interest in alternative forms of dispute resolution. The period was characterized by strife, conflict, and discontent on many fronts. The Vietnam War, civil rights struggles, student unrest, labor unrest, growing consumer awareness, challenges to gender roles, and protests against racial discrimination all produced distrust of the status quo and more demand for court redress. Legislation created many new causes of legal claims, reflecting society's lower tolerance for perceived wrongs. Conflicts that in the past might have been resolved by deference, avoidance, or resignation were directed to the courts. Increased prosecution of drug-related crimes, which have a constitutionally based priority to speedy trial in the US, also increased the demands on the courts. Court resources were not increased proportionately, and civil case dockets became more backlogged.

Domestic relations case filings also soared. With the adoption of no-fault divorce and the general increase in the divorce rate in the US, court-connected family mediation services proliferated, partly to conserve judicial resources and partly to provide better outcomes for children. Parents more readily accepted a custody and visitation plan that they created with the help of a court mediator than one imposed by a judge and filed fewer post-divorce motions following mediation. This served as an example of how courts could be more proactive in managing their increasing caseload by providing settlement services.

At the same time community-based mediation programs grew up outside the courts to resolve neighborhood disputes. Some legal service programs began experimenting with mediating and arbitrating cases in which neither party could afford lawyers. Business people, who could afford lawyers but could not afford to wait for a court trial, increased their use of private arbitration and mediation, particularly for time-sensitive cases such as disputes involving ongoing construction projects. As all types of civil suits became more complex and expensive to prepare for trial, through extensive motion practice and use of experts, interest in alternative forms of dispute resolution increased.

Judges, motivated by a wish to relieve civil caseloads and reduce delay, convened bench-bar committees to recommend alternative methods to resolve cases. Local experimentation led to successes that were replicated and refined in other jurisdictions. A rich array of court-connected alternative dispute resolution (ADR) processes developed. Traditional settlement conferences conducted by judges were augmented and sometimes replaced by more innovative dispute resolution options. Informal "settlement weeks" and case evaluation panels, both using volunteer lawyers, led to institutionalized programs, often imposed by statutes and court rules that required litigants to engage in ADR.

Mediation, often conducted for the court by lawyers in their own offices, became the most popular form of court-directed ADR. Some courts hired full-time staff to manage cases in ADR programs, as well as provide mediation. The Alternative Dispute Resolution Act of 1998 required all federal district courts to establish an ADR program. Participation in some ADR processes, including mediation, can be compelled in federal courts, as in many state courts.

Although court ADR processes vary from jurisdiction to jurisdiction in the US, they share some common elements. Court ADR, and mediation in particular, is intended to:

- relieve each attorney from being the one to initiate settlement discussions
- provide a stimulus or requirement for attorneys to explore settlement early
- promote or require involvement of key decision makers
- use attorneys as neutrals to augment judicial resources
- provide more flexibility than formal adjudication
- avoid involving the judge who will preside at trial if there is no settlement

One perhaps unintended consequence of mandatory court-connected ADR programs, particularly mediation, has been to educate attorneys and business executives about the potential of non-binding forms of ADR. Even though most cases entered the court programs involuntarily, satisfaction rates were generally high. Occasional complaints about the quality of volunteer mediators or bureaucratic restrictions could be remedied by having mutually respected mediators serve for a fee privately outside the court. Corporate and insurance clients faced with long waits in court and increased litigation expenses pushed for more use of private ADR. Plaintiffs' lawyers, reluctant at first, became more supportive of mediation when they realized that it could speed the collection of damages for clients in need and payment of their contingent fees. Greater

efficiency, lower costs, more control, less risk, and improved outcomes were the driving forces for increased use of both court-based and private mediation. The seeds were planted for what would later become a change in the legal culture regarding how disputes are resolved.

The practice of mediation in the US has matured into a new profession during the past couple of decades. Existing private organizations providing ADR services had a growth spurt. The American Arbitration Association, which was arbitrating tens of thousands of cases in the 1980s, expanded and promoted the use of commercial mediation. The Center for Public Resources, now the CPR International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR Institute), supported primarily by corporate counsel and law firms to promote the use of appropriate dispute resolution, collected pledges from hundreds of major corporations and then law firms promising to use ADR to resolve disputes, rather than pursue litigation against one another. The largest private ADR provider organization founded in 1979 as Judicial Arbitration and Mediation Services, now JAMS, has grown to 25 centers nationwide and has international affiliates. Local and regional groups of attorneys, as well as individual lawyers, retired judges, and others, offer mediation in every legal market. Listings of mediators can be found in telephone directories everywhere in the US, and their advertisements are a mainstay of legal newspapers and magazines. Some law firms advertise their expertise in representing clients in mediation.

Most state bar associations now have active dispute resolution sections. The Dispute Resolution Section of the American Bar Association is one of the largest sections, attracting more than 1,000 participants to its annual meeting and sponsoring numerous publications. Dispute resolution courses are a regular part of law school curriculums. Some law schools offer LL.M. and certification programs in ADR. There has also been a proliferation of mediation training programs for lawyers. The demand side has not quite caught up with the increasing supply of mediators, but dispute resolution seems to be a growth industry.

Whether due to mediation or other factors, civil filings in some state courts have declined, as ADR has been much more widely used. In California, for instance, civil filings in all state trial courts between 1998 and 2007 decreased over 14 percent, from 1,700,445 to 1,461,111 (Judicial Council of Calif., 2008). There has been a dramatic decrease in both the percentage and actual number of cases going to trial in federal and state courts. In the federal courts, the percentage of civil cases reaching trial fell between 1962 and 2002 from 11 percent to 1.8 percent. Over a 25-year period, the number of jury trials in 22 states showed an absolute decline of more than 25 percent (Galanter, 2004). More recently, civil jury trials in California Superior Courts from 1998 to 2007 decreased over 59 percent, from 1,902 to 767 (Judicial Council of Calif., 2008). The exact relationship between the decrease in the percentage of filed cases

being tried and the increased use of ADR in courts and privately is not clear, but many have pointed to mediation as a cause for the change.

The eclectic "movement" of those who early promoted mediation as an alternative to more traditional ways disputes were resolved has given way to efforts to define mediation and set standards for its practice. Schools or approaches to mediation, sometimes distinguished by differing philosophical or value assumptions, have emerged and compete for centrality. Facilitative, transformative, evaluative and therapeutic mediation, as well as other approaches, each have their own following and application. Specialized practices of mediation, particularly among lawyers and health professionals, also marks the maturing nature of mediation practice.

Credentialing and certification of mediators is seen by some as the path to public acceptance, enhancing confidence in mediation and creating a profession. Others see credentialing as the antithesis of a creative alternative and of flexibility in shaping the mediation process to the dispute and the needs of the parties.

More mediators appear to be offering their services for a fee or including mediation in the services they provide through their agency based work. However, relatively few have given up their day jobs to depend exclusively on mediation income. Interestingly, growth of fee for service mediation appears to have occurred more in civil litigation and commercial cases than in family, labor and ongoing relationship cases where mediation began. Mediators, who early on set out to promote the concept to lawyers and business people, now seem to lament that lawyers and corporations have embraced mediation and made it their own.

Speculation twenty years ago about how the courts would deal with mediation confidentiality and the enforceability of agreements to mediation, as well as agreements resulting from mediation, has been replaced by analysis of many case decisions and comparisons of different court conclusions. The call for legislation and court rules to promote the use of mediation has given way to debates over different approaches among states and the crafting of a Uniform Mediation Act.

Mediation has blossomed and become an important part of the dispute resolution landscape in the US. The foundation has been built for mediation in Ecuador, but the long-term identifying characteristics and unique path of establishing mediation have not been determined. This is a wonderful time to be part of this new practice in Ecuador.



# Futuro del derecho del mercado financiero: regulación, desregulación, neo-regulación y soft law

**Jaime Vintimilla Saldaña**

## **Resumen**

La forma como en el mundo se regulan los mercados financieros ha debido enfrentar un gran reto por la constante colisión o complementariedad existente entre *soft* y *hard Law*, entre fuentes públicas y privadas, entre ley y autorregulación. El artículo trata varios problemas y formas de abordarlos donde resulta importante considerar el incremento y creciente sofisticación de la actividad financiera así como la necesidad de contar con mercados seguros, entidades sólidas, reguladores independientes y operaciones transparentes.

**Palabras claves:** Mercado financiero, regulación, desregulación, neoregulación, derecho flexible.

## **Abstract**

The way how in the world it is regulated the financial markets has had to face a great challenge due to the constant collision or complementarity between soft and hard Law, between public and private sources and between law and self-regulation. The article deals with many problems and views to tackle them where it is important to consider the growth and increasing sophistication of financial activity as well as the need for save markets, solid entities, independent regulators and transparent operations.

**Key words:** Financial Market, regulation, deregulation, neo-regulation, soft law.

Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Diplomado Superior en Manejo de Conflictos por la Universidad Técnica Federico Santa María y Universidad de las Américas, Máster en Derecho, Empresa y Justicia por la Universitat de Valencia, España. Profesor en la Universidad San Francisco de Quito, árbitro y mediador.

## Sumario

**I.** La regulación en el derecho del mercado financiero **II.** La desregulación: ¿la causa de todos los males? **III.** La neoregulación: una paradoja. **IV.** Soft law: la revolución de las fuentes jurídicas. **I.** Modalidades de la autorregulación. **2.** Los códigos de conducta. **V.** Reflexión final.

### I. EL DERECHO DEL MERCADO FINANCIERO Y LA REGULACIÓN

El crecimiento e importancia del mercado ha generado cambios estructurales y dogmáticos dentro del Derecho Mercantil. Como consecuencia, ha surgido el denominado Derecho del Mercado Financiero como aquella disciplina jurídica que estudia el conjunto de normas que regulan los mecanismos que permiten garantizar la eficiente asignación del ahorro a la inversión, siendo el mercado<sup>1</sup> precisamente la herramienta cardinal que permite cumplir esta función económica<sup>2</sup>.

Por esta razón, algunos juristas sostienen que incluso las fuentes y la naturaleza de este Derecho han cambiado, pues "mientras que, desde la codificación, el Derecho mercantil se presentaba como un Derecho esencialmente privado, el Derecho del mercado que ahora se gesta es un Derecho mixto, público y privado, o, mejor, un Derecho regido tanto por normas de Derecho público como por normas de Derecho privado"<sup>3</sup>.

Es decir, el mercado y sus efectos han provocado la necesidad de mantener, reformar e incorporar diversas y nuevas fuentes jurídicas al Derecho *in comento*, pues han cobrado importancia, ya sea porque se complementan, ya sea porque colisionan, aquellas normas del denominado Soft Law o derecho blando, las de autodisciplina o autorregulación y las normas mixtas donde confluyen lo público y privado. Seguramente a causa de este fenómeno se dice que el desarrollo por el sistema financiero de las funciones que le son propias es el resultado, no siempre plenamente alcanzado, de una decidida acción normativa que se basa en un sistema de fuentes ciertamente complejo<sup>4</sup>.

Esta realidad normativa variopinta irrefutablemente conduce a la necesidad de estudiar lo que se conoce como regulación del sistema financiero y los mercados financieros, es decir, aquella capacidad normativa para garantizar el buen funcionamiento de los mercados y la protección del inversor mediante

---

1 Zunzunegui define al mercado como aquel canal a través del cual el patrimonio estático que constituye el ahorro se convierte en patrimonio dinámico financiando la inversión. Su ordenación forma un sistema, el financiero, identificado como el conjunto de instituciones, entidades y operaciones a través de los cuales se canaliza el ahorro hacia la inversión, suministrando dinero u otros medios de pago para financiar las actividades de los operadores económicos. En este marco se pueden distinguir, desde el punto de vista económico, tres modalidades de asignación del ahorro: una directa acudiendo al mercado de valores y otras dos indirectas, a través de la banca o del seguro. Véase Zunzunegui, F., "Regulación financiera en una economía globalizada", en ZUNZUNEGUI, F. (Director), *Derecho bancario y bursátil*, Colex, 2012, página 26.

2 Op. cit., página 25.

3 Menéndez, A., y Uría, R., *Curso de Derecho mercantil*, 2ª. ed., Ed. Thomson/Civitas, 2006, página 42.

4 Cortés, L., y Sala, A., *Lecciones de Contratos y Mercados Financieros*, Ed. Thomson/Civitas, 2004, páginas 33 y 35.

normas creadas por los interesados (autorregulación) y por la acción legislativa de los poderes públicos (heterorregulación)<sup>5</sup>.

En definitiva, se busca generar condiciones previas de seguridad y economía que reduzcan los riesgos y los costes de los inversores<sup>6</sup>.

Sin embargo, la regulación de la realidad financiera ha debido enfrentar varios riesgos, retos y deficiencias a causa de varios problemas latentes que han constituido una suerte de *perpetuum mobile*, *perpetual motion* o movimiento –móvil- perpetuo, en el sentido que los fallos del mercado o los excesos reguladores han generado paradojas incesantes donde se han repetido en el tiempo procesos regulatorios con distintos matices como una clara expresión de los choques entre el estado y el mercado.

Estos matices, dependiendo del tiempo, del mecanismo usado o de las fuentes creadoras de normas, han recibido la denominación de regulación, desregulación (liberalización), neoregulación y autorregulación y han debido enfrentar, entre otros, los siguientes problemas<sup>7</sup>:

1. El incremento y creciente sofisticación de la actividad financiera ha generado nuevas instituciones, mercados e instancias de control y supervisión, ya que, de manera incesante, aparecen nuevos productos para satisfacer las necesidades de las empresas y los ahorradores.
2. La necesidad de contar con mercados seguros, entidades sólidas, reguladores independientes y operaciones transparentes.
3. Las crisis financieras demuestran la importancia de formular una buena regulación que logre un adecuado equilibrio entre los diversos intereses en juego.
4. Se requieren mecanismos de recuperación de la confianza para asegurar el buen funcionamiento de los mercados en base a la buena fe y la lealtad y para ello se requiere de una regulación protectora de la integridad y transparencia de los mercados.
5. La presencia recurrente del choque inevitable entre los operadores dominantes que velan por su propio interés y su cuenta de resultados y la del gobierno que trata de defender el interés de los consumidores finales y, a veces, la ideología imperante<sup>8</sup>.

---

5 Salinas Adelantado, C., "Desregulación y Neoregulación en el Mercado de Valores (1)", en *Revista Derecho Mercantil*, 1997, número 224, páginas 714 a 722. Véase también CORTÉS, L., y SALA, A., Op. cit., páginas 33 a 38.

6 Cortés, L., y SALA, A., Op. cit., páginas. 33 y 34.

7 Hernández-Gil, A., "Prólogo", en ZUNZUNEGUI, F. (Director), *Derecho bancario y bursátil*, Colex, 2012, página 23

8 En el caso ecuatoriano está en ciernes un nuevo intervencionismo estatal, pues descontento con la desaceleración en las operaciones de la banca privada, el Gobierno impulsa un nuevo ordenamiento o código orgánico monetario y financiero que busca integrar de manera definitiva a la banca privada con sus objetivos de política

De todos modos, la forma para manejar y solucionar estos problemas se ha concentrado en la necesidad de formular normas, aunque desafortunadamente si no son redactadas de forma adecuada no serán tampoco la panacea, sino, al contrario, se convertirán en la causa directa para propagar la inseguridad y la falta de garantía de un funcionamiento eficiente del mercado<sup>9</sup>. En definitiva, las normas serán también las que ocasionen las distintas crisis financieras si no van acompañadas de una "red de seguridad" con tres pilares: la regulación, la supervisión y el tratamiento de las situaciones de crisis<sup>10</sup>.

## II. LA DESREGULACIÓN: ¿LA CAUSA DE TODOS LOS MALES?

La desregulación es un fenómeno complejo compuesto por tres componentes: uno político, otro jurídico<sup>11</sup> y un último económico.

En lo político ha existido una confusión terminológica y conceptual con privatización y desburocratización que, a pesar de que la doctrina no es pacífica, no resultan ser sinónimos.<sup>12</sup>

En lo jurídico, su análisis ha sido de reciente data por parte de los tratadistas tanto del Derecho mercantil como del Derecho administrativo, pues la desregulación más ha constituido un tema principalmente estudiado por los economistas,<sup>13</sup> aunque algunos relacionan la intervención administrativa con

---

económica. Será responsabilidad de la nueva Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera el establecer los niveles de crédito, tasas de interés, encajes y provisiones aplicables. Además esta norma de *lege ferenda* otorgará amplios poderes a la Función Ejecutiva para formular políticas y regulaciones en materia monetaria, crediticia, cambiaria y financiera así como de seguros y valores. Véase Acosta Bumeo, A., "¿Estado será el nuevo administrador bancario?", en *Comercio, Revista de la Cámara de Comercio de Guayaquil*, febrero 2014, páginas 18 y 19, disponible en <http://www.lacamara.org/website/attachments/article/776/RevFeb2014.pdf>. [Fecha de visita 23/03/2014].

9 El Director de Estudios de Financieros en el Cato Institute sostiene que "las últimas décadas han presenciado una expansión significativa en el número de regulaciones y reguladores financieros, a diferencia de lo que se asevera frecuentemente de que nuestras regulaciones financieras habían sido "desmanteladas". Si bien es posible que muchos reguladores hayan sido cortoplacistas o que confiaron demasiado en su habilidad de salvar del colapso a nuestros mercados financieros, dichos defectos son atribuibles a la regulación, y no a la desregulación. Cuando uno escarba la superficie del argumento de la "desregulación", se vuelve evidente que los supuestos culpables, como la Ley Gramm-Leach-Bliley, no causaron la actual crisis y que la supuesta negativa de los reguladores de confrontar los derivados y las hipotecas "rapaces" habría tenido poco impacto en la manera en que se desarrollaron las cosas, ya que estos asuntos no se encontraban en el centro de la crisis. Para explicar la crisis financiera, y evitar la siguiente, debemos analizar el fracaso de la regulación, no el de una mítica desregulación". Véase CALABRIA, M., ¿Fue la desregulación la causante de la crisis financiera?, en <http://www.elcato.org/fue-la-desregulacion-la-causante-de-la-crisis-financiera>. [Fecha de visita 23/03/2014].

10 ZUNZUNEGUI, F., op. cit., página 28.

11 SALINAS ADELANTADO, C., op. cit., página 710.

12 La desburocratización es la disminución del volumen e importancia de las "normas jurídicas", ya sean estatales, ya sean de autorregulación, en una determinada actividad. En cambio, la privatización puede entenderse de dos formas: a) Privatización en sentido formal, que es la sujeción de determinadas actividades desarrolladas por los poderes públicos al Derecho común; y, b) Privatización en sentido material, que consiste en la traslación, total o parcial, al sector privado de actividades empresariales que hasta dicho momento eran desempeñadas por los poderes públicos. Véase Salinas Adelantado, C., op. cit., pág. 713 y De La Serna Bilbao, M., *La privatización en España*, Aranzadi, 1995, páginas 40 y 66.

13 Por ejemplo en Ecuador algunos economistas ya defendían en el año 2008 que el país "dio paso a una profunda liberalización financiera: la apertura de la cuenta de capitales en el país llegó incluso a superar los niveles que se habían dado en Chile y Bolivia. Lo cual, unido a un irresponsable proceso de desregulación financiera que minimizó los controles sobre la banca, fue debilitando el ya frágil aparato financiero nacional. En este contexto de liberalización y desregulación financiera, apoyado por el FMI, se dio paso al salvataje bancario, con un costo

la desregulación como una tendencia de evolución en el Derecho mercantil,<sup>14</sup> en el sentido de que junto al incremento de la normativa ordenadora se aprecia en la actualidad un claro fenómeno de *desregulación y liberalización* de la actividad económica, como mecanismos que ponen de relieve la inhibición o "retraimiento de la acción directa del Estado en la economía, comportando el abandono por el Estado de su condición de agente económico en ciertos sectores antes reservados para sí en exclusiva (monopolios) y, por tanto, la apertura a la acción de los particulares."<sup>15</sup>

Finalmente, en lo económico la mirada se fija en la paz financiera de cada empresa (estabilidad microeconómica) y del sistema en su conjunto (estabilidad macroeconómica) así como en la necesidad de que se protejan las inversiones y los intereses de los prestatarios y ahorradores. En definitiva, la desregulación no debe alejarse de un equilibrio entre una regulación que no impida la iniciativa empresarial y un nivel de control que garantice la seguridad de los fondos de todos los depositantes<sup>16</sup>. La idea es construir un espacio de compatibilidad entre el intervencionismo estatal y la economía libre.

Así las cosas, se puede definir a la desregulación como la eliminación, modificación o simplificación, por parte de los poderes públicos, de aquellas normas o trámites administrativos que de alguna manera limiten, condicionen o restrinjan la iniciativa y el desarrollo de las actividades de contenido económico tanto públicas como privadas.<sup>17</sup>

Como se ha advertido ya, el proceso de desregulación requiere de una previa regulación que debe ser reformada por el hecho de presentar trabas jurídicas y barreras administrativas injustificadas a la libertad de establecimientos y de prestación de servicios, inclusive se hablaba del engrosamiento innecesario del estado, siendo necesario, entonces, reducir su tamaño.

Sin embargo, a algunos procesos desregulatorios se les acusa de todos los males como ser los causantes de las crisis financieras mexicana y asiática (1994-1997), de la quiebra de empresas Enron, World Com (2001/02) y de las hipotecas subprime (2007/09)- burbuja inmobiliaria-.

Por otro lado, se dice que también son los culpables de las crisis de sobreendeudamiento y desaparición de bancos de inversión así como de la debilidad del sistema financiero para medir y prevenir el riesgo.

---

enorme para el país, cerca de seis mil millones de dólares, en términos netos; salvataje apoyado y alentado por un banco Mundial adornado por la ortodoxia neoliberal y carente de iniciativas". Véase Acosta Espinosa, A., *El "buen vivir" para la construcción de alternativas*, 2008, pág. 5, en <http://www.casa.cult.cu/publicaciones/revistacasa/251/flechas.pdf>. [Fecha de visita 23/03/2014]. Sin embargo, son escasos los acercamientos jurídicos del tema, aunque algo se ha intentado desde el denominado Derecho Económico.

14 Broseta Pont, M., Y Martínez Sanz, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen I, Tecnos, 2011, página 61.

15 Massaguer, J., "El Derecho mercantil ante las transformaciones político-sociales. Una aproximación", en *Estudios Jurídicos Homenaje a Aurelio Menéndez*, Civitas, 1996, páginas 415 y ss.

16 Acosta BurneO, A., op. cit., página 19.

17 De La Serna Bilbao, M., op. cit., página 41.

Es más, se sostiene que a partir del proceso de desregulación e innovación financiera y con el desarrollo de una nueva ingeniería financiera, los mercados se han vuelto más inestables y volátiles provocando nuevos escenarios de crisis en regiones y países así como quiebras en conglomerados financieros y no financieros.<sup>18</sup>

Para guardar consonancia con la explicación anterior, bien vale la pena traer a colación diversos ejemplos ocurridos en el mercado bancario y en el bursátil así como una breve alusión de lo acaecido en España en el mercado de valores.

En el primer caso, la derogación de la ley norteamericana Glass-Steagall en noviembre de 1999 que separaba la banca de inversiones (que organizan la venta de bonos y acciones) y la comercial (que se prestan dinero) es una muestra de desregulación, pues eliminó la prohibición legal de combinación entre bancos comerciales y bancos de inversión. Lamentablemente, el error, deliberado o no, fue el hecho que los autores de la ley no se proponían establecer un sistema regulador que supervisara las empresas que combinaban la banca comercial y de inversión, pues sencillamente prohibieron la combinación de dichas empresas. En conclusión, la desregulación financiera no reformó adecuadamente la realidad del mercado, pues permitió que la banca de inversión emulara el método de apuestas especulativas de alto riesgo.<sup>19</sup>

En el mercado bursátil, en cambio, la Comisión de Bolsa y valores de los EEUU (SEC por sus siglas en inglés) permite en abril de 2004 que los grandes bancos de inversión pidieran aumentar su ratio de deuda sobre capital (de 12:1 a 30:1 o superior) para que así pudieran comprar más títulos respaldados por hipotecas, inflando la burbuja de la vivienda en el proceso. La SEC defendió las virtudes de la autorregulación: juez y parte en el control de excesos, pero en realidad la norma de 2004 fortaleció la supervisión de los mercados de valores.

Por último, en España se tiene un ejemplo en el mercado bursátil, pues la desregulación realizada con la Ley de Mercado de Valores LMV de 1988 tenía un objetivo más dentro de la finalidad primordial que se perseguía, que era la modernización del ordenamiento español, y por otro lado, que ésta se ha desarrollado de una forma muy parecida a la francesa, ya que se basa en la existencia de un fuerte órgano de vigilancia, y en un escaso reconocimiento de

---

18 Soto Esquivel, R., "Desregulación financiera y finanzas públicas en México", en *Economía Informa*, 2010, número 362, enero-febrero, pág. 49, en <http://www.economia.unam.mx/publicaciones/econinforma/pdfs/362/05robertosoto.pdf>. [Fecha de visita 23/03/2014].

19 La ley Gramm-Leach-Bliley o norma derogatoria de la ley Glass Steagall ha sido presentada tanto por sus defensores como por sus detractores como una revolución en cuanto a servicios financieros. Sin embargo, la ley en sí tuvo poco impacto sobre las actividades comerciales de los bancos de inversión. Las actividades fuera del balance general de Bear Stearns y Lehman Brothers eran permitidas antes de que esa ley se aprobara. Ni tampoco estas actividades comerciales socavaron a algún banco comercial afiliado ya que Bear y Lehman no tenían bancos comerciales afiliados. Adicionalmente, esos grandes bancos que sí combinaron la banca de inversión con la comercial han sobrevivido a la crisis de mejor forma que aquellos que no lo hicieron. Véase CALABRIA, M., op. cit.

la autoregulación<sup>20</sup>. Además, no hay apenas preocupación por evitar el peligro de la burocratización.<sup>21</sup>

### III. LA NEOREGULACIÓN: UNA PARADOJA

A la neoregulación también se la conoce como reregulación y hace alusión a los tipos de reglas de juego que deben respetar todos aquellos que quieran actuar en el mercado.<sup>22</sup>

Por ello, algunos juristas sostienen, cuando se refieren a la ley mercantil, que el universo de poderes públicos "legisladores" revela otra importante característica del Derecho Mercantil actual, que es la de ser un *Derecho privado intensamente regulado, lo cual, después de la "desregulación", constituye una verdadera paradoja*.<sup>23</sup>

Esta nueva regulación o "neoregulación" destaca en el Mercado Financiero, en sus tres subsectores: bancario, mercado de valores y seguros; así como también en las telecomunicaciones y radiotelevisión; en las energías; en el medicamento y servicio sanitario, entre otros.

A diferencia de la etapa anterior a la desregulación, esta "neoregulación" *ya no está integrada por normas administrativas o verticales, sino por normas de naturaleza jurídico-privada*, aplicables a las relaciones "inter privados" u horizontales, que conllevan sanciones de Derecho privado, en especial, la nulidad o ineficacia del negocio jurídico ( además de incluir instituciones de Derecho administrativo *complementarias*: autorizaciones, autoridades de control, y régimen disciplinario administrativo.<sup>24</sup>

En definitiva, esta reregulación ha transformado las fuentes jurídicas del Derecho de Mercados Financieros, pues a lado de las normas estatales ha empezado a recobrar fuerza el denominado *Soft Law* o derecho blando en forma de autoregulación,<sup>25</sup> aspecto que se analizará posteriormente. No obstante,

---

20 Salinas Adelantado, C., op. cit., páginas. 741 y 768.

21 Es un fenómeno contrario a la desburocratización, es decir, se refiere a aquella consecuencia que genera la desregulación de que no únicamente existe una eliminación de normas, sino su sustitución por otras nuevas, a lo que agregaría, no necesariamente mejores. La consecuencia de la burocratización es el aumento, muchas veces desmedido e inoportuno, de normas jurídicas estatales y hasta de normas de autodisciplina o autoreguladoras. Véase Salinas Adelantado, C., op. cit., pág. 711 y 749. A mi juicio, otro aspecto relacionado con la burocratización es el aumento de presupuesto y de funcionarios, tal y como se puede apreciar con la cantidad de personas que trabajan en las agencias de regulación financiera. Así en Estados Unidos lo asignado para gastos por regulación bancaria y financiera aumentó de únicamente \$190 millones en 1960 a \$1.900 millones en 2000 y a más de \$2.300 millones en 2008 (en dólares constantes de 2000), lo mismo se puede decir de la SEC o ente encargado de regular a Wall Street. Véase Calabria, M., op. cit.

22 Salinas Adelantado, C., op. cit., pág. 712. Sin embargo, lo más adecuado es neoregulación, ya que se trata no solo de volver a regular algo, sino más bien se busca regular los mercados con nuevas visiones y fines distintos de lo que la regulación anterior estableció, considerando los resultados obtenidos previamente.

23 Vicent Chuliá, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Manuales Tirant lo Blanch, 2008, página 89.

24 Op. cit., página 89.

25 No se puede olvidar que en países como Gran Bretaña dentro de los mercados de valores la única regulación existente era la *self regulation* que se daban los propios interesados.

una visión realista y moderna obliga a prestarle más atención, en especial incluyendo el estudio de las normas reglamentarias y de la "soft Law" o autorregulación.<sup>26</sup>

De todas formas, la neoregulación se ha orientado a establecer nuevas reglas de juego y estándares mínimos de comportamiento de los operadores mercantiles buscando el equilibrio de los principios de eficiencia, de estabilidad y de transparencia para obtener la seguridad y la garantía del funcionamiento eficiente del mercado<sup>27</sup> en un nuevo entorno, donde la dirección pública del sector se compagina y no sustituye la confianza que inspiran los derechos constitucionales vigentes en el mercado. Como ya se dijo, para ello el derecho privado, el derecho público y la autoregulación cooperan para que los operadores financieros no solamente compitan sino que lo hagan con responsabilidad social.

Sin embargo, presenta también una serie de riesgos que es necesario conocer para poder evitarlos o resolverlos oportunamente. Entre ellos, el peligro de la burocratización y la posibilidad de que los cambios estructurales y normativos no tengan efecto y generen una nueva crisis son los más peligrosos y acuciantes. Por eso, resulta imprescindible evitar que se dicten normas abundantes y sin coordinación así como no pueden nacer desde la teoría y sin conocimiento práctico. Una propuesta para lograrlo es la necesidad de utilizar mecanismos de producción normativa más flexibles, pero que no pierdan por ello garantías para sus destinatarios.<sup>28</sup>

#### IV. SOFT LAW: LA REVOLUCIÓN DE LAS FUENTES JURÍDICAS

Siguiendo al profesor italiano Stefano Rodotà, se puede advertir que las transformaciones de los sistemas jurídicos se relacionan con la existencia de una revolución o explosión de las fuentes del Derecho<sup>29</sup>. Hoy en día, el sistema de fuentes del Derecho refleja una nueva distribución del poder político y una jerarquía social diversa, pues la heurística jurídica es *multilevel* y *multistakeholder* con múltiples disciplinas y actores diversos.

Así a lo largo de la historia se puede advertir que siempre han existido sujetos públicos y sujetos particulares que ha generan reglas propias.

Hoy en día gracias a varios fenómenos interconectados como la globalización,

---

26 Op. Cit., página

27 Zunzunegui, F., op. cit., páginas 31 y 32. Véase también ZUNZUNEGUI, F., *Derecho del Mercado Financiero*, Marcial Pons, 2005, páginas 35-40.

28 Salinas Adelantado, C., op. cit., página 773.

29 Rodotà, S., "Códigos de Conducta: entre Hard Law y Soft Law", en REAL PÉREZ, A. (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos Internacionales "Códigos de conducta y mercado"*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Marcial Pons, 2010, página 19.

la innovación científica y tecnológica, la tendencia a la uniformidad normativa, el comercio internacional, la defensa de los derechos humanos, el cambio climático, etc., se encuentran diversos tipos de normas: internacionales, supranacionales, nacionales, subnacionales, anacionales, etc que regulan varias actividades, de las cuales no se escapa ni el mercado ni la economía globalizada.

Es en esta maraña normativa donde precisamente surge el *soft law* o *droit assourdi* ante la estructura rígida de la norma y la inadecuación de determinados instrumentos internacionales.

En principio el *soft law*, *weak law* o derecho flexible, dúctil, maleable o blando surge en el contexto de las fuentes del derecho internacional tanto público como privado y representan a un movimiento de flexibilización de las fuentes que apunta a un desarrollo más flexible del Derecho por parte del propio legislador y a unas normas abiertas (*open texture*) para el juez, que empieza a aceptar también instrumentos, soportes o fuentes blandos.

El *soft law* es un concepto particularmente operativo en el Derecho Internacional Público, y en él se incluyen recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc., sin poder de vinculación directa, pero que influyen no sólo en el desarrollo legislativo futuro, sino como referentes específicos en la actuación judicial.

También existe un *soft law* directamente aplicable al Derecho Internacional Privado y se lo advierte en la proliferación de leyes-modelo elaboradas en foros internacionales, algunos actos normativos característicos del Derecho Institucional, convenios internacionales disponibles por las partes o la propia fuerza ejemplificativa de determinados convenios internacionales, que actúan como fuentes a menudo en sentido impropio, pueden ser tenidas en cuenta tanto por el legislador, como, indirectamente, por el intérprete.<sup>30</sup>

En materia de derecho mercantil, en cambio, se identifica al *soft law* con la figura de la autorregulación o autodisciplina que busca no solo reemplazar a las normas rígidas imperantes sino que trata de que los operadores puedan también disciplinar el mercado desde su contexto, por ello no se ha concluido todavía que exista incompatibilidad entre las fuentes públicas y las privadas, entre ley y autorregulación, entre *hard* y *soft law*<sup>31</sup>. Al contrario, se ha transitado desde una convivencia con sobresaltos o colisión de fuentes hacia una complementariedad entre autoridad y libertad, donde el *soft law* se ha transformado en una suerte de fusible o nexo entre la ley y la autorregulación, ya no solo en el contexto internacional, sino que ahora ha invadido las realidades jurídicas nacionales.

---

30 Fernández Rozas, J., *El Derecho del Comercio Internacional en el contorno de la globalización*, Escríva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México, nº 5, 2000, pág. 18, en [http://eprints.ucm.es/6869/1/EL\\_DERECHO\\_DEL\\_COMERCIO\\_INTERNACIONAL\\_EN\\_LA\\_GLOBALIZACION.pdf](http://eprints.ucm.es/6869/1/EL_DERECHO_DEL_COMERCIO_INTERNACIONAL_EN_LA_GLOBALIZACION.pdf). [Fecha de visita 24/03/2014].

31 Rodota, S., op. cit., página 21.

## 1. MODALIDADES DE LA AUTORREGULACIÓN

El mercado no funciona por sí solo, sino que son necesarias normas jurídicas que lo regulen o disciplinen. Esta es la misma conclusión a la que han desembocado los distintos procedimientos de regulación, de desregulación y de neoregulación: nuevas normas que se incorporan no solamente desde el estado sino desde los propios operadores que conocen la rama del mercado que regulan.

Así aparece la autorregulación como regulación jurídica<sup>32</sup> donde las normas que pertenecen al terreno de la autonomía de la voluntad y de la especialidad no se encierran solo en el ámbito de la ética sino que gozan de una naturaleza propiamente jurídica-normativa, ya que producen efectos similares a los legales o jurídicos<sup>33</sup>, pues de otra forma, aquella pura autorregulación cuyo incumplimiento no acarreará consecuencia alguna, no valdrá la pena de ser catalogada de "regulación" de ningún tipo,<sup>34</sup> ya que también se ha superado aquel principio de *soft law* denominado "cumple o explica".<sup>35</sup>

Es más hoy se habla del papel de la autorregulación internacional, pues la complejidad de los nuevos productos y mercados desborda la capacidad de los reguladores nacionales para ordenar la vida financiera y se hace necesario contar con la industria y sus asociaciones en la ordenación financiera. Esta realidad ha sido reconocida por los estados y los organismos internacionales que han asumido como propios los estándares y las mejores prácticas de la industria financiera. En conclusión, gracias a una autorregulación regulada se convierte la regla privada en norma pública.<sup>36</sup>

Bajo estas circunstancias, el debate existente entre autorregulación y regulación estatal (entre sistemas de regulación estatal o gubernamental y de regulación voluntaria) como alternativas excluyentes constituye un falso e innecesario debate,<sup>37</sup> pues el mercado y todos los ahorradores, prestatarios, sujetos, instrumentos y contratos necesitan de la convergencia coordinada de los modelos de regulación.

---

32 De La Cuesta Rute, J., "La autorregulación como regulación jurídica", en Real Pérez, A. (coord.), op. cit., páginas 31 a 54.

33 Duprat, J., "Los códigos de conducta vistos por un jurista francés", en Real Pérez, A. (coord.), op. cit., página 63.

34 Díaz Ruiz, E., "Códigos de conducta y mercados financieros: cuestiones generales", en Real Pérez, A. (coord.), op. cit., página 265.

35 En concreto, el actual Código en "vigor" en España, el "Código Unificado", se establece sobre el principio de "cumplir o explicar" (cfr.art. 116 LMV). Sin embargo, numerosas exigencias de dicho código han sido expresamente recogidas en normas positivas, tanto reguladoras de las sociedades cotizadas, como de la propia forma societaria concreta, la sociedad anónima. Véase Santillán Fraile, I., "Algunos mecanismos de incidencia en el buen gobierno de entidades que operan en los mercados financieros", en Real Pérez, A. (coord.), op. cit., pág. 297.

36 Zunzunegui, F., op. cit., página 44.

37 Esteban Velasco, G., "Una aproximación a los códigos de buen gobierno en el marco del complejo y heterogéneo fenómeno de los códigos de conducta", en REAL PÉREZ, A. (coord.), op. cit., página 277.

Se observa, entonces, que se hace necesario una participación de los sectores regulados (a los que se les aplica la norma) con la presencia de reglas jurídicas flexibles, experimentales, homeostáticas, es decir, la legislación negociada o contratada, donde los actores pasivos deben ser consultados,<sup>38</sup> se transforman en herramientas capaces de evitar intervenciones legislativas tardías así como reclaman una legislación oportuna y no excesiva o hipertrófica.

Como se ha dicho *ut supra*, mediante el sistema de autorregulación regulada se puede alcanzar una mejor ordenación del mercado financiero. Para lograrlo, la autodisciplina financiera ha adoptado varias modalidades que van desde los códigos de conducta de la industria, a reglas técnicas o de mejores prácticas profesionales.<sup>39</sup>

Es decir, la categoría del *soft law* en lo financiero, no es para nada homogénea, aunque se advierte la existencia de códigos de conducta, que, a su vez, se inclinan a establecer una dicotomía entre los códigos de buen gobierno o *governanza* que se van imponiendo en el ámbito de las sociedades, especialmente cotizadas en Bolsa, y los códigos de conducta que se afirman con referencia a la publicidad por motivos de protección de los intereses económicos de consumidores y, en general, de prevención contra la competencia desleal, entre otras cosas semejantes.<sup>40</sup>

Entonces, a partir de las normas y principios legales deben ser las propias empresas o particulares quienes se autorregulen, desarrollando con la necesaria minuciosidad aquellas normas legales y creando otras que las complementen. Son los mismos interesados los creadores normativos y su presencia es trascendental para contrarrestar el poder de la industria y mejorar la eficiencia del sistema de supervisión financiera.<sup>41</sup>

## 2. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA

Antes de nada hay que diferenciar a los códigos de conducta de los reglamentos internos o particulares de conducta que pueden establecer determinados empresarios, que tienen o bien carácter organizativo puramente interno, establecidos y modificados a voluntad y que tienen una finalidad promocional, o bien, que constituyen parte de las condiciones contractuales que se ofrecen a la clientela.<sup>42</sup>

En todo código de conducta existe el carácter de aplicación plural, siendo los

---

38 Rodota, S., op. cit., página 21.

39 Zunzunegui, F., op. cit., página 44.

40 De La Cuesta Rute, J., op. cit., página 40.

41 Zunzunegui, F., op. cit., página 46.

42 Díaz Ruíz, E., op. cit., página 266.

obligados varios sujetos. Así se puede decir que estos instrumentos de *soft law*, denominados también como "códigos de buenas prácticas" o "códigos tipo" han sido usados en varios sentidos, entre ellos, el jurídico.<sup>43</sup>

Entre sus acepciones se pueden encontrar cuatro orientaciones,<sup>44</sup> a saber:

- a) Reglas diversas que rigen comportamientos de personas sin vincular jurídicamente, tal es el caso de las normas meramente sociales.
- b) Reglas que ya están contenidas en normas jurídicas, luego por ello tienen la naturaleza de éstas, son de obligado cumplimiento y surten mismos efectos que las normas jurídicas.
- c) Son homologados por los poderes públicos, quienes conceden estímulos a quienes los cumplen, aún sin sancionar a los que no los suscriben.
- d) Normas de comportamiento no exigidas por la ley, pero voluntariamente establecidas por los interesados, quienes otorgan publicidad a su compromiso de actuar conforme a esas reglas, generando en los terceros confianza de que procederán de acuerdo a las disposiciones o reglas que hacen públicas.<sup>45</sup>

Por eso, se dice que un código de conducta es una norma distinta, con propia personalidad, no identificable con las fuentes clásicas del derecho, pero muy cercano a los instrumentos contractuales y que sirve para regular, ya que permite la regulación por otros mecanismos, tratando de disciplinar el modo en que las entidades deben realizar ciertas actividades que les son propias.<sup>46</sup>

Hoy en día es muy fácil encontrar estos códigos y algunos bancos españoles, por ejemplo, han dado prevalencia al comportamiento ético y a la integridad personal y profesional como forma de entender y desarrollar la actividad bancaria.<sup>47</sup> Otros, al lado del catálogo de principios éticos y normas de conducta que han de regir la actuación de todos los ejecutivos y empleados rige también un código de conducta especializado en un mercado financiero, tal es el caso de los códigos de conducta en los mercados de valores.<sup>48</sup>

---

43 Real Pérez, A., "Presentación", en Real Pérez, A. (coord.), op. cit., página 12.

44 Op. cit., página 13.

45 La profesora Real insiste en que se genera en el tráfico un buen nombre y reputación del que se somete a los "códigos de conducta", que mueve a otras personas a preferir contratar-o en general relacionarse- con quienes los suscriben. Esta acepción tiene trascendencia en la Unión Europea que impulsa la suscripción empresarial de códigos de conducta. Véase op. cit., página 13.

46 Uría Fernández, F., "Códigos de conducta en el ámbito de la actividad bancaria", REAL PÉREZ, A. (coord.), op. cit., página 311.

47 Véase el código de conducta del grupo BBVA: [http://www.bbva.com/TLBB/fbinesp/codigo\\_conducta\\_bbva\\_nuevo.pdf](http://www.bbva.com/TLBB/fbinesp/codigo_conducta_bbva_nuevo.pdf).

48 Un ejemplo es el Banco Santander. Véase su página web: <http://www.santander.com/csgs/Satellite?appId=santander.wc.CFWCSancomQP01&c=GSInformacion&canal=CSCORP&cid=1278677208635&e>

Este fenómeno se ha universalizado y bien se puede encontrar este tipo de reglas en instituciones financieras y empresariales en América Latina y, en general, en todo el mundo, aunque en algunos como en el caso ecuatoriano, en su mayoría, se habla de códigos de ética.<sup>49</sup>

En conclusión, los códigos de conducta tienen el propósito de unificar y otorgar certeza a unas normas a las que se considera debe sujetar su acción todos los que practiquen determinada actividad u ocupen una determinada posición en la sociedad financiera, pues tienen trascendencia para cualquier mercado, incluido el bursátil.<sup>50</sup>

## V. REFLEXIÓN FINAL

Con claridad se ha advertido el carácter jurídico de las normas de la autorregulación o autodisciplina donde son los propios interesados y los mismos operadores financieros los creadores normativos tanto de los códigos de buen gobierno como de aquellos códigos de conducta. Sin duda, marcan el futuro del Derecho del mercado financiero.

El lugar donde los códigos de conducta van a mostrar su eficacia es precisamente el mercado, en especial, cuando se hayan transformado en una expresión jurídica que demuestre que los tiempos de neoregulación y desregulación han sido positivos para evitar nuevas crisis financieras y de confianza de los ahorristas y prestatarios.

---

mpr=CFWCSancomQP01&leng=es\_ES&pagename=CFQP01%2FGSInformacion%2FCFQP01\_GSInformacion-DetalleSimple\_PT08.

49 El Banco del Pacífico tiene un código de ética y conducta, en cambio los bancos Bolivariano y Guayaquil cuentan con códigos de ética. Véase <https://www.bancodepacifico.com/files/PDF/Gobierno%20Corporativo/CODIGO%20DE%20ETICA%20CAMBIOSCGC%2026-03-13%20CETICA%205-04-13%20DIRECTORIO%2029-0>

50 De la Cuesta Rute hace una interesante diferencia entre códigos de buen gobierno y códigos de conducta. Véase De La Cuesta Rute, J., op. cit., página 41.



# ¿Daño moral por incumplimiento de contrato?

## Comentario a Sentencia de Corte Nacional de Justicia de Ecuador de 8 de septiembre 2010 <sup>1</sup>

**Daniela Páez Salgado**

*"(...) abiertas como han quedado las puertas para la indemnización del daño moral en los contratos, los jueces no tardarán en concederlo con carácter general en todos los contratos en que se prueba realmente su existencia."*

Guillermo Borda

### **Resumen**

En el año 2010, la Corte Nacional de Justicia de Ecuador aceptó y condenó a los demandados al pago de una indemnización por daño moral derivada del incumplimiento de un contrato de administración hotelera en el caso Hotel Boulevard S.A. y Predial Nueve de Octubre S.A. contra Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada. Este trabajo analizará la decisión a la luz de la noción uniformemente aceptada bajo el sistema legal ecuatoriano que niega la procedencia de acciones por daño moral contractual.

**Palabras clave:** daño moral, daño moral contractual, Código Civil ecuatoriano, limitación de indemnización.

---

<sup>1</sup> Corte Nacional de Justicia de Ecuador. Caso Hotel Boulevard S.A. y Predial Nueve de Octubre S.A. c. Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada. Juicio No. 019-2007. Sentencia de 8 de septiembre de 2010 publicada en Registro Oficial Suplemento No. 422 de 2 de abril de 2013.

## Abstract

In 2010, the National Court of Justice accepted and condemned the defendants to pay a compensation for pain and suffering arising out of a breach of a hotel management contract in the case Hotel Boulevard S.A. y Predial Nueve de Octubre S.A. v. Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada. This paper will discuss that decision in light of the uniformly accepted notion under the Ecuadorian legal system that prevents causes of action for pain and suffering arising out of contractual breach.

**Key words:** pain and suffering, contractual breach, Ecuadorian Civil Code, limitations on compensation

## Sumario

**I.**Acercamiento a la noción de daño moral contractual. **II.** ¿Qué comprende el daño moral? **III.** Los supuestos de hecho del daño moral contractual. **IV.** Perspectiva del Derecho iberoamericano. **V.** Limitaciones a la indemnización del daño moral contractual. **VI.** Sobre la procedencia del daño moral derivado de incumplimiento contractual en el derecho ecuatoriano. **VII.** ¿Antecedente jurisprudencial? **VIII.** El fallo. **A.** Hechos relevante. **B.** Análisis de la Corte Nacional de Justicia. **C.** Comentarios a la sentencia. **IX.** Conclusiones.

El presente trabajo tiene como objeto analizar la decisión de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador en el caso Hotel Boulevard S.A. y Predial Nueve de Octubre S.A. contra Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada que aceptó y condenó a los demandados al pago de una indemnización por daño moral derivada del incumplimiento de un contrato de administración hotelera. La decisión es digna de estudio pues desconoce el principio establecido en el artículo 1572 del Código Civil ecuatoriano que limita las indemnizaciones por daños morales a los supuestos de responsabilidad extracontractual.

Para poder realizar un análisis completo de dicha decisión es necesario precisar algunos conceptos y problemáticas sobre el daño moral contractual; así como la aproximación que hace de éste, el derecho comparado. Una vez que hayamos concluido con esta parte introductoria, procederemos al estudio del caso dentro del marco legal, jurisprudencial y doctrinario ecuatoriano.

### **I. Acercamiento a la noción de daño moral contractual**

La aceptación del daño moral derivado del incumplimiento de un contrato, como se verá en el presente trabajo, ha sido debatida largamente por la doc-

trina y jurisprudencia internacional. Existe una primera dirección doctrinal que mantiene un concepto estricto del daño moral, de manera que éste queda restringido a los sufrimientos o perturbaciones de carácter psicofísico resultantes de lesiones a derechos de la personalidad<sup>2</sup>. Los defensores de esta tesis sostienen que no se deben indemnizar los daños morales contractuales ya que es poco frecuente que los incumplimientos de contratos lleven consigo la vulneración de derechos de la personalidad del acreedor.

Otro argumento que refuerza esta postura es el de que la ley debe ser más severa con el autor del hecho ilícito que con el incumplidor de una obligación<sup>3</sup>. Detrás de una norma jurídica está comprometido un interés de orden público. Su violación causa un perjuicio grave e inmediato de orden social; importa un escándalo desde el punto de vista del derecho positivo. Por otro lado, la violación de un contrato no es tan grave. Si bien existe un interés general en que los contratos sean cumplidos, ese interés público solo juega de manera mediata. Lo inmediato es tan sólo un interés privado. Por todo ello, la ley ha sido más rigurosa en considerar la indemnización del daño moral en los hechos ilícitos que en los casos de incumplimiento contractual.<sup>4</sup>

Frente a esta posición, ha nacido una segunda postura que está presente en muchas de las actuales decisiones de las cortes europeas que resuelven peticiones de reparación por daño moral contractual. Esta tesis adopta un concepto amplio de daño moral. Así, para esta corriente, los daños morales son aquellos perjuicios de naturaleza no patrimonial que resultan de la lesión de cualquier interés jurídico, tanto si éste tiene como fuente un hecho ilícito o el incumplimiento de una obligación contractual<sup>5</sup>. En el derecho comparado quedan pocas dudas sobre la incorporación del daño moral dentro del perjuicio resarcible que tenga como fuente la violación de un contrato. En tal sentido, se ha argumentado sobre la ausencia de lógica alguna que permita justificar que, habiéndose admitido plenamente la indemnización del daño moral en sede extracontractual, se la descarte cuando dicho daño ha sido producido bajo una relación jurídica específica: una contractual.

Asimismo se ha advertido la injusticia que supone el trato diferenciado de la víctima ante un mismo daño según exista o no un vínculo contractual previo entre ella y el responsable. Bajo estos argumentos, la doctrina moderna sostiene que el daño moral contractual es plenamente indemnizable. Durante este trabajo, se expondrá la segunda tesis y su aceptación, principalmente, en el derecho comparado para luego abordar su problemática desde el derecho ecuatoriano.

---

2 Diez Picazo, Luis. *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas, 1999, p. 328-329.

3 Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños*. El daño moral. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar, 1986, p. 154.

4 Ídem.

5 Vid. Solé, Josep. "El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español. Revista para el Análisis del Derecho INDRET. Indret 1, 2009.

## II. ¿Qué comprende el daño moral?

El vocablo "dolor" históricamente sirvió para sintetizar el ámbito de los daños morales cuando se sostenía que eran los menoscabos, padecimientos, sufrimientos, angustias, preocupaciones o tristezas producidos por un hecho específico. Sin embargo, su rol en el actual estado de evolución del Derecho ha reducido<sup>6</sup>. Esto por cuanto, actualmente, la doctrina se ha manifestado de forma uniforme en cuanto a las diferentes modalidades que puede adoptar el daño moral. Una vez que hayamos comprendido las formas que adopta el daño moral, podremos analizar la procedencia de cada una de estas manifestaciones en el caso exclusivo del incumplimiento contractual.

A continuación, nos referiremos a cada una de ellas en sentido amplio, independientemente de que su fuente sea contractual o extracontractual.

a) La *pecunia doloris* (precio del dolor) engloba dos aspectos diferentes: el dolor físico que la víctima experimenta como consecuencia del hecho dañoso sobre su propio cuerpo, que incluye las sensaciones de malestar, el insomnio o cualquier tipo de manifestación dolorosa que se haya originado en su disminución física, y; el puro daño moral, representado por el dolor moral que se refleja en la pena, la tristeza y el sufrimiento -no físico-, que pueden padecer tanto la víctima directa como sus parientes.<sup>7</sup>

b) El daño a la vida de relación o *préjudice d'agrément* comprende todos los goces ordinarios de la vida sea cuales fueren su naturaleza y origen, esto es, el conjunto de los sufrimientos, goces y frustraciones experimentados en todos los aspectos de la vida cotidiana en razón de la lesión y de sus secuelas. Es más preciso hablar de la pérdida de la posibilidad de ejercitar ciertas actividades de placer u ocio, como las artísticas o deportivas, pero también de cualquiera que signifique una privación de satisfacciones en la dimensión social o interpersonal de la vida.<sup>8</sup>

c) El daño psíquico entendido como la "perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente".<sup>9</sup>

d) El daño estético o *pretium pulcritudinis* que se manifiesta como una deformidad del estado de la persona, entendida tal deformidad como toda irregularidad física –visible o no, permanente o no-, estigma o tara fisiológica, respecto de lesiones anteriormente sufridas, que le hacen perder al

---

6 Mosset Iturraspe, Jorge. Responsabilidad por daños... Óp. cit., p. 98.

7 Mayo, Jorge. "El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran". Revista de Derecho de Daños. Rubinzal Culzoni Editores: Buenos Aires, 2001, p. 179.

8 Ídem.

9 Matilde Zabala de González citada en: Mayo, Jorge. "El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran". Revista de Derecho de Daños. Rubinzal Culzoni Editores: Buenos Aires, 2001, p. 182

sujeto su normal aspecto periférico, de un modo perceptible y apreciable, afectando su anatomía exterior. Este estigma puede recaer en el rostro o en el resto del cuerpo humano ya sea que consista en cicatrices, pérdidas de sustancia, de cabellos o de piezas dentarias, manchas, malformaciones; entre otras.<sup>10</sup>

Sobre esta última manifestación, el profesor Diez Picazo relata el caso de la princesa de Broglie, en el cual el Tribunal del Sena consideró como daño moral causado por una cirugía, una cicatriz que entrañaba para una señora de la sociedad parisina la imposibilidad de mostrar el cuello durante un largo período de tiempo. Un perjuicio estético, pero también un perjuicio mundano que puede dar nacimiento a una indemnización por daño moral.<sup>11</sup>

e) El “perjuicio juvenil” que corresponde al dolor que provoca en una persona joven la conciencia de su propia decadencia y la amargura por la pérdida de toda esperanza de vida normal y de la alegría por vivir.<sup>12</sup>

f) El perjuicio sexual o daño resultante de la pérdida de las facultades sexuales, que da sustento, obviamente, a la reparación del daño moral, sea cual fuere la situación del sujeto afectado, incluyendo la proyección de futuro<sup>13</sup>.

Fuera de estos casos, la jurisprudencia de los tribunales españoles,<sup>14</sup> por ejemplo, ha condenado por daño moral a los abogados o procuradores que no ejercitan una acción a tiempo, y dejan caducar o prescribir una pretensión de reclamación de sus clientes. Estas situaciones han sido categorizadas como un daño derivado de la “pérdida de oportunidades” o “pérdida de chances”. En estos casos los tribunales han entendido que dicha conducta frustra las expectativas procesales de los clientes. La dificultad para valorar la probabilidad de que la víctima hubiese obtenido una resolución favorable, ha llevado a los tribunales a indemnizar la “frustración de las expectativas generadas por las posibilidades de éxito del recurso”.<sup>15</sup> Diez Picazo critica dichas decisiones manifestando que:

Lo que resulta chocante es que se abra una alternativa entre indemnización por pérdida de oportunidades o por daño moral como si se tratara de conceptos homogéneos y, por consiguiente, intercambiables, cuando todo apunta a que se hallan especialmente alejados entre sí.<sup>16</sup>

10 Mayo, Jorge. “El daño moral... Óp. cit., p. 179

11 Diez-Picazo, Luis. El escándalo del daño moral... Óp. cit., p. 64

12 Mayo, Jorge. “El daño moral... Óp. cit., p. 179

13 Ídem.

14 Vid. Diez-Picazo, Luis. El escándalo del daño moral... Óp. cit. p. 56

15 Solé, Josep. “El daño moral por infracción... Óp. cit., p. 23.

16 Diez-Picazo, Luis. El escándalo del daño moral... Óp. cit., p. 30-33

Por otro lado, antes de concluir esta sección, me referiré al tipo de daño moral que pueden sufrir las personas jurídicas. En primer lugar, debemos considerar que las personas jurídicas tienen derechos extra-patrimoniales que han sido pacíficamente aceptados, aun cuando la esfera de su personalidad moral no sea tan amplia como la de las personas naturales.<sup>17</sup> En este sentido, Arturo Alessandri manifiesta que:

Las personas jurídicas legalmente constituidas pueden demandar la reparación de los daños materiales y morales que se les irroguen con dolo o culpa, pero tratándose de estos últimos sólo cuando provengan de atentados a su nombre o reputación, más no a sentimientos de afección.<sup>18</sup>

Así, las personas jurídicas tienen los siguientes derechos: al honor, al nombre, a la libertad de acción, a la seguridad, a la protección de su información. Podemos comprender que se trate de un daño extra-patrimonial diferente al dolor que aqueja a las personas naturales; lo que no quiere decir que no puedan sufrir perjuicios por campañas difamatorias, ofensas a su honor o reputación, usurpación de nombre, violación de correspondencia, entre otras.

Analizados todos estos casos, podemos concluir que, en general, el daño moral puede consistir no sólo en el mal que se causa, sino en el bien cuyo disfrute se priva a la víctima. Ahora, corresponde determinar si todas estas modalidades podrían ser resarcidas bajo la indemnización derivada del incumplimiento de un contrato.

### **III. Los supuestos de hecho del daño moral contractual**

Es preciso comentar algunos de los casos que ha planteado la jurisprudencia francesa que nos permiten dilucidar de mejor manera cuándo es posible la indemnización por daño moral contractual<sup>19</sup>. Recordemos que Francia fue una de las primeras jurisdicciones de derecho continental en aceptar la posibilidad de indemnizar el daño moral proveniente de un incumplimiento contractual. Indemnizaciones han sido otorgadas en casos de incumplimiento de contratos referentes a cosas que no tienen sino un valor moral, tal como el incumplimiento de un contrato para la elaboración de un retrato de familia.

El primer caso, que quisiera comentar, es el de un israelita-argelino que, habiendo contraído matrimonio religioso, posteriormente se rehusó a sancionar civilmente esa boda, causando un daño moral a su esposa. Otro caso particular es el del incumplimiento de un contrato celebrado entre un carnicero con una asociación israelita, que se obligó a vender sólo carne "kosher" y cuando

---

17 Mosset Iturraspe, Jorge. Responsabilidad por daños... Óp. cit., p. 224-225.

18 Alessandri, Arturo. De la responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 164.

19 Todos los ejemplos citados se encuentran en: Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II. Legis Editores: Colombia, 2008, p. 488.

éste lo incumplió, "ofendió" los sentimientos religiosos de los contratantes.

Casos como el de un director de espectáculos que, al no emplear sobre un afiche los caracteres convenidos para mencionar a una actriz, causó un perjuicio moral a ésta. El caso donde una ruptura abusiva de un contrato por un obrero hizo sufrir al patrono un "daño moral en su autoridad como patrono"; o el de un marmolero encargado de la remodelación de un panteón funerario, lo hizo de forma tal que los padres quedaron impedidos de saber dónde estaba el cadáver de su hijo.

Por su parte, tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea) así como la jurisprudencia argentina,<sup>20</sup> han confirmado que procede el daño moral que resulta del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso en los contratos de viajes combinados. El daño moral comprende el daño corporal o el derivado de la pérdida de disfrute de las vacaciones.<sup>21</sup> Con respecto al contrato de turismo a través de agencia de viajes, el profesor Diez Picazo cree que se ha producido una evolución de los dolores psicofísicos y de la *pecunia doloris* hacia las "incomodidades", "desplacers" y a sus posibles evitaciones:

Probablemente hay en ello algún cambio en posiciones ético-filosóficas de las sociedades contemporáneas porque de resarcir sólo los dolores experimentados por situaciones injustas, pasamos a indemnizar el hecho de haber sufrido incomodidades, lo que significa que la vida debe estar llena de comodidades.<sup>22</sup>

Otros supuestos aceptados por la jurisprudencia de varios países europeos, son los que nacen del incumplimiento de los contratos de prestación de servicios funerarios. Entre ellos resalta una condena por daño moral por parte del Tribunal Supremo español a una sociedad gestora del cementerio de Málaga que, por negligencia de uno de sus empleados, vació el nicho en el que se encontraban los restos del cónyuge de la actora y los desechó a una fosa común. El Tribunal indemnizó a la viuda el "grave daño moral" sufrido que consistía en la pérdida irreversible de los restos de su marido y concluyó que este hecho había atentado contra los sentimientos y convicciones de la señora.<sup>23</sup>

Asimismo, la jurisprudencia española ha indemnizado por daño moral contractual, los perjuicios que sufren los arrendatarios, adquirientes o habitantes de viviendas cuya construcción ha sido afectada por defectos o vicios ruino-

20 *Vid*, Mosset Iturraspe. Responsabilidad por daños... Óp. cit., p. 167.

21 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Caso Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co. C-168-00. Sentencia de 12 de marzo de 2002. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000CJ0168:ES:HTML>>

22 Diez-Picazo, Luis. El escándalo del daño moral... Óp. cit., p. 52

23 Solé, Josep. "El daño moral por infracción... Óp. cit., p. 22

sos que les obligan a abandonar el edificio y buscar un nuevo lugar para residir. Las alteraciones, angustias, frustraciones y alteraciones para la vida familiar son los supuestos que son considerados por los jueces para indemnizar.<sup>24</sup>

Finalmente, otro caso aún más polémico es el de las "lesiones espirituales por mora". La regla general es que las demoras suscitadas sólo generan daños económicos los cuales son indemnizados vía pago de intereses por mora. Sin embargo, pueden existir dilaciones desmesuradas que sobrepasen todo límite de razonabilidad. En estos casos puede que el acreedor sufra un daño moratorio distinto al calculable mediante los intereses, el cual puede revestir naturaleza espiritual y puede resarcirse. Por ejemplo, la tardanza en entregar una obra de arte puede ser fuente de un daño inmaterial moratorio, por privar al adquirente del placer estético de su disfrute.

O, por ejemplo, en un caso que envolvió la falta de oportuna entrega de documentación relativa a un vehículo, la jurisprudencia colombiana declaró:

Corresponde condenar a la sociedad administradora de planes de ahorro a otorgar una indemnización por daño moral, a quien le fue adjudicado un vehículo y no recibió la documentación necesaria para efectivizar la transferencia, pues se encuentra probada la depresión reactiva que sufrió al poco tiempo de la frustración, y que ella fue ocasionada por la falta de entrega de papeles que le restringieron el margen de disponibilidad y generaron angustias y falsas expectativas.<sup>25</sup>

En todos los casos comentados, encontramos un elemento común: el objeto de dichos contratos es la tutela de un interés de naturaleza inmaterial. Los contratos buscan proporcionar bienestar, placer o evitar molestias inmateriales, tal es el caso del contrato de viajes combinados. Asimismo, podemos encontrar contratos en los cuales, si bien el objeto principal no es tutelar un interés de naturaleza inmaterial, la forma en que la prestación debe ser ejecutada conlleva el deber de respetar ciertos intereses inmateriales. Por ello, el cumplimiento defectuoso o el incumplimiento causará un perjuicio a dichos intereses. Por ejemplo, el ya mencionado contrato de servicios funerarios en los que un eventual incumplimiento podría afectar la estima o respeto que los familiares sienten por el difunto.

#### **IV. Perspectiva del Derecho iberoamericano**

El Código Civil napoleónico respondía, en materia de reparación de daños, a las teorías doctrinarias que lo informaban, es decir, "el individualismo filosófico, el liberalismo económico, con un total desprecio por los aspectos socioló-

---

<sup>24</sup> *Id.*, p. 29.

<sup>25</sup> Cámara de lo Civil y Comercial de San Nicolás 03-03-05 en: Zavala de González, Matilde. Tratado de daños a las personas: Resarcimiento del daño moral. Editorial Astrea: Buenos Aires, 2009, p.164.

gicos de contextualización de los seres humanos”.<sup>26</sup> Así, los códigos civiles de origen napoleónico se ubicaron dentro del liberalismo, y ello explica en buena medida el espíritu economicista del derecho de obligaciones, pensado, sobre todo, para regular las relaciones entre particulares con proyección económica.

Está claro que los redactores del Código Civil napoleónico, no pensaron en absoluto en la indemnización del daño moral, sino sólo en el patrimonial. Su concepto encerraba, una visión economicista del daño contractual, en el que, en principio, no encaja el daño moral ya que la indemnización tiene como objetivo el reintegro de un patrimonio que ha sido lesionado, concebido el patrimonio como un conjunto de bienes materiales.

Con el paso de los años, esta visión restringida del daño derivado del incumplimiento contractual se expandió y fue Francia el primer país en aceptarlo en 1833. De igual manera, España lo hizo en 1912.

En América latina, el derecho chileno fue uno de los precursores en acoger la indemnización del daño moral derivado del hecho ilícito (las primeras decisiones chilenas datan de 1907).<sup>27</sup> El Código Civil chileno carece de una regulación expresa del daño moral por lo que se encargó dicha interpretación a la labor jurisprudencial.

En un fallo de octubre de 1994, la Corte Suprema chilena abandonó la interpretación restrictiva del artículo 1556 del Código Civil,<sup>28</sup> entendiendo que el mismo no excluye de manera forzosa la reparación del daño moral en materia contractual. La Corte efectuó un análisis sistemático de las normas jurídicas y abandonó la concepción patrimonialista del derecho de las obligaciones. La Corte entendió que la tutela de la persona y sus atributos inmateriales requieren una protección si no superior, al menos igual, a la de sus atributos materiales o patrimoniales.<sup>29</sup>

La referida posición a favor de la indemnización del daño moral con independencia de la fuente que lo origina, ha sido reconocida de forma expresa en la legislación civil de países como Perú y Argentina. Dicha aceptación encuentra su fundamento en la interrogante planteada en el sentido de que no sería justo que el daño moral sea indemnizable únicamente si al agente que lo causa y un tercero denominado damnificado o víctima no les une vínculo contractual alguno.

---

26 Ghersi, Carlos. “La regulación jurídica del daño moral por incumplimiento contractual”. Revista de Derecho de Daños. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2001, p. 54

27 Domínguez Hidalgo, Carmen. “La Reparación Del Daño Moral Derivado De Contrato En El Derecho Civil Chileno: Realidad y Límites”. Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado, Universidad Diego Portales, n° 3, Julio 2006, p. 228.

28 “Art. 1556.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.”

29 Cárdenas Villarreal, Hugo. “Daño moral por incumplimiento de Contrato: un réquiem por la uniformidad jurisprudencial”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 33, 2006, p. 590.

En este sentido, manifiesta Ramón Pizarro:

Un hecho ilícito no deja de ser tal, no modifica su naturaleza, por la mera circunstancia de producirse dentro de una obligación preexistente que resulta incumplida, o fuera de ella. En uno y otro supuesto, el menoscabo espiritual derivado de la lesión a un interés no patrimonial puede ocasionarse y merecer la misma reacción del ordenamiento jurídico, orientada a restablecer el equilibrio alterado mediante el pertinente resarcimiento.<sup>30</sup>

Por otro lado, en el caso de Argentina, la Corte Nacional de Justicia ha considerado que la indemnización del daño moral contractual no se apoya en un derecho del perjudicado sino que constituye una decisión facultativa del magistrado en virtud del artículo 522 del Código Civil que establece que el juez podrá condenar su reparación<sup>31</sup>. Es decir, se ha dado una interpretación amplia a dicha disposición permitiendo a los jueces conceder indemnizaciones cuando éstos lo estimen necesario.

En España, diversas sentencias del Tribunal Supremo han ampliado la indemnización del daño moral a la responsabilidad contractual, superando así los criterios restrictivos que limitaban su aplicación, así como la concepción clásica del *pretium doloris* y los ataques a los derechos de la personalidad. Dicho Tribunal se pronunció de la siguiente manera:

El daño moral indemnizable no es sólo aquel que consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico, sino también el que deriva de un "impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio o incertidumbre" o el "transtorno de ansiedad, impacto emocional".<sup>32</sup>

A manera de resumen, la siguiente tabla, recoge la existencia o no de la posibilidad de reclamar indemnizaciones por daño moral contractual en los sistemas jurídicos de algunos países que consideramos relevantes para nuestro análisis:

País	Aceptación del daño moral	Normativa pertinente
------	---------------------------	----------------------

30 Pizarro, Ramón. Daño moral. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 195.

31 La sentencia estableció que: "El daño moral pro incumplimiento de un contrato no aparece como un derecho estricto del agraviado, sino como una posibilidad de que el juez haga funcionar una atribución que la ley ha remitido a su prudencia y discreción. No todo incumplimiento contractual trae aparejado daño moral, dependiendo la reparación respectiva de la libre apreciación del juez acerca del hecho generador del perjuicio y de las circunstancias del caso, dado que no puede sustentarse en cualquier molestia que no se origina en la insatisfacción de las prestaciones contractuales". Citado por: Zavala de González, Matilde. Tratado de daños a las personas: Resarcimiento del daño moral. Editorial Astrea: Buenos Aires, 2009, p.14.

32 Solé, Josep. "El daño moral por infracción... Óp. cit., p. 18

Argentina	Aceptación expresa del Código Civil	<b>Art. 522.-</b> <i>En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.</i>
Bolivia	Negación por parte del Código Civil	<b>Art. 994 (RESARCIMIENTO).-</b>  I. <i>El perjudicado puede pedir, cuando sea posible, el resarcimiento del daño en especie. En caso diverso el resarcimiento debe valorarse apreciando tanto la pérdida sufrida por la víctima como la falta de ganancia en cuanto sean consecuencia directa del hecho dañoso.</i>  II. <i>El daño moral debe ser resarcido sólo en los casos previstos por la ley.</i>
Chile	Interpretación jurisprudencial favorable del artículo 1556 del Código Civil	<b>Art. 1556.-</b> <i>La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.</i>  <i>Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.</i>
España	Interpretación jurisprudencial favorable del artículo 1902	<b>Art. 1902.-</b> <i>El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.</i>
Colombia	Silencio del Código Civil sobre los daños extrapatrimoniales.  La postura ha sido negada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.  Sin embargo, existe reconocimiento expreso en el Código de Comercio en referencia al contrato de transporte. <sup>1</sup>	<b>Art. 1006.-</b> <i>“Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extrac contractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente.</i>  <i>En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral.”</i>
Perú	Aceptación expresa del Código Civil	<b>Art. 1322.-</b> <i>El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.</i>

México	Aceptación expresa del Código Civil	<p><b>Art. 1916.-</b> <i>Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.</i></p> <p><i>Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.</i></p>
--------	-------------------------------------	---

Como se puede observar de las disposiciones recogidas, la posición que va a la par con el estado actual de desarrollo del derecho de daños, tanto en América como en Europa, es la de aceptar la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual.

Así, en el derecho comparado se puede identificar tres grupos de ordenamientos jurídicos: (i) aquellos que de manera expresa reconocen el daño moral ocasionado por incumplimiento contractual, como sucede en Argentina y Perú; (ii) un segundo grupo cuyas legislaciones civiles son altamente restrictivas en cuanto a la enumeración taxativa de los supuestos en los que cabe la indemnización de daño moral contractual, como el caso de Italia y Alemania –serán analizados en la siguiente sección-; y (iii) el grupo de ordenamientos jurídicos que no prohíben de forma expresa el daño moral contractual, pero cuyos tribunales han encontrado una vía para otorgar la indemnización por daño moral derivado de incumplimiento de obligaciones contractuales priorizando la justicia, como es el caso de Chile y España.

## **V. Limitaciones a la indemnización del daño moral contractual**

Existen varios argumentos a favor de limitar la indemnización de perjuicios morales contractuales en casos concretos. Entre ellos destacan: (i) la naturaleza de las obligaciones contractuales, (ii) el carácter netamente patrimonial de las prestaciones que nacen de un contrato; así como (iii) la asunción del riesgo que asumen los contratantes de que eventualmente existirá un incumplimiento.

## i. La naturaleza de las obligaciones contractuales

A diferencia de lo que acontece con el daño moral en sede extracontractual, donde la cantidad de situaciones dañosas que se pueden dar es abundante, en el ámbito contractual, este perjuicio es excepcional debido a que, generalmente, se encuentran en juego intereses exclusivamente económicos y la infracción del contrato no genera un daño extra-patrimonial *per se*. Así por ejemplo, Jorge Mosset Iturraspe manifiesta que:

[...] el "efecto común" de todo incumplimiento es una cierta conmoción síquica o desequilibrio en el estado de paz espiritual; y esa mera conmoción no puede ser, por razones obvias, que hacen a la certera y entidad del daño moral resarcible, la base de la condena a pagar una indemnización. [...]

Para la apreciación del daño moral de origen contractual se debe proceder con estricto rigor y es a cargo de quien lo reclama la prueba concreta de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica, que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios, o cualquier molestia que se origine en el incumplimiento contractual.<sup>33</sup>

Por ello, es necesario aclarar que no todo incumplimiento contractual genera daño moral; así como no todo delito o cuasidelito provoca daños morales. Es evidente que la infracción del contrato siempre supone molestias y desaciertos al acreedor, teniendo en cuenta que si el acreedor ha consentido en el contrato es porque tenía un interés en la prestación prometida por el deudor, el que, por efecto del incumplimiento resulta afectado. Por lo tanto, ante todo incumplimiento contractual cabe invocar perturbaciones y molestias. Sin embargo, no se debe confundir estas molestias con el daño moral derivado del incumplimiento de contrato, pues de ser así habría que concluir que todo incumplimiento contractual lo genera, lo que indudablemente es exagerado. Debería considerarse como regla general que el daño moral alegado tenga cierta entidad y gravedad. La reparación del daño moral exige la presencia de una aflicción seria y no meros inconvenientes o incomodidades.

La doctrina y la jurisprudencia comparada revisada, anteriormente, parece exigir que solo en aquellos contratos cuyo objeto consista en proporcionar al acreedor bienestar, descanso, placer o en evitarle determinadas molestias; exista la posibilidad de reclamar indemnizaciones por daño moral. Esto se da en contratos en los que el deudor, al consentir en el contrato, ha puesto bajo su cargo intereses extramatrimoniales del acreedor. Por ejemplo, cuando éste se ha comprometido, en virtud de un contrato de depósito, a preservar un objeto de gran valor para el deudor o a organizar y dar un espléndido espectáculo en la fiesta de celebración de un matrimonio.

33 Mosset Iturraspe, Jorge. Responsabilidad por daños... Óp. cit., p. 75-76.

## ii. El carácter netamente patrimonial de las prestaciones que nacen de un contrato

De acuerdo a este criterio, solamente cabe la indemnización por daño moral en todos los contratos cuya naturaleza esté íntimamente ligada con intereses no pecuniarios, es decir, con derechos de la personalidad. Esto sucede en todas aquellas convenciones que el Common Law califica de "contratos personales" y que se "relacionan directamente con el confort, felicidad o bienestar personal de una de las partes o aquellos cuyo objeto es tal que afectan directamente o tocan al afecto, autoestimación o sentimientos tiernos de esa parte".<sup>34</sup> Se trata de contratos relacionados con acontecimientos de la vida que envuelven los sentimientos y emociones de las personas.

Asimismo, Mosset Iturraspe sostiene que el mero estado de incertidumbre o la eventual frustración del interés contractual no justifica la reparación del daño moral, ya que en el ámbito contractual lo que de ordinario resulta afectado es nada más que el interés económico, que aparece suficientemente satisfecho con el cumplimiento por equivalente.<sup>35</sup>

Para ilustrar el argumento de la patrimonialidad de las obligaciones que nacen del contrato, podemos acudir a la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Esta convención, que regula exclusivamente contratos de compraventa, rechaza la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento del contrato. El artículo 74 de la Convención se refiere a los daños de naturaleza patrimonial, sin mencionar el daño moral:

La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

Esto se debe al carácter esencialmente comercial de las compraventas de mercaderías. En este sentido, una de las comentaristas más importantes de la Convención, Ingeborg Schwenzer, en referencia a los daños no pecuniarios derivados de una compraventa menciona:

En particular, los daños por dolor y sufrimiento, la angustia mental y la pérdida de la posibilidad de llevar una vida normal no pue-

---

34 Domínguez Hidalgo, Carmen. "La Reparación Del Daño Moral... Óp. cit., p. 240-241.

35 Mosset Iturraspe, Jorge. Responsabilidad por daños... Óp. cit., p. 158.

den reclamarse al amparo del artículo 74. Las partes en contratos a internacionales de venta no contratan ni pagan para disfrutar pacíficamente de la vida.<sup>36</sup>

### iii. La asunción de riesgo

Con respecto a la asunción del riesgo de los contratantes, debemos empezar por señalar que no todo incumplimiento de una obligación previa genera daño moral. Así lo confirma el tratadista Lorenzetti quien sostiene que no procede resarcir el daño moral por la sola frustración del contrato, aunque sea verosímil que "haya provocado contrariedades, ni la simple molestia de tener que recurrir a un juicio, ya que las molestias deben exceder el riesgo propio del acto jurídico".<sup>37</sup>

El criterio de la importancia o gravedad del daño moral contractual implica que deben determinarse las circunstancias del caso, o bien el tipo de incumplimiento que se ha producido, de manera que el daño moral se repararía sólo cuando hay un incumplimiento total o gravemente defectuoso.

Así, en el *Common Law* hay un grupo de casos en que los tribunales conceden la reparación de los sufrimientos derivados del incumplimiento contractual, siempre que tal incumplimiento lleve consigo para el demandante "incomodidad y malestar físicos"<sup>38</sup>. Por ejemplo, se indemnizan las incomodidades ocasionadas por una defectuosa instalación de un sistema de protección de humedad realizada por el demandado en su hogar.<sup>39</sup>

Confirman esta posición restringida, la normativa italiana y alemana en los artículos 2059 del Código Civil italiano<sup>40</sup> y en el artículo 253 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)<sup>41</sup> en los cuales se limita la indemnización del daño no patrimonial a los casos expresamente previstos por la ley.

Este tipo de normas han contribuido a que no haya excesos en las condenas de los tribunales judiciales y a evitar abusos por parte de los demandantes. Lo que sí se ha suscitado en España, y es criticado por Díez Picazo, es que existen una serie de pronunciamientos jurisprudenciales recientes del Tribunal

36 "In particular, damages for pain and suffering, mental distress and loss of amenities cannot be claimed on the basis of Article 74. Parties to international sales contracts do not contract and pay for undisturbed enjoyment of life" en: Ingeborg Schwenzer. Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG). New York: Oxford University Press, 2010, p. 1015.

37 Lorenzetti en "Daño moral contractual derivado de la privación de bienes" citado en: Zavala de González, Matilde. Tratado de daños a las personas: Resarcimiento del daño moral. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 154.

38 Rodríguez Guitián, Alma María. "La Reparación del Daño Moral en la contratación inmobiliaria". Revista de Derecho. Universidad del Norte, N° 30, Barranquilla, 2008, p. 159.

39 Ídem.

40 El texto del artículo 2059 del Código Civil Italiano dice que "Todo delito conlleva la obligación de indemnizar, de acuerdo con las normas civiles. Todo delito que ocasione un daño no patrimonial obliga al resarcimiento, tanto al culpable como a las personas que de acuerdo con las leyes civiles deben responder por el hecho de éste".

41 Art. 253.- "Por un daño que no sea un daño patrimonial la indemnización en dinero sólo puede solicitarse tal y como establece la ley".

Supremo español donde las circunstancias fácticas revelan que, en realidad, se están indemnizando, a título de "daño moral derivado de contratos", simples molestias derivadas del incumplimiento<sup>42</sup>.

## **VI. Sobre la procedencia del daño moral derivado de incumplimiento contractual en el derecho ecuatoriano**

El legislador ecuatoriano ha excluido las indemnizaciones por daño moral del régimen de responsabilidad contractual. Nuestro Código Civil ha considerado que el daño moral tiene su fuente en delitos o cuasidelitos civiles, en los que no media ninguna relación contractual entre la víctima y el daño, y si esta relación existe, el daño se produce al margen de la relación contractual y no es consecuencia de ella.

El régimen de reparación bajo la responsabilidad civil contractual se encuentra ubicado específicamente en el Título XII del Libro Cuarto del Código Civil. Dentro de este Título, el artículo 1572 del Código Civil prescribe:

La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente.

Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.

En este artículo expresamente se dejó fuera el daño moral por responsabilidad civil contractual, al exceptuar de la indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual a "las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV [...]".

En efecto, la ubicación en el Código Civil ecuatoriano de las normas relativas a la institución del daño moral confirma esta postura. Dichas normas se encuentran en el Libro IV Título XXXIII que trata de los delitos y cuasidelitos, no así en la parte relativa a obligaciones contraídas por contrato.

Adicionalmente, esta posición ha sido confirmada por la doctrina ecuatoriana así como por la jurisprudencia local. Sobre la primera, para el tratadista Juan Larrea Holguín los hechos producidos dentro del marco de las obligaciones contractuales no configuran causa eficiente para originar daño moral.<sup>43</sup> En el mismo sentido, Gil Barragán Romero establece que la causa eficiente del daño moral, es un delito o un cuasidelito, y que le son aplicables, por tanto, los

42 Diez-Picazo, Luis. El escándalo del daño moral... Óp. cit., p. 22.

43 Larrea Holguín, Juan. Tratado de Derecho Civil Tomo XV Obligaciones extra contractuales. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998, p. 217-222.

principios sobre la responsabilidad delictual y cuasidelictual en general, con las diferencias propias de su naturaleza.<sup>44</sup>

Asimismo, la ex Corte Suprema de Justicia en el caso Efraín Ramírez García y Amílcar Mario Acosta Luna c. Fabián Alarcón Rivera y otros; sostuvo que:

**La indemnización reparatoria del daño moral, como todos los casos de culpa aquiliana, tiene como fundamento un delito o cuasidelito,** según sea el agente que haya obrado con dolo o con culpa, siendo necesario para configurarla que ese acto injusto haya ocasionado un perjuicio, de lo que nace la obligación de reparar el daño causado; pero no aparece que el demandado haya realizado un acto injusto, y menos aún, que haya sido realizado con el específico propósito de causar una lesión en el honor y buen nombre de los actores como estos afirman. (...) Nuestra Código Civil, en el artículo 2241 establece la regla general de que "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, sin perjuicios de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasi delito" En el primer artículo innominado incorporado a continuación del 2241 por la Ley No. 171, Título XXXIII del Libro Cuarto, de los Delitos y Cuasidelitos, insistentemente el Legislador señala que el deber de reparar el daño moral nace de la comisión de un acto ilícito: en el primer inciso dice 'tal indeterminación se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta'. En el segundo inciso señala 'dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito y cuasidelito...' en el tercer inciso agrega 'la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado [...]'<sup>45</sup> (El énfasis me pertenece)

Por otro lado, quisiera referirme a la decisión adoptada por un tribunal arbitral en el caso Tribunal Supremo Electoral contra Probank S.A. y Via Telecom S.A. – Consorcio E-VOTE<sup>46</sup>. El Consorcio E-VOTE suscribió con el ex Tribunal Supremo Electoral un contrato de tercerización del sistema de transmisión y difusión de resultados preliminares para las elecciones del proceso electoral 2006. El Tribunal Supremo Electoral demandó al Consorcio E-VOTE por incumplimiento de contrato y una de las alegaciones era que el referido incumplimiento, habría causado daño moral a dicho ente estatal y a sus miembros.

44 Barragán Romero, Gil. Elementos del Daño Moral. Guayaquil: Editorial Edino, 1995, p. 93.

45 Corte Suprema de Justicia. Caso Efraín Ramírez García y Amílcar Mario Acosta Luna c. Fabián Alarcón Rivera y otros. Juicio No. 323-2001. Sentencia de 20 de noviembre de 2002 publicada en el Registro Oficial No. 28 de 24 de febrero de 2003.

46 Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito. Caso No. 003-07 / 004-07. TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL contra PROBANK S.A. y VIA TELECOM S.A. – Consorcio E-VOTE.

El Tribunal arbitral realizó un detallado análisis de la naturaleza jurídica del daño moral en el Ecuador y concluyó que por su naturaleza éste es extracontractual y por ende no es susceptible de ser resuelto mediante arbitraje. El laudo manifiesta que:

Es indudable que la norma positiva ecuatoriana se alinea y corresponde al tradicional esquema de fuente de las obligaciones, como lo podemos verificar en el artículo 1453 de nuestro Código Civil que al referirse a las fuentes de las obligaciones, manifiesta: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; que a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia". Como podemos apreciar, **esta norma diferencia categóricamente la obligación que nace de la Responsabilidad Civil Contractual (la que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato), de la Responsabilidad Civil Extracontractual que proviene de los delitos o cuasidelitos.** [...]

Corresponde entonces establecer si en Ecuador la reparación de daño moral procede en todos los casos, es decir sin distinguir su origen contractual o extracontractual, o si el legislador ha querido establecer esta obligación únicamente para el caso de los delitos y cuasidelitos. Al respecto, lo primero que se observa es que cuando los incisos 1 y 2 del artículo 2232 hacen referencia a "lo no previsto en las disposiciones precedentes" o "en otros casos de los señalados en el artículo anterior", se refieren a los delitos y cuasidelitos descritos por este cuerpo legal. Resulta jurídicamente antitécnico pretender encontrar en estos textos citados, una intención del legislador de dar un alcance más amplio al que naturalmente le corresponde, dado el contexto al que pertenecen tales expresiones. **La ubicación de las disposiciones legales en referencia (artículos 2232, 2233 y 2234), en el Título XXXIII: DE LOS DELITOS Y CUASIDELITOS, del Libro IV del Código Civil, permiten concluir de manera clara que estas normas reguladoras del daño moral, se refieren únicamente a los delitos y cuasidelitos.** [...]

Que del estudio de la jurisprudencia vertida sobre la materia, emanada de la máxima autoridad jurisdiccional como es la Corte Suprema de Justicia, se concluye que existe un claro pronunciamiento acerca del origen exclusivamente extracontractual del

daño moral, en virtud de lo cual mal podría este Tribunal Arbitral desatender los lineamientos que tal jurisprudencia determina; (v) **Que al reconocerse en nuestra legislación como única fuente de reparación de daño moral a los delitos o cuasidelitos, la reclamación de daño moral realizada por el Tribunal Supremo Electoral constituye materia netamente extracontractual**, en virtud de lo cual y del tenor de la cláusula arbitral acordada por las partes, el Tribunal Arbitral ratifica –como lo señaló en la acta de audiencia de sustanciación- su incompetencia para resolver sobre la reclamación de daño moral; en consecuencia, se abstiene de pronunciarse sobre este particular, dejando expedito el derecho del interesado para el ejercicio de la acción correspondiente ante la Función Jurisdiccional.<sup>47</sup> (El énfasis me pertenece)

En conclusión, y a la luz de toda la jurisprudencia expuesta, el artículo 1572 es sumamente claro al establecer que la indemnización de perjuicios en la responsabilidad contractual comprende el daño emergente y el lucro cesante, pero excluye expresamente las indemnizaciones por daño moral previstas en el Título XXXIII del Libro Cuarto del Código Civil, las cuales tienen como fuente los delitos o cuasidelitos civiles.

## VII. ¿Antecedente jurisprudencial?

Continuando con el análisis de nuestro tema, es pertinente mencionar la resolución de la sentencia emitida por la ex Corte Suprema de Justicia en la que resuelve el recurso de casación de la sentencia emitida en segunda instancia por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil (hoy Corte Provincial), que confirma a su vez la sentencia pronunciada por el Juez Cuarto de lo Civil del Guayas en la que acepta la demanda de resolución de contrato de compraventa de un equipo ecográfico. En la parte resolutive de la sentencia, la Sala manifestó que:

Se acepta parcialmente la demanda y declara la resolución, por incumplimiento, del contrato de compraventa del equipo de ecografía kontrol instrumentos, modelo sigma 44, IRIS HVCD doppler flujo a color, número de serie 1581 de procedencia francesa, contenida en el acta de entrega recepción suscrita entre T.M.G. y M.R.A., en sus respectivas calidades de comprador y vendedor, el 8 de febrero de 1996. No ha lugar el pago de daños y perjuicios demandados por cuanto estos no han sido establecidos ni demostrados en el proceso. **No ha lugar la reparación de daños morales cuya existencia tampoco ha sido probada**<sup>48</sup> (El énfasis me pertenece)

<sup>47</sup> *Id.*, p. 60-70.

<sup>48</sup> Corte Nacional de Justicia. Caso Bayardo Moreno y Gladys Hernández c. Byron René Hidalgo Hidalgo y otros.

En este caso, la Sala no negó el pago de indemnización por daño moral argumentando que se trataba de un caso de incumplimiento contractual, sino que su negativa se fundamentó en la falta de prueba del referido perjuicio, decisión que plantea una primera posibilidad de aceptación del daño moral contractual.

## **VIII. El fallo**

Una vez que se han mencionado los antecedentes legales, doctrinarios y jurisprudenciales en los cuales se podría sustentar o no, la posibilidad de reclamación de daño moral por incumplimiento contractual continuaremos con el análisis del fallo que nos hemos propuesto comentar al inicio de este trabajo. Para ello, revisaremos los hechos relevantes del caso, el análisis que realiza la Corte Nacional de Justicia y terminaremos con nuestros comentarios y observaciones de la sentencia.

### **A. HECHOS RELEVANTES**

Las compañías actoras, Hotel Boulevard S.A. y Predial Nueve de Octubre S.A. demandaron a Londohotel S.A. y a la Sociedad Comercial Hoteles Limitada en juicio ordinario por daños y perjuicios –incluido daño moral– por la terminación unilateral del contrato de administración del Hotel Casino Boulevard ubicado en la ciudad de Guayaquil. El juez de primera instancia falló a favor de las actoras, rechazó las excepciones y la reconvención, y ordenó que los demandados paguen 212'764.036,92 sucres (en el monto equivalente a dólares) por daño emergente y lucro cesante causado; más 400.000,00 dólares como resarcimiento por daño moral.

Posteriormente, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil (hoy Corte Provincial de Justicia del Guayas) reformó la sentencia de primera instancia en cuanto a la pretensión de indemnización por daño moral. Los jueces de segunda instancia consideraron que los actores no probaron el daño moral causado. Las compañías actoras interpusieron recurso de casación contra esta sentencia y es justamente esta resolución la que se revisará en este trabajo.

La Corte Nacional de Justicia aceptó el recurso de casación interpuesto y casó la sentencia de segunda instancia pues consideró que la Sala de la Corte Superior de Guayaquil no podía exigir pruebas adicionales y específicas sobre el daño moral pues éstas contrarían la naturaleza jurídica de este tipo de daño, que debe simplemente inferirse de las circunstancias que han rodeado al hecho ilícito; todo ello con base a los pronunciamientos anteriores de la juris-

prudencia nacional<sup>49</sup>. En su lugar, dicha la Sala ratificó la sentencia del juez de primera instancia que ordenó el pago de 400.000 dólares como reparación del daño moral.

Con respecto al surgimiento como tal de la controversia, los hechos que se probaron durante el juicio son los siguientes. El contrato de administración celebrado entre Hotel Boulevard S.A. y Londohotel S.A. en el año 1989, establecía como plazo de terminación el 31 de agosto de 1994. No obstante, el 31 de diciembre de 1993, los demandados anunciaron a los actores su decisión de terminar anticipadamente el contrato, y enseguida, abandonaron las instalaciones del hotel.

Las sociedades actoras probaron que el quebrantamiento unilateral del contrato provocó el abandono intempestivo de la operación hotelera, la desatención de los huéspedes y de trabajadores así como reclamos de proveedores; todo lo que afectó el honor, prestigio y buen nombre del hotel. Las demandantes presentaron como pruebas facturas impagas a instituciones financieras, a agencias de publicidad y por servicios de telefonía; así como la desaparición y depreciación de los bienes del hotel por cuanto este fue abandonado por los administradores de forma intempestiva.

## B. ANÁLISIS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Con respecto a la existencia de daño moral alegado por los actores, la Sala manifestó que:

[l]a controversia ha originado un innegable daño moral, porque el abandono de la operación hotelera por parte de Londohotel S.A., se suma el incumplimiento con terceras personas de determinadas prestaciones pecuniarias [...] lo cual obviamente repercutió en la imagen y buen crédito de las empresas actoras frente a dichos terceros. El impacto negativo del incumplimiento del contrato y el consecuente abandono del hotel y de sus huéspedes provocó en los clientes del Hotel Casino Boulevard y en la opinión ciudadana en general un grave deterioro de su prestigio. Es inevitable que una situación de esta naturaleza afecte al buen nombre y al crédito del Hotel Casino Boulevard, tanto más si es un local de hospedaje de reconocido prestigio en el medio, cultivado desde el año 1978 [...]

De tal manera que es aceptada la tutela de los derechos extra-patrimoniales inherentes al crédito y buena fama comerciales,

---

49 La Corte Suprema de Justicia en fallo de casación publicado en la Gaceta Judicial Serie XVII, No. 12, págs. 3723 a 3739, confirma la tesis sobre la prueba del daño moral, expresando: "El daño moral no requiere de una prueba específica, porque la afección de los sentimientos se guarda en la intimidad del ser humano. Su existencia y extensión no son, pues, susceptibles de demostración objetiva; por eso, el actor damnificado debe concretarse a demostrar las circunstancias conocidas que rodearon al hecho ilícito, de las cuales el juzgador pueda inducir la existencia de los sufrimientos síquicos nocivos como angustia, ansiedad, perturbaciones, incertidumbres, etc., que pudo haber sufrido el damnificado".

porque conducen a su vez a la creación de la confianza en acreedores, relaciones comerciales, proveedores, bancos y público en general, así que no es razón suficiente que estos entes no sean capaces de sufrir dolor, sufrimiento, para suponer que el Derecho no puede proteger los intereses subjetivos o morales de las personas jurídicas. Al contrario, tan necesario es el crédito y el prestigio para el desarrollo de las actividades comerciales como para las personas naturales el honor y su buen nombre. Por ello, cuando de algún modo injusto se atenta contra el buen crédito y el honor de una persona natural o jurídica, es deber de la Justicia reconocer y declarar el derecho de los perjudicados.

La Sala llegó a la plena convicción de la existencia del daño moral sufrido por las sociedades actoras y en aplicación del tercer inciso del artículo 2232 del Código Civil,<sup>50</sup> concluyó que todos los requisitos que se requieren para configurar responsabilidad civil bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano se habían cumplido:

De acuerdo con nuestro ordenamiento legal la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización reclamada, atentas las circunstancias previstas en el inciso primero del artículo 2232 del Código Civil. [...]

Identificado como ha sido el hecho antijurídico, el padecimiento se tiene por supuesto y es suficiente la valoración objetiva, como se ha estudiado extensa y detenidamente en el presente caso, razón por la cual, procede la reparación porque los actores han sufrido daño moral que debe ser indemnizado por quien lo causó.

Sin embargo, los magistrados no se refieren de manera preliminar a la procedencia del daño moral derivado de incumplimiento contractual. Consideran que el hecho ilícito fue el rompimiento unilateral del contrato y no hacen ningún otro análisis con respecto a su fuente. De hecho, en ninguna de las sentencias de primera y segunda instancia, se hace referencia al artículo 1572 del Código Civil.

La sentencia de primera instancia acepta el resarcimiento por daño moral, la sentencia de segunda instancia no lo acepta fundamentando su decisión en que los actores no lo han probado y finalmente, la Corte Nacional casa la sentencia pues considera que el juzgador de segunda instancia erró en la forma de apreciar la prueba. En definitiva, en ambas instancias y en la sentencia del

---

50 "Art. 2232.- La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo."

recurso extraordinario de casación se ignora completamente la disposición del artículo 1572 que excluye expresamente la indemnización de daño moral por incumplimiento contractual.

Adicionalmente, cabe señalar que en el voto salvado de uno de los magistrados ponentes de la Sala que conoció en casación el caso –en donde uno se esperaba encontrar alguna referencia al artículo 1572- no se pronuncia respecto de la procedencia del daño moral como consecuencia del incumplimiento contractual en el sistema civil ecuatoriano. El voto salvado se refiere únicamente a la inadmisión de la causal tercera referente a la valoración de la prueba como un vicio de la sentencia de segunda instancia.

### C. COMENTARIOS A LA SENTENCIA

En nuestro criterio las pruebas presentadas y los hechos descritos en la sentencia, ineludiblemente apuntaban a la existencia del daño moral inferido a las sociedades propietarias del Hotel Casino Boulevard.

De acuerdo al derecho ecuatoriano, en el ámbito de la responsabilidad civil se mantienen los presupuestos clásicos para que nazca la obligación de reparar. Ellos son: existencia de un hecho ilícito, culpa o dolo del autor, daño cierto y relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño. En el caso *in comento*, la Corte Nacional de Justicia determinó la existencia de cada uno de estos requisitos para finalmente aceptar la existencia de daño moral.

Creemos que el análisis que realizan los magistrados no es del todo criticable, pues aplican la teoría general de la responsabilidad civil para emitir su decisión. A pesar de ello, consideramos que la falta de referencia al artículo 1572 y a la no procedencia del daño moral contractual bajo la ley ecuatoriana, podría llegar a considerarse un atentado a la seguridad jurídica.

Lamentablemente, en la sentencia no se explica por qué los jueces no se refieren a dicha norma. Tal vez la consideraron “caduca u obsoleta” o, que su aplicación conllevaría una manifiesta inequidad para las actoras al no condenar a los demandados al evidente daño moral causado. De todas formas, estas son meras especulaciones que nunca podremos comprobar. En todo caso, el hecho de que los magistrados hayan fallado *contra legem* y no hayan fundamentado dicha decisión, nos preocupa de sobremanera.

Finalmente, quisiera referirme a los hechos que motivaron esta decisión. Si bien comparto el criterio de la Corte sobre la ineludible presencia de daño moral, no nos encontramos ante ninguno de los supuestos analizados sobre las formas de manifestación que el daño moral puede adoptar: contratos en los que el objeto recae sobre una prestación inmaterial. Ello no quiere decir que una persona jurídica no pueda padecer daños morales contra su buen nombre o reputación.

## IX. Conclusiones

Después de haber analizado los orígenes del código napoleónico y su posterior incorporación al derecho latinoamericano, es claro que la reparación del daño moral derivado de contrato no estuvo en la mente de los juristas franceses y menos, en la de Andrés Bello. Empero, la procedencia del daño moral derivado del incumplimiento contractual es una postura relativamente actual en los países latinoamericanos cuya aceptación es cada día mayor.

En el ámbito contractual el daño moral, como todo otro daño, habrá de ser probado; por lo que los argumentos que aún se mantienen para negarlos cada vez pierden fuerza. Por ello, creemos que hay suficientes argumentos para pensar que existe una línea jurisprudencial en derecho comparado extremadamente clara en cuanto a la aceptación del daño moral por incumplimiento contractual como un principio general del derecho de las obligaciones de las naciones latinoamericanas.

No obstante, una vez aceptada su procedencia, debe también limitarse el contexto de esta partida indemnizatoria en sede contractual, pues, por razones derivadas del contenido mismo del contrato o de las restricciones que el deber de reparar encuentra en ese ámbito, uno se puede encontrar con contornos y particularidades que lo distinguen del daño moral cuando se produce como consecuencia de un delito o cuasidelito; entre ellas la patrimonialidad de las obligaciones.

Así, el daño además de ser relevante, debe ir más allá de las meras molestias y frustraciones asociadas con cualquier incumplimiento contractual. El perjuicio tiene que tener una entidad mayor a la simple incomodidad o malestar que todo acreedor puede experimentar en caso de incumplimiento. Como se mencionó, el riesgo de que se produzca un incumplimiento se encuentra implícito en toda relación contractual y éste es asumido por cada parte al momento de contratar.

Por último, creemos que queda pendiente al legislador y jueces ecuatorianos determinar bajo qué criterios y condiciones las molestias, las incomodidades o los perjuicios morales derivados del incumplimiento contractual serán indemnizables.

# Exploitation of Works Derived from Indigenous Traditional Cultural Expressions Through a License-to-Read Model on the Digital Book Platform. An Aspect under the Taiwan Copyright Act

**Ping-Hsun Chen**

## **Abstract**

Taiwan inherits the cultural traditions from various indigenous people who have inhabited here for thousands years. For exploiting such the cultural benefits, the Taiwan government has launched several research projects to collect indigenous traditional cultural expressions (TCEs) created by native Taiwanese people. As many databases have been formed, it is very important to further create some business models to add economic value to the databases. This article provides one model. That is, use digital books with a "license to read" contract. A "digital book" can work with a form of software protection to prevent unlicensed uses, willful copyright infringement, or unwanted content dissemination. This article began with an analysis of copyrightability of TCEs in Part II. Part III discusses ideas of digital books as a way to exploit and protect TCEs at the same time, and it also analyzes the legal framework of copyright protection of digital books under the Taiwan Copyright Act. Finally, Part VI provides a project plan about how to implement the idea. Briefly, the idea of using digital books is based on the trend of some commercial electronic products, such as Apple's i-Pad, smart phones, or tablets. These products create a platform of digital contents. Customers can read digital contents through Apple's i-Pad, for example. It is very convenient to do so while the customers are sitting in any place. In terms of copyright protection, TCEs might not be a protected subject, because artistic parts of TCEs might have been within the public domain. However, by using a digital book format, TCEs might be transformed into a new copyrightable subject matter. Moreover, by some software

technology and the copyright law of anti-circumvention, copyright owners of digital books could prevent their properties from freely dissemination throughout the Internet. For example, a digital book file could be embedded with a code. The code could be read by certain software which is installed into those digital platforms. So, customers can only access to copyrighted digital book. Also, the digital format might add some interactive features into TCEs which cannot be executed in a paper format. Such the features could be more attractive to customers. The product benefit further inhibits physical dissemination of printed digital books. In conclusion, to further exploit works of indigenous traditional cultural expressions, digital books could be a best way in terms of copyright protection.

**Keywords:** Traditional cultural expressions, digital book, copyright, edited work

## Resumen

Taiwan hereda las tradiciones culturales de diversos pueblos indígenas que han habitado aquí durante miles de años. Para aprovechar las ventajas tales culturales, el gobierno de Taiwán ha puesto en marcha varios proyectos de investigación para recoger las expresiones culturales tradicionales indígenas (ECT) creados por los taiwaneses nativos. Como se han formado muchas bases de datos, es muy importante la creación de más algunos modelos de negocio para agregar valor económico a las bases de datos. Este artículo proporciona un modelo. Es decir, usar los libros digitales con una "licencia para leer" contrato. Un "libro digital" puede trabajar con una forma de protección de software para evitar usos no autorizados, deliberada infracción de derechos de autor, o difusión de contenido no deseado. Este artículo comienza con un análisis de copyrightability de ECT en la Parte II. Parte III se analizan las ideas de los libros digitales como una manera de explotar y proteger las expresiones culturales tradicionales, al mismo tiempo, y también analiza el marco jurídico de protección de los derechos de autor de los libros digitales en virtud de la Ley de Propiedad Intelectual de Taiwán. Por último, la Parte VI ofrece un plan de proyecto sobre cómo implementar la idea. En pocas palabras, la idea de usar los libros digitales se basa en la tendencia de algunos productos electrónicos comerciales, tales como i-Pad de Apple, teléfonos inteligentes o tabletas. Estos productos crean una plataforma de contenidos digitales. Los clientes pueden leer el contenido digital a través de i-Pad de Apple, por ejemplo. Es muy conveniente para hacerlo, mientras que los clientes se sientan en cualquier lugar. En cuanto a la protección del derecho de autor, las ECT no puede ser un objeto de protección, ya que las piezas artísticas de las ECT podrían haber estado en el dominio público. Sin embargo, mediante el uso de un formato de libro digital, las ECT puede ser transformado en un nuevo tema de

derechos de autor. Por otra parte, mediante una tecnología de software y la ley de derechos de autor de los anti-elusión, los propietarios de derechos de autor de los libros digitales pueden evitar que sus propiedades de libre difusión a través de Internet. Por ejemplo, un archivo de libro digital podría ser incrustado con un código. El código puede ser leído por un determinado software que se instala en esas plataformas digitales. Así, los clientes sólo pueden acceder a los libros digitales con derechos de autor. Además, el formato digital puede agregar algunas características interactivas en las ECT que no se pueden ejecutar en un formato de papel. Tales características podrían ser más atractivos para los clientes. El beneficio del producto inhibe una mayor difusión física de los libros digitales impresos. En conclusión, para explotar mejor las obras de las expresiones culturales tradicionales indígenas, los libros digitales podrían ser una mejor manera en términos de protección de los derechos de autor.

**Palabras clave:** Expresiones culturales tradicionales, libro digital, derechos de autor, obra editada

## Summary

**I.** Introduction. **II.** Unstable Copyrightability of TCEs. **A.** Doctrines of Copyrightability. **B.** TCEs as a Copyrightable Subject Matter. **III.** Protection and Exploitation of TCEs Through Digital Books. **A.** Strengths and Weaknesses of Digital Documentation as a Tool of Exploitation. **B.** Digital Books as a Solution in the Digital Era. **C.** Copyright Protection of Digital Books. **VI.** A Proposed Project. **A.** Ownership. **B.** Licensing Model. **C.** Proper Indexing. **D.** Pricing. **V.** Conclusion.

## I. Introduction

Taiwan inherits the cultural traditions from various indigenous people who have inhabited here for thousands years.<sup>1</sup> For exploiting such the cultural benefits, the Taiwan Government has launched several research projects to collect indigenous traditional cultural expressions (TCEs) created by native Taiwanese people. As many databases have been developed, it is very important to further create some business models to add economic value to the databases.

According to the World Intellectual Property Office (WIPO), TCEs include "music, art, designs, names, signs and symbols, performances, architectural forms,

---

<sup>1</sup> See Elana Brief, Jennifer Mackie, & Judy Illes, *Incidental Findings in Genetic Research: A Vexing Challenge for Community Consent*, 13 MINN. J.L. SCI. & TECH. 541, 547-48 (2012).

handicrafts and narratives.”<sup>2</sup> TCEs are an intellectual creation made in a way related to indigenous, cultural inputs or participations.<sup>3</sup> Most of TCEs can be protected by intellectual property (IP) laws.<sup>4</sup> For example, Signs and symbols could be protected by trademark law, while works made within the traditional, cultural context could be treated as copyrightable subject matters.<sup>5</sup> However, some TCEs, such as oral stories, instrumental music, and lyrical songs, are unlikely protected under copyright law if fixation is required, because are disseminated through oral communications.<sup>6</sup> Even in some cases where the law does not require fixation,<sup>7</sup> because those TCEs are not fixed in certain medium, it is usually hard to identify authorship or ownership.<sup>8</sup>

To ensure IP protection for TCEs, digital documentation has been a useful tool suggested by the WIPO.<sup>9</sup> In Taiwan, one example of digital documentation is the “Formosa Aborigines Collections” (原住民數位典藏, *yuan-zhu-min shu-wei dian-cang*) run by the National Taiwan Museum under the National Taiwan Museum Digitizing Project.<sup>10</sup> There, a lot of pictures showing indigenous people and goods are collected in a digital format.<sup>11</sup> Another case is the “Textile and Ornaments of the Aboriginal People in Taiwan” (台灣原住民服飾, *tai-wan yuan-zhu-min fu-shei*) documentation which is run by the National Digital Archives Program, Taiwan.<sup>12</sup> There, the documentation collects pictures covering patterns of textile or ornaments adopted by Taiwan’s aboriginal tribes.

This article proposes one model for exploitation of those collections. That is, use digital books with a “license to read” contract. A “digital book” can work with a form of software protection to prevent unlicensed uses, willful copyright infringement, or unwanted content dissemination. The idea is based on the Taiwan Copyright Act and one rarely-seen decision issued by the Taiwan Intellectual Property Court.

This article began with an analysis of copyrightability of TCEs in Part II. Part III discusses ideas of digital books as a way to exploit and protect TCEs at the

2 World Intellectual Property Office, <http://www.wipo.int/tk/en/folklore/>.

3 See Stephanie Spangler, *When Indigenous Communities Go Digital: Protecting Traditional Cultural Expressions through Integration of IP and Customary Law*, 27 *CARDOZO ARTS & ENT. L.J.* 709, 710 (2010).

4 See *id.* at 720.

5 See *id.*

6 See *id.*; see also Stuart Schüssel, Note, *Copyright Protection’s Challenges and Alaska Natives’ Cultural Property*, 29 *ALASKA L. REV.* 313, 325 (2012).

7 See Spangler, *supra* note 3, at 720; see also Art. 2(2) of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (“It shall, however, be a matter for legislation in the countries of the Union to prescribe that works in general or any specified categories of works shall not be protected unless they have been fixed in some material form.”).

8 See Daniela Fischetti, Note, *Lost in Transcription: The Impact of Copyright Legislation on Female Folk Musicians of the Twentieth Century*, 33 *WOMEN’S RTS. L. REP.* 285, 306-07 (2012).

9 See Spangler, *supra* note 3, at 722.

10 This digital documentation can be found at <http://117.56.50.37/aborigine/index.html#page7a/>.

11 National Taiwan Museum, <http://117.56.50.37/aborigine/index.html#page1b/>.

12 This digital documentation can be found at <http://digitalarchives.tw/Theme/Aboriginal/Texorna/index.jsp>.

same time. Besides, Part III analyzes the legal framework of copyright protection of digital books under the Taiwan Copyright Act. While Taiwan passed a Protection Act for the Traditional Intellectual Creations of Indigenous Peoples in 2007,<sup>13</sup> the law has not been fully enforced since then because of lack of supplementary administrative regulations. The main law governing IP protection on TCEs is still the Copyright Act. So, this article focuses on an aspect from the Copyright Act.<sup>14</sup> Finally, Part VI provides a project plan about how to implement the idea.

## II. Unstable Copyrightability of TCEs

### A. Doctrines of Copyrightability

To acquire copyright protection, a work has to be original and be expressed in a form of words, languages, images, or other media.<sup>15</sup> A "work" protected under the Taiwan Copyright Act has to be a spiritual work created by an author. A spiritual work should have thoughtful or emotional expressions, a certain expression format, and originality.<sup>16</sup> The key element is "originality" which does not need to meet a higher standard of novelty as required by the patent law.<sup>17</sup> Without copying or imitating other's work, an author can create a work of originality if she imports spiritual elements into her work to show her characteristics and uniqueness.<sup>18</sup> Besides, an original work has to be created independently.<sup>19</sup>

A TCE work is partially composed of some traditional, cultural elements which have existed prior to the TCE work.<sup>20</sup> The copyrightable features of a TCE work might be limited to an "original" combination of those elements. That makes the copyright protection of TCEs very "thin."<sup>21</sup> So, an author has to refine traditional, cultural elements to make a TCE work meet the originality requirement. For example, performing an indigenous, traditional song can make such the performance an original work, which provides copyright protection for the performer against infringement of direct copying.<sup>22</sup>

13 See Chih-Chieh Yang, *A Comparative Study of the Models Employed to Protect Indigenous Traditional Cultural Expressions*, 11 *ASIAN-PAC. L. & POL'Y J.* 49, 50 (2010).

14 For the aspect of IP protection on traditional knowledge, please see Sophia F. Espinosa, *Patent Law and the Protection of Traditional Knowledge*, 1 *NTUT J. OF INTELL. PROP. L. & MGMT.* 159 (2012).

15 See Taiwan Intellectual Property Court Civil Judgment (98) Min Zhe Su Zi No.13 (2009)

16 See *id.*

17 See *id.*

18 See *id.*

19 See *id.*

20 See Molly Torsen, *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions: A Synopsis of Current Issues*, 3 *INTERCULTURAL HUM. RTS. L. REV.* 199, 203-04 (2008).

21 See ROBERT P. MERGES, PETER S. MENELL, & MARK A. LEMLEY, *INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE* 404 (Aspen Publishers 4th ed. 2006).

22 See Yang, *supra* note 13, at 83.

## B. TCEs as a Copyrightable Subject Matter

The Taiwan Intellectual Property Court in the Civil Judgment (98) Min Zhe Su Zi No.13 (2009) addressed a copyright issue regarding small dolls of native Taiwanese people (原住民公仔, *yuan zhu min gong zai*). The plaintiff sold a small doll product named "Yuli Taki," as shown in Figure 1. The alleged infringer also sold small dolls of native Taiwanese people. The court held no copyright infringement primarily because the plaintiff could not prove that the defendant had ever been aware of "Yuli Taki" prior to the defendant's sale.<sup>23</sup>



Figure 1 Small dolls of Taiwan indigenous people. (Source: [http://www.twicg.com/Templates/p\\_Lien\\_Mei\\_Hui.html](http://www.twicg.com/Templates/p_Lien_Mei_Hui.html).)

In addition, the court discussed the creation of traditional clothing of native Taiwanese. It stated that the clothing of each tribe has its own styles, colors, patterns, and feather crafts, so without using these clothing elements, you could not create such a traditional cloth that may be a work of originality.<sup>24</sup> Therefore, in terms of traditional clothing, the court did not think that any different clothes made from traditional elements of one tribe could be distinguishably different.<sup>25</sup> That is, similarity among different clothing works is a normal phenomenon.

The Civil Judgment (98) Min Zhe Su Zi No.13 (2009) suggests that different expressions, however within the same concept of traditional clothing of one

<sup>23</sup> See Taiwan Intellectual Property Court Civil Judgment (98) Min Zhe Su Zi No.13 (2009).

<sup>24</sup> See *id.*

<sup>25</sup> See *id.*

tribe, can make it conclusive that no copyright infringement can be found. For example, in comparing the buffs of the plaintiff's and defendant's works, the court looked to white spots affixed to the buffs and found that the defendant used a different technique to affix the white spots.<sup>26</sup> As for the hats used in the plaintiff's and defendant's dolls, the court found the difference in terms of how a hat was attached to a head.<sup>27</sup> These two findings were part of the grounds of non-infringement.

Although the case law is not an absolute, legal doctrine under the Taiwan legal norm, the risk of a court's more likely holding non-infringement exists when a TCE copyright owner seeks for protection. So, there has to be some alternative approach to eliminate the weak part of TCEs in terms of copyright protection.

### **III. Protection and Exploitation of TCEs Through Digital Books**

#### **A. Strengths and Weaknesses of Digital Documentation as a Tool of Exploitation**

Digital documentation can make a TCE work more copyrightable because it can provide identifiable authorship and fixation.<sup>28</sup> The maker of digital documentation can acquire copyright ownership by successfully getting title transfer from documentation editors which can be identifiable because the maker should know who edits the digital documentation or where the contents come from.

Copyright protection of digital documentation is stronger than a single TCE, because the judgment will be based not on a single TCE but on the collection of various TCEs as a whole. The originality of arrangement of TCEs in a collection will support stronger copyrightability. A single TCE might be too weak because the copyrightable features might be so thin that any slight change between such the single TCE and an infringing work might cause impossibility of infringement. However, a collection format can strengthen copyright protection because an editorial aspect of such the collection can transform several single TCEs into one copyrightable work. If the infringement of digital documentation is adjudicated in a court and the infringer challenges copyrightability, the key issue will relate less likely to each TCE but more likely to the originality of arrangement. Because the focus is not on traditional elements, lack of copyrightable elements can be easily avoided.

---

26 *See id.*

27 *See id.*

28 *See Spangler, supra* note 3, at 722-23. Although "fixation" is not a statutory requirement for copyright protection under the Taiwan Copyright Act, some work has to be fixed in order to be protected, such as books and literatures.

But, in terms of exploitation, digital documentation is not good enough. Digital documentation is a form of database without entertaining functions. For example, the "Textile and Ornaments of the Aboriginal People in Taiwan" documentation has a picture collection about clothing of different tribes. In the Puyuma ( 卑南族, *bei nan zu*) tribe section, six clothing patterns are shown separately in six pictures, as shown in Figure 2. For each clothing pattern, the database presents one picture and a short description of the pattern, as shown in Figure 3. The information is comprehensive, but the expression is not attractive. So, there should be some approach to exploit digital documentation operated by the governmental funds.



Figure 2 Puyuma ( 卑南族, *bei nan zu*) tribe section in the "Textile and Ornaments of the Aboriginal People in Taiwan" documentation.

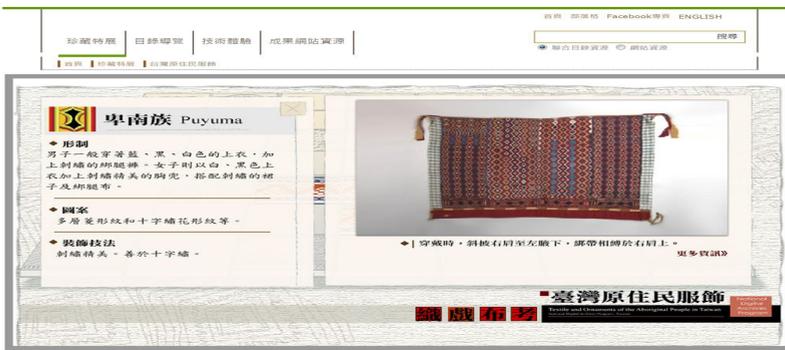


Figure 3 One example of the Puyuma ( 卑南族, *bei nan zu*) tribe section.

## B. Digital Books as a Solution in the Digital Era

A digital book format is chosen for exploiting digital documentation because of the trend of some commercial electronic products, such as Apple's i-Pad, Amazon's Kindle, smart phones, or tablets.<sup>29</sup> Besides, several software platforms, such as Adobe Reader, Microsoft Reader, Palm Reader and Mobipocket, have been used in personal computers or laptops.<sup>30</sup> These products create a new platform or forum of distribution of digital contents. Customers can read digital contents through Apple's i-Pad, for example. It is very convenient to do so while the customers are sitting in any place.

Additionally, an era of digital books has also brought a new commercial channel for publication distribution. A book author can publish his works without using wholesalers and reach readers through on-line bookstores.<sup>31</sup> A book publisher can use a print-on-demand system to manage its inventory or create a new market.<sup>32</sup>

In view of customers, Roberta Burk has mentioned the following eight advantages:<sup>33</sup>

- Readers can customize the type font and size of the content of a digital book.
- A digital book can easily be purchased through on-line services.
- Readers can quickly find their reading focuses by using the search function that a digital book tool could provide.
- A digital book can be linked to a dictionary or other database, so a reader can check the meaning or definition of a term he is reading.
- A digital book tool might provide a function of annotation, so a reader can highlight or mark the lines he is reading.
- A digital book device might provide a backlight, so a reader can be in a comfortable environment while reading the content.
- A digital book device can store many digital books and is portable or movable, so a reader can easily take the device out instead of carrying a bunch of heavy books.

29 See, e.g., Andrew Weinstein, *A Look at Global Expansion for e-Books*, 26 PUBL'G. RES. Q. 11, 11-12 (2010); Ezra Klein, *The Future of Reading*, 47 COLUM. JOURNALISM REV. 35, 35-37 (2008).

30 See Gemma Towle, James A. Dearnley, & Cliff McKnight, *Electronic Books in the 2003–2005 Period: Some Reflections on Their Apparent Potential and Actual Development*, 23 PUBL'G. RES. Q. 95, 99 (2007).

31 See Ted Treanor, *Amazon: Love Them? Hate Them? Let's Follow the Money*, 26 PUBL'G. RES. Q. 119, 126-27 (2010).

32 See Xuemei Tian & Bill Martin, *Digital Technologies for Book Publishing*, 26 PUBL'G. RES. Q. 151, 152-53 (2010).

33 See Roberta Burk, *E-book Devices and the Marketplace: In Search of Customers*, 19 LIBRARY HI TECH 325, 326-27 (2001).

Furthermore, several technical solutions, for instance, Electronic Book Exchange (EBX) and Adobe ePaper Solutions, have been available to copyright protection of a digital book.<sup>34</sup> The basic technology is encryption.<sup>35</sup> The content of a digital book can be encrypted, and then the encrypted content can be further associated with security measures that are offered by those copyright protection technologies.<sup>36</sup>

Therefore, a digital book can be a solution for further exploiting digital documentation of TCEs. For commercial purposes and copyright purposes, digital books are the most favorable tool in the digital world.

### C. Copyright Protection of Digital Books

In terms of copyright protection, TCEs might not be a strong, protected subject, because artistic parts of TCEs might have been within the public domain. However, by using a digital book format, TCEs can be transformed into a new copyrightable subject matter. Then, TCEs can enjoy higher copyright protection through a digital book, although we still have a lot to do to attack internet piracy.<sup>37</sup>

Two protection measures are provided for digital books under the Taiwan Copyright Act: ordinary copyrights and a right of anti-circumvention. A digital book might be a combination of an "oral and literary work," "artistic work," "photographic work," and "pictorial and graphical work" defined in Article 5 of the Taiwan Copyright Act. Alternatively, a digital book might be a compilation work that includes various TCEs. In this way, a digital book is an edited work. Thus, a digital book can definitely enjoy the ordinary copyright protection of those economic rights. A commercial scale of copying activities can cause infringers to be charged of criminal offenses.

Since a digital book is digital and functioning by some software technology, it can also enjoy the copyright law of anti-circumvention. That is, copyright owners of digital books can prevent their properties from freely dissemination throughout the Internet.

---

34 See Erin Carreiro, *Electronic Books: How Digital Devices and Supplementary New Technologies are Changing the Face of the Publishing Industry*, 26 PUBL'G. RES. Q. 219, 224-26 (2010).

35 See *id.* at 226.

36 See Carreiro, *supra* note 34, at 226.

37 See, e.g., Charles W L Hill, *Digital Piracy: Causes, Consequences, and Strategic Responses*, 24 ASIA PACIFIC J. OF MGMT. 9, 23-24 (2007); Mark Van Hoorebeek, *Napster Clones Turn Their Attention to Academic e-Books*, 104 NEW LIBRARY WORLD 142, 144-45 (2003).

In terms of software technology, a digital book can be equipped with “electronic rights management information”<sup>38</sup> and “technological protection measures.”<sup>39</sup> These two approaches are called “Digital Rights Management” (DRM).<sup>40</sup> DRM is an umbrella term covering various concepts.<sup>41</sup> DRM includes digital content protection (DCP) that is a cryptographic technique for protecting data, where the protected data can be read through trusted software on the user site.<sup>42</sup> DRM includes trusted software available to users, and the trusted software can control accessibility to the protected data and prevent unauthorized access.<sup>43</sup>

The Taiwan Copyright Act bans acts of breaking DRM systems. A person who removes or alters “electronic rights management information” from a digital book without authorization will be held civilly or criminally liable.<sup>44</sup> A person who distributes, intends to distribute, imports, or possesses unlawfully-acquired digital book will also be held civilly or criminally liable.<sup>45</sup>

Additionally, a person who disarms, destroys, or by any other means circumvents “technological protection measures” without authorization will be held civilly liable.<sup>46</sup> The Taiwan Copyright Act also prohibits acts of manufacturing, importing, offering to the public for use, or offering in services to the public, “[a]ny equipment, device, component, technology or information for disarming, destroying, or circumventing technological protection measures.”<sup>47</sup> A person who does those acts will be held civilly or criminally liable.<sup>48</sup>

## VI. A Proposed Project

The advantages of using a digital book as a tool for exploiting digital documentation of TCEs have been described. The following idea provides a framework of exploitation. The idea is based on a “license to read” model which includes limited authorization granted to readers when the readers purchase a digital

---

38 Under Article 3 of the Taiwan Copyright Act, “electronic rights management information” means “electronic information presented on the original or copies of a work, or at the time of communication of content of a work to the public, sufficient to identify the work, the name of the work, the author, the economic rights holder or person licensed thereby, and the period or conditions of exploitation of the work, including numbers or symbols that represent such information.”

39 Under Article 3 of the Taiwan Copyright Act, “technological protection measures” means “equipment, devices, components, technology or other technological means employed by copyright owners to effectively prohibit or restrict others from accessing or exploiting works without authorization.”

40 See E John Sebes & Mark Stamp, *Solvable Problems in Enterprise Digital Rights Management*, 15 INFO. MGMT. & COMPUTER SEC. 33, 33-34 (2007).

41 See *id.* at 34.

42 See *id.*

43 See *id.*

44 See Art. 80-1, Para. 1 and Art. 96-1 of the Taiwan Copyright Act.

45 See Art. 80-1, Para. 2 of the Taiwan Copyright Act.

46 See Art. 80-2, Para. 1 of the Taiwan Copyright Act.

47 See Art. 80-2, Para. 2 of the Taiwan Copyright Act.

48 See Art. 80-2, Para. 2 and Art. 96-1 of the Taiwan Copyright Act.

book. Four aspects, such as ownership, licensing model, indexing, and pricing are further elaborated.

### **A. Ownership**

It is necessary to acquire full ownership from original authors of TCEs collected in digital documentation or editors of a digital book. An operator of digital documentation can assert copyright infringement against infringers more easily because he has full ownership. Without full ownership, the operator might worry about whether infringers will ask for licensing from the original owners/authors (or editors). Exclusive licensing is not an option because infringers might challenge the licensing scope in the court. When the court finds any defects in the exclusive license contract at dispute, the operator as a licensee might lose the standing to sue.

If the operator fails to acquire full ownership, the original owners/authors (or editors) might license their works to another operator. So, an undesired competition will be created. Holding full ownership supports the operator to offer a license-to-read contract with digital book purchasers. The uncertainty of other licensing sources that consequently causes competition of the same digital book can be reduced.

To establish full ownership, the operator not only has to enter into an ownership transfer contract with the original owners/authors (or editors), but also needs to conduct ownership investigation to make sure that the to-be-transferred ownership is clear. Sometimes, there might be two or more authors for a single TCE work, so the operator has to figure exact owners. Left-over authors might cause a problem because they still own part of a TCE work. Infringers or other competitors might get a license from them.

In a case where authors (or editors) are employed by the operator, the operator might acquire ownership by law.<sup>49</sup> However, since the operator might not be a real human being and cannot create a TCE or digital book, the operator must prepare contract documents to demonstrate that he has ownership. In the employment case, the operator needs to prove that the author was his employee when the TCE or digital book was made and that the TCE or digital book was a work for hire (or, a work within the scope of employment). The second element is not easy to prove when the TCE or digital book was made during off-work time. The key issue is what means "a work within the scope of employment." An author or editor might have created a TCE or digital book before she enters into the "scope of employment." Because of such the legal uncertainty, acquiring full ownership through employment relationships is not

---

49 See Art. 11 of the Taiwan Copyright Act.

recommended. It is better to have a title transfer contract for each TCE or digital book.

Contract documentation of ownership transfer contracts is a difficult challenge. Each contract must be labeled with the author and digital book (or TCE). Each contract might be certificated by public certificate services. The documentation has to include the record of each author. The record should have personal identification numbers, so the copyright term of each TCE or digital book can be calculated.<sup>50</sup>

## B. Licensing Model

A proposed project for exploiting digital documentation of TCEs is to create a "license-to-read" business model. The concept is that a customer is only licensed to read, and he is not allowed to possess the digital book as his own. Since he is licensed, he is also temporarily licensed to keep the file in his e-book device or computer with an e-book reader tool.

The licensing scope can have the following aspects: time, device (or software), and file format.<sup>51</sup> A license to read might be time period-based. A download tool or on-line book store will mark a digital book with an expiration date.<sup>52</sup> After the expiration date, no device can read the digital book previously downloaded. The renewal fee could be low, so there is a fair deal. With that, the license model can show a full control over the downloaded digital book. In addition, the person who renews the expiration date might be limited to the same user. That could be more restrict in terms of controlling the client-site behavior.

Secondly, customers may be licensed to read a digital book through one type of device. For example, a digital book file could be embedded with digital codes. There are at least three layers of codes. The first layer is identification of a digital book. Either the "International Standard Book Number (ISBN)" or "Digital Object Identifier (DOI)" could be applied.<sup>53</sup> The second layer is a software or device code which helps the downloaded digital book be associated with its designated, reading device or software. The third layer is a code of the expiration date. The codes could be read by certain software which is installed into those digital devices. So, customers can only access to copyrighted digital book in a specific device for a limited time period.

50 Under Article 30 of the Taiwan Copyright Act, "economic rights endure for the life of the author and fifty years after the author's death."

51 See Chen Ya-ming, *Application and Development of Electronic Books in an e-Gutenberg Age*, 27 ONLINE INFO. REV. 8, 11 (2003).

52 See John Borland, *Coming to Campus: E-Books with Expiration Dates*, CNET NEWS, Aug. 9, 2005, [http://news.cnet.com/2100-1025\\_3-5825301.html](http://news.cnet.com/2100-1025_3-5825301.html).

53 See MICHAEL HOLDSWORTH, THE IDENTIFICATION OF DIGITAL BOOK CONTENT 1-2 (2008), available at [http://www.bisg.org/docs/DigitalIdentifiers\\_07Jan08.pdf](http://www.bisg.org/docs/DigitalIdentifiers_07Jan08.pdf).

Thirdly, a license to read should be a format-by-format basis, where different formats include MOBI, ePub, and Adobe.<sup>54</sup> That is, a license to read is for one single digital forum or digital book device. If a license is granted only for i-Pad users, the licensed users cannot transmit the digital book file to another tool to read.

Also, for each digital format, some interactive features might be added, while these features cannot be executed in a paper format.<sup>55</sup> For instance, an audio sound of TCEs could be played while a reader is reading one chapter that relates to the audio sound. Such the features could be more attractive to customers. This product benefit further inhibits physical dissemination of printed digital books.

### C. Proper Indexing

If part of the income will go to original authors, an indexing system should be implemented. The indexing system covers the authors of digital books (or authors' identification numbers), ISBN numbers, DOI numbers, and other pieces of information. So, when a reader downloads a digital book, the on-line bookstore that provides the digital book can use the indexing system to reward part of the payment to the author(s). The indexing should be correct, so the money can be directed to the designated authors.<sup>56</sup>

### D. Pricing

Pricing is a very important issue because it will lead to profits made by selling/licensing digital books. Four types of pricing could be selected:<sup>57</sup>

- Local currency pricing
- Pricing in "major" currencies
- Global pricing
- Developing nation pricing

"Local currency pricing" means that pricing is based on where a digital book is downloaded.<sup>58</sup> For example, a reader who downloads a digital book in Taiwan will pay a price of Taiwan dollars, while a reader who downloads a digital book

54 See Anne Kostick, *The Digital Reading Experience: Learning from Interaction Design and UX-Usability Experts*, 27 PUBL'G. RES. Q. 135, 138 (2011).

55 See Raz-Kids.com, <http://www.raz-kids.com/>.

56 Cf. Peter Jacso, *Google Scholar Revisited*, 32 ONLINE INFO. REV. 102, 102-03 (2008) (reporting that the Google Scholar provided nonexistent author names).

57 See Weinstein, *supra* note 29, at 14.

58 See *id.*

in the United States will pay a price of U.S. dollars. "Pricing in major currencies" means that a list of local prices is offered, where when a reader who downloads a digital book in a country not in the list will pay a specific price indicated in the list.<sup>59</sup> "Global pricing" means only one price offered.<sup>60</sup> It might be the simplest model for accounting purposes. "Developing nation price" means a special discount for users in developing countries.<sup>61</sup>

One factor of pricing might be time-based. "Limited-time subscription-based access" and "pay-per-view" are two options.<sup>62</sup> The former option is normal and is associated with the "license to read" model. The latter option could be more dynamic. A reader might be charged by how many pages or chapters he wants to read. An on-line bookstore could offer the outline of a digital book. A reader could choose chapters he is interested in and pay for these chapters. The "pay-per-view" model might be good for academic users who only need part of a digital book to do research.

Currency fluctuation is one concern when a database operator is choosing one of the four pricing strategies. The operator might lose some money if he does not manage the risk of currency fluctuation.

Moreover, pricing can be based on a variety of multi-format packages. That is, if a reader wants different licenses for different types of electronic file or for different digital book devices, he can purchase a multi-format package of an overall price that might be lower than the sum of the prices set for different file types or devices.

## V. Conclusion

To further exploit works of indigenous traditional cultural expressions, digital books can be the best way in terms of copyright protection. TCEs cannot be perfectly protected because their common elements are traditional and within the public domain. Any slight change from an original TCE might cause no finding of infringement of such the original TCE. However, a digital book creates a new life of TCEs. It also offers a traditional copyright protection and anti-circumvention protection against illegal copiers.

In terms of commercial exploitation, a "license-to-read" model is proposed in this article. A database operator of digital documentation has to consider four factors: ownership, license model, indexing, and pricing. This article suggests

---

59 See *id.*

60 See *id.*

61 See *id.*

62 See Chen Ya-ming, *Application and Development of Electronic Books in an e-Gutenberg Age*, 27 ONLINE INFO. REV. 8, 13 (2003).

that the operator should acquire full ownership of TCEs that are collected in digital documentation. A license to read should be time-based. A reader only buys a license to read for a limited time. In principle, the license has to be limited to one single device (or software). The license needs to be based on file format. Pricing can also be based on a time period, renewal, and multi-package option.

### **Acknowledgement**

This article is a revision of a conference article "Digital Book with a License to Read: Alternative Protection and Exploitation of Works of Indigenous Traditional Cultural Expressions" presented at the 2011 Academic Conference on Indigenous Peoples' Traditional Intellectual Creations and Digital Documentation, Oct. 29, 2011, Taipei City. The author thanks for the comments from the reviewer and audience.

# La protección del testador vulnerable

**Antoni Vaquer Aloy**

## Resumen

El progresivo envejecimiento de la población y el incremento del número de ancianos que viven solos, ingresados en residencias o atendidos por cuidadores, y en situación de vulnerabilidad, plantea la cuestión de la protección de su libertad de testar ante la posible captación de la voluntad. En este artículo, tras estudiar a efectos de comparación la doctrina de la *undue influence* del derecho norteamericano, se analizan los mecanismos de protección de que disponen los derechos civiles vigentes en España y cómo los aplica la jurisprudencia.

**Palabras clave:** Derecho de sucesiones. Testamento. Testador vulnerable. Vicios de la voluntad. Captación.

## Abstract

The progressive ageing of the population and the increasing number of elderly vulnerable people living alone, in nursing homes, or cared by caregivers, raises the question of the protection of their freedom of testation. In this paper, after studying for comparative purposes the American doctrine of undue influence, the author analyses the protection mechanisms available in the civil laws in force in Spain and how case law applies them.

**Key words:** Law of successions. Will. Vulnerable testator. Vices of consent. Undue influence

## Sumario

**1.** El ejercicio de influencia sobre el causante que lesiona su libertad testamentaria. **2.** La *undue influence* en el derecho norteamericano. **2.1.** Cuatro casos ilustrativos. **2.2.** Elementos de la *undue influence* en Estados Unidos. **2.3.** Crítica de la doctrina contemporánea. **3.** La *undue influence* en otras jurisdicciones de *common law*. **4.** El testador vulnerable en los derechos civiles españoles.

**4.1.** La capacidad para otorgar testamento. **4.2.** El dolo. **4.3.** La intimidación. **4.4.** Los vicios formales del testamento. **4.5.** La indignidad sucesoria. **4.6.** La prohibición de suceder de los centros asistenciales y de los cuidadores profesionales. **A)** El derecho catalán. **B)** El derecho alemán. **C)** El derecho holandés. **D)** El derecho de California. **4.7.** Estudio de la jurisprudencia española y valoración final.

## **1. El ejercicio de influencia sobre el causante que lesiona su libertad testamentaria**

El testador vulnerable es aquella persona de edad avanzada y salud débil que vive solo. Se trata de un sujeto que requiere de una especial protección porque no hay normas específicas de protección en los ordenamientos jurídicos, ya que frente a ellos no hay engaño, no hay intimidación, tampoco error ni violencia, es decir, los vicios tradicionales de la voluntad, sino la captación de la voluntad de manera más o menos sibilina hasta conseguir que forme y exprese una voluntad testamentaria favorable a quien ha ejercido esa influencia. La ausencia de una norma expresa que contemple la influencia indebida sobre el testador aconseja, antes de decidir si estamos ante una laguna normativa de los ordenamientos jurídicos españoles que merece ser colmada legislativamente, recurrir al derecho comparado y tratar con detalle el sistema legal que con más intensidad ha afrontado el tema, y que es el derecho estadounidense. A continuación procede estudiar qué normas, que no son de vicios de la voluntad, tienen como finalidad proteger al testador de posibles injerencias en su voluntad testamentaria, y luego atender a los casos que la jurisprudencia ha resuelto que son susceptibles de ser subsumidos en el supuesto de hecho de influencia indebida o captación de la voluntad del causante. Ello conducirá, por último, a evaluar las respuestas que pueden ofrecer al problema nuestros derechos de sucesiones.

Para evaluar si un testador es vulnerable se han propuesto diversos tests y criterios. Tal vez uno de los más exhaustivos es el estudio encabezado por C. Peisah<sup>1</sup> que enumera una serie de factores a tomar en consideración: el entorno social del testador (si convive con alguien, si dispone de algún cuidador o de algún buen samaritano), sus circunstancias sociales (si permanece aislado o tiene contacto con familiares además que con quien conviva, si está padeciendo algún conflicto familiar, su grado de dependencia del cuidador), factores físicos (enfermedades, discapacidades sensoriales, problemas de comunicación, trastornos de la personalidad) y las circunstancias en que se ha otorgado el testamento en cuestión. Margaret Singer<sup>2</sup>, por su parte, enumeró

1 C. Peisah *et al*, "The wills of older people: risk factors for undue influence", 21 *International Psychogeriatrics*, 2009, p. 7 ss.

2 Margaret Singer, "Undue Influence and Written Documents: Psychological Aspects", 10 *Cultic Studies Journal*, 1993, p. 19 ss.

los siguientes factores: el aislamiento del causante, ahuyentando las personas que solían visitarle, leyendo su correo, etc.; forjar la creencia en el causante que el mundo exterior está lleno de peligro y de maldades; fomentar el incremento de su percepción de la situación de dependencia en que se halla; aumentar su sensación de impotencia; provocación de miedos y temores procurar que el causante sea inconsciente de su verdadera situación, todo ello tratándole de situar en una posición similar a un síndrome de Estocolmo.

La importancia del tema resulta de la estadística de personas ancianas que viven solas y que están ingresadas en centros geriátricos. De acuerdo con los datos estadísticos de España que ofrece el Instituto Nacional de Estadística referidos a 2011, más de 270.000 personas viven en residencias de personas mayores, un 68,6% de las cuales son mujeres<sup>1</sup>. En 2004, en España existían alrededor de 1,2 millones de personas de 65 y más años viviendo solas, y en esta situación se encontraban casi el 27% de los mayores de 84 años, es decir unos 169.000 ancianos, elevándose a 256.000 en la franja de de 80 a 84 años<sup>2</sup>; los datos de 2011 muestran que En 1.709.186 hogares españoles reside una persona sola de 65 años o más, lo que supone un 8% más que en 2001, y en tres de cada cuatro de estos hogares reside una mujer<sup>3</sup>. Las solicitudes de atención a la asistencia por personas dependientes mayores de 80 años suman a octubre de 2013 más de 860.000 personas<sup>4</sup>, lo que implica que muchas de ellas están atendidas por un cuidador, sea un profesional o un familiar. A la vez, se estima que el 83% de los ancianos son propietarios de su vivienda<sup>5</sup>, es decir, que la mayoría dispone de un patrimonio, aunque sea modesto. La soledad en la vejez, acompañada frecuentemente de dolencias más o menos severas, junto a la titularidad de un patrimonio, aunque sea solamente la vivienda y algunos ahorros, pueden despertar la codicia de familiares, cuidadores u otras personas que conozcan o traten con la persona de manera que caigan en la tentación de intentar sugestionarle para que teste a su favor. Se verá con los ejemplos jurisprudenciales que este es un fenómeno, por desgracia, no inhabitual en las sociedades occidentales, España incluida.

## **2. La undue influence en el derecho norteamericano**

### **2.1. Cuatro casos ilustrativos**

En 1988, Roger Jacobs entabló amistad con Rose Lakatos, una anciana que vivía sola, salvo ocasionales visitas de su hermana. Durante los siguientes dos años, Jacobs visitó regularmente a Lakatos una o dos veces por semana, la

---

1 <http://www.ine.es/prensa/np777.pdf>.

2 <http://www.ine.es/revistas/cifraine/0406.pdf>.

3 <http://www.ine.es/prensa/np824.pdf>.

4 Fuente: IMSERSO ([http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/im\\_079778.pdf](http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/im_079778.pdf)).

5 [http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/presentacionencuestamayores\\_20.pdf](http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/presentacionencuestamayores_20.pdf).

acompañaba en coche a sus citas y la ayudaba en sus quehaceres domésticos y encargos. De este modo, pronto Jacobs fue la única persona con la que mantenía contacto. Jacobs le sugirió que le otorgara poderes para poder ocuparse de sus asuntos, a lo que ella accedió. Asimismo otorgó un testamento, mediante un abogado primo segundo de Jacobs, en que dejaba a este la mayor parte de la herencia. Usando el poder, Jacobs se transfirió a él y a su novia, a quien no conocía Lakatosh, 128 mil dólares de la cuenta de esta. En 1990 Lakatosh estaba escuálida y vivía en la inmundicia, incapaz de pagar sus facturas, y finalmente revocó el poder otorgado, pero no el testamento, no falleciendo hasta 1993. El testamento fue anulado por *undue influence*.<sup>6</sup>

En 1948, el multimillonario por herencia Robert Kaufmann se mudó de Washington a Nueva York para tener independencia y dedicarse a la pintura. Allí conoció a Walter Weiss, de 39 años, a quien contrató luego como asesor fiscal. Kaufmann compró en 1951 una mansión en Manhattan donde se instalaron él y Weiss, dedicándose este a atender la casa, a responder el teléfono y el correo, a procurarle médicos para sus diversas dolencias. En la amplia vida social de Kaufmann se presentaban como pareja mostrándose su amor. Weiss controlaba no solo el dinero sino también los devaneos de Kaufmann con otros hombres. Desde 1951 Kaufmann otorgó diversos testamentos en que progresivamente aumentaba la porción que correspondía a Weiss, el último en 1958; todos ellos iban acompañados de una carta en que Kaufmann expresaba su gratitud hacia Weiss. La familia de Kaufmann desaprobaba la relación, en particular por lo que al control de los negocios familiares se refería, en los que él no estaba interesado, ya que su pasión era el arte. A pesar de ello, Kaufmann concedió poderes preventivos a Weiss por si sufría algún tipo de incapacidad mental y le gratificó en vida con importantes donaciones. La sentencia entendió probado que Weiss animó Kaufmann a modificar su testamento, que fue preparado por un prestigioso despacho de Wall Street sin intervención directa de aquel más que buscando y presentando a un abogado. Impugnado el testamento por *undue influence* por los familiares de Kaufmann, el tribunal estimó la nulidad.<sup>7</sup>

Fred Strozzi heredó de un hermano Allie en 1987, cuando tenía 86 años, un rancho valorado en un millón de dólares. Strozzi sufría discapacidad física y mental, con una edad mental estimada de 15 o 16 años. El día siguiente al funeral de Allie, las vecinas Betty y Sissy, madre e hija, empezaron a visitarle regularmente. El sobrino de Strozzi, Dean, planteó su incapacitación, a lo que aquel se opuso, llegando finalmente a un acuerdo transaccional por el que

---

6 *Estate of Lakatosh* (Pennsylvania, 1995). El caso está extensamente comentado en Carla Spivack, "Why the Testamentary Doctrine of Undue Influence Should Be Abolished", 58 *Kansas Law Review*, 2009-2010, p. 246 ss, y Dukeminier/Sitkoff/Lindgren, *Wills*, p. 182 ss.

7 *In re Will of Kaufmann* (Nueva York, 1964). Los hechos del caso se detallan en extenso en Ray D. Madoff, "Unmasking Undue Influence", 81 *Minnesota Law Review*, 1997, p. 592 ss; Jeffrey G. Sherman, "Undue Influence and the Homosexual Testator", *University of Pittsburg Law Review*, 1980-1981, p. 239 ss; Dukeminier/Sitkoff/Lindgren, *Wills*, p. 191 ss.

Dean reconocía la capacidad de Fred Strozzi. En noviembre de 1987 Strozzi se lesionó en una caída, e inmediatamente Betty, su marido y Sissy se instalaron en una caravana cerca de su casa, y desde ese momento hasta su muerte de 1992 le cuidaron y realizaron todas las tareas domésticas. En 1988 Strozzi atribuyó un testamento que revocaba el anterior en que nombraba heredero a un vecino y dejaba prácticamente todos sus bienes a Betty y Sissy. El testamento fue anulado a instancias de Dean por *undue influence*.<sup>8</sup>

Lois J. Frawley enviudó en 1972. En 1976 conoció en una gasolinera a Edward Eugene Gaines, quien entonces estaba casado aunque se divorció en 1978. Dos meses después de conocerse, Gaines—quien había contraído un total de siete matrimonios— se trasladó a casa de Frawley y se convirtieron en pareja de hecho, llegando a intercambiar votos ante un párroco en México. Convivieron hasta la muerte de Frawley en 1980 a causa de un tumor cerebral. La sentencia tiene por probado el carácter duro de Gaines, que solía ir armado, y episodios de riñas con la testadora. El testamento otorgado un año antes en que beneficiaba a Gaines y apartaba a sus hijos fue invalidado sobre la base de *undue influence*, ya que se reconoció la capacidad para testar pese a su estado de salud pero que su voluntad estaba dominada por Gaines; hay que destacar que ambos testaron a la vez con contenido idéntico.<sup>9</sup>

Albergo la esperanza que el lector considere, como yo, que los cuatro casos son sustancialmente distintos y que, probablemente, no todos ellos merecían la sentencia anuladora del testamento. Por ello, procede a continuación analizar los componentes de la *undue influence* que ha decantado la jurisprudencia norteamericana y la crítica que le ha formulado la doctrina.

## 2.2. Elementos de la *undue influence* en Estados Unidos

Hay *undue influence* cuando la libre voluntad del testador es alterada o suplantada por el acto de un tercero<sup>10</sup>, sin que medie ni engaño —*fraud*— ni violencia o amenazas —*duress*—, que constituyen vicios específicos de la voluntad testamentaria<sup>11</sup>. Su función originaria es proteger la autonomía y libertad de elección del testador, invalidando aquellos testamentos que no son fruto de su libérrima voluntad, sino que tal voluntad está dominada por quien ejerce la influencia o sugestión, por lo que, en principio, el remedio va íntimamente ligado a la libertad de testar.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> *In Re Estate of Strozzi* (Nuevo Mexico, 1995), consultable en <http://www.nmcompcomm.us/nmcases/NMCA/1995/1995-NMCA-099.pdf>.

<sup>9</sup> *Gaines v Frawley* (Texas, 1987), consultable en [http://www.leagle.com/decision/19871689739SW2d950\\_11585](http://www.leagle.com/decision/19871689739SW2d950_11585).

<sup>10</sup> AmmonChase, "Judicial Undue Influence in Probate: A Tongue-in-Cheek Approach to Effectuating Testamentary Intent", consultable en [http://works.bepress.com/ammon\\_chase/1](http://works.bepress.com/ammon_chase/1).

<sup>11</sup> Madoff, "Unmasking Undue Influence", p. 579-580.

<sup>12</sup> Ronald J. Scalise Jr., "Undue Influence and the Law of Wills: A Comparative Analysis", *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2008, p. 54-55

Según Madoff, son cuatro los elementos que la jurisprudencia americana tiene en cuenta para determinar una posible *undue influence*: a) una relación de confianza entre el testador y quien pretendidamente ejerce la influencia; b) la persona de confianza ha intervenido de alguna manera en la preparación o la redacción del testamento; c) el testador era susceptible de *undue influence*, lo que supone atender a su edad y condiciones mentales y físicas; d) el causante realiza alguna atribución "no natural" a favor de la persona de confianza, de modo que cuanto más inesperable sea la atribución testamentaria efectuada más probabilidades de *undue influence*.<sup>13</sup> Otros elementos que los jueces pueden tomar en consideración son si otras personas distintas de la persona presuntamente influenciadora prestaron asesoramiento al causante y el grado de control de los asuntos económicos y legales de este ejercido por el beneficiado en el testamento<sup>14</sup>. En definitiva, la *undue influence* conduce al otorgamiento de un testamento con un contenido distinto del que habría tenido de no haber existido la sugestión sobre el causante, y es en este aspecto que guarda una evidente semejanza con el dolo testamentario y la intimidación, aunque no se haya provocado el engaño ni ejercido violencia física y mental, pues ese control de la voluntad puede lograrse igualmente tanto mediante lisonjas como mediante la causación de un temor a desagradar a la persona beneficiada –por ejemplo, que se dejará de atenderle como se venía haciendo–<sup>15</sup>. La prueba de la *undue influence* es necesariamente indirecta o indiciaria, pues el testador ya no puede prestar su testimonio, y la jurisprudencia americana toma en consideración una pluralidad de criterios, como la relación de confianza existente entre la persona influenciada y la influenciadora –la mayoría son casos de amigos, vecinos o amantes en quienes los testadores han delegado buena parte de sus quehaceres cotidianos, más raramente la doctrina se aplica a familiares–,<sup>16</sup> la participación de algún modo del beneficiado en la preparación o el otorgamiento del testamento, las condiciones personales del testador –su edad, su estado físico, su dependencia– y el contenido del testamento, es decir, quién ha sido beneficiado y quién no lo ha sido, en particular, si supone un reparto de la riqueza "no natural" porque los beneficiados no pertenecen a la familia del testador sino que la parte del león es para quien ha influenciado o allegados suyos.<sup>17</sup> Los comentarios al *Restatement (Third) of Pro-*

---

13 Madoff, "Unmasking Undue Influence", p. 582 ss; Lawrence A. Frolik, "The Biological Roots of the Undue Influence Doctrine: What's Love Got to Do with It?", 57 *University of Pittsburgh Law Review*, 1996, pp. 850-851, y "The strange interplay of testamentary capacity and the doctrine of undue influence. Are we protecting older testators or overriding individual preferences?", 24 *International Journal of Law and Psychiatry*, 2001, pp. 258-260; Scalise, "Undue Influence", p. 56 ss; Trent J. Thornley, "The Caring Influence: Beyond Autonomy as the Foundation of Undue Influence", 76 *Indiana Law Journal*, 1996, p. 517 ss; Jeffrey G. Sherman, "Can Religious Influence Ever Be «Undue» Influence?", 73 *Brooklyn Law Review*, 2008, pp. 617-618; Irene D. Johnson, "There's a Will, But No Way--Whatever Happened to the Doctrine of Testamentary Freedom and What Can (Should) We Do to Restore It?", 4 *Estate Planning and Community Property Law Journal*, 2011, p. 113 ss.

14 Leslie, "The Myth of Testamentary Freedom", p. 244-245 y 247, nota 45.

15 Madoff, "Unmasking Undue Influence", p. 575-576; Spivack, "Why the Testamentary Doctrine", p. 263.

16 No son, por ejemplo, escasas las sentencias que afectan a abogados, señalan Dukeminier/Sitkoff/Lindgren, *Wills*, p. 186-190 y 198 ss.

17 Madoff, "Unmasking Undue Influence", p. 583 ss; Sherman, "Can Religious Influence", p. 619.

*perty: Wills & Other Donative Transfers*, por su parte, subrayan la existencia de una presunción favorable a la *undue influence* cuando el causante era susceptible de ella, el beneficiado tuvo la oportunidad de ejercerla y se observa un resultado explicable por esta influencia,<sup>18</sup> y se refieren a las circunstancias sospechosas en el otorgamiento del testamento que son síntomas de esa sugestión indebida, como si el testamento se preparó con sigilo o supone un cambio radical con el testamento anterior sin que hayan concurrido hechos que puedan explicar esa mutación.<sup>19</sup>

La *undue influence* no presupone necesariamente la falta de capacidad natural del testador, pues entonces el testamento carecería ya de validez; basta con que sea susceptible de la captación de su voluntad<sup>20</sup>, pero en la práctica es frecuente que se combinen la alegación de la influencia indebida y de la falta de capacidad natural del testador, ya sea para asegurar un resultado favorable a la impugnación del testamento al disponer de dos vías argumentales, ya sea para reforzar la impresión de la debilidad del causante ante la sugestión empleada, con la idea de que a menor capacidad de obrar mayor susceptibilidad de ser influenciada la persona.<sup>21</sup>

### 2.3. Crítica de la doctrina contemporánea

La doctrina viene criticando la aplicación judicial de la *undue influence* de forma casi monolítica, porque en vez de servir de arma protectora de la libertad de testar, no infrecuentemente acaba desembocando en un ataque frontal contra ella. Madoff<sup>22</sup> considera que supone denegar la libertad de testar a quienes se apartan de las normas judicialmente asentadas de reparto de la riqueza a la muerte, en particular la norma no escrita de que los bienes deben ir a parar a los familiares. Esta es la crítica más común en un sistema en que no hay legítimas para los hijos: el testador que se aparta de los cánones de la atribución de su herencia a sus descendientes o, en su defecto, los parientes más cercanos, corre el riesgo de ver impugnado el testamento y, en la eventualidad de que triunfe la impugnación, la herencia se reparte intestada igualmente con lo que su planificación *mortis causa* simplemente se esfuma. Scalise señala que es una ironía que el estándar del carácter natural de la ordenación de la

18 *Restatement (Third) of Property: Wills & other Donative Transfers*, St Paul, Mn, 2003, § 8.3, comentario e), p. 158.

19 *Id.*, comentario h), p. 161. Véase, también, John C.P. Goldberg, Robert H. Sitkoff, "Torts and Estates: Remedying Wrongful Interference with Inheritance", 65 *Stanford Law Review*, 2013, p. 345 ss.

20 Robert H. Sitkoff, "Trusts and Estates: Implementing Freedom of Disposition", 58 *St. Louis University Law Journal*, 2014, p.646: "The line between indelicate but lawful persuasion on the one hand, and undue influence and duress on the other, can be difficult to assess in posthumous litigation. Distinguishing between the peculiarities of old age and true mental infirmity can be equally vexing. Judges and juries may be tempted to find undue influence or incapacity if the testator's dispositions seem unfair or Unnatural".

21 Sherman, "Can Religious Influence", p. 619; Frolik, "The strange interplay", especialmente p. 263 ss, y "The Biological Roots", pp. 844-845; Kenneth I. Schulman, Carole A. Cohen, Felice C. Kirsh, Ian M. Hull, Pamela R. Champine, "Assessment of Testamentary Capacity and Vulnerability to Undue Influence", *American Journal of Psychiatry*, mayo 2007, p. 722 ss.

22 Madoff, "Unmasking Undue Influence", p. 576.

sucesión sea su acomodación a las reglas de la sucesión intestada que son precisamente las que quiso evitar que se aplicaran quien otorgó testamento<sup>23</sup>, llegándose incluso a cuestionar la oportunidad de testar a favor de quien no es destinatario natural de la herencia por la alta probabilidad de que el testamento acabe por ser ineficaz.<sup>24</sup> La vaguedad<sup>25</sup> de los elementos de la *undue influence* permite decisiones ideológicas de los tribunales,<sup>26</sup> que siempre son proclives a favorecer a la familia clásica<sup>27</sup> frente a otro tipo de relaciones afectivas,<sup>28</sup> ya sean fuera de la familia convencional o interracial.<sup>29</sup>

### 3. La *undue influence* en otras jurisdicciones de *common law*

La doctrina de la *undue influence* se originó, como es lógico, en Inglaterra, desde donde se expandió por las colonias inglesas, aunque en ningún otro lugar ha alcanzado los resultados estadounidenses que se acaban de presentar sucintamente. Apunta Kerridge que el derecho inglés no ha conseguido tejer un sistema que verdaderamente proteja a los testadores vulnerables, entendiendo por tales a las personas ancianas de salud frágil solteras o viudas, sin hijos y sin contacto regular con sus familiares.<sup>30</sup> La *undue influence* procede de los

23 Scalise, "Undue Influence", p. 58.

24 Johnson, "There is a Will", p. 117.

25 O borroso ("fuzzy") y nebuloso, en palabras de John C.P. Goldberg, Robert. H. Sitkoff, "Torts and Estates: Remediating Wrongful Interference with Inheritance", 65 *Stanford Law Review*, 2013, p. 344.

26 Spivack, "Why the Testamentary Doctrine of Undue Influence", pp. 276-277

27 Frances H. Foster, "The Family Paradigm of Inheritance Law", 80 *North Carolina Law Review*, 2001, p. 210: "in practice, judges and juries manipulate mental capacity doctrines such as "undue influence" and "insane delusion" to reach results more in accord with the family paradigm"; Leslie, "The Myth of Testamentary Freedom", p. 236 ("courts impose and enforce this moral duty to family through the covert manipulation of doctrine [of undue influence]") y p. 243 ss bajo la rúbrica "manipulation of doctrine to ensure family preference"; E. Gary Spitko, "Gone But Not Conforming: Protecting the Abhorrent Testator from Majoritarian Cultural Norms Through Minority-Culture Arbitration", 49 *Case Western Reserve Law Review*, 1999, p. 280: "the very standards aimed at ensuring testamentary freedom risk the testamentary freedom of a nontraditional testator who willingly executes an estate plan that fails to conform to societal norms, namely those preferring the legal spouse and close blood relations to all other potential beneficiaries"; Frolik, "Biological Roots", pp. 843-844: "In recognition of the nearly universal desire to favor descendants, and in particular, children, the law has created the doctrine of undue influence to overturn gifts to nonlinear descendants, second spouses, lovers, friends, loyal housekeepers, and the like, and, relying on intestacy laws, direct the inheritance to the testator's descendants (...) the doctrine's continued application reflects its alignment with some of society's most deeply held values about obligations, family, property, and inheritance. These values, in turn, issue forth from our psychological natures which derive from our common genetic heritage"; Goldberg/Sitkoff, "Torts and Estates", p. 246: "Safeguarding freedom of disposition requires the court to invalidate a disposition that was not volitional because it was procured by undue influence. But openness to circumstantial evidence facilitates the bringing of strike suits by disgruntled family members whom the decedent truly meant to exclude. Moreover, the plasticity and vagueness of the undue influence concept allow judges and juries leeway to rewrite the decedent's estate plan in accordance with their own views of fairness and morality".

28 Joseph W. deFuria Jr, "Testamentary Gifts Resulting from Meretricious Relationships: Undue Influence or Natural Beneficence?", 64 *Notre Dame Law Review*, 1989, p. 200 ss.

29 Susanna L. Blumenthal, "The Deviance of the Will: Policing the Bounds of Testamentary Freedom in Nineteenth-Century America", 119 *Harvard Law Review*, 2006, p. 960 ss; Bernie D. Jones, "'Righteous Fathers,' 'Vulnerable Old Men,' and 'Degraded Creatures': Southern Justices on Miscegenation in the Antebellum Will Contest", 40 *Tulsa Law Review*, 2005, p. 699; y Kevin Noble Maillard, "The Color of Testamentary Freedom", 62 *Southern Methodist University Law Review*, 2009, p. 1783 ss, que analizan la suerte de los testamentos en que blancos instituían a sus esclavas negras o a la descendencia nacida de relaciones sexuales con las esclavas en los Estados Unidos del siglo XIX, en que la *undue influence* constituía uno de los motivos habituales de impugnación.

30 Roger Kerridge, "Wills Made in Suspicious Circumstances: The Problem of the Vulnerable Testator", 59 *Cambridge Law Journal*, 2000, p. 310. En la p. 315 aporta la noticia periodística de una mujer especializada en conseguir que testadores viudos ancianos otorgaran testamentos ológrafos a favor de su hija. Hay que advertir una diferencia con el derecho norteamericano: si el testamento se anula por razón de falta de capacidad, se abre la sucesión intestada, pero si la causa de nulidad es el dolo o, eventualmente, la *undue influence*, la herencia se defiende en *constructive trust* a favor de quien realmente pretendía beneficiar al causante (p. 330), lo que provoca mayores

tribunales de equidad, que no resolvían aplicando estrictamente la ley, lo que se señala que constituye el origen de la actual porosidad de la doctrina en los Estados Unidos, en casos en que testadores “débiles” otorgaban testamentos en que no se favorecía a los parientes más allegados.<sup>31</sup> Ninguno de los diversos tribunales competentes en materias sucesorias se mostró capaz de deslindar la *undue influence* del dolo o de la intimidación entrado el siglo XIX. Solo lentamente fue asentándose la idea, aun sin la necesaria delimitación con aquellos vicios de la voluntad, que la idea central radica en el otorgamiento de un testamento en que alguien ha conseguido que se exprese una voluntad que no es la real del testador.<sup>32</sup> Por su parte, los tribunales de *probate (common law)* aplicaban unos requerimientos mucho más severos que ocasionaban que solo raramente la impugnación fuera exitosa al exigirse una prueba directa de *coerción* y no considerar suficiente la simple oportunidad de influir en el testador.<sup>33</sup> Pese a la fusión más adelante de los tribunales de *common law* y de *equity*, no se han notado cambios en la jurisprudencia<sup>34</sup> y en Inglaterra la *undue influence* no ha alcanzado el hiperdesarrollo norteamericano, al haberse trazado unos requisitos de prueba más estrictos,<sup>35</sup> habiéndose circunscrito especialmente a casos en que ha existido un abuso de confianza, como cuando el beneficiado por el testamento era el asesor legal del testador.<sup>36</sup>

Los tribunales de los Estados de *common law* de Canadá se han adherido esencialmente a la concepción estricta de la *undue influence* propia de la jurisprudencia inglesa, exigiendo una prueba cumplida de *coerción* y solo ampliando algo el espectro si se dan “circunstancias sospechosas” de que ha podido

---

dificultades en el triunfo de la acción, en contraste con el otro lado del Atlántico, pues en los Estados Unidos los jueces son más proclives a estimarla.

31 Spivack, “Why the Testamentary Doctrine of Undue Influence”, p. 250 ss. La autora reporta algunos casos de testadores que prefirieron sus amantes, incluso aunque planearan casarse con ellas, a sus hijos.

32 Por ejemplo, *Wingrove v. Wingrove* (1885): “To be undue influence in the eyes of the law there must be –to sum it up in a word– coercion. It must not be a case in which a person has been induced by means such as I have suggested to you to come to a conclusion that he or she make a will in a particular person’s favour, because if the testator has only been persuaded or induced by considerations which you may condemn, really and truly to intend to give his property to another, though you may disapprove of the act, yet it is strictly legitimate in the sense of its being legal. It is only when the will of the person who becomes a testator is coerced in to doing that which he or she does not desire to do that it is undue influence. The coercion may of course be of different kinds, it may be in the grossest form, such as actual confinement or violence, or a person in the last days or hours of life may have become so weak and feeble, that a very little pressure will be sufficient to bring about the desired result, and it may even be that the mere talking to him at that stage of illness and pressing something upon him may so fatigue the brain, that the sick person may be induced, for quiteness’ sake, to do anything. This would equally be coercion, though not actual violence (citado por Spivack, “Why the Testamentary Doctrine of Undue Influence”, p. 260; el fragment puede encontrarse también en <http://swarb.co.uk/wingrove-v-wingrove-1885/>).

33 Pauline Ridge, “Equitable Undue Influence and Wills”, 120 *Law Quarterly Review*, 2004, p. 621; Fiona R. Burns, “Reforming Testamentary Undue Influence in Canadian and English Law”, 29 *Dalhousie Law Journal*, 2006, pp. 457-458.

34 Roger Kerridge, *Parry and Clark The Law of Succession*, London, 2002<sup>11</sup>, 5-30, p. 78.

35 Fiona R. Burns, “Elders and Testamentary Undue Influence in Australia”, 28 *University of New South Wales Law Journal*, 2005, pp. 148-149; Scalise, “Undue Influence”, pp. 50-51.

36 *Wintle v. Nye* (1959), que comenta extensamente Kerridge, “Wills Made in Suspicious Circumstances”, p. 315 ss. constituye un buen ejemplo. Se trataba del testamento otorgado por una señora soltera y rica a favor de su abogado, preparado por este y en el que actuaron como testigos empleados suyos, en que solo dejaba una muy modesta pensión periódica a su hermana y a su prima, con quien había convivido largos años. El testamento fue anulado a instancias del hermano de la prima, en el que fue el primer caso de anulación de un testamento en un proceso dirigido por quien no era letrado, el teniente coronel retirado Alfred Wintle.

sugestionarse al testador.<sup>37</sup> Un ejemplo de este distinto enfoque en comparación con los vecinos de sur estadounidenses lo proporciona el caso *Vout v Hay* (1995) en que el Tribunal Supremo casa la sentencia en apelación del tribunal de Ontario.<sup>38</sup> Clarence Hay era un granjero soltero que a los 78 años revocó su testamento, en que repartía la herencia entre su hermano y sobrinos, otorgando uno de nuevo en que el grueso de la herencia pasaba a Sandra Vout, una chica de 24 años que le ayudaba en la granja y con quien no consta que mantuviera relaciones sexuales. El testamento fue preparado por las secretarías del abogado que gestionaba los asuntos de los padres de Vout. Hay murió asesinado tres años más tarde por un hombre que confesó el crimen sin involucrar a Vout. El Tribunal Supremo no consideró la concurrencia de *undue influence* y dio por válido el testamento.

Por lo que a Australia se refiere, durante el siglo XIX los tribunales eran mucho más flexibles en el análisis de las circunstancias de cada caso, sin que fuera imprescindible la prueba de la *coercion* si de los demás elementos se desprendía la debilidad de la voluntad del testador y su influenciabilidad. Progresivamente, sin embargo, se fue adoptando el criterio inglés más restrictivo, lo que llevó a que la *undue influence* dejara de ser alegada como único motivo de impugnación de la validez del testamento, soliendo ir acompañando la objeción a la capacidad testamentaria. De ahí que se proponga en la doctrina una reformulación de la doctrina con el fin de adecuarla a una sociedad con una población más envejecida.<sup>39</sup>

#### 4. El testador vulnerable en los derechos civiles españoles

La Sra Matilde, soltera y sin hijos, murió en Lleida el año 2010 a los 87 años. Entre 1958 y 1979 había vivido en París donde trabajaba como asistente doméstica, volviendo en vacaciones de verano y navidad para pasar unos días con su familia. Una vez jubilada, se instaló definitivamente en la ciudad de Lleida en la que había sido vivienda de la familia, un inmueble en mal estado y objeto de especulación inmobiliaria, donde vivía sola con síntomas, según el relato fáctico de la sentencia, encuadrables dentro del síndrome de Diógenes. En noviembre de 2004 otorgó testamento notarial a favor del abogado con quien mantenía una relación profesional desde 1995 y que era prácticamente la única persona con quien se relacionaba. La sentencia del juzgado de primera instancia núm. 5 de Lleida de 21 de noviembre de 2011 declara la nulidad del testamento por falta de capacidad testamentaria sobre la base de la enfermedad psíquica (alzheimer y trastorno delirante paranoide) que sufría, sentencia confirmada por la AP Lleida de 4.4.2013.<sup>40</sup>

37 Burns, "Reforming Testamentary Undue Influence in Canadian and English Law", p. 460 ss.

38 <http://scc-csc.lexum.com/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/1273/index.do>.

39 Burns, "Elders and Testamentary Undue Influence in Australia", *passim*.

40 Id Cendoj: 25120370022013100142.

Este caso se hubiera resuelto en el derecho norteamericano, e incluso en el derecho inglés, aplicando la doctrina de la *undue influence*, por la relación de confianza existente entre abogado y cliente. Ninguno de los derechos civiles españoles recoge una figura similar. Esto no significa, sin embargo, que el testador vulnerable quede completamente desprotegido ante la posible captación de su voluntad por parte de personas que desean obtener alguna atribución *mortis causa*. Antes al contrario, existen una multiplicidad de expedientes que, funcionalmente, pueden desempeñar un papel similar.<sup>41</sup>

#### 4.1. La capacidad para otorgar testamento

Los ordenamientos civiles españoles exigen para otorgar válidamente testamento que el causante se halle en el goce de sus facultades mentales, es decir, que tenga capacidad natural en el preciso momento de testar (art. 663.2º CC, 421-4 CCCat, 408 CFA, *ley* 184 FN). La falta de capacidad natural determina la nulidad del testamento, y esta es la primera vía que pueden tomar los jueces y tribunales ante la captación de la voluntad del testador vulnerable. La sentencia con que se inicia este capítulo constituye un ejemplo, pero pueden citarse otros. Por ejemplo, en la STSJ Cataluña 1.7.1999,<sup>42</sup> la testadora, mientras estaba ingresada en el hospital, testó a favor de una sobrina con sustitución vulgar a favor de su descendencia. El tribunal consideró nulo el testamento sobre la base de la enfermedad mental –alzheimer– que le impedía gobernarse por sí misma. Por su parte, la STS 5.11.2009<sup>43</sup> declara nulo por falta de capacidad de la testadora un testamento notarial en que se alegó la captación de la voluntad de la testadora por uno de sus hijos, recordando que “[e]l Notario debe apreciar la capacidad del testador, pero este no es un juicio definitivo, puesto que la jurisprudencia de esta Sala ha venido manteniendo la posibilidad de destruir la presunción de capacidad que se deriva de las afirmaciones notariales, porque se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario”. Y en la SAP Burgos 21.12.2006<sup>44</sup> la testadora otorgó testamento ológrafo en la habitación del hospital en que se hallaba ingresada en presencia de varias personas, entre las que se contaba el principal beneficiado en el testamento, que la sentencia anula por falta de “cabal juicio”.<sup>45</sup> Es cierto que

41 Scalise, “Undue Influence”, p. 60 ss, realiza precisamente un esfuerzo por señalar las similitudes funcionales entre la *undue influence* norteamericana y otras figuras propias de los derechos civiles continentales.

42 Westlaw-aranzadi RJ 2000\8030.

43RJ 2010/84.

44 JUR 2007/326.

45 Razona así la sentencia: “Del análisis de la actividad probatoria obrante en la causa, y tanto por las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en el momento del otorgamiento, como por la naturaleza de la relación con el beneficiario, como por el contenido del propio testamento, se considera que la acusante no se encontraba en su «cabal juicio», a los efectos de poder comprender la importancia y las consecuencias de sus propias acciones y que la permitiera decidirse libremente sobre sus propias determinaciones con la adecuada capacidad natural de entender y querer y de expresar su voluntad libre y conscientemente, ajustada al propio querer, y entender interno sin intermediación e influencias externas, y con la adecuada normalidad de conciencia que le permitiese comprender la importancia y consecuencias de las propias acciones y decidir libremente”.

existe una presunción de capacidad natural del testador y que esta presunción es especialmente reforzada cuando el testamento es notarial, pero no es menos cierto que cuando se proporciona prueba suficiente nuestros tribunales no vacilan en declarar la nulidad del testamento.<sup>46</sup> El testador vulnerable no es necesariamente una persona carente de capacidad natural para testar,<sup>47</sup> pero sí que su voluntad expresada, por la influencia recibida, no es espontánea y completamente propia, por lo que la vía de la nulidad del testamento por falta de capacidad testamentaria si no es técnicamente la más precisa, sí que permite lograr el resultado deseado de proteger la libertad de testar privando de eficacia al testamento o a sus cláusulas que no son fiel reflejo de la verdadera intención del causante.<sup>48</sup> Se ha visto ya cómo también en las jurisdicciones de *common law* la *undue influence* se fusiona las más de las veces con la alegación de la falta de capacidad para testar,<sup>49</sup> por lo que por esta vía pueden resolverse los casos en los que exista convicción de la ausencia de condiciones volitivas para otorgar el testamento.

## 4.2. El dolo

Aunque no tiene como objeto materia sucesoria sino una donación, el dolo como vicio invalidante de la voluntad ha sido aplicado recientemente a los actos de disposición lucrativos. Se trata de la STS 28.9.2011,<sup>50</sup> que declara la nulidad de una donación por dolo del donatario, hijo de la donante, quien habría preparado el otorgamiento de una escritura de donación de varios inmuebles a él y a los nietos de la donante, cuando ella estaba dispuesta a la donación de un único inmueble, poniendo el énfasis en la relación de dependencia emocional de la donante con su hijo, y concluyendo que es necesario que "el consentimiento del donante sea meditado y reflexivo y no prestado, como ocurrió en el caso, bajo un estado emocional provocado por la situación deliberadamente creada por el demandado para arrancar dicho consentimiento de forma irreflexiva". Es evidente que la misma *ratio* puede aplicarse

---

46 Por citar solo dos ejemplos recientes, STS 26.4.2008, RJ 2680, o STSJ Cataluña 17.10.2011, Id Cendoj: 0801931001201110007.

47 Lo reconoció ya la STS 30.6.1944, RJ 948: "Que para llegar a declaración de nulidad del testamento de que se trata, no se funda el fallo recurrido en la falta de capacidad del otorgante, pues si bien afirma en el tercero de sus considerandos que tal capacidad estaba alterada, deprimida, notoriamente disminuida a causa de una extrema debilidad y sufrimientos físicos y morales que privaban al testador de aptitud para rechazar imposiciones, no sienta dicho considerando, ni ningún otro de la sentencia, la afirmación de que en el momento de otorgar el acto de última voluntad fuese don Joaquín de S. incapaz para testar".

48 Así lo ha entendido Spivack, "Why the Testamentary Doctrine of Undue Influence", p. 291-292: "Turning to the goals of undue influence, a properly administered capacity test can efficiently protect the elderly from exploitation". En esta línea, se ha propuesto importar la figura del notariado latino a Estados Unidos por Nicole M. Reina, "Protecting Testamentary Freedom in the United States by Introducing into Law the Concept of the French Notaire", *New York Law School Law Review*, 2002-2003, p. 797 ss.

49 Tomando inspiración del derecho holandés (art. 4:55(2) Código civil) y del derecho inglés (Court of Protection Rules 2007), el autor sudafricano J.C. Sonnekus, "Freedom of Testation and the Ageing Testator", en Reid/De Waal/Zimmermann (ed.), *Exploring the Law of Succession*, p. 95 ss, propone para las personas ancianas el otorgamiento de testamento con la intervención de la autoridad judicial, con la finalidad de tratar de frenar los intentos de captación de la voluntad del causante.

a los testamentos, teniendo en cuenta que, como ya se ha indicado, el dolo figura entre los vicios de la voluntad testamentaria (art. 673 CC –“dolo o fraude”–, 422-1.1 (testamento) y 422-2.1 (disposiciones testamentarias) CCCat –“engaño”–, 424.2 CFA –“engaño”–).

Luego en el apartado 4.7 se toman en consideración otras sentencias en que se ha alegado el dolo testamentario, para ver con una perspectiva más amplia cómo la jurisprudencia española valora ciertas conductas urdidas para captar la voluntad del testador.

### **4.3. La intimidación**

Son escasísimas las sentencias que han anulado un testamento con base en este vicio de la voluntad. Una que ha hecho uso en particular de la opción de la intimidación es la STSJ Cataluña 8.4.2010.<sup>51</sup> En el supuesto, la testadora, de edad avanzada y salud frágil, testó a favor de la hija con quien convivía, alterando su anterior testamento, que había otorgado sin que lo supiera esta hija retomando la orientación de un testamento previo a la convivencia con ella. Argumenta la sentencia que “cabe presumir fundada y racionalmente que si la Sra. Vidal había obligado a su nonagenaria madre, que siempre había mantenido la misma línea de sucesión, a cambiar un testamento en el año 2000, como ella misma se había encargado de explicar en vida a sus allegados y el cual, no obstante el control al que estaba sometida, logró volver a cambiar en el año 2001, mostrándose satisfecha con dicho cambio, el nuevo testamento tuvo el mismo origen, -la presión ejercida por la hija beneficiada- ya que ninguna circunstancia distinta se había producido -ni se intentó explicar siquiera por las demandadas- que motivasen el cambio de la que siempre había sido su voluntad, lo que viene corroborado por las anómalas circunstancias en que se produjo el otorgamiento del nuevo testamento en la clínica Platón en marzo del 2002, con discusiones previas entre madre e hija y el aislamiento al que, una vez otorgado éste, estuvo sometida la causante por su hija y su nieta”, más aun cuando se estima probado que se apartó “a la causante de su entorno y sometiéndola a una estrecha vigilancia que incluía escuchas detrás de la puerta y obligación de la cuidadora de explicar el contenido de las conversaciones que tenía con la viuda de su hijo, madre de los actores, cuando iba a visitarla hasta el momento en que se impidieron incluso dichas visitas”. De este modo, se observa como un supuesto de la captación de la voluntad de la causante puede reconducirse, por las peculiaridades del supuesto –la violencia moral y la presión, más que la sugestión, de acuerdo con los hechos probados, parece evidente– por el cauce de la nulidad por intimidación. Otro

---

51 RJ 20103617.

tanto sucedió con la causante en la SAP Guipúzcoa 10.9.2002,<sup>52</sup> en que se tuvo por probado que, desde que se trasladó a vivir con su hija y yerno, estos "la despreciaban e insultaban, teniendo un miedo permanente de que la pegaran". Y parece oportuno recordar que la intimidación no tiene necesariamente que provenir de la persona beneficiada por la disposición testamentaria para que sea determinante de la nulidad.

#### 4.4. Los vicios formales del testamento

Otra solución que en ocasiones ha propugnado la jurisprudencia ante testamentos otorgados por personas vulnerables ha consistido en apurar la exigencia de requisitos formales del testamento para, una vez entendido que no se cumplían, decretar la nulidad del testamento por infracción de formalidades, que es causa de nulidad en los art. 687 CC, 422-1.1 CCCat, 423.1.a) y b) CFA y *ley* 206 FN.

La primera sentencia que cabe traer a colación es la STSJ Cataluña 7.1.1993,<sup>53</sup> que deniega la protocolización de un pretendido testamento ológrafo, firmado por la causante y dos testigos y datado, en atención a la cantidad de palabras añadidas y tachadas y a la envergadura de los párrafos entrerrenglonados. Arguye el tribunal que "[e]l documento del folio 217, por su carácter fragmentario, por el cúmulo de tachaduras y enmiendas que presenta a pesar de su brevedad y por otras circunstancias extrínsecas que analizan las sentencias de instancia más parece un simple borrador o esbozo que una verdadera y definitiva disposición de última voluntad; a pesar de que aparezca firmado y con una fecha «estampada en diferente momento escritural que el resto del texto», según palabras textuales de los peritos". Por ello, "[l]a sentencia recurrida no infringe la doctrina jurisprudencial sucintamente expuesta en el fundamento jurídico precedente, pues las tachaduras, enmiendas, entrerrenglonados y añadidos que presenta el manuscrito y que no han sido salvadas son de tal extensión e importancia que lo invalidan como testamento ológrafo". Siendo esto cierto, la clave, a mi entender, es que el pretendido testamento ológrafo lo había otorgado una causante de edad avanzada siendo el principal beneficiado la persona que la sentencia denomina "hombre de confianza" de la testadora.

La segunda sentencia que conviene referenciar es la STS 10.6.2005.<sup>54</sup> El testador, de 88 años de edad y afectado por una patología grave, como consecuencia de la cual falleció pocos días más tarde, testó en forma de testamento en peligro de muerte. La sentencia anula el testamento por defecto de forma por no haberse acreditado la imposibilidad de otorgar un testamento notarial ante el hecho de que el testador residía en Madrid. Curiosamente, el TS niega que en el caso se hubiera probado la concurrencia de dolo. Pero lo cierto es

---

52 JUR 2003/95188.

53RJ 2844.

54 RJ 4365.

que el testador se hallaba ingresado en un centro geriátrico, que los cinco testigos que intervinieron en el otorgamiento eran empleados de dicho centro y que la heredera instituida era la administradora de dicho centro geriátrico. En cualquier caso, y pese a la intuición de la posible captación de la voluntad del causante a la vista de las circunstancias del otorgamiento, el testamento acaba siendo declarado nulo, aunque sea acudiendo al incumplimiento de las formalidades testamentarias.

#### 4.5. La indignidad sucesoria

Lo anterior nos conduce a otro expediente al que cabe acudir para obtener la ineficacia de un testamento ante la sospecha de la posible captación de la voluntad del testador vulnerable: la indignidad sucesoria. La indignidad puede contemplarse también desde el punto de vista de la libertad de testar.<sup>55</sup> Constituye una sanción privada consistente en la privación de su eficacia a las atribuciones a favor de quienes han cometido una determinada ofensa contra el testador. Entre las causas de indignidad se cuentan manipulaciones de la voluntad testamentaria tales como la inducción a otorgar testamento o pacto sucesorio, o a revocarlo, así como impedir testar o revocar el testamento, aparte de la destrucción, alteración u ocultación del testamento (art. 756.5º y 6º CC, 412-3.g y h CCCat, 318.f y g CFA),<sup>56</sup> sea el favorecido el indigno u otra persona distinta.<sup>57</sup> Todos estos hechos suponen un evidente ataque frontal a la libertad testamentaria. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, como sanción, tiene carácter personalísimo, y en la medida en que sus causas son de interpretación restrictiva<sup>58</sup>, no afecta a los descendientes del indigno, que incluso ocuparán la posición de este en los derechos sucesorios legales como la legítima (art. 761 CC, 451-3.2 CCCat, 336.1 CFA –sustitución legal–).

55 Reinhard Zimmermann, "Erbenwürdigkeit – Die Entwicklung eines Rechtsinstituts im Spiegel europäischer Kodifikationen", en *Festschrift für Helmut Koziol*, Wien, 2010, p. 463 ss. Como dice José Pérez de Vargas Muñoz, *La indignidad sucesoria en el Código civil español*, Madrid, 1997, p. 101, "el fundamento de esta causa de indignidad –como la del 756.6º CC– está en que constituye un verdadero atentado a la libertad del testador". Por su parte, Luis Díez-Picazo, Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil, IV*, Madrid, 2012, p. 35, señalan que la *ratio* del precepto es "castigar toda conducta contraria a la libertad del testador para expresar su última voluntad". Finalmente, María Paz García Rubio, Marta Otero Crespo, "Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder", en Mª del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), *Tratado de sucesiones*, I, Cizur Menor, 2011, p. 260, mencionan la "protección de la integridad de la voluntad testamentaria".

56 Pedro Del Pozo, Antoni Vaquer, Esteve Bosch, *Derecho de sucesiones*, 2ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, p. 449-450; Fernando Gómez Pomar, art. 412-3, en Egea Fernández/Ferrer Riba (dir.), *Comentarios al libro cuarto*, p. 102 ss; Josep Llobet Aguado, en M.C Gete-Alonso y Calera, J. Llobet Aguado, J. Solé Resina, M. Ysàs Solanes, *Derecho de sucesiones*, p. 46-48.

57 Así también Pérez de Vargas, *La indignidad sucesoria*, p. 101.

58 Véase STS 11.2.1946, RJ 121; SAP Zaragoza 8.11.2007, AC 2008/273; SAP León 28.12.2009, JUR 2010/107904; y, para el derecho catalán, Roca i Trias, en Lluís Puig i Ferriol, Encarna Roca i Trias, *Institucions de dret civil de Catalunya*, III, Valencia, 2009, p. 85; Del Pozo/Vaquer/Bosch, *Derecho de sucesiones*, p. 450; para el derecho aragonés, José Antonio Serrano García, en Jesús Delgado Echeverría (dir.), *Manual de derecho civil aragonés*, Zaragoza, 2012<sup>4</sup>, p. 522. Con todo, téngase en cuenta los matices que introducen García Rubio/Otero Crespo, "Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder", p. 250-251.

#### 4.6. La prohibición de suceder de los centros asistenciales y de los cuidadores profesionales

La jurisprudencia, tanto española como de otros países, pone de manifiesto que un supuesto de hecho especialmente problemático es el de los testamentos otorgados por personas mayores a favor de sus cuidadores, por el riesgo o sospecha de que estos puedan haber captado la voluntad del testador dirigiendo su voluntad testamentaria a la satisfacción de sus intereses propios. Son diversos los mecanismos que se proponen en el derecho comparado para subvenir a estas situaciones.

##### A) El derecho catalán

El nuevo derecho catalán de sucesiones ha introducido un mecanismo específico de protección de la libertad de testar de un concreto grupo de testadores especialmente vulnerables. Se trata de las personas que están ingresadas en centros o residencias asistenciales o geriátricas o bajo las atenciones de cuidadores profesionales. De acuerdo con el art. 412-5.2 CCCat, "[l]as personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio". Es decir, los testadores que deseen favorecer *mortis causa* a los cuidadores profesionales o a los responsables o empleados de los centros asistenciales en que se hallan ingresados deben acudir necesariamente al testamento notarial. La limitación concierne únicamente al cuidador profesional, es decir, al que se dedica laboralmente a cambio de un sueldo o remuneración al cuidado de personas que necesitan asistencia, sin afectar a los familiares que realicen esas mismas tareas sin contraprestación. El legislador considera que en la medida en que el notario debe valorar la capacidad del testador (art. 421-7 CCCat, como también los art. 685.1, 696 y 707.4 CC<sup>59</sup>), podrá ejercer un control de capacidad que permita desvelar si su voluntad no es completamente libre sino que ha sido captada y modulada por el cuidador<sup>60</sup>. Por ello mismo,

---

59 Recientemente véase Juan J. Rivas Martínez, art. 695, en *Código civil comentado*, II, p. 358 ss; Beatriz Verdura Izquierdo, "La incapacidad y la discapacidad al otorgar testamento", en M<sup>a</sup> del Carmen García Garnica (dir.), *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Cizur Menor, 2011, p. 122-123.

60 Del Pozo/Vaquero/Bosch, *Derecho de sucesiones*, p. 447-448; Fernando Gómez Pomar, art. 412-5, en Joan Egea, Josep Ferrer (dir.), *Comentaris al llibre quart del Codi Civil de Catalunya*, Barcelona, 2012, p. 123-124; Martín Garrido Melero, *Derecho de sucesiones*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 642. La importancia del rol preventivo de la función notarial lo enfatiza la SAP Cáceres 31.5.2011, JUR 237305, cuando argumenta lo siguiente: "La Juzgadora del conjunto de las pruebas testificales, valoradas según las reglas de la sana crítica, ha otorgado especial significación a los testigos presenciales que acompañaron a la testadora en el momento de otorgar el testamento abierto ante el Notario, según los cuales, la madre se encontraba muy segura de lo que quería, le manifestó al Notario que quería que todo fuera para su hija, siendo el fedatario público quien informó que debía respetar la legítima de su otro hijo. A luz de dichas pruebas y la intervención del Notario, que no hubiera permitido ninguna influencia en la testadora, de tal intensidad que mutara su voluntad, no se estima acreditado la existencia de dolo o fraude en dicho otorgamiento del testamento abierto, ni se puede inferir del hecho de que la hija se hubiera ocupado de las atenciones de su madre en los últimos años de su vida, por más que los testigos propuestos

esta norma goza de un valor indiciario y programático, pues aunque no quepa su aplicación analógica por tratarse de una norma prohibitiva, si marca una tendencia o aviso para otras profesiones que puedan desempeñar otra actividad que entrañe una relación de confianza y de dependencia con el testador, además de los supuestos ya conocidos del cuidador profesional y del confesor, como enfermeras, médicos o abogados, por citar algunos ejemplos. No existe ninguna norma similar en el resto de derechos civiles españoles.

Esta norma se ubica sistemáticamente junto a las causas de inhabilidad sucesoria, y puede compartir con ellas la misma *ratio*, esto es, tratar de impedir la influencia<sup>61</sup> sobre el testador, de notarios, tutores o miembros de órdenes religiosas<sup>62</sup>(art. 752-755 CC, 412-5.1 CCCat); funcionaría, pues, como una norma preventiva ante el riesgo de la capacidad de influencia sobre el testador para beneficiarse de la última voluntad del causante.<sup>63</sup> García Rubio señala que, en ordenamientos como el francés italiano o español, "la solución *ex post* derivada de la posible anulación del testamento por vicios del consentimiento u otras figuras negociales es muy restringida<sup>64</sup> y se completa con una solución *ex ante* que impide en todo caso la eficacia de la disposición a favor de determinadas personas que, a juicio del testador, por su peculiar relación con el testador pueden influir en su voluntad de modo pernicioso".<sup>65</sup> No obstante, los respectivos efectos jurídicos son distintos a los de la inhabilidad sucesoria. Las causas de inhabilidad permiten la declaración de ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor de las personas inhábiles a instancia de cualquier persona que pueda resultar beneficiada por dicha declaración (art. 412-6 CCCat). En cambio, los directores o empleados o los cuidadores profesionales no se listan entre las personas susceptibles de ser inhábiles. Lo

---

por la parte actora insistan en las pésimas relaciones entre la madre y la hija antes de que ésta se hiciera cargo de su madre" (énfasis añadido).

61 Francisco de Asís Sancho Rebullida, art. 752, en Ministerio de Justicia, *Comentario*, I, p. 1856: "la *ratio iuris* de esta norma estriba en impedir la captación de la voluntad del testador por parte de su confesor en una situación de especial vulnerabilidad"; Albaladejo, *Curso de derecho civil*, V, p. 91; Lacruz Berdejo/Rams Albesa, *Elementos de derecho civil V, Sucesiones*, p. 59; Carlos Martínez de Aguirre, en Pérez Álvarez (coord.), *Derecho de sucesiones*, p. 85; Del Pozo/Vaquero/Bosch, *Derecho de sucesiones*, p. 447.

62 En el derecho norteamericano hay casos de *undue influence* relativos a ministros de iglesias. Uno de los más destacados es *In Re Estate of Maheras* Oklahoma, 1995). La testadora, que murió en 1991 a los 96 años de edad, había tenido problemas de alcoholismo hasta que en 1980 entró en contacto con la Primera Iglesia Bautista y su pastor en Bartlesville. Los miembros de la iglesia y el pastor le proporcionaron diversa ayuda. Participó en un cursillo sobre otorgamiento de testamentos, que no completó. El pastor le proporcionó la guía que al respecto se había elaborado y procedió a inventariar sus bienes, y le puso en contacto con un abogado miembro de la misma iglesia. Este abogado preparó el testamento, en que la beneficiaria era la Primera Iglesia Bautista, siendo todos los testigos intervinientes feligreses de la misma. Un sobrino de la testadora impugnó el testamento, que fue anulado al apreciarse *undue influence*. La sentencia puede consultarse en <http://yourlawprof.com/22w/law13/maheras.htm>, y Spivack, "Why the Testamentary Doctrine of Undue Influence", p. 284, la comenta. Nótese que el testamento fue otorgado mucho antes del fallecimiento.

63 Juan José López Burniol, art. 412-5, en Encarna Roca Trias (coord. gen.), *Sucesiones*, Madrid, 2012, p. 81.

64 Como se comprobará *infra* en el apartado 4.6 de este capítulo.

65 María Paz García Rubio, art. 752, en A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código Civil comentado*, II, Cizur Menor, 2011, p. 616. La autora continúa: "Estas personas son excluidas por ley de la sucesión voluntaria del causante, por lo que algunos autores las consideran verdaderas prohibiciones de suceder. No es, sin embargo, una figura estructuralmente necesaria en todos los ordenamientos de nuestro entorno jurídico, donde esa función de control de la voluntad testamentaria se hace mayormente a través de otras instituciones protectoras de la integridad de la voluntad del autor del acto como la *undue influence* del *common law* o las *guten Sitten* del § BGB".

que hace el derecho catalán es prohibir directamente que se beneficie en un testamento no notarial a los cuidadores profesionales. Hay que notar que en la sociedad actual hay muchos más cuidadores que confesores, con lo que en definitiva no se está sino actualizando una norma de larga tradición en nuestros ordenamientos jurídicos.

## B) El derecho alemán

En el derecho alemán, el §14 de la HeimGesetz prohíbe expresamente las atribuciones testamentarias a los dueños, directores y empleados de residencias geriátricas realizadas por quienes residen en ellas,<sup>66</sup> así como a sus familiares,<sup>67</sup> solo se excepcionan las que tengan escaso valor.<sup>68</sup> Se trata de una verdadera prohibición<sup>69</sup> de suceder que afecta a estas personas en razón de su profesión y de la vulnerabilidad de las personas a quien la norma persigue proteger. Si a pesar de la prohibición se otorga un testamento que contiene una tal cláusula, esa cláusula es radicalmente nula. La constitucionalidad de esta norma ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional alemán en sentencia de 3.7.1998,<sup>70</sup> al considerar que cumple la función de proteger a personas vulnerables y a la libertad de testar que reconoce el § 14 de la Constitución alemana (derecho a la propiedad y a la herencia).<sup>71</sup> El Tribunal Supremo Federal alemán ha matizado, sin embargo, en sentencia de 26.10.2011,<sup>72</sup> que el § 14 no impide que el propietario de una residencia geriátrica sea instituido en un testamento cuyo otorgamiento ignora, pues en tal caso no hay injerencia en la libertad testamentaria del causante. La jurisprudencia alemana ha entendido que si el favorecido prueba su desconocimiento del otorgamiento del testamento no entra en juego la prohibición, pues en tal caso no ha podido afectar la libertad testamentaria de la persona residente. La doctrina alemana ya había propuesto una interpretación restrictiva del conocimiento por el titular del centro geriátrico del otorgamiento del testamento, requiriendo que fuera objetivo y no meramente subjetivo,<sup>73</sup> de modo que si la voluntad del causante es realmente la de instituir a la persona afectada por la prohibición

---

66 Y también por terceros si se realizan en interés o por cuenta de quien está ingresado en la residencia geriátrica.

67 Leipold, *Erbrecht*, p. 87, Rn 242, citando una sentencia del OLG Frankfurt de 2001.

68 "Dem Trägerist es untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnerinnen und Bewohnern oder den Bewerberinnen und Bewerberneinen Heimplatz Geld- oder geldwerte Leistungen über das nach § 5 vereinbarte Entgelt hin aus versprechen oder gewähren zu lassen", dice su párrafo (1)). Una selección de pronunciamientos judiciales relativos al §14 HeimG puede verse en Wolfgang Edenhofer, en Palandt, *BGB*, 70<sup>th</sup> ed., München, 2011, § 1937, Rn 13.

69 Markus Plantholz, § 14, en Utz Kraemer, Ronald Richter (ed.), *Heimgesetz. Lehr- und Praxiskommentar*, Baden-Baden, 2005<sup>2</sup>, p. 175.

70 [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk19980703\\_1bvr043498.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk19980703_1bvr043498.html).

71 Scalise, "Undue Influence", p. 68; Gunter Crö man, Saschalffland, Rainer Mangels, *HeimG Taschen-Kommentar*, Hannover, 2002, pp. 317-318.

72 <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=72a483ae8f-6c5efff8bb70a983b89953&nr=58335&pos=0&anz=1>.

73 Hartmut Münzel, "Heimbewohner und Testierfreiheit – Zur Anwendbarkeit des § 14 I HeimG aufletztwillige Verfügungen", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, p. 113.

sea posible hallar un resquicio que lo permita pese a la inicial rigidez de la norma prohibitiva.

### **C) El derecho holandés**

El nuevo Código civil holandés (BW) contiene dos normas distintas, dentro del capítulo dedicado a las inhabilidades para suceder por testamento, que merecen la atención. Se trata de los dos apartados del art. 4:59, con el matiz que introduce el art. 4:60. De acuerdo con el primer apartado del art. 4:59, los profesionales de la salud, en particular los de la salud mental, que han asistido al testador durante su última enfermedad no pueden ser beneficiados en el testamento otorgado durante dicha enfermedad o asistencia. A continuación, el apartado 2 añade la inhabilidad para suceder de quien explota comercialmente o dirige un centro geriátrico o psiquiátrico cuando el testamento ha sido otorgado durante el ingreso. El legislador procura de este modo delimitar la relación causal entre el ingreso y el otorgamiento del testamento, no impidiendo la institución o el legado fuera del momento idóneo para la captación de la voluntad. El art. 4:60 excepciona la compensación de los servicios prestados, teniendo en cuenta el patrimonio del causante y el valor de los servicios prestados, y cuando el beneficiario es un pariente dentro del cuarto grado por consanguinidad o afinidad o el cónyuge. La sanción en caso de incurrir en inhabilidad es la nulidad de la disposición testamentaria, de acuerdo con el art. 4:60.

### **D) El derecho de California**

Otra norma interesante se encuentra en la *section 21350* del *California Probate Code*, ya que establece la invalidez, a salvo de lo que dispone la *section 21351*, de cualquier transmisión a título lucrativo –lo que incluye al testamento– a favor de (apartado 6) su cuidador (*care custodian*) realizada por un adulto dependiente. Las excepciones que enumera la *section 21351* son: (a) que el beneficiario sea un pariente, un cohabitante o una pareja de hecho registrada, o sea, los cuidadores no profesionales; (b) que el testamento –u otro acto jurídico– haya sido revisado por un abogado independiente que haya advertido al disponente de la naturaleza y los efectos del acto que se propone otorgar, que haya evaluado si el otorgante está determinado por dolo, amenazas, intimidación o influencia indebida, y firma y entrega al disponente un certificado original que acredite lo anterior conforme al formulario que contiene en el mismo *Probate Code*.

Carmel L. Bosco, viuda y sin hijos, ordenó un *trust* el 28.9.1991, que luego modificó hasta siete veces, siendo objeto de litigio la última de estas modifi-

caciones. James Foley y su novia Ann Erman, quien previamente había estado casada con un sobrino de Bosco, eran amigos desde hacía tiempo de la testadora, y la estuvieron cuidando durante su última enfermedad. La sentencia tiene por probado que Foley hacía la compra para Bosco y que Erman estaba todo el día con ella, cuidándola, cocinándole la comida, atendiendo a su higiene, incluso la íntima, haciendo la colada y suministrándole sus medicinas, y en ningún momento hace mención de que sus familiares –una hermana y sobrinos– le prestaran otros cuidados. La séptima modificación del *trust* decidida por Bosco tres días antes de su fallecimiento suponía que Foley y Erman eran beneficiarios del *trust* por partes iguales. La sentencia entiende que Foley y Erman eran *care custodians* y que, en consecuencia, la modificación del *trust* era nula en aplicación de la *section 21350*. La prueba de que Bosco era feliz con Foley y Erman y estaba bien atendida carece de valor para el tribunal, porque los beneficiarios no lograron probar la ausencia de *undue influence*.<sup>74</sup>

La aplicación práctica de una norma razonable puede llevar a resultados nefastos. La sentencia en el caso *Bernard v Foley* puede ser un ejemplo de ello, pues penaliza al buen samaritano, por supuesto si, atendiendo a los hechos que el tribunal da por acreditados, no consta que se empujara a la causante a ordenar la modificación del *trust* o, en nuestros términos, a otorgar un testamento que beneficie al samaritano. No debe haber problema en beneficiar a quien se preocupa en procurar las atenciones necesarias para la ancianidad si tal es la verdadera voluntad, aunque sea postergando a familiares que desde la lejanía se desentienden de los cuidados que requieren los mayores.<sup>75</sup> De ahí que, criticando esta sentencia, se haya propuesto modificar la definición de legal custodian para incluir en tal concepto únicamente a quienes desarrollan profesionalmente dicha actividad, en la línea del Código Civil de Cataluña o de la HeimGesetz alemana.<sup>76</sup> De otro modo el testador está limitado para recompensar a sus vecinos altruistas si tal es su deseo, lo que contraviene su libertad testamentaria si su voluntad se ha formado sin vicios.

---

74 *Bernard v Foley* (California, 2005), consultable en <http://cases.laws.com/california/california-bernard-v-foley-6-30-05-ca2-3>.

75 Sobre los derechos sucesorios vinculados al cuidado del testador en el derecho comparado véase mi trabajo "Desheredación por falta de relación familiar y libertad de testar: a propósito de la nueva causa de desheredación del art. 451-17.e del Código Civil de Cataluña", en José M. de la Cuesta (coord.) y otros, *Homenaje al Profesor Carlos Vattier Fuenzalida*, Cizur Menor, 2013, p. 1160 ss. La atención de los ancianos de salud débil dentro de la familia extensa permite liberar recursos públicos que pueden destinarse a otras finalidades, pero obviamente plantea el problema de cómo el cuidador ve recompensados sus esfuerzos. Véase, al respecto, con distintas propuestas, Izuahara, *Housing, care and inheritance*, especialmente p. 110 ss; Hendrik Hartog, *Someday All This Will Be Yours. A History of Inheritance and Old Age*, Cambridge, Massachussets-Londres, 2012; Brian Sloan, *Informal Carers and Private Law*, Oxford-Portland, 2013, p. 91 ss.

76 Kirsten M. Kwasneski, "The Danger of a Label: How the Legal Interpretation of "Care Custodian" Can Frustrate a Testator's Wish to Make a Gift to a Personal Friend", 36 *Golden Gate University Law Review*, 2010, p. 269 ss, en particular p. 283 ss.

#### 4.7. Estudio de la jurisprudencia española y valoración final

Los mecanismos que se acaban de analizar en los subapartados anteriores ponen de manifiesto que los derechos civiles españoles gozan de suficientes medios para proteger la voluntad del testador vulnerable. No es, por ello, necesario introducir ningún nuevo vicio de la voluntad como la influencia indebida. Como se ha notado, la posible captación de la voluntad del causante va ligada las más de las veces a la duda sobre la capacidad testamentaria, aparte de que existen vicios ya consagrados como el dolo o la intimidación que no dejan resquicio teórico por donde intentar deslizar una sugestión del causante que quede incólume. Además, el derecho catalán ofrece una norma específicamente concebida para los cuidadores profesionales, más flexible que las equivalentes californiana y alemana,<sup>77</sup> pues permite que el testador realice atribuciones *mortis causa* a favor del cuidador o del centro asistencial si esa es realmente su voluntad, con lo que se procura respetar al máximo la libertad de testar<sup>78</sup>. Además, debe ser posible una interpretación extensiva del precepto, para los supuestos en que el cuidador profesional no sea el beneficiario directo, pero sí lo sea un allegado suyo, en atención a la finalidad que persigue el legislador.

Otra cosa es cómo se aplique en la práctica, y lo cierto es que nuestra jurisprudencia contiene casos que realmente generan la duda sobre si ha habido o no captación de la voluntad del causante y que, por lo general, finalizan con la validez del testamento.

La SAP Ourense 30.1.2002<sup>79</sup> trata del testamento otorgado por persona de 94 años que modifica una anterior hijuela en que procedía a una partición igualitaria para sus hijas atribuyendo todo el bien en cuestión solo a una de ellas, aquella que la atendía. Argumenta la sentencia que "no se pone en duda, pese a su avanzada edad, la capacidad de D<sup>a</sup> Carmen Iglesias para otorgar el debatido testamento. El Notario autorizante, que la visitó dos veces una para hablar con ella y otra para el acto formal de otorgamiento en presencia de los testigos según refiere la actora en confesión, la estimó apta, intelectual y psíquica-

<sup>77</sup> Para una visión crítica de este precepto, véase David Horton, "The Uneasy Case for California's Care Custodian Statute", 12 *Chapman University Law Review*, 2008, p. 47 ss. Este rol del *attorney* como "Evaluation Official" es el que desempeña en Cataluña el notario, ya que interviene con funciones fiscalizadoras de la posible captación de la voluntad del testador. Al respecto, Irene D. Johnson, "Preventing Identity Theft and Other Financial Abuses Perpetrated Against Vulnerable Members of Society: Keeping the Horse in the Barn Rather than Litigating over the Cause and/or Consequences of His Leaving", 79 *University of Missouri-Kansas City Law Review*, 2010, p. 99 ss, en particular p. 115.

<sup>78</sup> Cabe traer a colación la SAP Valencia, sec. 11, 15.6.2011, JUR 392630, en un caso de persona mayor que testa a favor de su asistenta modificando el testamento anterior favorable a su primo, que razona así: "en los testamentos ha de primar la voluntad de la testadora, que siempre es prevalente (...), y la voluntad reflejada por la testadora en el testamento que se cuestiona es designar como heredera universal a la hoy demandada, bien fuera ello porque en su vejez y decadencia física se viera asistida, retribuida o no, por la Sra. Luz, bien porque, al contrario, en esos momentos de necesidad se viera desasistida y desamparada por quién había nombrado heredero cuatro años antes. En cualquier caso, frente a la presunción de capacidad de la causante, corroborada por la certidumbre de capacidad que da el Notario autorizante, tendría que haber sido el demandante, en cuanto impugnante del testamento, quién debería haber acreditado, con prueba evidente, completa e inequívoca, la merma intelectual y volitiva que dice presentaba la Sra. Adelaida al tiempo de otorgar el testamento, y la captación de voluntad que afirma realizó sobre ella la demandada para obtener con malicia el otorgamiento de un testamento a su favor".

<sup>79</sup> AC 663.

mente, para ello. La prueba testifical recibida a instancia de la demandante, en un total de diez personas especialmente cercanas a la testadora o familiares (entre ellos doña Pura G., que la cuidó en los años de enfermedad, don Manuel A. B. y su esposa doña Aurora M., tíos de ambas litigantes, doña Carmen A. B., prima carnal de los dos hermanas) afirman que la referida causante estuvo siempre lúcida, describiéndola como especialmente lúcida que sorprendía por su capacidad mental, ingenio, de excelente memoria, muy conversadora y perfectamente conocedora tanto de lo que ocurría alrededor o de lo que quería. Estos son hechos ciertos, sin que quepa hacer supuesto de la cuestión, como hace el Juzgador «a quo» sobre la genérica vulnerabilidad emotiva de una persona de avanzada edad, es en el caso concreto y particular en donde habrán de analizarse las circunstancias específicas que concurren en la vida de cada testador para poder pronunciarse sobre si su voluntad decisoria está o no viciada o lo que es lo mismo si su liberalidad testamentaria vino determinada por un falso conocimiento de la realidad que le fue provocado por el heredero beneficiado. El hecho de que doña Carmen I. P. contase con 94 años de edad cuando Notario otorgó testamento y al que le fuere presentada minuta escrita sobre su última voluntad, no puede entenderse en sí mismo que aporte indicios de un consentimiento erróneo por dolo, como tampoco cabe tildar de especial complejidad jurídica las capitulaciones integrantes del testamento en cuestión, sino que objetivamente son perfectamente comprensibles para una persona de capacidad intelectual normal y así hubo de considerarlo el fedatario autorizante al comprobar la espontaneidad de su voluntad dispositiva. No existe ni una sola prueba que apunte a que doña Carmen fuese persona de personalidad débil o tornadiza, susceptible de ser sometida su conciencia a la voluntad de otro". Tampoco se concede relevancia a un acta notarial de la hija apartada en que manifestaba su disposición a cuidar de su madre y que su hermana no se lo permitía, pues la cuidadora manifestó que cuando estaba ella sola por las mañanas con la causante esa hija tampoco la visitaba. Y concluye la sentencia: "demostrada la normalidad psíquica de la testadora, la prueba de la existencia de dolo determinante de la falsedad en la causa habría de ser concluyente aunque fuera por vía indirecta o de presunciones, que es algo más que la subjetiva sospecha. El dolo no se presume sino que ha de ser debidamente probado". En definitiva, hay suficiente capacidad natural, el testamento no es especialmente complejo y el cambio en el testamento aparece justificado por ser la beneficiaria la hija que cuidaba a la testadora.

La sentencia de la misma audiencia, ya mencionada, de 29.12.2004 ofrece un caso ciertamente comprometido. Ingresado en el hospital, el testador otorga un nuevo testamento revocatorio del anterior en que, en vez de instituir herederos por partes iguales a sus dos hijos, instituye únicamente a uno y al otro le lega la legítima estricta. La sentencia relata que el notario le reprochó lo discriminatorio que resultaría el dejar sólo a uno la mitad de la legítima estricta y el resto al otro, que si lo deseaba podría pensarlo mejor, etc., insistiendo el tes-

tador en que ello era lo que deseaba. A la vez, subraya que "el demandado es el que procede a buscar un notario a los efectos de que su padre otorgue nuevo testamento hecho que tiene lugar un día en que le corresponde por turno acompañarlo, pero manifiesta que lo hizo a petición de su padre, y tal circunstancia se la corrobora éste al Notario autorizante, insistiendo reiteradamente en su deseo de otorgar testamento en los términos recogidos. Aunque el demandado niega que conociera el contenido de la disposición testamentaria controvertida, muy probablemente tal afirmación no responda a la verdad. En tal sentido, el hecho de no aceptar el ofrecimiento de empleados de Caixa Galicia de poder retirar de la cuenta, cuando se produjo el óbito de su padre, y de acuerdo con su hermano, la mitad de la cuenta, que es lo que supuestamente le correspondería a cada uno de ellos, evitándose así el pago de impuestos sucesorios, es claro indicio de que sabía que le correspondía mucho más de dicha mitad, o, al menos, se lo suponía; pero ello, evidentemente, podrá ser todo lo reprochable que se quiera en el orden moral, pero en sí mismo no evidencia una actuación previa constitutiva de dolo o fraude. Algo semejante puede decirse de la extraña transferencia del padre a favor del demandado, quien encarga a la gestoría Casal la tramitación de la transferencia del vehículo uno o dos días antes del fallecimiento del testador, declarando el demandado que le pagó en metálico. Al respecto, cabe afirmar que en absoluto se prueba el pago del precio, puesto que aunque éste se hubiera hecho en metálico, hecho insólito e inverosímil dado el estado del enfermo, es claro que existen múltiples formas de acreditar su pago, lo que no se hizo". Este relato fáctico demostrativo de la ausencia de motivos para reducir la participación de uno de los hijos a la legítima estricta no es suficiente para entender acreditado el dolo: "no se estima probada la concurrencia de una maquinación dolosa de éste que implicara captación o sugestión de la voluntad paterna, ni indicios de violencia o intimidación determinantes de una situación de temor en el padre que le hubiera inducido a cambiar disposiciones testamentarias precedentes". El tribunal pone el énfasis en la libertad de testar: "Uno de los dogmas fundamentales del derecho sucesorio es el de la primacía de la voluntad del testador, en tanto en cuanto es titular exclusivo de la facultad de disponer libremente de sus bienes, con la única obligación de respetar los derechos de los legitimarios. En definitiva, el causante es soberano para disponer, después de su muerte, de su patrimonio según estime conveniente". Con todo, quizá los magistrados no debieron quedar satisfechos ante el hecho de la intervención del hijo en el otorgamiento del testamento –ya sabemos que en el derecho norteamericano este elemento sería determinante de la *undue influence*– y, por ello, decidieron no hacer imposición de costas pese a la desestimación.

LA SAP Málaga 10.2.2005<sup>80</sup> no estima la existencia de dolo en la modificación del testamento instituyendo como única heredera solo a una de las institui-

---

80 JUR 45525.

das en el anterior al hallar una explicación para tal cambio: "concurren en las actuaciones una serie de factores que contribuyen a justificar el cambio de las disposiciones testamentarias, pasando de ser dos las instituidas como herederas a solamente una de ellas, la ahora demandada apelada, ya que ésta es la persona que convivió con la testadora en su propio domicilio durante bastante tiempo, en tanto que la actora, por el contrario, había perdido todo contacto con la misma en un período dilatado de nueve meses, siendo de resaltar, por otro lado, que la expresión «fraude» que se utiliza en el artículo 673 del Código Civil citado como vulnerado por la recurrente, según doctrina mayoritaria, responde junto con el «dolo» a matices de un mismo vicio de consentimiento, con fundamental sinonimia, siendo incluibles ambas manifestaciones en la fórmula del artículo 1268, consistiendo, en definitiva, en palabras o maquinaciones insidiosas mediante las cuales es inducida una persona a otorgar el testamento que sin ellas no habría dispuesto, o bien con el artificio o empleo para impedir al causante la libre testamentación, vicios del consentimiento que, como se viene diciendo, no son de apreciar en el caso en atención a las circunstancias hasta aquí analizadas, ya que, al igual que sucede con la negociación contractual, el dolo o fraude requiere una prueba cabal y cumplida de su existencia, sin que basten meras presunciones, a lo que debemos añadir que la edad avanzada de la causante testadora no es por sí sola causa determinante de su falta de capacidad". De nuevo la concurrencia de una razón explicativa de la modificación del testamento resulta un elemento clave de la resolución judicial.

La también citada anteriormente SAP Coruña 18.3.2009 se ocupa de otro caso de revocación de testamento con reparto igualitario por uno en que una de las hijas es tratada de forma desigual. La sentencia analiza cuidadosamente los hechos y, aparte de señalar que la testadora iba mutando su testamento en función de las relaciones que mantenía con sus hijos, y recalcar su capacidad testamentaria y de decisión, encuentra una justificación al contenido testamentario, cual es que la hija "al conocer el contenido del testamento otorgado por su madre en Pontedeume que la finca y casa de La Graña no iba a ser para ella, decidiese levantar el cierre de la finca de su propiedad en la colindancia con la de su madre, lo que produjo un profundo disgusto de la madre, (...), y así reconoce abiertamente su enemistad y alejamiento de su hija en el acto del juicio de la acción de tutela sumaria de la posesión, sin que se aprecie personalidad débil susceptible de ser sometida su conciencia a la voluntad de otro", por lo que no se entiende acreditado que concurra "prueba plena de la existencia de artificios dirigidos por terceros para desviar la libre determinación de las decisiones de la testadora de tal importancia o calibre que sean perturbadores de la libertad y plena autonomía de efectuar sus disposiciones de última voluntad".

De nuevo el reparto desigual, con dos hijas a quien se atribuye la legítima estricta, conforma el supuesto de hecho de la SAP Ávila 13.12.2012.<sup>81</sup> Tras la consabida definición del dolo testamentario ("maniobras o artificios que llegan a anular la voluntad del testador, como pueden ser la sugestión y la captación, entendida como una modalidad del dolo causal dirigido a excluir a una persona de la sucesión; o bien que se consiga desviar la voluntad del testador, haciéndole testar en un sentido distinto y como lo hubiera hecho sin intervenir el artificio"), la sentencia lapidariamente se limita a afirmar que no hay prueba del dolo. De manera semejante, la SAP Vizcaya 24.2.2002<sup>82</sup> había rechazado la alegación de la "captación o influencia" por parte de la segunda esposa del testador, sin realizar especial hincapié en la cuestión.

En la antes citada SAP Álava 5.7.2012, el testador es una persona soltera cuyos únicos parientes son un hermano que vivía en Barcelona y dos hermanos residentes en Vitoria con los que no mantenía relación. En su testamento, además de la familia de Barcelona, beneficiaba a una persona extraña, que la demandante de nulidad del testamento afirmaba que se dedicaba a sugestionar personas ancianas. La documental médica no revela ningún trastorno psíquico, sino alguien bien orientado y capaz de conversar abiertamente. Tampoco consta que la familia de Barcelona lo acompañara cuando acudió a la notaría para testar, por lo que no se aprecia ningún motivo para declarar la nulidad del testamento.

El supuesto de hecho de hecho de la SAP Madrid 14.2.2013<sup>83</sup> viene configurado por el matrimonio en 2008 de la causante tras serle diagnosticado un cáncer de pulmón y el otorgamiento posterior de testamento y de diversas donaciones al marido en detrimento de la hija. La sentencia pone el énfasis en "la conformidad a derecho tanto del testamento como formalmente las donaciones efectuadas, y la inexistencia de prueba alguna de que la causante sufriese, más allá de la influencia anímica por el diagnóstico llevado a cabo, un deterioro psíquico que afectase a su capacidad volitiva o cognitiva en orden a viciar de manera significativa su consentimiento en las operaciones llevadas a efecto. Tal y como pone de relieve la sentencia combatida, de las pruebas testificales practicadas no se desprende que, más allá de un comportamiento calificado como raro o sorprendente, existiese ese deterioro psíquico de suficiente entidad, y no cabe deducir sin más, como pretende la demandante, que los acontecimientos producidos fueron impulsados por la actividad desplegada por la actora tendente a su propio exclusivo beneficio en detrimento de los derechos de la demandante". Subyace latente nuevamente la concurrencia de un motivo justificador del testamento, cual es el matrimonio de la causante y, cabe deducir, la mala relación de la hija con el nuevo consorte.

---

81 JUR 2013\33396.

82 JUR 2003\97761.

83 JUR 158306.

La SAP Coruña 2.3.2012<sup>84</sup> contempla el supuesto de los testamentos otorgados por un matrimonio en que se desheredaba a la hija adoptiva –incluso se intentó más tarde la declaración de nulidad de la inscripción marginal de adopción por no haberse completado esta– e instituyendo a un sobrino de la esposa. Ante la alegación de la captación de la voluntad por el sobrino, la respuesta de la sentencia es contundente: “Los causantes no mantenían relación alguna con su hija adoptiva desde hacía más de 30 años, pese a que vivían cerca. No los atendió para nada en su ancianidad. Tuvo que hacerse cargo don Conrado. Hasta el punto de que es él quien los atiende, los lleva al hospital, permanece con ellos cuando están ingresados, y finalmente pasan los últimos años en su casa y bajo sus cuidados. Es más, doña María Cristina reconoció que ni se había enterado de cuándo habían fallecido”. Para el tribunal, es perfectamente explicable, por razones de confidencialidad, que los testamentos se otorgaran en notaría de localidad distinta de la de su residencia, y la pretendida prueba testifical se califica de “meras expresiones de dudas malintencionadas por una endémica desconfianza”.

En la SAP Barcelona, secc. 19, 22.3.2012, de nuevo una hija es desheredada a favor de su hermano. Aunque se alega la posible captación de voluntad por tratarse de una persona vulnerable, con algunos déficits en sus funciones cognitivas, la sentencia de desarrolla por el cauce de la capacidad testamentaria y no halla motivos suficientes para la anulación del testamento. Por otra parte, encuentra una justificación a la mutación de la voluntad de la causante, que en dos años otorgó hasta tres testamentos, por las desavenencias surgidas con su hija, que esta incluso llegó a airear en un programa de televisión.

Un supuesto similar es el de la SAP Toledo 20.5.2013.<sup>85</sup> Los causantes convivían con la hija beneficiada en el testamento y otorgaron el testamento en casa, principal argumento de la presencia de dolo. La sentencia rechaza la captación de voluntad, manifestando que una tal percepción conduciría a la nulidad de los testamentos de personas ancianas que convivan con uno de sus hijos al que por agradecimiento, por cariño o por un sentimiento subjetivo de justicia deciden premiar en su herencia, todo ello cuando la Ley no limita la edad para testar ni obliga a beneficiar a todos los hijos por igual, a salvo legítimas. Además, se hace un esfuerzo por delimitar el dolo invalidante del testamento: “para que dicho dolo pueda determinar la nulidad del testamento, que sea calificable de dolo grave en su aptitud para desviar la voluntad del otorgante, excluyéndose las acciones capaces de ganarse la voluntad del testador como el cuidado o atención especial al mismo o comportamientos cariñosos. Es preciso por último para que el testamento pueda considerarse nulo y viciada la disposición testamentaria que la voluntad del otorgante emitida sin la natural libertad lo sea precisamente por causa de la influencia

---

84JUR 113216.

85 Id Cendoj: 45168370012013100195 ([www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)).

insidiosa. En el concepto reseñado caben toda serie de astucias dirigidas a conseguir tal resultado si bien este dolo no opera sino mediante el ejercicio de la acción específica dirigida a su declaración, que no puede prosperar sin una cumplida prueba por parte de quien alegue la concurrencia del dolo, pues el principio favor testamenti supone la presunción de validez del testamento otorgado que solo puede desvirtuarse por prueba rotunda y contundente". Entre líneas puede inferirse que hay una justificación, siquiera subjetiva, para la modificación del testamento anterior con reparto igualitario entre los hijos, lo que impide apreciar la concurrencia de dolo, más aun cuando no hay discusión sobre la capacidad testamentaria.

La testadora de la SAP Barcelona 17.5.2010<sup>86</sup> presentaba, además de una edad avanzada, una salud frágil, pese a lo cual fue conducida por la demandante y principal beneficiada en el testamento anterior al pueblo donde solía pasar los veranos y en que residían también los demandados, que contrataron una cuidadora para la causante y que resultaron agraciados con el grueso de la herencia en un testamento notarial otorgado ese verano. El hecho de que fuera acompañada al pueblo por la demandante es un factor clave para el tribunal: "desdibuja el dolo denunciado, toda vez que no fueron los demandados quienes atrajeron a la causante al pueblo y el hecho que la visitaran frecuentemente, como en otras ocasiones, no hace presumir la existencia de maquinación alguna. Incluso si en las visitas, a pesar de no haberse probado por la incomparecencia de la cuidadora, ésta era invitada a salir de la habitación, la conclusión sería la misma, toda vez que cualquier persona tiene derecho a su intimidad".

Un caso en que la alegación de dolo captatorio se vuelve contra quien lo alega lo proporciona la SAP Baleares 9.11.2010.<sup>87</sup> La pericial manifiesta que la testadora era efectivamente susceptible de ser influenciada, pero advierte la sentencia que "el perito se limita a enunciar una hipótesis y, por lo demás, no se sabe si el testamento, en el que favorece a su sobrina demandada, fue fruto de la influencia de ésta o, más bien, reacción frente a la influencia sobre su voluntad pretendida por el sobrino actor. Así, en el interrogatorio de parte la codemandada doña Teodora, quien durante veintitrés años fue la sirvienta de la testadora, manifestó que era su sobrino Carlos Miguel, el hoy actor, quien le llevaba las cuentas, que le acompañó varias veces a la notaría, que Carlos Miguel nunca estaba conforme y discutía con su tía y le gritaba, y que incluso le amenazó con que no iría al cielo, lo que provocó en doña Crescencia gran desazón que le llevó a hacer una consulta al respecto a su confesor". Por consiguiente, la impugnación es desestimada.

---

86 Id Cendoj: 08019370142010100309.

87 AC 2011/666.

La testadora de la SAP Valencia 26.11.2011<sup>88</sup> revocó su testamento en que instituía a su hija, desheredándola y nombrando heredero a un conocido que la visitaba con frecuencia, y que la sentencia indica que era testigo de Jehová. Nuevamente se desestima la demanda, porque no se induce, "al no haber presencia personal de los testigos de ello, maquinación alguna del demandado para hacer cambiar las relaciones de la actora con su madre ni para que ésta por ello cambiara su inicial testamento del año 2002 , en la medida de que esas relaciones materno-filiales no buenas desde antiguo las reconoció dicha actora y, si bien pudieron empeorar a raíz de iniciar los cuidados de la misma dicho demandado y en el curso de éstos también hubo momentos de empeoramiento de las de éste con la causante que le llevaron a denunciarlo sin condena alguna, ello no supone la realidad de hechos o cadena de hechos que al unísono envuelvan esa maquinación intencionadamente dirigida a mover en determinado sentido la voluntad del testador". Se trata de una distribución de riqueza que podríamos denominar "no natural" al beneficiar a un extraño, además, y como nota expresamente la sentencia, con un tinte religioso, y sin embargo no se cuestiona la validez del testamento.

Hay también alguna sentencia en que la beneficiada por el testamento es la cuidadora. Merece especial atención la SAP Alicante 30.5.2012.<sup>89</sup> La testadora, que vivía sola y había testado a favor de su hermano, acudió a los servicios sociales de su ayuntamiento para que le proporcionaran una cuidadora. Se reconoce en la sentencia que "[c]iertamente resulta extraño a la Sala que en el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 2010, fecha en la que el Ayuntamiento de la localidad de Jávea designa a la asistente social, la demandada Doña Inés para la atención de Doña María Antonieta, hasta el fallecimiento de ésta en 24 de septiembre de 2010, poco más de un mes, la citada Sra. María Antonieta cambiara el testamento que había hecho en fecha 26 de mayo de 2009 en el que legaba a su hermano, el demandante. En este último testamento, "lega a Doña Inés, nacida el (...) de 1975 en Palmira Valle (Colombia) todos los bienes, derechos y acciones que la testadora tenga en España, bajo la condición que la cuide y asista hasta el momento de su fallecimiento". Entre los motivos de la impugnación se cuenta la existencia de dolo destinado a captar la voluntad de la causante. La sentencia solo entiende probado que la cuidadora empezó trabajando tres horas por semana pero fue aumentando su presencia hasta quedarse a dormir, y aunque a veces la sustituía su hija y a pesar de alguna declaración testifical en el sentido de que quizá no estaba suficientemente bien atendida, y tiene por acreditado el cumplimiento de la condición, sin que considere que hay prueba ni tan solo indiciaria de dolo. El conflicto se plantea, pues, entre un hermano y una extraña; no parece que con el hermano existiera una relación muy intensa, puesto que la testadora acudió

---

88 JUR 2013\60221.

89 Id Cendoj: 03014370062012100279.

a los servicios sociales públicos para procurar su cuidado, pero por otro lado se testa a favor de una persona a la que se conocía desde tan solo hacía un mes.

Hasta ahora solo se han reportado sentencias que desestiman las demandas de nulidad del testamento negando la existencia de dolo. En sentido contrario cabe destacar la SAP Sevilla 14.2.2005,<sup>90</sup> que sí entiende acreditada la captación de la voluntad de la testadora por el hijo beneficiado en el testamento. La prueba parece en verdad contundente: "La empleada doméstica Doña Paula, con asistencia diaria en la casa de Doña Mariana, atestiguó que la misma consumía, prácticamente, una botella diaria de ginebra, que se compraba por cajas, y que padecía de alucinaciones, en cuanto decía ver a personas difuntas y que, con igual ignorancia del testamento, había oído a Doña Mariana que de puertas adentro era para Raquel. Con igual desconocimiento del contenido del testamento testifica Doña María Rosario, amiga y visitante asidua de Doña Mariana en el sentido de que ésta se encontraba dominada por su hijo Don José Pablo, de cuyo testamento sí conocía que se difería en veinte años. El administrativo Don Manuel, con igual adveración del referido consumo alcohólico, manifestó que el testamento fue una sorpresa para todos porque Doña Mariana pregonó siempre la igualdad entre sus hijos y, el conductor Don José Augusto, reiterando lo anterior dijo que era el encargado de comprar la Ginebra, con el consumo de una botella diaria y que Don José Pablo tenía atemorizada a su madre y hablaba de testamentos en el sentido de que hasta veinte años no se cogería nada. Por último el vecino de planta Don Juan Ignacio, testifica que Don José Pablo controlaba las visitas de su madre Doña Mariana y le comentó que él y su madre habían hecho un testamento "sibilino". Además, el médico personal corroboró el alcoholismo. La sentencia no menciona la palabra "dolo", aunque reconoce la captación de la voluntad y la ausencia de suficiente capacidad natural por el alcoholismo crónico y su afectación de las capacidades volitivas e intelectivas de la testadora.

Puede concluirse, a la vista de las anteriores sentencias, lo siguiente:

Quando el conflicto se plantea entre quienes son legitimarios –el causante otorga un testamento que rompe la repartición igualitaria de la legítima para beneficiar más o en exclusiva a uno de sus descendientes–, el tribunal queda satisfecho y no estima la concurrencia de captación de la voluntad testamentaria si halla una justificación a la revocación del testamento, sea en forma de malas relaciones con el hijo o hija apartados, sea porque el beneficiado ha cuidado al causante en su última enfermedad, etc. Si no se aporta esa justificación, la sentencia puede ser estimatoria. Cuando las personas en conflicto no son legitimarios –por ejemplo, sobrinos, hermano y cuidadora– los tribuna-

---

90 Id Cendoj: 41091370062005100164. Comentada por Tomás Rubio Garrido, en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 24, 2010, p. 269 ss.

les españoles suelen conceder primacía a la voluntad testamentaria expresada en el testamento, aunque el testamento presente dudas en atención a las circunstancias concurrentes.

El panorama, tras el análisis de las sentencias españolas que han abordado el tema, es completamente opuesto al norteamericano. Puede afirmarse que la anulación de un testamento basada exclusivamente en el dolo –o, lo que es lo mismo, en la sugestión o captación de la voluntad de un testador vulnerable– es harto improbable, salvo que se trate de un abogado, si tomamos como referencia la SAP Lleida 4.4.2013 con que se ha iniciado este capítulo, por lo que parece, o que suscite un conflicto entre legitimarios sin que concurre una razón explicativa suficiente a juicio del tribunal para el trato desigual deparado por el causante.<sup>91</sup> Sobre la base de la intimidación apenas puede computarse un par de sentencias. Mejor suerte ha merecido la vía de la falta de capacidad de obrar, pero siempre que esta sea notoria, es decir, o bien con un alcoholismo grave cercenador de la capacidad volitiva, o con enfermedades que provocan una pérdida sensible de facultades intelectuales. Lo que parece evidente es que la demanda impugnadora tiene mayores posibilidades de éxito si se combinan varios elementos: el incumplimiento, ni que se parcial, de alguna solemnidad con síntomas de merma en la capacidad natural suele terminar en una estimación de la nulidad. Los tribunales españoles tienden a decantarse por la eficacia del testamento, tal vez por el peso de la idea del *favor testamenti*. Como punto de partida, no es criticable, y de hecho el fallo de la mayoría de sentencias es razonable. En efecto, parece preferible, ante la duda, inclinarse por la eficacia del testamento, pues este enfoque es el más respetuoso con la libertad de testar, incluso aunque alguna vez pueda existir el temor de que quien ha captado la voluntad de un testador vulnerable se lleve el premio de la herencia. La sentencia del *Hoge Raad* de 10.12.2010 relativa al art. 4:953 del viejo Código civil neerlandés en un caso en que se debatía si la inhabilidad para suceder antes examinada afectaba a un médico, reprochó a la sentencia de instancia que protegía más la libertad de testar en abstracto que al paciente/testador del caso en cuestión,<sup>92</sup> y el mismo reproche podría formularse a alguna de las sentencias de nuestra jurisprudencia que antes se han mencionado. Como ya se ha dicho en otro lugar de este libro, el papel del notario es fundamental, pues él puede detectar si el testador está sometido a alguna presión o sugestión; una entrevista a solas con preguntas sobre el contenido de su testamento y las razones de ese contenido pueden aflorar la existencia de una voluntad captada. Los tribunales norteamericanos, en cambio, en un sistema sin legítima a favor de los descendientes, son mucho

---

91 También en los países de *common law* donde la *undue influence* es de interpretación menos extensiva (Inglaterra o Nueva Zelanda) es difícil que se anule un testamento por esta causa cuando el favorecido es un hijo que estaba viviendo al causante, salvo que concorra coacción; véase Sloan, *Informal Carers*, p. 225 ss, y Gary M. Harrison, "Undue Influence. An Issue of Presumption", *NZ Lawyer*, 2010, nº 141.

92 "Ten onrechte heeft het hof dus de bescherming van de testeervrijheid als ratio van die bepaling vooropgesteld, in plaats van de bescherming van de patiënt/testateur", tomada de la transcripción de A.J.M. Nuytinck, "Lijdenaan het leven", *Ars Aequi*, nº 60, 2011, p. 131 ss.

más proclives al reparto igualitario y a que los bienes queden para la familia; podría decirse que por la vía de la impugnación del testamento por *undue influence* garantizan la legítima en un sistema que la desconoce. En todo caso, lo que sí ha quedado meridianamente claro es que los derechos civiles españoles disponen de suficientes resortes para proteger al testador vulnerable, y que los tribunales se muestran dispuestos a aplicar dichos mecanismos en los casos que deben dilucidar. Y este es un resultado mucho más venturoso que el que ofrece el derecho norteamericano, que aparenta ser el paradigma de la libertad de testar pero que, sin embargo, en realidad la coarta con pronunciamientos con frecuencia más morales que jurídicos como ha denunciado la doctrina de aquel país.



# La Constitución Económica del Ecuador

**Jaime Vintimilla Saldaña**

## **Resumen**

Desde 1929, se empiezan a establecer en las constituciones ecuatorianas, ciertos aspectos que muestran la tendencia normativa referente a la regulación y control de la economía, donde el debate entre modelo y sistema económico constitucional no ha estado exento así como las relaciones entre las empresas privadas y públicas. La esencia de la constitucionalización de la economía es obtener equilibrio entre la intervención estatal y la defensa de los derechos de los ciudadanos. Desafortunadamente, muchos derechos han pasado a la intervención estatal en nombre del interés general o interés público.

**Palabras claves:** constitución económica, planificación, principios económicos, sistema económico.

## **Abstract**

Some particular issues are included since 1929 within the Ecuadorean constitutions and they show the normative tendency that has to do with regulation and control of the economy where even though the debate among constitutional economic model and constitutional economic system is not absent as well the relationships between private corporations and public ones. The essence of the constitutionalization of the economy is to obtain equilibrium among the state intervention with the defense of citizen rights. Unfortunately, many rights have the burden of the state intervention in the name of general interest or public interest.

**Key words:** economic Constitution, economic planning, economic principles, economic system.

Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Diplomado Superior en Manejo de Conflictos por la Universidad Técnica Federico Santa María y Universidad de las Américas, Máster en Derecho, Empresa y Justicia por la Universitat de Valencia, España. Profesor en la Universidad San Francisco de Quito, árbitro y mediador.

## Sumario

**I.** Introducción. **II.** ¿Qué significa constitución económica? **III.** Modelo o sistema. **IV.** Principios económicos liberales. **1.** Propiedad privada e igualdad. **2.** Libertad de empresa. **3.** Libre Competencia. **V.** Principios económicos intervencionistas. **1.** El Estado Providencia. **2.** La Planificación. **2.1** Planificación del Desarrollo. **2.2** Planificación económica. **VI.** Principios económicos solidarios.

### I. Introducción

El concepto de constitución económica nace en la doctrina alemana,<sup>1</sup> aunque también se le conoce como Derecho constitucional económico<sup>2</sup> o Derecho económico constitucional.<sup>3</sup> Además existe una tendencia para denominarlo derecho económico (*wirtschaftsrecht*),<sup>4</sup> pero una vez que la economía se incorpora a la Carta Magna o se regula por el derecho constitucional pasa a identificarse con la naturaleza ya descrita, es decir, la economía se transforma en un tema constitucional.

Precisamente, este asunto ha cobrado importancia en diversas áreas especializadas del Derecho<sup>5</sup> y, en concreto, en materia constitucional, se habla de la constitucionalización de la libre empresa<sup>6</sup> o de constitucionalismo económico.<sup>7</sup>

Así mismo, existen críticos de este concepto al cual se lo cataloga como un epígrafe vacío, ya que nadie sabe a ciencia cierta qué quiere decir constitución

---

1 Herrero R. de Miñón sostiene que la denominación es acuñada por un autor alemán, Beckerath, en 1932 en el homenaje al gran economista y sociólogo Sombart. También se designa a una serie de preceptos de las Constituciones posteriores a 1917 donde se tratan cuestiones económicas y se advierte la intervención del Estado en la economía para posibilitarla, para orientarla y para limitarla. Véase Herrero R. de Miñón, M., "La Constitución económica", en Alvarez Conde, E. (editor), *Diez años de Régimen Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 23.

2 Leguizamón Acosta, W., *Derecho Constitucional Económico*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2000, p. 35 a 46.

3 Morales Alzate, J., *Manual de derecho económico constitucional*, 3ª. ed. ampliada, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2000, p. 49 a 156.

4 Guzmán, M., *Derecho económico ecuatoriano I*, Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar, Serie "Estudios Jurídicos", Volumen 11, Quito, 1996, p. 19 a 32. Por su parte, José Vicente Troya define al Derecho Económico como el ramo jurídico que estudia la intervención del estado en la economía. Véase Troya, J., *El Modelo Económico, Financiero y Tributario de la Constitución del 2008*, en [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-economico/19a34\\_elmodeloeoc.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-economico/19a34_elmodeloeoc.pdf), p. 20. (Fecha de visita: 7 de abril de 2014).

5 En constituciones como la colombiana y la ecuatoriana se habla de diversos sistemas económicos y la denominada *constitución económica* de un país está formada por los preceptos constitucionales que habilitan, orientan y limitan la acción económica del Estado. En este caso, se nos indica que, además del sistema resultante del reconocimiento de la propiedad privada y la libertad de empresa (el modelo capitalista), debe garantizarse también la existencia de otro modelo diferente a aquél, el modelo económico característico de las comunidades indígenas. Véase Flores Giménez, F., "Líneas Básicas de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y los Derechos Indígenas", en Borja Jiménez, E., coordinador, *Diversidad cultural: Conflicto y Derecho. Nuevos horizontes del derecho y de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, Valencia, 2006, p. 250.

6 Rubio Llorente, F., "La Libertad de empresa en la Constitución", en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, p. 431.

7 Bassols Coma, M., *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985.

económica.<sup>8</sup> En todo caso, se advierte que la paulatina constitucionalización de las materias económicas y fiscales constituye un hecho relativamente reciente<sup>9</sup> que se sujeta a cambios incesantes. En este sentido, debe advertirse además que el mercado, la libre empresa y la defensa de los derechos de los ciudadanos han provocado la necesidad de mantener, reformar e incorporar diversas y nuevas fuentes jurídicas al Derecho económico, pues han cobrado importancia, ya sea porque se complementan, ya sea porque colisionan, aquellas normas del denominado *Soft Law* o derecho blando, las de autodisciplina o autorregulación y las normas mixtas donde confluyen lo público y privado. Seguramente a causa de este fenómeno se dice que el desarrollo por el sistema económico financiero de las funciones que le son propias es el resultado, no siempre plenamente alcanzado, de una decidida acción normativa que se basa en un sistema de fuentes ciertamente complejo.<sup>10</sup>

En suma, se observa que la constitución económica considera reglas básicas que pueden agruparse en tres apartados fundamentales: a) elementos esenciales que permiten configurar un sistema económico determinado o reglas sobre el sistema económico, b) reglas de coordinación y limitaciones de la actividad económica o reglas de coexistencia entre los sectores privado y público, y c) reglas sobre comportamiento de los agentes públicos o coordenadas básicas de actuación de los poderes públicos en la actividad económica.<sup>11</sup>

En consecuencia y ante la complejidad de la regulación constitucional de la vida económica de cada país, el presente ensayo busca mostrar la estructura del régimen constitucional económico ecuatoriano que se define o califica como social y solidario.<sup>12</sup>

## II. ¿Qué significa constitución económica?

En principio, la idea de "Constitución económica" aparece, a partir de la primera guerra mundial, y, sobre todo, de la segunda, para referirse a un grupo de preceptos constitucionales que poseen la función de habilitar, orientar y limitar la acción económica del Estado. Es decir, desarrolla tanto el tema del

8 Herrero R. de Miñón, M., "La Constitución económica", op. cit., p.23.

9 Casas Pardo, J., y Fernández Cainzos, J., "Las constituciones económica y fiscal en la constitución española de 1978", en Alvarez Conde, E. (editor), *Diez años de Régimen Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 30. Empero, otros autores sostienen que la constitucionalización de la economía, es un fenómeno jurídico de larga data, ejemplo de ello lo reflejan las constituciones de Weimar de 1919, Querétalo de 1917 y España de 1931. Véase Gutiérrez, G., "Marco económico constitucional ecuatoriano", *Iuris Dictio*, Año X No. 12, Octubre 2009, p. 14.

10 Cortés, L., y Sala, A., *Lecciones de Contratos y Mercados Financieros*, Ed. Thomson/Civitas, 2004, páginas 33 y 35.

11 Casas Pardo, J., y Fernández Cainzos, J., "Las constituciones económica y fiscal en la constitución española de 1978", op. cit., p. 35 a 39.

12 El artículo 283 de la constitución del Ecuador está ubicado en la sección primera que explica el sistema económico y política económica, capítulo cuarto que determina la llamada soberanía económica, del título IV que trata del régimen de desarrollo. Esta norma dispone que el sistema económico es social y solidario.

intervencionismo estatal como el de economía mixta, en la cual conviven los sectores público y privado.<sup>13</sup>

Por su parte, se habla en sentido formal y estricto que la constitución económica se refiere a aquel conjunto de normas constitucionales que consagran los principios y reglas por los que ha de regirse la actividad económica desarrollada por el Estado y los ciudadanos.<sup>14</sup>

En definitiva, la constitución económica tiende a la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no sólo están implicados los ciudadanos, sino también, y de forma creciente, el propio Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica.

Al respecto, uno de los desafíos más importantes del Derecho económico consiste en equilibrar la intervención económica o reguladora de los estados y los principios de la libre empresa o libertad económica,<sup>15</sup> pero para ello será necesario desterrar tanto el permisivismo ya añejo del mercado como el intervencionismo intolerable del estado<sup>16</sup>.

En materia económica y hasta 1998, la legislación ecuatoriana no demuestra coherencia y menos sistematización.<sup>17</sup> Sin embargo, la constitución de 1998 expresa que el

Ecuador goza de un sistema de economía social de mercado.<sup>18</sup> En cambio, la constitución de 2008 determina que el sistema económico es social y solidario (Artículo 283 CE) y se lo puede definir en base a tres principios organi-

---

13 Satrústegui, M., "Derechos de ámbito económico y social", en López Guerra, L., Espín, E., et alie, *Derecho Constitucional, Volumen I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 380.

14 Menéndez, A., *Constitución, Sistema económico y Derecho mercantil*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1982, p. 29.

15 Gutiérrez, G., "Marco económico constitucional ecuatoriano", *Iuris Dictio*, Año X No. 12, Octubre 2009, p. 14.

16 Alzate Montes, C., "Prólogo", en Morales Alzate, J., *Manual de derecho económico constitucional*, 3ª. ed. ampliada, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2000, p. 19.

17 Guzmán, M., *Derecho económico ecuatoriano I*, op. cit., p 70. Sin embargo, autores ecuatorianos como Troya y el mismo Guzmán indican que en el país, las constituciones de 1929, 1945, 1946, 1967, 1979 y de 1998, consagran sendos articulados al ámbito económico. Véase Troya, J., *El Modelo Económico, Financiero y Tributario de la Constitución del 2008*, op. cit., p. 21. También se puede consultar Mancero, A., *La constitución económica del Estado ecuatoriano y las nuevas condiciones de la economía mundial*, UASB/ Konrad Adenauer, Quito, 1997.

18 El artículo 244 de la constitución de 1998 textualmente decía: "Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: 1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones. 2. Formular, en forma descentralizada y participativa, planes y programas obligatorios para la inversión pública y referenciales para la privada. 3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen. 4. Vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y Regularlas y controlarlas en defensa del bien común. Se prohíbe el anatocismo en el sistema crediticio. 5. Crear infraestructura física, científica y tecnológica; y dotar de los servicios básicos para el desarrollo. 6. Empezar actividades económicas cuando lo requiera el interés general. 7. Explotar racionalmente los bienes de su dominio exclusivo, de manera directa o con la participación del sector privado. 8. Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el incumplimiento de las normas de calidad. 9. Mantener una política fiscal disciplinada; fomentar el ahorro y la inversión; incrementar y diversificar las exportaciones y cuidar que el endeudamiento público sea compatible con la capacidad de pago del país. 10. Incentivar el pleno empleo y el mejoramiento de los salarios reales, teniendo en cuenta el aumento de la productividad, y otorgar subsidios específicos a quienes los necesiten.

zativos: capitalista, intervencionista o de economía dirigida y de producción solidaria.<sup>19</sup>

En este sentido, parte de la doctrina ecuatoriana ha aceptado el concepto de constitución económica europeo y se refiere a aquellos principios y normas de jerarquía constitucional que se ocupan de determinar el sistema económico del país, del régimen de propiedad de los bienes de producción, de las funciones y límites que se fijan a la intervención del Estado en la economía, organización social y cultura y de los medios de que debe valerse para lograr la garantía y goce efectivo de los derechos de las personas.<sup>20</sup>

No obstante, en la actualidad se habla de soberanía económica y lo que se busca afirmar es que el mercado no es el único elemento del desarrollo sino que debe mantener una relación e interacción con el Estado y su población o sociedad. Además se defiende la tendencia que tanto el Estado como el mercado tienen responsabilidades a favor de las personas u comunidades y no viceversa (ni neoliberalismo, ni comunismo)<sup>21</sup>.

### III. Modelo o sistema

A la realidad normativa de otorgar forma jurídica a una estructura económica se le suele denominar indistintamente como sistema o modelo. En consecuencia, no hay un escenario doctrinario pacífico, empero, existen autores que prefieren usar la frase "sistema económico", entendido estructuralmente y no como un mero reflejo de la bipolarización entre capitalismo y socialismo, pues permite detectar y relacionar los diversos componentes jurídicos, técnicos, geográficos, organizativos, psicológicos, mecanismos decisionales, etc., que caracterizan el desarrollo de la actividad económica en una determinada sociedad<sup>22</sup>.

En cambio, "modelo económico" hace alusión a valoraciones cuantificables del comportamiento de los elementos económicos que, al transferirse al lenguaje jurídico, se desnaturaliza su funcionamiento conceptual y en ocasiones se pretende presentar como tipos ideales axiológicos que forzosamente en alguna de sus variantes debe reflejar o imponer la Constitución como un *statu quo*<sup>23</sup>.

En el campo constitucional se realiza la división entre constituciones neutras y constituciones de modelo económico así se puede diferenciar a aquellas

---

19 Leguizamón Acosta, W., *Derecho Constitucional Económico*, op. cit., p. 49 y siguientes. También Gutiérrez, G., "Marco económico constitucional ecuatoriano", op. cit., p. 11.

20 Trujillo Vásquez, J., "La Constitución económica, más allá del neoliberalismo", Foro: Revista de Derecho, 7 (I Semestre), 2007, p. 112.

21 Pérez Ruales, N., "Hacia un nuevo modelo de desarrollo", en Avila, R., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, 1ª. ed., Serie Justicia y Derechos Humanos: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 208 y 209.

22 Bassols Coma, M., *Constitución y sistema económico*, op. cit., p. 17 y 18.

23 Ídem, p. 17.

constituciones que como la española contienen los principios básicos de la actividad económica como medio para garantizar la subsistencia del sistema de economía de mercado<sup>24</sup>. Además, la constitucionalización del sistema de economía de mercado tiene como consecuencia inmediata que haya de reconocerse inexcusablemente el interés público en que el mercado funcione bien, o sea, de acuerdo a sus propias reglas técnicas dirigidas a salvaguardar el proceso de interacción entre una inmensa multitud de personas<sup>25</sup>.

En la realidad ecuatoriana se habla indistintamente de modelo económico<sup>26</sup>, sistema económico<sup>27</sup>, régimen económico<sup>28</sup> y soberanía económica<sup>29</sup>, aunque la última denominación es la que aparece descrita en la Constitución vigente<sup>30</sup>. En todo caso, la idea central es que el sistema económico forma parte del régimen de desarrollo, siendo éste definido como aquel conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*<sup>31</sup>.

Es decir, no existe un sistema económico único, sino que la norma constitucional habla en plural, esto es, sistemas económicos, aspecto que el artículo 283 CE aclara, pues el sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine<sup>32</sup>.

Por su lado, la economía popular y solidaria se regula de acuerdo con una ley orgánica que incluye a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios<sup>33</sup>.

---

24 Rojo, A., "Actividad Económica Pública y Actividad Económica Privada en la Constitución Española", en Revista de Derecho Mercantil, 1983, p. 311. También el mismo autor indica que mediante el conjunto de derechos individuales reconocidos por la constitución se puede inducir el sistema económico y por ello recalca que lo que existen es cartas constitucionales que consagran de manera expresa y directa un sistema frente a otras en las cuales el sistema subyace bajo los principios generales y está implícito en los derechos individuales y colectivos.

25 De La Cuesta Rute, J., "La autorregulación como regulación jurídica", en Real Pérez, A. (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos Internacionales "Códigos de conducta y mercado"*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 42.

26 Troya, J., *El Modelo Económico, Financiero y Tributario de la Constitución del 2008*, op. cit., p. 19 a 34.

27 Guzmán, M., *Derecho económico ecuatoriano I*, op. cit., p. 38.

28 Gutiérrez, G., "Marco económico constitucional ecuatoriano", op. cit., p. 11.

29 Pérez Ruales, N., "Hacia un nuevo modelo de desarrollo", op. cit., p. 208 y siguientes.

30 Sin embargo, los elementos de la soberanía económica son el sistema económico y la política económica que aparecen descritos en los artículos 283 y 284 de la CE respectivamente.

31 Artículo 275 de la CE.

32 Artículo 283 de la CE.

33 La Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario fue publicada en el Registro Oficial 444 de 10 de mayo de 2011, siendo su última reforma aprobada el 10 de diciembre de 2012. A su vez, el Reglamento General de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario fue aprobado en el Registro Oficial Suplemento 648 del 27 de febrero de 2012, siendo su última reforma procesada el 8 de octubre de 2012. Estas normas además se basan en el artículo 309 CE que señala que el sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado y del popular y solidario; en el artículo 319 CE que establece el reconocimiento de diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresas públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas; y en el artículo 311 CE que indica que el sector financiero popular y solidario se compone de cooperativas de ahorro y crédito, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales, cajas de ahorro y que las iniciativas de servicios del sector financiero popular y solidaria y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, recibirán un tratamiento diferenciado y preferencial del Estado, en la medida en que impulsen el desarrollo de la economía popular y solidaria.

Cabe destacar además que el sistema económico ecuatoriano, conforme lo dispone el artículo 283 CE a más de ser calificado de social y solidario tiene tres particularidades, a saber:

1. Reconoce al ser humano como sujeto y fin.
2. Propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza.
3. El objetivo es garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir<sup>34</sup>.

Finalmente y entre los deberes generales del Estado que se orientan a lograr el buen vivir, se pueden encontrar dos directamente relacionados con el mercado, tanto aquel que busca impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la constitución y la ley<sup>35</sup> como aquel otro relacionado a dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo<sup>36</sup>.

El buen vivir o vivir armónico presenta dos realidades constitucionales. En primer lugar, se trata de un derecho constitucional que engloba agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, y trabajo y seguridad social<sup>37</sup>. Es decir, es un derecho complejo que puede ser reclamado por las vías procesales constitucionales o protegido por las diversas garantías en caso de su vulneración o inobservancia.

Por otro lado, conforme al título VII de la carta constitucional, se describe la intervención estatal en la configuración o construcción del denominado régimen del buen vivir gracias a dos pilares conceptuales: inclusión y equidad<sup>38</sup> frente a biodiversidad y recursos naturales<sup>39</sup>.

#### IV. Principios económicos liberales

34 El buen vivir o Sumak Kawsay en idioma quichua o kichwa guarda relación con la búsqueda de modelos alternativos para las relaciones del hombre consigo mismo y su ambiente y se concibe como aquel intento de reorientar la vida y cultura del país. Los constituyentes basan este concepto en dos pilares: bienestar social y calidad de vida. Véase Serrano Pérez, Vladimir, "El Buen Vivir y la Constitución Ecuatoriana", en Pérez Ordoñez, Diego (compilador)., *La Constitución Ciudadana. Doce visiones sobre un Documento Revolucionario*, Taurus, Quito, 2009, p. 178.

35 Artículo 277.5 CE.

36 Artículo 277.2 CE.

37 El buen vivir aparece descrito dentro del título segundo de la *Lex leguum* que identifica a los derechos constitucionales. Dentro de los derechos constitucionales ocupa el capítulo segundo denominado derechos del buen vivir. Véase los artículos constitucionales que van desde el 12 hasta el 34.

38 Se han generado sistemas nacionales para asegurar el ejercicio, garantía y exigibilidad de derechos y cumplir el régimen desarrollo en educación, salud, seguridad social, cultura, comunicación social, ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales. Además el estado delinea las bases del hábitat y vivienda, cultura física y tiempo libre, gestión de riesgo, movilidad humana, seguridad humana y transporte. Véase los artículos 340 a 394 de la constitución.

39 Este capítulo se ocupa de la naturaleza y ambiente, de la biodiversidad, del patrimonio natural y ecosistemas, de los recursos naturales, del suelo, del agua y de la biosfera, ecología urbana y energías alternativas. Véase los artículos 395 a 415 de la carta constitucional.

A pesar de la errónea creencia de que el liberalismo tiende a un estado abstencionista, siempre han existido unos derechos que han permanecido en constante revisión, tal es el caso de la propiedad privada, la igualdad, la libre empresa y la libre competencia.

En este sentido, la Carta constitucional de 2008 vigente, ha ratificado algunas previas limitaciones a estos derechos<sup>40</sup>, aunque ha establecido otras nuevas.

## 1. Propiedad Privada e Igualdad

En primer lugar, la propiedad privada se ubica dentro de los derechos denominados de libertad y debe ejercerse en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental<sup>41</sup>. Las diversas formas de propiedad son: pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa y mixta<sup>42</sup>.

Al respecto, ya la Ley de Desarrollo Agrario definía la función social de la tierra<sup>43</sup>, como aquella que debe estar en producción y explotación, conservar adecuadamente los recursos naturales renovables y brindar protección al ecosistema, garantizando así la alimentación para todos los ecuatorianos y excedentes para la exportación. Luego explica que una de las misiones de la función social de la tierra es la elevación y redistribución de ingresos que permitan a toda la población compartir los beneficios de la riqueza y el desarrollo<sup>44</sup>.

En lo referente a la igualdad, el Estado social y democrático de derecho defendido por la Constitución de 1998 busca la igualdad real o material sin sacrificar la igualdad formal liberal<sup>45</sup>, para ello debía adoptar, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de los derechos humanos establecidos en la constitución y demás instrumentos internacionales<sup>46</sup>.

En el caso de la Constitución de 2008, llamada también de Montecristi, su texto reconoce y garantiza a todas las personas el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación<sup>47</sup>. Es más, el Estado debe adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad<sup>48</sup>.

---

40 La constitución de 1998 se inscribía dentro del sistema social de mercado y de economía mixta donde el Estado intervenía y regulaba aspectos como las políticas de fomento, promoción, organización de empresas y servicios públicos, la competencia, etc. Véase Trujillo Vásquez, J., "La Constitución económica, más allá del neoliberalismo", op. cit., p. 113.

41 El artículo 66.26 CE textualmente dispone: "Se reconoce y garantizará a las personas:... 26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas".

42 El artículo 321 CE clasifica a las formas de propiedad de la siguiente manera: "El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental".

43 Registro Oficial Suplemento 315 de 16 de abril de 2004, con última reforma el 10 de febrero de 2014.

44 Artículo 25 de la Ley de Desarrollo Agrario.

45 Trujillo Vásquez, J., "La Constitución económica, más allá del neoliberalismo", op. cit., p. 118.

46 Artículo 17 de la Constitución de 1998.

47 Artículo 66.4 de la Constitución de 2008.

48 Artículo 11. 2 *in fine* de la Constitución de 2008.

Se advierte, entonces, que la igualdad formal ante la ley manifestada mediante el principio de legalidad o trato igualitario ante la ley, convive con la igualdad material donde el estado puede intervenir con políticas públicas<sup>49</sup> o acciones que buscan la igualdad de oportunidades de los ciudadanos.

Por último, existe una igualdad de acceso a la propiedad, pues es el deber del Estado garantizar la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a la propiedad o dominio<sup>50</sup>.

Ante esta realidad institucional, algunos autores consideran que gracias a las disposiciones de los artículos 66.26 y 321 de la CE, no se podría considerar a la propiedad privada ni dentro de los principios liberales como tampoco de los socialistas, pues como se dijo *ut supra* pertenecería, más bien, a aquellos principios sociales, ambientales y solidarios que presentan una tendencia a disminuir la concentración de la propiedad privada en pocas manos<sup>51</sup>.

Por eso, otra visión doctrinaria se inclina a determinar que el derecho de propiedad es un derecho constitucional económico relativo, sujeto al cumplimiento de tres funciones básicas como son la social, ecológica o ambiental y el interés general, público y bien común o "buen vivir", también de orden constitucional<sup>52</sup>.

## 2. Libre Empresa

El derecho a la libre empresa, libertad de empresa o libertad económica estuvo ya determinado entre los derechos civiles en la constitución de 1998<sup>53</sup>. Sin embargo, en la norma de Montecristi se cambió la noción y se incorporó entre los derechos de libertad a aquel derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental<sup>54</sup>, al cual debemos agregar el derecho a la libertad de contratación<sup>55</sup>.

Es decir, existe una incorporación de diversos mecanismos y maneras posibles de hacer economía, que van a acompañar a las empresas que tienen ya su fundamento en el lucro y el capital. Sin embargo, el término empresa, en relación

49 El artículo 85.1 de la CE dispone que las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.

50 Artículo 324 CE.

51 Gutiérrez, G., "Marco económico constitucional ecuatoriano", op. cit., p. 12.

52 Alvear Peña, P., y Gómez de la Torre Gómez, B., *Derecho de Corrección Económica, Defensa de la Competencia y Competencia Desleal. Aportes para su construcción*, Universidad Internacional SEK, Quito, 2012, p. 29 y 30.

53 El artículo 23.16 de la Constitución de 1998 decía: "Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:...La libertad de empresa, con sujeción a la ley".

54 Artículo 66.15 de la CE.

55 Artículo 66.16 de la CE.

con el sector privado, aparentemente desaparece<sup>56</sup> y se procede a reubicar al sistema económico como parte del régimen de desarrollo y su común vínculo con el 'buen vivir' conlleva, cuando menos, una ampliación del objetivo de la economía: esta no queda atada a un ideal normativo de acumulación, sino que se asocia a la sostenibilidad humana y ambiental, como de hecho ocurre en la realidad<sup>57</sup>. Es decir, que más allá del desorden y del discurso normativo, en definitiva la empresa privada convive con reglas muy severas frente a los otros sectores de la economía.

Al parecer, siguiendo al Tribunal Constitucional español, la libertad de empresa "no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa"<sup>58</sup>.

Probablemente, no es una norma constitucional anfibológica<sup>59</sup> como en Europa, pero resulta igual de compleja, ya que representa la inclusión de varios mercados y la convergencia de sistemas económicos que favorecen la presencia de varios límites a la libertad de empresa. Aquí la intervención estatal en forma de regulación se orienta aparentemente a evitar situaciones de desequilibrio, de desigualdades y de concentración del poder económico<sup>60</sup>.

La consecuencia de esta regulación es la compatibilidad o coexistencia o coinciativa entre el derecho a la libertad de empresa y el intervencionismo

---

56 Al revisar la Constitución se advierte que varios artículos constitucionales dispersos hablan de la presencia económica de las empresas privadas, así: artículo 328, in fine: "...Las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de las empresas, de acuerdo con la ley". Cuando habla del sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales, el artículo 386 dispone: "El sistema comprenderá programas, políticas, recursos, acciones, e incorporará a instituciones del Estado, universidades y escuelas politécnicas, institutos de investigación públicos y particulares, empresas públicas y privadas, organismos no gubernamentales y personas naturales o jurídicas, en tanto realizan actividades de investigación, desarrollo tecnológico, innovación y aquellas ligadas a los saberes ancestrales". En las relaciones internacionales, el artículo 416.12 reza: "Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia:...12. Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados". En lo referente a la aprobación o denuncia de instrumentos internacionales, el artículo 419.5 indica: "La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales. Por último y en relación a las entidades financieras, el artículo 312 dispone: "Las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera o comunicacional, según el caso. Los respectivos organismos de control serán los encargados de regular esta disposición, de conformidad con el marco constitucional y normativo vigente. Se prohíbe la participación en el control del capital, la inversión o el patrimonio de los medios de comunicación social, a entidades o grupos financieros, sus representantes legales, miembros de su directorio y accionistas. Cada entidad integrante del sistema financiero nacional tendrá una defensora o defensor del cliente, que será independiente de la institución y designado de acuerdo con la ley. También revisar las disposiciones transitorias constitucionales vigésima sexta, vigésima novena y trigésima.

57 León, M., "El buen vivir: objeto y camino para otro modelo", en León, I (Coord.), *Sumak Kawsay/Buen Vivir y cambios civilizatorios*, 2da Ed., FEDAEPS, Quito, 2010, p. 113. También disponible en: [[http://www.socioeco.org/bdf\\_fiche-document-651\\_es.html](http://www.socioeco.org/bdf_fiche-document-651_es.html)].

58 Sentencia 37/1987, citada en Álvarez Conde, E., y Tur Ausina, R., *Derecho Constitucional*, 3ª. ed., Tecnos, Madrid, 2013, página 463.

59 Rubio Llorente, F., "La Libertad de empresa en la Constitución", op. cit., p. 437 y Bassols Coma, M., *Constitución y sistema económico*, op. cit., p. 132.

60 Álvarez Conde, E., y Tur Ausina, R., *Derecho Constitucional*, op. cit., p. 464.

estatal en el ámbito económico<sup>61</sup>. El último aspecto será estudiado posteriormente dentro de los principios económicos intervencionistas o controladores de la economía.

### 3. Libre competencia

Este derecho económico constitucional -libre competencia económica- está directamente relacionado con el derecho de la competencia<sup>62</sup> y se refiere a aquella posibilidad de escoger una actividad económica previamente elegida por otro operador o sujeto económico, pero desarrollada con responsabilidad, pues los abusos a la libre competencia serán sancionados por órganos estatales competentes o facultados para ello<sup>63</sup>.

La libre competencia ha sido entendida desde dos aristas: subjetiva y objetiva. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos, pues se transforma en un principio rector de la economía, en cambio, desde la óptica subjetiva, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones<sup>64</sup>.

En cambio, en el caso ecuatoriano, los numerales 15, 25 y 26 del artículo 66 de la CE, disponen el derecho a desarrollar actividades económicas conforme los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental; el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato; y el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental.

Es decir, nada se dice en la Constitución doméstica sobre la libre competencia y más bien se genera un modelo constitucional denominado neoconstitucionalista que se caracteriza por la presencia de derechos relativos, que al no ser precisamente absolutos, generan un efecto de colisión o de choque constante entre todos los derechos que aparecen en el catálogo constitucional.

La consecuencia inmediata es la necesidad de resolver el problema jurídico generado por la colisión, pues la libre competencia o la libertad de empresa van a enfrentarse permanentemente con otros derechos, contra el mismo interés público o contra otros valores constitucionales.

La solución planteada es formular un juicio de constitucionalidad para fundamentar el hecho que las medidas limitativas de la libertad de empresa o de la libre competencia deben ser el resultado de un ejercicio de la lógica

---

61 Ídem., p. 464.

62 Al igual que los derechos a la propiedad, a la libre empresa y del consumidor. Véase Alvear Peña, P., y Gómez de la Torre Gómez, B., *Derecho de Corrección Económica, Defensa de la Competencia y Competencia Desleal. Aportes para su construcción*, op. cit., p. 29.

63 Morales Alzate, J., *Manual de derecho económico constitucional*, op. cit., p. 97

64 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-535/9. Véase Gutiérrez, J., El Derecho a la libre competencia económica según la Corte Constitucional de Colombia, en *Derecho y Política de libre competencia en América Latina*, [<http://lalibrecompetencia.com/2013/07/29/el-derecho-a-la-libre-competencia-economica-segun-la-constitucional-de-colombia/>], Fecha de visita: 14 de abril de 2014).

ponderativa o de la aplicación de la proporcionalidad y sus subprincipios de adecuación o idoneidad, necesidad o indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>65</sup>.

## V. Principios económicos intervencionistas

Como su nombre lo indica, existen ciertos principios que se caracterizan por la presencia del Estado para controlar y vigilar distintas actuaciones económicas así como a los mismos actores económicos mediante la regulación<sup>66</sup> o aquella capacidad normativa para garantizar y disciplinar el buen funcionamiento de los mercados y la protección del inversor y los ciudadanos mediante normas creadas por los interesados (autorregulación) y por la acción legislativa de los poderes públicos (heterorregulación)<sup>67</sup>, que en el caso ecuatoriano no se centra únicamente en el principio de legalidad sino en la intervención de órganos técnicos presididos por el Ejecutivo como es el caso del Consejo Nacional de Planificación que es el órgano de planificación para el desarrollo.

Conforme lo determina el artículo 279 CE se establece el sistema nacional descentralizado de planificación participativa que sirve para organizar la planificación para el desarrollo, concepto en el cual se incluye también a los sistemas económicos.

El sistema de planificación se conforma por un Consejo Nacional de Planificación, que integra a los distintos niveles de gobierno, con participación ciudadana, y tiene una secretaría técnica, que lo coordina denominada Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES)<sup>68</sup>.

Este Consejo tiene por objetivo dictar los lineamientos y las políticas que orienten al sistema y aprueba el Plan Nacional de Desarrollo<sup>69</sup>, siendo presidido por la Presidenta o Presidente de la República.

Hasta el momento se han dictado tres planes a escala nacional: a) Plan Nacional de Desarrollo 2007 – 2010, Plan Nacional para el Buen Vivir 2009 – 2013 y Buen Vivir Plan Nacional o Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 -2017<sup>70</sup>.

---

65 Vintimilla, J., "Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del *Ius Novus* ecuatoriano", *Iuris Dictio*, Año X No. 13, Septiembre 2010, p. 47 a 57 y Prieto Sanchís, L., *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, primera reimpresión, Palestra, Lima, 2007.

66 Gutiérrez, G., "Marco económico constitucional ecuatoriano", op. cit., p. 12.

67 Salinas Adelantado, C., "Desregulación y Neoregulación en el Mercado de Valores (1)", en *Revista Derecho Mercantil*, 1997, número 224, p. 714 a 722. Véase también Cortés, L., y Sala, A., Ed. Thomson/Civitas, 2004, p. 33 a 38.

68 SENPLADES fue creada como organismo técnico responsable de la planificación nacional, dependiente de la Presidencia de la República mediante Decreto Ejecutivo No. 1372, publicado en el Registro Oficial 278 de 20 de febrero de 2004.

69 El artículo 280 CE define al Plan Nacional de Desarrollo como el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores. (el subrayado es mío).

70 Sus contenidos se los puede leer en <http://www.buenvivir.gob.ec/>

A su vez, el Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 -2017 tienen como objetivo nacional número ocho el relacionado con la consolidación del sistema económico social y solidario, de forma sostenible donde se muestran tres aspectos interrelacionados: fundamento y diagnóstico, políticas y lineamientos, y metas.

Es decir, se observa que el Consejo Nacional de Planificación aplica, ejecuta e interpreta las normas constitucionales para intervenir en sectores como el financiero, crediticio, producción, propiedad y sectores estratégicos, siguiendo los lineamientos del régimen de desarrollo<sup>71</sup>.

Toda esta intervención es posible gracias a la estructura constitucional específica donde el artículo 319 CE que, al hablar sobre las formas de organización de la producción y su gestión, dispone dos aspectos: 1) formas de organización de la producción en la economía y 2) la intervención directa del Estado para lograr el buen vivir.

En el primer aspecto, se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras, las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas. En cambio que en segundo se advierte que el Estado debe promover las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivar aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; además alentará la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional.

Por último, la intervención estatal se orienta por dos conceptos: el régimen de desarrollo y el buen vivir.

El régimen de desarrollo se orienta, entre sus objetivos, a construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable<sup>72</sup>.

Además el Estado debe planificar el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo<sup>73</sup> y los principios consagrados en la Constitución. La planificación

71 Gutiérrez, G., "Marco económico constitucional ecuatoriano", op. cit., p. 13.

72 Artículo 276.2 CE.

73 El artículo 276 CE establece los siete objetivos del régimen de desarrollo: 1. Mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población en el marco de los principios y derechos que establece la Constitución. 2. Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable. 3. Fomentar la participación y el control social, con reconocimiento de las diversas identidades y promoción de su representación equitativa, en todas las fases de la gestión del poder público. 4. Recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural. 5. Garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial. 6. Promover un ordenamiento territorial equilibrado y equitativo que integre y articule las actividades socio-culturales, administrativas, económicas y de gestión, y que coadyuve a la unidad del Estado. 7. Proteger y promover

propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente<sup>74</sup>.

En lo atinente al buen vivir, el artículo 277 CE establece seis deberes generales que el estado debe considerar para su debida consecución:

1. Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza.
2. Dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo.
3. Generar y ejecutar las políticas públicas, y controlar y sancionar su incumplimiento.
4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos.
5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley.
6. Promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los saberes ancestrales y en general las actividades de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa, cooperativa y privada.

En definitiva, con tantas normas complejas, desordenadas y ambiguas se advierte un intervencionismo estatal distinto al que ocurre en el resto de países de la región, salvo Venezuela, y se torna difícil llevar a la práctica lo dicho por un político español en el sentido que una vez que los políticos concluyen su obra, la construcción de la Constitución es tarea que queda en manos de los juristas<sup>75</sup>, porque permanentemente se maneja desde ámbitos subjetivos, estadísticos, burocráticos y hasta ideológicos.

## 1. El Estado Providencia

Frente al actual estado benefactor, gendarme y empresario<sup>76</sup> resurge en la práctica el concepto de estado providencia, benefactor o protector que no es más que el resultado de la convergencia de distintas corrientes ideológicas que confluyen para la conformación del estado, en algunos casos contradictorias entre sí, pero que se han podido relacionar para la solución o disminución de las enormes desigualdades, asimetrías y diferencias que se presentan en la sociedad<sup>77</sup>. Empero, una de las debilidades de este modelo estatal ha sido sus altos y desproporcionados gastos y costos, crecimiento desmedido del aparato estatal y una carga tributaria muy alta.

---

la diversidad cultural y respetar sus espacios de reproducción e intercambio; recuperar, preservar y acrecentar la memoria social y el patrimonio cultural.

74 Artículo 275 CE.

75 Rubio Llorente, F., "La Libertad de empresa en la Constitución", op. cit., p. 437.

76 Gutiérrez, G., "Marco económico constitucional ecuatoriano", op. cit., p. 11.

77 Leguizamón Acosta, W., *Derecho Constitucional Económico*, op. cit., p. 183.

En nuestro caso, es el estado el que coloca las pautas para el desarrollo y la producción y se advierte que se ha adueñado inclusive de la responsabilidad moral e interviene en el proceso económico condicionando el libre emprendimiento y los valores constitucionales y democráticos, ya que no solo que corrige el mercado sino que genera también una sociedad determinada por criterios verticales –correctos y justos- que provienen del poder y disminuyen o amoldan la iniciativa económica.

En suma, se trata de un nuevo modelo de estado caracterizado por mezclar varios elementos políticos y técnicos hasta convertirlo en un estado hiperregulador, controlador, protector y empresario, donde en ningún lado constitucional se habla de socialismo, aunque existen disposiciones que hacen pensar en su existencia subrepticia.

## 2. La Planificación

Este mecanismo técnico guarda relación con la guía y referente para los programas anuales y operativos con los cuales los funcionarios responsables han de tratar de cumplir y ejecutar los planes a mediano y largo plazos y dar así la necesaria continuidad y coherencia al trabajo de los servidores o funcionarios que se suceden en los cargos, en virtud de la alternabilidad o por cualquier causal de cesación<sup>78</sup>.

La planificación y las actividades financieras son las dos herramientas con las cuales el poder público intenta organizar la economía e impulsar su crecimiento, aspecto en el que ha tenido algunos éxitos; además junto a la política fiscal busca propiciar la equitativa distribución social y territorial de las actividades productivas y de la riqueza, aunque sin el mismo resultado positivo<sup>79</sup>.

En la región andina, empero, existen países como Colombia en donde se habla de planeación y se la concibe como la carta de navegación del gobierno en materia económica social y ambiental, estableciéndose en ella los fines y los objetivos, las metas y los propósitos; las estrategias y las políticas a seguir, así como los medios, recursos y los instrumentos dispuestos para su ejecución<sup>80</sup>.

En el caso específico de Ecuador, una norma constitucional dispone que el estado central concentra competencias exclusivas sobre la planificación nacio-

---

78 Trujillo, J., *Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de Derecho Constitucional*, 2ª. ed., Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador, Quito, 2006, p. 313.

79 Ídem., p. 294.

80 Leguizamón Acosta, W., *Derecho Constitucional Económico*, op. cit., p. 247.

nal<sup>81</sup> y sobre las políticas económica, tributaria, aduanera, arancelaria; fiscal y monetaria; comercio exterior y endeudamiento<sup>82</sup>.

Además, como ya se señaló antes, existe un órgano encargado de la planificación denominado Consejo Nacional de Planificación que debe cumplir uno de los deberes primordiales del estado: planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y redistribuir equitativamente la riqueza para alcanzar el buen vivir<sup>83</sup>.

A su vez, la secretaría técnica denominada Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES) es la que coordina el sistema nacional descentralizado de planificación participativa y organiza la planificación para el desarrollo. Es decir, el Consejo Nacional de Planificación dicta los lineamientos y las políticas que orientan al sistema y aprueba el Plan Nacional de Desarrollo, siendo presidido por la Presidenta o Presidente de la República.

Conforme, lo dispone el artículo 280 CE el Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetan las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos. En la actualidad, ya se aprobó, en su integridad y contenidos, el Plan Nacional de Desarrollo denominado Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, presentado por el Presidente del Consejo Nacional de Planificación, donde se han incorporado también las observaciones realizadas por todos miembros del Consejo<sup>84</sup>.

Un aspecto que llama la atención es que a pesar de que en la Constitución nada se dice sobre socialismo, el Plan Nacional del Buen Vivir incorpora un acápite denominado socialismo del Buen Vivir<sup>85</sup>, aspecto que demuestra una tendencia hacia una planificación estatal muy fuerte, similar a lo ocurrido en décadas pasadas en Europa y Rusia, pero con una convivencia de la defensa nominal de derechos o garantismo nominal<sup>86</sup>.

Sobre el buen vivir, el Plan *in comento*, explica que ofrece alternativas para construir una sociedad más justa, en la que el centro de la acción pública es el ser

---

81 El artículo 261 CE dispone lo siguiente: "El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: 1. La defensa nacional, protección interna y orden público. 2. Las relaciones internacionales. 3. El registro de personas, nacionalización de extranjeros y control migratorio. 4. La planificación nacional. 5. Las políticas económica, tributaria, aduanera, arancelaria, fiscal y monetaria; comercio exterior y endeudamiento. 6. Las políticas de educación, salud, seguridad social, vivienda. 7. Las áreas naturales protegidas y los recursos naturales. 8. El manejo de desastres naturales. 9. Las que le corresponda aplicar como resultado de tratados internacionales. 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos. 11. Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales. 12. El control y administración de las empresas públicas nacionales. ( El subrayado es mío).

82 Art. 261.5

83 Artículo 3.5 CE.

84 Artículo 1 de la Resolución No. 2 aprobada por el Consejo Nacional de Planificación, publicada en el Registro Oficial Suplemento 78 de 11 de septiembre de 2013.

85 Presentación del Plan Nacional para el Buen Vivir, acápite número dos: El Socialismo del Buen Vivir, publicada en el Registro Oficial Suplemento 78 de 11 de septiembre de 2013.

86 Vintimilla., J., "El Neoconstitucionalismo en la mira", Iuris Dictio, Año 13. Vol. 15, enero-junio 2013, p. 40 a 43.

humano y la vida y además supera los límites de las visiones convencionales de desarrollo que lo conciben como un proceso lineal, de etapas históricas sucesivas, que reducen el concepto a una noción exclusiva de crecimiento económico<sup>87</sup>.

Por último, el Plan indica que el Buen Vivir se planifica, no se improvisa. El Buen Vivir es la forma de vida que permite la felicidad y la permanencia de la diversidad cultural y ambiental; es armonía, igualdad, equidad y solidaridad. No es buscar la opulencia ni el crecimiento económico infinito<sup>88</sup>.

Por último, el gobierno de turno considera que la planificación actual ha venido a llenar un vacío porque los anteriores regímenes no dieron importancia a la planificación y llevaron al país hacia un colapso económico.

Tal aseveración se la puede revisar en el Plan de Desarrollo en el sentido que la **planificación** del Buen Vivir, como su línea rectora, es contraria a la improvisación, que genera enormes costos a una sociedad con escasez de recursos. Si se sabe a dónde vamos, se llegará más rápido, porque se sabrá cómo sortear los obstáculos que se presenten<sup>89</sup>.

Además explica el Plan que "en el Ecuador se ha rescatado la planificación para no duplicar esfuerzos y evitar el desperdicio de recursos, que tanto nos retrasó en la época del neoliberalismo. En ese entonces, la planificación fue menospreciada y reducida a su mínima expresión. No lo hicieron solo por ideología, sino por intereses económicos, como en el caso de la privatización de empresas públicas, que más tarde llevó a la peor crisis que tuvo que vivir el país y que dejó huellas difíciles de borrar en la memoria de la ciudadanía. Esto sucedió en nuestro país apenas hace una década y media"<sup>90</sup>.

## 2.1 Planificación del desarrollo

Para dar contenido a los principios constitucionales de intervención se promulga el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas –COPFP<sup>91</sup>.

En primer plano, la orientación de la planificación del desarrollo defiende el cumplimiento de los derechos constitucionales, el régimen de desarrollo y el régimen del buen vivir, y garantiza el ordenamiento territorial. El ejercicio de las potestades públicas debe enmarcarse en la planificación del desarrollo

87 Presentación del Plan Nacional para el Buen Vivir, acápite número dos: El Socialismo del Buen Vivir, op. cit.

88 Esta concepción es generada por el Consejo Nacional de Planificación y aparece descrita en la Presentación del Plan Nacional para el buen Vivir, acápite 1: Presentación, publicada en el Registro Oficial Suplemento 78 de 11 de septiembre de 2013.

89 Ídem.

90 Ídem.

91 Publicado en el Registro Oficial Suplemento 306 de 22 de octubre de 2010.

que debe incorporar los enfoques de equidad, plurinacionalidad e interculturalidad<sup>92</sup>.

En segundo lugar, entre las competencias del Consejo Nacional de Planificación se encuentran las de dictar los lineamientos y políticas que orientan y consolidan el Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa, incorporando los principios de equidad, plurinacionalidad, interculturalidad y garantía de derechos<sup>93</sup>.

En tercer lugar, el Consejo Nacional de Planificación debe aprobar los lineamientos y políticas que orientan el Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa, los mismos que serán presentados por la SENPLADES al Consejo. Estos lineamientos y políticas serán de cumplimiento obligatorio para el gobierno central, los gobiernos autónomos descentralizados e indicativos para las demás entidades del sector público y otros sectores<sup>94</sup>.

Para concluir, debe señalarse que las decisiones del Consejo se manifiestan mediante resoluciones vinculantes u obligatorias para todas las entidades que conforman el Sistema, en el marco de las funciones definidas legalmente por el COPFP<sup>95</sup>.

## 2.2 Planificación económica

La Constitución de Montecristo no solo que reconoce la iniciativa pública o estatal en la actividad económica sino que le otorga al estado, al menos, tres características claramente definidas:

- a) Prohibiciones absolutas a la empresa privada en base a los conceptos de desarrollo de derechos y al interés social<sup>96</sup>.
- b) Mayor intervención como proveedor de bienes y servicios.
- c) Competidor con el sector privado en las nuevas áreas o sectores estratégicos del estado<sup>97</sup>.

En este sentido, cobra fuerza un valor constitucional como el interés general que deberá primar por encima de los intereses particulares, al menos así lo

---

92 Artículo 9 del COPFP.

93 Artículo 24.1 del COPFP.

94 Artículo 40 del COPFP.

95 Artículo 23 del COPFP.

96 En España este concepto también es conocido como interés público o interés general, donde lo público y lo privado están supeditados al interés general, pero el interés general funciona como *limitación negativa para los intereses privados*, que han de respetar ese interés general, ... pero en cambio, funciona como *vinculación positiva para la Administración y los poderes públicos*, según el artículo 103 de la constitución. Véase Herrero R. de Miñón, M., "La Constitución económica", op. cit., p. 26.

97 Gutiérrez, G., "Marco económico constitucional ecuatoriano", op. cit., p. 11.

dispone el artículo 83.7 CE que, entre los deberes de los ciudadanos, coloca el de promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir<sup>98</sup>.

Por otro lado, pero muy relacionado, dentro del régimen de desarrollo, el capítulo quinto de la CE trata sobre "sectores estratégicos, servicios y empresas públicas" donde define y clasifica a los sectores estratégicos<sup>99</sup>, determina los servicios públicos que provee el estado<sup>100</sup>, establece los fines de las empresas públicas<sup>101</sup>, permite la participación de otros sectores económicos en los servicios públicos y en los sectores estratégicos<sup>102</sup>, determina la propiedad de los recursos naturales no renovables<sup>103</sup> y desarrolla el régimen patrimonial constitucional del derecho humano al agua<sup>104</sup>.

98 Esta concepción viola instrumentos internacionales de derechos económicos y sociales y rompe con el principio de integridad de protección de derechos. Véase Gutiérrez, G., "Marco económico constitucional ecuatoriano", op. cit., p. 11. No obstante, el artículo 85.2 CE dispone lo siguiente: "La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: 2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto".

99 El artículo 313 CE dispone: "El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley".

100 El artículo 314 CE explica que "el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley. El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación".

101 Según el artículo 315 CE "el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado. La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.

102 El artículo 316 CE permite la delegación estatal en servicios públicos y en los sectores estratégicos conforme a lo siguiente: "El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley".

103 El artículo 317 dispone: "Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico".

104 De acuerdo al artículo 12 CE el agua es un derecho humano, fundamental e irrenunciable que constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida. Además, el artículo 318 CE establece la reserva pública para administrar este recurso, ya que "el agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua. La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias. El Estado fortalecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de los servicios públicos, mediante el incentivo de alianzas entre lo público y comunitario para la

Para desarrollar estas actividades se ha promulgado la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP)<sup>105</sup> que busca regular la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenecen al sector financiero y que actúan en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local; y, establecen los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República<sup>106</sup>.

Dos objetivos importantes de la LOEP, sin dejar de lado los otros, son precisamente los siguientes: 1. Determinar los procedimientos para la constitución de empresas públicas que deban gestionar los sectores estratégicos con alcance nacional e internacional; y 2. Establecer los medios para garantizar el cumplimiento, a través de las empresas públicas, de las metas fijadas en las políticas del Estado ecuatoriano, de conformidad con los lineamientos del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa<sup>107</sup>.

Por su parte, las empresas públicas tienen las siguientes características: a) entidades que pertenecen al Estado, b) personas jurídicas de derecho público que gozan de patrimonio propio, c) dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, d) destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado<sup>108</sup>.

## VI. Principios económicos solidarios

Frente al libre mercado y competencia el sistema solidario se convierte en perfecto complemento del sistema capitalista por su enorme poder catalizador de conflictos, especialmente los que origina el mercado<sup>109</sup>.

A la economía solidaria se la define como "una forma ética, recíproca y cooperativa de consumir, producir, intercambiar, financiar, comunicar, educar, desarrollarse que promueve un nuevo modo de pensar y de vivir"<sup>110</sup>.

---

prestación de servicios. El Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación. Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley".

105 Esta ley fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 48 de 14 de octubre de 2013.

106 Artículo 1 de la LOEP.

107 Artículo 2 de la LOEP.

108 Artículo 4 de la LOEP.

109 Leguizamón Acosta, W., *Derecho Constitucional Económico*, op. cit., p. 331.

110 Fajardo Calderón, C., et alie, *La economía solidaria: de lo legal a la formación integral*, Criterio Libre No. 9, Diciembre 2008, p. 47 a 72, disponible en [\[http://www.unilibre.edu.co/CriterioLibre/images/revistas/9/CriterioLi](http://www.unilibre.edu.co/CriterioLibre/images/revistas/9/CriterioLi)

Por su parte, la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario (LOEPSSFPS)<sup>111</sup> considera que la economía popular y solidaria es la forma de organización económica, donde sus integrantes, individual o colectivamente, organizan y desarrollan procesos de producción, intercambio, comercialización, financiamiento y consumo de bienes y servicios, para satisfacer necesidades y generar ingresos, basadas en relaciones de solidaridad, cooperación y reciprocidad, privilegiando al trabajo y al ser humano como sujeto y fin de su actividad, orientada al buen vivir, en armonía con la naturaleza, por sobre la apropiación, el lucro y la acumulación de capital<sup>112</sup>.

Esta ley se basa en los artículos 283 y 309 CE que reconocen a la economía popular y solidaria así como a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios. Además el sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado y del popular y solidario.

La misma Carta Magna reconoce que el sector financiero popular y solidario se compondrá de cooperativas de ahorro y crédito, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales, cajas de ahorro y que las iniciativas de servicios del sector financiero popular y solidario y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, recibirán un tratamiento diferenciado y preferencial del Estado, en la medida en que impulsen el desarrollo de la economía popular y solidaria<sup>113</sup>.

Por último, el artículo 319 de la Constitución reconoce diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras, las comunitarias, cooperativas, empresas públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas.

En definitiva, se puede advertir que esta economía solidaria o socialización de la producción<sup>114</sup> tiene algunos aspectos que la identifican:

- a) La propiedad colectiva y la producción colectiva<sup>115</sup>.
- b) Producción económica colectiva<sup>116</sup>.

---

bre9art02.pdf] (fecha de visita 18 de abril de 2014). También se puede revisar el artículo 2 de la Ley 454 de 1998 de la economía solidaria de Colombia donde se define a la economía solidaria como aquel sistema socioeconómico, cultural y ambiental conformado por el conjunto de fuerzas sociales organizadas en formas asociativas, identificadas por prácticas autogestionarias, solidarias, democráticas y humanísticas, sin ánimo de lucro para el desarrollo integral del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía.

111 Ley ya citada en nota 33.

112 Artículo 1 de la LOEPSSFPS.

113 Artículo 311 CE.

114 Gutiérrez, G., "Marco económico constitucional ecuatoriano", op. cit., p. 13.

115 Artículo 57, numerales 4 y 6 CE.

116 Artículo 66.15 CE.

- c) Bien común y solidaridad<sup>117</sup>.
- d) Políticas públicas y servicios públicos. Principio de solidaridad<sup>118</sup>.
- e) Desarrollo sustentable y biodiversidad<sup>119</sup>.
- f) El régimen de desarrollo<sup>120</sup>

---

117 Artículo 83, numerales 7 y 9 CE.

118 Artículo 85.1 CE.

119 Artículo 259 CE.

120 Título VI Régimen de Desarrollo de la Constitución.

# Respuesta valorativa de compatibilidad entre la teoría del delito y la teoría del caso: Armonía del derecho penal y el sistema adversarial penal

**Xavier F. Andrade Castillo**

## **Resumen**

Este trabajo busca precisar que, aunque distintos el derecho anglosajón y el derecho europeo continental a partir de sus fuentes de conocimiento y producción (que los mantiene divorciados), es posible encontrar una aceptable paridad entre ellos que, sin fusionarlos, el sacrificio de la justicia o algún derecho fundamental, más bien permite un adecuado paralelismo jurídico como puente de equilibrio de los dos sistemas y el eslabón del derecho sustantivo, con el adjetivo, bajo un bloque de igualdad jerárquica de normas jurídicas, como respuesta y guía de comportamiento de los operadores de justicia de un Estado de derechos.

**Palabras claves:** *common law*, derecho continental europeo, procedimiento penal, teoría del delito, teoría del caso, derecho penal, sistema adversarial penal.

## **Abstract**

This paper seeks to define that although common law and continental European law are different -as a whole- beginning from their sources of knowledge and production (which keeps them separated), it is possible to find an acceptable parity between them which, without merging them, sacrificing justice or some fundamental right, allows for an adequate legal parallelism as a balancing point between both systems and for a link between substantive law and procedural law, where all legal norms are under the same hierarchical level as a response and behavioral guide for judicial officers of a State of rights.

**Key words:** Common Law, continental European law, criminal procedures, criminal theory, theory of the case, criminal law, criminal adversarial system.

## Sumario:

**1.** Introducción al tema y su fundamento. **2.** Cuestiones preliminares de los conceptos. **3.** Derecho penal material: Teoría del delito. **4.** El sistema de enjuiciamiento penal adversarial: el litigio oral penal y la teoría del caso. **5.** Necesidad de la armonización de las teorías.

## 1. Introducción al tema y su fundamento

A partir de la vigencia del sistema acusatorio penal<sup>1</sup> se han presentado algunos problemas derivados de su aplicación práctica y también sobre los lineamientos teóricos de sus instituciones.

En general, la forma característica por la cual se estudia el proceso o procedimiento penal, es a través de una variedad de conceptos y definiciones que intentan describirlos<sup>2</sup>, además de revisar los principales elementos de un complejo sistema de normas y reglas legales que son objeto de preocupaciones y problemas permanentes.

Una de las características principales de los sistemas procesales ha sido su falta de adecuación a los ordenamientos constitucionales que, por lo general se fundamentan en las garantías procesales propias del Estado de Derecho, y los derechos fundamentales<sup>3</sup>, además claro está, en las opiniones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En efecto, estos problemas procedimentales acompañados de ciertas ambigüedades de las normas constitucionales y aún rezagos del sistema procesal penal inquisitorial o cultura inquisitiva<sup>4</sup>, conllevan y exigen un esfuerzo serio

---

1 En vigencia en el Ecuador a partir de su publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 360 de 13 de enero del 2000 con reformas posteriores: R.O.-S No. 544 de 9 marzo de 2009; R.O.-S No. 555 de 24 de marzo de 2009; y, R.O.-S No. 160 de 29 de marzo de 2010.

2 Mauricio Duce J, *El proceso penal y el derecho procesal penal en contexto*, opinión señalada junto a una obra conjunta con el profesor Cristián Riego.

3 Los derechos mínimos de dignidad humana procesales (en general) de una persona sometida a un enjuiciamiento penal surgen con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia 1948, como por ejemplo derecho de justicia (Artículo XVIII), derecho de petición (Artículo XXIV), derecho de protección contra la detención arbitraria (Artículo XXV), derecho a proceso regular (Artículo XXVI), entre otros, sin dejar de admitir que ya existían con anterioridad a este pronunciamiento. Puede verse como *Estatuto de Roma*, documento completo, disponible en: <<http://www.iccnw.org/documents/rome-s.pdf>> (último acceso 20 de diciembre de 2012).

Véase también: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Registro Oficial 101, de 24 de enero de 1969. Convenio Americano de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, Registro Oficial No. 452, de 27 de octubre de 1977.

4 Véase Alberto Binder, *La reforma procesal penal en América Latina*, en Justicia Penal y Estado de Derecho, Argentina: Editorial Ad-hoc, año 1993, pp. 204-208.

de transformación y cambio cultural, dirigido a dar respuestas que el mismo sistema o proceso puede ofrecer de manera legítima, y con garantías mínimas de gestión.

Vale aclarar que, el *common law* (derecho anglosajón-basado en la creación del derecho a través de la jurisprudencia o decisiones de los tribunales de justicia penal); y el *civil law*, (basado en la ley y la doctrina, como fuente de derecho) son diametralmente distintos por definición histórica, cultural, legislativa, económica y política.

La principal diferencia entre el sistema de derecho continental europeo (particularmente Alemania, Italia, Portugal y España) y el sistema anglosajón (Inglaterra y Estados Unidos de América) radica en la distinta jerarquía existente entre las diversas "fuentes de conocimiento"<sup>5</sup> de esos derechos. En este sentido, el Derecho anglosajón se nutre de un conjunto de sentencias judiciales que son vinculantes, es decir, son obligatorias para todos los jueces de jurisdicción penal, quienes no pueden apartarse de las opiniones y decisiones tomadas previamente por otros magistrados en caso similares. Por el otro lado, el derecho continental o *civil law*, nutrido y bajo la influencia directa del derecho romano que, desde sus comienzos se preocupó por el *nullun procedendo sine lege scripta sine lege praevia*, es un derecho eminentemente "legal", por lo que, las leyes, dentro de los límites constitucionales de rigor (principio de legalidad), constituyen la única fuente formal de derecho penal<sup>6</sup> y procesal, por lo que, las sentencias emitidas con anterioridad por otros jueces de jerarquía jurisdiccional superior, no tienen el carácter, ni de "vinculante", ni de "obligatoria" para el restante de jueces inferiores o del mismo rango.

Marcada esta diferencia, consciente de ella y otras tantas disparidades, la presente opinión, busca más bien encontrar un punto de correspondencia, paridad que se finca justamente en la teoría del delito y del caso y sus reglas elementales de postulación estructural.

## 2. Cuestiones preliminares de los conceptos

El punto de partida de esta aproximación es el establecer los conceptos y características elementales de estas dos disciplinas a través de una exposición sistemática y analítica de las reglas que los regula, sus relaciones internas y su significado a la luz y opinión de algunos autores, sin profundidad exegética la que no es el objetivo de este trabajo.

En efecto, los conceptos desarrollados por el procedimentalismo no dicen mucho sobre lo que en verdad el proceso penal es efectivamente en la práctica, como tampoco sobre las garantías fundamentales que juegan dentro de

---

5 Esteban Righi, *Derecho penal, parte general*, Argentina: Lexis Nexis, 2008, p. 73.

6 Esteban Righi, *Ób. Cit.*, pág. 74.

él<sup>7</sup>, ni si tienen alguna relación con el modelo de organización política, ni los roles de los actores judiciales.

Los dos modelos o sistemas principales a través de los cuales la doctrina procesal penal ha agrupado a los procesos penales de sus países son, el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio<sup>8</sup>, que desde el punto de vista geográfico se identifican como pertenecientes al mundo europeo continental (al primero) y aplicado en el mundo anglosajón (el segundo<sup>9</sup>).

En uno y otro sistema se pone de relieve la función del órgano judicial que es activo (juez con iniciativa investigativa, probatoria y protagonista del proceso) o pasivo (poca o nula intervención de juez), respectivamente, para fundamentar su distinción.

Aunque las diferencias marcadas y señaladas entre los dos derechos han sido históricamente grandes, en la actualidad, éstas, entre ambos sistemas, es cada vez menor, ya que se hace evidente y se verifica que en el Derecho anglosajón, una incrementada tendencia hacia la "codificación" de las reglas jurídicas. En esta dirección puede observarse que la producción de normas escritas penales y procesales, va desplazando poco a poco a los antiguos precedentes judiciales y en su lugar los van reemplazando por normas escritas, que al parecer puede deberse al afianzamiento de la doctrina y teoría en el sistema de justicia criminal.

Para otros autores, este fenómeno puede ser posible gracias a la enorme flexibilidad y lo cimbreante que caracteriza al Derecho anglosajón, a diferencia de lo que ocurre con el sistema continental europeo, en el que la existencia de códigos y normas escritas le ha impreso un carácter más severo e intolerante al cambio.

Lo cimbreante del Derecho anglosajón puede evidenciarse en el hecho de que, este comenzó siendo un sistema de derecho consuetudinario, basado en la costumbre como fuente, lo que se conocía como "derecho común" de ahí la denominación de "*common law*". Posteriormente, y debido a la actuación imperante de los tribunales de justicia penal, evolucionó gradualmente hasta que los precedentes se encumbraron como la principal fuente de derecho, convirtiendo al sistema más bien en uno de "derecho jurisprudencial". Sin embargo, queda por ver ahora, si la mencionada tendencia hacia la codificación que modernamente se verifica en los estados enrolados al sistema anglosajón, no termina por convertirlo, también, en un sistema "legalista", como es el referido sistema continental.

---

7 Véase Carlos Peña, *Entre la elección y la duda*, Revista Sistemas Judiciales No. 1, Buenos Aires, año 2001. *Op. Cit.* Mauricio Duce J, *El proceso penal y el derecho procesal penal en contexto*, opinión señalada junto a una obra conjunta con el profesor Cristián Riego.

8 Herbert Packer, *Two Models of Criminal Process*, University of Pennsylvania, United States of America: Law Review, 1964, pp. 1-68.

9 Mirjan Damaska, *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, Chile: Editorial Jurídica de Chile, año 2000, pp. 12-17.

Nótese que el sistema continental europeo también ha atravesado ciertas transformaciones legalistas, y la más duradera (quinientos años de cultura inquisitiva<sup>10</sup>), ha sido la más persistente por su estructura formalista y burocrática<sup>11</sup>.

Vale aclarar que, incluso en el *civil law*, existen inmensas diferencias entre los sistemas de justicia criminal europeo y latinoamericano<sup>12</sup> (obsérvese el modelo alemán versus el boliviano).

Así mismo, en esta línea preliminar de delimitación, debe considerarse también al Derecho penal de autor y derecho penal de acto<sup>13</sup>, temas desarrollados por la doctrina civil y que en todos los sistemas de persecución penal y estructuras procedimentales tienen como columna vertebral al derecho sustantivo, ya que en *stricto sensu*, son "simbióticos".

Otra cuestión relevante es que ambos sistemas tienen un común denominador sustentado en encontrar la fórmula de cómo "sancionar" o "absolver" al responsable, y de esta forma justificar así la erradicación del delito para "aliviar" la seguridad social.

Un tema importante sin duda, en temas de procedimiento, es la conceptualización de uno de los sujetos procesales. Así existen diversas posiciones académicas y prácticas muy discutibles, cuando se trata de señalar a quien sufre una persecución penal. Se habla por ejemplo del sospechoso, procesado, acusado, imputado, indicado, inculgado, sindicado, encartado, entre otros, generando dudas sobre los efectos jurídicos procedimentales de la correcta utilización de estas denominaciones.

Aún así, en este ensayo se utilizarán solamente dos de ellas, respondiendo tajantemente a sus variables teóricas (del delito y del caso), autor y/o procesado, mismas que serán utilizadas de manera genérica (para designar a la persona que sufre la persecución penal en calidad de autora o partícipe del hecho); y, específica (conforme el desarrollo de las etapas del procedimiento penal<sup>14</sup>) intentando un enfoque más bien práctico<sup>15</sup>.

---

10 Alberto Binder, *La reforma procesal penal en América Latina, Justicia Penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1993, pp. 204-208.

11 El sistema inquisitorial fue desarrollado en los países europeo continentales a partir del siglo XV y según se dice fue exportado por España a Latinoamérica.

12 Mauricio Duce, ob.cit. ,p. 27

13 Eduardo M. Jauchen, *Derechos del imputado*, Argentina: Rubinzal Culzoni, primera edición, año 2007, pp. 26-27.

14 Estas distinciones se han tratado en las obras de derecho procesal penal de Julio B.J. Maier, José Cafferata Nores, Jorge Clariá Olmedo, Eduardo M. Jauchen, Jorge Vázquez Rossi, solo por citar algunos, quienes en han coincidido en explicar los conceptos fundamentales de los sujetos procesales para entender desde cuando se genera el derecho a la defensa y la legitimación para todos los efectos procesales.

15 Xavier F. Andrade, *Consecuencias jurídicas de los derechos del procesado derivadas de su operatividad constitucional*, *Iuris Dictio*, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Ecuador, Año 13 vol. 15 enero-junio 2013, p. 132.

Puede decirse en general que, a partir de la necesidad implementar un sistema de justicia criminal de regulación del *ius puniendi*, también surge la obligación de crear una herramienta de equilibrio fundamental, y es justamente -no la más importante-, el derecho a la defensa.

Uno de los triunfos históricos del Iluminismo y consecuencia notoria del juicio acusatorio es la defensa, entendida como derecho, principio y garantía ("*Cuique defensio tribuenda*: se debe conceder a todos el derecho a la defensa"<sup>16</sup>).

La supremacía de este derecho es la medida que permite equilibrar la balanza de la justicia en un Estado de derecho. El axioma es que ante el ataque, la defensa<sup>17</sup>. Por ello, un defensor debe conocer los hechos, la acusación y en "teoría" la estrategia de socorro técnico y custodia de derechos fundamentales.

La defensa involucra a más de su contenido de igualdad procesal, una serie de derivaciones entendidas como facultades<sup>18</sup>, derechos y obligaciones. La defensa implica y exige una contradicción, un "choque" fáctico y jurídico a los planteamientos de la acusación.

El procesado tiene derecho para gozar de una defensa técnica, letrada, experta o togada<sup>19</sup> pudiendo ser privada o pública. La primera, es aquella designada y de confianza del imputado; y la segunda, aquella nombrada y proporcionada por el Estado a través de la defensoría pública, quien actúa de oficio. Esta cumple los roles de asistente jurídico y analista fáctico del imputado para resistir la imputación oficial.

Tanto defensa material como técnica (afirmativa o negativa)<sup>20</sup> abren temas como posibilidades o facultades que le asisten al procesado, como por ejemplo, la de autoincriminación o aceptación del acto y el derecho al silencio.

El sistema de persecución penal, el procesado, su defensa, en sus conceptos más amplios serán abordados de manera que, en específico, se alineen a la temática aquí propuesta.

---

16 Álvaro O. Pérez Pinzón, *Los principios generales del proceso penal*, Colombia: Publicación de la Universidad Externado de Colombia, año 2008, p. 55.

17 Xavier F. Andrade, Ob. Cit., p. 136.

18 Véase y entiéndase a la facultad de intervenir en un proceso: Maier, Óp. cit., p. 256 – Jauchen, Óp. cit., p. 153.

19 Cfr. Pérez, p. 52.

20 La defensa positiva involucra la alegación de una de las causales de justificación como legítima defensa, estado de necesidad justificante, mandato de ley, obediencia debida u orden de autoridad, consentimiento del titular del bien jurídico, etc. La defensa negativa simplemente es la negación o puesta en duda del acto o de la responsabilidad, más no del hecho.

### 3. Derecho penal material: Teoría del delito

Los contenidos valorativos y lógicos del Derecho penal han sido desarrollados conforme las ideologías políticas, culturales, geopolíticas y momentos históricos de surgimiento de los Estados. En todos los casos, el Derecho penal se cristaliza en un ordenamiento jurídico que define conductas calificadas como delitos, y en vista de su perceptible daño social, conllevan una pena o sanción para sus autores<sup>21</sup>.

Al considerarse al Derecho penal como una "ciencia", surgen disciplinas que se preocupan de su interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y opiniones jurídicas de carácter científico<sup>22</sup> que, en conjunto, se las denomina dogmática jurídica (*begriffsjurisprudenz*). Por ello, "La teoría del delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto"<sup>23</sup>.

En esta teoría se estudia las características comunes del delito<sup>24</sup> en sus formas estructurales (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), planteando formulaciones sujetas a discusión, opinión y discrepancia científica, como respuestas a la independencia de sus defensores o detractores, lógicamente a partir de presupuestos ya establecidos jurídicamente, es decir, se ocupa de explicar que es el delito en general, verbigracia, cuales con las características que debe tener cualquier delito<sup>25</sup>.

También se dirige a la averiguación de los presupuestos que han de darse para la actualización de un tipo penal, sus rasgos distintivos, además de la pena aplicable con mínimos y máximos, según el daño<sup>26</sup>, y que junto con los elementos generales del delito, ayudan a los tribunales o jueces penales a dar una respuesta que habilite el ejercicio de poder punitivo del Estado<sup>27</sup>.

Tanto la dogmática penal, desarrollada en la teoría del delito, como el derecho penal en general han planteado dos muy generales y universales postulados: una ideología filosófica jurídico penal llamada el Derecho penal de acto, con variadas escuelas de pensamiento que lo justifican, postulan y pregonan, sustentada en la noción de acción; y otra, conocida como Derecho penal de

21 Sergio Medina Peñaloza. *Teoría del delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva*. México: Ángel Editor, 2001, p. 44.

22 *Id.*, p. 45.

23 SOSUNLAM. *Derecho penal I resumen Zaffaroni*. <http://www.sosunlam.com.ar/index.php/envio-de-material/material-enviado-por-usuarios/category/21-penal-1?download=26:zaffaroni> (acceso: 29/01/2014).

24 Jorge Machicado. *Teoría del delito*. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/teoria-del-delito.html#sthash.Er4VLcTr.dpuf> (acceso: 29/01/2014).

25 SOSUNLAM, *Óp. cit.*

26 Puede tratarse de un resultado de lesión material, una puesta en peligro de bien jurídico o una actividad de peligro concreto o abstracto.

27 R. Zaffaroni, A. Alagia, A. Skolar. *Manual de Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires: EDIAR, 2006, p. 288. En: Jorge Machicado. *Teoría del delito*. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/teoria-del-delito.html#sthash.Er4VLcTr.dpuf>(acceso: 29/01/2014).

autor, con fundamentos dogmáticos muy discutidos y criticados por los defensores de un derecho penal igualitario<sup>28</sup>.

En la primera ideología, se concibe a la punibilidad como exclusivo fundamento de la conducta concreta del sujeto en la ejecución de un hecho previsto como delictivo, y la sanción, a su vez, tiene como sustento solamente ese hecho individual y no la personalidad, ni los antecedentes del autor, como tampoco los peligros que en el futuro se esperen del mismo<sup>29</sup>. En definitiva, se sanciona a un individuo por lo que hizo, es decir, por su conducta (acto u omisión) y resultado. Esta es la opinión prácticamente unánime de aplicación punitiva y criminológica de vanguardia universal.

La segunda ideología, en diferente sentido, "*se basa para fundamentar la previsión legal delictiva, la culpabilidad del imputado y la sanción correspondiente del mismo, en su personalidad, sus antecedentes, su condición de la vida, su peligrosidad o asociabilidad*"<sup>30</sup> esto es, se da importancia y relevancia, para la sanción, a las características individuales de la persona (*in stricto sensu*) frente a la sociedad, dejando de lado al hecho o conducta perpetrada que pasan a un segundo plano, por ello, se la denomina Derecho penal de autor. Este postulado lo sostiene y defiende una doctrina de minoría, casi imperceptible, en razón de de la previsión legislativa y el respeto del principio de legalidad procesal y penal.

Otro tema de discusión aún no agotado, es el de la culpabilidad o juicio sobre esta, que también tiene corrientes de pensamiento antagónicas que la postulan, fundamentan, limitan y definen. La culpabilidad, es el tercer elemento de la estructura del delito. La culpabilidad tiene relación directa con el principio de legalidad y la pena. En palabras de Hans Welzel<sup>31</sup> la culpabilidad "es la reprochabilidad del hecho antijurídico individual"<sup>32</sup>, la autodeterminación libre, la voluntad de resolución del hecho antijurídico y no conforme a derecho<sup>33</sup>.

Distinta posición sobre este tema, es la teoría psicológica sobre la culpabilidad, la cual establece que, una vez que una persona delinque, se deberá comprobar cómo el estado psicológico en el que se hallaba se vincula al hecho que cometió –nexo psicológico-.<sup>34</sup> Es decir, esta ideología tiene una ostensible

---

28 Las escuelas de pensamientos penal y construcción del delito más reconocidas y estudiadas son, la llamada Clásica (1881-1915) representantes: Franz von Liszt, Kirchmann, Ernst Beling, Gustav Radbruch; Neoclásica o teleológica (1907-1940) representantes: Dilthey, Karl Binding, Max Ernst Mayer, Reinhart Frank, James Goldschmidt, Freudenthal, Edmund Mezger\*; Finalista (1930 aprox.) representantes: Hans Welzel, Armin Kaufmann, Maurach, Niese, Stratenwerth, Schaffstein, Von Weber\*; y Funcionalista representantes: Günther Jakobs, Durkheim, Talcott Parsons y Robert Melton, Claus Roxin\* solo por citar unos pocos, *vid.* Sergio Medina Peñalosa, *Teoría del delito, causalismo, finalismo, funcionalismo e imputación objetiva*, México: Ángel editor, segunda edición, año 2003.

29 Cfr. Jauchen, *Óp. cit.*, pp. 26-27.

30 Jauchen, *Óp. cit.* p. 26-27.

31 Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, año 1965.

32 Edgardo DONNA, *Derecho Penal. Parte General. Teoría general del delito III*. Tomo IV, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores. 2009, p. 93.

33 *Ibid.*, p. 93.

34 Vicente P. Cabello. *Psiquiatría forense en el derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 184.

inclinación a lo fáctico sobre la valoración jurídica, esto es, prevalencia de la constatación como juicio de culpabilidad<sup>35</sup>.

Como discusión y en contrapartida de la teoría psicológica, se presentan varias opiniones sobre el concepto y los elementos estructurales de la culpabilidad, saliendo del naturalismo filosófico –positivista- al de sistema en base del valor<sup>36</sup> -metodología neokantiana- el cual pasó a formar parte de esta.

A finales del siglo XIX surge el neokantismo con influencia directa en el derecho, que a diferencia del psicologismo que se basaba en observar y describir, este postula la utilización del método de comprender y valorar una conducta. Esta teoría defendida por Jiménez de Asúa<sup>37</sup>, James Goldschmidt<sup>38</sup>, Berthold Freudenthal<sup>39</sup>, y Reinhard Frank<sup>40</sup>, sostiene que no es suficiente el análisis psicológico, sino que, es necesario estudiar también, las normas bajo las cuales la persona debió regirse y qué le motivó a transgredir esas normas con sus acciones, por ello, a esta ideología se la conoce también como concepción valorativa de la culpabilidad<sup>41</sup>.

Edmund Mezger<sup>42</sup> es a quien se le atribuye el último gran sistema dogmático de base causal o causalismo, sin embargo, de que la doctrina en el ámbito de la culpabilidad ha generado y propuesto dos teorías que fundamentan la reprochabilidad. Una de ellas, la primera, es la llamada teoría compleja de la culpabilidad, que la observa como una expresión de un reproche fundamentado en la idea de poder. Esta idea del poder estudia el libre albedrío y analiza si el sujeto pudo actuar de otro modo, si es que pudo motivarse por la norma y si es que fue capaz de utilizar una racionalidad preventiva, y "exige para la formulación del juicio de culpabilidad la comparación de la actuación del sujeto enjuiciado con la actuación de un hombre medio o un hombre normal"<sup>43</sup>. La segunda, es la llamada teoría normativa pura de culpabilidad, basada en la teoría final de la acción que entiende a la culpabilidad como pura reprochabilidad<sup>44</sup>.

35 Esteban Righi. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2008, p. 301.

36 Edgardo Donna, *Óp. cit.*, p. 68.

37 *Ibidem*, Jiménez de Asúa, L. pp. 354-355.

38 James Goldschmidt. *La concepción normativa de la culpabilidad (Normativer Schuldbegriff) en Fest. Für Frank*, 1930. Véase: Colección: Maestros del Derecho Penal, N. 7. Montevideo Buenos Aires: B de F Ltda., 2007, pp. 83-124.

39 Berthold Freudenthal. *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs zu einem dtsschen Strafgesetzbuch von, 1919, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1922*. Véase: Colección: Maestros del Derecho Penal, N.11, Montevideo -Buenos Aires: B de F Ltda., 2003, pp. 24-36.

40 Reinhard Frank. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. 1907. Véase: Colección: Maestros del Derecho Penal, N. 1. Montevideo- Buenos Aires: B de F Ltda., 2004, pp. 13-25.

41 *Ibidem*, JIMÉNEZ DE ASÚA, L. pp. 354-355.

42 Edmund Mezger. *La culpabilidad en el derecho penal*. (Strafrecht; Allgemeiner Teil; 9). Universidad de Valladolid. 1956, pp. 18-19. *Vid*, Tirant lo Blanch. *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*. Valencia: 2000, p. 52.

43 Paz M. Cuesta Aguado. *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 85.

44 *Ibidem*, Fernández, G. p. 26.

La teoría normativa compleja de culpabilidad fue interrumpida abruptamente por el llamado finalismo, cuando Hans Welzel<sup>45</sup> presenta su teoría final de la acción, cambiando radicalmente los elementos subjetivos de la culpabilidad (dolo-intención y culpa-falta de previsión) a la tipicidad, esto es, la inserción sistemática del dolo y la culpa, al tipo penal, dándoles la categoría de elementos subjetivos del tipo penal.

El finalismo reconoce al hombre como base del sistema penal y el fundamento de la culpabilidad se encuentra en el reconocimiento de la libertad del hombre y su autonomía<sup>46</sup> haciendo que la voluntad de este se dirija a favor del desvalor de su acción.

Aunque la teoría limitada de la culpabilidad intenta "corregir" estos errores, sin duda la mayor objeción se encuentra en la consideración de un libre albedrío vinculante por estructuras lógico-objetivas derivadas de la naturaleza de las cosas<sup>47</sup>, además de la libertad de voluntad del hombre y la posibilidad de su existencia, como posibilidad científica de su demostración.

Aún así, la mayor parte de la doctrina y academia contemporánea contemporáneas, se han adecuado a esta última teoría del delito, por las principales consecuencias sistemáticas del cambio del modelo normativista puro.

C. Roxin<sup>48</sup> critica la culpabilidad de visión finalista por su estructura y concepción, aunque mantiene la reprochabilidad a la que entiende como motivabilidad normal (valor rector de la prevención, necesario para precisar el criterio de la normalidad), "tratándola como un subnivel específico en el tercer estrato del sistema"<sup>49</sup> a la cual redefine como responsabilidad<sup>50</sup>, ya que el concepto de culpabilidad, le resulta difícil de entender<sup>51</sup>.

En esta misma línea de pensamiento G. Jakobs<sup>52</sup> afirma que existe responsabilidad del autor cuando le falta motivación conforme a la norma, esto es, la culpabilidad no es sino, la responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, por lo que, supone falta de fidelidad al derecho<sup>53</sup>.

---

45 Hans Welzel. *Um die finale Handlungslehre*, Verlag J.C.B. Mohr, Tübingen 1949, p. 22; WELZEL, *Aktuelle Strafrechts-problem im Rahmen der finalen Handlungslehre*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1953, p. 15; WELZEL. *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, N.G. Elwert Verlag, Marburg, 1964, p. 19; Welzel. *Derecho penal alemán*. Santiago: Editorial Jurídica Chile.

46 Edgardo Donna, Óp. cit. p. 93.

47 Esteban Righi, Óp. cit., p. 308.

48 Claus Roxin. *La teoría del delito en la discusión actual*. (Traducción de Manuel Abanto Vásquez). Perú: Editora Jurídica Grijley, pp. 297-326.

49 Esteban Righi, Óp. cit., p. 309.

50 *Ibid.*

51 *Ibidem*, Bustos R., J. p. 991.

52 Günther Jakobs. *Derecho penal. (Parte general; Fundamentos y teoría de la imputación)*; traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A, pp. 593-601.

53 Esteban Righi, Óp. cit., p. 310.

En definitiva, bajo estas dos últimas posturas, un individuo es responsable y sujeto de pena o sanción en base a la idea de prevención general positiva, vale decir, la capacidad de actuar conforme a la norma, dando como resultado que la responsabilidad está en función de la política criminal de los estados, que tiene relación con la necesidad o no de la pena, y no viceversa.

Lo trascendente aquí es resaltar que, cualquiera de las teorías de culpabilidad que se escojan, sirven para estructurar una estrategia de acusación o de defensa o teoría del caso dentro del esquema del delito como por ejemplo sería el planteamiento de: TIPICIDAD, una ausencia de elementos del tipo (atipicidad de la conducta) no hay violencia, arma, etc.; ANTIJURIDICIDAD, una causal de justificación (defensa positiva) legítima defensa, mandato de ley, obediencia debida u orden de autoridad; CULPABILIDAD, una causal de inculpaibilidad (error de prohibición vencible o invencible), etc.

Es de relieve hacer notar que todas las escuelas de pensamiento penal y sus tesis o teorías sobre el delito y culpabilidad, han sido observadas, examinadas y juzgadas por la doctrina, particularizando sus debilidades, lo que, hace aún más interesante el conocer estas observaciones como artillero de ataque.

Como consecuencia obvia de lo aquí brevemente expuesto, surge, genera y permite el motivar resoluciones públicas (principio de motivación), principio de oportunidad o de oficialidad (fiscal), y derecho a una defensa técnica, los que en un Estado de derecho son principios, garantías y derechos fundamentales de los seres humanos bajo persecución criminal dentro de un sistema adversarial.

#### **4. El sistema de enjuiciamiento penal adversarial: el litigio oral y la teoría del caso**

El derecho material o sustantivo debe estar dirigido a satisfacer su propia y precisa aplicación, por lo que, se requiere de un proceso que le permita su diligencia, es decir, la determinación de la existencia de un delito y su responsable, con la individualización de su pena.

La existencia de una norma penal, que sancione una conducta, que exista un acto ajustable a esa norma, que tal acontecimiento sea atribuible a una persona, y que ésta, sea culpable sin el amparo de una causal de justificación, debe ser regulada por un procedimiento preciso, oral, contradictorio, transparente, igualitario y célere.

En la misma línea de pensamiento procedimental hay que advertir que el sistema adversarial y el sistema acusatorio (cuyos principios generales son iguales y por ello se los equiparan), difieren en pocos aspectos, como por ejemplo que, en el primero, administran justicia y sentencian los jueces a través de

tribunales (tres jueces, abogados, togados y letrados, por lo general), mientras que son los jurados (grupo de civiles) para el segundo sistema, los que definen la situación de un procesado señalando o no su culpabilidad dando relieve a la confrontación fáctica, haciendo de los hechos son su columna vertebral.

En resumen, los civiles se pronuncian sobre los hechos y los jueces sobre el derecho.

En este sentido, se tratarán como símiles previa la advertencia al lector de la diferencia pre mencionada.

Los principios del *common law*, provenientes de la antigua costumbre, como se mencionó preliminarmente, sólo pueden ser conocidos ("descubiertos") y aplicados ("declarados") en el contexto estrictamente controlado de los procedimientos judiciales<sup>54</sup>-sistema acusatorio puro-. Y los principios jurídicos, tal y como son desarrollados por los tribunales, conforman una serie limitada de reglas emanadas de decisiones anteriores<sup>55</sup>.

Es por ello que, un sistema acusatorio no es sino el conjunto de principios y prácticas no escritas, cuya autoridad no deriva de una manera explícita de una fuente de origen legislativo o ejecutivo<sup>56</sup>, vale decir, judicial.

El *common law* o derecho anglosajón es preponderantemente práctico, no teórico. En su centro está el "*adversary proceeding*" en los tribunales, el que debe entenderse como una confrontación entre dos partes contendientes y distintas, cada una cumpliendo un rol de sujeto procesal, haciendo alegaciones y peticiones en el contexto específico de la controversia<sup>57</sup>.

Las reglas acerca de la administración de justicia, el procedimiento y la prueba, así como las relativas a la ejecución de las decisiones judiciales tienen un interés igual, e incluso superior a las reglas relativas al Derecho sustantivo<sup>58</sup> -contrario a la teoría del delito-, esto es que, las reglas de derecho del *common law*, (menos abstractas que las del *civil law*), son reglas dirigidas a dar la solución a un proceso; no se trata de la formulación de reglas generales para el futuro. Y en este sentido, los tribunales inferiores están obligados a seguir las decisiones de los tribunales jerárquicamente superiores<sup>59</sup>.

Todos los códigos procesales, por lo general, establecen entre sus normas fundamentales disposiciones expresas sobre la aplicación directa de normas

---

54 Nuria Cuadrado Gamarra. Diferencias entre los sistemas romano-germánicos (*civil law*) y de *common law* y su repercusión en la inteligencia artificial. <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/kinesis/comlaw.htm>. (acceso: 28/01/2014).

55 *Ibid.*

56 *Ibid.*

57 *Ibid.*

58 *Ibid.*

59 *Ibid.*

de derechos humanos particularmente la del juicio previo<sup>60</sup>. Un juicio involucre cumplir con un debido proceso<sup>61</sup> esto es, haber agotado técnicamente sus etapas insoslayables, como acusación, defensa, prueba y alegación<sup>62</sup>. En el sistema adversarial generalmente, todo está permitido si no está prohibido por ley<sup>63</sup>.

No obstante el juicio como actuación procesal, constituye "un método legal establecido por ley, que regula sistemática y ordenadamente las etapas y formas en que necesariamente debe practicarse, siendo la ley reglamentaria de los derechos y garantías constitucionales"<sup>64</sup>.

Para cumplir con su fundamento de origen, el juicio debe necesariamente reunir características de jerarquía constitucional, sin importar si la acción es pública o privada.

Así el juicio deberá ser previo, contradictorio, público, imparcial, de jurisdicción natural, oral, simplificado, eficaz, uniforme y de plazo razonable<sup>65</sup>.

Una persona procesada tiene derecho a juicio basado en la medida, ponderación y equilibrio de fuerzas, que termine con una sentencia condenatoria o declarativa de su inocencia (puesta en duda por el procedimiento mismo).

La piedra angular de esta premisa es el principio de legalidad "*Quod nullus sine iudicio ordine iurum valeat*: que nadie pueda ser condenado sin sujeción al procedimiento judicial establecido"<sup>66</sup>.

En esta línea de ideas, el enjuiciamiento adversarial o acusatorio comienza con un hecho o *notitia criminis* la que debe manejarse a través de una teoría o hipótesis, tanto para la acusación como para la defensa del "sospechoso".

La teoría del caso o *theory of case* se comienza a elaborar desde el primer momento de que se tiene conocimiento o noticia del hecho<sup>67</sup> y necesariamente debe contar con una estructura que integre con lógica, claridad y sencillez los hechos, sin necesidad de acudir a avanzados racionios<sup>68</sup>. Una buena teoría

---

60 Cfr. Estatuto de Roma.

61 Entendido como el conjunto de derechos, garantías y principios fundamentales de respeto de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales y la constitución de los estados, un proceso legal y regular.

62 Cfr. Jauchen, *Óp. cit.*, p. 97.

63 World Bank. *Características Claves entre los Sistemas de Common Law y Derecho Civil*. <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/ley-regulacion/common-law-derecho-civil>. (acceso: 28/01/2014).

64 Jauchen, *Óp. cit.*, p. 100.

65 Sobre este tema puede revisarse la amplísima investigación recogida en la obra de Daniel R. Pastor, *El plazo razonable en el proceso del estado de derecha*, Argentina: Editorial Ad-hoc S.R.L., patrocinada por la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, publicada en primera edición en Argentina, octubre del año 2002.

66 Pérez, p. 34.

67 Christian Salas Beteta. *La teoría del caso y las técnicas de litigación oral penal*. <http://cienciaspenalesypraxis.blogspot.com/p/la-teoria-del-caso-y-las-tecnicas-de.html> (acceso: 29/01/2014).

68 *Ibid.*

debe permitir deducir o inferir de manera simple las consecuencias jurídicas de los hechos que la soportan<sup>69</sup>.

Tal como se revisó en el título anterior, la teoría del delito exige que una conducta criminal deba contener una estructura básica –típica, antijurídica, culpable- en estricto orden, para considerarla punible. En cambio, la teoría del caso resalta que la estructura básica de esta deba contener una propuesta fáctica, probatoria y jurídica (no necesariamente en ese orden).

Una característica que debe precisarse es la simplicidad de contenido de una propuesta fáctica, la cual estriba en que ésta deba cubrir la mayor cantidad de hechos de los que componen la causa, de manera que, se puedan exponer en la misma línea de sencillez<sup>70</sup>, incluso con relieve de los hechos no favorables, de tal suerte que, se disminuya el impacto del discurso de contrincante (seguramente esto será una fortaleza).

La teoría del caso debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse o comprender los posibles desarrollos del proceso, sin cambiar radicalmente, porque el cambio de la teoría del caso acaba con la credibilidad de cualquier sujeto procesal<sup>71</sup>, y hace inminente su falta de preparación y conocimiento del hecho. En el litigio oral, la credibilidad es de incuestionable y fundamental importancia.

Se cree equivocadamente que la teoría debe sólo estar presente en la audiencia del juicio público, oral y contradictorio, cuando lo correcto, es que ésta deba esgrimirse como un argumento válido en las audiencias preliminares en las cuales se debaten derechos fundamentales, como cuando se conocen los cargos en la audiencia de formulación o se acepta la imputación en la respectiva audiencia de juicio abreviado, o en la etapa intermedia<sup>72</sup>. La teoría del caso se diseña y alimenta desde el momento en que se asume el caso: a partir de allí se construye de manera secuencial, ordenada y probatoria<sup>73</sup>.

El juicio oral es el eje central del proceso adversarial, no porque toda investigación debe terminar en juicio oral, sino porque las decisiones más importantes del proceso deben ser asumidas en función de lo que se conseguiría en el juicio oral, y la teoría va dirigida a ello.

La teoría del caso debe ser suficientemente jurídica, y de manera obligatoria llevar consigo una propuesta en este sentido, tanto para quien acusa (fiscal) como para quien defiende (defensor).

---

69 *Ibid.*

70 Carlos Felipe Sánchez Lugo. *La teoría del Caso*. [http://cispa.gov.co/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=85&Itemid=34](http://cispa.gov.co/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=85&Itemid=34). (acceso: 29/01/2014).

71 *Ibid.*

72 *Ibid.*

73 Arsenio Oré Guardia y Giulliana Loza Avalos. *Teoría del Caso*. [http://www.alfonsozambrano.com/doctrina\\_penal/141009/dp-teoria\\_caso\\_peru.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/141009/dp-teoria_caso_peru.pdf) (acceso: 29/01/2014).

Quien acusa debe señalar los hechos y su conexión con el autor, y la manera cómo va a probarlos, pero fundamentalmente, la tipificación, esto es, el señalamiento del delito y sus elementos, además del grado de participación y la pena. También debe hacerlo para desvirtuar "jurídicamente" la defensa<sup>74</sup>.

Ahora, si la defensa expone una teoría defensiva afirmativa o positiva –legítima defensa-, ésta también se encuentra obligada a justificar "legalmente" sus requisitos jurídicos<sup>75</sup>, y la acusación debe desvirtuarlos fáctica, probatoria y jurídicamente.

Nótese que la defensa podría, en otro sentido, solo crear una duda razonable<sup>76</sup> como tesis, o sobre el hecho, o la responsabilidad (culpabilidad) del procesado<sup>77</sup> o sobre los elementos jurídicos del delito<sup>78</sup>.

Pero qué es lo jurídico o la base jurídica en el enjuiciamiento adversarial. La respuesta en base del principio de legalidad se bifurca en dos aspectos.

El primer aspecto responde justamente a la teoría del delito, en cuanto a que la propuesta jurídica de la acusación es la exposición de los elementos del delito, esto es: I. TIPICIDAD: el tipo penal (homicidio), su tipificación (descripción de la conducta, dar la muerte), elementos objetivos (sujeto activo, pasivo, núcleo, elementos normativos, etc.), elementos subjetivos (dolo culpa); II. ANTIJURIDICIDAD: formal y material (existen o no causas de justificación); y, III. CULPABILIDAD: imputabilidad, exigibilidad de la conducta, conocimiento de la antijuridicidad. También es importante plantear el grado de participación de procesado (autor, cómplice, partícipe). Finalmente, la pena y su gradación (mínimo-máximo) de existir atenuantes o agravantes, respectivamente.

Todos estos conceptos son teóricos normativos y se revisan en la teoría del delito y teoría de la pena. Es decir, para la propuesta jurídica, necesariamente debe conocerse teoría, de suerte que se conciba y proponga legítimamente.

Visto desde la defensa, debe manejarse la teoría del delito para conocer y presentar una defensa afirmativa, es decir, que el acusado actuó legítimamente, conforme lo ordena la ley, el derecho. Incluso puede presentarse una tesis de exclusión de culpabilidad por inexigibilidad de la conducta. Error o coacción moral, psicológica o física, son estrategias también respetables dentro de la teoría del delito.

---

74 Es posible que la defensa reconozca el hecho, pero pida la mínima sanción porque ha justificado atenuantes. No se olvide que las atenuantes son de carácter legal y modifican notoriamente la pena. También puede darse el supuesto en que la defensa sostenga que el procesado no es autor, sino cómplice, de manera que la pena sea del cincuenta por ciento.

75 Los tres elementos legales de la legítima defensa son: 1. Actual agresión ilegítima 2. Necesidad racional del medio empleado 3. Falta de provocación suficiente.

76 Dentro del sistema anglosajón es *reasonable doubt*: duda razonable o fundada sobre el hecho o el responsable de tal, cuya existencia justifica dictar un veredicto absolutorio por parte del jurado.

77 Puede alegarse error de prohibición: vencible o invencible.

78 Puede exponerse error de tipo: vencible o invencible. Incluso atipicidad de la conducta por falta de algún elemento.

El segundo aspecto se centra en la propuesta probatoria de la teoría del caso, y esta debe actuarse conforme a la ley, vale redundar, legalidad probatoria (requisitos de obtención) que incide en la calificación de la conducta. Todo procedimiento debe limitarse dentro de los lineamientos definidos en el debido proceso, ya que cualquier vulneración, afectarán los derechos del procesado.

Todo el razonamiento jurídico se soporta en el principio de legalidad y por tanto, debe poder llenar, desde el punto de vista del acusador, todos los elementos de la conducta punible y de la culpabilidad desde los presupuestos de legalidad probatoria.

Desde el punto de vista del defensor, debe determinar la falta de un elemento de la conducta o de la responsabilidad como se ha expuesto, pero además debe pronunciarse sobre los antecedentes jurisprudenciales que fijan el alcance de la norma procesal o la violación o inexistencia de los procedimientos que garantizan la autenticidad o admisibilidad de los medios de prueba (cadena de custodia)<sup>79</sup>.

Un buen ejemplo de este aspecto recae en la prohibición de autoincriminación<sup>80</sup> vía coacción que, a más de ser de corte constitucional nacional, también lo es en el campo internacional, teniendo un origen en los derechos humanos, referidos a proteger la dignidad y libertad del género humano, tal es así que, el artículo 8 número 2 letra g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos,<sup>81</sup> establece el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, *nemo tenetur se ipsum accusare* (nadie tiene que acusarse a sí mismo)<sup>82</sup>, entendido claro está dentro de enjuiciamiento penal.

Aunque la jurisprudencia nacional e internacional tiene criterios para entender a la autoincriminación en las diferentes etapas del proceso y sobre todo en los métodos (legales o no)<sup>83</sup> de llegar a ella, la idea aquí más bien intenta aclarar su contenido dentro del contexto procesal adversarial penal.

Algunas posiciones doctrinales sostienen argumentativamente que la autoincriminación no es otra cosa que la confesión del acusado para facilitar la tarea

---

79 Christian Salas Beteta. Óp. cit.

80 La autoincriminación es plenamente válida cuando es libre y voluntaria y no será el único medio para obtener una sentencia condenatoria.

81 Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se encuentra reconocida dentro del boque de constitucionalidad ecuatoriano en sus artículos 424 y 425 aprobada por la Asamblea Constituyente del año 2008. (Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial número 449, de 20 de octubre del año 2008).

82 Cfr. Carlos Alberto Carbone. Medidas coercitivas "En cuerpo y alma" del imputado frente a la prueba ante la prohibición de autoincriminación. *Revista de Derecho Procesal Penal* (2006-2): la injerencia en los derechos fundamentales del imputado. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2006, p. 190.

83 Los llamados métodos legales son los establecidos en las normas procesales como por ejemplo los acuerdos reparatorios, suspensión condicional de procedimiento, procedimiento abreviado, etc., y los métodos no legales son los que provienen de coacción moral, psicológica o física como la tortura.

del fiscal o del juez (según fuere del caso o sistema penal) y beneficiarse de una condena "más justa" incluso la aplicación de atenuantes, lo que permite ciertos acuerdos previos a veces cuestionables al objetivo de una persecución criminal.

En todo caso, la mayoría de posturas frente al tema son unánimes en apuntalar que la autoincriminación será válidamente admitida, siempre y cuando sea libre y voluntaria, esto es, sin vulneración de la libertad física o psíquica del acusado, vale decir, será jurídica y procesalmente valorada si es hecha sin coacción de naturaleza alguna<sup>84</sup>. Ambos, el acusado y la coerción penal, ante los fines del proceso, generarán siempre conflictos,<sup>85</sup> y de esto no cabe la menor duda.

La facultad de declaración de un acusado dentro de un proceso de naturaleza penal, "...está conformada por dos caras de una misma moneda: por un lado, por el derecho que posee para "hablar" -el cual no es otro que el derecho a ser oído; y por el otro, por su derecho para "callar" -o bien llamado "derecho al silencio"<sup>86</sup>.

Si se toma en cuenta que en un sistema acusatorio penal la base es el juicio oral<sup>87</sup>, entonces la declaración incriminatoria será válida siempre y cuando sea presentada ante juez de garantías penales, para que surta efectos jurídicos de palabra judicial, ya que ésta es prueba, y como tal, debe ser solicitada, ordenada, practicada e incorporada en juicio, *in contrario sensu*, las evidencias recogidas previamente aun cuando no sean producto de coacción moral, física o mediante engaños, no tendrán valor probatorio alguno, si el acusado se declara inocente o se acoge al silencio<sup>88</sup> frente a su juez natural en audiencia.

En la mayor parte de ordenamientos se reconocen las declaraciones autoincriminatorias como circunstancias atenuantes de la pena, es decir, para una rebaja en caso de sentencia condenatoria.

De lo dicho, la autoincriminación funciona como medio de defensa material y técnica, esto es, como herramienta de ayuda a la justicia en el esclarecimiento de la verdad material (derecho de la víctima a conocer la verdad), denota arrepentimiento y además beneficia en la aplicación de una pena, ya que fun-

---

84 Ver nota al pie 1. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8, número 3.

85 Cfr. Carbone, p. 188.

86 María del Mar Niño, disponible en: <[http://www.ciberjura.com.pe/index.php?option=com\\_content&task=view&id=3769&Itemid=26](http://www.ciberjura.com.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=3769&Itemid=26)> (último acceso: 30 de diciembre del año 2009). El silencio como contrapartida del lenguaje procesal también posee su significación como la otra cara de la moneda, y por ende se constituye en palabra también. El silencio y un lenguaje apropiado definen la expresión verbal del poder, al igual que se constituyen en una de las condiciones necesarias del arte dramático, según Tedesco Guardar silencio es en sí mismo un acto de comunicación humana, incluso dentro del reino animal (ritual de cazar una presa), es un arte de hablar. En: Ignacio F. Tedesco. *El acusado en el ritual judicial: ficción e imagen cultural*. 1era. Ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007, p. 275.

87 Alberto Bovino. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. 1ra. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

88 Acogerse al silencio necesariamente involucra una declaración tácita de inocencia que debe ser destruida por la acusación oficial.

ción como atenuante de comportamiento (teoría del delito). Sin embargo, la autoincriminación no viola el principio de inocencia (derecho constitucional), ya que éste solo puede ser puesto en duda por el acusador oficial (derecho adversarial) y en juicio debe ser quebrantado por la sentencia en firme (derecho procesal), todo ello sustentado en la piedra angular llamada principio de congruencia<sup>89</sup>.

En este aspecto y en cuanto al derecho anglosajón, el derecho al silencio o la no autoincriminación se encuentra reconocido por la V enmienda de la Constitución americana, en cuanto establece el "no ser compelido a ser testigo contra uno mismo", (*No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*) mismo que tiene una vertiente reconocida a partir de 1965 por la Corte Suprema de ese país, derivado del fallo "Griffin versus California"<sup>90</sup> en el cual además se llegó a alcanzar como inferencia lógica de la argumentación jurídica, que tampoco puede hacerse determinado comentario o sacarse conclusión alguna, a partir del silencio adoptado por el acusado<sup>91</sup>.

No debe olvidarse frente a este razonamiento que hay una máxima que dice "*nemo inauditus condemnetur*" (No puede nadie ser condenado sin ser oído, previamente)<sup>92</sup>.

Así, si el actor de un juicio no prueba, aunque se declare culpable, se absuelve al demandado así el aforismo sempiterno (*actore non provente, reus absolvitur*)<sup>93</sup> aun cuando éste se haya autoincriminado a través de la palabra judicial en la etapa de investigación o en la de juicio.

De lo revisado se puede evidenciar la serie de eslabones que forman parte de la cadena del sistema de persecución penal, es decir, la teoría del delito y teoría del caso, dentro de un procedimiento penal.

Recuérdese que en el sistema adversarial, el que administra justicia (delibera y sentencia), luego de un juicio oral y contradictorio, es un tribunal (tres jueces), quienes son abogados conocedores del derecho penal, y no personas o ciudadanos civiles que desconocen el derecho, lo que obliga tanto a la acusación como a la defensa, a plantear mecanismos teóricos, coherentes a su propuesta jurídica, para el convencimiento de "juristas" no civiles.

---

89 El Principio de congruencia es la columna vertebral en un proceso acusatorio, ya que delimita la correlación de la acusación, la defensa y el fallo final. Verbigracia, si la acusación oficial es por homicidio simple (dolo), y el acusado plantea la tesis de ser autor de homicidio inintencional (culposo) y se autoincrimina por este último, la sentencia no podrá establecer su responsabilidad penal sino por el que llegare a probar el acusador oficial, ya que el testimonio autoincriminatorio no tiene validez probatoria porque es incongruente con la tesis de acusación.

90 Xavier F. Andrade, *Óp. cit.*, p. 138.

91 Artículo de María del Mar Niño, de 8 de mayo del año 2008, ver nota al pie 13: Andrade, p. 58.

92 Pérez, *Óp. cit.*, p.55.

93 Pérez, *Óp. cit.*, p. 37.

## **5. Necesidad de la armonización de las teorías: a manera de conclusión**

Las ciencias del derecho evolucionan y desarrollan presupuestos lógicos de aplicación permanente, para alcanzar fines que pueden entrar en el campo de la política criminal de un Estado.

Hacer definiciones doctrinarias, jurídicas y prácticas resulta inoficioso en el derecho penal, procesal y sistema adversarial, ya que tanto unas como otras poseen cualidades y efectos jurídico-sociales muy distintos, por lo que, en este caso son, discordes y divergentes. Catalogar y definir a las teorías del delito y del caso como especialistas en un determinado tema o no, es justamente la evidencia que hasta el momento provoca desatinos.

La generalización puede ser indiscreta y servil en casos concretos, provocando imprecisiones de interpretación judicial. La individualización en el caso concreto, parece ser lo indicado al tratar de armonizar las dos teorías.

Para tener relieve jurídico-penal la teoría del delito cobra vida en la propuesta jurídica de la teoría de caso y viceversa, sin ser tratadas como equivalentes.

Lo anterior, explica también que existen soluciones –fallos- muy diversos que, con criterio poco razonable, sean controversiales y tímidos en la explicación, esto coherente con la eterna lucha de dogmáticos versus procesalistas, que tienden a radicalizar sus posiciones jurídicas. El juez debe hacer una valoración jurídica del caso concreto para aplicar la norma penal adecuada.

Es claro que, aunque conceptualmente y esencialmente distintas las dos teorías por su origen, son términos equiparables en la norma procesal, por la forma que se encuentran entendidas, además de armónicas en un sistema de adversarios.

Desde el surgimiento de la humanidad y la propia evolución del ser humano han generado múltiples investigaciones dirigidas a explicar el comportamiento de este y sus esferas endógenas y exógenas, algunas ciertamente controversiales, otras aceptables; y otras que, aún no responden sus propios cuestionamientos. Las dos teorías van dirigidas a encontrar la justificación del derecho a castigar.

Como consecuencia del derecho a defenderse, técnicamente (derecho a una defensa técnica, letrada, dogmática), surge el derecho a ser oído en cualquier momento, anclado al derecho a estar informado de manera previa, clara, oportuna y precisa de la imputación de cargos, de tal suerte que pueda explicar o contradecir los fundamentos tanto "fácticos" como "jurídicos" de la investigación formal o de la acusación, ya en el juicio. Incluso esta facultad se amplía cuando existen medidas coercitivas personales dictadas en su contra, así el imputado podrá explicar las razones jurídicas o de arraigo social, por las

cuales no deben ser ordenadas en su perjuicio, y esto responde a una propuesta jurídica, que forma parte de la teoría del caso<sup>94</sup>.

Este derecho hace posible el principio de intermediación, en el cual el juez es el árbitro que observa directamente la contienda jurídica y fáctica expuesta por el fiscal y refutada por el imputado y viceversa (principio de contradicción). De ese choque de partes, saldrá la opinión objetiva de valoración judicial. Pero ésta desarrolla ímpetu, en el momento que la discusión de hechos se confronta con los jurídicos, en igualdad de condiciones procesales<sup>95</sup>.

No se olvide que el sistema acusatorio parte de la honestidad y lealtad procesal que son los estandartes donde se afianza, son sus espacios de apogeo. Entre más clara, precisa e imparcial la información sobre la persecución, más confiabilidad en el sistema.

Si declarar libremente sobre los hechos imputados al procesado, como el dar las razones o explicaciones que según su criterio le asisten para lograr una decisión jurisdiccional a su favor, son derechos de defensa (derecho a ser oído), entonces entender los cargos también forma parte de una actividad procesal que resulta imprescindible<sup>96</sup> para los fines del proceso y la obtención de la verdad sustancial<sup>97</sup>.

Como corolario de estar debidamente informado y entender la imputación, deviene el derecho a preparar la defensa con el tiempo y medios suficientes, además del derecho a la contradicción, pero fundamentalmente esto permite la operatividad y el respeto del principio de congruencia que es "*la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto, teniendo en cuenta todos los elementos individualizadores de tal objeto: los sujetos que en él figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila.*"<sup>98</sup> Por ello la sentencia, es de carácter jurídico, debe estar en conformidad o ser congruente con la acusación, "*sententia debet esse conformis libello*" y dando valoración al aforismo jurídico que respalda lo dicho es "*Iudex iusta alligata et probata iudicare debet*: el juez debe juzgar de acuerdo a lo alegado y lo probado"<sup>99</sup> lo que se conoce en el derecho anglosajón como *Theory of pleading doctrine*<sup>100</sup> bajo los presupuestos no solo de hecho, sino de doctrina. Esta es una repuesta valorativa.

94 Xavier F. Andrade, Óp. cit., p. 139.

95 *Id.*, p. 132.

96 Cfr. Clariá Olmedo, Óp. cit., p. 146.

97 La verdad sustancial es el descubrimiento objetivo del hecho y su responsable, la verdad formal se verifica por las manifestaciones formales esgrimidas por las partes, véase nota al pie Clariá, p. 120.

98 Julián Horacio Langevin. *Nuevas formulaciones del principio de congruencia: correlación entre la acusación, defensa y sentencia*. 1ra. ed. Argentina: Fabián J. Di Plácido Editor, 2007, p. 31.

99 Pérez, Óp. cit., p. 51.

100 Principio por el cual una parte debe probar lo que alega.

Los derechos del procesado aquí revisados rápidamente en este estudio, no son todos los que forman parte del debido proceso, ni tampoco los más importantes, son simplemente ejemplificativos de las variables de estudio, dentro de un proceso de investigación y juzgamiento. Ojalá pudieran surgir visiones más lúcidas, amplias y precisas acerca de otros derechos fundamentales que permitan transformar la realidad procesal por simple o pequeña que esta fuera.

Varias hipótesis se han sostenido sobre la incompatibilidad del derecho anglosajón y el continental europeo que, en su momento de surgimiento, han sido aceptables. Sin embargo, la mayoría han sido reformuladas por el desarrollo propio de la ciencia jurídica y procedimental, o la cada vez más necesaria y directa influencia del sistema acusatorio en las legislaciones procesales latinoamericanas ante el fracaso del sistema inquisitorial y el evidente desatino de sus postulados.

Se sostiene con justa razón que, la necesidad de juzgar hombres por medios más rápidos, directos, precisos, efectivos y justos, nace de la exigencia social de ambas vías, derechos humanos y estado de seguridad, ya que de una u otra la forma la política criminal se nutre de estas exigencias, a veces irreconciliables, y obliga a los científicos jurídicos a construir escenarios más legítimos, puros y cálidos que le permitan al procesado entender la realidad de su tormento, privación de su libertad. Esta es el alma de la administración de justicia penal.



# La responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares

Luis Parraguez Ruiz

## Resumen

Con fundamento en el estándar de la buena fe se predica que la fase precontractual impone una serie de deberes de distinta naturaleza cuya infracción da lugar a responsabilidad civil. El Código civil ecuatoriano no ha previsto esta categoría de deberes y ha reducido la exigencia de la buena fe a *la ejecución* del contrato. No obstante, hay razones para sostener esta responsabilidad en el ordenamiento nacional. Aceptado aquello la cuestión a dilucidar es la naturaleza de dicha responsabilidad punto en el cual la doctrina ofrece diferentes tesis, prevaleciendo el criterio de que se trata de una hipótesis de responsabilidad extracontractual, lo que permite sustentarla en el derecho nacional con apoyo en los artículos 2214 y siguientes del Código civil.

Palabras clave: buena fe, tratativas, deberes precontractuales, deber de información, responsabilidad precontractual, culpa *in contrahendo*

## Abstract

Based on the standard of good faith, it is preached that the pre-contractual stage imposes a number of duties of different nature which violation gives rise to civil liability. The Ecuadorian Civil Code does not provide this category of duties and has limited the requirement of good faith to the execution phase of the contract. However, there are reasons to hold the existence of this responsibility in the national system. If that is accepted, the question to be resolved is the nature of the liability. On this point, the doctrine offers different thesis and the prevailing view that this is a type of tort. Articles 2214 and following of the Civil Code support this hypothesis in national law.

Keywords: good faith, negotiations, pre-contractual duties, duty to inform, pre-contractual responsibility, pre-contractual liability.

---

\* Doctor por la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho civil y decano del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

## Sumario

**I.** Precisión de lo "precontractual": **1.** El período de las meras tratativas o tratos preliminares; **2.** El período de la oferta contractual; **3.** Los acuerdos de intenciones; **4.** La situación de los contratos *ad referendum* o claudicantes; **5.** Exclusión de los precontratos o contratos preparatorios.- **II.** El entorno dogmático del estándar de la buena fe.- **III.** El tratamiento reductor del artículo 1562 del Código civil.- **IV.** El deber de buena fe en la fase preparatoria del negocio.-**V.** La responsabilidad precontractual. Los deberes precontractuales. **VI.** Naturaleza jurídica de esta responsabilidad: a) tesis de la responsabilidad contractual; b) tesis de la responsabilidad extracontractual; c) tesis de la responsabilidad precontractual; d) La posible concurrencia de los tipos de responsabilidad. **VII.** Una breve mirada al caso NIFA S.A. vs Merck Sharp & Dohme.-

## Summary

**I.** Accuracy of precontractual elements: **1.** Period of preliminary negotiations or preliminary agreements; **2.** Offer; **3.** The intention to create legal agreements and agreements to agree; **4.** Ad referendum agreements ; **5.** Exclusion of precontracts or preliminary agreements.- **II** The standard of good faith.- **III** The reductive treatment of Article 1562 of the Civil Code.- **IV** The good faith in the preliminary phase of the negotiation.- **V** The precontractual liability. Precontractual obligations. **VI** Legal nature of the liability: **a)** Contractual liability; **b)** Torts; **c)** Precontractual liability; **d)** Concurrence of liability. **VII.** A brief look at the case NIFA SA Merck Sharp & Dohme vs from the perspective of pre-contractual liability.

## I. Precisión de lo "precontractual"<sup>1</sup>

Con frecuencia el perfeccionamiento de algunos contratos se consuma de manera instantánea, en *un solo acto*, en el que la oferta o propuesta negocial que lanza uno de los interesados en el negocio va seguida de inmediato por la aceptación del destinatario, quedando de esta manera estructurado el acuerdo de voluntades que da vida jurídica a los contratos que, por eso mismo, se

<sup>1</sup> Fue von Ihering (*De la culpa in contrahendo o de los daños e intereses en las convenciones nulas o inconclusas*, 1860) quien primero observó las propiedades jurígenas de un período precontractual, al analizar la posibilidad de resarcir los daños ocasionados en esta fase, en el derecho romano. Concluyó que el caso parecía ser de responsabilidad extracontractual, pues o se trataba de un contrato no perfeccionado o declarado nulo, mas ello no era admisible en el régimen de daños de la *lex aquilia*. Tampoco podía serlo de responsabilidad contractual pues en el evento de nulidad debe entenderse que el contrato no ha existido, no obstante lo cual se inclinó por esta última posibilidad teniendo en cuenta que la nulidad si bien impide ejecutar el negocio no excluye una eventual indemnización de los perjuicios. Ver Noemí Lidia Nicolau: *Fundamentos de derecho contractual. Teoría general del contrato*, Tomo I. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 122 y 123.

denominan *consensuales* (artículo 1459 Cc) y que constituyen el régimen ordinario en nuestro sistema civil. Algo similar ocurre con los contratos *reales*, que se perfeccionan por la entrega de la cosa, y en los cuales el consentimiento va de la mano con su entrega y recepción.<sup>2</sup>

Esta inmediatez de la aceptación de la oferta es la regla general contemplada en el artículo 141 del C. de comercio para los casos de oferta verbal, es decir, aquella que se emite *entre presentes* ("Para que la propuesta verbal de un negocio obligue al proponente, debe ser aceptada inmediatamente por las persona a quien se dirige"). Por asimilación, y bien entendida la norma del artículo 11 de la Ley de Comercio electrónico, debe asumirse que, dadas sus características, es del mismo tipo la propuesta que se expide por vía electrónica.<sup>3</sup>

Ahora bien, esta formación *instantánea* comúnmente tiene lugar cuando se trata de contratos relativamente sencillos, de escasa importancia económica, relativos a bienes y servicios simples de ordinario intercambio, que por esas características han adquirido una especie de *formato social* y no suelen, por lo mismo, demandar mucha discusión. También tiene lugar en aquellos con condiciones predispuestas, ordenadas por una de las partes, en los que la discusión queda de antemano y por definición excluida, modalidad negocial que se ha instalado con creciente importancia en el comercio contemporáneo.

Pero no es menos frecuente que la construcción del contrato se vaya desarrollando en forma progresiva. En algunas ocasiones ello se debe a que la propia ley impide el perfeccionamiento instantáneo al exigir o la observancia de ciertas formas, como el otorgamiento de una escritura (contratos solemnes), o determinadas esperas como sucede en los casos de oferta escrita a que se refiere el artículo 142 del Código de comercio,<sup>4</sup> lo que dilata el perfeccionamiento contractual. En otros casos la formación progresiva obedece a que los propios interesados deciden comenzar el tránsito negocial con una fase de conversaciones o tratos preliminares, tratativas o tanteos (*les pourparlers* de la doctrina y jurisprudencia francesas), porque, como señala un autor, "ambas partes están de acuerdo en que no están de acuerdo"<sup>5</sup> y por consiguiente se hace indispensable exponer y examinar las pretensiones de cada una sin la intención todavía de contraer un compromiso en regla.

---

2 En el caso particular del contrato real de mutuo la entrega constituye, además, la *tradición* de la cosa que se da en préstamo (artículo 2100 Cc).

3 En efecto, el artículo 11 de la Ley de Comercio electrónico dispone que, salvo pacto en contrario, se presume que el mensaje de datos se emite cuando ingresa "en un sistema de información o red electrónica que no esté bajo el control del emisor o de la persona que envió el mensaje o del dispositivo electrónico autorizado para el efecto"; y que se recibe cuando ingresa "al sistema de información o red electrónica señalado por el destinatario."

4 En tales casos el destinatario de la oferta dispone de 24 horas para aceptarla o rechazarla, si las partes residen en la misma plaza, lapso durante el cual queda suspenso el perfeccionamiento del contrato.

5 Luis P. Leiva Fernández: *Responsabilidad precontractual*. En El Derecho de los contratos en los umbrales del siglo XXI. Memorias de las Jornadas Internacionales de Derecho de Contratos, celebradas en La Habana, Cuba, en el período 2001-2007. Leonardo Pérez Gallardo, Coordinador. MP Editora, Sao Paulo, 2007, p. 394.

La sentencia de 19 de diciembre de 2006 de la Corte Suprema de Colombia se refirió precisamente a esta segunda modalidad de formación del contrato:

"...cumple advertir que la formación del contrato implica, en no pocas ocasiones, una fase preparatoria, en desarrollo de la cual los interesados progresivamente definen los términos -principales y accesorios- del contrato mismo que se pretende celebrar, en aras de explicitar su voluntad de cara al respectivo negocio. Sólo en el evento de que la *intentio* de los participantes sea positiva y coincidente respecto de las bases por ellos proyectadas, se estará en presencia de un acuerdo de voluntades que, en el caso de los contratos consensuales, determinará su celebración o, tratándose de los contratos solemnes, exigirá para su cabal perfeccionamiento, la satisfacción de las correspondientes formalidades legales. Si la voluntad de los interesados, o de alguno de ellos, es negativa, o disímil en algún punto -determinante- materia del negocio, no tendrá lugar el surgimiento o floración plena del contrato en el cosmos jurídico."

Ahora bien, ese camino -o *iter*- negocial puede estar circunscrito a simples tratos preliminares o "tratativas", mediante los cuales los intervinientes, de ordinario, básicamente exploran recíprocamente sus posiciones e intereses en relación con el potencial contrato. Esos contactos o acercamientos, si bien -incluso- pueden conducir al logro de acuerdos respecto de ciertos y específicos puntos, no suponen, inexorablemente -o *in toto*-, la celebración del contrato propiamente dicho, el que es corolario de un acuerdo más definido alrededor de sus elementos esenciales y, por contera, vinculante, merced al establecimiento de aspectos neurálgicos en la respectiva esfera negocial."<sup>6</sup>

En esta fase se desenvuelve entonces un curso de discusión durante el cual los interesados formulan declaraciones que obviamente son *precontractuales*; y en el que es posible identificar dos momentos:

## 1. El período de las meras tratativas o tratos preliminares

El período de las meras tratativas o tratos preliminares, que se inicia con los primeros contactos o aproximaciones de los interesados respecto del negocio que tienen en mente,<sup>7</sup> y concluye con la expedición de la propuesta u oferta de contrato.

El propósito durante este período es muy variado: hacer cálculos y valorar posibilidades, "para señalar los eventuales términos en los que cabría o conveniría concluir el contrato; pero sin proponer en firme una a la otra su conclu-

6 Exp. N° 1998-10363-01, *Aircraft Maintenance Service Corp. vs Aerovías Nacionales de Colombia S.A., Avianca Vlex.*

7 La precisión de este momento de inicio de la fase precontractual se debe al jurista italiano Gabrielle Faggella, pues para Ihering, el padre de la doctrina de la responsabilidad precontractual, comienza con la formulación de la oferta.

sión en tales o cuales condiciones definitivamente determinadas”<sup>8</sup>, o “llegar a un acuerdo sobre las condiciones generales del contrato”<sup>9</sup>, o “reconocer los puntos de divergencia, buscar soluciones idóneas, moderar las pretensiones contrapuestas, resolver el conflicto de los intereses opuestos; o bien, resolver problemas técnicos de difícil solución que requieren el auxilio de expertos antes de asumir un compromiso.”<sup>10</sup>

Es muy posible que en el curso de estas tratativas los interesados lleguen a ciertos acuerdos sobre determinados aspectos del contrato –p. ej., el precio de la compraventa, la calidad de la mercadería, o la forma de entrega -, pero esos consensos se caracterizan por ser *parciales* (carácter determinante en el caso de los contratos consensuales, porque de ser completos estarían perfeccionados el consentimiento y el contrato), y ordinariamente *provisionales*, expuestos por tanto a modificaciones según el curso de las conversaciones, siempre, claro está, que no se pacten de tal manera que produzcan una razonable confianza de que se encuentran consolidados. Esto último ocurre usualmente en materia de contratos solemnes, en los que se aprueban de manera definitiva todos los elementos del negocio quedando pendiente sólo el cumplimiento de la forma para que se perfeccione el negocio.

## 2. El período de la oferta contractual

El período de la oferta contractual, es decir, de la propuesta seria y completa del contrato. Seria, porque lleva la intención del oferente de obligarse; y completa,<sup>11</sup> o *suficientemente precisa*, exigencia esta última que prefiere la Convención de Viena,<sup>12</sup> porque está dotada de los elementos esenciales del contrato que se propone (p. ej., la cosa y el precio en el contrato de compraventa), de tal manera que baste la simple aceptación de la persona a la que va dirigida, para que el contrato consensual quede perfecto (artículo 145 del Código de comercio).<sup>13</sup> En los contratos solemnes, aunque se haya producido

8 Manuel Albaladejo: *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*. Edisofer SL, 13ª. edición, Madrid 2008, p. 377.

9 Manuel Risueño F.: *De las obligaciones precontractuales*.” En Revista de Derecho y Jurisprudencia, edición bicentenario: *Doctrinas esenciales. Derecho civil. Contratos*, Tomo I (Manuel Tavolari, Director). Ed. Thomson Reuters Puntotex, 2010, p. 452.

10 Luigi Ferri: *Lecciones sobre el contrato*. Traducción de Nélvor Carreteros Torres. Ed. Andrés Bello, 2006, p. 29.

11 Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga: *Derecho civil. Tomo IV, Fuentes de las obligaciones*. Ed. Nascimento, Santiago, 1942, p. 79.

12 Esta es regla contemplada en el artículo 14.1. de la Convención de Viena: “La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos. 2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.”

13 Von Thur se refiere a la oferta como “la declaración de voluntad recepticia por medio de la cual una

aceptación de la oferta, la fase precontractual se extiende hasta el cumplimiento de las solemnidades que los perfeccionan, pues mientras ello no ocurra todavía no hay contrato.

Gabriel Fagella (*De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta construcción científica*, Nápoles 1906), quien se encargó de dar amplitud a la doctrina de la responsabilidad precontractual a partir de la más restringida propuesta de Ihering sobre la culpa *in contrahendo*,<sup>14</sup> identifica un tercer momento, que ubica entre los tratos preliminares y la emisión de la oferta: el período de preparación de la oferta,<sup>15</sup> en el que una de los interesados, o ambos, recogiendo algunos puntos de encuentro, van dando forma a una oferta sin emitirla todavía. A mi juicio esta nueva fase identificada por el jurista italiano se inscribe todavía en las tratativas preliminares, aunque evidencie un grado mayor de avance, porque las partes ya han concluido las discusiones. Lo digo así porque este progreso prenegocial no gravita significativamente en la eventual responsabilidad ulterior (o al menos no más de lo que pueden incidir otros avances en esta etapa), como se verá más adelante.

### 3. Los acuerdos de intenciones

Frecuentes en la práctica para preparar la celebración de un contrato, estas declaraciones carecen de un perfil definido de tal modo que pueden asumir distintas naturalezas en función de sus contenidos específicos en cada caso, lo que ha motivado diferentes percepciones doctrinarias. Son pactos mediante los cuales las partes se comprometen a llevar adelante las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato cuyos elementos esenciales no están suficientemente determinados y que por alguna razón no están en condiciones de celebrar actualmente. Si se trata solamente de eso no hay dudas de que constituyen una forma de tratativas no vinculantes, que deben ubicarse en la fase precontractual, posición que parece prevalecer en la doctrina jurídica;<sup>16</sup> pero si el compromiso es asumido con fuerza obligatoria respecto de un contrato que está perfectamente configurado en el acuerdo y se reúnen

---

persona propone a otra la celebración de un contrato, en términos tales, que para que éste quede cerrado basta con que el destinatario de la oferta la acepte. Esto quiere decir que la oferta ha de ser lo bastante completa y precisa para que de ella se derive con la suficiente claridad el contenido del contrato futuro. La oferta ha de contener todos los requisitos esenciales del negocio, los *essentialia negotii*..." (*Tratado de las obligaciones*. Traducción de W. Roces. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Ed. Comares, Granada, 2007, pp.107-108..

14 En efecto, Ihering había limitado su estudio sobre la responsabilidad precontractual al caso de falta de perfeccionamiento y nulidad de un contrato (Ver nota 1).

15 Isabel M. Zuloaga Ríos: *Teoría de la responsabilidad precontractual. Aplicaciones en la formación del consentimiento en los contratos*. Ed. Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, pp. 27-28).

16 En este sentido se pronunció la sentencia de 11 de abril de 200 del Tribunal Supremo de España, en la que se dijo que el acuerdo de intenciones es "un acuerdo futuro que no llega, por falta de configuración definitiva, al precontrato unilateral que es la opción y constituye jurídicamente unos tratos preliminares que no vinculan en su eficacia contractual.": "

además las circunstancias del artículo 1570 Cc, el acuerdo constituye una verdadera promesa de contratar.

#### 4. La situación de los contratos *ad referendum* o claudicantes

Hay ocasiones en que la declaración de voluntad de uno o ambos contratantes necesita ser integrada por otra declaración de voluntad, en forma de asentimiento o aprobación. Se habla entonces de contrato *ad referendum* o claudicante, de estructura compleja que combina declaraciones de voluntad distintas puestas al servicio del interés de uno de los agentes o de terceros por quienes actúan los que emiten la declaración.<sup>17</sup> Para algunos se estaría en presencia de un contrato sujeto a una *conditio iuris*. En el esquema de los negocios complejos empleado por Betti, en cambio, encajaría en la hipótesis de "negocio unitario que consta de varias declaraciones"<sup>18</sup> concernientes al mismo objeto y que son obra de dos o más sujetos" (complejidad subjetiva).<sup>19</sup> Puesto que estas declaraciones deben confluir en el mismo negocio (dar vida a una misma reglamentación de intereses), la no integración de la voluntad requerida impediría la perfección del contrato.<sup>20</sup> En consecuencia mientras ello no ocurra las declaraciones emitidas pertenecen a una fase precontractual y no son vinculantes (salvo los casos en que la ley disponga lo contrario).

#### 5. Exclusión de los precontratos o contratos preparatorios

No se incluyen en la dimensión de lo precontractual, los precontratos, también llamados contratos preparatorios, como el de promesa de celebrar contrato y el de opción, que si bien se forman para la celebración de un contrato futuro, que es el objetivo estratégico de la operación jurídica, constituyen ellos mismos una modalidad contractual pues generan obligaciones particulares (p. ej., celebrar el contrato prometido) cuyo incumplimiento, por tanto, se inscribe de lleno en la disciplina de la responsabilidad contractual.

17 Jorge Mosset Iturraspe: *Compraventa Inmobiliaria*, Ed. Ediar, Buenos Aires 1976, p. 26.

18 Emilio Betti: *Teoría general del negocio jurídico*. 2ª. Edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 218.

19 Id., p. 222.

20 El debate sobre el tema fue considerado por la sentencia de 26 de mayo de 2010 de la Cámara Nacional Com., Sala E (Argentina), que finalmente se decantó por la tesis del contrato condicional. Así dijo "se advierte que el contrato celebrado no es ni un precontrato ni un contrato preliminar, ni tampoco un contrato definitivo; se trató, en cambio, de un contrato *ad referendum* o claudicante pues necesitaba su ratificación por el síndico del concurso de la demandada (...) en tanto todo contrato *ad referendum* -como fue señalado está sujeto a la ocurrencia de un hecho futuro e incierto, a lo cual queda supeditada su operatividad; trasladado ello al sub lite, en que la condición suspensiva no aconteció (ratificación del contrato por el síndico), indefectible es concluir que el contrato no se concretó y, por consiguiente, los contratantes tienen derecho a repetir lo que han entregado estando pendiente la condición." Sin embargo, el fallo hizo presente que la doctrina de Betti había sido invocada en otro caso por la jueza Kemelmajer de Carlucci (autos "Asociación Mutual de Suboficiales y Agentes de Policía de Mendoza v. Dalvian de 26.03.92).

En el caso del precontrato de *promesa de contratar* lo dicho no se discute en nuestro medio, pues su naturaleza contractual está expresamente reglada por el artículo 1570 Cc según el cual la promesa de celebrar un contrato da nacimiento a una obligación de hacer (celebración del contrato prometido) cuando reúne las cuatro circunstancias que allí se enumeran, de manera que tal como ocurre en Chile y Colombia, que cuentan con una norma similar (artículos 1554 Cc y 1611 Cc, respectivamente), la doctrina y la jurisprudencia no muestran vacilaciones respecto de este punto.<sup>21</sup>

No acontece lo mismo con el llamado *contrato de opción* que no está previsto en nuestro Código, como sí lo está en el Código peruano que contempla dos modalidades: la opción unilateral y la opción recíproca,<sup>22</sup> en el italiano (art. 1331) y en el Código de comercio de Colombia;<sup>23</sup> pero se lo encuentra como figura típica en la opción de compra contenida en el contrato de arrendamiento mercantil o leasing, mediante el cual una parte toma en arrendamiento un bien mueble o inmueble, por un período determinado, a cambio del pago de una renta, con la opción de comprarlo al expirar el arrendamiento, mediante el pago de un precio o valor residual previsto en el mismo contrato.<sup>24</sup> Sin embargo, la falta de una disciplina general no impide que la opción se asocie a “los más variados contenidos de contrato definitivo: a cualquier intercambio de prestación y contraprestación,”<sup>25</sup> al amparo del principio de la autonomía de la voluntad.<sup>26</sup> La opción vincula a quien la concede, de modo que su incumplimiento da acción al optatario para exigir el cumplimiento forzado y la indemnización de perjuicios.

---

21 Igualmente claro lo ha dejado la jurisprudencia argentina: “...el contrato preliminar o precontrato es usualmente definido como: “...un pacto de contrahendo, es decir un contrato (puro o condicional), jurídicamente contingente, que obliga a la conclusión de otro contrato (definitivo o preliminar) que regulará los intereses de las mismas partes sustanciales. El contrato preliminar no debe confundirse con las *pourparlers* que no son un contrato sino simples tratativas para llegar a él y se sitúan en el período precontractual (...) al sostener que el preliminar es un contrato queda definida su naturaleza jurídica normativa...”. Por otra parte, el contrato preparatorio es un pacto de modo contrahendo, es decir, este tipo de contrato no obliga a la celebración de otro, pero en él se suministran las bases para su concertación. Son consecuencia de la contratación en masa, propia de los sistemas económicos modernos y responden a la necesidad de uniformidad o standarización de los negocios que se da en la producción y negociación en serie, tales como los contratos reglamentarios/tipos y los normativos” (Cámara Nacional. Com., Sala E, 26 de mayo de 2010).

22 El artículo 1419 define la primera como aquella en que “una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no;” y el artículo 1420 agrega que en el contrato de opción recíproca ella puede ser ejercitada “indistintamente por cualquiera de las partes.”

23 Artículo 23 del Código de Comercio colombiano: *La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición, será ineficaz.*

*La condición se tendrá por fallida si tardare más de un año en cumplirse.*

24 Artículo 1 de la Ley de arrendamiento mercantil, leasing, publicada en el R.O. 745 de 5 de enero de 1979.

25 J. L. Lacruz Berdejo *et al: Elementos de Derecho civil*, Tomo II, Vol. I, 4ª edición, Ed. Dykinson Madrid 2007, p. 387.

26 En el caso del contrato de compraventa esta posibilidad está autorizada por el artículo 1827Cc según el cual “pueden agregarse al contrato de venta cualesquiera otros pactos lícitos, y se regirán por las reglas generales de los contratos.”

## II. El entorno dogmático del estándar de la buena fe

De conformidad con el artículo 1562 Cc, los contratos *deben ejecutarse de buena fe*. El precepto pone en clave positiva un principio cardinal que sirve de entorno a la conducta humana en todas sus relaciones de derecho, pero que exhibe sus más ricas dimensiones y adquiere singular relevancia, en la disciplina del contrato. No exagera Ordoqui Castilla cuando afirma que "la buena fe es el alma de todo contrato."<sup>27</sup>

Así, al referirse a la exigencia de que las obligaciones deben cumplirse de buena fe, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador ha dicho que se trata de "una proposición tan clara y evidente que ni siquiera precisa de demostración y constituye postulado fundamental."<sup>28</sup> Más tarde la Corte puso de relieve la necesidad en que se encuentran las partes de un contrato de "observar deberes de comportamiento que se traducen en prestaciones de dar, hacer o no hacer, cuyo destino es satisfacer un legítimo interés de la contraparte, procediendo de buena fe, realizando no solamente lo que literalmente se expresa en el contrato sino todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación emergente del acuerdo de voluntades, o que por la ley o la costumbre le pertenecen a ella."<sup>29</sup> Y luego el mismo tribunal definió la "regla de la buena fe" como "la conducta que deben observar los contratantes para que sus compromisos sean cumplidos como lo haría una persona honrada y correcta, y se haga así honor a la palabra empeñada, sin defraudar la confianza de los interesados y de la sociedad."<sup>30</sup>

Similar ha sido la posición de la Corte Suprema de Colombia, para la cual la expresión buena fe "indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal."<sup>31</sup>

Este estándar es dogma universal y ha sido particularmente desarrollado por el derecho europeo. El artículo 1201.1. de los Principios de Derecho Contractual Europeo impone a las partes "la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe", lo que tiene como objetivo "reforzar los niveles generales de honradez, lealtad y razonabilidad en las transacciones comerciales"<sup>32</sup>,

27Gustavo Ordoqui Castilla: *Buena fe en los contratos*. Ed- Temis-Ubijus-Zavalia, 2011, p. 31.

28 Corte Suprema de Justicia, 1ª Sala de lo Civil y Mercantil, 26 de febrero de 1999. RO 162, de 5 de abril de 1999

29 Corte Suprema de Justicia 1ª Sala de lo Civil y Mercantil, 26 de enero de 2000. RO. 27, 29 de febrero de 2000

30 Corte Suprema de Justicia, 1ª Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de octubre de 2001. RO 471 de 11 de Diciembre de 2001.

31 Corte Suprema de Colombia, sentencia de 23 de junio de 1958. G.J. T. LXXXVIII, pág. 233. En *Código Civil comentado*, Ed. Leyer, 15ª. edición, Bogotá 2006, pág. 1031

32 *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José. Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz. Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 2003. Comentario al artículo 1:201: *Buena fe contractual*, p. 148.

De acuerdo con el Artículo 1:302 (Definición de lo razonable) de los mismos *Principios*, "lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare, en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las

como, asimismo, conducir a las partes a "mostrar el respeto debido a los intereses de la otra parte."<sup>33</sup>

Por otra parte, este deber de lealtad es recíproco, dirige tanto la conducta del deudor en el sentido del fiel cumplimiento de las prestaciones a su cargo, cuanto la del acreedor, a quien impone aceptar, conforme al mismo estándar, dicho cumplimiento, prestar su colaboración para hacerlo posible y mitigar, en la medida de lo que se pueda, las consecuencias dañosas que se derivan del incumplimiento, tal como lo manda el artículo 9:505 de los Principios citados.<sup>34</sup> Se trata de una vía de dos direcciones en la que cada persona, anota Larenz, tiene "el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social" y, al mismo tiempo, "el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad."<sup>35</sup> Para Larenz el principio de la buena fe significa que "cada uno debe guardar "fidelidad" a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que esta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas; supone el conducirse como cabría esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes o participando en él en virtud de otros vínculos jurídicos."<sup>36</sup>

De allí surge la construcción de una categoría no siempre comprendida: la *solidaridad* contractual, que "impone a las partes una obligación recíproca de lealtad, dentro de los límites de un sacrificio razonable", a efectos de que la voluntad negocial se forme sin anomalías que impidan valorar adecuadamente lo que efectivamente conviene a sus intereses.<sup>37</sup>

Sin embargo, completa Larenz, el principio de la buena fe es un módulo "necesitado de concreción",<sup>38</sup> que sirve para orientar la búsqueda de la conducta exigible, pero no nos proporciona reglas concretas de aplicación. Es menester, por tanto, en cada supuesto, hacer "un juicio valorativo del cual se deriva lo que el momento y el lugar exijan."<sup>39</sup>

Esta valoración puede hacérsela desde dos direcciones. La primera –buena fe subjetiva– mirándola como un estado de la conciencia del sujeto, la pura

---

*circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.*"(p. 168).

33 *Id.*, p. 150.

34 Principios de derecho contractual europeo. "Artículo 9:505: Deber de mitigar el daño. (1) La parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en aquello que éste hubiera podido mitigar adoptando medidas razonables. (2) El perjudicado tiene derecho a recuperar el importe de aquellos gastos razonables que hizo al intentar mitigar el daño."

35 Karl Larenz: *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 142.

36 *Ibidem*.

37 José Ramón de Verda y Beamonte: *La reticencia en la formación del contrato*. Aranzadi Civil, Vol. III, Parte Estudio, pp. 197-236.

38 *Id.*, p. 143.

39 *Ibidem*.

creencia de que se está haciendo algo correcto, legítimo, con prescindencia de que ello sea o no así.<sup>40</sup> Es lo que ocurre en materia de posesión, donde la exigencia de la buena fe, para la posesión regular, atiende a un estado psicológico: la *conciencia* de haberse adquirido el dominio (artículo 721 Cc). La segunda –buena fe objetiva– pone la atención sobre lo que se predica como conducta socialmente exigible, lo que se espera razonablemente de una persona normal, el ciudadano medio, el buen padre de familia, sin detenerse mayormente en la convicción del sujeto cuya conducta particular se escruta.

Esta última es la dirección de la buena fe contractual. Su contextura objetiva obedece a reglas que normalmente no están descritas en el ordenamiento y difícilmente podrían estarlo. Galgano las califica con acierto como *reglas consuetudinarias* que “corresponden a aquello que un contratante medianamente correcto y leal se siente en el deber de hacer o de no hacer”, teniendo en cuenta “el nivel medio de corrección del concreto sector económico o social a que el contrato se refiere.”<sup>41</sup> Un buen ejemplo de esta objetivación se encuentra en la sentencia de 24 de junio de 1969 del Tribunal Supremo de España que, refiriéndose a la manifestación de voluntad, señaló que ella debe entenderse en el sentido que le es propio “y que le atribuye la generalidad de las gentes” de manera que el emisor “puede confiar en que la parte contraria realizará las obligaciones dadas a conocer de ese modo, y, sobre todo, que cuando el juez tenga que determinar como intérprete la prestación, fallará también ateniéndose al sentido usual.”

No obstante, como lo señaló la sentencia de 5 de junio de 2007 de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Argentina, el derecho no descuida del todo el enfoque subjetivo de la buena fe, porque, en efecto, protege las creencias y expectativas de los contratantes:

“La buena fe –señala el fallo aludido– es un standard jurídico, un patrón de conducta indicativo de la orientación que el derecho pretende dar al individuo en sus relaciones intervincentes y que se proyecta sobre dos campos: el de la probidad y el de la creencia... El primer caso concierne a situaciones objetivas e impide cualquier abuso de derecho. O sea que el imperativo de obrar de buena fe impone a los contratantes el deber de hacer todo lo necesario para que la prestación a su cargo tenga un resultado útil... El segundo caso concierne a situaciones subjetivas, protegiendo las creencias y expectativas de los contratantes. Vale decir que el ordenamiento jurídico protege al contratante que de buena fe ha actuado conforme a la apariencia de una situación jurídica exter-

40 Jorge López Santamaría: *Los Contratos, Parte General*, Tomo II. Ed. Jurídica de Chile, 2005., p. 398

41 Francesco Galgano: *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Ed-Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 454

namente válida, aun cuando en realidad no lo fuera. Quien produjo esa apariencia haciendo que el co-contratante confíe en ella observando la diligencia propia del tráfico es quien debe soportar sus efectos.”<sup>42</sup>

### III. El tratamiento reductor del artículo 1562 del Código civil

Sin duda el artículo 1562 de nuestro Código, según el cual “los contratos deben ejecutarse de buena fe”, cobija el principio universal que, con residencia original en el derecho romano, recibió un poderoso impulso en la sede moralizadora del derecho canónico. Es el soporte de la ética negocial: *in omni contractu bonan fidem praestare debet*, rezaba la sentencia de Paulo recogida en el Digesto (“en todo contrato debe darse la buena fe”). Expresa lo que Barros Bourie denomina *moral del deber* cuyo objetivo “no es hacer de cada persona un héroe o un santo, sino un ciudadano cumplidor de los requerimientos básicos que plantea la vida social (...) De lo que se trata es de excluir el abuso y la mala fe y no de prescribir el altruismo y la perfección.”<sup>43</sup>

Pero tal como está planteada, la norma del artículo 1562 resulta sumamente reductora, porque los contratos, y los negocios jurídicos en general, no sólo deben *ejecutarse*, sino también prepararse y concluirse de buena fe, como se lee en otros cuerpos normativos, entre ellos, los códigos civiles de Italia, Portugal, Paraguay y Perú.<sup>44</sup> En otras palabras, este deber de lealtad -y el correlativo derecho a exigirla- acompañan toda la derrota del negocio, una constante que cruza y modula la existencia *de las relaciones jurídicas privadas*, como lo expresa el artículo 111-7 del Código Civil de Cataluña.<sup>45</sup> La jurisprudencia chilena se ha

42Causa 63.223-J.8-R.S.D. N° 207/07, 5 de junio de 2007.

43 Enrique Barros Bourie: *Derecho y moral*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 80, 1983, primera parte). Citado por JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA (obra citada, tomo II, p. 403)

44 Artículo 1337 del C. civil italiano: *Trattative e responsabilità precontrattuale. Le parti, nello svolgimento delle trattative in ella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.*

C. civil portugués: ARTIGO 227. (*Culpa na formação dos contratos*)

1. *Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos qu culposamente causar à outra parte.*

C. civil de Paraguay. Art.689.- *En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben las partes comportarse de acuerdo con la buena fe.*

C. civil peruano, Art. 1362.- *Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.*

Menos completa, aunque más amplia que la nacional, es la fórmula del artículo 1198 del Código civil argentino, según el cual *los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe.*

45 Art. 111-7. *Buena fe. En las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos.*

Sobre el particular escribe Carlos Morales Guillén, comentando el artículo 520 del Código civil boliviano: “...es principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de obligaciones, el de que todas las relaciones de obligación, en todos los aspectos y en todo su contenido, *están sujetas al imperio de la buena fe.*” (obra citada, tomo I, p. 741).

En la sentencia argentina de 5 de junio de 2007 citada más arriba, se expuso: “Como es bien sabido – y el ámbito de las relaciones comerciales no escapan a la regla, ni mucho menos – los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (art. 1198, 1a. Parte del Cod. Civil). Se trata de un precepto que ha establecido al respecto algunas pautas que adecuan el principio legal a los casos concretos; así, en supuestos como el presente. la buena fe exige que los

pronunciado en el mismo sentido, como se advierte en la sentencia de 4 de abril de 2006 de la Corte de Apelaciones de Santiago:

“Que la buena fe es un principio general del derecho, que encuentra plena manifestación en el ámbito de las relaciones contractuales. En efecto, la exigencia de la buena fe en la ejecución de los contratos (consagrada en el artículo 1546 del Código Civil)<sup>46</sup> impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio, en las tratativas preliminares, hasta los momentos posteriores, incluso a la terminación del contrato. En la fase precontractual, la buena fe está representada por el deber de informar que tienen ambos contratantes acerca de todas las condiciones que rodean el contrato que se pretende celebrar y exige que cada uno de ellos presente las cosas conforme a la realidad. La actitud exigida es la de *hablar claro* (como dice López Santa María, año 1986, pág. 295), lo que implica no sólo abstenerse de afirmaciones equívocas o inexactas, sino también de silencios o reticencias que pueden conducir a una equivocada representación de los elementos del contrato.”<sup>47</sup>

Un comentario crítico del mismo tipo hace Oviedo Albán respecto del artículo 1603 del Código colombiano, igual al 1562 nacional, concluyendo que en su estatuto, aunque no esté explícito, “también se incluye el deber de observar la buena fe en los tratos preliminares” para lo cual pone por delante el principio general de que todo el que causa un daño debe repararlo, “cuestión que sin duda puede suscitarse en dicha etapa del *iter* contractual.”<sup>48</sup>

Otro tanto ocurre con Gamarra en su estudio sobre la buena fe en los contratos, al comentar el artículo 1291 del Código de Uruguay, cuyo inciso segundo también es de tenor muy similar al 1562 ecuatoriano. El tratadista uruguayo sostiene que la responsabilidad precontractual se sustenta en la buena fe aunque no haya texto expreso que lo proclame, porque del espíritu del régimen normativo del contrato se colige que, por analogía, el deber de buena fe está

---

contratantes observen exactamente las obligaciones pactadas; es decir que están vedadas las pretensiones sorpresivas o a destiempo, en razón de la lealtad que debe presidir las relaciones concertadas; la buena fe en la ejecución de los contratos consiste en determinar de manera objetiva la intención de las partes, ajustándose a lo efectivamente querido o previsto y no caer dentro del art. 953 del Cod. Civil... La regla moral que impone la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (art. 1198, C.C.), es un principio que integra el orden público porque tiende a obtener o a mantener las condiciones de sustentación que se reputan indispensables para que el contrato funcione ordenadamente como instrumento de justicia (SCBA, AC 78160 S 19-2-2002, CARATULA: Tomas Hermanos y Cja. S.A. c/ Fuentes, Julio C. y otra s/ Escrituración. SCBA, AC 85248 S 10-9-2003, CARATULA: Rocco, Sergio Alberto c/ C.L.Y.F.E.M.A. s/ Cobro de pesos y embargo preventivo)... Por otra parte, es dable exigir a los contratantes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, y debe desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que merced a sus actos anteriores se ha suscitado en la otra parte.”

46 Dicho artículo es del mismo tenor que el 1562 del Código civil nacional.

47 ID vLex: 218052253. <http://doctrina.vlex.cl/vid/irribarra-varela-leontina-rector-inacap-218052253>.

48 Jorge Oviedo Albán: *La formación del contrato*. Ed. Temis S.A., Bogotá, 2008, p. 12.

implícito en la etapa precontractual. En ella, dice Gamarra, "se produce una vinculación entre dos sujetos y, por tanto, no es posible pretender que esta normativa de comportamiento rija sólo después del perfeccionamiento. Lo que vuelve aplicable el principio de la buena fe no es una relación obligacional sino la relación social que tiene lugar entre dos sujetos.<sup>49</sup> Ordoqui Castilla, en cambio, operando sobre el mismo plexo normativo, discrepa que la exigencia de la buena fe en la fase precontractual obedezca a la existencia de la relación o contacto social a que alude Gamarra. Opina que para este efecto no es necesario recurrir a interpretaciones analógicas de normas positivas pues es suficiente acudir a la "vigencia plena del principio general y superior de la buena fe que opera como principio general del derecho."<sup>50</sup>

Pero dejando de lado esta polémica que no compromete el fondo del asunto y no obstante el tenor restrictivo del artículo 1562, lo cierto es que los contratos también deben prepararse de buena fe y así lo dijo la sentencia de 11 de mayo de 2009 de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la que se reconoció que la buena fe se manifiesta durante la fase precontractual, así como durante la ejecución de un contrato,<sup>51</sup>.doctrina que ya estaba presente en la sentencia de 12 de junio de 2007 de la Corte Suprema de Justicia (la predecesora de la CNJ), en la que se declaró que la buena fe es un principio que gobierna "en general, el derecho de las obligaciones",<sup>52</sup>.y que se ha planteado últimamente con mucho vigor en la sentencia de 10 de noviembre de 2014 de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional que se comenta al final de este trabajo (caso NIFA S.A. vs MERCK SHARP DOHME)..

#### IV. El deber de buena fe en la fase preparatoria del negocio

El contrato es un mecanismo dinamizador de los derechos subjetivos, en tanto permite a sus titulares poner en actividad las potestades que les son inherentes. Siendo así, parece apenas elemental, hay que agregar ahora, que esa dinámica debe ser *legítima*, es decir, que la actividad negocial de un individuo no sólo se ajuste a la ley (cuestión que tiene que ver con la *licitud*), sino también a las exigencias capitales y no siempre escritas de la honestidad y lealtad respecto de las personas que se vinculan jurídicamente a ella, de manera que

---

49 *Tratado de Derecho civil uruguayo*, T.XI. Citado por G. Ordoqui Castilla: obra citada, *Buena fe...*, p. 36.

50 *Id.*, p. 38.

51 Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, juicio 149-2007, La Unión Compañía Nacional de Seguros contra Transmupan Panalpina Transportes Panalpina S.A. y otros. Suplemento del Registro Oficial 144 de 10 de mayo de 2011: "Es además un contrato (el de seguro), en el cual la buena fe ocupa un lugar fundamental, precisamente porque el asegurado no tiene ánimo de lucro, y porque ella (la buena) se manifiesta desde la etapa precontractual y obviamente durante su ejecución".

52 Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, 219-2007, juicio Gráficas Feraud S.A. contra Bolívar Compañía de Seguros S.A. Registro Oficial Suplemento 78 de 1 de diciembre de 2009: "Como ha expresado la doctrina: 'Uberrimae bona fidei', elemento que no es exclusivo del seguro sino que domina en general el derecho de las obligaciones".

el negocio resulte ética y socialmente admisible porque se ha realizado satisfactoriamente la finalidad a la que obedecen su celebración y tutela jurídica.

Con la comprensible salvedad de aquellas hipótesis más bien triviales que los romanos llamaron *dolus bonus*, o malicias simples usadas en el comercio cotidiano, como las alabanzas exageradas de la propia mercancía,<sup>53</sup> el paradigma del sujeto negocial corresponde a un individuo recto, leal, fiel a la palabra empeñada, respetuoso de la verdad, prudente en el ejercicio de sus derechos. La actitud exigible al negociador de un contrato, advierte López Santamaría, "es la de hablar claro, absteniéndose de afirmaciones inexactas o falsas, como igualmente de un silencio o reticencia que pueda conducir a una equivocada representación de los elementos subjetivos u objetivos del contrato que se vislumbra."<sup>54</sup> Y en este punto es digno de destacar que en nuestro ordenamiento positivo la imagen descrita haya dejado de ser una pura idealización doctrinaria, para convertirse en la descripción del ciudadano real, al que el artículo 83 de la Constitución impone aquellas conductas de rectitud como auténticos deberes jurídicos, compendiados en las fórmulas *ama killa*, *ama llulla*, *ama shwa* (no ser ocioso, no mentir, no robar) y *practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios* (numerales 2 y 9).<sup>55</sup>

Parece evidente que también nuestro legislador civil tiene en mente a este sujeto negocial emblemático, para el cual la buena fe debe traducirse inevitablemente en el cumplimiento de lo pactado. Esta articulación entre la buena fe y el cumplimiento lleva de la mano al postulado contrario, según el cual la inejecución de lo convenido se presume de mala fe, de manera que el acreedor no está en la necesidad de probar la culpabilidad de aquél, quedando a cargo del deudor justificar su diligencia y la intervención del caso fortuito o la fuerza mayor para legitimar su incumplimiento.<sup>56</sup>

Por cierto no faltará quien minimice la importancia de esta dimensión ética y atribuya las ideas expuestas a un exceso de candor casi incompatible con la

53 Pedro Bonfante: *Instituciones de Derecho Romano*. Ed. Reus, Madrid, 5ª edición, 2002, Pág. 95. Santos Cifuentes define el como la "sagaz precaución con que cada uno defiende lo suyo, por medio de exageraciones, pequeños engaños y omisiones propias del comercio, pero que, por lo mismo, no es dable considerar que la parte ha sido realmente engañada, ya que tiene medios para conocer la verdad" (*Negocio jurídico*, 2ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 515).

54 Obra citada, tomo II, pp. 405-406.

55 Algo similar exigía el artículo 97 de la anterior Constitución Política: *decir la verdad, cumplir los contratos y mantener la palabra empeñada* (Nº 8); y *practicar la justicia y solidaridad en el ejercicio de sus derechos* (Nº 11)

56 El fundamento se encuentra en el artículo 1715, en virtud del cual basta al acreedor probar la existencia de la obligación. En un sentencia de 26 de enero de 1967 la Corte Suprema de Colombia se pronunció sobre este punto "...aunque a menudo se afirma que el incumplimiento de una obligación hace presumir la culpa del deudor, lo cierto es que dicho incumplimiento constituye por sí solo un acto culposo, o sea que no tiene propiamente el carácter de una presunción de culpa, sino que es una culpa consumada o realizada. Importa anotar asimismo que, comprobada la existencia de la obligación, el acreedor no tiene que demostrar el incumplimiento del deudor, sino que le basta afirmarlo." En Gustavo Contreras Restrepo, Alvaro Tafur González y Arturo Castro Guerrero: *Código Civil Comentado*. Ed. Leyer, 15ª. edición, Bogotá, 2006, p. 1045.

materia que nos ocupa. Más de alguno postula que el contrato es una confrontación en la que cada uno de los intereses en juego trata de obtener ventajas, de manera que, como si se tratara de un juego de guerra, triunfa quien despliega mejores estrategias y tácticas negociales. Pero no es esa la filosofía ni la finalidad del negocio jurídico. Si tomamos como ejemplo el modelo más representativo de negocio, aquél en que intervienen y se obligan dos partes, como ocurre en los llamados *contratos conmutativos*, se observa más bien una relación de *complementariedad* porque cada parte dispone de un bien o servicio que la otra necesita, de allí el intercambio de prestaciones que ambas juzgan equivalentes (artículo 1457). De lo contrario se haría muy difícil, cuando no imposible, el consenso<sup>57</sup> o concertación. En palabras de Ihering, "la unidad de la voluntad en el contrato (*consensus*) no es otra cosa que el acuerdo de las partes sobre la coincidencia completa de sus respectivos intereses."<sup>58</sup> Y en cuanto al empleo de estrategias, tácticas, destrezas o habilidades, como quiera llamarlas, para lograr una conveniente conclusión del negocio, no sólo que son legítimas, sino necesarias, pero siempre que se ajusten a la ética del negocio, es decir, respeten la verdad, la decisión de honrar la palabra empeñada y no signifiquen un abuso de la posición social, económica o psicológica de una de las partes.

Cuando falta ese ajuste ético se compromete generalmente, en diferentes formas y grados, la eficacia jurídica que las partes han perseguido con la celebración del negocio, bien sea porque se engaña en forma de maniobras dolosas de tal magnitud que conducen a la nulidad del acto (artículos 1474 y 1698), bien porque el abuso de la posición provoca desequilibrios en las prestacio-

---

57 Obsérvese, en abono de lo expuesto, que la palabra *consentimiento* proviene del latín *consensus*, de *sentire cum*, es decir, "adhesión recíproca del sentimiento de unos al sentimiento de otros." (M. Orotlán: *Compendio del derecho romano*. Traducción de Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas. Ed. Heliasta, Buenos Aires 1978, p. 112).

58 Rudolf von Ihering: *El fin del derecho*. Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1978, pág. 24. El párrafo transcrito es una conclusión de su análisis sobre el fin común resultante de la complementariedad de los fines individuales: "la misma naturaleza enseña al hombre a conquistar a otro para los propios fines; consiste en relacionar su propio fin con el interés de otro. El estado, la sociedad, las relaciones, los negocios, toda la vida humana descansa en esta fórmula. Varios hombres no persiguen unidos el mismo fin, más que cuando el interés de todos conduce al mismo resultado. Quizá ninguno de ellos piensa en el fin, como tal fin; todos tienen el espíritu dirigido hacia su propio interés, pero estos intereses están de acuerdo con el fin común, y trabajando para sí, cada uno trabaja al mismo tiempo para los demás... Este interés no existe siempre, desde luego; entonces hay que crearlo artificialmente. Tomemos el caso más sencillo, del de la necesidad del concurso de un tercero para permitir a un particular que consiga su fin. La extensión de mi fábrica exige que mi vecino me ceda una porción de terreno. El único medio de obtener lo que codicio, ya se sabe, es la compra. Por la proposición de compra creo artificialmente en mi vecino un interés para la realización de mi fin, con la condición de que mi oferta sea bastante elevada para que su interés en cederme el terreno domine su deseo de guardarlo. Si sus exigencias rebasan mi interés en adquirir el fundo, no hay concordancia entre nuestros intereses y la compra no se realiza. Para que estos se equilibren, el precio ofrecido debe ser bastante elevado a los ojos de mi vecino, bastante mínimo a los míos, para que la venta sea más ventajosa que el sostenimiento del estado de cosas actual, y entonces la operación se terminará. Esta conclusión prueba que el equilibrio ha sido exacto a juicio de ambas partes." He aquí una visión luminosa, de uno de los más grandes exponentes de la ciencia jurídica moderna, sobre la complementariedad que comentamos.

nes -enriquecimientos o empobrecimientos injustos- que importan ausencia o ilicitud de la causa, lo que también lleva a la nulidad (artículos 1483 y 1698) o que, en otros casos, autorizan al juez para corregir el desequilibrio (artículos 1560, 1830 y 2109). Son numerosos los ejemplos que pueden ilustrar la justicia de estos asertos: si el vendedor da un ligero baño de oro a un anillo para hacer creer al comprador que es de oro macizo, ha traicionado la buena fe, en forma de dolo, y el negocio podrá anularse según los artículos 1474 y 1798; cuando una persona a sabiendas de que otra nada le debe, guarda silencio y acepta su promesa de pago, ha vulnerado el principio de la buena fe, la promesa carece de causa y será anulable con arreglo a los artículos 1483 y 1698; finalmente, si el vendedor abusa de su posición de poder o de la confianza de su comprador y exige el pago de un precio desproporcionadamente alto que desequilibra la economía del contrato, ha faltado a la buena fe, existe lesión enorme y el juez podrá rescindir el negocio o eventualmente reducir el precio, con fundamento en los artículos 1829 y 1830.

También falta a la buena fe la parte que en el proceso de elaboración del instrumento negocial incorpora cláusulas ambiguas u oscuras para confundir a la otra, o las expone de tal manera que le pasen desapercibidas (la famosa "letra pequeña" del contrato). En consecuencia la ley reprime estas conductas con diferentes sanciones de orden civil. Respecto del primer caso, el inciso final del artículo 1582 dispone que no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas de interpretación del contrato que se contienen en los artículos 1576 a 1581, *las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por alguna de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de una falta de una explicación que haya debido darse por ella*. En cuanto al segundo, cuando se trata de los contratos de adhesión frecuentes en el comercio, el artículo 41 de la Ley de Defensa del Consumidor ordena que si el contrato contiene *textos escritos con letras o números significativamente más pequeños, éstos se entenderán como no escritos*.<sup>59</sup>

---

59 Art. 41.- *El Contrato de Adhesión.- El contrato de adhesión deberá estar redactado con caracteres legibles, no menores a un tamaño de fuente de diez puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato.*

*Cuando en un contrato de adhesión escrito con determinado tamaño de caracteres existiese además, textos escritos con letras o números significativamente más pequeños, éstos se entenderán como no escritos. Las partes tienen derecho de que se les entregue copias debidamente suscritas y sumilladas de los contratos y todos sus anexos. Si no fuere posible hacerlo en el act por carecer de alguna firma, el proveedor entregará de inmediato una copia con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste; la copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado por todos los efectos legales.* (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 116 de 10 de julio del 2000).

## V. La responsabilidad precontractual. Los deberes precontractuales

### a) El deber general de información<sup>60</sup>

Por el sólo hecho de entrar en negociaciones con miras a la celebración del contrato, escribe von Thur, se constituye entre los futuros contratantes una relación jurídica, de la cual se derivan ciertos deberes que no tienen que ver con el cumplimiento del contrato, que todavía no existe, "sino sobre su conducta mutua en el transcurso de las negociaciones."<sup>61</sup> Para el profesor alemán este deber consiste en proporcionar todas aquellas informaciones relativas a las circunstancias decisivas para las resoluciones que deben adoptar las partes, exigencia de sinceridad que varía de acuerdo con la naturaleza del contrato.<sup>62</sup>

Castán Tobeñas precisa que esta obligación alcanza a "cuantos puntos sean precisos, a fin de lograr un consentimiento libre y reflexivo."<sup>63</sup> Se trata, en síntesis, de que las partes logren un conocimiento adecuado sobre las circunstancias materiales y jurídicas que abrigan al negocio, el estado, uso y aplicaciones del bien o de la naturaleza y alcance del servicio que son materia del contrato en discusión, de tal suerte que, en su momento, puedan concluirlo con eficacia y cumplir satisfactoriamente las obligaciones contraídas.<sup>64</sup>

60 Algunos autores se refieren a otros deberes precontractuales como el de protección o seguridad y el de custodia. El primero, como lo plantea Pablo Valés Duque (*Una aproximación al análisis de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo*. En *El Derecho de los contratos en los umbrales del siglo XXI. Memorias de las Jornadas Internacionales de Derecho de Contratos*, celebradas en La Habana, Cuba, en el período 2001-2007. Leonardo Pérez Gallardo, Coordinador. MP Editora, Sao Paulo, 2007, p. 478) comprendería sería todos aquellos "que recaen sobre el deudor de una prestación principal y que tiene por objeto prevenir o evitar lesiones en la vida o en la integridad física del acreedor" y que se manifiestan especialmente en los ámbitos de la actividad laboral y del transporte. El segundo, en palabras de N. Lidia Nicolau (*op. cit., Fundamentos...*, p. 127), consiste en "el cuidado de todos aquellos elementos que una parte entrega a la otra con motivo de las negociaciones" como es el caso del automóvil que se entrega para que lo pruebe la persona interesada en comprarlo. En realidad ninguna de estas hipótesis son técnicamente precontractuales. El llamado deber de protección es claramente contractual pues supone la existencia de un contrato (de trabajo o de transporte) a cuya prestación principal se asocia el deber en cuestión. A su turno, el deber de custodia podría estimarse precontractual respecto del contrato que se discute, pero jurídicamente no nace de él sino de un nuevo contrato que celebran las mismas partes y que puede ser de depósito o comodato, calificación que no importa por ahora.

61 *Op. cit., Tratado...*, pp. 113-114.

62A. von Thur: *Derecho civil*, Volumen II. Los hechos jurídicos. Trad. por Tito Rava. Ed. Marcial Pons, Barcelona 2005, p. 435.

63 José Castán Tobeñas: *Derecho civil español, común y foral*, Tomo Tercero, 17ª edición, revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero. Ed. Reus, Madrid 2008, p. 661.

64 Este deber adquiere especial relevancia en los contratos de adhesión y, en general, en los que celebran profesionales y comerciantes cuyos conocimientos en el área del negocio superan ampliamente a los de sus contrapartes. En este sentido, la sentencia de 13 de diciembre de 2002 de la Corte Suprema de Colombia, citada por Hernán Darío Velásquez Gómez (*Estudio sobre obligaciones*, Ed. Temis, Bogotá 2010, p. 833), se refirió a la *transparencia negocial* en un contrato de leasing, como principio que "implica explicitar aquellas condiciones del negocio jurídico que, aun siendo connaturales –o familiares- a la operación negocial, deben manifestarse para que el adherente conozca, con claridad y precisión, los términos de su vinculación (...) tanto más si la especialidad y tecnicismo del contrato no permite suponer que deba conocerlos (profano), todo lo cual se halla estrechamente vinculado al insoslayable y aquilatado deber de información que, en guarda de la buena fe, tiene el pro-

Su fundamento es una vez más el principio de la buena fe que para este concreto efecto puede presentarse también como *justicia conmutativa*, pues si una de las partes dispone de información relevante para la completa eficacia del futuro contrato y la otra no, carece del equilibrio necesario para que obligue.<sup>65</sup> "El deber de información sustentado en la buena fe –escribe Ordoqui Castilla– cumple distintas funciones básicas: permite un consentimiento con conocimiento de lo que se dice y, además, coadyuva al restablecimiento de la igualdad entre las partes. Así, se actúa con libertad e igualdad, que son el verdadero fundamento del principio de la autonomía privada." Y concluye:

"Como ya dijimos, en esta instancia el deber de actuar de buena fe no sólo impone conductas negativas, como la de no dañar o no defraudar, sino que impone conductas positivas como la de colaborar, asesorar, dar información, avisos, advertencias sobre peligros, etc. El deber no es sólo de no lesionar al otro con engaño diciendo lo que no es (no hacer) sino que es de hacer, o sea, impedir que el otro se perjudique por no saber, colaborando activamente en la protección de su intereses."<sup>66</sup>

En la importante sentencia de 10 de noviembre de 2014<sup>67</sup> la Corte Nacional destacó el carácter esencial de este deber:

"En estas tratativas previas, o tendientes a la suscripción de un contrato, el intercambio de información es esencial por cuanto la decisión final depende de que el alcance de las propuestas sea verdadero y eso conlleva a su vez a que el consentimiento eventual de las partes expresado en un contrato, sea ajustado a una realidad no distorsionada por intenciones ocultas de cualquiera de las partes. Este deber de mantener una transparencia suficiente, no se contradice con los intereses legítimos de las partes y es integrante del concepto de buena fe, definido en nuestra legislación."

Se comprenderá que el deber en cuestión adquiere especial estatura en los contratos de adhesión y, en general, en aquellos que celebran profesionales<sup>68</sup>

---

fesional de este tipo de negocios, con mayor razón cuando funge como predisponente del contenido contractual." En otro fallo (19 de diciembre de 2005), citado por el mismo autor, la Corte sostuvo que "En materia contractual la protección de quienes concurren al negocio jurídico requiere el máximo de transparencia posible, de modo que las decisiones se tomen con plenitud de información relevante. De esta manera un contratante no puede quebrar la igualdad, ni tomar ventaja de la ignorancia del otro, especialmente si la ausencia de información de uno de ellos está originada en el silencio del otro que oculta información disponible, información que por ser esencial debe brindarse oportunas y cumplidamente."

65 Cfr. Lidia N. Nicolau: *op. cit.*, *Fundamentos...*, p. 126. La autora pone como ejemplo la negociación para la transferencia de un paquete de acciones de una empresa, que impone la obligación de informar al posible adquirente sobre su estado financiero y económico (p. 127).

66 G. Ordoqui Castilla: obra citada, *Buena fe...*, p. 42.

67 Caso Nifa S.A. contra Merck Sharp Dome (MSDIA). Ver sección final de este trabajo.

68 Por ejemplo, el Código de ética médica (Acuerdo Ministerial 14660, RO. 5 de 17 de agosto de 1992) impone a dichos profesionales "la obligación de explicar a sus pacientes, los beneficios de la prestación médica institucional, social o pública; antes de hacerse cargo de su caso."

y comerciantes cuyos conocimientos en el área de sus actividades superan considerablemente a los de sus contrapartes.<sup>69</sup> En este sentido, la sentencia de 13 de diciembre de 2002 de la Corte Suprema de Colombia, citada por Hernán Darío Velásquez Gómez,<sup>70</sup> se refirió a la *transparencia negocial* en un contrato de leasing, como principio que

"...implica explicitar aquellas condiciones del negocio jurídico que, aun siendo connaturales –o familiares– a la operación negocial, deben manifestarse para que el adherente conozca, con claridad y precisión, los términos de su vinculación (...) tanto más si la especialidad y tecnicismo del contrato no permite suponer que deba conocerlos (profano), todo lo cual se halla estrechamente vinculado al insoslayable y aquilatado deber de información que, en guarda de la buena fe, tiene el profesional de este tipo de negocios, con mayor razón cuando funge como predisponente del contenido contractual."

En otro fallo, de 19 de diciembre de 2005), citado por el mismo autor, la Corte colombiana sostuvo que

"En materia contractual la protección de quienes concurren al negocio jurídico requiere el máximo de transparencia posible, de modo que las decisiones se tomen con plenitud de información relevante. De esta manera un contratante no puede quebrar la igualdad, ni tomar ventaja de la ignorancia del otro, especialmente si la ausencia de información de uno de ellos está originada en el silencio del otro que oculta información disponible, información que por ser esencial debe brindarse oportunas y cumplidamente."<sup>71</sup>

Al deber de informar se vincula lógicamente "el deber previo de informarse para poder informar",<sup>72</sup> es decir, anota Verda y Beamonte, un deber de autoinformación que tiene asimismo sustento en la buena fe contractual y que le impone "desplegar una diligencia regular o media en orden al exacto conocimiento de las circunstancias determinantes de la prestación de su consentimiento ad contractum. De otro modo, so pretexto de proteger la *bona fides in contrahendo*, se estaría amparando comportamientos negociales negligentes (e ineficientes económicamente) a costa, quizás, de sacrificar otros intereses

69 El artículo 4.4. de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (Ley 21, publicada en el RO. Suplemento 116 de 10 de julio de 2000) contempla este deber en los siguientes términos:

"Art. 4.- Derechos del Consumidor.- Son derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los siguientes:

4. Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar;"

70 *Op. cit.*, *Estudio sobre obligaciones...*, p. 833,

71 *Ibidem*.

72 J. Castán Tobeñas: *op. cit.*, *Derecho civil...* Tomo 3, p. 661.

más dignos de protección, más valiosos socialmente, porque son generadores de riqueza.”<sup>73</sup> Dicho de otra manera, no hay la obligación de informar a la contraparte aquello que ella mismo está obligada a informarse.<sup>74</sup> De allí que el deber cesa, entre otros casos,<sup>75</sup> cuando la parte que podía exigirlo tuvo la posibilidad de conocerla de haber obrado con la diligencia que le impone el contrato según el artículo 1563 CC.

### **b) El particular deber de información sobre la existencia de vicios que afecten la validez del contrato**

Destaco este deber específico porque está en el origen de la moderna teoría de la responsabilidad precontractual tal como la expuso Ihering, en formato de culpa *in contrahendo*, quien se refirió a los vicios de incapacidad de las partes (*Unfähigkeit des subjects*), la ineptitud del objeto (*Unfähigkeit des objects*) y el defecto de la declaración de voluntad (*Unzuverlässigkeit des contractlichen willens*). Si bien no se encuentra reglado expresamente por nuestro Código como conducta a observar por quienes preparan un contrato, su lógica está presente en el artículo 1699, para los casos de nulidad absoluta, que, a modo de sanción civil por la ocultación de la información, priva de acción al que sabía o debía conocer el vicio invalidante.

### **c) Finalmente está el deber de lealtad que informa las tratativas preliminares y cuyo examen es el propósito del presente trabajo**

No se discute que estas tratativas o negociaciones precontractuales carecen de fuerza vinculante en tanto no dan forma todavía a un contrato. Constituyen, al decir de Messineo, “un esquema meramente hipotético, que llegará a ser contrato, en caso de que y en cuanto sobre él, esto es, sobre cada una de sus cláusulas, se produzca el consentimiento de las partes (*conditio iuris*).”<sup>76</sup> Mientras tanto, ya se lo dijo, las proposiciones que se cruzan en esta fase, a diferencia de la oferta negocial, apenas persiguen ir delineando los elementos que pueden llegar a convertirse en una verdadera oferta y, por lo mismo, pueden ser más o menos imprecisas y aparecer desprovistas todavía de una intención de obligarse.

Ni el predicado de la buena fe ni la tutela de la confianza obligan a prosperar en el negocio que se discute; <sup>77</sup> simplemente exigen lealtad incluso en el even-

<sup>73</sup> José Ramón de Verda y Beamonte: *op. cit.*, *La reticencia...*

<sup>74</sup> Cfr. Pablo Valés Duque: *Una aproximación...*, p. 477.

<sup>75</sup> Tampoco puede reclamarse el deber de información cuando esta pertenece al ámbito de la esfera privada de modo que proporcionarla ocasione una lesión al derecho y garantía constitucional a la intimidad personal y familiar (artículo 66.20 de la Constitución de la República), o se encuentra resguardada por el derecho o el deber de guardar secreto (secreto industrial, profesional, etc.), o cuando el acceso a la misma es igualmente costoso para ambas partes y el que la posee ha debido hacer una inversión para obtenerla (Cfr. Pablo Valés Duque, *ibidem*).

<sup>76</sup> Francesco Messineo: *Doctrina General del Contrato*. Tomo I. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 309.

<sup>77</sup> La sentencia de 10 de noviembre de 2014 de la Corte Nacional de Justicia (caso NIFA S.A. vs MSDIA) dejó claramente establecido que no se sanciona *per se*, entonces, la finalización de las negociaciones” pues “las partes tienen libertad para contratar.

to de decidir cada uno poner término a las tratativas. Como advierte Barros Bourie, en este período de negociación la buena fe consiste simplemente en "el propósito efectivo de celebrar un contrato."<sup>78</sup> Por ello, agrega Ordoqui Castilla, "no se deben mantener negociaciones si no se quiere contratar o si se sabe que esas negociaciones no llegarán a un acuerdo final."<sup>79</sup> Delimitada de esta manera la cuestión, está claro que el fracaso de la negociación precontractual es una de las hipótesis previsibles y así debe entenderlo cada uno de los que interviene. Lo que el estándar de buena fe no tolera es que ese fracaso sea desleal, injustificado o intempestivo. Ese es el espíritu que anima al artículo 144 del Código de Comercio.

Por tanto la cuestión que se plantea respecto de estos tratos preliminares no es la posibilidad de exigir el cumplimiento de lo que se ha conversado, incluyendo en ello algunos compromisos que por lo general sólo son avances de la negociación sujetos a confirmación; sino simplemente de establecer la posibilidad de reclamar el resarcimiento de los daños que ocasiona la ruptura de dichas tratativas. Es el caso de la persona que sin una razonable justificación ha roto las negociaciones luego de haber creado en su contraparte la justa expectativa de conclusión del negocio, sea porque decidió intempestivamente abandonarlo o porque ha iniciado o pretende comenzar tratos con otros interesados; del que a sabiendas ha impedido o contribuido, de cualquier otra forma, a que se logre la conclusión eficaz del mismo, bien porque ha conducido las tratativas precontractuales conociendo que existe una causal de nulidad del negocio,<sup>80</sup> o porque sabe o debería saber que la prestación o prestaciones a que se obliga son imposibles de cumplir; y del que luego de haber concluido acuerdos verbales rehúsa suscribir los instrumentos necesarios para el perfeccionamiento del negocio.

En estas hipótesis se habla de culpa *in contrahendo*, para sustentar la necesidad de resarcir los perjuicios ocasionados a la parte cuyas expectativas quedaron frustradas, porque el negocio no se perfeccionó, o fue anulado, o resultó imposible el cumplimiento de las obligaciones contraídas. En otras palabras, por haberse lesionado lo que la doctrina denomina *el interés contractual negativo*.<sup>81</sup>

---

78 Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Ed. Jurídica de Chile, 1ª edición, 2006, p. 1001.

79 G. Ordoqui Castilla: obra citada, *Buena fe...*, p. 40.

80 De este tipo es una especie de *culpa in contrahendo* que se descubre en la siguiente cita de Modestino, alusiva a la venta mediante engaño de cosas no comerciables, y que le da a esta figura la estirpe romana que inspiró a Ihering: "El que por ignorancia compró como privados lugares sagrados, o religiosos, o públicos, aunque no sea válida la compra, ejercerá sin embargo contra el vendedor la acción de compra, para que consiga lo que le importó que no fuese engañado." (D. L. XVIII, T. I, §62.1.)

81 Refiriéndose a este tipo de lesión, María Medina Alcoz escribe que "pretende reponer, en términos económicos, las cosas al estado en que estarían si el perjudicado nunca hubiera oído hablar del contrato o no hubiera confiado en su validez (*id quod interest mihi interest contractum in initum non fuisse*). El interés negativo es una *fórmula polisensa* cuyo resarcimiento se integra, por tanto, por dos partidas diferenciadas: los gastos inútilmente efectuados durante la negociación infructuosa (daño emergente) y la pérdida de ocasiones alternativas de negocio (lucro cesante)" (*Responsabilidad precontractual. Estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares*. Ed. Forum, Lima, 2006, p. 49).

La cuestión no es tan pacífica: "...chocan aquí dos principios: —escribe Rubio Correa— uno que dice que no habría consecuencia alguna porque no se ha llegado al acuerdo final e integral, y, otra, que argumenta que debe haber una cierta responsabilidad en la parte que rompe los tratos porque la buena fe en la negociación supone siempre una lealtad de relación."<sup>82</sup>

La mejor doctrina se pronuncia a favor de la responsabilidad. En palabras de los Ospina "quien interviene en la celebración de un acto jurídico garantiza tácitamente la validez de este a los otros interesados. De suerte que si por su culpa el acto resulta inválido, debe indemnizar los perjuicios resultantes. La evidencia se encuentra en el inciso segundo del artículo 1498 del C. Civil, conforme al cual la nulidad de un contrato por error acerca de la persona de uno de los contratantes no se opone a que este tenga derecho de pedir la indemnización de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido..." Ahora bien, las razones de equidad que informan y justifican la teoría de la culpa *in contrahendo* son valederas no solamente en los casos de nulidad de las convenciones por error acerca de la persona, sino también de cualquier caso de nulidad por el error y, en general, en cualquier caso de invalidez de una convención por culpa de una de las partes, estando la otra de buena fe."<sup>83</sup>

Para Messineo, si bien se trata de negociaciones que en principio no son vinculantes, "obligan en otro sentido: esto es, que, cuando han llegado a tal punto que permita prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (culpa *in contrahendo*, es decir, culpa en el curso de negociaciones contractuales; responsabilidad precontractual), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño."

La jurisprudencia chilena lo ha venido sosteniendo desde hace muchos años. En la sentencia de 25 de agosto de 1948, la Corte de Apelaciones de Santiago dijo:

"El Código Civil no establece normas específicas sobre responsabilidad precontractual. Esta, en doctrina, es aquella que nace de la equidad comercial. Obliga a indemnizar los perjuicios producidos por la confianza en la formación del contrato, o del retiro de la oferta de celebrar el contrato propuesto, que vulnera la seguridad dada de que aquél se perfeccionará."<sup>84</sup>

En esa línea se ubica el Código de Comercio del Ecuador que se refiere específicamente al caso de retractación *tempestiva* por parte de quien ha formulado

<sup>82</sup> Marcial Rubio Correa: *La relación sistemática del acto jurídico, las convenciones y los contratos en el Derecho Civil actual*. En Revista Roma e America, Diritto Romano Comune, N° 7, 1999. Mucchi Editore, Roma, pág. 138.

<sup>83</sup> Obra citada, pp. 200-201.

<sup>84</sup> *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y leyes complementarias*. Tomo X. Ed. Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 1998, p. 27.

la oferta negocial, para imponerle "la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue dirigida la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido" (inciso primero del artículo 144), permitiendo, no obstante, que el proponente se libere de dicha responsabilidad "cumpliendo el contrato propuesto" (inciso segundo).<sup>85</sup>

Los autores alemanes, siguiendo la huella de Ihering, han desarrollado particularmente la hipótesis del contratante que lleva adelante las tratativas y celebra el contrato conociendo o debiendo conocer la imposibilidad de cumplir la prestación a que se obliga, que disciplinó inicialmente el Código civil alemán cuyo §307 contemplaba la indemnización de perjuicios solamente en el caso de conclusión de un contrato cuya prestación es imposible, conociendo o debiendo conocer una de las partes esa imposibilidad.<sup>86</sup> Posteriormente la doctrina expandió la responsabilidad a los casos de frustración de las tratativas. La denominan responsabilidad por "culpa antes o al concluir el contrato";<sup>87</sup> y hoy día, luego de la reforma al derecho de las obligaciones alemán de noviembre de 2001, va mucho más allá, pues aparece con radical fuerza vinculante, como hipótesis obligacional, en el §311.2 del BGB, según el cual una relación obligatoria puede resultar de "entablar negociaciones contractuales".<sup>88</sup> También ha sido tratada en los artículos 1337 del Código civil italiano, 465 del Código civil de Bolivia y 227 del Código portugués, que tratan de las *Trattative e responsabilità precontrattuale*, de la responsabilidad precontractual, y de la *culpa na formação dos contratos*, respectivamente.<sup>89</sup>

85 En el mismo sentido A. Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, comentando una norma similar del Código de comercio chileno (*op. cit.*, *Fuentes...*, p. 82).

86 BGB. "Art. 307 (interés negativo):

1. Si una persona al concluir un contrato cuya prestación es imposible, supiese o debiese haber sabido que era imposible, está obligada a indemnizar cualquier daño que la otra parte haya sufrido por confiar en la validez del contrato; no, sin embargo, más allá del valor del interés que la otra parte tenga en la validez del contrato. La obligación de indemnizar no surge si la otra parte conocía o debería haber conocido la imposibilidad.

2. Estas disposiciones se aplican *mutatis mutandis* si la prestación sólo es parcialmente imposible y si el contrato es válido respecto a la parte posible, o si solo una de varias prestaciones alternativas prometidas es imposible."

87 Karl Larenz: *op. cit.*, Tomo I, pág. 106.

88 § 311. Relaciones obligatorias negociales y similares a las negociales.

(1) Para la constitución de una relación obligatoria mediante negocio jurídico, así como para la modificación del contenido de una relación obligatoria, es necesario un contrato entre las partes, en la medida en que la ley no dispone otra cosa.

(2) Una relación obligatoria con los deberes del § 241, apartado 2, también resulta de:

1. entablar negociaciones contractuales.

2. la preparación de un contrato por el cual, en vista de una posible relación jurídica negocial, concede a la otra parte la posibilidad de afectar a sus derechos, bienes jurídicos e intereses o se los confía, o de

3. contactos negociales similares."

89 C. civil de Italia: Art. 1337. *Trattative e responsabilità precontrattuale*. - *Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.*

C. civil de Bolivia: Artículo 465 (*Culpa precontractual*). *En los tratos preliminares y en la formación del contrato las partes deben conducirse conforme a la buena fe debiendo resarcir el daño que ocasionen por negligencia, imprudencia u omisión al advertir las causales que invaliden el contrato.*  
C. civil de Portugal: ARTIGO 227. (*Culpa na formação dos contratos*)

Larenz sintetiza esa doctrina en los siguientes términos: "en sentido muy general puede decirse que, tanto antes de la conclusión del contrato, en las conversaciones preliminares como al concluirlo, cada uno de los que en él intervienen está obligado a conducirse con aquella diligencia y consideración al interés de la otra parte que es de esperar según la "buena fe" de su futuro compañero en el contrato."<sup>90</sup>

Por su parte, la jurisprudencia española ha precisado las condiciones que deben estar presentes para configurar esta responsabilidad. En sentencia de 14 de junio de 1999 el Tribunal Supremo se pronunció en el sentido de que la ruptura de los tratos preliminares puede ser calificada como conducta antijurídica y dar paso a la responsabilidad precontractual, si concurren los siguientes elementos propuestos por la doctrina:<sup>91</sup> a) La suposición de una razonable situación de confianza respecto de la plasmación del contrato;<sup>92</sup> b) el carácter injustificado de la ruptura de los tratos; c) le efectividad de un resultado dañoso para una de las partes; y, d) la relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada.<sup>93</sup>

---

1. *Quem negocea com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.*

2. *A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498.*

90 *Op cit., Derecho de obligaciones...*, Tomo I, Pág. 108.

91 Sala de lo Civil, Sent. N° 527/1999 de 14 de junio (Fundamento de derecho 2). Id Cendoj: 28079110001999101076

92 Con fundamento en la ausencia de este elemento, la misma sentencia desestimó la demanda de indemnización de perjuicios por ruptura de tratos preliminares planteada por el Ayuntamiento de Alagón (Aragón) contra una empresa con la que había estado negociando la construcción de un matadero industrial de aves en su jurisdicción, contrato que, como conocía la actora, finalmente dependía del financiamiento que la empresa debía obtener del Ministerio de Agricultura. Como hecho de la causa se estableció que, en efecto, hubo "contactos preliminares" entre la demandada y el Ayuntamiento actor y que se inició entre ambos "una actuación colaboradora dirigida al logro de un fin que a ambos interesaba." Frente a un requerimiento del Ayuntamiento para que la empresa le informara si estaba dispuesta a llevar a cabo el proyecto o si desistía de él, la empresa respondió que su intención dependía del financiamiento oficial esperado y que incluso en el evento de obtenerlo "era bastante improbable acometer la inversión" por la difícil situación económica en que se encontraba su sector productivo. El Juez de primera instancia acogió parcialmente la demanda, lo mismo que la Audiencia Provincial de Zaragoza que en segunda instancia estimó que la demandada estaba incurso en un supuesto de responsabilidad extracontractual por ruptura de tratos preliminares. El TRIBUNAL SUPREMO, luego de exponer los requisitos de esta modalidad de responsabilidad, resolvió que en la especie "no se había producido en ningún momento ese estado de esperanza fundada que hiciera presumir que el contrato se iba a consumir, pues la actuación de la recurrente (empresa demandada) siempre estuvo supeditada a la concesión de las subvenciones; en efecto, si se valora la conducta de las partes y su conexión respecto a la creación de dicha confianza, no cabe omitir la mencionada exigencia de la demandada, como tampoco la precipitación con que, pese a la misma, ha operado a la otra parte..."

En otra sentencia de 16 de mayo de 1988, el mismo Tribunal había aceptado una demanda de indemnización por ruptura de tratos preliminares, considerando que la demandada había generado en el actor esa confianza que constituye el requisito de la responsabilidad precontractual (ver notas al pie 136 y 137).

93 De todas estas exigencias sin duda las que presentan mayores dificultades son la relativa a la generación de una razonable confianza, dada la notable indeterminación del concepto, y la relativa a la justificación de la ruptura de las tratativas.

Respecto de la primera, Marcelo Barrientos Zamorano relaciona el deber de confianza "con la per-

## VI. Naturaleza jurídica de esta responsabilidad

Aspecto particularmente discutido de esta responsabilidad es su naturaleza jurídica, cuestión que, más allá de una primera impresión que la hace aparecer preferentemente académica, reviste una singular trascendencia. Como afirma Medina Alcoz,<sup>94</sup> haciendo suyas las expresiones del maestro salmantino Mariano Alonso Pérez, no se trata de una mera cuestión conceptual, en cuanto que de su adecuada configuración derivan consecuencias prácticas relativas, principalmente, al alcance de la obligación de indemnizar y al plazo de prescripción para exigir el resarcimiento, aspectos que se examinarán más adelante. Por otro lado, debe advertirse, como de inmediato se apreciará, que entran a jugar aquí cuestiones de nomenclatura que a ratos parecen enunciados vacíos porque no desembocan necesariamente en consecuencias jurídicas acordes con la nominación que se utiliza.

### a) La tesis de la responsabilidad contractual

Alguna doctrina sostiene que aun antes de la formación del contrato se crea una relación jurídica entre quienes intervienen en las tratativas, precisamente por causa de estos tratos. Díez Picazo habla de "la posible contractualización del régimen jurídico de la fase de negociaciones" y atribuye a la responsabilidad precontractual un claro fundamento de carácter contractual.<sup>95</sup> El autor colombiano Oviedo Albán cita a este respecto a Adriano de Cupis, para quien "la iniciación de tratos es el hecho del que se deriva la obligación de una parte para la otra, de tener un comportamiento concorde a la buena fe. El daño producido por el incumplimiento de tal obligación es un daño que recibe la denominación de "contractual" en tanto y cuanto tal expresión se aplica extensivamente a todo daño ocasionado por el incumplimiento de una obligación, bien se derive de un contrato o de otra fuente."<sup>96</sup> Monsalve Caballero se adhiere a esta vertiente doctrinaria y sostiene que cuando las expectativas

---

suasión que el actuar de una parte hace razonablemente generar en la otra, es decir, la seguridad en el cumplimiento de un negocio jurídico determinado." (*Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato*, Ed. Legal Publishing, Santiago 2008, pp. 55-56.

En cuanto a la segunda, Díez Picazo, luego de examinar algunos ejemplos, concluye que "en términos generales, se considera que se encuentra justificada la ruptura de las negociaciones, cuando por la situación objetiva del mercado o por cualquiera otras circunstancias, existe una ocasión de hacer un negocio mejor o existe una mejor oferta. En estos casos, los deberes de lealtad y de buena fe obligan solamente a comunicar estas circunstancias a la otra parte, para que decida si puede o no ajustar sus propuestas a la nueva situación" (*Fundamentos del derecho Patrimonial I*, 6ª edición. Ed. Thomson Civitas, Navarra 2007, p.323).

La sentencia de 10 de noviembre de 2014 de la Corte Nacional (caso NIFA S.A. vs MSDIA) hizo suyo el criterio de Jorge Oviedo sobre este punto: "las partes no pueden abandonar las negociaciones sin justa causa, cuando una de las partes inicia o prosigue las tratativas con la intención de no concluir el contrato, Según el mismo autor habría culpa cuando se induce a la otra parte a confiar en la conclusión del contrato, y avanzar en las tratativas, sin verificar la real posibilidad o sin haber suficiente determinación en la perfección del contrato."

94 *Op. cit., Responsabilidad...*, p. 52.

95 L. Díez-Picazo: *op. cit., Fundamentos...*, pp. 325-326.

96 J. Oviedo Albán: *op. cit., La formación...*, p. 28.

"son razonables de modo que un contratante medio del sector del tráfico al que pertenezca el contrato concreto, en virtud de su naturaleza y de las circunstancias concretas contaría que ellas son vinculantes, a pesar de que no se haya concluido el contrato." El punto de partida de su razonamiento es la regla de integración del contrato que en nuestro Código se incluye en el artículo 1562, y en mérito de la cual argumenta que las expectativas legítimas se incorporan al contrato, "al margen de la voluntad de las partes, por exigencias objetivas del propio ordenamiento jurídico."<sup>97</sup> No obstante el argumento falla por la sencilla razón de que no puede haber integración contractual si no existe un contrato.

Para Risueño la responsabilidad precontractual no puede incardinarse en la responsabilidad extracontractual, puesto que no es el resultado de una culpa delictual que "supone la violación de un derecho que no se deriva de un vínculo contractual creado por el mismo autor del daño", en tanto la base de la responsabilidad precontractual es "la violación de la seguridad dada al perjudicado por el que se retira, de que el contrato se formará,"<sup>98</sup> además de que quien se retira de los tratos ejerce su derecho pues, ya se dijo no tiene la obligación de consumir el contrato. Por tanto, agrega el autor, debe indagarse en los elementos de la responsabilidad contractual, porque aunque no se haya perfeccionado el contrato ha existido un acuerdo de voluntades que dio inicio a la preparación del contrato, que produce un efecto "enteramente análogo a uno de los efectos del acuerdo que constituye el contrato mismo." En consecuencia, concluye Risueño, no es necesario probar dolo o culpa en quien se retira, "sino que bastaría la prueba del hecho de haberse violado la seguridad dada."<sup>99</sup>

La tesis no parece de mucha solidez. Es cierto que el comportamiento de buena fe, como ya se ha dicho, es un deber que el ordenamiento impone para ser observado en el completo proceso contractual, pero solamente se convierte en obligación contractual una vez perfeccionado el negocio y ello en virtud de la norma integradora del artículo 1562 Cc. En el período precontractual no podemos hablar de obligación nacida de contrato, porque no lo hay. Muy por el contrario, como advierten Alessandri y Somarriva, refiriéndose la responsabilidad por retractación de la oferta, ella impide la formación del contrato.<sup>100</sup>

#### b) La tesis de la responsabilidad precontractual como *tertius genium*

Algunos autores vienen sosteniendo que en aquellos eventos de culpa en las tratativas previas al contrato, estamos ante una modalidad especial de responsabilidad, que ciertamente no es ni podría ser contractual, porque no

97 V. Monsalve Caballero: *Responsabilidad precontractual*. Grupo editorial Ibáñez. Bogotá 2014, p. 341.

98 *Op. cit.*, *De las obligaciones...*, p. 491.

99 *Id.*, pp. 493-494.

100 *Op. cit.*, *Derecho civil, Fuentes...*, p. 82.

existe contrato ni, por tanto, incumplimiento contractual. Se trataría, por consiguiente, de una responsabilidad *precontractual*, un *tertius genium* respecto de la clásica distinción de las responsabilidades contractual y extracontractual.

Es la tesis a la que adhieren Alessandri y Somarriva, como doctrina más admitida, pero con el yerro de considerarla "fundada más bien en elementos de carácter moral, y no de carácter jurídico."<sup>101</sup> El tratadista español Luis Diez Picazo plantea que esta es una responsabilidad *sui generis*, originada en el *contacto social*, de una cierta conexión que crea entre ambos pre-contratantes un estado de recíproca confianza, y apoya su aserto en Alonso Pérez para quien los tratos preliminares no son sino un elemento objetivo de una relación jurídica precontractual o prenegocial de características propias.

El fallo de 28 de junio de 1989 de la Corte Suprema de Colombia se pronunció en un sentido que, sin ser en extremo categórico, puede estimarse adhesión a esta doctrina, pues luego de argumentar que en la etapa de tratativas preliminares las partes intervinientes no se encuentran vinculados por lazo jurídico alguno, concluyó que "la responsabilidad en que podrían incurrir las partes de este proceso, no era de naturaleza contractual sino extracontractual, y más concretamente precontractual."<sup>102</sup>

Resulta sumamente atractiva esta tesis porque visibiliza con potencia la circunstancia de que en este caso la obligación resarcitoria obedece a un hecho dañoso con caracteres muy particulares -la transgresión a una declaración de voluntad que tiene como horizonte la contratación-, lo que de inmediato pone el sello distintivo con la similar obligación que nace de otros hechos de variada índole, como la comisión de una infracción penal, por ejemplo.

Ahora bien, así se coincida con la particular naturaleza de esta responsabilidad civil que la distingue como *tercer género* de las dos modalidades clásicas, debe reconocerse que presenta dificultades a la hora de examinar sus consecuencias en ordenamientos como el ecuatoriano que carecen de una disciplina positiva sobre la materia. Entre otras cuestiones que resultan problemáticas están el plazo de prescripción y la prueba de la culpa. ¿Deberá aplicársele el plazo de prescripción previsto para los casos de responsabilidad por incumplimiento contractual que ordinariamente es de diez años (artículo 2415 Cc), o el de cuatro años previsto para la responsabilidad aquiliana (artículo 2235 Cc)? ¿Es necesario que el accionante pruebe que la ruptura de las tratativas precontractuales obedece a dolo o culpa del demandado, como en el régimen de la responsabilidad extracontractual (artículo 2229 Cc), o debe presumirse culpable de la manera que ocurre en la responsabilidad contractual (artículo 1563 Cc)?

---

101 *Op. cit.*, *Derecho civil, Fuentes...*, p. 83.

102 Citado por Jorge Oviedo Albán, *op. cit.*, *La formación...*, p. 28.

No existe, a mi juicio, una construcción argumental que pueda responder convincentemente estas preguntas en uno u otro sentido. Si se trata de *un tertium genus* que no es ni contractual ni extracontractual, ambos sistemas podrían aplicarse o descartarse con parecida autoridad o arbitrariedad. He ahí la dificultad, frente a la cual autores como Zuloaga Ríos proponen la cómoda pero discutible vía de que en ausencia de una disciplina específica sean "la doctrina y sobre todo la jurisprudencia, según el supuesto y las circunstancias del caso concreto" las que determinen las normas aplicables, "quizá (sic) combinando algunas normas contractuales con otras extracontractuales, siempre en función de la justicia y del respeto a la buena fe como principio general del derecho."<sup>103</sup>

### c) La tesis de la responsabilidad extracontractual

No obstante lo expuesto, es preciso incardinar *ab initio* la responsabilidad precontractual en alguno de los tipos reguladas por el ordenamiento, siendo la extracontractual la más acorde con la naturaleza de las tratativas, que es precisamente lo que dijo el Tribunal Supremo de España en la interesante sentencia de 16 de mayo de 1988<sup>104</sup> que ha suscitado comentarios encontrados porque se ha puesto en duda que en el caso se haya tratado verdaderamente de responsabilidad precontractual.<sup>105</sup> En su parte medular, luego de dar por justificados los perjuicios sufridos por el actor, el fallo estimó que había razones sobradamente justificativas "de la existencia por parte de los demandados de una culpa "in contrahendo" que al faltar aquella relación contractual se nos ofrece como aquiliana puesto que no puede negársele al constituir violación al principio "neminem laedere" que determina la responsabilidad de los demandados..."

103 Isabel M. Zuloaga Ríos: *Teoría de la responsabilidad precontractual*. Ed. Legal Publishing, 3ª edición, Santiago 2008, p. 318.

104 STS, Sala de lo Civil, Sección I, Sentencia N° 405/1988 de 16 de mayo, Id Cendoj: 28079110011988101478.

105 Se trataba de un empleado de la oficina en Pamplona de una institución bancaria al que su empleador le ofreció un traslado a la oficina de Miami, oferta que fue aceptada en términos de que el Tribunal Supremo estimó que había llegado a concertarse un "contrato compromiso" y que finalmente se frustró por decisión del banco. La sentencia estableció que si bien no logró probarse que algún órgano del banco haya hecho a su empleado "orden o promesa en firme, de forma incondicional y efectiva sobre su traslado...es cierto existieron reiteradas gestiones por parte del actor para obtener ese traslado, que tuvieron favorable acogida en principio...pero sin que nunca llegaran a concretarse en su nombramiento o designación." El Tribunal consideró probado "que el problema del traslado del demandante don Jesús Miguel se trató seriamente, llegándose a un punto en el que dicho señor, con toda lógica y ateniéndose a las noticias que le dieron altos empleados de la indicada sociedad...debió pensar que su traslado a la Oficina de Miami (USA) estaba ya acordado y era además inminente lo que impulsó a los accionantes a adoptar disposiciones que resultaron, ante el fracaso de sus expectativas, claramente perjudiciales para sus intereses" (venta de dos automóviles y excedencia voluntaria indefinida de su esposa de su puesto de trabajo de Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social).

Diez-Picazo es del criterio que el Tribunal calificó adecuadamente el caso como culpa *in contrahendo* (*Fundamentos...t. I, p. 321*) y comenta que C. Asúa cree que no estaríamos ante este tipo de culpa sino de un problema de ejecución del contrato. Me inclino por esta última tesis porque si luego de emitida una oferta seria (con propósito de vincularse y cumplir) se produce una aceptación igualmente seria que es comunicada al oferente, la cuestión ya no es de tratativas precontractuales sino de un contrato perfecto, verbalmente concertado.

Por la misma doctrina se decantó la sentencia de 10 de noviembre de 2014 de nuestra Corte Nacional de Justicia en el caso NIFA S.A. contra Merck Sharp & Dohme (ver secc. VII). La Corte apreció que las negociaciones entre las partes no tuvieron la transparencia suficiente y revelaron "durante todo su curso una apariencia de avance irreal propiciado por la accionada y por supuesto, ese comportamiento resulta punible dentro del universo de cuasidelitos (Artículo 2214 C.C.) que está plenamente definido en nuestra legislación civil por contravenir la obligación de conducirse con buena fe (Artículos 721 y 1562 C.C.)."

Es mayoritaria la doctrina que, con diferentes argumentos, se inclina, a favor de esta tesis. Para Albaladejo, que no admite la autonomía de la responsabilidad precontractual, el desistimiento, justificado o no, de las tratativas precontractuales, por sí solo no tiene por qué perjudicar a la contraparte, aunque efectivamente puede impedirle obtener los beneficios esperados de haberse celebrado el contrato, de manera que la necesidad de reparar aparece únicamente si la ruptura resulta ser un hecho ilícito. Por ello, continúa el profesor español, la obligación de indemnizar carece de autonomía, es un caso más de culpa extracontractual.<sup>106</sup> El Código civil paraguayo se ha inclinado por esta tesis en su artículo 364: "Los actos nulos y los anulables que fueron anulados, aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos, pueden producir los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas."

Entre los comentaristas del Código de Bello la sustentan también los Ospina, con ocasión de la retractación de una oferta negocial:

"...al proceder así, dicho proponente no debe olvidar que es obligación suya evitar que su conducta ocasione perjuicios a la persona a quien va dirigida su oferta. De manera que si quiere evitarse todo reproche, antes de retirar la oferta, debe asegurarse de que ella aún no ha dado lugar a que el otro interesado haya comenzado a prepararse para la convención propuesta, haciendo gastos y tomando medidas que, a la postre, le resulten perjudiciales, caso de no celebrarse dicha convención. Proceder de otra manera es obrar a ciegas; retirar una oferta sin saber si este acto será indiferente perjudicial para el otro interesado, equivale a incurrir en culpa manifiesta... aunque la oferta no sea obligatoria, aunque quien la formula tenga el derecho de retirarla antes de la aceptación, su responsabilidad civil se configura clara y naturalmente en la culpa extracontractual o aquiliana (de la Lex Aquilia) en que incurre al no obrar con la diligencia y cuidado necesarios para no perjudicar al destinatario."<sup>107</sup>

<sup>106</sup> *Op. cit.*, t. I, p. 378.

<sup>107</sup> Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta: *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7ª edición. Ed. Temis, Bogotá, 2009, p. 151.

En el mismo sentido se pronuncia Barros Bourie en Chile:

"Uno de los más importantes desarrollos del derecho de las obligaciones reside precisamente en la definición de deberes positivos de conducta durante la negociación contractual. La materia pertenece a la responsabilidad extracontractual (porque los ilícitos no consisten en incumplimiento de contrato), pero está estrechamente relacionada con la doctrina del contrato, pues se refiere a deberes que surgen durante la formación del consentimiento."<sup>108</sup>

Dicho lo anterior, queda por resolver la ya anunciada cuestión de sus consecuencias concretas en materias como la prueba de la culpa y la prescripción de la acción indemnizatoria.

Hay quienes afirman que en el marco de esta responsabilidad es preciso probar la culpa de la persona a la que se imputa. Así lo sostiene Velásquez Gómez: "Sólo si existe culpa habrá lugar a la responsabilidad por violación del deber general de no causar daño, fundamento de la responsabilidad extracontractual."<sup>109</sup> En similar sentido se pronuncia Albaladejo apoyándose en la jurisprudencia española.<sup>110</sup>

Es punto para discutir si aquello resulta aplicable en nuestro derecho, habida cuenta de la norma del artículo 144 del Código de comercio que obliga a indemnizar aun en los casos en que la retractación de la oferta sea tempestiva, es decir oportuna o dentro del período que la autoriza el artículo 143 del mismo cuerpo legal (entre el envío de la propuesta y la aceptación), lo que pone de resalto que la indemnización procede en todo evento, con bastante independencia respecto de la culpa. Cierto es que no pueden asimilarse oferta y tratativas, aunque ambas pertenezcan al estadio precontractual, pero también lo es la circunstancia de que el artículo 144 instala un criterio de resarcibilidad que no puede dejarse de lado en el caso de ruptura de los tratos preliminares. Este razonamiento tendría indiscutible cabida si se acepta la autonomía de una responsabilidad *precontractual* con principios y disciplina propios, distintos de la responsabilidad aquiliana. Mas si se le aplica el régimen de la responsabilidad extracontractual resulta mandatoria la exigencia de la culpa ex artículo 2184 CC y la consiguiente necesidad de probarla por quien pretende la indemnización.

Esto último trae una dificultad adicional: ¿cómo podría el accionante que pretende indemnización de perjuicio probar que la ruptura de las tratativas debe atribuirse a culpa o dolo del demandado que se retiró de las conversaciones (p. ej., solamente pretendía ganar tiempo para hacer una negociación más

108 Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Ed. Jurídica de Chile, 1ª edición, 2006, p. 131.

109 *Op. cit.*, *Estudio...*, p. 832.

110 *Op. cit.*...*Derecho civil II...*, p. 378.

ventajosa con un tercero), y no obedece a circunstancias de inimputabilidad, como la fuerza mayor o el caso fortuito (p. ej., ha surgido un impedimento legal para celebrar el contrato que se negocia)? Una prueba de este tipo supone incursionar en el fuero interno de su contraparte, dificultad que lo coloca en una verdadera posición de indefensión si no se aplica un correctivo que ponga sensatez y equidad en el *onus probandi*.<sup>111</sup>

Creo que este es uno de aquellos casos en que se justifica la aplicación de la regla de la carga dinámica de la prueba o de facilidad o mayor proximidad probatorias, según la cual corresponde probar un hecho a la parte que esté en mejores condiciones de hacerlo, sea por disponibilidad del medio correspondiente o por la facilidad para conseguirlo y aportarlo al juicio.<sup>112</sup> La regla tiene detractores,<sup>113</sup> pero goza de creciente aceptación. En España tiene residencia en el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)<sup>114</sup> y respecto de

111 Para Monsalve Caballero no es necesaria la prueba de que el infractor actuó con dolo o culpa “pues la falta de diligencia en la fase *in contrahendo* es un criterio subjetivo de imputación de la responsabilidad” (op. cit., *Responsabilidad...*, p. 392). En similar sentido Zuloaga Ríos: “Si no es posible configurar culpa o dolo, ello no impide la procedencia de esta responsabilidad, pues *la sola violación de la buena fe precontractual* entrará a jugar el papel de fundamento inmediato y de *factor de atribución de responsabilidad de carácter objetivo y autónomo* (op. cit., *Teoría de la responsabilidad...*, p. 317).

112 Este criterio es avalado por el catedrático salmantino Eugenio Llamas Pombo (*Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba*, Madrid 2000), citado por Monsalve Caballero: op. cit., *Responsabilidad...*, p. 400).

113 H. Devis Echandía cita a Lessona (*Teoría de las pruebas*), para quien “la imposibilidad no priva del deber de la prueba”, y se pronuncia a favor de dicha tesis “si se toma el concepto en un sentido general, es decir, que no puede alegarse imposibilidad personal para suministrar toda clase de pruebas, pues esto solo puede ocurrir cuando el hecho en sí sea imposible metafísica, física o matemáticamente (los dos últimos en opinión de expertos y no conforme al criterio del juez, que puede ser deficiente) o no sea susceptible de prueba”; pero, agrega, cuando la ley exige un medio especial de prueba, *ad probationem*, “creemos que la doctrina francesa debe aceptarse, aunque no haya norma legal que la consagre, como sucede en Colombia, en el sentido de que, no obstante pesar sobre esa parte la carga de probar tal hecho, se la exima de la necesidad de suministrar ese medio específico.” (*Teoría general de la prueba judicial*, T. I y II, 5ª. edición. Ed. Temis, Bogotá, 2006, pp. 422-423).

Desde un punto de vista más práctico, Hernán D. Velásquez observa que “la carga dinámica, por otra parte, genera serios problemas probatorios pues sólo cuando se ha evacuado la prueba se sabe quién era el que tenía más facilidad de probar, lo que lleva a que cuando se presenta la demanda – elemento esencial del proceso que delinea su contenido-, no se sabe quién tiene esa carga.” (*Estudio sobre obligaciones*, Ed. Temis, Bogotá 2010, p. 806).

114 Art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC) de España:

“Carga de la prueba.

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniendo, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

ella el Tribunal Supremo español ha mantenido una doctrina uniforme. En la sentencia de 4 de mayo de 2000, tratándose de la prueba del pago del precio de una compraventa de fincas pertenecientes a una heredera fiduciaria de residuo, el Tribunal Supremo dijo que debe flexibilizarse el artículo 1214 Cc.,<sup>115</sup> y poner la carga de probar sobre la parte a la que le sea posible hacerlo si a la contraria le es imposible, como sucede en la prueba en cuestión, lo mismo que si en lugar de imposibilidad, hay dificultad sobresaliente de orden objetivo."<sup>116</sup>

Por su parte, la Corte Suprema de Colombia, país donde no ha sido consagrada positivamente esta variante probatoria, resolvió el 30 de enero de 2001, en un caso sobre responsabilidad médica, que:

"...no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el *onus probandi* permanezca inmodificable (...), pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica. Complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar de ejercicio."<sup>117</sup>

La regla atempera el rigor del *onus probandi* para introducir un ingrediente de equidad en el frío compartimento de la prueba judicial. Armenta Deu pone como ejemplo clásico que justifica la carga dinámica de la prueba, la que debe rendirse en los juicios sobre responsabilidad médica donde los protocolos que sirven de prueba siempre estarán en manos o disponibilidad del médico contra quien se acciona,<sup>118</sup> por lo que no sería equitativo ni realista poner el peso de su presentación sobre el paciente que persigue la responsabilidad.

---

5. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio."

115 Derogado por la LEC que incorporó sus reglas en el Art. 217.2 y 3 recién transcrito.

116 Agregó la sentencia citada: "Por lo que respecta a la prueba de la necesidad en que se hallaba la fiduciaria de vender, es cierto que el tercero que contrata con ella no ha de cargar con la prueba de su realidad si quiere que su adquisición sea válida y eficaz. Pero aplicando los principios acabados de exponer no hay ninguna duda de que al actor le era imposible o muy difícil realizarla, porque la fiduciaria vivió los cuatro o cinco años últimos de su vida con el demandado señor Octavio, su esposa e hijos en el domicilio de ellos, donde la recogieron de la localidad de Baza (Granada) en la que residía hasta casi sus setenta años (hechos segundo y tercero de la contestación a la demanda). En estas circunstancias especiales, es claro que sólo los demandados estaban en condiciones de probar la necesidad de venderles ellos prácticamente la totalidad de su patrimonio."

117 En Hernán D. Velásquez: op cit., *Estudio...*, p. 806.

118 Teresa Armenta Deu: *Lecciones de Derecho procesal civil*, 4ª edición. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 166.

En otros casos el problema probatorio se asienta en la prueba de un hecho negativo, como sucede cuando una de las partes se retira de las negociaciones porque ha recibido una mejor propuesta de un tercero. El deber de lealtad le imponía la necesidad de ponerlo en conocimiento de su contraparte para darle la oportunidad de igualar o mejorar la propuesta, ¿Cómo probar que *no lo hizo*, para imputarle un retiro "culpable" que justifique la demanda indemnizatoria?

En sus *Comentarios al Edicto*, Paulo expuso la fórmula que llegó a ser clásica en la materia: *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*.<sup>119</sup> La doctrina moderna, con algunos reparos, viene aceptando que, en determinadas circunstancias, la regla pauliana debe experimentar alteraciones, de manera que no siempre el que niega resultará exonerado de la carga probatoria, lo cual dependerá, en definitiva, del tipo de negación que formule;<sup>120</sup> pero le reconoce autoridad cuando se niegan *hechos indefinidos (negaciones indefinidas)* o de negaciones que no están limitadas en el tiempo, como ocurre, por ejemplo, con la afirmación de que nunca se celebró el contrato de compraventa, o en el caso que ahora nos interesa, que no se informó sobre la mejor oferta de un tercero, hipótesis en la que la prueba se hace imposible para la parte que niega.<sup>121</sup> Se hace necesario entonces invertir la carga de la prueba para imponerla a la parte que debió observar la conducta positiva de informar.

Finalmente está la cuestión del plazo de prescripción de la acción para el reclamo de perjuicios que en la responsabilidad extracontractual es de cuatro años y que, por no haber razones que justifiquen una conclusión contraria, debe aplicarse a los casos de responsabilidad precontractual.<sup>122</sup>

d) La posible concurrencia de los tipos de responsabilidad.

El profesor de la Universidad de Kiel, Karl Larenz, ha planteado una tercera tesis que, sin ser propiamente ecléctica, porque no aproxima las anteriormente expuestas, utiliza sus elementos para llegar conclusiones diferentes según el contrato haya llegado a perfeccionarse o no. En el primer caso dice Larenz, la responsabilidad por la violación *in contrahendo* de la buena fe puede ingresar al campo de la responsabilidad contractual y sancionarse como tal. Si, por el contrario, el negocio no llegó a celebrarse no podría hablarse de responsabilidad contractual. ¿Cuál sería entonces, en este segundo caso, el fundamento

119 Digesto, L. XXII, T III, §2

120 Luis Parraguez Ruiz: *El negocio jurídico simulado*. Ediciones *Iuris dictio*, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Quito 2014, p. 299.

121 Es esta, con la limitación anotada, la antigua doctrina que puede leerse en el Diccionario de Escriche (voz "Prueba"), que reproduce las fórmulas del Digesto y del Código, expuestas en el texto (*ei incumbit onus probando qui dicit, non ei qui negat, quoniam factum negantis per rerum naturam nulla probatio est*).

122 En contrario Monsalve Caballero quien, consecuente con su postura contractualista en esta materia, sostiene que debe aplicarse al plazo de prescripción de las obligaciones ordinarias (op. cit., *Responsabilidad...*, p. 402), es decir de 10 años en el caso de nuestro derecho

de la obligación de indemnizar que recae sobre el culpable? Tomando como referencia la norma del §307 del Código Civil alemán, Larenz apoya esta responsabilidad en la vulneración de un deber de aclaración derivado de la buena fe, pero admite que el tema es discutible y expone el rico debate suscitado sobre este punto en la jurisprudencia y doctrina de su país.

Leiva Fernández también aporta al debate la posibilidad de concurrencia de ambas responsabilidades, pero no dependiendo del momento, como lo expone Larenz, sino del hecho que la ocasiona.

"El supuesto de responsabilidad por ruptura de las negociaciones (y sus variantes: por no respetarse los acuerdos parciales ya logrados, por dolo, y por iniciarse o continuarse las tratativas sin seriedad) y el de nulidad del contrato celebrado, responden a criterios propios de la naturaleza extracontractual... En cambio, responden a pautas de naturaleza contractual los que tienen su origen en vicisitudes de la oferta y la aceptación, y en la ruptura del consentimiento (ya logrado) en los contratos reales no perfeccionados por falta de tradición," pues estos últimos si bien no son contratos constituyen convenciones "por lo que resulta natural aplicarles el sistema contractual, en consideración a que la convención guarda una gran analogía con el contrato."<sup>123</sup>

Finalmente, es importante dejar señalado que las cuestiones principales que interesan a esta responsabilidad precontractual, como la de establecer si se está en presencia de meras tratativas o en un proceso formal de construcción del consentimiento negocial, si aquellas han sido de tal naturaleza que justifiquen o no que una de las partes haya cifrado su confianza en el progreso del negocio, si la retractación es intempestiva o puede justificarse razonablemente, son todas cuestiones de hecho que debe calificar el juez de la causa y que no son susceptibles de revisión por vía de casación.<sup>124</sup>

## **VII. Una breve mirada a un caso Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (NIFA S.A.) vs Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation**

La jurisprudencia nacional no ha tenido muchas oportunidades para pronunciarse sobre la responsabilidad precontractual, seguramente por la ausencia de un desarrollo teórico sobre la materia tanto en el mundo académico como en el foro. De allí que la reciente sentencia pronunciada el 10 de noviembre de 2014 por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia en el

<sup>123</sup> Luis F. Leiva Fernández: *op. cit.*, *Responsabilidad precontractual...*, p. 403.

<sup>124</sup> Francesco Messineo: *op. cit.*, *Doctrina general...*, p. 309.

juicio N° 215-2014, seguido por INDUSTRIA FARMACÉUTICA ASOCIADA S.A. (NIFA S.A.) contra MERCK SHARP DOHME (INTER AMERICAN) CORPORATION, esté llamada a constituir un importantísimo precedente jurisprudencial, pues se refiere a un caso emblemático en el que se han dado cita los elementos más relevantes de esta modalidad de responsabilidad, algunos de los cuales ya se han mencionado en párrafos anteriores.

En el mes de febrero de 2002 las compañías farmacéuticas INDUSTRIA FARMACÉUTICA ASOCIADA S.A. (NIFA S.A.) y MERCK SHARP & DOHME (MSDIA), iniciaron conversaciones para la adquisición por la primera de una planta industrial de propiedad de la segunda, con el propósito de ampliar su capacidad de producción. Las negociaciones avanzaron consistentemente en puntos sumamente sensibles, algunos de ellos relativos a la cosa y al precio, que son esenciales del contrato de compraventa (artículo 1732 Cc), además de la entrega de información sobre la producción de la planta, su equipamiento, compromiso de confidencialidad suscrito por NIFA S.A., sucesivas ofertas de precio, prórroga de vigencia de la oferta final solicitada por MSDIA, entrega por esta última de títulos y documentos habilitantes para la instrumentación de la compraventa, precisión de los detalles de la oferta de compra, información sobre fuentes de financiamiento, entrega del plan de negocios de NIFA S.A, aceptación de ésta a las principales condiciones negociales propuestas por MSDIA, información sobre la situación laboral del personal de MSDIA del que se haría cargo NIFA S.A., etc.

Las conversaciones –típicas tratativas precontractuales, pues las partes estaban conscientes de que no eran vinculantes mientras no se celebrara el contrato de compraventa o de promesa de compraventa, según el caso- no tuvieron mayores tropiezos hasta el mes de enero de 2003 en que sorpresivamente MSDIA impuso a NIFA S.A. una pretensión ajena a lo esencial del contrato de compraventa que se discutía y que hasta entonces no había sido sugerida durante el proceso de negociación que ya llevaba casi un año de duración: la obligación de no fabricar varios productos farmacéuticos que supuestamente producía MSDIA..

NIFA S.A. aceptó esta nueva exigencia únicamente respecto de los productos que no estaban en la lista de genéricos y por un período de dos años. En el mismo mes de enero y sin mediar aviso alguno, MSDIA dio por terminadas las conversaciones y posteriormente vendió la planta a un tercero. A juicio de NIFA todo el proceso de negociación fue una estrategia de MSDIA para demorar su entrada en los mercados de productos farmacéuticos genéricos lo que en efecto ocurrió pues sus planes de expansión en el mercado ecuatoriano se vieron frenados por lo menos dos años como consecuencia de la retractación desleal de su contraparte.

El proceso de negociaciones precontractuales llegó al punto avanzado de la oferta formal, o para ser más preciso, de una sucesión de ofertas y contraofertas (artículos 145 y 146 C. de comercio),<sup>125</sup> todas ellas serias y completas, acordes los precontratantes en la cosa y con contrapropuestas en el precio, suficientes para formar el consentimiento contractual con una simple aceptación final, de modo que solamente habría faltado el cumplimiento de la forma legal para perfeccionarlo.

Pero aunque así no fuera, deberá admitirse, por lo menos, que hubo un caso típico de tratativas o tanteos preliminares cuya injustificada retractación debía dar paso a la responsabilidad civil de MSDIA. La defensa de MSDIA insistió en que las conversaciones llevadas adelante con la demandante no podían haber generado obligaciones para las partes porque no se había suscrito un contrato solemne de compraventa, argumento idóneo si la actora hubiera pretendido demandar obligaciones contractuales, pero inepto para resolver una disputa de responsabilidad precontractual. Adicionalmente la forma en que se desarrollaron las negociaciones generaron en NIFA una razonable confianza en que MSDIA concluiría finalmente el negocio. En esa confianza NIFA no buscó soluciones alternativas para su proyecto de ampliación, de modo que la ruptura le ocasionó importantes perjuicios.

La demanda de NIFA se fundamentó, entre otras, en la norma del artículo 2214 CC sobre responsabilidad extracontractual que, como se ha dicho, es lo que corresponde en las hipótesis de responsabilidad precontractual, de manera que podía asumirse que la actora pretendía resarcimiento con fundamento en esta responsabilidad. También invocó los numerales 1 y 3 del artículo 244 de la Constitución Política entonces vigente, relativo, el segundo de los mencionados, al "desarrollo de actividades y mercados competitivos."

Planteadas así las cosas, en sentencia de 17 de diciembre de 2007 la Jueza Segundo de lo Civil de Pichincha estimó que a la luz de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 244 de la Constitución Política, la conducta de la demandada constituía una práctica anticompetitiva y por lo mismo un ilícito civil, por lo que admitió la demanda de NIFA S.A. y condenó a MSDIA al pago de una indemnización de US\$ 200.000.000. Subida en grado, la sentencia de 23 de septiembre de 2011 de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha confirmó la sentencia de primera instancia reformando el sin duda elevado *quantum* indemnizatorio que redujo a US\$ 150.000.000. Se fundamentó, asimismo, en la norma del numeral 3 del artículo 244 de la Constitución que pone de manifiesto que el constituyente de 1998 "determinó que las prácticas monopólicas y otras que impiden o distorsionan la libre competencia son ilícitas", razón por la cual procede el

---

125 Código de comercio: Art. 146.- La aceptación condicional o las modificaciones a la propuesta, se tendrán como propuesta.

resarcimiento de perjuicios con fundamento en la norma abierta del artículo 2214 del Código Civil. Propuesto el recurso de casación por MSDIA, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia casó la sentencia recurrida y condenó a "Merck Sharp & Dohme al pago de una indemnización de US\$ 1.570.000 "por el cuasidelito civil de negativa de venta por actos de desorganización del competidor dentro del Derecho de la Competencia "incurrió en prácticas que impiden o distorsionan la competencia (...) la cual da lugar a un cuasidelito civil" (sentencia de 21 de septiembre de 2012). NIFA S.A. dedujo acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional que en sentencia de 12 de febrero de 2014 declaró vulnerado los derechos al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y al derecho a la seguridad jurídica y ordenó, como medida de reparación integral, dejar sin efecto el fallo de 21 de septiembre de 2012 de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, y que dicha Sala dicte nueva sentencia de casación. Esta se pronunció el 10 de noviembre de 2014 y en ella la Sala casó parcialmente la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2011 por la Corte Provincial de Pichincha y condenó a MSDIA al pago de una indemnización de US\$ 7.723.471,81.<sup>126</sup>

Lo relevante de esta nueva sentencia es que el Máximo Tribunal de la República dejó de lado el debate que las anteriores sentencias habían centrado en distintos aspectos del Derecho de la Competencia, para incursionar decidida y profundamente en la doctrina de la responsabilidad precontractual. En sus pasajes más significativos, que están contenidos en el Considerando OCTAVO ("Problema jurídico"), la Corte abordó con detenimiento los aspectos cruciales de esta responsabilidad, para precisar el concepto de tratos preliminares, la necesidad de llevarlos a cabo con apego al principio de la buena fe, la ruptura injustificada de las negociaciones y su consecuencia indemnizatoria. Sobre estas cuestiones, además de lo que se ha citado en el curso de este trabajo, la Corte dijo:

- En cuanto a los hechos, que la conducta engañosa de MSDIA, al exigir de NIFA S.A. algo que nunca fue parte de la negociación (la inaceptable abstención de producir varios medicamento genéricos), obedeció a una estrategia para demorar la entrada de NIFA S.A. a los mercados de productos genéricos.
- Que "los tratos preliminares, según Stiglitz, son aquellos "...diálogos preliminares que, en el *iter negocial*, se ubican en una etapa que precede al perfeccionamiento del contrato."<sup>127</sup>

---

126 Con el voto salvado del juez Paúl Iñiguez que negó los recursos de casación. En dicho voto se recoge la tesis de la práctica anticompetitiva, sin embargo de lo cual se incursiona también en el campo de la responsabilidad precontractual cuando se afirma que la norma del artículo 2214 del Código civil que fundamenta la indemnización concedida en segunda instancia (y que fue invocado en la demanda de NIFA S.A.) "abarca todos aquellos hechos que sean delitos o cuasidelitos, como ilícitos que generan un daño, en el presente caso se rompió un acuerdo de negocios por parte de los demandados, no cumplieron su compromiso, comportando una conducta dañina en perjuicio de la parte actora."

127 Página 45 de la sentencia.

- "En los tratos preliminares lo que debe prevalecer es la buena fe, si existe mala fe, si se viola el deber de buena fe, con los consiguientes deberes de conducta que de ella se derivan, quien ha actuado, por ejemplo, sin intenciones de llegar a un acuerdo y esto ha causado perjuicios, está obligado a indemnizar."<sup>128</sup>

- "Retener unas negociaciones artificialmente, de modo que estas se rompen posteriormente sin una causa justificada, y cuando la otra parte tenía fundada confianza en que el contrato se celebraría, es infringir la *buena fe precontractual*."<sup>129</sup>

- El deber de no levantar falsas expectativas "se refiere cuando una de las partes negocia sin las intenciones de contratar, logrando que la otra parte descarte otras oportunidades, es lo que se ha denominado en la doctrina el costo de oportunidad. Se crea confianza sobre hechos o circunstancias que no van a suceder."<sup>130</sup>

- "...las partes no están obligadas por estos tratos preliminares a celebrar un contrato, pero sí a actuar de buena fe, la responsabilidad nace cuando se ha actuado de mala fe y se ha perjudicado a la otra parte por la no celebración del contrato, cuando la no celebración de un contrato resulta arbitraria, sin causa o fundamento justo (...) las negociaciones obligan en otro sentido: esto es, cuando han llegado a tal punto que permitan prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo y atendible motivo (...) la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño –o sea, el llamado interés contractual negativo."<sup>131</sup>

---

128 *Ibidem*.

129 Página 48 de la sentencia.

130 Página 51 de la sentencia.

131 Página 45 de la sentencia. Cita a Francesco Messineo (*Doctrina general del contrato*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, p. 309)



# La reacción jurídica del Ecuador ante la Primera Guerra Mundial: de la neutralidad a la ruptura de relaciones

Dr. Farith Simon Campaña

## Resumen

La Primera Guerra Mundial tuvo un impacto significativo en todo el mundo, en este trabajo se explora la forma en que esta conflagración impactó en las decisiones jurídicas del Ecuador, esto como un indicador de la relevancia que tuvo la primera gran guerra en nuestro país.

**Palabras claves:** Primera Guerra Mundial, Ecuador, legislación.

## Abstract

World War I had a significant impact on all around the world, this paper explores how this conflagration struck the legal decisions of Ecuador as an indicator of the importance that the first great war for had our country.

**Key Words:** World War I, Ecuador, legislation.

## Sumario

**I.** Introducción. **II.** Nos declaramos neutrales. **1.** La "Ley Moratoria" y medidas económicas. **2.** Restricciones de exportaciones. **III.** Ruptura de relaciones con Alemania. **IV.** ¡Viva la paz! ¡Ganamos la Guerra! A manera de Conclusión.

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, Doctor en Jurisprudencia, Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Decano y Profesor titular del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

## I. Introducción

En este trabajo exploro cuál fue la reacción, desde una perspectiva jurídica, del Ecuador ante la Primera Guerra Mundial. Esto implica una revisión de las decisiones de carácter normativo que se tomaron en el país entre julio de 1914 y enero de 1919. Como veremos nuestro país transitó desde una posición de "estricta neutralidad" (con cierta simpatía hacia Francia), a la ruptura de relaciones con Alemania, esto como un reflejo claro de su posición pro aliada, pero fundamentalmente pro norteamericana, que asumió posteriormente el país y que se mantuvo durante muchos años.

Para la elaboración de este trabajo se revisaron 1332 registros oficiales, distribuidos así: 618 de la administración Plaza (desde el No. 568, correspondiente al día 28 de julio de 1914, al 1186 de 30 de agosto de 1916, correspondiente al último RO publicado por esa administración); y 714 de la administración Baquerizo Moreno (desde el No. 1 de 1 de septiembre de 1916 hasta el No. 713 del 30 de enero de 1919, incluido el RO 866 de 11 de agosto de 1919 que contiene el Mensaje del Presidente de la República al Congreso Ordinario de 1919, donde se refiere a los hechos posteriores al fin de la Guerra y la posición ecuatoriana).

Es claro que desde una perspectiva militar el impacto en el país fue nulo, sin embargo, contribuyó a la reconfiguración de las relaciones internacionales del país que, antes de la conflagración, era fuertemente dependiente de las potencias económicas europeas y luego de los Estados Unidos. No obstante, el impacto más significativo fue el económico puesto que estos años condicionaron la economía del país, especialmente en lo referido a la moneda.

Al estallar la Primera Guerra Mundial el Ecuador vivía en segundo mandato presidencial de Leónidas Plaza Gutiérrez (1/09/1912 a 31/08/1916). Liberal, acusado por militantes proalfaristas y proandradistas de ser responsable de instigar los asesinatos de Eloy Alfaro y del general Julio Andrade<sup>1</sup>. Debido a ello tuvo que enfrentar una serie de insurrecciones, particularmente en la provincia de Esmeraldas, donde actuaban grupos guerrilleros encabezados por Carlos Concha; esto obligó a dirigir gran cantidad de sus recursos económicos para encarar lo que sucedía en el norte del país.

---

1 A la muerte del presidente Emilio Estrada en diciembre de 1911 inició una guerra civil que se prolongó hasta el año 1916, las fuerzas gubernamentales derrotaron a los insurgentes; los líderes rebeldes recibieron un armisticio y dejaron el país, sin embargo la presión popular e indignación provocó la revocatoria de esta decisión, el Gral. Pedro Montero fue juzgado y condenado a dieciséis años de trabajos forzados, pero fue asesinado brutalmente por una turba en el mismo Tribunal de Justicia; por esto fue trasladado los restantes caudillos a Quito donde Eloy Alfaro también fue asesinado. Los dos contendores para la presidencia Laso y Andrade representaban la solución a los problemas. Andrade fue asesinado por un desconocido y Plaza fue electo Presidente.

El conflicto terminó luego que Carlos Concha fue detenido y los rebeldes fueron amnistiados por el nuevo Presidente Alfredo Baquerizo Moreno (1/09/1916 al 31/08/1920), durante cuya presidencia terminó la Primera Guerra Mundial<sup>2</sup>.

En 1914 comienza la crisis del cacao debido a la caída del precio de la "pepa de oro" en los mercados internacionales. Esta es una crisis que duró hasta 1925 con la casi desaparición de las plantaciones. El precio disminuyó de S/. 21 sucres a S/. 10 sucres, esto porque los tres mercados más importantes de la "pepa de oro"<sup>3</sup> (Alemania, Francia e Inglaterra) prohibieron su importación. Además, incrementaron los costos de los fletes y seguros debido a la priorización que se dio al transporte de material bélico y se incrementó la oferta internacional de cacao.

Posteriormente las plantaciones fueron afectadas por la Monilla y la Escoba de Bruja que provocaron una disminución de la producción, al tiempo en el que el precio llegó a caer a S/. 5,75. Paralelamente se incrementaron los precios de las manufacturas importadas, lo cual llevó a que la moneda se devalúe en 2,25 %. Este proceso se dio pese al alivio momentáneo que se vivió entre 1918 y 1920 por el incremento del precio del cacao, de S/. 10,25 a S/. 20,75. Dicho incremento fue el resultado del crecimiento del mercado norteamericano, lo que significó el inicio de una dependencia, tanto política como económica, de los Estados Unidos, que desplazó a los países europeos.

Plaza y Baquerizo Moreno contribuyeron a la modernización institucional del país, especialmente Plaza, quien ejerció una significativa influencia en la vida nacional. La etapa liberal, en opinión de Enrique Ayala, es el "momento más relevante de formación del Estado Nacional"<sup>4</sup>. Sin embargo, estos gobiernos cedieron de forma significativa ante los intereses de la banca privada guayaquileña, inaugurando el período Plutocrático que finalizó con la revolución

2 Un interesante estudio de este período de la historia ecuatoriana, y el rol de los gobiernos liberales y en particular de Leónidas Plazo se puede leer en el estudio de Linda Alexander Rodríguez, publicado en la Revista Cultura, Volumen IX, número 26, septiembre-diciembre 1986, Quito, pp. 15-40. La autora considera que este período de la historia del Ecuador se caracterizó por el "regionalismo, autoritarismo, militarismo, y personalismo".

3 Producción y exportación de CACAO (informe Birch Rocher, Encuentro historia, p. 410)

1915	796612
1916	828828
1917	900953
1918	760289
1919	750485
1920	754481
1921	832788
1922	832788
1923	606519
1924	623456
1925	540956 (hasta 1 de agosto)

4 Ayala Mora, E., "Política y Sociedad en el Ecuador Republicano 1830-1980"; publicado en Política y Sociedad: Ecuador 1830-1980, Tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1980, (pp. 11-31), p. 17.

juliana en 1925. Esto debido a que el presupuesto estatal dependía en gran parte de los impuestos que se cobraban por la exportación del cacao, de ahí la dependencia presupuestaria de los préstamos otorgados por los bancos costeros<sup>5</sup>. Como veremos, la llamada "Ley Moratoria" se aprobó para favorecer a los bancos guayaquileños, en particular al Banco Comercial y Agrícola de Guayaquil de Francisco Urbina Jado.

En la época de Baquerizo Moreno se abolió la prisión por deudas ("apremio personal") y se estableció la jornada laboral en un máximo de 8 horas diarias y 6 días a la semana en todos los empleos<sup>6</sup>.

## II. Nos declaramos neutrales

En la parte final del mensaje del Presidente Plaza al Congreso Ordinario de 1914<sup>7</sup> se expresó la preocupación por el inicio de la guerra y el impacto económico, que a raíz de esta conflagración, afirmó el Presidente, se empezó a sentir en nuestro país:

En momentos de cerrar este Mensaje, ha llegado a nuestro país la nueva dolorosa de haber estallado en el Continente Europeo la guerra más terrible y vasta que registra la historia de los siglos y en la que, hasta este instante, aparecen comprometidas cinco naciones, sin que sea posible calcular la extensión posterior que ella pueda alcanzar.

Lamentamos profundamente que los países más cultos de la tierra se hayan visto en el caso de apelar al recurso de las armas para solucionar conflictos de su diplomacia; y hacemos votos porque cuanto antes termine esa inmensa conflagración, que tiene proyecciones mundiales, ya que sin poder evitarlo, todos los comercios, todas las finanzas, todas las industrias y todos los países del globo, van a sufrir, directa o indirectamente, las consecuencias de esa inmensa lucha armada, entre las naciones que regulan los intercambios internacionales.

En el Ecuador, ha repercutido en el acto el efecto de esa guerra; y debemos exponernos a la adopción de algunas medidas preventivas contra la seria gravitación que van a producir en nuestra situación económica, fiscal y particular, las hondas perturbaciones de los mercados europeos.

5 Alexander Rodríguez, L., "*La política en el Ecuador, 1830-1925*", publicado en la Revista Cultura, Volumen IX, número 26, septiembre-diciembre 1986, Quito, p. 37.

6 Enrique Ayala Mora, *De la Revolución Alfariista al Régimen Oligárquico Liberal (1895-1925)*, Nueva Historia del Ecuador, Volumen 9, Corporación Editora Nacional, Quito, 1983, (pp. 119-166), p. 159.

7 RO No. 579 de 11 de agosto de 1914, p. 1840.

afectuosa cordialidad a que tuve el honor de referirme en mi Mensaje del año próximo pasado.

Poco tiempo después de estallar la Guerra Europea, el Pacífico occidental fue teatro de importantes operaciones navales. Las escuadras de los países beligerantes se disputaban el dominio del océano, en defensa de sus rutas y mercados comerciales; y aunque en nuestras aguas territoriales hicieron acto de presencia algunos escuadrones ingleses, alemanes y japoneses, tuvimos la fortuna de que en ellas no se produjeran hechos de armas.

Sin embargo, y no obstante el cuidadoso empeño con que mi Gobierno ha hecho efectiva la neutralidad de la República, impartiendo para tal objeto todas las ordenes e instrucciones que venían al caso, es lo cierto que, inesperadamente, nos vimos sindicados de haber permitido violaciones de esa neutralidad, en obsequio de uno de esos beligerantes.

La inculpación era absoluta y totalmente infundada, pues jamás pudo pasar por la mente del Gobierno ni de sus representantes en toda la extensión de nuestro territorio, la idea siquiera de comprometer el buen nombre y los intereses del país, por efecto de actitudes ingratas a alguna de las potencias en lucha con las cuales el Ecuador mantiene relaciones amistosas, que todos nos empeñamos en conservar y fomentar.

Afortunadamente, la inculpación no podía resistir a las demostraciones de la verdad; y bastó que nuestra Cancillería exhibiese plena y francamente la conducta del Gobierno, para que quedase desvanecida hasta la sombra de una incorrección de parte nuestra.

De esa misma ocasión hubo de aprovechar nuestra Cancillería para restablecer el concepto de la posición de la República en la comunidad internacional, como nación independiente y soberana, pues no pudimos admitir que, para hacérsenos una representación o reclamación, se buscara la intervención de un tercer Gobierno, como si hubiésemos estado sometidos a inesperada tutela.

La serie numerosa de los graves e inusitados incidentes marítimos a que ha dado lugar la Guerra Europea y que afectan vivamente los intereses, derechos y deberes de los países neutrales, en sus relaciones con los beligerantes, incidentes que las Convenciones Internacionales no consultaban, han motivado hondas preocupaciones en los Gobiernos Americanos, entre los cuales ha habido un activo cambio de ideas, tendientes a buscar la manera de amparar los intereses del Continente,

sin lesionar derechos ajenos y teniendo en cuenta que no se ve clara la razón para que nuestros países sufran tan directamente las consecuencias de una guerra en la que ellos no son ni quieren ser parte.

Mi Gobierno ha concurrido a ese cambio de ideas, para cuyo efecto nuestra Cancillería ha impartido las instrucciones del caso a nuestro Representante en Washington, a quien se le insinuó una proposición de acuerdo entre los países americanos, para que la sometiera a la consideración de los respectivos diplomáticos acreditados en Estados Unidos de Norte América.

La costosísima experiencia que el mundo civilizado obtendrá de la gran Guerra Europea, dará lugar a trascendentales modificaciones del Derecho Internacional y acaso a nuevas convenciones, que definan taxativamente los deberes y derechos de los beligerantes y neutrales. Si este caso llega, debemos abrigar la esperanza de que las naciones americanas unirán sus esfuerzos en el propósito común de obtener las mayores garantías posibles para la guarda y respeto de su neutralidad y sus intereses, sin olvidar que el trabajo aislado de uno o varios de nuestros países, poco o nada podrá dar de sí; al paso que el esfuerzo mancomunado de todas las naciones del Continente, por su propia respetabilidad, bien pudiera traducirse en benéficas conquistas.

Las consecuencias económicas de la Guerra Europea nos han colocado en el caso de reducir nuestra representación diplomática y consular; y el estado político consiguiente a esa misma guerra, ha impuesto la postergación de numerosos Congresos y Conferencias Internacionales, a los cuales estábamos invitados y resueltos a asistir.

Nuestras diferencias limítrofes con la República del Perú debieran estarse al *status-quo* convenido; pero, desgraciadamente, mientras de nuestra parte ha merecido respeto incondicional ese Convenio, no puedo informaros lo mismo respecto del Gobierno de ese país amigo, pues, contrariando a nuestro juicio, aquel Pacto, ha decretado concesiones de derechos que afectan nuestra soberanía, en los territorios que se nos disputan y que nosotros los consideramos netamente ecuatorianos, por derecho, por tradición y por necesidad geográfica.

A esa actitud del Gobierno del Perú, el nuestro ha replicado protestando de aquellas concesiones y haciendo las debidas reservas, en guarda de nuestros derechos imprescriptibles, que no pueden estar subordinados a meros accidentes de hecho,

El 17 de agosto de 1914, a 20 días de iniciada la guerra, Ecuador declaró su neutralidad. Esto se reiteró más tarde mediante un nuevo Decreto Ejecutivo de 28 de noviembre<sup>8</sup> en el que se aprueba una serie de reglas –adicionales a la Convención de la Haya- para asegurar el “estricto mantenimiento de la neutralidad internacional”. Estas medidas parecen condicionadas por la acusación que hizo Inglaterra que el gobierno de Ecuador había violado la neutralidad, se le acusó de que buques alemanes habían usado las islas Galápagos para aprovisionarse y que en Guayaquil había utilizado las comunicaciones inalámbricas<sup>9</sup>.

Posteriormente, en los primeros días de enero de 1915, se informó al gobierno que cerca del Archipiélago de Galápagos se encontraba el buque japonés “Kurama”. Por ello se transmitió una queja al Embajador de ese país, V. Chinda, “por el acto de permanecer en aguas territoriales del Ecuador por más de 24 horas, ignorando una formal notificación de abandonarlas dentro de ese término y sin ofrecer ninguna razón adecuada para ello”<sup>10</sup>.

Esta parece la razón para que en enero de 1915 se reafirme la neutralidad y se emita un nuevo Decreto con medidas, adicionales a las ya tomadas -y a las establecidas en la Convención de la Haya año de 18 de octubre 1907- para reiterar la neutralidad ecuatoriana<sup>11</sup>. Esto se complementa con la expedición del “Reglamento de visitas de buques de guerra extranjeros a puertos ecuatorianos” que se publicó el 26 de enero de 1917<sup>12</sup>.

El camino tomado por Gran Bretaña para su protesta fue solicitar a Estados Unidos que “remedie la situación, y que, de no hacerlo actuaría directamente, ‘porque Galápagos tiene gran importancia para el pueblo del Ecuador’ y ese pueblo, en consecuencia debe conocer lo sucedido”<sup>13</sup>.

El Presidente Plaza, en el informe al Congreso Ordinario de 1915, da a conocer estos eventos, sin referirse a los países involucrados y a los hechos concretos, y manifiesta su molestia por la forma en que se trató el tema:

---

8 RO No. 684 de 17 de diciembre de 1914.

9 Alfredo Luna Tobar, *Historia Política Internacional de las Islas Galápagos*, Abya Yala, Quito, 1997, pp. 212 y sgts.

10 *Ibid.*, p. 215.

11 RO 715 de 26 de enero de 1915.

12 RO No. 120 de 26 de enero de 1917.

13 Alfredo Luna Tobar, *Ob. Cit.* p. 212.

## 1. La "Ley Moratoria" y medidas económicas

En el Registro Oficial No. 557 de 7 de agosto de 1914, se publicó el Decreto Ejecutivo que dio origen a la mal llamada "Ley Moratoria". En esta, a pretexto de la Guerra, se "declara la inconvertibilidad de los billetes circulantes en oro; se prohíbe la emisión de más billetes y se crea una Comisaría de Bancos". Esto permitió que los bancos emitan grandes cantidades de dinero sin respaldo alguno. En resumen, no se permitía canjear los billetes, en los bancos, por su respaldo que era el oro.

Se consideró que esta fue una forma de favorecer, especialmente, al Banco Comercial y Agrícola de Guayaquil (de Francisco Urbina Jado), y a otras entidades bancarias, por la gran influencia que tenían en ese momento los bancos con el Gobierno al que habían otorgado varios créditos para enfrentar a la guerrilla del norte del país<sup>14</sup>. Inicialmente la decisión era temporal (30 días), pero se la mantuvo de forma indefinida (en realidad terminó en 1925).

La Ley se publicó en el Registro Oficial 595 de 31 de agosto de 1914, se suspendió el canje de billetes por oro, se emitieron nuevos billetes; el Estado garantizó el circulante; y se estableció un "Comisario" encargado de vigilar a los bancos.

---

<sup>14</sup> "Napoleón Dillón es el más fuerte crítico y apunta directamente al Banco Comercial y Agrícola de Guayaquil de haber hecho emisiones sin respaldo y con complicidad del Gobierno atracaban al país. Víctor Emilio Estrada es el defensor de esta ley, de la que dice era la única forma de salvaguardar al reserva de oro del país, frente a la 1era Guerra Mundial (Además de la campaña contra la "Revolución Conchista". Frente a esta degradación de los liberales, convertidos en plutócratas, surge como única respuesta nacional, un alzamiento de una liga de jóvenes militares al mando de Idelfonso Mendoza; se apresa a los pilares del régimen plutocrático, Leónidas Plaza y Francisco Urbina Jado. El espíritu de esta revolución es cívico, nacional y más que todo moralizador. Existe primero una junta militar, a la que sigue 6 meses después una junta cívica militar y posteriormente una Junta civil, un gobierno colegiado civil, y finalmente la dictadura civil de Isidro Ayora. Esta revolución fue la primera de carácter institucional (militar no caudillista) y al mismo tiempo significó la imposición de los intereses nacionales (en materia monetario-financiera) sobre los privados corporativistas y la institucionalización de la cuestión social, como política de Estado y no de gobierno. En la segunda Junta de Gobierno de la que fue parte Dillón, dictó una ley proteccionista para las nacientes industrias, forzó la aceptación de todos los billetes circulantes, creó el uso de patentes para los documentos negociables, fiscalizó y multó a los bancos que habían realizado sobre-emisiones y principalmente propuso y mediante ley creó el Banco Central del Ecuador, que era más bien una "Caja de Emisión Central de Emisión y Conversión"; sin embargo, en Guayaquil se da un movimiento "antijuliano" que incluso revive los fantasmas del federalismo y la autonomía, esto y la influencia de la bancocracia impidieron que se la ley entre en vigencia; y tuvo que esperarse que llegue la Misión Kemmerer, que fue contratada por los julianos y recibida bien por todos; esta después de cinco meses de su llegada en 1826 después de un trabajo profesional, en cinco meses propusieron las siguientes reformas constitucionales, legales y administrativas: Ley de Banco Central, Ley de Moneda, Ley General de Bancos, Ley de Presupuestos, Ley de aduanas y otros impuestos, Ley de creación de la Contraloría, Ley sobre Impuesto sobre la renta. Leónidas Plaza 1912-1916 Entre 1912 y 1925 gobernó el liberalismo burgués. Presidieron el Estado Leónidas Plaza (1912-1916), Alfredo Baquerizo (1916-1920), José Luis Tamayo (1920-1924) y Gonzalo Córdova (1924-1925). En julio de 1925 un golpe militar de tendencia progresista conocido como Revolución Juliana desplazó del poder al liberalismo burgués". Tomado de <http://historiaecuador.blogspot.com/2005/12/revolucion-juliana-ii-instituciones.html>, revisado el 5 de octubre del 2014.

## 2. Restricciones a las exportaciones<sup>15</sup>

Una de las consecuencias de la conflagración fue la restricción de la exportación de ciertos productos agrícolas. El 13 de agosto de 1914, en Registro Oficial No. 581, se publicó el Decreto Ejecutivo por el cual se prohibió la exportación de productos de primera necesidad, excepto los productos de exportación (cacao, café y plátano de seda). Esta prohibición inicialmente fue de 30 días.

En mayo de 1916 se prohibió la exportación del azúcar<sup>16</sup>. Además, mediante Decreto de 13 de junio de 1916<sup>17</sup>, se prohibió la "exportación de moneda ecuatoriana de plata mientras dure la actual Guerra europea"<sup>18</sup>.

Tras el incremento de la demanda de azúcar<sup>19</sup> y arroz como resultado del conflicto, el precio del azúcar tuvo un alza significativa en el mercado internacional y los productores privilegiaron su exportación. Ello provocó la escases de ese producto a nivel local<sup>20</sup>.

En febrero de 1917, por pedido del Concejo Cantonal de Guayaquil, se prohibió la exportación de trigo, maíz, lentejas, frejoles, cebada, arvejas y habas<sup>21</sup>. En julio se prohibió la exportación de arroz y se limitó la exportación de patatas<sup>22</sup>.

El 30 de octubre de 1917 se emitió un Decreto Legislativo por el que se reformó la Ley Arancelaria de Aduanas<sup>23</sup> que estableció una serie de restricciones a las exportaciones y a las importaciones. Con base en esa reforma, el 21 de noviembre de ese año, se derogaron las anteriores prohibiciones y se prohibió la exportación de los siguientes productos alimenticios: arvejas, habas, arroz, harina de toda clase, lentejas, cebada, maíz, frejoles, manteca, garbanzos, morocho, patatas, grasas, plátano dominico, trigo, otros cereales y legumbres. Otros artículos debían pagar el 40 % por derechos de exportación<sup>24</sup>.

15 Una de las medidas que tomó el Gobierno fue la creación, a pedido de la Cámara de Comercio de Guayaquil, de una "Comisión Consultiva", compuesta por cinco miembros nombrados por el Ejecutivo, para "indicar la Ministro de Hacienda, las medidas que, en su concepto, deben ser adoptadas en todos y cada uno de los casos que se presenten con motivo de la precitada crisis". RO No. 607 de 14 de septiembre de 1914.

16 RO No. 1109 de 27 de mayo de 1916.

17 Especialmente por la expansión de la producción de azúcar de caña en detrimento del azúcar de remolacha.

18 RO No. 1126 de 17 de junio de 1916.

19 "[C]on motivo de la guerra el azúcar nacional ha escaseado notablemente en los mercados ecuatorianos, debido a la compra que se hace de él para llevarlo a plazas extranjeras, dado como consecuencia el alza inconsiderada de su precio".

20 GUERRERO, RAFAEL, "Los ingenios en el desarrollo del capitalismo en el Ecuador 1900-1954", publicado en memorias del Segundo Encuentro de Realidad Histórica y Social del Ecuador", Universidad de Cuenca, Cuenca, 1978, pp. 527-616 (p.545), da cuenta de cómo se incrementó

21 RO No. 147 de 27 de febrero de 1917.

22 RO No. 250 de 4 de julio de 1917.

23 RO No. 346 de 30 de octubre de 1917.

24 RO No. 369 de 21 de noviembre de 1917.

### III. Ruptura de relaciones con Alemania

Luego que EEUU declaró la guerra a Alemania, en abril de 1917, algunos países también lo hicieron (Brasil, Guatemala, Costa Rica, Haití, Honduras, Cuba, Nicaragua y Panamá). Solo Brasil envió soldados (hundimiento Buque mercante Paraná, que tenía sus luces encendidas e identificación que acredite que era de país neutral). Los demás países enviaron soldados bajo bandera de EEUU o Francia. Algunos países permanecieron neutrales: Argentina, Chile, México, Colombia, Paraguay y Venezuela, El Salvador.

Bolivia, Perú, Uruguay y Ecuador rompieron relaciones con Alemania; esto fue visto como el desplazamiento de un "contexto hegemónico privilegiado, al cual se adscribió América Latina (salvo Centroamérica y el Caribe) [...] centrado en Europa, a otro: los Estados Unidos"<sup>25</sup>.

Nuestro país rompió relaciones con Alemania en diciembre de 1917.

En Presidente de la República Alfredo Baquerizo Moreno en su informe al Congreso Nacional, en agosto de 1917, defendió la neutralidad del Ecuador, afirmando que<sup>26</sup>:

Nuestras relaciones con los demás países siguen en el mismo pie de cordialidad; nuestra neutralidad continúa, no sin que hayamos procurado una más ingenua y franca inteligencia con las Naciones todas del Continente Americano. Hemos manifestado nuestras simpatías y nuestra fe en toda ocasión en que la justicia lo exigía, o los grandes principios del régimen democrático, base y fundamento de estas nacionalidades, así lo requerían. América pues, nos encontrará siempre con ella. La Patria ecuatoriana es una de sus hijas, y la República su espíritu y su vida. Los Estados Unidos, a causa de las zonas de guerra en el mar, de la campaña de submarinos y de la consiguiente prohibición al comercio de los neutrales que todo ello implicaba, declaró la guerra al Imperio Alemán el 6 de abril de este año; y luego otras naciones como el Brasil y Bolivia, han roto sus relaciones con dicho Imperio o procedido en igual sentido que los Estados Unidos, como Cuba y Panamá. Nuestra actitud serena y amistosa, dentro de los límites de la neutralidad que habíamos adoptado, no dejó son embargo de dar margen a pequeños incidentes y a ciertas apreciaciones de suma ligereza, explicables en verdad por la actual tensión de los espíritus y la gigantesca [sic] lucha que lejos de tocar a su fin parece extender de día en día su acción, que alcanza en realidad, de una u otra manera, hasta los más apartados límites del

<sup>25</sup> Vivas Gallardo, F., *Venezuela y la Primera Guerra Mundial. De la neutralidad al compromiso*, p. 1.

<sup>26</sup> RO No. 282 de 13 de agosto de 1917.

mundo. No obstante esa actitud, igual a la de Colombia, Chile, Perú, Venezuela, entre otras del Continente, como el concepto de neutralidad viene modificándose con matices y procedimientos antes desconocidos en el derecho de gentes, conservándolo nosotros, no dejaremos de encontrarnos siempre y de preferencia con lo que exija nuestro deber democrático, nuestro deber republicano y nuestro deber de hijos de América.

De esta Cancillería fue la insinuación de un Congreso de Neutrales, acogida con benevolencia por casi todos los países de América; y aceptamos luego la invitación que nos hizo la Argentina con idénticos fines. Los acontecimientos posteriores y el cambio de situación internacional en algunas República, ha impedido o demorado hasta ahora esa reunión que habría contribuido sin duda alguna a dar fuerza y vigor a principios de justicia y neutralidad y a definir claramente la posición del continente en el grande y pavoroso conflicto cuyos comienzos arrancan de agosto del año catorce.

Como se puede ver, pese al discurso de neutralidad, es posible intuir una justificación a la decisión de los Estados Unidos de declarar la guerra, así como una clara simpatía ante la causa "Americana". En el siguiente informe al Congreso, año 1918<sup>27</sup>, el Presidente explicó la ruptura de las relaciones con Alemania en los siguientes términos:

En Diciembre último quedaron rotas nuestras relaciones diplomáticas con el Imperio Alemán. Durante las sesiones de 1917 el Congreso tuvo ya conocimiento de nuestra negativa a recibir al Ministro señor Pearl, negativa que desde luego implicaba una suspensión o interrupción en el trato diplomático. La actitud del señor Müller, y el deber de un procedimiento revelase nuestra actitud solidaria en muchos países de América sostenedores, en una u otra forma, de igual y aún más avanzadas declaraciones de política internacional, nos parecieron motivos suficientes en sí, para que el Ecuador, país de hondo raíz democrático y de instituciones francamente liberales, procediera como deajo indicado.

Esta posición contrastaba con la actitud amistosa y cordial con Francia:

El 21 de julio llegó a esta Capital la Misión presidida por Sir Maurice de Bunsen en su carácter de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial. Fué [sic] recibida en el mismo día con los honores y la cordialidad debidos a tan alta y distinguida representación, y se despidió el 23 en la mañana, la Embajada viene recorriendo las Capitales de América del Sur, en misión de paz, cortesía y amistad.

---

<sup>27</sup> RO No. 575 de 12 de agosto de 1918.

Manifesté la simpatía del pueblo y Gobierno ecuatorianos a la vieja y heroica Francia [...]

Es tan notoria la preferencia a partir de la ruptura de relaciones que mediante Decreto Ejecutivo se declaró el 14 de julio de 1918 como "fiesta cívica nacional". El texto de los considerandos lo revela de manera evidente<sup>28</sup>:

Que las sinceras relaciones de amistad y simpatía que existen entre el Ecuador y Francia, y el significado que en todo tiempo ha tenido y tiene, especialmente ahora, la fecha nacional de esa noble y heroica República, son causa suficiente para que se considere en la actualidad como propia la celebración de esta fiesta.

La misma consideración y amistad se tuvo hacia los Estados Unidos. Un buen ejemplo de esto es el telegrama que se envió a ese país con motivo de la "Fiesta de la Raza". De acuerdo a la propuesta aprobada, por unanimidad, en sesión plena de Congreso Nacional (Senado y Cámara) el 13 de octubre de 1918<sup>29</sup>, se debía enviar:

[...] mensajes cablegráficos, por conducto de la Cancillería, a todas las Naciones de raza latina de Europa y América [...]. A la República de los Estados Unidos de Norte América se enviará otro mensaje especial y congratulándole por su actitud serena y altruista en defensa de la causa de la Justicia y de los derechos de la Humanidad.

Es obvio que, como consta en los informes al Congreso, los principales mercados comerciales de Ecuador eran, para los años de la ruptura de relaciones, España y Estados Unidos. En cuanto a la admiración que se profesaba a Francia esta se puede entender en gran medida por la posición adoptada por el Ecuador.

#### **IV. ¡Viva la paz! ¡Ganamos la Guerra!**

Inmediatamente recibida la noticia del fin de la guerra en el Ecuador, 11 de noviembre de 1918, se emitió el Decreto No. 4230, por el que se declaró al 12 de noviembre "como fiesta de la paz universal, que debe celebrarse por la República". En los considerandos del Decreto se justifica así esa decisión:

Que la cesación de hostilidades de la guerra mundial es el principio del restablecimiento de la paz, del concierto y armonía universales, suceso

28 RO No. 648 de 13 de noviembre de 1918.

29 RO No. 646 de 9 de noviembre de 1918.

30 RO No. 648 de 13 de noviembre de 1918.

que debe ser mirado con justo regocijo por todas las clases sociales, puesto que dicho restablecimiento será de imponderables consecuencias para el bienestar de todos los hombres y pueblos de la tierra.

Sin embargo, el documento que mejor refleja la reacción del país ante el fin de la guerra es el mensaje del Presidente Baquerizo Moreno al Congreso Ordinario del año 1919<sup>31</sup>, en este se presentó al Ecuador como parte de los vencedores:

Me complazco en saludaros esta vez cuando la paz impera ya en el mundo, y cuando esa paz significa, además, que ha llegado la hora de la *tranquilidad de los débiles* y de la igualdad entre los hombres y los pueblos –igualdad de Derecho, se entiende- con sólo una justicia para todos y una misma e inviolable libertad.

Nuestra actitud en los días oscuros y trágicos de la lucha, nos dio luego, en la paz de la victoria, asiento señalado en las Conferencias de Versalles.

Lo relativo al Tratado con Alemania, como fin de la guerra, puede decirse no es extraño, en el sentido de no haber tomado nosotros, el carácter de beligerantes [...].

Finalmente el Presidente se refirió al proyecto de una "Liga de las Naciones", que considera algo digno de atención, así como la idea que triunfaron los pueblos que defienden a la democracia:

La democracia también quedó a salvo y al parecer asegurada con el derrumbamiento de los imperios y organismos seculares contrarios evidentemente, a la evolución democrática y social que viene desenvolviéndose de tiempo atrás; la cual, con el triunfo de los pueblos que lo han representado desde mucho antes, irá adelante, como una marea viva, irresistible, de progreso, cultura y bienestar.

### **A manera de conclusión:**

La Primera Guerra Mundial tuvo un fuerte impacto en el país, especialmente en materia económica, que perduró durante muchos años luego que terminara. La llamada "Ley Moratoria" fue derogada apenas en 1925 como efecto de la Revolución Juliana, pero contribuyó a un ambiente de descontento social relevante y a la configuración de la futura moneda del Ecuador.

---

31 RO No. 866 de 11 de agosto de 1919.

Desde el punto de vista de las relaciones internacionales, el conflicto significó el desplazamiento de la hegemonía europea en lo social, lo económico y lo político, a los Estados Unidos, que a partir de ese momento cobró un rol de potencia hegemónica frente a nuestro país.

